



## Plataformas digitales: regulación y competencia

# ICE

## INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA

Secretaría de Estado de Comercio

### MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO

#### Consejo de Redacción

Isabel Álvarez González, Borja Álvarez Rubio, Elena Aparici Vázquez de Parga, Óscar Arce Hortigüela, Gonzalo Arévalo Nieto, Víctor Ausín Rodríguez, Mikel Buesa Blanco, Juan Ramón Cuadrado Roura, Pablo de Ramón-Laca Clausen, Rafael Doménech Vilariño, Juan José Durán Herrera, Luis Feito Higuera, Cani Fernández Vicién, Galo Gutiérrez Monzonís, Juan Francisco Martínez García, Vicente J. Montes Gan, Rafael Myro Sánchez, María Peña Mateos, M.<sup>a</sup> Paz Ramos Resa.

#### Consejo Científico

Fernando Becker, Jaime Requeijo, Pedro Schwartz, Ramón Tamames, Gabriel Tortella, Félix Varela, Juan Velarde.

#### Director

Bernardo Hernández San Juan

#### Jefa de Redacción

Blanca Caballero Gabás

#### Redacción

Francisco José Bedoya del Arco, José Javier Oviedo Martínez, José Manuel Queiruga Ordóñez y Ana Belén Rodríguez Rodríguez

#### Portada

Eduardo Lorenzo

#### Diseño gráfico

César Bobis y Manuel A. Junco

#### Redacción

Paseo de la Castellana, 162, 12<sup>a</sup> planta. 28046 Madrid  
Teléfono: 91 349 60 53

#### Suscripciones y venta de ejemplares sueltos

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

Centro de Publicaciones

C/ Panamá, 1. Planta 0, despacho 3

Teléfonos: 91 349 51 29 – 91 349 51 33 (venta de publicaciones)

91 349 43 35 (suscripciones)

[CentroPublicaciones@mincotur.es](mailto:CentroPublicaciones@mincotur.es)

La Revista ICE se encuentra en las siguientes bases

bibliográficas: *CARHUS PLUS+*, *DIALNET*, *DICE*, *DULCINEA*, *ECONIS*, *InDICES-CSIC*, *LATINDEX*, *MIAR*, *OCLC* y *REBIUN*.

**Los análisis, opiniones y conclusiones expuestos en los artículos de esta publicación son los de los autores y no representan opiniones oficiales de la Secretaría de Estado de Comercio, con las que no tienen por qué coincidir exactamente**

**Editor:** S.G. de Estudios y Evaluación de Instrumentos de Política Comercial.

Secretaría de Estado de Comercio

**Composición y maquetación:** Pardetres.net

**Impresión y encuadernación:** Centro de Impresión Digital y Diseño de la Secretaría de Estado de Comercio

**Papel:** Exterior: estucado semimate FSC de 300 g

Interior: estucado semimate FSC de 120 g

**ECPMINCOTUR:** 1.<sup>a</sup> ed./270/ 0422

**PVP:** 15,00 € + IVA

**DL:** M 3740-1958

**NIPO:** 112-19-010-2

**e-NIPO:** 112-19-011-8

**ISSN:** 0019-977X

**e-ISSN:** 2340-8790

**Catálogo general de publicaciones oficiales:** <https://cpage.mpr.gob.es/>

*Copyright: Información Comercial Española, 2022*

# ICE



MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA *Secretaría de Estado de Comercio*

## PLATAFORMAS DIGITALES: REGULACIÓN Y COMPETENCIA

|   |    |   |   |     |
|---|----|---|---|-----|
| <b>Presentación</b>   | 3  | O<br>I<br>R<br>A<br>M<br>U<br>S   | <b>Big data y competencia: características y principales teorías del daño desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas</b> | 85  |
| Gonzalo García Andrés y Cani Fernández Vicién   |    |   | Pablo Velasco Sanzo   |     |
| <b>Introducción</b>   | 7  |   | <b>El carácter disruptivo de la publicidad <i>online</i> y su impacto sobre la competencia</b>                                    | 99  |
| Javier García-Verdugo, Marisa Álvarez Suárez y Javier Domínguez Viera   |    |   | Lara Tobías Peña, Cristina Vallejo Gil y Pedro Hinojo González  |     |
| <b>I. Mercados de plataforma. Contexto económico y regulatorio</b>  |    |   | <b>Experiencia comparada: regulación y control de mercados digitales de plataforma en EE UU y China</b>                           | 113 |
| <b>Principios del análisis económico de los mercados digitales</b>  | 11 |   | Juan Diego Otero Martín, Jorge Infante González y María Ruiz Mérida   |     |
| Christian Chase Solán, Javier García-Verdugo Sales y Joaquín López Vallés                                       |    |   | <b>III. Mercados de plataforma. Otros aspectos sociales de relevancia</b>   |     |
| <b>Regulación, competencia y plataformas digitales: óptica de agenda política</b>                               | 27 |   | <b>Plataformas digitales y regulación del mercado de trabajo</b>  | 125 |
| Javier Domínguez Viera, Marta Reyes Granados y Carmen Delibes Cadarso   |    |   | José María Goerlich Peset   |     |
| <b>La nueva regulación europea de intermediarios digitales: <i>Digital Services Act</i></b>                     | 41 |   | <b>La economía digital: cambios en la producción, la distribución y el consumo y retos para la legislación</b>                    | 139 |
| Rafael Pérez Galindo  |    | Lidia Brun Carrasco   |   |     |
| <b>II. Mercados de plataforma. Desafíos regulatorios y de competencia</b>                                       |    | <b>LOS LIBROS</b>   | 153   |     |
| <b>Relevancia del Reglamento de Ley de Servicios Digitales para las autoridades reguladoras del audiovisual</b> | 53 | Reseña  |   |     |
| Sonia Monjas González   |    | <b>Coordinadores: Javier García-Verdugo, Marisa Álvarez Suárez y Javier Domínguez Viera</b> |   |     |
| <b>Dinámicas de concentración en mercados digitales y su control</b>  | 67 |   |   |     |
| Isabel Álvarez Fernández del Vallado  |    |   |   |     |



# PRESENTACIÓN

**Gonzalo García Andrés**

*Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa*

**Cani Fernández Vicién**

*Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados  
y la Competencia*

**E**uropa, y dentro de ella España, están inmersas en un profundo proceso de transformación económica verde y digital. Este proceso va a condicionar el comportamiento de empresas y consumidores en las próximas décadas y a determinar, en gran medida, la calidad del modelo de crecimiento que hereden las próximas generaciones.

Los potenciales beneficios asociados a la transformación digital son innegables. La revolución digital ha dado paso a nuevos modelos de negocio y ha facilitado el comercio entre Estados miembros reforzando el mercado interior y beneficiando a empresas y consumidores. A través de la economía digital, los consumidores pueden tener acceso a una mayor gama de productos y servicios y beneficiarse de una mayor transparencia de los mercados. Las empresas, por su parte, se pueden beneficiar de reducciones de costes y ofertar sus productos y servicios a mayor número de consumidores.

Así, la revolución digital supone una clara oportunidad económica, pero también un especial desafío desde un punto de vista regulatorio. Por ello, se tiene que prestar especial atención a que su regulación permita una transición rápida, justa y equilibrada.

En este sentido, la transformación digital es un proceso que se ha venido produciendo de forma imparable y continua en las últimas décadas, pero que se ha acelerado y ha generado disrupciones en los últimos años con el desarrollo y consolidación de la economía de plataformas. Estas, en el contexto de la economía del dato, han alterado las dinámicas de mercado y han derivado en la aparición y desarrollo de operadores casi sistémicos, que obligan al legislador a atender a nuevos desafíos en la determinación de marcos sectoriales y horizontales. Elementos troncales en la regulación económica como son las relaciones laborales, la fiscalidad o la contestabilidad de los mercados se ven afectados por la revolución digital.

La importancia de este fenómeno se puede entender desde una óptica cuantitativa. Antes de que llegara la crisis del COVID-19, la Comisión Europea señalaba que la economía digital podía representar hasta un 15 % del PIB mundial, donde cerca de un

cuarto del comercio transfronterizo se producía a través de canales *online*. En esta línea, la Comisión estimaba que un uso a pleno potencial de la economía de plataformas podría suponer un incremento del PIB conjunto de la Unión de entre 43 mil y 174 mil millones de euros entre 2019 y 2029. Del mismo modo, señalaba que la I+D asociada a estos modelos podría derivar en la creación de entre 136 mil y 294 mil nuevos puestos de trabajo, así como ganancias para los consumidores de en torno a 13 mil millones de euros por año. Este impacto en términos cuantitativos se refleja igualmente en España, donde Eurostat recoge que, en 2021, al menos una de cada cuatro empresas ya realizó ventas *online* y un 67 % de los individuos había realizado al menos una compra *online* en ese año, situándonos en el promedio de nuestros socios comunitarios. Ello supone que nuestra economía ya participa del proceso de digitalización y de la economía de plataformas, pero también que hay amplio margen de desarrollo.

No obstante, las implicaciones de este proceso se deben entender también desde una óptica cualitativa. La digitalización, y con ella las plataformas, permean todos los ámbitos de la actividad económica, condicionando las cadenas de valor, el desempeño de la industria y el comercio de bienes y servicios. Los intermediadores de plataforma afectan al comportamiento de las empresas, la forma en que participan y el reparto de los beneficios del mercado. Por ello, es fundamental que el proceso de transición digital sea justo, equilibrado y sujeto a competencia, ya que de ello dependerán la eficiencia y la equidad del modelo económico en su conjunto. Estos son principios básicos en la aproximación de los planes de la Comisión Europea, como bien demuestran las iniciativas de la *Década digital de Europa* o *Dar forma al futuro digital de Europa*, cuyos objetivos España comparte.

Nuestro país hoy está comprometido con una transición digital equilibrada. De ello es buena muestra el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española, pues el ámbito de la transformación digital absorbe un 33 % de los recursos totales que se movilizarán en España en el marco de los fondos europeos, y en el que la digitalización permea en mayor o menor medida en todas sus políticas tractoras. Se trata así de una aproximación que busca garantizar que los beneficios de la transición digital no sean capturados por los grandes operadores, sino que de estos participen las pequeñas y medianas empresas, y la sociedad en su conjunto. Se requiere así de una óptica de competencia y regulatoria en sentido amplio que atienda a las implicaciones en términos de competitividad frente al exterior, de resiliencia del sistema productivo, de cohesión e igualdad y, al mismo tiempo, de protección de derechos de las personas, seguridad y sostenibilidad. Todos estos no son meros principios programáticos, sino que tal y como se desprende de la Agenda España Digital 2025, informan una aproximación regulatoria que tiene como objetivo último un modelo de crecimiento en el que quepamos todos, y que sea sostenido y sostenible.

Nos hemos referido en los párrafos anteriores a la necesidad de abordar las oportunidades y problemas que plantean las grandes plataformas de la economía digital de modo que se impulse la competencia y la innovación a la vez que se asegura que los

beneficios de la digitalización se reparten entre todos. En el ámbito de la Unión Europea (UE), este empeño se ha concretado en dos importantes proyectos normativos.

Después de dos años de intensas discusiones sobre si la normativa europea era adecuada para responder al reto de las plataformas digitales, tanto desde la perspectiva de competencia como de telecomunicaciones, la Comisión Europea lanzó en diciembre de 2020 dos importantes propuestas legislativas: la Digital Services Act (DSA) y la Digital Markets Act (DMA). La DSA establece nuevas reglas para que el mundo *online* sea más seguro para los usuarios tanto por los contenidos como por la transparencia y responsabilidad con la que se exige que actúen los proveedores y las plataformas que los alojan. Por su parte, la DMA complementa las tradicionales herramientas de la normativa de competencia en los mercados digitales con una regulación *ex ante* que se dirige a aumentar la efectividad de la supervisión sobre las grandes plataformas que controlan la mayor o menor facilidad con la que sus usuarios comerciales pueden acceder a los usuarios finales.

Habitualmente, la competencia de los mercados es la mejor manera de asegurar la mayor eficiencia y el bienestar de la sociedad, y para ello el papel de la normativa de competencia es fundamental. Sin embargo, en ocasiones la regulación puede ser necesaria para corregir fallos en algunos mercados o para perseguir otros objetivos de interés general. En el ámbito de las grandes plataformas digitales, la normativa de defensa de la competencia se ha revelado insuficiente para resolver los problemas que se han derivado del creciente poder de mercado de estos operadores, que las características de estos mercados han convertido en un fenómeno permanente.

La DMA trata de remediar este desequilibrio al imponer a las plataformas con más poder de mercado una serie de obligaciones generales, basadas en la amplia experiencia de las autoridades de competencia, con el objetivo de que los mercados digitales estén más abiertos a la competencia y sean más equitativos. Este enfoque es complementario de la normativa de competencia, que se basa en un análisis *ex post* y caso por caso de las posibles infracciones. Una vez que la DMA sea aprobada —lo que todo indica que se producirá antes de final de 2022— coexistirá con la normativa de competencia, que seguirá aplicándose a las prácticas anticompetitivas que se desarrollen en los mercados digitales. Además, la correcta aplicación de la DMA también requerirá su coordinación con la normativa europea de comunicaciones electrónicas y la DSA.

La Comisión Europea será la autoridad encargada de aplicar la DMA, pero las autoridades nacionales tendrán un papel importante que desempeñar. La aplicación de la DMA va a exigir un considerable esfuerzo. Por un lado, las investigaciones y los procedimientos previstos (por ejemplo, para la designación de *gatekeepers* o para actualizar las obligaciones) estarán sometidas a plazos ajustados a pesar de su inevitable complejidad. Por otro lado, la supervisión de las grandes plataformas, la interacción con los usuarios comerciales y finales de sus servicios, y el seguimiento del cumplimiento normativo de las obligaciones impuestas requerirá también una gran cantidad de recursos.

## PRESENTACIÓN

Las autoridades de competencia nacionales pueden colaborar para que la aplicación de la DMA sea más ágil y efectiva. Las autoridades nacionales de competencia han acumulado una vasta experiencia en los mercados digitales en los últimos años. Sin la aplicación de la normativa de competencia a estos mercados no existiría la DMA, porque no se habría avanzado en la identificación de las peculiaridades de las conductas anticompetitivas en este ámbito, en la definición de mercado de los servicios digitales o en el diseño de posibles soluciones.

En la última versión disponible del texto normativo, que parece definitiva, se cuenta con que las autoridades nacionales podrán prestar apoyo a la Comisión Europea en las investigaciones necesarias en aplicación de la DMA. Además, estas autoridades estarán mejor situadas que la Comisión Europea para identificar nuevas prácticas anticompetitivas que se introduzcan en los mercados digitales, que serán después relevantes para la actualización de las obligaciones impuestas a los *gatekeepers*.

La DSA es otro importante proyecto normativo para la Unión Europea. Las nuevas reglas, que complementarán a la actual Directiva Audiovisual, modificarán el marco de la regulación de los contenidos digitales. Europa aspira a disponer de unas normas claras para la eliminación de contenidos, servicios y productos ilegales del espacio digital (lo que está prohibido en la realidad no digital debe estar también prohibido en el mundo *online*), a la vez que se protegen los derechos fundamentales de los consumidores en ese ámbito. Define con claridad la responsabilidad, la rendición de cuentas y la supervisión regulatoria de los proveedores de servicios de intermediación, como plataformas *online*, redes sociales y mercados digitales.

En el caso de España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) tiene a la vez la condición de autoridad nacional de competencia y de regulador nacional de telecomunicaciones y del sector audiovisual. Su condición de autoridad que integra responsabilidades de defensa de la competencia y de regulación sectorial hace que esté especialmente capacitada para colaborar con las autoridades europeas en la aplicación de la DMA y de la DSA.

Muchos de los temas descritos en los párrafos de esta presentación son abordados en profundidad y con rigor en los artículos de este monográfico. Esperamos que los lectores puedan encontrar en ellos, como nosotros, claridad de ideas, recomendaciones útiles e inspiración para la acción.



# INTRODUCCIÓN

*Javier García-Verdugo\**

*Marisa Álvarez Suárez\*\**

*Javier Domínguez Viera\*\*\**

La economía se enfrenta a un proceso de transformación profunda a raíz de la consolidación del uso de las tecnologías de la información y comunicación. Desde principios de siglo este fenómeno se ha intensificado en las economías occidentales, fuertemente terciarizadas, caracterizándose por el surgimiento de nuevos modelos de negocio que alteran las tradicionales lógicas de mercado y generan nuevos efectos e impactos. Esta es la nueva realidad de los mercados de plataforma.

Si algo singulariza este fenómeno y sus nuevos actores es su complejidad y lo rápido e intenso de su expansión. Los servicios de intermediación o plataforma se reproducen bajo muy diversa morfología, como son los motores de búsqueda, las plataformas de compartición de vídeo, los servicios en la nube o los propios sistemas operativos. Estos servicios generan dinámicas novedosas y complejas definidas por economías de escala extremas, importantes efectos de red y un papel central del acceso y uso del dato. Todo ello determina en gran medida el modo en que interactúan las plataformas con los servicios y usuarios (tanto profesionales como finales) intermediados a través de ellas. Ello supone que los servicios de intermediación pasan a ocupar un papel central, que permite en gran medida condicionar la forma en que cada agente participa en el mercado y, en última instancia, cómo se articula el reparto de los beneficios del mismo.

Una de las dinámicas de este fenómeno es la expansión vertical y horizontal de grandes plataformas, en mercados con fuerte concentración. Las denominadas GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft) han tomado una posición central en las economías occidentales, configurándose como auténticos guardianes de acceso a los mercados en muchos ámbitos, determinando quién y cómo participa en ellos. Ello ha suscitado un intenso debate, del que han sido partícipes tanto autoridades de competencia como Gobiernos nacionales o la propia Unión Europea, apremiados a actuar con

---

\* Director de la Asesoría Económica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

\*\* Subdirectora General de Mejora de la Regulación, Apoyo a la Empresa y Competencia. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

\*\*\* Vocal Asesor de la Dirección General de Política Económica. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

los instrumentos disponibles o de un modo regulatorio. Se trata ya no solo de asegurar que las nuevas plataformas no merman la competencia en los mercados, sino que estas no distorsionen los consensos y bases sobre los que se asienta la aproximación de la regulación sectorial u horizontal (en materias troncales como fiscalidad o legislación laboral). En esencia, de lo que se trata es de garantizar un encaje adecuado desde la óptica económica y social de las nuevas actividades, en lo que se aspira que sea un motor de un crecimiento justo e inclusivo.

En este monográfico de *Información Comercial Española, Revista de Economía* se pretende hacer un repaso de la economía de plataformas desde una doble lógica: la propia de competencia y la más amplia de regulación general.

Con tal fin, en un apartado introductorio se comienza con un repaso general en el que se aborda la cuestión desde una óptica amplia, centrada en consideraciones económicas o propias de agenda política.

En esta línea, el número comienza con un artículo de **Christian Chase Solán, Javier García-Verdugo Sales y Joaquín López Vallés**, donde se repasan los principios del análisis económico de los mercados digitales y se acerca al lector a la complejidad de las plataformas y sus efectos. Estos mercados poseen una serie de características que, debido al impacto de la tecnología digital, dificultan el desarrollo de una competencia efectiva y refuerzan la tendencia hacia la concentración, lo que puede requerir medidas regulatorias y de competencia para minimizar su posible impacto negativo sobre el bienestar social.

Seguidamente, se incluyen dos artículos cuyo propósito es abordar el tratamiento de las economías de plataforma. Así, **Javier Domínguez Viera, Marta Reyes Granados y Carmen Delibes Cadarso** realizan una aproximación desde la lógica de la agenda política comunitaria. En el mismo se trata de aproximar al lector al modo en que se recoge este fenómeno en la agenda política de las grandes economías, y particularmente en el caso europeo. Se recalca en este punto el proceso de transición progresiva que parte de una óptica vinculada al enfoque de competencia clásico para pasar a un enfoque amplio, en el que se busca preservar los objetivos propios de la política industrial o de participación y reparto justo en los beneficios del mercado. En esta línea, se presenta con carácter ilustrativo el enfoque de la *Digital Markets Act*, centrada en garantizar la justicia y contestabilidad de mercados, que encierra importantes novedades en su diseño. Del mismo modo, **Rafael Pérez Galindo** centra su aportación en la *Digital Services Act*, medida paralela a la *Digital Markets Act*, pero centrada en consideraciones más amplias y que se constituye como piedra de toque en la regulación de las responsabilidades de los intermediarios digitales, así como de la moderación y el control de contenidos. Se presenta, así como un hito, tras 20 años de la Directiva de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico en los que el panorama de los servicios digitales se ha transformado de forma drástica.

Tras el repaso a los elementos económicos y su resultante en la agenda —particularizada en medidas de alcance amplio—, se ahonda en la cuestión más relacionada con la óptica de competencia y de regulación sectorial, a la que se dedican cinco artículos.

El artículo de **Sonia Monjas González** enlaza con el artículo precedente y analiza los aspectos más relevantes de la propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) desde la perspectiva de los reguladores independientes de los medios audiovisuales, aprovechando las aportaciones del Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA, por sus siglas en inglés) respecto al nuevo marco normativo y al papel de los organismos reguladores en la aplicación del Reglamento.

Los dos artículos siguientes se centran en temas relevantes desde la perspectiva de defensa de la competencia. El primero, de **Isabel Álvarez Fernández del Vallado**, destaca cómo a lo largo de los últimos años se ha apreciado una tendencia por parte de los grandes operadores de plataformas a adquirir empresas pequeñas pero innovadoras. Algunas de esas operaciones han escapado al escrutinio de las autoridades de competencia por no cumplir con los umbrales requeridos por la legislación, y se han aprobado otras que han podido tener efectos lesivos para la competencia. Estas situaciones han propiciado la aparición de nuevas teorías del daño adaptadas a las características de estos mercados digitales y han incentivado la elaboración de recomendaciones y propuestas legislativas. El segundo artículo, de **Pablo Velasco Sanzo**, analiza uno de los aspectos en los que reguladores, autoridades de competencia y gobiernos han estado poniendo más el foco en relación con los gigantes tecnológicos, el uso del *big data*, que se considera ya como un nuevo *input* junto con el trabajo y el capital, y en los problemas de competencia que pueden derivarse de su acumulación y utilización, especialmente desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas.

El artículo de **Lara Tobías Peña, Cristina Vallejo Gil y Pedro Hinojo González** se centra en el desarrollo de la publicidad *online*, que es uno de los paradigmas del carácter disruptivo de la digitalización. La publicidad *online*, además de ser clave para la competencia, es la principal fuente de financiación del contenido en internet y constituye una de las vías de ingresos más importantes para las grandes plataformas digitales. Esto está generando notables impactos en la eficiencia y en la competencia, que han llevado a un interés por este sector por parte de las autoridades de competencia y regulación.

Finalmente, el artículo de **Juan Diego Otero Martín, Jorge Infante González y María Ruiz Mérida** muestra el estado actual del debate sobre el tratamiento regulatorio de las plataformas digitales en dos ámbitos geográficos muy relevantes distintos del europeo: los Estados Unidos de América y China, cuya aproximación se compara con el enfoque que se está siguiendo en la Unión Europea.

Como cierre al monográfico, se introducen cuestiones de carácter horizontal que han centrado parte importante de las controversias a nivel nacional y europeo durante el desarrollo de los modelos de plataforma: la cuestión laboral y las implicaciones en términos de cohesión e igualdad. Este enfoque es fundamental para entender los desarrollos regulatorios ya que, como se señalaba a título introductorio, parte de la atención del legislador atiende a la búsqueda de un acomodo de las nuevas actividades a los consensos sociales básicos que necesariamente deben informar el modelo económico al que se aspira.

## INTRODUCCIÓN

De este modo, en un primer artículo, el catedrático **José María Goerlich Peset** repasa los debates que han surgido en torno al derecho del trabajo y las fricciones planteadas a nivel nacional a medida que la relación entre plataformas y los prestadores de servicios se hace cada vez más compleja, algo que se ejemplifica bien con el fenómeno de los repartidores (conocidos como *riders*). Así, en el artículo se atiende a cuestiones como la polémica sobre la calificación de los servicios prestados y el modo en que se da protección a las personas que los desarrollan, en un repaso que permite entender la evolución hacia una regulación general de la calificación del trabajo en plataformas.

Por último, en un segundo artículo, **Lidia Brun Carrasco** aborda los desafíos que generan en términos de desigualdad las nuevas dinámicas de mercado, en la que se concentran «superrendimientos» en el capital digital de las grandes tecnológicas. Con el artículo se trata de acercar al lector a los retos regulatorios para la gobernanza digital para hacer frente a dichos problemas.

Christian Chase Solán\*  
Javier García-Verdugo Sales\*\*  
Joaquín López Vallés\*\*\*

## PRINCIPIOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS MERCADOS DIGITALES

*En este trabajo presentamos una revisión del análisis económico de los mercados digitales y de sus protagonistas, las plataformas. Estos mercados poseen una serie de características que, debido al impacto de la tecnología digital, dificultan el desarrollo de la competencia y crean una tendencia hacia la concentración. Esta situación puede suponer reducciones importantes del bienestar social y el excedente de los consumidores. Por ello, es importante estudiar medidas regulatorias y de competencia que minimicen el impacto negativo de estos problemas.*

### Principles of the economic analysis of digital markets

*In this paper we provide a review of the literature regarding the economic analysis of digital markets and their most prominent agents, platforms. These markets share features that, due to the impact of digital technology, could hinder competition and create a tendency towards greater concentration. This situation could lead to significant reductions of social welfare and consumer surplus. Therefore, it is important to explore regulatory and competition policies that minimize these problems' negative impact.*

**Palabras clave:** mercados digitales, plataformas, efectos de red, competencia, política de competencia.

**Keywords:** digital markets, platforms, network effects, competition, competition policy.

**JEL:** D4, L4, L5, L99.

---

\* Economista Sénior en la Asesoría Económica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Contacto: [christian.chase@cnmc.es](mailto:christian.chase@cnmc.es)

\*\* Director de la Asesoría Económica de la CNMC.

Contacto: [javier.garciaverdugo@cnmc.es](mailto:javier.garciaverdugo@cnmc.es)

\*\*\* Director del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC.

Contacto: [joaquin.lopez@cnmc.es](mailto:joaquin.lopez@cnmc.es)

Las opiniones expresadas en este trabajo no reflejan la posición oficial de la CNMC.

Versión de enero de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7370>

## 1. Introducción

En este artículo presentaremos las principales características económicas de los mercados digitales y de sus protagonistas, las plataformas. De esta forma, aportaremos el contexto necesario para comprender las dinámicas particulares de estos mercados, con especial énfasis en sus dinámicas competitivas y los problemas asociados a estas, lo que, a su vez, asentará las bases necesarias para evaluar las propuestas de política económica que actualmente se están configurando en numerosas jurisdicciones.

Los mercados digitales merecen nuestra atención por diversas razones. En primer lugar, el propio hecho de que haya existido durante los últimos años un debate tan intenso entre políticos, *policymakers* y académicos sobre el papel que juegan en la economía moderna y, de mayor relevancia, el papel que «deberían» jugar, es prueba de su importancia para la política pública. En segundo lugar, los mercados digitales y las principales plataformas —Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft— son, en el presente, completamente ubicuos. Resulta prácticamente imposible para un usuario, ya sea consumidor final o empresa, evitar emplear alguno de los servicios que ofrecen las grandes plataformas en su día a día, bien para realizar actividades de ocio o desarrollar otras actividades económicas. Esta presencia generalizada concede a las plataformas una influencia desmesurada en el resto de los sectores económicos, lo que hace necesario conocer sus propiedades y funcionamiento para evaluar su impacto sobre el bienestar social. En tercer lugar, aunque vinculado con el punto anterior, las grandes plataformas son dominantes en sus respectivos mercados, ya sea de forma individual o junto a otra plataforma, y no existen indicios de que esta situación vaya a cambiar. Las implicaciones para el bienestar social de estas estructuras de mercado tan concentradas pueden ser varias, tal y como muestra el amplio debate académico de los últimos años, y para concluir que sean perjudiciales, inocuas o beneficiosas será necesario tener en cuenta la naturaleza de

los servicios digitales, el modelo de negocio de las plataformas y demás peculiaridades de estos mercados.

El artículo procederá de la siguiente manera: en el apartado segundo, se presentan definiciones de los mercados digitales y las plataformas extraídas de la literatura económica. En el apartado tercero, se detallarán algunas de las características que, de forma conjunta, distinguen los mercados digitales de sus equivalentes tradicionales. En el apartado cuarto, se vinculan las anteriores características con las dinámicas competitivas observadas en el mercado, se señalan los principales problemas asociados con estas y su impacto sobre el bienestar social. En el quinto y último apartado, se presentan las conclusiones de esta revisión.

## 2. Los mercados digitales y las plataformas

### Conceptos y definiciones desde una perspectiva económica

Los mercados digitales son un conjunto heterogéneo de mercados que comparten el empleo de tecnologías digitales para la realización de transacciones, comercialización de bienes, prestación de servicios o facilitación de interacciones entre usuarios. Estos mercados pueden estar organizados en torno a bienes y servicios que no existían antes del desarrollo de la tecnología digital (por ejemplo, las búsquedas *online* o los servicios de computación en la nube) u otros ya existentes en formato no digital (por ejemplo, el comercio electrónico o la publicidad en línea).

En la Tabla 1 se aportan ejemplos frecuentemente citados de mercados digitales, las principales empresas o marcas que operan en cada uno y los grupos de usuarios a los que dan servicio.

Aunque en estos mercados operan multitud de empresas, las que más destacan son las denominadas plataformas digitales<sup>1</sup>. Existen varias propuestas

<sup>1</sup> También se conocen como plataformas o mercados de dos o más bandas, de acuerdo con la literatura desarrollada por Rochet y Tirole (2003), Caillaud y Jullien (2003) o Armstrong (2006).

**TABLA 1**  
**EJEMPLOS DE MERCADOS DIGITALES, PLATAFORMAS DIGITALES**  
**Y PRINCIPALES GRUPOS A LOS QUE DAN SERVICIO**

| Mercados digitales       | Empresas/marcas  | Grupos de usuarios   |
|--------------------------|--|--|
| Alojamiento              | Airbnb, Booking  | Arrendadores, arrendatarios, anunciantes                   |
| Comercio electrónico     | Amazon, Alibaba, eBay                                  | Compradores, vendedores, anunciantes                       |
| Computación              | Microsoft Azure, Amazon Web Services                   | Usuarios, desarrolladores                                  |
| Consolas de videojuegos  | Sony Playstation, Microsoft Xbox, Nintendo Switch      | Usuarios, desarrolladores                                  |
| Contenido audiovisual    | YouTube, Vimeo   | Usuarios creadores, usuarios visualizadores, anunciantes   |
| Distribución de comida   | Just Eat, Deliveroo, Glovo                             | Usuarios, restaurantes                                     |
| Medios de pago           | Visa, MasterCard, AmEx, Bizum                          | Compradores, vendedores                                    |
| Mensajería instantánea   | WhatsApp, Telegram, Facebook Messenger                 | Usuarios, anunciantes                                      |
| Motores de búsqueda      | Google Search, DuckDuckGo, Microsoft Bing              | Usuarios, anunciantes                                      |
| Navegadores              | Google Chrome, Mozilla Firefox, Microsoft Edge, Safari | Usuarios, desarrolladores web, anunciantes                 |
| Redes sociales           | Facebook, Instagram, TikTok, LinkedIn                  | Usuarios, anunciantes                                      |
| Sistemas operativos      | OS X, Windows, iOS, Android                            | Usuarios, desarrolladores, anunciantes                     |
| Transporte con conductor | Uber, Cabify, Bolt                                     | Conductores, empresas de servicios de transporte, viajeros |

**FUENTE:** Elaboración propia.

de definición de qué constituye una plataforma y estas suelen estar basadas en dos elementos de la actividad que desempeñan: primero, el papel de estas empresas como intermediarias que facilitan interacciones entre usuarios pertenecientes a uno o más grupos (también llamados lados o bandas); segundo, la existencia de externalidades entre los usuarios intermediados y la gestión activa de estas (Belleflamme y Peitz, 2021, p. 29; Hagiu y Wright, 2015; Evans y Schmalensee, 2016; Furman *et al.*, 2019).

Un ejemplo paradigmático de plataforma es la que gestiona un lugar de encuentro entre compradores y vendedores o *marketplace*, como el operado por eBay o Amazon. En términos de la definición de plataforma

tenemos que, por un lado, la actividad principal de ambas es crear y mantener un mercado en el que interactúen vendedores y compradores de bienes realizando transacciones; por el otro, el valor de pertenecer al mercado para un vendedor dependerá (positivamente) del número de compradores, a la vez que el valor para un comprador dependerá del número de bienes disponibles y, por tanto, del número de vendedores.

Otro ejemplo típicamente citado es el de las redes sociales, como Facebook o Twitter. En este caso, la plataforma ofrece un espacio en el que interactúan «socializando» distintos usuarios (esta interacción puede consistir en una simple comunicación o la compartición de contenidos u otra información). A su vez, la

red social ofrece en el mismo espacio contenido patrocinado o anuncios. Para los usuarios, el valor de pertenecer a la red social dependerá (positivamente) del número de usuarios con los que pueden interactuar y (negativamente) del número de anuncios incluidos entre el contenido. Mientras tanto, el valor de la red social para los anunciantes dependerá (positivamente) del número de usuarios.

Las plataformas de los ejemplos anteriores facilitan interacciones entre usuarios que generan externalidades tanto para otros usuarios pertenecientes al mismo grupo (por ejemplo, los usuarios de la red social) como de otros grupos (por ejemplo, los compradores sobre los vendedores). También gestionan activamente las externalidades entre los usuarios de los grupos: mediante el uso de su política de precios, entre otras herramientas, internalizan las externalidades entre usuarios para generar un volumen de interacciones que maximiza sus beneficios. En concreto, Amazon o eBay aplican una comisión por venta a los vendedores y ofrecen el acceso a los compradores de forma gratuita; de forma similar, Facebook o Twitter aplican un precio monetario nulo a los usuarios de la red social y venden espacios publicitarios a anunciantes.

Otra característica destacable de las plataformas se refiere a su grado de integración vertical (Jullien y Sand-Zantman, 2021). En muchos casos, estas empresas operan simultáneamente como plataforma y usuario de la plataforma. El ejemplo más sencillo de este caso es Amazon, que opera el Amazon Marketplace y, además, comercializa bienes y servicios en competencia con los usuarios comerciales. Reconocer el grado de integración vertical de una plataforma será relevante a la hora de identificar sus incentivos a desarrollar algunas conductas, tal y como se muestra en el apartado cuarto de este trabajo.

Queda patente de los ejemplos anteriores que las plataformas pueden presentar diferencias importantes en cuanto al tipo de interacciones generadas, el carácter de los grupos de usuarios, el signo de los efectos de red entre usuarios (ver el apartado 3), las

estrategias de gestión de externalidades y las estrategias de monetización. Esta diversidad de características ha dado lugar a varias propuestas de clasificación; una revisión de estas puede consultarse en Belleflamme y Peitz (2021, pp. 38-40), que sirve de base para la síntesis aportada a continuación.

Posiblemente, la clasificación más utilizada es la que distingue entre plataformas según el tipo de interacciones que buscan generar, y que distingue las plataformas como de transacción y de no transacción. Como indica su nombre, las de transacción buscarían promover el intercambio de bienes y servicios en la plataforma para monetizarlo aplicando precios a algunos de los usuarios que participan en el intercambio. Este sería el caso de eBay, Amazon u otras plataformas de comercio electrónico. En las de no transacción, las interacciones son de otra naturaleza y podrían ser simples contactos o «encuentros» sociales entre los usuarios de la plataforma (por ejemplo, la visualización de un anuncio). En estas plataformas, las dificultades de observar la interacción llevan a que el precio se aplique a algún indicador aproximado, como podrían ser las visitas a una página o el número de clics. En esta categoría se encontrarían las redes sociales.

Una segunda clasificación popular organiza las plataformas según las funciones que cumplen sus servicios principales. Esta clasificación es, básicamente, una lista abierta de distintas categorías que potencialmente podría seguir creciendo conforme aparecen nuevos operadores. Entre las categorías posibles se encontrarían los *matchmakers* (plataformas que facilitan el encuentro con otro usuario), los *exchanges* (además del encuentro, facilitan el intercambio), los sistemas de pago (facilitar la ejecución de pagos entre compradores y vendedores) o las plataformas de entretenimiento (atraer la atención de usuarios con contenidos y utilizar esta audiencia para vender publicidad).

Belleflamme y Peitz (2021, pp. 35-37) proponen una nueva clasificación basada en los dos elementos de la definición de plataforma y que permiten ordenar



TABLA 2

## EMPRESAS MÁS GRANDES DEL MUNDO SEGÚN CAPITALIZACIÓN (16 DE ABRIL DE 2021)

| Puesto | Empresa                   | Capitalización<br>(en miles de millones de USD) |
|--------|---------------------------|---|
| 1      | <b>Apple</b>              | 2.252,3   |
| 2      | <b>Microsoft</b>          | 1.966,6   |
| 3      | Saudi Arabian Oil Company | 1.897,2   |
| 4      | <b>Amazon</b>             | 1.711,8   |
| 5      | <b>Alphabet</b>           | 1.538,9   |
| 6      | <b>Facebook</b>           | 870,5   |
| 7      | <b>Tencent Holdings</b>   | 773,8   |
| 8      | Tesla                     | 710,1   |
| 9      | <b>Alibaba Group</b>      | 657,5   |
| 10     | Berkshire Hathaway        | 624,4   |

NOTA: En negrita se señalan las empresas consideradas plataformas.

FUENTE: Elaboración propia a partir de *Forbes*, *The World's Biggest Public Companies, 2021*. <http://www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-capitalization>

las plataformas según sus estrategias para crear valor y monetizarlo. En relación con las estrategias de creación de valor se podría distinguir entre tres tipos de plataformas: las que crean valor gestionando efectos de red intragrupo, las que crean valor gestionando efectos de red cruzados y las que crean valor mediante la prestación de servicios aislados. Respecto a la monetización del valor creado, proponen distinguir entre aquellas plataformas que cobran a los usuarios que reciben su servicio principal y aquellas que cobran a un grupo de usuarios distinto del que recibe el servicio principal. Como señalan estos autores, una ventaja de esta clasificación frente a las otras es que está directamente vinculada a los elementos que configuran la definición de plataforma.

### Las grandes plataformas en cifras

Casi siempre que se hace referencia a las plataformas digitales, en realidad se alude a alguna de las empresas denominadas popularmente como GAFAM:

Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft. Como se comentó en la introducción, la atención que reciben los mercados y las plataformas digitales se debe en gran medida a la gran dimensión de estas empresas.

A continuación, se aportan una serie de indicadores que sirven para aproximar la dimensión de estas grandes plataformas. Al interpretar estas cifras, cabe recordar que, con la excepción de Apple y Microsoft, ninguna de estas empresas tiene más de 30 años (la más joven, Facebook, fue fundada en 2004), por lo que su auge no solo destaca por su dimensión sino también por su velocidad.

Las grandes plataformas citadas anteriormente son las empresas más valiosas del planeta, tal y como muestran las estadísticas de su valoración en bolsa (Tabla 2). Según la revista *Forbes*, en 2021 ocuparon los puestos primero, segundo, cuarto, quinto y sexto de la clasificación de las empresas con mayor capitalización. Si a estas cinco empresas se suman, además, Tencent y Alibaba, ambas grandes plataformas dominantes en el mercado chino (y en rápida expansión

TABLA 3

## VOLUMEN DE NEGOCIOS Y NÚMERO DE EMPLEADOS DE LAS GRANDES PLATAFORMAS

| Empresa              | Volumen de negocios<br>(en millones de USD) | N.º de empleados |
|----------------------|---|------------------|
| Amazon .....         | 386.064                                     | 1.335.000        |
| Apple .....          | 274.515                                     | 147.000          |
| Alphabet/Google..... | 182.527                                     | 135.301          |
| Microsoft.....       | 143.015                                     | 163.000          |
| Meta/Facebook.....   | 85.965                                      | 58.604           |

FUENTE: Elaboración propia a partir de *Fortune*, Global 500, 2021. <https://fortune.com/global500/>

fuera de China), resulta que siete de las diez empresas más grandes del mundo son plataformas digitales.

El segundo indicador que ilustra la dimensión de estas empresas es su volumen de negocios. De acuerdo con la revista *Fortune*, en 2021, estas cinco empresas tuvieron una facturación conjunta de 1,07 billones de dólares (Tabla 3). A modo de referencia, el PIB de España en 2020 fue algo mayor a 1,2 billones de dólares. En la Tabla 3 se incluye también como complemento el número de empleados de estas empresas.

El tercer indicador que sirve para describir la dimensión de estas cinco empresas se refiere al volumen de interacciones que tienen lugar en sus respectivas plataformas. Así, en el caso de Google, las estimaciones más recientes indican que se realizan más de 63.000 búsquedas cada segundo, lo que equivale a 3.500 millones de búsquedas al día y más de 1,2 billones al cabo de un año (y, por tanto, otras tantas oportunidades para incluir publicidad entre los resultados). Facebook, por su parte, tuvo 2.800 millones de usuarios activos en octubre de 2021, casi el 35 % de la población mundial. Amazon cuenta con más de 200 millones de usuarios suscritos a Amazon Prime, su servicio prémium de entrega a domicilio. Microsoft, en la comercialización de su ecosistema de ofimática

Office, cuenta con más de 240 millones de usuarios. Según estimaciones propias de Apple, en la actualidad hay 1.042 millones de dispositivos iPhone activos<sup>2</sup>.

Las cifras anteriores son realmente sorprendentes si se tiene en cuenta el número de empleados de las plataformas, mostrados en la Tabla 3. Con la excepción de Amazon, ninguna de las plataformas supera los 170.000 trabajadores, lo que implica unos volúmenes de servicios prestados por trabajador muy elevados (por ejemplo, en el caso de Meta/Facebook, habría más de 48.000 usuarios activos por cada trabajador).

En cuarto lugar, la relevancia de estas plataformas queda patente al analizar sus cuotas de mercado. Así, de acuerdo con la investigación de la Comisión Europea, la cuota de Google en el mercado de búsquedas en línea es superior al 90 %. A su vez, su cuota de mercado en la publicidad *online* de búsqueda en España también podría superar el 90 % (CNMC, 2021). Amazon, por su parte, se encuentra actualmente en fase de expansión y, según algunas estimaciones, acapara ya el 50 % del comercio electrónico del mercado estadounidense<sup>3</sup>. Microsoft y Apple, en el mercado de

<sup>2</sup> Estos datos pueden consultarse en <https://www.businessofapps.com/data/apple-statistics/>

<sup>3</sup> Basado en proyecciones recogidas en <https://www.statista.com/statistics/788109/amazon-retail-market-share-usa/>

**TABLA 4**  
**LAS DIEZ EMPRESAS CON MAYOR GASTO EN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO (2018)**

| Puesto | Empresa                    | Inversión en investigación y desarrollo<br>(en millones de USD) |
|--------|----------------------------|---|
| 1      | <b>Amazon</b>              | 22.620  |
| 2      | <b>Alphabet Inc.</b>       | 16.230  |
| 3      | Volkswagen Group           | 15.770  |
| 4      | <b>Samsung Electronics</b> | 15.310  |
| 5      | <b>Microsoft</b>           | 14.740  |
| 6      | <b>Huawei</b>              | 13.600  |
| 7      | Intel                      | 13.100  |
| 8      | <b>Apple Inc.</b>          | 11.580  |
| 9      | Roche Holding              | 10.800  |
| 10     | Johnson & Johnson          | 10.550  |

NOTA: En negrita se señalan las empresas consideradas plataformas.

FUENTE: Skillicorn (2019).

ordenadores de sobremesa, tienen una cuota conjunta superior al 88 %, aunque la mayor parte de esta cifra corresponde a la primera empresa<sup>4</sup>.

En último lugar, las grandes plataformas también destacan por sus niveles de inversión en investigación y desarrollo (Tabla 4). Así, según cifras correspondientes a 2018, cuatro de las cinco grandes plataformas citadas arriba se encontrarían entre las diez empresas que más invirtieron en gastos de investigación. De nuevo, a modo de referencia, en 2018 el gasto total en España en investigación y desarrollo ascendió a 14.946 millones de euros. Estas cifras son relevantes no tanto por lo elevadas que son, sino porque son indicativas de la importancia de la innovación para los mercados digitales y para el desarrollo de la competencia en ellos.

Cabe señalar que muchas de las estadísticas repasadas arriba son parciales, ya que las empresas analizadas en realidad funcionan como conglomerados de plataformas y operan en numerosos mercados

digitales. Así, al referirnos a indicadores de Google (o Alphabet, con mayor precisión) podríamos hablar del volumen de visualizaciones de YouTube, su plataforma de vídeo, o del número de usuarios y desarrolladores presentes en su tienda de aplicaciones, la PlayStore. En definitiva, las anteriores cifras son suficientes para ilustrar el tamaño sin paralelo de estas empresas y el grado de influencia que ejercen sobre el conjunto de los mercados digitales.

### 3. Principales características de los mercados digitales

Los análisis económicos de las plataformas y los mercados digitales suelen aludir a la presencia de diversas características, como la existencia de efectos de red, economías de escala o la aplicación de estrategias de precios nulos, para distinguirlos de otros mercados tradicionales. Sin embargo, estos fenómenos se dan en multitud de otros contextos, por lo que cabe preguntarse qué diferencia exactamente a los mercados digitales de los tradicionales.

<sup>4</sup> <https://www.statista.com/statistics/218089/global-market-share-of-windows-7/>

Como apuntan Furman *et al.* (2019), Scott Morton *et al.* (2019) o Parker *et al.* (2020), lo que realmente separa a los mercados digitales de los tradicionales es la presencia simultánea de los anteriores elementos y la intensidad con la que aparecen. A continuación, se presenta un breve resumen del conjunto de características que poseen estos mercados, haciendo gran énfasis en cómo el uso de la tecnología digital ha incrementado el impacto de estas sobre los procesos competitivos.

### Los efectos de red

Las externalidades entre usuarios son un aspecto básico de la definición de plataforma esbozada arriba y un factor imprescindible para el funcionamiento del modelo de negocio de las plataformas digitales. Estas externalidades, denominadas efectos de red, aparecen cuando la utilidad de un usuario al consumir un bien o servicio depende también de la presencia de otros usuarios (Belleflamme y Peitz, 2021, pp. 10-28).

Este fenómeno no es algo exclusivo de los mercados digitales y ha sido objeto de estudio en numerosos otros entornos, incluyendo los mercados de telecomunicaciones, la competencia entre estándares e incluso la influencia social (Shy, 2011). No obstante, gracias al uso de internet y las facilidades que confiere para reunir a números de usuarios previamente inauditos (véanse los ejemplos aportados en el apartado anterior), los efectos de red juegan un papel decisivo en las dinámicas competitivas de los mercados digitales.

Los efectos de red pueden ser de dos tipos: intragrupo o cruzados entre grupos (Belleflamme y Peitz, 2021, pp. 10-28)<sup>5</sup>. El primer conjunto de efectos se da cuando la utilidad de la plataforma para un usuario depende del número de otros usuarios de su mismo grupo, mientras que el segundo aparece cuando la utilidad depende del número de usuarios pertenecientes a otro grupo. Ambos tipos de efecto de red pueden

tener signo positivo o negativo, aunque en la práctica lo habitual es asumir que los efectos intragrupo tienen signo positivo<sup>6</sup>.

Aplicando esta taxonomía al ejemplo de la red social del apartado anterior, se pueden identificar tres efectos de red en funcionamiento: primero, un efecto intragrupo positivo entre los usuarios que socializan en la red; segundo, un efecto cruzado positivo de los usuarios sobre los anunciantes; tercero, un efecto cruzado negativo del número de anuncios (o anunciantes) sobre los usuarios de la red. Dado este esquema, una reducción del número de usuarios de la red social causará una caída de la demanda de los anunciantes. A su vez, la reducción del número de usuarios reduce el valor de la red social para los usuarios restantes, lo que puede generar nuevas caídas del número de usuarios y anunciantes.

Los efectos de red presentes en una plataforma digital pueden configurarse de multitud de maneras dependiendo del número de grupos que participan en ella, la fuerza de los efectos entre los grupos y el signo del impacto en cada grupo. El caso más relevante, al menos en términos de su impacto en la estructura de los mercados digitales y la supuesta tendencia hacia su concentración, es el de los fuertes efectos de red positivos.

En esta situación, se observa que el aumento del número de usuarios de una plataforma lleva a más usuarios de ese grupo a utilizar la plataforma, es decir, aparece un ciclo de retroalimentación positivo en el número de usuarios. En el contexto de la competencia entre varias plataformas en un mercado, y en ausencia de circunstancias que mitiguen el impacto de los efectos de red (como costes de cambio bajos o la posibilidad de desarrollar conducta *multi-homing*), la consecuencia última de este tipo de ciclo es la concentración de los usuarios en una o pocas plataformas.

<sup>6</sup> Otra clasificación típica en la literatura es la de efectos de red directos e indirectos (Furman *et al.*, 2019; Scott Morton *et al.*, 2019). De acuerdo con Belleflamme y Peitz (2021, pp. 12, 19), los efectos de red directos son equivalentes a los intragrupo. Los efectos de red indirectos aparecen cuando existen efectos cruzados positivos entre dos grupos.

<sup>5</sup> En inglés, *within-group effects* y *cross-group effects*, respectivamente.

## La conducta de los usuarios y los costes de cambio

Los usuarios de los mercados digitales pueden satisfacer toda su demanda utilizando una única plataforma o pueden acudir a varias. Por ejemplo, los usuarios de ordenadores personales normalmente adoptan un único sistema operativo y, al menos en el corto plazo, solo tienen acceso exclusivamente al *software* disponible para este. Por el contrario, los desarrolladores de *software* buscarán alcanzar el mayor número de usuarios posible y, para ello, querrán estar presentes en todos los sistemas operativos. En el primer caso, la conducta se denomina *single-homing*, mientras que en el segundo se conoce como *multi-homing*. Además, en el primer caso la situación del usuario se caracteriza por la presencia de efectos de *lock-in*, es decir, de la existencia de obstáculos que impiden al usuario modificar su elección de plataforma durante un período de tiempo o impiden su cambio.

El alcance de conductas de *multi-homing* entre los usuarios de las plataformas es una cuestión relevante porque sirve para contrarrestar los efectos de red derivados de pertenecer a una única plataforma (Scott Morton *et al.*, 2019). De igual manera, incluso en circunstancias en las que predomina el *single-homing*, la posibilidad de los usuarios de cambiar de plataforma puede fomentar mayor competencia para atraerlos.

No obstante, en la práctica es habitual que la afiliación a una nueva plataforma conlleve costes de cambio que reduzcan la disposición de los usuarios a desarrollar conductas de *multi-homing* o de cambiar de plataforma proveedora (por ejemplo, la pérdida de información o datos personales). A estos efectos hay que sumar el de los sesgos conductuales identificados en muchos usuarios, que muestran una predisposición a permanecer afiliados a una plataforma (OECD, 2021) o a emplear solo los servicios que componen el ecosistema digital de esa plataforma. En muchos casos, además, las plataformas pueden ejercer influencia sobre el

nivel de estos costes (Furman *et al.*, 2019), incrementándolos para desincentivar ambas conductas en perjuicio de los consumidores.

## Subsidios cruzados y precios nulos

Una situación común en los mercados digitales es que alguno de los grupos de usuarios de la plataforma reciba el servicio de esta a un precio muy bajo e incluso de forma gratuita. Por ejemplo, las cuentas en las redes sociales, las búsquedas en los principales motores o la ejecución de transacciones con vendedores en *marketplaces* se ofrecen de forma gratuita para los usuarios, y el precio normalmente recae sobre los anunciantes, en los primeros dos casos, y en los vendedores. Esta estructura de precios, caracterizada por la subvención cruzada entre los grupos de la plataforma, es el resultado de la existencia de los efectos de red entre usuarios y su gestión por parte de la plataforma.

La plataforma implementa esta estrategia fijando un precio bajo o nulo para el grupo de usuarios relativamente más sensible al nivel de precios y maximiza los efectos de red derivados de ese grupo. En función de si los efectos de red son intragrupo o cruzados, esta estrategia lleva a una mayor participación de ese mismo grupo o de otro. El hecho de que la monetización del servicio de la plataforma dependa de un único grupo de usuarios lleva a que algunos autores lo denominen el *money side* de la plataforma (Evans y Schmalensee, 2016, p. 33).

El anterior mecanismo hace referencia únicamente a los precios monetarios. Como señalan diversos autores, es probable que en muchos casos los consumidores se encuentren realizando un pago por el servicio aparentemente gratuito mediante la cesión de sus datos personales (Crémer *et al.*, 2019). Como se expone a continuación, estos datos, que pueden incluir información sobre las características socioeconómicas de los usuarios o de su uso de servicios de internet, son fundamentales para la optimización de los

servicios de la plataforma y para dirigir de forma más precisa el contenido publicitario<sup>7</sup>.

### Economías de escala y alcance

La estructura de costes de las grandes plataformas se caracteriza por el elevado peso relativo de los costes fijos sobre el total y por presentar costes variables muy bajos o nulos, lo que tiene como consecuencia que estas empresas cuenten con importantes economías de escala. Como señala Levin (2011), esta característica concreta ha jugado un papel decisivo en la expansión de los mercados digitales y de las grandes plataformas, ya que les ha permitido satisfacer la demanda de un creciente número de usuarios, aprovechando los ciclos positivos generados por los efectos de red, y procesar los datos generados por estos.

A su vez, las economías de escala se encuentran acompañadas de economías de alcance en la prestación de otros servicios digitales, lo que facilita a las plataformas la entrada en mercados conexos (Crémer *et al.*, 2019). Estas economías de alcance también facilitan la creación de ecosistemas digitales, es decir, de entornos completos en los que una plataforma provee diversos servicios complementarios (Furman *et al.*, 2019). De esta forma, la plataforma es capaz de ofrecer no solo los servicios individuales, sino un gran paquete con todos ellos, lo que podría facilitar que un usuario decida satisfacer toda su demanda dentro de la plataforma.

Tanto las economías de escala como las de alcance son ejemplos clásicos y ampliamente reconocidos de fenómenos que contribuyen a erigir barreras a la entrada y expansión de nuevos competidores. En el contexto de los mercados digitales, donde son

especialmente importantes, su efecto perjudicial es proporcionalmente mayor.

### El papel de los datos de usuarios

Los mercados digitales destacan por ser intensivos en datos. La existencia de economías de escala como las descritas arriba facilita a las plataformas las labores de recopilación y procesado de grandes volúmenes de datos de usuarios, lo que a su vez les permite optimizar sus servicios para ser más eficaces en la generación de interacciones entre usuarios (Krämer *et al.*, 2020). Por ejemplo, en el contexto de la publicidad *online*, disponer de información detallada sobre los gustos, los usos de internet y las características socioeconómicas de un gran número de usuarios individuales permite dirigir la publicidad con un elevado nivel de precisión. De igual manera, en el contexto del comercio electrónico, disponer de este tipo de datos permite realizar mejores predicciones de los niveles de demanda de bienes concretos y formular mejores recomendaciones de compras adicionales. En este sentido, el uso de los datos generados por usuarios da lugar a un círculo virtuoso similar al explicado anteriormente para los efectos de red, mediante el cual la calidad del servicio que puede ofrecer una plataforma está vinculada positivamente a la calidad de su base de datos (Furman *et al.*, 2019; Scott Morton *et al.*, 2019).

La relación entre la disponibilidad de datos, la calidad de los servicios y, en última instancia, el éxito de las plataformas digitales puede suponer una ventaja competitiva para los operadores incumbentes<sup>8</sup>. Los nuevos entrantes, por su parte, se enfrentan a importantes barreras de entrada y expansión hasta que son capaces de construir una base de datos lo suficientemente amplia (o, visto de otra forma, hasta que cuenten con un número suficiente de usuarios) que les permita competir

<sup>7</sup> Para algunos autores, en los casos en los que la plataforma extrae muchos datos de sus usuarios puede ser que el precio monetario competitivo correspondiente fuera negativo, es decir, que en una situación de equilibrio la plataforma ofreciera el servicio al usuario y, además, pagara a este por sus datos (Furman *et al.*, 2019).

<sup>8</sup> La evidencia empírica sobre la relación entre datos y el rendimiento de las empresas es mixta, como señalan Goldfarb y Tucker (2019), por lo que merece la pena señalar que este punto aún es objeto de debate.

en términos de calidad con los servicios ofrecidos por los incumbentes (OECD, 2021). Teniendo en cuenta la no rivalidad que caracteriza el uso de los datos, su posible relevancia para la entrada exitosa de nuevos competidores ha llevado a algunos autores a valorar la imposición de obligaciones de acceso a los datos de las grandes plataformas (Furman *et al.*, 2019; Calvano y Polo, 2021).

Otra consideración vinculada con los datos se refiere a los algoritmos empleados para analizarlos (Scott Morton *et al.*, 2019; Crémer *et al.*, 2019). La capacidad de un operador de extraer información de una base de datos dependerá también de la calidad de los algoritmos que emplea para analizar los datos. Asimismo, los algoritmos utilizados por muchas plataformas se basan en métodos de inteligencia artificial que requieren amplias bases de datos para su calibración y aprendizaje. En consecuencia, mediante su influencia en la calidad de los algoritmos, los datos sumarían una nueva ventaja para los operadores incumbentes.

#### 4. Dinámicas competitivas en los mercados digitales y sus implicaciones para el bienestar social

##### La competencia en el mercado frente a la competencia por el mercado

La combinación de los efectos de red, las barreras de entrada derivadas de economías de escala y alcance, y las particularidades de la conducta de los usuarios de las plataformas hace que los mercados digitales presenten una proclividad al «vuelco» o *tip-ping* (Katz y Shapiro, 1994), es decir, que de una situación de competencia entre plataformas pueda llegarse al dominio del mercado por muy pocas plataformas o, incluso, por una. En función de cómo se configuren los efectos de red entre los distintos grupos, es posible, además, que esta tendencia a la concentración se traslade de un primer grupo de usuarios a los demás que emplean la plataforma, consolidando así la

concentración del mercado. Ejemplo de este fenómeno serían las redes sociales de Facebook, que acaparan la atención de los usuarios y, según estimaciones de la CNMC (2021), atraen a más de un 40 % del gasto en publicidad *display* en España.

Esta dinámica puede perjudicar el desarrollo de la competencia en el mercado, pero no garantiza su eliminación. Como arguyen Jullien y Sand-Zantman (2021), las plataformas cuentan con algunas estrategias que pueden mitigar, al menos de forma parcial, el impacto de los efectos de red, evitando de esta manera la consiguiente monopolización del mercado. Por ejemplo, pueden buscar mayor grado de diferenciación de los servicios que prestan en su plataforma o pueden alcanzar acuerdos de interoperabilidad con otras plataformas.

No obstante, incluso cuando las condiciones del mercado llevan a que solo opere una única plataforma dominante, es posible que no pueda ejercer su poder de mercado si existe competencia por el mercado (Calvano y Polo, 2021). En esta situación, la conducta de la plataforma puede verse restringida por la posibilidad de la entrada de plataformas de nueva creación o que operan en mercados conexos. La amenaza de la entrada de nuevos competidores garantizaría que la conducta de la plataforma fuera eficiente tanto desde la perspectiva estática como dinámica: por un lado, impediría que explote su posición y le llevaría a fijar precios competitivos; por otro, obligaría a la plataforma a participar en un proceso continuo de innovación para mantener su ventaja tecnológica (Deller *et al.*, 2021).

Resulta obvio que, para que la competencia por el mercado mitigue el poder de mercado de una plataforma dominante, los competidores potenciales deben disponer de suficientes facilidades para entrar al mercado. En otras palabras, estos mercados deben ser contestables. Sin embargo, muchas de las características de los mercados digitales, que hemos destacado en el apartado anterior, contribuyen a levantar barreras de entrada o a la expansión: los efectos de red, los elevados costes fijos y hundidos, las economías de escala, los datos de

usuarios, los costes de cambio y los sesgos conductuales de los usuarios, todos confieren ventajas competitivas a los operadores incumbentes. A estas barreras inherentes a los mercados digitales hay que sumar, además, aquellas que puede levantar o promover el incumbente como parte de su conducta estratégica. Dadas estas limitaciones, parece poco probable que la competencia por el mercado pueda generar suficiente presión competitiva para impedir que una plataforma dominante pudiera ejercer su poder de mercado.

A modo de precisión, es relevante tener en cuenta que el grado de competencia de un mercado depende de muchos factores además del grado de concentración. Los mercados digitales tienden hacia la concentración en pocas plataformas, pero esto no implica que la competencia esté ausente en ellos. De hecho, existen numerosos ejemplos de plataformas que operan en un mismo mercado digital y que compiten de forma activa. La cuestión, por tanto, es si en un entorno de competencia con mayor número de operadores podría ser mayor el bienestar social.

### Conductas anticompetitivas en los mercados digitales

Cuando las oportunidades para el desarrollo de la competencia en un mercado digital son escasas, las plataformas tendrán la capacidad para ejercer poder de mercado para explotar, extender y defender su posición de mercado<sup>9</sup>.

La explotación de los usuarios de las plataformas dominantes puede llevarse a cabo mediante estrategias basadas en el precio de sus servicios o en otros elementos (Furman *et al.*, 2019). En determinadas circunstancias el abuso por parte de la plataforma podría consistir en la aplicación de niveles de precios supra-competitivos (con las particularidades correspondientes

a la fijación de precios en un contexto de plataformas de dos o más bandas) o, como ya se mencionó en el apartado anterior, si se hace una lectura expansiva del concepto de precio, también podría interpretarse la extracción de volúmenes excesivos de datos de usuarios como una conducta explotativa que desarrollan las plataformas. La implementación de estas prácticas se ve facilitada, además, por la falta de transparencia que pueden padecer los consumidores frente a la plataforma. Así, estos pueden tener un conocimiento limitado sobre el servicio que les presta la plataforma, lo que les impide reconocer la naturaleza excesiva de los precios o requisitos de datos que esta les impone.

Por otro lado, puede ocurrir que la plataforma abuse de su poder de negociación respecto a sus usuarios para influir en los términos aplicados por estos en sus interacciones con otros grupos que participan en la plataforma. Este es el caso de las denominadas cláusulas de paridad, mediante las cuales las plataformas obligan a los vendedores usuarios de la plataforma a aplicar precios al menos tan bajos como los ofrecidos en otros canales de venta (Crémer *et al.*, 2019), o de la imposición de cláusulas de exclusividad.

Las plataformas dominantes también cuentan con diversas estrategias anticompetitivas para mantener o expandir su poder de mercado. Una de las más destacadas es el denominado *self-preferencing* o discriminación a su favor, práctica mediante la cual una plataforma verticalmente integrada, es decir, simultáneamente proveedora y usuaria de la plataforma, aplica un trato de favor a su área de negocio o a su filial que es usuaria de la plataforma (Crémer *et al.*, 2019). Esta estrategia, que ya ha sido sancionada en alguna ocasión por una autoridad de competencia (véase, por ejemplo, el caso Google Shopping)<sup>10</sup>, puede contribuir a reducir o eliminar la competencia dentro de la plataforma, llegando incluso a la exclusión de los usuarios competidores. Aunque aquí no se explorarán, también

<sup>9</sup> Aunque el énfasis de la presente revisión serán las prácticas unilaterales desarrolladas por plataformas, también se pueden dar prácticas coordinadas. Ver Crémer *et al.* (2019).

<sup>10</sup> Asunto AT. 39740 Google Search (Shopping). [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39740](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740)



cabría destacar las estrategias de apalancamiento y empaquetamiento que podría emplear una plataforma dominante para expandir su posición de dominio hacia mercados conexos o defenderse de la entrada de nuevos competidores.

Unas últimas prácticas dirigidas a defender la posición de la plataforma dominante son las denominadas adquisiciones preventivas, así como las *killer acquisitions* (Cabral *et al.*, 2021; Motta y Peitz, 2020). El análisis de ambos fenómenos parte del hecho de que las grandes plataformas —es decir, GAFAM— han llevado a cabo un elevado número de adquisiciones de pequeñas empresas y nuevos entrantes en diversos sectores tecnológicos (según los trabajos citados arriba, más de 1.000). Para algunos autores, este patrón de adquisiciones, en su mayoría de carácter vertical, habría servido para eliminar nuevos entrantes con alto potencial de convertirse en competidores de las plataformas dominantes. Aunque abundan los ejemplos, es habitual citar las adquisiciones por Google de Waze (competidora en la prestación de servicios de navegación GPS) o las adquisiciones por Facebook de WhatsApp (competidor en servicios de mensajería instantánea y redes sociales) e Instagram (redes sociales y compartición de fotografías) (Argentesi *et al.*, 2020) como instancias en las que una plataforma intervino para neutralizar una amenaza competitiva. En los casos anteriores, los productos ofrecidos por los nuevos entrantes fueron absorbidos por la plataforma dominante e incorporados a sus ecosistemas. Otra posibilidad sería la supresión del producto del nuevo entrante una vez adquirido, como destacan los estudios de las *killer acquisitions*.

En la actualidad, existen dos puntos de vista acerca del impacto que tienen estas estrategias para el desarrollo de la innovación en los mercados digitales (Cabral *et al.*, 2021). Por un lado, algunos destacan que podría incentivarla debido a la existencia de estrategias de «innovar para ser adquirido» por parte de nuevos entrantes, que sería esencial en el caso de *start-ups*. Por el otro lado, es posible que algunos nuevos entrantes prescindieran de desarrollar nuevos productos o

entrar en mercados donde las grandes plataformas se encuentran activas para evitar convertirse en objetivos. En cualquier caso, estas fusiones tienen capacidad para reducir sustancialmente la competencia actual y potencial en el mercado afectado, lo que perjudicará a los consumidores.

### **El bienestar social y el excedente del consumidor**

El elevado número de usuarios que componen los grupos que participan en las plataformas digitales hace que el concepto de «consumidor» comúnmente aplicado en los análisis de competencia abarque un colectivo mucho más amplio y variado que en los mercados tradicionales (Furman *et al.*, 2019). Así, en el contexto de una plataforma digital, el conjunto de consumidores de la plataforma podría incluir, por ejemplo, usuarios finales, usuarios empresariales y anunciantes. Esto puede complicar el análisis del bienestar resultante de las actividades de la plataforma, ya que los beneficios percibidos por un grupo pueden traducirse en perjuicios para otro.

Asimismo, también hay que destacar que, desde una perspectiva económica, el impacto sobre el excedente de los consumidores de las estructuras de mercado altamente concentradas es complejo: por un lado, la presencia de efectos de red implica que la utilidad de los consumidores aumenta al encontrarse todos en una única plataforma; mientras que, por otro, el posible ejercicio de poder de mercado podría suponer reducciones del excedente de los consumidores y pérdidas de eficiencia (Furman *et al.*, 2019).

A pesar de la incertidumbre sobre el signo de los anteriores efectos, la preocupación es lógica, porque los costes sociales que podría conllevar el desarrollo de conductas anticompetitivas por parte de las plataformas digitales —que sirven a un elevadísimo número de consumidores y condicionan las innumerables actividades económicas que tienen lugar en ellas— podrían ser muy elevados. A estos costes sociales hay que sumar, además, los efectos dinámicos de la ausencia de la

competencia sobre el desarrollo tecnológico y la innovación, que limitarían el acceso de los consumidores a servicios mejores y más económicos en el futuro.

El debate sobre los mercados digitales y su papel en la economía ha dado paso a un cierto consenso<sup>11</sup>, al menos entre las autoridades de varios países, de la necesidad de una intervención pública más activa en ellos (CMA, 2020; Furman *et al.*, 2019; OECD, 2021; Scott Morton *et al.*, 2019). Según argumentan los defensores de esta intervención, las herramientas tradicionales de la política de competencia habrían demostrado ser insuficientes para contrarrestar los efectos negativos de la tendencia hacia la concentración que se deriva de la combinación particular de características de los mercados digitales.

Según estos expertos, solucionar los problemas de competencia identificados en estos mercados requiere, en primer lugar, garantizar la aplicación eficaz de la normativa de la competencia mediante su reforma y actualización y, en segundo lugar, complementar esta normativa con un marco de regulación *ex ante* dirigido a reducir el papel que desempeñan los efectos de red y las barreras a la entrada.

Aunque una revisión en profundidad de las principales propuestas en materia de política de competencia en mercados digitales excede del ámbito del presente trabajo, un breve repaso a las normas propuestas y adoptadas en la UE, EE UU y China permite reflejar este enfoque. La propuesta de *Digital Markets Act* de la Comisión Europea introduce un abanico de obligaciones y prohibiciones aplicables a los proveedores más destacados de servicios de intermediación *online*<sup>12</sup>. A su vez, la propuesta amplía el alcance de la obligación de notificar operaciones de concentración a la totalidad de operaciones en las que participan

los proveedores regulados. De forma análoga, en Estados Unidos también se ha propuesto un nuevo marco regulatorio para las grandes plataformas, la denominada *American Innovation and Choice Online Act*. Esta norma se vería acompañada, además, por otras iniciativas, como la *Trust Busting in the 21<sup>st</sup> Century Act*, a través de las cuales se busca llevar a cabo una profunda reforma de las principales normas de competencia estadounidenses con el objetivo de incrementar las sanciones aplicables, prohibir las adquisiciones por parte de plataformas dominantes y modificar la carga de la prueba a la hora de evaluar el impacto competitivo de determinadas prácticas. En China, donde la aplicación de la política de competencia tiene menor tradición, la autoridad de competencia ha adoptado las *Anti-Monopoly Guidelines for the Platform Economy Industries*, que orientarán su actuación al aplicar la política de competencia en los mercados digitales.

Interesa subrayar que estas iniciativas representan solo la primera aproximación de la intervención pública en el ámbito de las plataformas. Cuando las autoridades responsables adquieran experiencia en la aplicación del derecho de la competencia a los mercados digitales y en la utilización de las nuevas normas regulatorias, será sin duda necesario revisar el conjunto de herramientas disponibles para adaptar su funcionamiento y mejorar su efectividad.

## 5. Conclusión

En el presente trabajo hemos revisado la literatura económica para aproximar qué son los mercados digitales y las plataformas, sus características más destacadas y las implicaciones que tienen para el desarrollo de la competencia. Este análisis permite concluir que el funcionamiento actual de los mercados digitales podría conllevar importantes costes para los consumidores y para la sociedad en general. Asimismo, también podemos concluir que cualquier propuesta de regulación para mitigar el poder de mercado de

<sup>11</sup> La publicación *The Economist* retrató este consenso como parte de un proceso renovador de la política de competencia en todo el mundo. <https://www.economist.com/special-report/2022/01/10/the-growing-demand-for-more-vigorous-antitrust-action>

<sup>12</sup> En la terminología de la propuesta de norma, los proveedores a los que se aplica son *gatekeepers* y los servicios de intermediación *core platform services*.

las grandes plataformas, como las que se están planteando actualmente las autoridades europeas y estadounidenses, se enfrenta a importantes obstáculos derivados de la combinación de fuertes efectos de red y a la presencia de economías de escala y alcance.

Aunque estas características aparecen en muchos otros mercados, lo cierto es que el uso de la tecnología digital magnifica su impacto sobre la competencia en los mercados digitales, creando una tendencia hacia la concentración y facilitando el uso del poder de mercado por parte de las grandes plataformas. No obstante, estos obstáculos no son insuperables: existen abundantes precedentes de actuaciones de las autoridades de competencia en mercados que presentan efectos de red, economías de escala u otros factores, como sucede en los mercados digitales. De igual manera, no será la primera vez que se establezca una regulación *ex ante* para mitigar este tipo de fenómenos.

El éxito de las nuevas intervenciones procompetitivas dependerá de la capacidad de las autoridades para identificar los factores concretos que impiden el desarrollo de la competencia en cada mercado digital. A su vez, las medidas concretas que se tomen —ya se concreten en investigaciones por conductas anticompetitivas o en la imposición de obligaciones— deberán tener la capacidad suficiente de resolver estos problemas sin generar costes sociales adicionales, como la reducción del esfuerzo innovador. Ambas tareas plantean serias dificultades por la gran heterogeneidad de los mercados digitales y de las plataformas.

Por último, aunque nuestra revisión se ha centrado en los aspectos relacionados con la política de competencia en los mercados digitales, no es el único ámbito en el que se ha debatido la necesidad de regular a las grandes plataformas. Así, en ámbitos como el control de contenidos, la protección de datos o la seguridad nacional también se están estudiando las consecuencias de las actividades de las grandes plataformas y las fórmulas regulatorias más eficaces.

## Referencias bibliográficas

- Argentesi, E., Buccirosi, P., Calvano, E., Duso, T., Marrazzo, A., & Nava, S. (2020). Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment. *Journal of Competition Law & Economics*, 17(1), 95-140. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa020>
- Armstrong, M. (2006). Competition in two-sided markets. *RAND Journal of Economics*, 37(3), 668-691. <https://www.jstor.org/stable/25046266>
- Belleflamme, P., & Peitz, M. (2021). *The Economics of Platforms: Concepts and Strategy*. Cambridge University Press.
- Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., & Van Alstyne, M. (2021). *The EU Digital Markets Act: A report from a Panel of Economic Experts*. Publications Office of the European Union. ISBN 978-92-76-29788-8, JRC122910. <https://doi.org/10.2760/139337>
- Caillaud, B., & Jullien, B. (2003). Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers. *RAND Journal of Economics*, 34(2), 309-328. <https://www.jstor.org/stable/1593720>
- Calvano, E., & Polo, M. (2021). Market power, competition and innovation in digital markets: A survey. *Information Economics and Policy*, 54. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100853>
- CMA, Competition & Markets Authority, United Kingdom. (2020). *Online platforms and digital advertising market study*. <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study#final-report>
- CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2021). *Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España (E/CNMC/002/19)*. <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00219>
- Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition policy for the digital era*. European Commission: Directorate-General for Competition. <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>
- Deller, D., Doan, T., & Mariuzzo, F. (2021). *Competition and Innovation in Digital Markets* (BEIS Research Paper No. 2021/040). Department for Business, Energy and Industrial Strategy. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1003985/uae-ccp-report\\_\\_1\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1003985/uae-ccp-report__1_.pdf)
- Evans, D. S., & Schmalensee, R. (2016). *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*. Harvard Business Review Press.
- Furman, J., Coyle, D., Fletcher, A., McAuley, D., & Mardsen, P. (2019). *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*. <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>

- Goldfarb, A., & Tucker, C. (2019). Digital Economics. *Journal of Economic Literature*, 57(1), 3-43. <https://doi.org/10.1257/jel.20171452>
- Hagiu, A., & Wright, J. (2015). Multi-sided platforms. *International Journal of Industrial Organization*, 43, 162-174. <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.03.003>
- Jullien, B., & Sand-Zantman, W. (2021). The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy. *Information Economics and Policy*, 54. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100880>
- Katz, M. L., & Shapiro, C. (1994). Systems Competition and Network Effects. *Journal of Economic Perspectives*, 8(2), 93-115. <https://doi.org/10.1257/jep.8.2.93>
- Krämer, J., Schnurr, S., & Broughton Micova, S. (2020). *The role of data for digital markets contestability. Case studies and data access remedies*. CERRE, Policy Report No. 09/2020. <https://cerre.eu/publications/data-digital-markets-contestability-case-studies-and-data-access-remedies/>
- Levin, J. D. (2011). *The Economics of Internet Markets* (NBER Working Paper No. 16852). National Bureau of Economic Research. <https://www.nber.org/papers/w16852>
- Motta, M., & Peitz, M. (2020). *Big Tech Mergers* (CEPR Discussion Paper No. 14353). Centre for Economic Policy Research. [https://cepr.org/active/publications/discussion\\_papers/dp.php?dpno=14353](https://cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=14353)
- OECD, Organisation for Economic Co-operation and Development. (2021). *Ex ante Regulation and Competition in Digital Markets* (OECD Competition Committee Discussion Paper). <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>
- Parker, G., Petropoulos, G., & Van Alstyne, M. (2020). *Digital Platforms and Antitrust* (Bruegel Working Paper No. 6). <https://www.bruegel.org/2020/11/digital-platforms-and-antitrust/>
- Rochet, J.-C., & Tirole, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 990-1029. <https://academic.oup.com/jeea/article/1/4/990/2280902>
- Scott Morton, F., Bouvier, P., Ezrachi, A., Jullien, B., Katz, R., Kimmelman, G., Melamed, A. D., & Morgenstern, J. (2019). *Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee*. George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. The University of Chicago Booth School of Business. <https://www.judiciary.senate.gov/download/morton-written-submission>
- Shy, O. (2011). A Short Survey of Network Economics. *Review of Industrial Organization*, 38, 119-149. <https://doi.org/10.1007/s11151-011-9288-6>
- Skillicorn, N. (2019). *Top 1000 companies that spend the most on Research & Development (charts and analysis)*. Idea to Value. <https://www.ideatovalue.com/inno/nickskillicorn/2019/08/top-1000-companies-that-spend-the-most-on-research-development-charts-and-analysis/>

Javier Domínguez Viera\*  
Marta Reyes Granados\*\*  
Carmen Delibes Cadarso\*\*

## REGULACIÓN, COMPETENCIA Y PLATAFORMAS DIGITALES: ÓPTICA DE AGENDA POLÍTICA

*Las plataformas digitales se sitúan en el centro de la agenda política en todas las grandes economías. La complejidad de estos modelos de negocio y de su impacto en los mercados han hecho que la naturaleza de las medidas articuladas se distancie de las aproximaciones previas. La agenda digital de la Comisión Europea y, dentro de esta, medidas como la Digital Markets Act, refleja bien una tendencia en la evolución de formas y objetivos de la aproximación regulatoria. La eficacia que estas demuestren en la práctica determinará, en gran medida, el alcance de las aspiraciones puestas en la transición digital.*

### **Regulation, competition and digital platforms: the policy agenda**

*Digital platforms are at the centre of the political agenda in all major economies. The complexity of these business models and their repercussions on the economy have caused the nature of the articulated measures to distance themselves from previous approaches. The digital agenda of the European Commission, and within it measures such as the Digital Markets Act, well reflect a trend in the evolution of forms and objectives of the regulatory approach. Its effectiveness in practice will determine, to a large extent, the accomplishment of the aims of the digital transition.*

**Palabras clave:** mercado interior, plataformas digitales, competencia, regulación ex ante, Ley de Mercados Digitales.

**Keywords:** internal market, digital platforms, competition, ex ante regulation, Digital Markets Act.

**JEL:** K21, K23.

---

\* Vocal Asesor de la Dirección General de Política Económica. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Contacto: [javier.dominguez@economia.gob.es](mailto:javier.dominguez@economia.gob.es)

\*\* Consejera Técnica de la Subdirección General de Mejora de la Regulación, Apoyo a la Empresa y Competencia.

Contacto: [marta.reyes@economia.gob.es](mailto:marta.reyes@economia.gob.es) y [carmen.delibes@economia.gob.es](mailto:carmen.delibes@economia.gob.es)

Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no representan necesariamente las de ninguna institución.

Versión de marzo de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7375>

## 1. Introducción

La economía de plataformas y su regulación se ha convertido en centro de atención de las agendas de política de las economías desarrolladas. Ello se produce como resultado, por un lado, del imparable desarrollo de la economía digital y de los nuevos modelos de negocio, que resultan en desafíos para el regulador y, por otro lado, de la aspiración reiterada por muchos gobiernos de transicionar hacia una economía plenamente digitalizada, como fórmula para impulsar la productividad y la competitividad, y fomentar un crecimiento sostenible y justo.

El caso de la Unión Europea es ejemplificativo de la creciente atención política a este fenómeno. La Comisión Europea centró gran parte de sus prioridades en el ámbito digital bajo el anuncio de un paquete de medidas que, como veremos más adelante, destacó por su alcance y por la premura en la planificación de su despliegue. Con esto se trataba de dar respuesta a aspiraciones clásicas de la política de competencia, al tiempo que se pretendía atender a intereses generales amplios y tradicionalmente vinculados a la política industrial. Ello marca un hito tanto en la Unión Europea como en el resto del mundo, donde los objetivos de competencia se circunscribían desde hace décadas, fundamentalmente, al objetivo de maximización del bienestar del consumidor o de corrección de grandes fallos de mercado, que se trataban de garantizar con carácter general mediante la utilización de los instrumentos clásicos de competencia o, muy puntualmente, por intervenciones regulatorias —como bien ejemplifica el caso de las telecomunicaciones—. En este punto, resulta razonable asumir que el enfoque comunitario tendrá singular trascendencia e interés, por cuanto, necesariamente, sirve de referencia en la aproximación que sigan otras grandes economías en el futuro.

Con el fin de acercar al lector a este fenómeno, el artículo pretende poner en perspectiva el tratamiento de los mercados de plataforma en las agendas de

política económica y, particularmente, en la de la Unión Europea. En esta línea, tras una aproximación a la complejidad del acercamiento a los mercados de plataforma, veremos cómo se acomoda la cuestión dentro de la agenda comunitaria para el ámbito digital. A partir de dicho enfoque, y con fin ilustrativo, se repasan algunas de las características relevantes de una de las principales medidas integradas en la agenda actual: la Ley de Mercados Digitales, o *Digital Markets Act*, en tanto se perfila como ejemplo paradigmático de los nuevos instrumentos híbridos que caracterizan la nueva lógica de intervención. Esto es, aquellos que, partiendo de la lógica de competencia, se singularizan para atender a intereses generales más amplios.

## 2. Dificultades y particularidades del tratamiento de los mercados de plataforma en la agenda política: particular atención a la realidad comunitaria

Entender el tratamiento que otorgan las agendas de política económica actual a los mercados de plataforma requiere atender, necesariamente, al grado de disrupción que suponen estos sobre la economía, que es lo que justifica un tratamiento particularizado de este tipo de actividades, como ya señalaba el informe de un panel de expertos independientes que solicitó la Comisión en 2019 a este respecto (Crémer *et al.*, 2019). Sin ánimo de exhaustividad, tres elementos parecen especialmente relevantes a la hora de entender dicha disrupción: el primero, consiste en el cambio de prisma que resulta de las dinámicas de los denominados mercados bilaterales (*two-sided markets*) que caracterizan los mercados de plataforma y que han condicionado la aproximación económica y la lógica sobre las que se analizan las conductas de los operadores o la propia estructura de mercado. El segundo, viene dado por las dinámicas de los propios operadores de mercado, produciéndose aquí novedades en los incentivos e impactos de los distintos tipos de concentración vertical u horizontal, en los efectos de la generación de ecosistemas

que operan en el mercado, o en la forma en que se produce y ejerce el poder o control por parte de los grandes operadores digitales, entre los que necesariamente encontramos a las grandes plataformas, como son las denominadas GAFA (Google, Amazon, Facebook —hoy redefinida como META— y Apple). Se trata de una situación que ya no se vincula o limita necesariamente por posiciones dominantes en un mercado concreto —al menos, en los términos que se acotaba la posición de dominio y el mercado relevante hasta ahora—. Un tercer y último elemento viene determinado por el papel central del dato, su uso, acceso y disposición como activo determinante en la economía digital, que condiciona las dinámicas dentro del mercado y la potencial monetización de las distintas actividades. Todo ello resulta en problemas novedosos en los mercados de plataforma que nos alejan de la literatura y evidencia empírica existente, y que obligan a un debate sobre cómo intervenir y cuál es la mejor manera de justificar dicha intervención (Fletcher, 2020). Ello, sumado a la velocidad con la que acontecen los cambios en el mercado digital, complica la lectura descriptiva y prescriptiva del mercado y, con ello, la definición de medidas para su corrección. Y es precisamente aquí donde pueden ubicarse algunos de los límites en la potencia y robustez del análisis articulado por las autoridades de competencia, así como la incertidumbre que han de asumir los legisladores en el desarrollo de nuevas iniciativas.

No obstante, a pesar de que todo ello podría invitar a cierta cautela en la aproximación al fenómeno, lo cierto es que las dificultades y disrupciones que han generado los mercados de plataforma en la práctica han terminado por animar la acción del legislador. Se produce así una aproximación ambiciosa que resulta de las controversias planteadas por los operadores (en forma de contestación social) y por la aspiración de dar correcto acomodo a la transición digital. De este modo, ambos polos se retroalimentan.

En esta línea, el modo en que los mercados de plataforma se integran en la agenda política responde, en parte, a cómo los problemas y disrupciones señalados

han derivado en contestación y demandas por operadores y ciudadanos, que resultan en controversias en sede judicial y desarrollos jurisprudenciales que, en última instancia, precipitan el desarrollo de iniciativas legislativas. Ello se visualiza en los diferentes planos de los mercados digitales. Así se desprende de la contestación frente a algunas prácticas de los grandes operadores de plataforma por problemas, tales como la limitación de interoperabilidad de sistemas, la limitación en el acceso al dato o el autofavorecimiento, que en última instancia han limitado la contestabilidad en los mercados y, con ello, el reparto y distribución de los beneficios del mismo. Ejemplos, como los de las cláusulas de paridad —caso Booking—, el cierre de sistemas operativos o *app stores* —casos como el de Microsoft o Android— o el tratamiento de los servicios de publicidad —casos como Google Ads— generaron cierto nivel de contestación que resultó, primero, en un intento de actuación por la vía de competencia y, después, en intervenciones a través de nuevos enfoques regulatorios, como veremos con la *Digital Markets Act*.

Del mismo modo, las dinámicas de concentración y ejercicio de poder han tenido su reflejo en controversias en parcelas horizontales. Buen ejemplo de ello es el ámbito laboral, donde se generaba la polémica en torno al acomodo regulatorio de los repartidores (*riders*) en plataformas de mensajería, cuestión que daría lugar a desarrollos jurisprudenciales en países como España, como demuestra la Sentencia núm. 805/2020, de 25 de septiembre, para la unificación de doctrina, y el impulso de iniciativas concretas a nivel comunitario, como muestra la propuesta de directiva anunciada por la Comisión, a finales de 2021, para la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (Comisión Europea, 2021b).

Por último, pero no menos importante, se plantea un intenso debate sobre la disociación de la actividad de la plataforma y de la actividad del prestador subyacente, una cuestión compleja de la que depende, ni más ni menos, que la aplicación o no de las normativas sectoriales nacionales, lo que lógicamente deriva

en demandas de operadores de mercado que plantean problemas en términos de competencia desleal y justicia de marcos regulatorios. En este plano, por más que se puedan encontrar antecedentes ya en 2010 con la venta en línea en casos como el de KerOptica (Asunto KerOptica, C-108/09), cristaliza de forma definitiva con las controversias judiciales en un sector tan sensible como es el del transporte urbano de pasajeros en vehículos de turismo (casos C-434/15, Asociación profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain, S. L., y C-320/16, Uber France SAS), que derivó en la revisión del marco comunitario, en este caso mediante la Digital Services Act (DSA) (Comisión Europea, 2020c).

Ahora bien, esa intervención, que resulta de fricciones prácticas entre operadores de mercado y que se plantea de forma ambiciosa en el alcance, permite una articulación por un doble plano: el propio de competencia o el regulatorio en un sentido más amplio.

El enfoque propio o exclusivo de competencia se había conformado como la forma predominante hasta el momento. Este enfoque se ha referido, esencialmente, a la protección del interés del consumidor (materializándose esta en la reducción de precios y en la capacidad de elección). En esta línea, el foco se ha situado en el control de acuerdos y prácticas concertadas, el control del abuso de la posición de dominio, o el eventual —y algo limitado— control de concentraciones. Como no podría ser de otra manera, el protagonismo ha venido recayendo en la Comisión o en las autoridades nacionales de competencia. No obstante, su aplicación ha contado con limitaciones prácticas para dar respuesta a las demandas que se han ido planteando, en cuanto los instrumentos clásicos se han demostrado en muchos casos ineficientes para la corrección de las deficiencias detectadas (como demuestran los más de diez años que ha requerido la resolución del caso Intel, o los cinco años hasta la resolución del caso de Android) y donde su instrumentalización parece requerir hoy de cierto refinamiento para resultar eficaces frente a las nuevas dinámicas de los mercados digitales, en los

que se desdibujan los conceptos troncales (como el de posición de dominio o mercado relevante) o los impactos de la conducta de los agentes y sus repercusiones —lo que lleva a replantearse la aplicación de la teoría del daño, como ya señalaban paneles de expertos (Franck y Peitz, 2021)—.

Es por ello que el segundo plano, el regulatorio, ha ido adquiriendo relevancia. Este se presenta como una aproximación de carácter complementario a la de competencia, que permite atender a intereses generales de naturaleza más amplia. En este punto, basta realizar una revisión de las Conclusiones del Consejo de Competitividad para comprobar lo prolijo de las aspiraciones e intereses que acompañan a los objetivos clásicos de competencia en los mandatos para la redefinición de marcos legislativos. En dichos mandatos, la contestabilidad de los mercados se entremezcla y coexiste con aspiraciones tales como la autonomía estratégica, la protección de cadenas de valor estratégicas, la competitividad de los operadores comunitarios o la justicia y equidad en la distribución de los beneficios del desarrollo del mercado interior. Todo ello lleva a que las propuestas que componen la agenda política integren, junto a los instrumentos propios de política de competencia, otros de clarificación regulatoria del entorno digital (dirigidos, por ejemplo, a perfeccionar el control de contenidos, la delimitación de la responsabilidad de los operadores o las relaciones de los operadores de plataforma con los agentes intermediados) y otros de naturaleza híbrida, que beben de la lógica y el conocimiento propio de competencia pero que se alejan de la misma —dejando, además, de tomar su base jurídica de las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea correspondientes a competencia—. Caso paradigmático de ello es la *Digital Markets Act*, al que nos referíamos anteriormente, que nace al abrigo de la comisaría de Competencia y el comisario de Mercado Interior, y donde la lógica interna conecta, pero supera y va más allá de la propia de competencia, como veremos más adelante.



En cualquier caso, es importante incidir en que esta dinámica, que supone desarrollar una aproximación amplia y ambiciosa sobre las plataformas, no emerge de forma espontánea en la Unión Europea, sino que es el resultado de un replanteamiento global. En esta línea, los análisis desarrollados por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) dan perspectiva sobre lo intenso y extenso del análisis. Del mismo modo, pueden apreciarse esfuerzos teóricos y prácticos para disciplinar los mercados digitales en todo el globo. Así se desprende de casos como el de China, donde se propone una revisión de los marcos aplicables a las economías de plataforma (NDRC, 2022), o el de Estados Unidos, donde se ha intensificado la discusión sobre la idoneidad de la aproximación regulatoria y de competencia frente a los gigantes digitales y los mercados en los que operan, lo que ha derivado en una aproximación en detalle a los casos de las denominadas GAFA (Congreso de Estados Unidos, 2020). Del mismo modo, se producían hace algún tiempo avances en el seno de la propia Unión Europea, donde países como Alemania desarrollaban iniciativas legislativas para disciplinar estos mercados, lo que señalizaba la voluntad de reforzar la intervención y, al mismo tiempo, abría interrogantes sobre el modo en que coexistirían los nuevos instrumentos desplegados y qué impacto tendrían en la integridad del mercado interior (Franck y Peitz, 2021).

Por todo ello, la comisaria Margrethe Vestager no parecía desencaminada cuando en su intervención durante la sesión de aprobación de la orientación general del Consejo de la *Digital Markets Act*, el 25 de noviembre de 2021, destacaba a la misma como un hito histórico, un cambio definitivo en la aproximación a los mercados digitales; algo que el mundo entero seguía con atención. Si bien, desconocemos cuál será el impacto efectivo y el recorrido de esta y otras medidas en el momento en que se aprueben, existen pocas dudas sobre la ambición de la Comisión y sobre la atención que captan algunas de las iniciativas, tanto por parte de los gobiernos como por parte de los grandes operadores de plataforma y las empresas

intermediarias que ofrecen sus servicios a través de las mismas.

### 3. La agenda comunitaria para mercados digitales: la consagración de una nueva aproximación

Como se señalaba, la agenda comunitaria marca un hito por el alcance de las medidas y por los tiempos para su despliegue. Ello responde a que los paquetes de medidas no buscan únicamente disciplinar el mercado o garantizar un nivel de competencia adecuado. De una lectura del contenido de las grandes declaraciones de la Comisión, del Consejo de Competitividad o del propio Parlamento Europeo, se aprecia que la aspiración es mucho más amplia, se trata de garantizar que la transición digital tenga un acomodo adecuado, de forma que repercuta positivamente en el conjunto de la sociedad. Se pretende así garantizar aspiraciones como la justicia, la inclusividad, la competitividad, la misma cohesión social o incluso la autonomía estratégica. Por ello, no resulta extraño encontrar en algunas de las propuestas elementos concretos que se contextualizan mejor, por ejemplo, desde la óptica de la redistribución de los beneficios del mercado que, desde el propósito del refuerzo de la competencia en términos estrictos, como ejemplifica la relocalización de rentas entre los agentes de mercado que cabe esperar de ciertas obligaciones contenidas en la *Digital Markets Act* (Ibáñez Colomo, 2020).

El contenido de las orientaciones políticas para 2019-2024 con la que presentó Ursula von der Leyen su candidatura ante el Parlamento Europeo, incluía un paquete amplio de medidas, algunas agendadas para sus 100 primeros días, con las que aspiraba a impulsar una decidida transición a un modelo verde y digital (von der Leyen, 2019). En esta línea, en febrero de 2020, la vicepresidenta ejecutiva y comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, anunció la Estrategia Digital (Comisión Europea, 2020a) al tiempo que el comisario de Mercado Interior anunciaba la estrategia que

aplicaría para el tratamiento de los datos (Comisión Europea, 2020b). Arrancaban como estrategias interconexas, con propósitos y medidas que necesariamente surgirían de la conjunción de aproximaciones, como bien ejemplifica el de la *Digital Markets Act*.

Particular atención merece aquí la aproximación a la referida Estrategia Digital, que revela la amplitud en el alcance de objetivos. Ilustrativa resulta la subdivisión de los grupos de medidas que se encuadran en cuatro grandes propósitos: *i)* en primer lugar, el desarrollo de capacidades y refuerzo de la interoperabilidad, que es donde se concentran gran parte de desarrollos de coordinación o de medidas que requieren de intervención presupuestaria; *ii)* en segundo lugar, el desarrollo de una economía justa y competitiva, que encuadra como bloque de medidas estrella al denominado paquete de *Digital Service Act* —que incluye a la DSA (Comisión Europea, 2020c) y a la *Digital Markets Act* (DMA) (Comisión Europea, 2020d)—, pero también la revisión de los instrumentos clásicos de competencia, como la *Data Act* —relativa al tratamiento de datos—, las medidas de fiscalidad de plataformas o las iniciativas en el marco de la estrategia industrial; *iii)* en tercer lugar, la articulación de una sociedad abierta, democrática y sostenible, donde se encuentran medidas horizontales, entre las que destacan las que buscan la resiliencia democrática (vinculadas al control de difusión de desinformación, que afecta en parte a la DSA) o desarrollo de formas de autenticación de confianza, en la que se encuadra el eIDAS (electronic IDentification, Authentication and trust Services); y *iv)* por último, la dimensión internacional, con Europa como actor global, que promueve una aproximación también en clave geopolítica, y que integra medidas como el control de subsidios extranjeros distorsionadores del mercado interior (Comisión Europea, 2021a), con pretendido alcance amplio pero que afectará necesariamente al plano digital.

No cabe aquí realizar una visión exhaustiva de todas y cada una de estas medidas, pero la descripción de la amplitud del paquete y de sus objetivos sirve para entender en qué medida el acomodo regulatorio de los mercados digitales responderá a las grandes razones

de interés general y aspiraciones amplias que mueven la acción política comunitaria desde hace años, desde la cohesión a la competitividad, por cuanto en la transición digital se aspira a que todo se impregne de dicha lógica.

De todo ello, es buena muestra la propuesta de Declaración conjunta sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, que a finales de enero remitía la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, con el fin de que se pudiera aprobar antes de verano. En ella, se reitera la aspiración de explicitar las intenciones políticas comunes que deben guiar a los responsables políticos, y que encuadra en los objetivos amplios a los que hemos aludido (Comisión Europea, 2022).

#### 4. La *Digital Market Act* como caso paradigmático del nuevo enfoque

En este apartado, y habiendo asumido que la lógica de la aproximación a mercados y operadores cambiantes requiere de instrumentos y enfoques que trasciendan y complementen a los previamente existentes, cabe plantearse cómo se caracterizan los nuevos instrumentos que catalogamos como híbridos.

Si bien, muchas normas de la agenda política de la Comisión reflejan bien las nuevas dinámicas, una parece paradigmática en las nuevas fórmulas de intervención: la *Digital Markets Act*, o propuesta de Reglamento de Mercados Digitales, que supone toda una novedad en el entramado jurídico comunitario y nacional. Una propuesta ambiciosa que busca objetivos amplios, bajo el propósito de la consagración de mercados digitales justos y disputables, para lo cual se pretende establecer un marco jurídico *ad hoc* con cierto carácter híbrido.

En este punto, es importante señalar que la iniciativa de la Comisión Europea surge como reacción a aproximaciones incipientes a nivel nacional que buscaban regular y poner coto a las nuevas dinámicas de los mercados digitales. Así, el Reino Unido contaba ya con la posibilidad de que su autoridad nacional de

competencia llevase a cabo investigaciones de mercado caso por caso para todos los sectores, incluido el digital (Reino Unido, Parliament, 1998). Alemania, por su parte, había reformado su ley nacional de competencia para introducir una serie de obligaciones *ex ante* para empresas significativas del sector digital, prohibiendo conductas concretas sin necesidad de demostrar el daño a la competencia (Federal Law Gazette, 2013). Mientras, otros Estados miembros, como Grecia o Rumanía, habían desarrollado herramientas de investigación de mercados aplicables al ámbito digital.

Estas normas nacionales con las que se trataba de solucionar los problemas detectados en los mercados digitales generaban desafíos de carácter general que, por un lado, justifican la intervención de la Comisión y, por otro, condicionan la forma en la que esta se produce:

- En esta línea, un primer problema motivaba la acción de la Comisión: el problema de la potencial fragmentación y heterogeneidad de regímenes jurídicos nacionales, y con ello, las posibles disfuncionalidades derivadas de la aplicación de modelos de intervención paralelos. La existencia de diferentes normas nacionales dirigidas a actores —como las plataformas— y escenarios —como los digitales— que se caracterizan, precisamente, por la inexistencia de fronteras nítidas y por la amplitud de escala de su actuación, podía llevar a que frente a una misma conducta perpetrada por un mismo operador resultasen de aplicación simultánea varios marcos jurídicos nacionales diferentes, que emplearan instrumentos nacionales también diferentes, que aun siguiendo un mismo objetivo podrían ser poco compatibles entre sí. Esta es una de las razones que actuó como revulsivo para la presentación de la *Digital Markets Act*, y buena muestra de ello es la base legal sobre la que se sustenta: el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que reconoce la posibilidad de adoptar medidas legislativas relativas a la aproximación o armonización de las disposiciones legales de los Estados miembros que tengan por

objeto el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, una cuestión que no resulta baladí a la hora de entender la propuesta.

- Un segundo problema condicionaba la forma en la que debía articularse la medida: la nueva norma debía coexistir con marcos preexistentes que se definían para objetivos similares. Ello se refiere a la viabilidad y coexistencia entre las normas nacionales de actuación y la nueva normativa comunitaria, esto es, cómo se relacionarán estas normas con la *Digital Markets Act* una vez que esta entre en vigor. Esta cuestión, siempre polémica, de dilucidar el reparto de competencias entre el ámbito comunitario y nacional se plantea de forma especialmente compleja en este caso. Así, se debía determinar la coexistencia en tres niveles en función de la modalidad y propósito que se aplique a nivel nacional. Esto es, cómo coexiste la *Digital Markets Act* con los instrumentos clásicos de competencia, cómo lo hace con instrumentos que persiguen fines propios de competencia pero que no se encuadran en la lógica de los artículos 101 o 102 del TFUE (como sería el caso de las normas de competencia desleal o nuevos instrumentos como el alemán), y cómo interactúa o se coordina con ámbitos en los que se interviene sobre las plataformas con el fin de atender a otras razones imperiosas de interés general distintas a las de justicia y contestabilidad. La solución a estas cuestiones no resulta en ningún caso obvia, en tanto que el carácter híbrido del instrumento permitiría margen para otras aproximaciones. Parte de la solución que se adopte queda condicionada, en todo caso, por el soporte jurídico de la norma, que obliga a cierto esfuerzo armonizador, que pasa ciertamente por una implementación hasta cierto punto centralizada en la Comisión.

### **La base jurídica, hibridación del propósito y su implicación en la coexistencia de marcos**

La base legal sobre la que se fundamenta la norma evidencia, además, la naturaleza híbrida de la misma, pues lejos de fundamentarse en los artículos

101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —propios de las normas de competencia tradicionales— el legislador recurre a un artículo, el 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que abre la puerta a un alcance y contenido más amplios. Del mismo modo, condiciona el objetivo y contenido de la propuesta, ya que la misma debe derivar necesariamente en una aproximación de marcos. El resultado, como venimos sosteniendo, es una propuesta que, aunque bebe de elementos clásicos del derecho de la competencia, va más allá en la definición de sus elementos esenciales, dando como resultado un instrumento novedoso y, *a priori*, de difícil categorización.

De este modo, la *Digital Markets Act* permite una coexistencia aparentemente pacífica con las normas de competencia tradicionales —a saber, los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, el 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 del Tratado, Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y las normas análogas en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros—. Lejos de incurrir en un posible riesgo de solapamiento, la *Digital Markets Act* se erige en un complemento imprescindible de estos instrumentos normativos. Aunque muchos de los conceptos y principios de este marco jurídico sectorial tradicional han permeado en la nueva propuesta de la Comisión, lo cierto es que existen diferencias notables entre ambos regímenes que nos llevan a afirmar que se trata de marcos jurídicos que, si bien pueden converger en algunos puntos —existiendo una indudable complementariedad entre ambas esferas— son autónomos e independientes.

Las diferencias entre ambos regímenes jurídicos pueden apreciarse desde un doble enfoque: respecto de los objetivos que persiguen y respecto a la naturaleza de la norma en sí misma. Como se avanzaba anteriormente, el objetivo clásico de las normas de competencia —evitar o sancionar conductas que impidan,

falseen o restrinjan la competencia en el mercado— se revela como insuficiente a la hora de atajar algunos de los problemas existentes en el nuevo escenario digital. En consecuencia, la propuesta de la Comisión para regular los mercados digitales eleva el enfoque estableciendo un objetivo más vasto y ambicioso. Más que tratar de solventar las erosiones a la competencia ya producidas por determinados comportamientos empresariales, la DMA establece como su principal objetivo el garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior abordando los fallos de mercado identificados, tratando de remediar los comportamientos injustos —concepto pretendidamente amplio— de algunos actores en el entorno digital y tratando de garantizar la coherencia y seguridad jurídica en el mercado interior (Comisión Europea, 2020e).

### **El cambio de la lógica de intervención: la anticipación frente a la reacción**

Para alcanzar este objetivo citado, el instrumento que se articula difiere también en la naturaleza de la intervención. Es clásica la distinción entre instrumentos de intervención *ex post* —como las normas de derecho de competencia, que operan una vez que la conducta que se reprende ha tenido lugar— y aquellos que establecen un marco de intervención *ex ante* —que instauran una serie de obligaciones, límites, derechos u obligaciones que se aplican directamente, condicionando así el funcionamiento de un determinado sector o ámbito de actividad—. La propuesta de *Digital Markets Act* se enmarca en esta segunda categoría, en la medida en que crea un marco jurídico sectorial específico para determinados operadores de los mercados digitales.

De esta diferente naturaleza se derivan otros elementos igualmente importantes de la propuesta, como la inversión de la carga de la prueba —pues las autoridades de competencia no habrán de demostrar la erosión de la competencia efectiva en el mercado dado en un análisis caso por caso— o la arquitectura institucional,

donde el rol central de la Comisión en la aplicación de la DMA adquiere sentido para garantizar la interpretación homogénea del modo en que han de aplicarse unas obligaciones concretas en toda la Unión Europea, contrastando con el sistema descentralizado de gobernanza en el control de conductas anticompetitivas o de concentraciones.

### **La determinación flexible del alcance: un instrumento adaptado y adaptable a las circunstancias del mercado**

Respecto a su alcance, la DMA también presenta notas características que le son propias y exclusivas. Lejos de articular un ámbito de aplicación general, la propuesta prevé ciertas limitaciones en la extensión de dicho ámbito tanto objetivas como subjetivas, en forma de las dos condiciones cumulativas que debe cumplir una plataforma para ser designada como guardián de acceso.

En primer lugar, desde el punto de vista del ámbito objetivo de la norma, la plataforma debe prestar alguno de los denominados «servicios básicos de plataforma» que son aquellos para los que la Comisión detecta, con base en su experiencia e investigaciones de mercado, problemas de contestabilidad y de acceso a los mercados. Es respecto a estos servicios que el guardián de acceso habrá de cumplir el catálogo de obligaciones que se prevén en la norma. Entre ellos se encuentran los servicios de intermediación *online*, los motores de búsqueda, las redes sociales o los servicios de comunicación interpersonal, y se presentan como una lista cerrada o exhaustiva. Este carácter taxativo en cuanto al ámbito objetivo de la propuesta contrasta con la flexibilidad que caracteriza el proceso de designación como guardián de acceso, esto es, el ámbito subjetivo de la norma.

En segundo lugar, y si se atiende al alcance subjetivo de la norma, vemos que se prevé su aplicación, únicamente, en aquellas plataformas que reúnen tres condiciones cumulativas: que tengan un impacto significativo en el mercado interior, que sirvan como canal entre los usuarios profesionales de la plataforma (empresas)

y los usuarios finales (consumidores), y que cuenten con una posición afianzada y duradera mantenida a lo largo del tiempo —elementos que se determinan a partir de una serie de criterios cualitativos y de umbrales cuantitativos—. Estos criterios, determinados de tal forma que se referirían solo a aquellas plataformas más grandes, podrían dar lugar a la existencia de una serie de asimetrías estructurales como consecuencia de las obligaciones que les son impuestas, y de las que quedarían exentas el resto de plataformas que operan en el entorno digital. Para evitar este escenario de «todo o nada», la propuesta de la Comisión prevé una suerte de régimen transitorio para los denominados «guardianes de acceso emergentes»: aquellas plataformas que, aunque aún no alcanzan el tamaño o poder de mercado suficiente como para ser consideradas guardianes de acceso, previsiblemente lo harán en el corto plazo, y para las que se establece una aplicación parcial de obligaciones previstas en la norma.

Es necesario apuntar que la propuesta no establece estos umbrales como un criterio férreo. Se establecen mecanismos de modulación tanto en un sentido incluyente —la Comisión dispone de margen de maniobra para designar como guardián de acceso a plataformas que estén por debajo de los umbrales— como en un sentido excluyente (las plataformas susceptibles de ser designadas como guardianes de acceso podrán rebatir con elementos justificativos este hecho).

Es decir, la Comisión ha optado por delimitar el alcance flexible de la propuesta con intención de capturar a aquellas plataformas respecto de las que se presuponga una capacidad de influencia en el mercado en el que operan, pero, también, un rol decisivo a la hora de establecer las condiciones que, dentro de la plataforma, se aplicarán a los diferentes usuarios finales y profesionales que operan en la misma.

Es, precisamente, el margen de la discrecionalidad abierto por y en favor de la Comisión en la determinación del ámbito de aplicación de la *Digital Markets Act*, lo que ha generado dudas y cierta controversia por los operadores, que alegan falta de predictibilidad de la norma,

llegando incluso a cuestionarse si la lógica seguida se puede entender como una aproximación tipo *bottom-up*, donde el análisis de los mercados y las plataformas presentes en los mismos —tomando como referencia, en muchos supuestos, casos de competencia investigados hasta el momento— resulta en un marco jurídico *ad hoc* que permite capturar únicamente a aquellos operadores identificados previamente por la propia Comisión.

Lejos de esta polémica, que supondría entrar en consideraciones sobre la metodología que se expresa en la memoria de la norma (Comisión Europea, 2020e), lo cierto es que parece más que probable que el enfoque seguido y el resultado final de la propuesta, caracterizada por un cierto nivel de indeterminación en elementos esenciales y procedimentales, deriven en una litigiosidad significativa. La misma tendrá especial importancia en los procesos de designación, articulada a través de procedimientos expeditos que resultan en la activación, más o menos inmediata, de un amplio conjunto de obligaciones que deberán observar los operadores, pues su incumplimiento deriva en la interposición de multas e incluso —en caso de incumplimiento sistemático— el establecimiento de remedios estructurales o conductuales por parte de la Comisión. En este punto, la consistencia interna del texto que finalmente se adopte, la proporcionalidad de sus elementos, la viabilidad práctica de su implementación y el rigor y robustez que aporte la Comisión en sus actuaciones y decisiones, determinarán en gran medida la suerte que corra la norma frente a las eventuales acciones judiciales.

### **De lo particular a lo general: el establecimiento de paquetes de obligaciones**

Como se señalaba anteriormente, la *Digital Markets Act* establece una amplia batería de obligaciones o prohibiciones dirigidas a los guardianes de acceso que serán directamente aplicables o, en su caso, podrán ser objeto de modulación o especificación en el marco de un diálogo regulatorio entre la Comisión y el guardián de acceso de que se trate.

Como ya se ha adelantado, las obligaciones que impone la *Digital Markets Act* a los guardianes de acceso están, en su gran mayoría, inspiradas en casos analizados desde la óptica de los instrumentos clásicos de competencia, en los que bien la Comisión, bien otras autoridades de competencia, han constatado o siguen investigando abusos por parte de las grandes plataformas en línea. Por ejemplo, en la prohibición de cláusulas de paridad o de «nación más favorecida» se reconoce el caso de Amazon y la industria de los *e-books*, y en la prohibición de vinculación de servicios básicos de plataforma con sus otros servicios, el de Google-Android. De este modo, se puede decir que las obligaciones nacen de casos particulares: tienen nombre y apellidos.

Con todo, desde una visión de conjunto, pueden emplearse diferentes criterios a la hora de sistematizar el conjunto de obligaciones tasadas en la norma. Uno de los enfoques que podría resultar útil para comprender mejor el espíritu y posterior impacto de la norma es aquel que categoriza estas obligaciones en función de su naturaleza horizontal —si la obligación opera en las relaciones del guardián de acceso con otras plataformas digitales que, por ofrecer servicios similares, se erigen en potenciales competidoras— o verticales —si por el contrario, las obligaciones se articulan sobre las relaciones que la plataforma mantiene con los usuarios (tanto profesionales como finales) que hacen uso y participan de ella—.

Este criterio de sistematización fácilmente se puede equiparar con una lógica de defensa de la competencia «por» el mercado (obligaciones de carácter horizontal) y «en» el mercado (aquellas de carácter vertical), criterio que ya analizaba el conocido como el Informe de los consejeros especiales independientes para la Comisión (Crémer *et al.*, 2019).

En la primera categoría se enmarcaría, por ejemplo, la prohibición de preinstalación por defecto; la promoción del *multi-homing* (o uso por parte del usuario de diferentes plataformas que proveen servicios similares, como sucede con los servicios de mensajería); la prohibición de cláusulas de paridad o «nación más favorecida» o la mayor facilidad para la portabilidad de datos

entre plataformas. El elemento común que subyace a la configuración de estas obligaciones es el impulso de la competitividad entre plataformas susceptibles de ser rivales pero que, debido a la dimensión y poder del guardián de acceso, cuentan con enormes barreras y obstáculos para su desarrollo en ausencia de este marco legal específico.

Por otro lado, dentro de las obligaciones de carácter vertical se hallan la prohibición de combinación de datos; el establecimiento de condiciones contractuales justas, transparentes y no discriminatorias; o la prohibición de autofavorecimiento. Estas previsiones parten de la constatación de que, en ocasiones, las plataformas actúan como reguladores, estableciendo normas e instituciones a través de las cuales interactúan sus usuarios profesionales y finales (Crémer *et al.*, 2019). Aunque cabría esperar que las plataformas quisieran hacer de su espacio el más atractivo para usuarios finales y profesionales mediante el establecimiento de normas justas y competitivas, la práctica demuestra que no siempre es así (muestra de ello es el abuso de las cláusulas de nación más favorecida o las prácticas de autofavorecimiento). En consecuencia, se revela como necesario consagrar jurídicamente una serie de condiciones —derechos y obligaciones— que se apliquen en el «interior» de las propias plataformas.

En cualquier caso, y con independencia de la base fáctica que soporta cada obligación, de la consistencia que tenga su defensa para un caso singular, o de qué criterios se usen para agruparlas, subsiste la cuestión de qué sucederá cuando se aplique sobre un operador el conjunto amplio de obligaciones que no surgen de problemas vinculados a su modelo particular de negocio. El planteamiento supone asumir un ángulo muerto sobre los efectos que se puedan generar en los mercados en segunda derivada. Ello se conforma dentro del lógico margen de incertidumbre que debe asumir el legislador y, en cierto modo, es el precio que se paga por una aproximación sistemática de la norma. Cómo de gravoso sea ese peaje, solo se sabrá una vez se comience a aplicar la misma.

### **Desafíos a futuro: la concreción en la práctica, la dotación de recursos y las adaptaciones a futuro**

En este punto, solo queda plantearse si la norma resultará efectiva. Lo cierto, es que como en cualquier proceso de innovación en la aproximación, habrá que esperar. No obstante, ya se observan algunos desafíos en el futuro próximo:

- El primero, se referirá a la indeterminación de algunos de sus elementos. Mientras que algunas de las obligaciones son claras y precisas, otras requieren de un diálogo regulatorio entre la Comisión y el operador. Este diálogo, en cuestiones propias de datos o de interoperabilidad, puede resultar especialmente compleja y sujeta a incertidumbre en cuanto al impacto práctico. Por todo ello, resultará determinante la viabilidad de las obligaciones que se recojan finalmente en el texto, su grado de precisión y la capacidad de la Comisión para aterrizarlas en cada caso concreto en fórmulas de cumplimiento que resulten adecuadas y proporcionadas al objetivo perseguido.

- El segundo, resulta de los medios que deberá disponer la Comisión. La complejidad de algunas de las obligaciones, las exigencias en tiempo y recursos que puede suponer el diálogo regulatorio para definir el modo de cumplimiento de las mismas o su seguimiento, y la falta de conocimiento práctico en la aplicación de un instrumento, por propia definición, novedoso, hace que se abran importantes incógnitas sobre la implementación. En este punto cabe advertir que la norma también dará lugar a debates o cuestiones jurídicas que requerirán de cierta reflexión y maduración por las autoridades competentes. Una vez que el texto definitivo entre en vigor habrá que atender a cómo se concreta el desarrollo de algunas de las cuestiones que más incógnitas presentan hasta el momento. Por ejemplo, en el proceso de designación de los guardianes de acceso existen determinados elementos que quizá puedan dar lugar a una excesiva litigiosidad de la norma. Por otro lado, el desarrollo jurisprudencial de conceptos hoy por hoy novedosos y, en cierta

medida, abstractos (como el de posición relevante en el mercado o el de *gateway*) irá modulando el alcance de este instrumento (Ibáñez Colomo, 2021). En definitiva, la efectividad de la norma dependerá, en gran medida, de la manera en que se solventen muchas de estas cuestiones y de la forma en que se materialicen los principios básicos de la propuesta (proporcionalidad, seguridad jurídica, consistencia interna o predictibilidad).

Por último, habrá que prestar mucha atención a la capacidad de adaptación a futuro de la propuesta. Se ha subrayado en varias ocasiones el carácter dinámico, innovador y cambiante de los mercados digitales, lo cual nos lleva a pensar que el escenario en el que ha de operar esta norma cambiará en un breve periodo de tiempo. Por ejemplo, es posible que emerjan nuevos servicios básicos de plataforma, nuevas funcionalidades tecnológicas o nuevas prácticas por parte de las plataformas que hoy desconocemos y que no están previstas expresamente en la propuesta. A esta volatilidad en las características de los mercados se une la previsible resistencia por parte de las plataformas digitales a ser capturadas por el legislador, que tratarán de circunvalar el articulado y escapar de las obligaciones impuestas en él. Por ello, para evitar ese desajuste entre la aplicabilidad de la norma y la realidad a la que se refiere, es importante que se prevean mecanismos adecuados de flexibilidad y adaptabilidad a futuro. Solo así se podrá garantizar la observancia de la norma en el medio y largo plazo.

## 5. Conclusión

Las plataformas digitales se han convertido, en los últimos años, en foco central de atención de los poderes públicos a escala global a consecuencia de lo disruptivo de su aparición y consolidación como operadores clave en la nueva economía digital a la que se pretende transicionar.

No obstante, el acomodo en la agenda no resulta sencillo, por cuanto los nuevos mercados de plataforma

y sus efectos en el mercado se distancian de lo que se conocía hasta ahora. Así, a la complejidad y dimensión transnacional de las estructuras empresariales se unen otros elementos que dificultan la aproximación, como son el impacto en las características de los mercados y las dinámicas de los mismos (*two-side markets* con relevantes barreras de entrada y potentes efectos de red); la naturaleza de los modelos de negocio (en los que el precio del servicio deja de ser relevante por ser inexistente o muy reducido y donde, en cambio, la acumulación y explotación de datos pasan a tener un rol central debido a su monetización); o incluso su influencia en las pautas de consumo de los usuarios. Todo ello lleva, en suma, a que la lectura descriptiva y prescriptiva del legislador se complique.

No obstante, estas dificultades no han desanimado la acción política, de lo que es buena muestra el caso de la Unión Europea. Ante las fricciones generadas entre los operadores del mercado, que han resultado en litigación, y la inminencia de la transformación digital, la Comisión ha anunciado una batería de medidas en el marco de su agenda digital. Estas destacan por su ambición y la premura en su despliegue, pero también por cómo funden intereses y aspiraciones que van desde el refuerzo de la competencia al impulso de la competitividad o a la más justa distribución de los beneficios del mercado.

Es en este marco donde surgen instrumentos de naturaleza que podríamos denominar híbrida, que se inspiran en la lógica de competencia para ir más allá del propósito o estándar único de reforzar el bienestar del consumidor. Buen ejemplo de ello es la *Digital Markets Act*, que atiende a objetivos pretendidamente más amplios que los clásicos de competencia —respondiendo a la justicia y contestabilidad—, que se soporta sobre bases jurídicas distintas a las propias de la política de competencia, que define un alcance singular y algo flexible, que pasa de una lógica de intervención reactiva (*ex post*) a una proactiva (*ex ante*), sobre aproximaciones sistemáticas en lugar de caso a caso, y que, necesariamente, incorpora gran margen de discrecionalidad a la Comisión para su instrumentación.



Todo ello abre interrogantes y desafíos en el uso de instrumentos nuevos que complementan y no desplazan a los instrumentos clásicos de competencia. Es por ello, que la coexistencia de marcos, la consistencia interna, idoneidad y proporcionalidad de las nuevas herramientas, y la capacidad de la Comisión para hacer que estos funcionen y se desplieguen correctamente en la práctica, resultarán determinantes. De cómo se resuelvan estas cuestiones dependerá el éxito de la transición digital autónoma, justa y competitiva a la que se aspira a nivel político en la Unión Europea.

## Referencias bibliográficas

- Comisión Europea. (2020a). *Shaping Europe's Digital Future*. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020\\_en\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf)
- Comisión Europea. (2020b). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European strategy for data*. COM(2020) 66 final. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-european-strategy-data-19feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-european-strategy-data-19feb2020_en.pdf)
- Comisión Europea. (2020c). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*. COM(2020) 825 final.
- Comisión Europea. (2020d). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*. COM(2020) 842 final.
- Comisión Europea. (2020e). *Commission Staff Working Document. Executive Summary of the Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*. SWD(2020) 364 final. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/impact-assessment-dma\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/impact-assessment-dma_en.pdf)
- Comisión Europea. (2021a). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market*. COM(2021) 223 final.
- Comisión Europea. (2021b). *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*. COM(2021) 762 final.
- Comisión Europea. (2022). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*. COM(2022) 27 final. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles#Declaration>
- Congreso de Estados Unidos. (2020). *Antitrust Investigation of the Rise and Use of Market Power Online and the Adequacy of Existing Antitrust Laws and Current Enforcement Levels*. *Digital Markets Investigation*. <https://judiciary.house.gov/issues/issue/?IssueID=14921>
- Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for the digital era. Final report*. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>
- Federal Law Gazette. (2013). *Act against Restraints of Competition in the version published on 26 June 2013 as last amended by Article 4 of the Act of 9 July 2021* (pp. 1750-3245). Federal Law Gazette I, p. 2506. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html#p0011](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0011)
- Fletcher, A. (2020). *Digital competition policy: Are ecosystems different? – Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems*. OECD. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)96/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf)
- Franck, J. U., & Peitz, M. (2021). *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act* [CRC TR 224 Discussion Paper Series 2021, final version JECLAP 12 (2021) 513-528]. <https://ssrn.com/abstract=3838759> o <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3838759>
- Ibáñez Colomo, P. (2020). *What Can Competition Law Achieve in Digital Markets? An Analysis of the Reforms Proposed*. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3723188> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3723188>
- Ibáñez Colomo, P. (2021). *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3790276> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3790276>
- NDRC, National Development and Reform Commission. (2022). *Guideline set to regulate nation's platform economy*. *China Daily*. [https://en.ndrc.gov.cn/news/mediar/sources/202201/t20220120\\_1312523.html](https://en.ndrc.gov.cn/news/mediar/sources/202201/t20220120_1312523.html)
- Reino Unido, Parliament. (1998). *Competition Act 1998 c–41*. UK Public General Acts. *Legislation.gov.uk*. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41>
- Von der Leyen, U. (2019). *Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Mi agenda para Europa. Por la candidata a presidenta de la Comisión Europea. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024*. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission\\_es\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf)



SUSCRÍBETE A LA NEWSLETTER DE REVISTAS ICE  
Y RECIBE TODAS LAS NOVEDADES EN TU CORREO



Rafael Pérez Galindo\*

# LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA DE INTERMEDIARIOS DIGITALES: *DIGITAL SERVICES ACT*

*Este artículo tiene como objetivo presentar los aspectos más destacados de la novedosa regulación europea en relación con los servicios intermediarios digitales, en particular su régimen de responsabilidades, la moderación de contenidos online, las obligaciones de diligencia debida en función del tipo y dimensión del servicio y la supervisión por parte de las autoridades competentes nacionales y europeas. Asimismo, se realiza un recorrido por el proceso de desarrollo normativo en curso en las diferentes instituciones europeas involucradas.*

## **The new European regulation of digital intermediaries: Digital Services Act**

*The objective of this article is to present the most outstanding aspects of the new European regulation in relation to digital intermediary services, in particular its responsibilities regime, the moderation of online content, the due diligence obligations depending on the type and dimension of the service and supervision by competent national and European authorities. Likewise, a tour of the ongoing regulatory development process in the different European institutions involved is carried out.*

**Palabras clave:** intermediarios digitales, plataformas online, moderación de contenidos, términos y condiciones, responsabilidad, supervisión.

**Keywords:** digital intermediaries, online platforms, content moderation, terms and conditions, responsibility, supervision.

**JEL:** K39.

### 1. Introducción

Habiendo transcurrido más de veinte años desde la adopción de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio

electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), el panorama de los servicios digitales se ha transformado de forma drástica.

La explosión de los servicios y plataformas *online* ha conllevado innumerables beneficios a usuarios y empresas, y ha permitido el desarrollo de una pujante economía digital. No obstante, también ha permitido identificar sus riesgos y carencias, algunos de los cuales son ahora abordados por el Reglamento europeo Digital Services Act (en adelante, DSA), cuyo objetivo es armonizar y modernizar el marco de referencia normativo de la prestación de servicios digitales intermediarios, su responsabilidad y obligaciones de diligencia

---

\* Subdirector General para la Sociedad Digital. Dirección General de Digitalización e Inteligencia Artificial. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Versión de enero de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7371>

debida, así como su supervisión efectiva y cooperación entre autoridades competentes.

Con ello, la DSA aspira a convertirse en una referencia global, tal y como ya ocurrió con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), como exponente europeo de una digitalización centrada en la persona y en la que se promueve la innovación y el desarrollo económico y social, al tiempo que se respetan los derechos de usuarios y empresas.

El objetivo de este artículo es abordar el proceso de desarrollo normativo de la DSA. Para ello, en primer lugar, se estudia la motivación de la iniciativa legislativa, en segundo lugar, el contenido sintético de la propuesta de la Comisión Europea y, finalmente, la orientación general del Consejo Europeo, el Parlamento Europeo y el calendario tentativo.

## 2. Proceso de desarrollo normativo de la *Digital Services Act*

### Motivación de la iniciativa legislativa

El 19 de febrero de 2020, la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, presentó la hoja de ruta de la Comisión, en la que se incluía una «Estrategia para una Europa adaptada a la Era Digital».

Entre las medidas anunciadas, destacaba la propuesta de una DSA, finalmente presentada el 15 de diciembre de 2020, cuyo objetivo es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios digitales intermediarios (un subconjunto de los servicios digitales definidos como «mera transmisión», *caching* o «alojamiento») y establecer reglas uniformes para un entorno en línea seguro, predecible y confiable.

Es importante comprender la necesidad de esta iniciativa legislativa de la Comisión. El panorama de los servicios digitales es muy diferente en la actualidad de lo que era hace más de veinte años, cuando se adoptó la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (en adelante, DCE), transpuesta al ordenamiento

jurídico español a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI).

La Directiva ha permitido que los intermediarios se hayan convertido en agentes fundamentales de la transformación digital. Especialmente, las plataformas en línea han contribuido al desarrollo de la economía digital y de la innovación, han creado importantes ventajas para los usuarios, han facilitado el comercio transfronterizo y han brindado nuevas oportunidades a empresas y comerciantes europeos.

No obstante, la transformación digital y el despliegue a gran escala de servicios intermediarios digitales también ha conllevado el surgimiento de nuevos retos para usuarios, empresas y la sociedad en su conjunto, debido, fundamentalmente, a que los ciudadanos están expuestos a riesgos cada vez mayores en relación con el contenido ilícito, la desinformación y productos ilegales disponibles a través de plataformas digitales.

A medida que aumenta la utilización de los servicios digitales y se acentúa su efecto red, la capacidad de convertir contenidos en virales se incrementa. En consecuencia, las plataformas *online* ya no pueden ser ajenas a este fenómeno, sino que se hace necesario que actúen de forma más responsable y proactiva. Hace ya algunos años que se asume que la autorregulación por la vía de actividades voluntarias como códigos de conducta resulta insuficiente para dar respuesta a unos retos y expectativas cada vez más elevados, poniéndose de manifiesto la necesidad de que los intermediarios cooperen activamente con las autoridades competentes, y sean proactivas en la detección de contenidos ilícitos, así como en la eliminación de cuentas de usuarios infractores, garantizando la transparencia de sus procedimientos y normas de uso.

No ayuda a mejorar la situación el hecho de que, en lo que respecta a la supervisión de los intermediarios digitales, se realiza en buena medida de forma descoordinada en la Unión Europea (UE), a pesar de la importancia sistémica de estos servicios y su carácter intrínsecamente transfronterizo.

En particular, los procedimientos de cooperación intracomunitarios entre autoridades competentes nacionales, que deberían apuntalar el buen funcionamiento en la práctica del «principio de país de origen», no están siendo lo suficientemente ágiles y operativos.

Por otro lado, se viene constatando una importante dispersión normativa en relación con la transposición e interpretación de aspectos clave de la Directiva, como son el grado y forma de obtención de «conocimiento efectivo» que se considera suficiente para que una plataforma *online* deba actuar con objeto de evitar perder la exención de responsabilidad por el contenido alojado en ella, así como la interpretación que las diferentes jurisdicciones nacionales han realizado durante estos años del concepto jurídico indeterminado «sin dilación indebida».

En efecto, la ambigüedad de la Directiva ha ocasionado numerosos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al respecto, en forma de sentencias y respuestas a cuestiones prejudiciales, encaminadas *i. a.* a delimitar jurisprudencialmente criterios que permitiesen discernir en cada caso la naturaleza jurídica de un servicio de la sociedad de la información, o si su actividad es neutral (naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, según el Considerando 42), así como a aclarar la aplicación del principio de responsabilidad limitada, a través de mediáticos dictámenes como los pronunciados en los casos *L’Oreal vs. eBay* (C-324/09), *Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber* (C-434/15), *Eva Glawischnig-Piesczek vs. Facebook* (C-18/18) o *Airbnb Ireland* (C-390/18). En consecuencia, es patente que se precisa reforzar la seguridad jurídica de plataformas y usuarios.

A mayor abundamiento, los Estados miembros (particularmente, Alemania con su NetzDG) han comenzado a regular los servicios digitales a nivel nacional, incluyendo procedimientos particulares y plazos máximos de notificación y retirada de contenido ilícito, lo que ha generado una fragmentación progresiva en el mercado interior.

Por su parte, consciente de la necesidad de ir dando pasos progresivamente hacia una mayor involucración y responsabilización de las plataformas y prestadores

de servicios intermediarios, la Comisión Europea ha publicado en los últimos años diferentes comunicaciones y recomendaciones, como la referida a la lucha contra el contenido ilegal en línea, contribuyendo así al intenso debate doctrinal acerca de los servicios digitales y cómo afrontar los desafíos que plantean.

En particular, la «Recomendación (UE) 2018/334 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea», de 1 de marzo de 2018, de la Comisión Europea, ya avanzaba qué tipos de procesos deberían implementar las plataformas para acelerar la detección y eliminación de contenido ilícito, incluyendo:

- Procedimientos más claros de «notificación y retirada», en particular para «notificadores de confianza» (*trusted flaggers*).
- Herramientas más eficientes y tecnologías proactivas (filtros algorítmicos, inteligencia artificial) para detectar y eliminar contenidos ilícitos, en particular aplicado a contenido de terrorismo o abuso sexual infantil, que no suponen la pérdida de la exención de responsabilidad del artículo 14 de la DCE.
- En particular, los contenidos de naturaleza terrorista deben ser evaluados y, en su caso, conducir a la adopción de medidas para su retirada en el plazo máximo de una hora, como norma general.
- Garantías de protección de los derechos fundamentales, como la supervisión y verificación humana al retirar contenidos no manifiestamente ilegales, con objeto de salvaguardar la libertad de expresión y las normas de protección de datos.
- Especial tratamiento a pequeñas empresas, mediante acuerdos voluntarios para cooperar y compartir experiencias, mejores prácticas y soluciones tecnológicas.
- Refuerzo de la cooperación con las autoridades: se alienta a los Estados miembros a que en aplicación del artículo 15.2 de la DCE establezcan las obligaciones de información apropiadas a los prestadores de servicios de alojamiento.

En conclusión, aunque existe una convicción generalizada de que los principios básicos de la DCE siguen

siendo válidos, a la luz de los desafíos específicos que han ido surgiendo particularmente los últimos años, es ostensible la imperiosidad de una actualización de la regulación en materia de responsabilidad, obligaciones y supervisión de los intermediarios digitales.

El reto que se persigue es garantizar los derechos de los ciudadanos y empresas europeos, que deben ser respetados en el mundo *online* del mismo modo que en el *offline*, al tiempo que se fomenta el desarrollo de las plataformas *online* y de los prestadores de servicios digitales, evitando la imposición de trabas innecesarias a unos sujetos que juegan un papel fundamental en el panorama de la economía digital global, en términos de capacidad de dinamización e innovación.

Finalmente, como se ha indicado anteriormente, a la luz de estos importantes desafíos, la Comisión Europea decidió presentar su propuesta de DSA en diciembre de 2020.

### **Contenido sintético de la propuesta de la Comisión Europea**

La propuesta de «Reglamento sobre un mercado único para servicios digitales (*Digital Services Act*) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico)» no reemplaza ni deroga, al contrario de lo que inicialmente se esperaba, la DCE, sino que establece reglas armonizadas para la prestación de servicios de intermediación. Por lo tanto, los sujetos obligados son únicamente los intermediarios digitales, un subconjunto de todos los servicios digitales que sí que se encuentran en su totalidad sujetos a la DCE.

El instrumento jurídico elegido por la Comisión Europea ha sido el Reglamento, y no una nueva Directiva, con el objetivo de impedir divergencias en la transposición, evitar fragmentación normativa y conseguir una implementación uniforme de las normas por parte de los Estados miembros en el Mercado Único Digital, lo que resulta fundamental cuando se trata de

la prestación de servicios digitales de naturaleza intrínsecamente transfronteriza, tal y como se ha comentado en el subapartado anterior.

Por otro lado, el Reglamento no afecta, sino que complementa, la legislación sectorial existente, *e. g.* la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (AVSMD, por sus siglas en inglés), el Reglamento (UE) 2021/784 sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B), o la Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (Directiva *Copyright*), que se aplicarán como *lex specialis* cuando contengan disposiciones más específicas que las establecidas en la DSA.

Al respecto, es necesario tener presente que, en materia de servicios digitales, la estrategia legislativa de la Comisión consiste esencialmente en establecer el régimen jurídico básico mediante una norma transversal (precisamente la DEC, a la que se unirá próximamente la DSA) y un conjunto de normas sectoriales, como las citadas *ut supra*. En consecuencia, el Reglamento DSA es una norma horizontal que respeta la función de las autoridades competentes verticales por razón de la materia, las cuales siguen siendo las responsables de la retirada de contenidos en su ámbito de actuación particular.

Por otro lado, cabe destacar que la DSA no supone afectación sobre los tres pilares fundamentales de la DEC, *i. e.*, los principios de «país de origen», de «responsabilidad limitada de los intermediarios» y de «no obligación de monitorización general» del contenido.

La propuesta establece reglas sobre: la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación ante el contenido ilegal de terceros que transmiten o almacenan en sus servicios; obligaciones de diligencia debida (*e. g.* procedimientos armonizados de notificación y acción, posibilidad de recurso de los usuarios ante la suspensión/retirada de contenidos

u obligaciones de transparencia) asimétricas según la categoría del proveedor (servicio de *hosting*, plataforma en línea...) y su tamaño; por último, establece disposiciones sobre la aplicación del Reglamento y los procedimientos de supervisión y cooperación entre autoridades competentes.

En relación con la lucha contra la desinformación, la DSA complementa al *European Democracy Action Plan*, cuyo objetivo es construir democracias más resilientes en la UE mediante la adopción de medidas *i. a.* contra la desinformación.

Por último, el Reglamento es de aplicación tanto a las empresas establecidas en la UE como a aquellas que ofrecen sus servicios en la UE, que estarán obligadas a designar a un representante legal.

#### *Régimen de responsabilidad de los intermediarios ante el contenido de terceros*

La propuesta legislativa supone, esencialmente, un traslado y actualización en la DSA de los artículos correspondientes de la DCE dedicados al «principio de responsabilidad limitada» de los intermediarios digitales en relación con el contenido de terceros. Por lo tanto, la propuesta mantiene las mismas tres categorías de intermediarios existentes en la DCE («mera transmisión», *caching* y *hosting*), pero modifica el contenido de los artículos para incluir los criterios jurisprudenciales del TJUE.

Además, de forma novedosa en la legislación europea, incluye una suerte de «principio de buen samaritano», por el cual los intermediarios no serían susceptibles de perder la exención de responsabilidad ante el contenido de terceros por el mero hecho de llevar a cabo, *motu proprio*, actividades para detectar y eliminar el contenido ilegal.

Por otra parte, se mantiene el «principio de no obligación de monitorización general» del contenido, que igualmente se traslada desde la DEC a la DSA. En consecuencia, los intermediarios no pueden ser obligados a realizar actividades de monitorización general

de la información que transmiten o alojan, ni a buscar activamente hechos o circunstancias que constituyan indicios de actividad ilegal.

Lo anterior no debe interpretarse en el sentido de que no sea posible imponer a los prestadores de servicios intermediarios la realización de actividades de monitorización en casos específicos debidamente identificados.

Por último, se impone a los intermediarios la obligación de comunicar a las autoridades administrativas o judiciales competentes las medidas adoptadas ante la recepción de una orden, sea de actuar contra determinado contenido ilegal, sea de informar sobre determinados usuarios del servicio. El Reglamento armoniza ambos tipos de órdenes en el conjunto de la UE.

#### *Obligaciones de diligencia debida*

La propuesta establece varios conjuntos de obligaciones de diligencia debida para los servicios intermediarios, que son acumulativas en función del tipo de servicio y del tamaño de la empresa, resultando en un sistema asimétrico.

En primer lugar, se establecen una serie de obligaciones mínimas de diligencia debida para todos los intermediarios. Incluye, por ejemplo, obligaciones respecto a la designación de un punto de contacto y un representante legal en la UE, al contenido de los «términos y condiciones» (*terms & conditions*) del servicio, o a la publicación de informes anuales respecto a las actividades de retirada de contenido.

Es destacable que la DSA no define lo que es contenido ilegal, concepto que corresponde regular a las legislaciones nacionales y europea, sino que establece reglas armonizadas para el tratamiento de contenido ilegal en línea y cómo los prestadores de servicios intermediarios pueden proceder a su moderación. A ello se une la gestión de contenido no ilegal pero sí pernicioso o dañino (*harmful*), que se ha de realizar a través de los «términos y condiciones» específicos de cada servicio de intermediación, en respeto de los

derechos fundamentales de los usuarios. Al respecto, es destacable que, por primera vez, se establece explícitamente que los prestadores de servicios intermediarios podrán proceder a la retirada de contenido que no se ajuste a lo especificado en sus «términos y condiciones», con las debidas salvaguardas en relación con la transparencia y no arbitrariedad de sus decisiones, así como mecanismos de recurso. Tal actividad no supondrá, por sí misma, la pérdida de la exención de responsabilidad del prestador.

En segundo lugar, se impone un conjunto de obligaciones adicionales para los intermediarios categorizados como servicios de *hosting* o alojamiento, e. g. servicios *cloud*. Se refiere, por ejemplo, a reglas armonizadas sobre los procedimientos de «notificación y acción» (*notice & action*) que deben cumplir, incluyendo la obligación de informar al usuario cuyo contenido ha sido retirado.

Se significa por su importancia y novedad que las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos y de entrega de información, cuando se dirigen a prestadores de servicios intermediarios establecidos en otro Estado miembro, no limitan, en principio, la libertad de dichos prestadores para prestar sus servicios de forma transfronteriza. Por consiguiente, las disposiciones del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE, en particular las que se refieren a la necesidad de justificar medidas de excepción a la competencia del Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios («principio de país de origen»), no se aplican con respecto a esas órdenes.

En tercer lugar, un conjunto de obligaciones adicionales se predica sobre un subconjunto de los servicios de *hosting*, en concreto, aquellos que se definen como plataformas en línea (*online platforms*) que alojan información proporcionada por el usuario y la diseminan al público, e. g. las redes sociales o los *marketplaces*, con excepción de microempresas y pequeñas empresas.

Estas obligaciones incluyen, por ejemplo, la puesta en marcha de un sistema interno de tramitación de quejas para que los usuarios puedan recurrir la retirada

de su contenido, la utilización de sistemas extrajudiciales de resolución de disputas, el otorgamiento de tratamiento preferente a los alertadores de confianza (*trusted flaggers*), el informar a las autoridades competentes cuando detecten algún contenido que levante sospechas sobre la comisión de un delito grave que amenace la vida de una persona, el cumplimiento del principio Know Your Business Customer (KYBC) en caso de *marketplaces*, así como requisitos de información sobre la publicidad que se muestra al usuario particular, incluyendo información sobre la empresa o persona responsable del anuncio y los principales parámetros que determinaron que se mostrase.

En cuarto lugar, un conjunto de obligaciones adicionales se impone a las «plataformas en línea de muy gran tamaño» o Very Large Online Platforms (VLOP), definidas como aquellas que cuentan con más de 45 millones de usuarios en la UE (~10 % de la población total).

Estas obligaciones incluyen, por ejemplo, realizar una autoevaluación anual de riesgos sistémicos y tomar medidas efectivas para mitigar esos riesgos, someterse anualmente a una auditoría externa e independiente, proporcionar información sobre los parámetros principales de sus sistemas de recomendación, ofrecer la opción a los usuarios de que estos sistemas no estén basados en el perfilado, cumplir ciertos requisitos adicionales de transparencia sobre la publicidad que muestran en sus plataformas, proporcionar acceso a datos a las autoridades competentes y a investigadores autorizados (*vetted researchers*), el nombramiento de un responsable de cumplimiento normativo y la publicación de un informe de transparencia.

Es destacable que entre los riesgos sistémicos a los que se enfrentan estas grandes plataformas se encuentran *i. a.* la afectación a derechos fundamentales, la desinformación, la seguridad pública y los procesos electorales.

Por último, la Comisión fomentará la utilización de estándares, y la adopción de códigos de conducta, particularmente para la publicidad *online*. En caso



de riesgo grave para la seguridad o salud pública, la Comisión podrá activar un protocolo de crisis.

### *Supervisión y aplicación del Reglamento*

Los Estados miembros podrán nombrar a una o varias autoridades competentes en la aplicación de este Reglamento, si bien designarán a una de ellas como Coordinador de Servicios Digitales (DSC, por sus siglas en inglés). La autoridad coordinadora ha de ser independiente del Gobierno y de cualquier otra influencia externa, aparte de estar dotada de los recursos humanos y materiales suficientes.

Los Estados miembros tendrán jurisdicción sobre los servicios intermediarios cuyo establecimiento principal o representante legal esté situado en su territorio. Además, deberán establecer en su ordenamiento jurídico un régimen sancionador para las infracciones cometidas por los prestadores de servicios intermediarios, previendo sanciones que podrán llegar al 6 % de su facturación anual.

A nivel de la UE, se establece una Junta Europea de Servicios Digitales (*European Board for Digital Services*) que reunirá a los Coordinadores de Servicios Digitales nacionales, presidida por la Comisión Europea.

En esta propuesta inicial de la Comisión, las plataformas en línea de muy gran tamaño (VLOP) estarían sometidas a un régimen de supervisión particular, que permitiría intervenir a la Comisión si las infracciones persisten o si el Coordinador del país de establecimiento de la plataforma no actúa, llevar a cabo investigaciones e inspecciones presenciales, adoptar medidas cautelares y sancionar el incumplimiento o el suministro de información incorrecta o engañosa en el contexto de una investigación.

### **Orientación general del Consejo Europeo**

Tras un intenso trabajo en el Grupo de Trabajo COMPET, bajo las presidencias portuguesa y eslovaca, se adoptó una «Orientación general» en el

Consejo de Ministros de la Unión Europea el día 25 de noviembre de 2021.

Debe resaltarse que el tiempo de 11 meses es significativamente corto para obtener consenso sobre un expediente legislativo tan complejo. Al respecto, es mencionable que tanto sobre el Consejo como sobre el Parlamento Europeo han influido singularmente las revelaciones de la antigua empleada de Facebook, Frances Haugen, acerca de las presuntamente perniciosas prácticas de la compañía y la necesidad de proteger los derechos de los usuarios, particularmente los más jóvenes.

El Consejo Europeo ha tenido como objetivo conseguir que esta actualización del marco legal aplicable a los intermediarios *online* se convierta en una referencia internacional, de forma que se fomente la innovación y el desarrollo de la economía digital, al tiempo que se respetan los derechos de los usuarios y los valores democráticos de nuestras sociedades en la moderación de contenidos digitales.

Se ha de garantizar que la nueva normativa reequilibre los derechos y las responsabilidades de los usuarios, las plataformas intermediarias y las autoridades públicas de acuerdo con los valores europeos, tales como el respeto de los derechos humanos, la libertad, la igualdad y el Estado de Derecho.

Se puede afirmar que el conjunto de los Estados miembros se ha mostrado favorable al expediente, si bien existen diferencias en cuanto al alcance de la norma. Países como España, Alemania, Francia, Italia, Países Bajos o, incluso, Dinamarca han pujado por un Reglamento ambicioso, mientras que otros como Irlanda, República Checa, Suecia o Luxemburgo, no han tenido pretensiones tan elevadas.

Los aspectos más destacados de la Orientación general del Consejo, en relación con la propuesta legislativa de la Comisión, se centran en ciertas clarificaciones cuyo fin es reforzar la seguridad jurídica de ciudadanos y empresas, sobre todo en relación con los *marketplaces*, en reforzar el régimen de supervisión de las grandes plataformas, la inclusión expresa de los buscadores y en una mayor protección de los menores.

Es destacable que aquellas plataformas cuyo principal propósito es facilitar la difusión de contenido ilegal no podrán gozar de la exención de responsabilidad. Por tanto, dejarán de tratarse como intermediarios neutrales.

En relación con el tiempo que se impone a las plataformas para la retirada de contenido ilegal, una vez recibida una notificación para acción (*notice & action*), se ha producido un interesante debate. Finalmente, se ha optado por no estipular un tiempo concreto (como podría haber sido 24 horas), y explicar en un considerando que deberán atenderse las notificaciones en el momento oportuno, teniendo en consideración el tipo de contenido ilegal y la urgencia, lo cual en algunos casos como contenido que amenace la vida o seguridad de las personas, o la vulneración de los derechos de propiedad intelectual (piénsese en una transmisión en vivo de un evento), requeriría de una acción inmediata.

No obstante, en el caso de avisos enviados por alertadores de confianza o *trusted flaggers*, se indica que deben tratarse con mayor rapidez, mencionándose el plazo de 24 horas al que se han comprometido las plataformas firmantes del «Código de Conducta para combatir el discurso del odio».

De forma particularmente interesante, se ha producido la inclusión de la posibilidad de establecer sobre las plataformas obligaciones de *stay-down*, con objeto de evitar la reaparición de contenido ilícito idéntico o equivalente al notificado con anterioridad, alineadas con la sentencia del TJUE en el caso *Glawischnig-Piesczek vs. Facebook*. Así, será posible incluir una referencia a la posibilidad de dictar una orden de retirada y suspensión en función de los criterios de la citada sentencia, dado que dicha orden sería una obligación de monitorización específica y no general.

Se produce también una modificación de los artículos dedicados a órdenes de retirada de contenido y entrega de información (y correspondientes considerandos), con objeto de aclarar que el derecho procesal penal prevalece sobre las disposiciones establecidas en la DSA. En concreto, la obligación de incluir una exposición de motivos que explique por qué la

información es ilegal puede no aplicarse en el contexto de un procedimiento penal y, de la misma manera, la obligación de informar al destinatario del servicio puede retrasarse en el contexto del procedimiento penal.

Por otra parte, se realiza la inclusión explícita de los buscadores o motores de búsqueda (*search engines*) como una categoría separada de intermediario que goza de las mismas reglas sobre exención de responsabilidad que los servicios *caché*, y se establece la aplicación a los motores de búsqueda de muy gran tamaño (Very Large Online Search Engines, VLOSE) de las mismas obligaciones de diligencia debida que aplican a las VLOP. En efecto, se estima necesario incluir a los buscadores debido a los riesgos sistémicos que plantean al permitir un amplio acceso a contenido dañino a través de sus resultados, en particular las VLOSE.

En cuanto a las obligaciones de diligencia debida, se ha producido la inclusión de nuevas disposiciones para la protección de los derechos de los menores en los servicios intermediarios. En concreto, la explicación de los términos y condiciones del servicio en términos que los menores pueden entender, así como la mitigación de riesgos sistémicos que aplican específicamente a menores por parte de las grandes plataformas, incluyendo la adopción de medidas como la verificación de edad, el control parental o herramientas que permitan a los menores notificar abusos u obtener el apoyo de la plataforma.

En relación con los *marketplaces*, se han propuesto diferentes modificaciones. En primer lugar, se clarifica que cuando un mercado en línea ejerza una influencia significativa sobre sus comerciantes, por ejemplo, al determinar el precio de un producto o servicio, se considerará que los comerciantes actúan bajo el control de dicho mercado y, por lo tanto, al mercado en línea no le sería de aplicación la exención de responsabilidad.

En segundo lugar, se refuerza la obligación Know Your Business Customer (KYBC) de forma que los *marketplaces* deberán realizar todos los esfuerzos posibles (*best efforts*) para identificar a los comerciantes que operan en la plataforma. Asimismo, los

mercados en línea deben mostrar parte de la información recogida sobre el comerciante en la ficha del producto o servicio que se muestra al consumidor, deben seguir el principio de «cumplimiento desde el diseño» de una interfaz en línea, para que los comerciantes puedan cumplir con las obligaciones de información de la DSA, así como comprobar que los comerciantes han proporcionado toda la información. Por último, los mercados en línea informarán a los consumidores que hayan adquirido productos o servicios ilícitos en los últimos seis meses sobre la ilegalidad de la que se trate, la identidad del comerciante y los medios de reparación, en cuanto tengan conocimiento de tales circunstancias.

En tercer lugar, en relación con las plataformas y buscadores de muy gran tamaño, deberán aumentar la transparencia de los parámetros y opciones de los sistemas de recomendación, y adaptar sus algoritmos de recomendación evitando que se produzcan daños para la sociedad y se afecten los derechos fundamentales. Además, se sujetarán a la prohibición de técnicas de *dark pattern* con objeto de evitar prácticas engañosas para el usuario, y se refuerza la figura de *compliance function* de la plataforma y su independencia interna.

Por último, es fundamental realizar una referencia a la supervisión de la aplicación de la DSA. Las grandes plataformas (*i. e.*, VLOP y VLOSE) serían designadas por la Comisión Europea (no por el Estado miembro de establecimiento) y estarían sometidas a un régimen de supervisión reforzado, en concreto a la supervisión exclusiva de la Comisión Europea para determinadas obligaciones que implican riesgos sistémicos. Se pretende garantizar así la implementación efectiva de la DSA, a través de la Comisión Europea que recibe la competencia exclusiva de supervisión de un conjunto de obligaciones de VLOP y VLOSE, y reforzar la cooperación transfronteriza entre los coordinadores de servicios digitales (DSC), las investigaciones conjuntas y las solicitudes de intervención por parte del país del destinatario del servicio. En relación con estas plataformas de muy

gran tamaño, se impone la obligación de realizar evaluaciones sobre riesgos sistémicos y la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales, especialmente la libertad de expresión en equilibrio con la lucha contra la desinformación.

## Parlamento Europeo

En el Parlamento Europeo, la negociación del expediente legislativo es liderada por el Comité de Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO, por sus siglas en inglés), siendo ponente la eurodiputada danesa Christel Schaldemose (Socialist & Democrats).

La votación en el citado comité IMCO a las enmiendas finales se ha producido el 14 de diciembre de 2021, esperándose la confirmación definitiva favorable de su informe en sesión plenaria a celebrar en enero de 2022.

Los debates en el Parlamento se han venido centrándose en reforzar la protección de los consumidores y clarificar la responsabilidad de los intermediarios, al tiempo que se facilita la innovación y el desarrollo de la sociedad digital en el mercado interior.

En particular, en relación con los *marketplaces*, el informe IMCO refuerza las obligaciones KYBC en varios sentidos. Por un lado, establece que deben verificar que la información proporcionada por los comerciantes sea fiable y completa. Además, al igual que el Consejo, aclara que las verificaciones deben realizarse antes de permitir al comerciante vender sus productos y hasta que finalice la relación contractual con la plataforma.

Por otro lado, el informe IMCO incluye otras obligaciones para los *marketplaces* con el objeto de minimizar el comercio de productos y servicios ilegales, como garantizar que se muestra la identidad del comerciante a través de su marca o logo junto al producto o servicio ofrecido, la realización de verificaciones aleatorias para identificar y prevenir la aparición de contenido ilegal en sus *interfaces* o la obligación de alertar a los compradores que hayan adquirido productos o servicios ilegales.

Por otra parte, la propuesta del Comité IMCO prohíbe que las plataformas incurran en *dark patterns* a

través de los sistemas de recomendación, siendo esta prohibición aplicable universalmente a todas las plataformas, particularmente en relación con el consentimiento para recibir publicidad personalizada, la cual es directamente prohibida en relación con los menores.

Cabe destacar, en cuanto a las plataformas *online* dedicadas a la diseminación de contenidos pornográficos, que el informe IMCO añade la verificación del usuario que genera el contenido, una protección contra los abusos sexuales y un procedimiento reforzado de notificación y suspensión inmediata de contenidos publicados sin consentimiento (*revenge porn*).

En relación con los plazos máximos de retirada de contenido, los proveedores de servicios de alojamiento tendrán la obligación de actuar sin dilación indebida una vez recibida una notificación de retirada de contenido, considerando el tipo de contenido ilegal y la urgencia de adopción de medidas al respecto.

En cuanto a las VLOP, se establece que deben ofrecer varios sistemas de recomendación, debiendo al menos uno de ellos no estar basado en perfilado del usuario, y siempre que sea técnicamente posible, se debe permitir al usuario desactivar la selección algorítmica de contenido en el sistema de recomendación. Las VLOP no solo han de establecer de forma transparente los criterios y objetivos de sus algoritmos de recomendación, sino también verificar y limitar sus efectos sobre la salud pública.

Novedosamente, las VLOP deben etiquetar contenido manipulado de forma que se perciba como un falseamiento de una persona, objeto, lugar o entidad (*deep fakes*).

### Calendario tentativo

La Presidencia francesa concluirá previsiblemente los trilogos antes de junio de 2022. Para conseguir su objetivo, las negociaciones entre las instituciones europeas involucradas (Consejo, Parlamento y Comisión) deberán abordar ciertos aspectos controvertidos que aquí nos limitaremos a describir preliminarmente, a

expensas de y sin prejuzgar lo que pueda ocurrir en los próximos meses.

Es mencionable el debate sobre la necesidad de ampliación del principio KYBC a otro tipo de intermediarios más allá de los *marketplaces*, con objeto de reforzar la lucha contra el contenido ilegal. Así lo expresan Italia y España en su declaración conjunta.

Por otra parte, se debe asegurar una implementación efectiva de la DSA, a través de una gobernanza de supervisión adecuada. Al respecto, los debates se centrarán en terminar de perfilar la competencia exclusiva de la Comisión sobre VLOP y VLOSE, ampliar en cierta medida el rol de las autoridades de destino sin quebrar el principio de país de origen, mejorando la cooperación transfronteriza entre los coordinadores de servicios digitales (DSC), las investigaciones conjuntas y las posibilidades de intervención temprana de la Comisión.

Se ha planteado una interesante controversia sobre la posible protección de contenidos editoriales, que serían inmunes a la retirada de contenidos por incumplimiento de los términos y condiciones de las plataformas. No se ha incluido finalmente esta cláusula ni en la Orientación general del Consejo ni en el *informe IMCO*, debido probablemente a que ha sido percibido como un riesgo para la difusión de desinformación masiva.

Por otra parte, se deberá llegar a un compromiso sobre la inclusión de una cifra temporal máxima para la retirada de contenido ilegal notificado. Al respecto, es importante recordar la necesidad de inmediatez en la retirada de contenidos cuando haya peligro para la vida de las personas o que vulneren *i. a.* derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a la publicidad personalizada, existe un importante debate sobre la posible prohibición de aquella basada en el perfilado y seguimiento de la actividad *online* del usuario. El *informe IMCO* propone su prohibición para menores, mientras que el Consejo se limita a establecer obligaciones de transparencia.

Por último, se deberán acordar los plazos de entrada en vigor y aplicación. Debe considerarse que es importante que la DSA entre en vigor a la mayor brevedad, y

evitar caer en bloqueos permanentes u obsolescencia prematura.

### 3. Conclusiones

La adopción de la DSA, previsiblemente durante la Presidencia francesa del primer semestre de 2022, actualizará y armonizará las disposiciones normativas europeas horizontales referidas a la prestación de servicios intermediarios digitales, su régimen de responsabilidad, obligaciones de diligencia debida, y sistema de supervisión.

Supondrá, en consecuencia, un paso fundamental para lograr una mejor regulación de la sociedad y economía digitales, así como garantizar los derechos de todos los actores que operan en ellas, la seguridad jurídica y la implantación de un mercado único digital para las próximas décadas.

### Referencias bibliográficas

- Comisión Europea. (2017). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Tackling Illegal Content Online: Towards an Enhanced Responsibility of Online Platforms*. COM(2017) 555 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0555>
- Comisión Europea. (2018). *Commission Recommendation (EU) 2018/334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online*. C/2018/1177. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32018H0334>
- Comisión Europea. (2020). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*. COM(2020) 825 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>
- Consejo Europeo. (2021). *General approach - Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13203-2021-COR-1/en/pdf>
- Parlamento Europeo. (2021a). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and Amending Directive 2000/31/EC / After 2020-9*. <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/api/stages/report/current/theme/a-europe-fit-for-the-digital-age/file/digital-services-act>
- Parlamento Europeo. (2021b). *Digital Services Act: a safer online space for users, stricter rules for platforms*. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211210IPR19209/digital-services-act-safer-online-space-for-users-stricter-rules-for-platforms>

**Información Comercial Española  
Revista de Economía**

6 números anuales

*Artículos originales sobre un amplio  
espectro de temas tratados desde  
una óptica económica,  
con especial referencia  
a sus aspectos internacionales*



**Boletín Económico  
de Información Comercial Española**

12 números anuales

*Artículos y documentos sobre economía  
española, comunitaria e internacional,  
con especial énfasis en temas sectoriales  
y de comercio exterior*



Acceso libre

**INTERNET**

[www.revistasice.com](http://www.revistasice.com)



**Cuadernos Económicos  
de ICE**

2 números anuales

*Artículos de economía  
teórica y aplicada  
y métodos cuantitativos,  
que contribuyen  
a la difusión y desarrollo  
de la investigación*



Sonia Monjas González\*

# RELEVANCIA DEL REGLAMENTO DE LEY DE SERVICIOS DIGITALES PARA LAS AUTORIDADES REGULADORAS DEL AUDIOVISUAL

*Este artículo analiza los aspectos más relevantes de la propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) desde la perspectiva de los reguladores independientes de los medios audiovisuales; incluyendo una serie de reflexiones y sugerencias elaboradas por el Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA, por sus siglas en inglés) respecto al nuevo marco normativo y al papel de los organismos reguladores en la aplicación del Reglamento.*

## Relevance of the Regulation of the Digital Services for the audiovisual regulatory authorities

*This article analyzes the most relevant aspects of the proposed Regulation of the Digital Services Act (DSA) from the perspective of independent regulators of audiovisual media; including a series of reflections and suggestions made by the European Regulators Group for Audiovisual Media Services (ERGA) regarding the new regulatory framework and the role of regulatory bodies in the application of the Regulation.*

**Palabras clave:** servicios digitales, plataformas, intermediarios, reguladores, audiovisual, Unión Europea, ERGA.

**Keywords:** digital services, platforms, intermediaries, regulators, audiovisual, European Union, ERGA.

**JEL:** K2, O2, O3.

### 1. Introducción

Internet ha evolucionado de manera significativa desde la aprobación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular

el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)<sup>1</sup> (en adelante, DCE) en el año 2000, por la que se establece el marco reglamentario básico para los servicios de la sociedad de la información en la Unión Europea (UE). El acelerado ritmo de innovación tecnológica ha provocado la aparición de un gran número de servicios *online* —en particular, plataformas— que se han convertido en actores económicos globales con un papel destacado en la provisión de contenidos y servicios a gran escala.

---

\* Jefa de Área de Internacional de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector de Audiovisual (DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Contacto: [sonia.monjas@cnmc.es](mailto:sonia.monjas@cnmc.es)

Versión de enero de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7368>

---

<sup>1</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=ES>

La difusión de contenido en línea a través de estos servicios desafía los marcos normativos comunitarios y legales que los regulan. Su diseminación transfronteriza genera dificultades para la adecuada supervisión de las plataformas. Otros factores, como la incertidumbre para identificar al responsable del contenido y su responsabilidad en el proceso de diseminación han conducido a que se plantee la reconsideración del marco normativo aplicable.

Fenómenos como el acceso al contenido ilícito, el discurso del odio, la propaganda terrorista y la desinformación son ejemplos de algunos de los problemas que se incrementan con la diseminación del contenido *online*. La innovación tecnológica ha permitido el surgimiento de una gran variedad de servicios, muchos de ellos de carácter híbrido, que facilitan la difusión a gran escala de contenidos generados por el usuario.

A su vez, las plataformas de contenidos en línea se han convertido en fuentes primarias de información, ocio y entretenimiento para las audiencias, en particular, para los más jóvenes.

En paralelo, en los últimos años se han ido incrementado las voces que consideran que las plataformas *online* no realizan los esfuerzos suficientes para combatir la desinformación y los contenidos ilegales. Desde la clase política y la sociedad civil también se reclama que las plataformas *online* asuman roles más proactivos para asegurar una mejor protección de los usuarios en el entorno digital.

Para responder al nuevo papel de los prestadores de servicios en línea, desde 2016, la UE ha venido adoptando una serie de propuestas legislativas sectoriales como parte de la Estrategia del Mercado Único Digital. La Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del

mercado (en adelante, DSCA)<sup>2</sup>, que por primera vez regula las plataformas *online* de intercambio de vídeos, o la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital<sup>3</sup> son algunos ejemplos. En paralelo, varios Estados miembros (EE MM) de la UE, como Alemania o Francia, han adoptado sus propias normas que regulan las obligaciones de ciertos servicios intermediarios en ámbitos como el discurso del odio.

En este contexto, los organismos reguladores de los servicios audiovisuales y de los medios se enfrentan a lógicos desafíos para garantizar la adecuada protección de las audiencias, en particular, de las más vulnerables, como son los menores.

El 15 de diciembre de 2020, la Comisión Europea (CE) publicó su propuesta de Reglamento de Ley de servicios digitales<sup>4</sup> (en adelante, DSA) que actualiza ciertos aspectos de la CE para definir un marco horizontal de derechos y obligaciones para los prestadores de servicios de intermediación (intermediarios), especialmente las plataformas en línea, que proporcione certeza jurídica a las empresas y refuerce la protección de los ciudadanos y sus derechos.

Como herramienta horizontal, la DSA está llamada a sentar las bases de la futura regulación del contenido en línea, y, por lo tanto, de la futura regulación de los medios en el ecosistema de Internet (ERGA, 2020). Es, por lo tanto, una oportunidad para reflexionar sobre las implicaciones de este instrumento en el cumplimiento de los principios fundamentales de la regulación de los medios dentro del Mercado Único, en particular la libertad de expresión, la diversidad cultural y la protección de las audiencias. En este contexto, el

<sup>2</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L1808&from=ES>

<sup>3</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&from=ES>

<sup>4</sup> 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. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=ES>



Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA, por sus siglas en inglés)<sup>5</sup> se ha convertido en un agente muy activo en estos debates.

El objeto del presente artículo consiste en presentar las líneas generales en torno al impacto e implicaciones del futuro reglamento de DSA desde la perspectiva de los reguladores de los servicios de comunicación audiovisual.

Para ello, en primer lugar, se esbozará un estado del marco normativo relevante de los servicios de intermediación y de las principales normas que afectan a la moderación de contenidos *online*. Ello permitirá destilar la evolución de la regulación de este tipo de servicios y del contenido en línea a lo largo de las últimas dos décadas.

A continuación, nos detendremos a evaluar las disposiciones más relevantes del Reglamento desde la perspectiva de los reguladores de servicios de comunicación audiovisual. Al hilo de este análisis, se aprovechará para analizar las áreas de interacción entre la DSA y el marco normativo de los servicios de comunicación audiovisual (DSCA).

## 2. La Directiva de Comercio Electrónico (DCE)

A lo largo de las últimas dos décadas, el marco normativo de la UE ha ido evolucionando en la medida que Internet ha ido ganando importancia para la economía y la sociedad. A principios de siglo, cuando los intermediarios digitales estaban en su infancia, Internet permaneció relativamente libre de intervención regulatoria. En el año 2000, la adopción de la DCE establece las bases para el desarrollo de los servicios digitales dentro de la UE.

<sup>5</sup> ERGA está integrada por los representantes de alto nivel de las autoridades y organismos nacionales independientes para la supervisión de los servicios de comunicación audiovisual. Sus principales funciones son proporcionar asesoramiento técnico a la CE para garantizar una aplicación coherente de la DSA; el intercambio de información, enfoques y mejores prácticas; y facilitar la cooperación. Para más información, <https://erga-online.eu/>

La DCE establece un conjunto de reglas horizontales para favorecer el desarrollo de un mercado interno propicio para los servicios de la sociedad de la información y la innovación. Se fundamenta en una serie de principios fundamentales.

El primer principio, es la ausencia de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación por los contenidos ilícitos que alojan o transmiten, siempre que no tengan conocimiento efectivo de los mismos. El segundo, consiste en la inexistencia de una obligación general de control o supervisión de los contenidos que almacenan o transmiten, siempre que los prestadores desempeñen una labor de mera intermediación y no hayan contribuido a la creación de los contenidos ilícitos.

El último pilar es el fomento de la corregulación y la autorregulación en la aplicación de las normas y principios de la DCE. En particular, la Directiva menciona la importancia de involucrar a los consumidores en la redacción de códigos de conducta. Esta disposición ha llevado a una mayor confianza en la autorregulación y la corregulación para abordar ciertos tipos de contenido ilícito.

## 3. Hacia un nuevo marco regulatorio <sup>6,7</sup>

En la Comunicación de la Comisión COM(2016) 288 final, de 25 de mayo, «Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa»<sup>8</sup>, la CE descartó la elaboración de una nueva ley general sobre plataformas en línea y la modificación del régimen de responsabilidad establecido por la DCE. En su lugar, la Comisión optó por un enfoque sectorial enfocado a problemas específicos identificados

<sup>6</sup> Para una visión completa de la regulación de las plataformas en línea, puede consultarse *EU initiatives and policy background* (European Parliament, 2021, pp. IV-VIII).

<sup>7</sup> Véase De Stree y Ledger (2021) para obtener un panorama exhaustivo de las medidas relativas a la moderación de contenidos en la UE (European Audiovisual Observatory, 2021).

<sup>8</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0288&from=ES>

en el mercado. Algunas de estas iniciativas sectoriales introducen nuevas obligaciones de supervisión a los prestadores de servicios intermediarios.

En este sentido, la DSCA engloba una serie de deberes de las denominadas plataformas de intercambio de vídeo (en adelante, VSP, por sus siglas en inglés) en relación con la prevención y moderación de contenidos que afecten a la salud física, mental y moral de menores, o que inciten al odio o a la violencia contra un grupo de personas o cuya difusión constituya una actividad delictiva (como son el terrorismo y la pornografía infantil), o que infrinjan ciertas obligaciones en materia de comunicaciones comerciales.

Además de esto, se asigna a las autoridades u organismos reguladores nacionales la responsabilidad de evaluar la idoneidad de las medidas adoptadas por los prestadores de servicios de plataformas de intercambio de vídeos.

La Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital contiene una serie de obligaciones frente a los denominados proveedores de servicios para compartir contenidos en línea (OCSSP, por sus siglas en inglés), en particular, para garantizar la no disponibilidad de determinadas obras protegidas por derechos de autor (artículo 17).

En caso de que no se obtenga tal autorización, las plataformas serán responsables por los perjuicios producidos, a menos que: *i)* demuestren haber hecho los «mayores esfuerzos» para obtener dicha autorización; y *ii)* que actúen de modo expeditivo al recibir una notificación por parte de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras.

Finalmente, el Reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea<sup>9</sup> establece un marco jurídico claro y armonizado para evitar el uso indebido de los servicios de alojamiento de datos para la difusión de contenidos terroristas en línea y que, a

su vez, garantice derechos fundamentales como la libertad de expresión e información.

En paralelo, se han ido adoptando una serie de normas e iniciativas no vinculantes que avanzan hacia una mayor moderación del contenido en línea (De Streel y Ledger, 2021). Por ejemplo, en el ámbito del discurso del odio, en 2016, a iniciativa de la CE, las principales plataformas firmaron el Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet<sup>10</sup>. Un año más tarde, la Comunicación(2017) 555 final, de 28 de septiembre de 2017<sup>11</sup>, proporciona orientaciones para detectar y notificar, eliminar y prevenir la reaparición de dicho contenido ilegal en línea. Finalmente, la Recomendación (UE) 2018/334<sup>12</sup> traslada el acuerdo político que se recogía en la Comunicación(2017) 555 final en un instrumento legal para reforzar la coordinación dentro de la UE contra el contenido ilegal en Internet.

Relativo a la protección de menores en Internet, la UE adoptó en 2011 la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil<sup>13</sup>, que exige a los EE MM adoptar medidas de eliminación y bloqueo de contenido contra sitios web que contengan o difundan material de abuso sexual infantil. En este mismo ámbito, se han puesto en marcha una serie de medidas de autorregulación (adoptadas por los intermediarios digitales) destinadas a proteger mejor a los menores en el entorno en línea. Entre estas iniciativas destaca la *Alliance to better protect minors online*<sup>14</sup>, un foro de múltiples partes interesadas que se creó para hacer frente a los riesgos emergentes de los menores en el entorno *online*, como el contenido ilícito o dañino (por ejemplo, la violencia) el ciberacoso y la explotación sexual.

<sup>9</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0640&from=ES>

<sup>10</sup> [https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc\\_id=42855](https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42855)

<sup>11</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0555&from=it>

<sup>12</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018H0334&from=GA>

<sup>13</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82637>

<sup>14</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/protect-minors-online>

#### 4. La propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales (DSA)

Como desarrollo lógico del movimiento regulatorio iniciado hace unos años, el 15 de diciembre de 2020, la CE hizo pública su propuesta de Reglamento de DSA, que establece un marco horizontal que actualiza las normas que definen las responsabilidades de los servicios intermediarios.

Sobre la base de los principios esenciales establecidos en la DCE, la propuesta pretende garantizar las mejores condiciones para la prestación de servicios digitales innovadores en el mercado interior; contribuir a la seguridad en línea y la protección de los derechos fundamentales y establecer una estructura de gobernanza robusta y duradera para la supervisión efectiva de los prestadores de servicios intermediarios.

La tan esperada DSA actualiza el marco regulatorio introducido por la DCE hace más de dos décadas<sup>15</sup>, pero sin reemplazar las medidas específicas del sector, como la DSCA o el Reglamento sobre contenido terrorista *online*. Con el fin de evitar posibles divergencias en su implementación entre los países de la UE, la DSA adoptará la forma de un Reglamento.

La propuesta sigue el principio por el cual «lo que es ilegal fuera de línea debe serlo también en línea». Así, aspirar a crear un entorno *online* más seguro y responsable a través de una serie de obligaciones asimétricas en los servicios de intermediación —en particular, en las plataformas en línea—, para actuar contra el contenido ilegal y proteger a los usuarios ofreciéndoles más transparencia, trazabilidad y mejores sistemas de información. Supone, por lo tanto, una oportunidad para que la UE decida sobre aspectos centrales que sentarán las bases de la futura regulación del contenido en Internet.

A la fecha de publicación de este artículo, la propuesta está siendo debatida en el trío entre

representantes del Consejo, el Parlamento Europeo y la CE, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Una vez adoptada, la nueva norma será directamente aplicable en toda la UE.

#### 5. Aspectos relevantes de la DSA para los reguladores de servicios de comunicación audiovisual

Sin duda alguna, desde la perspectiva de los reguladores de medios y del audiovisual, el Reglamento de DSA es una pieza legislativa relevante puesto que está llamada a sentar los fundamentos de la futura regulación del contenido en línea y, por lo tanto, de la futura regulación de los medios.

Y esto es así porque hoy en día, las plataformas en línea se han convertido en importantes agentes para llegar al público. Los ciudadanos usan las redes sociales, agregadores de noticias o motores de búsqueda para acceder a contenidos audiovisuales, información y otros contenidos. Las plataformas en línea tienen la capacidad de determinar quién ve qué y cuándo, en función de sus algoritmos, recomendaciones de contenido y de las reglas de comunidad establecidas en sus términos y condiciones.

En consecuencia, la actividad de estas plataformas y los instrumentos normativos por los que se regulen tendrán un impacto decisivo en la consecución de los objetivos de la regulación de los medios, como son la libertad de expresión, la dignidad humana, la diversidad cultural y lingüística y la no discriminación. Como afirma el profesor Mark D. Cole, «el diseño de este entorno en línea debe asegurar que los elementos básicos para el pluralismo no se vean obstaculizados y que todos los derechos fundamentales estén adecuadamente protegidos» (Cole, 2021).

En lo que atañe concretamente al ámbito audiovisual, la DSA afecta a prestadores sujetos a la DSCA que también tengan la consideración de prestadores de servicios de intermediación de acuerdo con la DCE, como son las plataformas de intercambio de vídeos.

<sup>15</sup> La propuesta de Reglamento reemplaza las disposiciones sobre el régimen de responsabilidad que establece la DCE respecto a los servicios de intermediación (los artículos del 12 al 15 de esta Directiva quedan derogados).

Por lo tanto, estas plataformas de intercambio de vídeos estarán sujetas a la normativa audiovisual (*lex specialis*), sin perjuicio de que también sean plataformas en línea a efectos de la DSA (*lex generalis*).

Se hace preciso, por lo tanto, una evaluación sobre la adecuación de este instrumento a estos principios fundamentales, así como su complementariedad con la DSCA, que es el instrumento legislativo básico para la regulación de los medios de comunicación audiovisual.

Por otra parte, la progresiva ampliación de las responsabilidades de los reguladores del audiovisual en la supervisión de todo tipo de contenidos en línea<sup>16</sup>, y no solo a los de formato vídeo, justifican un atento análisis de la propuesta de Reglamento desde una perspectiva integrada.

Por todo ello, en 2020, ERGA inició un proceso de reflexión para valorar la conveniencia de mejorar y/o clarificar la propuesta de Reglamento de DSA (ERGA, 2021a). Se trata de clarificar ciertos aspectos de la norma y aprovechar la ocasión para garantizar que los servicios que alojan y brindan acceso a contenido en línea respalden los objetivos de interés público.

Como representante de España en ERGA, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha participado activamente en la elaboración de los diversos documentos de posición del Grupo. En paralelo, la CNMC, como organismo regulador nacional del audiovisual, ha elaborado y publicado su posición sobre el proyecto de Reglamento y, posteriormente, participó en el proyecto de consulta pública previo a la publicación de la iniciativa (CNMC, 2020).

<sup>16</sup> A modo de ejemplo, en Francia, el 1 de enero de 2022, entró en funcionamiento la Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), regulador independiente para la supervisión del sector audiovisual y digital. En Irlanda, el anteproyecto de Ley de regulación de los medios y de seguridad en línea, que entre otras cuestiones transpone la DSCA en el ordenamiento nacional irlandés, prevé la creación de la *Coimisiún na Meán*, autoridad independiente con capacidades y funciones para aplicar y hacer cumplir esta norma. En la consulta pública que precedió al anteproyecto, los respondientes señalaron que el establecimiento de un regulador integrado se justificaba por la convergencia de plataformas de medios; las eficiencias operativas que genera tanto para los prestadores de servicios, los ciudadanos y el propio Estado; y la necesidad de responder a las expectativas públicas.

En los siguientes apartados se realiza un análisis de los principales aspectos de la propuesta de Reglamento desde la perspectiva de la regulación de los servicios de comunicación audiovisual y su potencial impacto en la regulación de los medios y en el trabajo de los organismos reguladores. En los casos pertinentes, se hace referencia a la posición de ERGA sobre la materia.

### Obligaciones y necesidades de la regulación del contenido en línea

Como era de esperar, la DSA, a través de los artículos 3 a 5, mantiene la exención de responsabilidad para los prestadores de servicios intermediarios que son meros conductos, o que almacenan en caché o que alojan información a petición del destinatario. También se conserva la prohibición de imponer obligaciones generales de control *ex ante* a los prestadores (artículo 7).

A través del artículo 40, la DSA afirma la vigencia del principio de país de origen establecido en la DCE por el que el Estado miembro en el que el prestador de servicios tiene su establecimiento principal tendrá jurisdicción a los efectos de hacer cumplir el Reglamento. En el caso de los prestadores que no tengan un establecimiento en la Unión, pero que ofrezcan servicios en ella, estarán sujetos a la jurisdicción del Estado miembro donde su representante legal resida o esté establecido.

Adicionalmente, se añaden aclaraciones sobre las condiciones de responsabilidad con respecto a las obligaciones voluntarias proactivas (artículo 6) y reactivas: obligaciones relativas a órdenes de autoridad para actuar contra contenidos ilegales (artículo 8) y para divulgar información (artículo 9).

Basado en estos principios, la DSA introduce una serie de obligaciones asimétricas y proporcionales de diligencia debida sobre las diferentes categorías de intermediarios en función de la naturaleza, tipo de sus servicios y su tamaño, para garantizar que sus servicios

no se utilizan indebidamente para actividades ilegales y que los prestadores operan de manera responsable.

Si bien, muchos servicios intermediarios ya brindan parte, o incluso mucha, de la información que se indica en la DSA, el proyecto de Reglamento refuerza los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas. Así, se recogen cuatro categorías de intermediarios, sobre los que aplican una serie de obligaciones de carácter acumulativo (a modo de «muñecas rusas»), inspiradas en el enfoque de la regulación de las plataformas de intercambio de vídeos de la DSCA (art. 28 ter), pero ampliando el ámbito de las obligaciones dada la naturaleza también más diversa de estos prestadores.

A medida que pasamos de categoría, las reglas impuestas por la DSA se vuelven más numerosas y estrictas:

1) prestador de servicios de intermediación, que cubre a todos los prestadores de mera transmisión, memoria tampón y almacenamiento de datos;

2) prestadores de servicios de alojamiento, que son aquellos que alojan datos;

3) plataformas *online*, que son prestadores de servicios de alojamiento que a petición del receptor del servicio almacenan y diseminan información al público (*marketplaces*, tiendas de aplicaciones, plataformas de economía colaborativa, redes sociales, etc.); y

4) plataformas en línea de muy gran tamaño (VLOP, por sus siglas en inglés), con más de 45 millones de usuarios mensuales en la UE, que es aproximadamente el 10 % de la población de la UE en 2020. En esta categoría recaen la mayoría de los GAFAM<sup>17</sup>.

Las reglas sobre moderación de contenido están distribuidas por toda la DSA, pero el enfoque encaja con la lógica de la propuesta que consiste en introducir reglas asimétricas según el tipo de intermediario.

Este esquema plantea ciertas cuestiones desde el punto de vista de la regulación del contenido, tal como

indica ERGA en su documento con propuestas (ERGA, 2020).

En primer lugar, parece conveniente evaluar la inclusión dentro de su ámbito de aplicación del Reglamento a los principales motores de búsqueda, servicios *live-streaming* y servicios de mensajería privada. Esto se justifica porque estos actores también implementan políticas de moderación de contenido y, por lo tanto, serían susceptibles de incluirse dentro del ámbito de aplicación de la DSA, en tanto en cuanto, afecta a la regulación del contenido *online*.

Por otra parte, la estructura piramidal de la DSA, por la que se asignan las obligaciones dependiendo de la naturaleza y tamaño de los prestadores, puede no reflejar de manera óptima las especificidades que presenta la moderación de contenido. La experiencia de los organismos reguladores del audiovisual muestra que las plataformas emergentes, típicamente más pequeñas, presentan riesgos significativos para la dignidad humana y para la protección de los menores. También existe el riesgo de «migración» de plataformas grandes a plataformas más pequeñas, por ejemplo, cuando se prohíbe a personas o grupos de personas el acceso a plataformas en línea de muy gran tamaño porque difunden contenido ilegal o desinformación.

Finalmente, se debería evaluar la posibilidad de tomar en cuenta también los riesgos que plantean los servicios intermediarios, independientemente de su tamaño o impacto, a la hora de establecer las obligaciones de cumplimiento de los distintos prestadores. Bajo este enfoque, sería recomendable estudiar un ajuste de la distribución de las obligaciones dentro de cada categoría de prestadores para reflejar mejor un enfoque basado en el riesgo.

### **El tratamiento de los contenidos nocivos o perjudiciales**

La DSA establece los medios efectivos para que los servicios de intermediación eliminen el contenido de

<sup>17</sup> El acrónimo GAFAM se refiere a las cinco grandes empresas tecnológicas estadounidenses: Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft.

carácter ilegal. El proyecto de Reglamento define el contenido «ilegal» como simplemente lo que es ilegal según la legislación de la Unión Europea o la legislación de un Estado miembro. Ejemplos de contenido ilegal son la incitación al odio, la propaganda terrorista o el uso indebido de materiales protegidos por derechos de autor.

El contenido simplemente perjudicial, por ser nocivo o dañino, solo se aborda indirectamente, por ejemplo, a través de las reglas de la comunidad de las propias plataformas y, por lo tanto, en lo que respecta a las plataformas de intercambio de vídeo, la normativa de aplicación sería la DSCA.

En la medida en que no sea ilegal, el contenido dañino no debe ser tratado de la misma manera que el contenido ilegal. Los contenidos perjudiciales dependen de las particularidades socioculturales, la idiosincrasia y la tradición jurídica de cada país, y eso dificulta su regulación a nivel europeo.

En la exposición de motivos a la propuesta de Reglamento se señala que las respuestas de los agentes de la industria a la consulta pública demuestran que existe un consenso general sobre la exclusión del contenido perjudicial, no necesariamente ilegal, de la DSA, al considerar que se trata de un área delicada con graves implicaciones para la protección de la libertad de expresión.

En sentido contrario, la regulación sectorial audiovisual también aborda el contenido perjudicial y, además, en la experiencia de los organismos reguladores del audiovisual, su supervisión y control absorbe el grueso su actividad, especialmente en lo que se refiere a ciertas medidas para proteger a los menores, y al control de las obligaciones cuantitativas y cualitativas a que se ven sometidas las comunicaciones comerciales.

Ahora bien, la DSA afecta indirectamente al contenido perjudicial, por ejemplo en la medida en que sea abordado en las reglas de la comunidad de una plataforma. Por tanto, dependerá en general de qué tratamiento se da en dichas reglas a determinados tipos de contenidos perjudiciales, lo que no tiene por qué

coincidir con lo que a este respecto establecen normativas sectoriales como la audiovisual. Por ejemplo, no es probable que las reglas de la comunidad incluyan medidas para la protección de menores equivalentes a las habituales en los servicios de comunicación audiovisual.

No obstante, la propuesta de Reglamento comprende una serie de disposiciones aplicables a las VLOP (artículos 26, 27 y 28) para evitar la utilización de las plataformas para la amplificación de la difusión de comportamientos que puedan tener consecuencias graves. Estas disposiciones se complementan con un marco de corregulación que comprende el desarrollo de códigos de conducta para abordar los impactos negativos relacionados con la propagación viral de contenido ilícito y los riesgos sistémicos antes mencionados.

### **Obligaciones aplicables a las plataformas en línea de muy gran tamaño (VLOP)**

Uno de los aspectos que han suscitado más interés en el seno de las autoridades de regulación audiovisual es el reparto de competencias y funciones que, tentativamente, pueden ejercer los organismos reguladores del audiovisual en la supervisión de las denominadas VLOP.

Como se desarrolla en el apartado anterior, la DSA comprende una serie de disposiciones para evitar que se utilice a estos agentes para la diseminación y amplificación de contenidos que pueda tener consecuencias graves. Así, el artículo 26(1) señala que las VLOP deben «identificar, analizar y evaluar» al menos una vez al año, «cualquier riesgo sistémico significativo que se derive del funcionamiento y uso que se haga de sus servicios en la Unión».

Esta evaluación de riesgos será específica de sus servicios e incluirá, entre otros:

(...)

«b) cualquier efecto negativo para el ejercicio de los derechos fundamentales al respeto de la vida privada

y familiar, la libertad de expresión e información, la prohibición de la discriminación y los derechos del niño, consagrados en los artículos 7, 11, 21 y 24 de la Carta, respectivamente;

c) la manipulación deliberada de su servicio, por ejemplo, por medio del uso no auténtico o la explotación automatizada del servicio, con un efecto negativo real o previsible sobre la protección de la salud pública, los menores, el discurso cívico o efectos reales o previsibles relacionados con procesos electorales y con la seguridad pública».

Las medidas de mitigación se establecen en el artículo 27 del Reglamento, que exige que las VLOP «aplicarán medidas de reducción de riesgos razonables, proporcionadas y efectivas, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados de conformidad con el artículo 26». El artículo 27.2 requiere que la Junta Europea de Servicios Digitales (en adelante, la «Junta»), junto con la CE, publiquen informes completos que identifiquen y evalúen los riesgos del sistema más destacados y recurrentes informados por las VLOP o identificados por otros medios, así como las mejores prácticas para que las VLOP mitiguen los riesgos identificados.

Además, la CE «podrá emitir directrices generales sobre la aplicación del apartado 1 en relación con riesgos específicos, en particular para presentar las mejores prácticas y recomendar posibles medidas».

En virtud del artículo 28, las VLOP estarán sujetas a auditorías anuales para evaluar el cumplimiento, entre otras, de sus obligaciones de evaluar y adoptar medidas de mitigación para combatir los riesgos sistémicos.

Estas medidas suponen el establecimiento de un enfoque corregulatorio a la reducción de riesgos que incluye a múltiples agentes que desempeñan distintos roles y responsabilidades.

No obstante, tal como se señala desde ERGA, no se percibe claramente cuál será la involucración de los organismos de regulación audiovisual independientes en este esquema de supervisión regulatoria. Por lo tanto, se aboga por aclarar explícitamente la participación directa de las autoridades reguladoras en la

supervisión de la implementación y cumplimiento de los artículos 26, 27 y 28 de la DSA. Esto debería comprender tanto la capacidad de establecer el marco de los mecanismos de cumplimiento (por ejemplo, directrices) como la supervisión y evaluación de las medidas tomadas.

Así mismo, teniendo en cuenta la sensibilidad de los temas en juego, el sistema de regulación establecido por la propuesta de DSA debería asegurar que las autoridades reguladoras nacionales independientes a cargo de la aplicación de las normas aplicables a las plataformas de contenido en línea (como parte de sus obligaciones de diligencia) se les otorguen todos los poderes necesarios con respecto a todos los servicios en el alcance.

### Modelo de gobernanza

La evolución de los servicios digitales y la complejidad de los problemas resultantes de su amplia utilización plantea problemas estructurales en la capacidad de los reguladores para aplicar y hacer cumplir el marco regulatorio de manera efectiva. Tal como se señala en la Evaluación de impacto de la CE<sup>18</sup>, hoy en día, «la supervisión de las plataformas en línea en general es en gran medida descoordinada e ineficaz en la UE, a pesar de la importancia sistémica de tales servicios. El marco de cooperación administrativo establecido por la DCE para abordar cuestiones transfronterizas es limitado y se utiliza de forma incoherente por los EE MM».

En respuesta a esta situación, la propuesta de Reglamento fija como uno de sus objetivos primordiales el establecimiento de un marco de gobernanza robusto y duradero que permita la supervisión efectiva de los prestadores de servicios de intermediación. Para ello, la DSA establece las bases de un sistema de gobernanza que garantiza un mejor equilibrio entre el principio de país de origen y el principio de país de

<sup>18</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-services-act>

destino, con un esquema de cooperación y supervisión reforzada, sanciones y nuevas capacidades de intervención para los EE MM y la CE.

La responsabilidad primaria de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones del Reglamento recae en los EE MM, que dispondrán de amplias capacidades para supervisar su aplicación en los prestadores de servicios establecidos en su territorio. Cuando surjan riesgos sistémicos en toda la Unión (por ejemplo, en el caso de las VLOP), se prevé la posibilidad de supervisión y ejecución en toda la UE.

Cada Estado miembro deberá designar, al menos, a una autoridad competente para la aplicación y supervisión del Reglamento. No obstante, los EE MM deben poder encomendar a más de una autoridad competente, tareas y funciones específicas de supervisión o ejecución relativas a la aplicación del Reglamento, por ejemplo, para sectores específicos, como los reguladores de las comunicaciones electrónicas o los reguladores de los medios.

Una de las autoridades competentes será designada como Coordinador de Servicios Digitales (DSC, por sus siglas en inglés). Deberá ser independiente del Gobierno, con notables requisitos para desempeñar sus tareas de forma imparcial y transparente. El Reglamento asigna amplios poderes de investigación, ejecución y capacidad sancionadora a los DSC, garantizando que dispongan de recursos suficientes para aplicar el Reglamento y asegurar una supervisión efectiva.

El DSC, que será responsable de garantizar la coordinación nacional en esta materia, se configura así como un importante organismo regulador, asegurando la coherencia y competencia digital, por lo tanto, es previsible el debate interno en los EE MM para determinar la autoridad que asumirá dichas competencias.

Además, la propuesta de Reglamento contempla la creación de la Junta, grupo asesor al DSC y a la CE, sobre la aplicación del Reglamento. Estará integrada por los DSC y presidida por la CE.

Este esquema de supervisión plantea ciertas cuestiones respecto al ámbito de actuación e interacción

entre los organismos propuestos en la DSA y las autoridades y organismos nacionales existentes, especialmente los reguladores del audiovisual y las redes de cooperación sectorial (como ERGA).

Por una parte, la propuesta de designar un DSC plantea ciertas cuestiones respecto a la interpretación de sus funciones y alcance. Es indudable que el establecimiento de una ventanilla única por los EE MM puede proporcionar indudables ventajas a la hora de identificar un punto de contacto en los procedimientos de carácter transfronterizo; garantizando una adecuada coordinación en la aplicación y ejecución del Reglamento.

Por otra parte, no obstante, la redacción de la propuesta de Reglamento es, hasta cierto punto, confusa respecto a la delimitación de las capacidades del DSC. Desde la perspectiva de los reguladores del audiovisual, sí que existe un cierto consenso en que el DSC debe estar a cargo de garantizar la coordinación administrativa entre los organismos reguladores en los casos que afectan a diferentes sectores, sin entrar de fondo en las cuestiones sectoriales, que deberían tratarse por los reguladores sectoriales específicos.

En esta misma línea, las cuestiones de fondo sectoriales de carácter transfronterizo deberían abordarse dentro de las redes de cooperación sectorial existentes, como es el caso de ERGA. Y este razonamiento se justifica porque las autoridades del audiovisual cuentan con la experiencia debida en la aplicación de los objetivos y principios de la regulación de medios audiovisuales, que continúan siendo apropiados en el ámbito de la regulación del contenido en línea. Además, este enfoque permite garantizar una coordinación transfronteriza más eficaz; mejorar la rapidez en la resolución de los procedimientos y, también, garantizar que se toman en cuenta los diversos contextos nacionales.

### **Aplicación a prestadores extracomunitarios**

La DSA ofrece una solución al grave problema que pueden representar algunos servicios de plataformas de intercambio de vídeos que ofrecen sus servicios



desde terceros países fuera del ámbito de la UE. En efecto, la DSA permite que dichos prestadores estén sujetos a las mismas obligaciones de debida diligencia a las que están sometidos el resto de prestadores establecidos dentro de la UE (artículo 11).

Esta disposición permite subsanar esta problemática en países que en su normativa nacional no hayan adoptado medidas *ad hoc*, debido a que el ámbito de aplicación de la DSCA se circunscribe al territorio comunitario, dejando libertad a los EE MM para regular a los prestadores en terceros países. Ahora bien, en tanto en cuanto la DSA solo se aplicará a contenidos ilícitos, el Reglamento no se podrá aplicar a contenidos nocivos o dañinos que no sean ilícitos de acuerdo con la normativa europea o nacional.

## 6. Interacción entre la DSA y la DSCA

El proyecto de Reglamento DSA se configura como un instrumento de carácter horizontal que se aplica *lex generalis* a todos los servicios de intermediación. La DSA establece estándares armonizados y horizontales para una amplia gama de plataformas en línea. Esto podría dar lugar a superposiciones con ciertas leyes nacionales y de la UE específicas del sector y limitar la competencia de los EE MM para regular las cuestiones culturales en relación con los prestadores de servicios de intermediación.

La propuesta de Reglamento señala que la DSA complementa la legislación específica del sector, incluida la DSCA. Como *lex specialis*, esas reglas específicas se aplicarán con preferencia a las reglas de horizontales que establece el proyecto de Reglamento de DSA, aunque las reglas generales podrían cubrir cualquier brecha en ese régimen.

No obstante, debido a que los dos instrumentos legales se superponen en cuanto a su ámbito de aplicación, en particular, respecto a las plataformas de intercambio de vídeos, parece necesario aclarar qué reglas y mecanismos prevalecerán y en qué situaciones. La experiencia muestra que, muchas veces, el diablo está en los detalles, por lo tanto, se deberá

seguir muy de cerca el proceso de aplicación de la norma y la implementación de las obligaciones que se incluyen para asegurar la coherencia regulatoria y la seguridad jurídica.

ERGA ha realizado un análisis detallado de la interacción entre ambos instrumentos normativos (ERGA, 2021b). En particular, se han identificado una serie de cuestiones que necesitan de aclaración para asegurar la coherencia en la aplicación de la regulación europea respecto del contenido en línea. Basado en este análisis, se han realizado una serie de recomendaciones para abordar las dificultades prácticas que pueden surgir en la implementación conjunta de los dos instrumentos. Muy en particular, ERGA pone el foco en tres aspectos.

En primer lugar, para solventar cualquier problema de interpretación, es conveniente que se identifiquen explícitamente los artículos de la DSA que complementan las disposiciones de DSCA sobre las VSP. Esto podría hacerse, por ejemplo, a través de un considerando específico del Reglamento.

En segundo lugar, ERGA señala que el alcance de la DSCA y la DSA no se superponen por completo. En particular, las plataformas que ofrecen servicios/actividades de transmisión en vivo están incluidas en la definición de VSP según la DSCA. En la DSA, estos servicios y actividades pueden no estar cubiertos por la definición de «plataformas en línea» dependiendo de los medios por los cuales se proporcionan, y quizás ni siquiera sean considerados como «servicios de alojamiento» siempre que no cumplan con el criterio de «almacenamiento». Esto significa que en casos concretos no podrían estar sujetos a las disposiciones aplicables a las plataformas en línea (artículos 16 a 24 de la DSA), ni a los servicios de alojamiento (artículos 14 y 15).

Para evitar esta divergencia, ERGA sugiere que todos los tipos de VSP, tal como los define DSCA, se identifiquen explícitamente como pertenecientes a las categorías de servicios correspondientes de la DSA.

Y finalmente, en tercer lugar, para asegurar una aplicación consistente de ambos instrumentos legislativos,

se considera que la DSA debe establecer expresamente que las autoridades y los organismos nacionales competentes para la aplicación de la DSCA también deben ser responsables, a nivel nacional, de la implementación y el cumplimiento de las normas de la DSA relativas a la regulación del contenido en línea.

## 7. Conclusiones

Las dificultades para aplicar un conjunto de reglas diseñado hace dos décadas para un entorno de Internet completamente diferente se han vuelto evidentes. Los actores han cambiado y el papel de las plataformas en la difusión de contenido en línea se ha vuelto predominante. La variedad de servicios y usos pone de relieve la insuficiencia del marco normativo vigente —en particular, la DCE—, para abordar la regulación de los nuevos servicios digitales, su naturaleza y sus funciones.

En la última década, dentro de la UE se han adoptado diversas normativas destinadas a garantizar una mejor protección de las audiencias frente a la difusión en línea de contenido ilícito y nocivo. Algunas de estas iniciativas, como la DSCA o a la Directiva de derechos de autor, imponen ciertas obligaciones sobre los servicios de intermediación. En paralelo, algunos EE MM de la UE han reaccionado promoviendo iniciativas legislativas destinadas a reforzar la protección de los usuarios en el ecosistema *online*.

La DSA es la respuesta de la UE a los nuevos desafíos que traen consigo las plataformas *online* mediante la adopción de un marco transversal para los servicios intermediarios. El carácter transnacional de las plataformas desafía las clásicas respuestas regulatorias de carácter nacional y sectorial, lo que va a requerir una adaptación de la mentalidad y procesos de trabajo de los reguladores. Este marco transversal puede ayudar a incrementar la seguridad jurídica de los prestadores, a la vez que garantiza una mejor aplicación de la normativa y mejores herramientas para el combate contra el contenido ilegal y para la aplicación efectiva de la normativa en el ámbito transfronterizo.

Desde la perspectiva de los reguladores del audiovisual, tres cuestiones serán particularmente relevantes: la correcta aplicación de las obligaciones de debida diligencia, los mecanismos de aplicación y ejecución y la interacción entre la DSA y la normativa sectorial audiovisual.

La aplicación de la DSA necesitará de una coordinación y armonización sin precedentes entre los reguladores, aunque la dimensión nacional siga teniendo su papel (por ejemplo, en la aplicación del principio del país de origen).

El modelo de gobernanza y supervisión debe ser permitir procedimientos más ágiles, rápidos y adaptables a los ritmos vertiginosos de diseminación del contenido. En este esquema, parece lógico que los organismos reguladores nacionales (cuando aplique, las autoridades nacionales del audiovisual) estén capacitados adecuadamente para garantizar una aplicación eficaz del Reglamento.

## Referencias bibliográficas

- CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2020). *Aportaciones a la consulta pública sobre la Digital Services Act desde el punto de vista del contenido*. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/CNMC%20position%20paper%20contenidos%20ES.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/CNMC%20position%20paper%20contenidos%20ES.pdf)
- Cole, M. D. (2021). *Overview of the impact of the proposed EU Digital Services Act Package on broadcasting in Europe*. [https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2021/06/EMR\\_Legal-Issue-Paper-DSA-DMA-and-Broadcasting.pdf](https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2021/06/EMR_Legal-Issue-Paper-DSA-DMA-and-Broadcasting.pdf)
- De Streef, A., & Ledger, M. (2021). Regulating the moderation of illegal online content, en *Unravelling the Digital Services Act package* (pp. 20-39). Iris special. Observatorio Europeo del Audiovisual.
- ERGA, European Regulators Group for Audiovisual Media Services. (2020). *Position Paper on the Digital Services Act*. [http://erga-online.eu/wp-content/uploads/2020/06/ERGA\\_SG1\\_DSA\\_Position-Paper\\_adopted.pdf](http://erga-online.eu/wp-content/uploads/2020/06/ERGA_SG1_DSA_Position-Paper_adopted.pdf)
- ERGA, European Regulators Group for Audiovisual Media Services. (2021a). *Proposals Aimed at Strengthening the Digital Services Act (DSA) With Respect to Online Content Regulation*. <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/06/2021.06.25-ERGA-DSA-Paper-final.pdf>

- ERGA, European Regulators Group for Audiovisual Media Services. (2021b). *Statement on the European Commission's Proposals for a "Digital Services Act" (DSA) and a "Digital Services Markets Act" (DMA)*. [https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/03/ERGA-DSA-DMA-Statement\\_29032021.pdf](https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/03/ERGA-DSA-DMA-Statement_29032021.pdf)
- European Audiovisual Observatory. (2021). *Unravelling the Digital Services Act package*. <https://rm.coe.int/iris-special-2021-01en-dsa-package/1680a43e45>
- European Parliament. (2021). *Liability of online platforms*. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS\\_STU\(2021\)656318](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS_STU(2021)656318)

## **EL SECTOR EXTERIOR EN 2020**



*La Secretaría de Estado de Comercio presenta un año más el número monográfico del Boletín de Información Comercial Española (BICE) dedicado al sector exterior español, con el fin de recopilar los datos más relevantes y las principales tendencias de los flujos comerciales y financieros tanto de España como a nivel mundial.*

*El estudio estadístico se estructura siguiendo la configuración habitual del BICE. En el primer capítulo se analizan las principales cifras macroeconómicas del sector exterior español, seguido, en el segundo, de un estudio sobre la evolución del comercio mundial de mercancías y servicios; en el tercer capítulo se analiza más profundamente el desarrollo del comercio exterior de España; el cuarto capítulo hace referencia a las inversiones exteriores directas; el quinto se centra en el estudio de la política comercial de la Unión Europea; y finalmente, el último capítulo analiza la política de apoyo financiero y de promoción comercial realizada por la Administración. Concluye el estudio con un Apéndice Estadístico en donde se recopilan multitud de datos relevantes sobre el sector exterior español.*



Isabel Álvarez Fernández del Vallado\*

## DINÁMICAS DE CONCENTRACIÓN EN MERCADOS DIGITALES Y SU CONTROL

*La irrupción de las nuevas tecnologías y el avance de la digitalización han generado un debate sobre la necesidad de llevar a cabo una revisión del mecanismo de control de concentraciones. A lo largo de los últimos años se ha apreciado una tendencia por parte de los grandes operadores de estos mercados, generalmente plataformas, a adquirir otras empresas pequeñas pero innovadoras. Algunas operaciones, por no cumplir con los umbrales requeridos por la legislación, han escapado al escrutinio de las autoridades. Asimismo, se han aprobado otras que han podido tener efectos lesivos para la competencia. Estas situaciones han propiciado la aparición de nuevas teorías del daño adaptadas a las características de estos mercados digitales, y han incentivado la elaboración de numerosos estudios e investigaciones que han resultado en recomendaciones y propuestas legislativas acordes con la nueva realidad.*

### **Merger`s dynamics and control in digital markets**

*The irruption of new technologies and digitalization have sparked a debate about the need of a review of the merger control mechanism. Especially given the growing trend for large incumbents, generally platforms, to acquire small and innovative nascent firms. Some of these transactions have escaped the scrutiny of competition agencies because they do not meet the thresholds required by law. Additionally, many other transactions that have been cleared may have had harmful effects on competition. These situations have led to the emergence of new theories of harm adapted to digital market features and have encouraged a great level of investigations and research resulting in recommendations, reports and legislative proposals adapted to the new reality.*

**Palabras clave:** control de concentraciones, mercados digitales, plataformas, teorías del daño, guardianes de acceso, fusiones asesinas, innovación, competencia potencial.

**Keywords:** merger control, digital markets, platforms, theories of harm, gatekeepers, killer acquisitions, innovation, potential competition.

**JEL:** D04, K21, K23, L12, L13, L14, M48.

---

\* Inspectora Jefe de Competencia en la Subdirección de Sociedad de la Información de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Contacto: [isabel.alvarez@cnmc.es](mailto:isabel.alvarez@cnmc.es)

Versión de enero de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7369>

## 1. Introducción

Las nuevas tecnologías digitales relativas a la información y las comunicaciones han traído consigo la aparición de nuevos servicios y modelos de negocio, así como la transformación de actividades económicas ya existentes. El desarrollo de estos mercados digitales, que presentan numerosas eficiencias, pero al mismo tiempo posibles retos para la competencia, ha abierto un vivo debate sobre cuál es la respuesta óptima desde la política de la competencia y la regulación, cobrando especial relevancia la necesaria revisión de los mecanismos de control de concentraciones.

En efecto, a lo largo de los últimos años se ha apreciado una tendencia por parte de los grandes operadores de estos mercados, generalmente plataformas, a adquirir otras empresas pequeñas pero innovadoras. Algunas operaciones, por no cumplir con los umbrales requeridos por la legislación, han escapado al escrutinio de las autoridades. Asimismo, se han aprobado otras que han podido tener efectos lesivos para la competencia. Estas situaciones han propiciado la aparición de nuevas teorías del daño adaptadas a las características de estos mercados digitales, y han incentivado la elaboración de numerosos estudios e investigaciones que han resultado en recomendaciones y propuestas legislativas acordes con la nueva realidad.

Este artículo se estructura en cuatro grandes apartados, más una introducción (apartado 1) y unas conclusiones finales (apartado 6). En el apartado 2 se aporta una visión general de los actuales mecanismos de control de concentraciones, y se hace referencia a los posibles riesgos que las características especiales de los mercados digitales pueden entrañar en términos de competencia. En el apartado 3 se abordan las nuevas teorías del daño surgidas a raíz de la necesidad de adaptación a estos mercados, con especial referencia a las controvertidas teorías de *killer* y *reverse killer acquisitions*. En el apartado 4 se revisan los casos más paradigmáticos a los que se han enfrentado las autoridades de competencia en este ámbito,

tanto a nivel internacional como en el caso específico español. El apartado 5 se centra en las dos respuestas más relevantes a nivel europeo en lo que respecta a la adaptación del marco regulatorio a la esfera digital, a saber, la reinterpretación del mecanismo de remisión de operaciones de control de concentraciones de la Comisión y la propuesta de la *Digital Markets Act*.

## 2. Adquisición de control en los mercados digitales

### Umbrales de notificación en los mecanismos de control de concentraciones a nivel europeo y nacional

La mayoría de las jurisdicciones con regímenes de derecho de la competencia poseen, en lo que respecta a los mecanismos de control de concentraciones, sistemas de notificación obligatoria, característicos en gran parte de las jurisdicciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Las encuestas más recientes de este organismo revelan que 44 de las 55 jurisdicciones encuestadas tienen un sistema obligatorio de notificación, y 52 de estas jurisdicciones utilizan el umbral de cifra de negocios como criterio —o como uno de los criterios (OECD, 2020)—.

El problema fundamental de los sistemas de notificación obligatoria es que, de no cumplir la operación de los umbrales de aviso legalmente establecidos, en muchas ocasiones la Autoridad pierde la posibilidad de examinarla, lo cual implica que se produzcan fusiones que puedan escapar fácilmente al escrutinio, dado que, salvo en ciertos sistemas como el de la Unión Europea (UE), no se establecen excepciones asociadas a la posibilidad de revisión en determinados casos. Esto pone de relevancia que los sistemas basados únicamente en el umbral de cifra de negocios no tienen posibilidad de revisar fusiones en las que dicho volumen es reducido, tal y como comprobaremos.

A nivel europeo, actualmente la normativa que rige este tipo de operaciones se encuentra contenida en

el Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas (en adelante, Reglamento), que establece los criterios bajo los cuales se considera que una operación de esta índole tiene dimensión comunitaria, recayendo su evaluación sobre la Comisión Europea (CE) de forma exclusiva y excluyente tanto en lo que respecta a conocimiento como a valoración, a la luz del principio de ventanilla única (*one stop shop*). De esta manera, las operaciones que escapen al ámbito de aplicación de la normativa europea serán evaluadas por los Estados miembros afectados —o por las autoridades de terceros— tras previamente determinarse si se superan los umbrales nacionales que establezcan los últimos, de manera que, en caso contrario, la operación no está sujeta a control.

A la hora de determinar la dimensión comunitaria se examina si los efectos de la operación analizada inciden en el territorio comunitario, evaluándose si se satisfacen los umbrales contenidos en el Reglamento. Estos se caracterizan por basarse en criterios «absolutos y objetivos», y son concretamente los volúmenes de negocios de las empresas afectadas en tres niveles (mundial, comunitario y nacional)<sup>1</sup>.

Adicionalmente, existe en el marco el denominado mecanismo de remisión, a través del cual se establece la posibilidad de que, por un lado, la Comisión pueda llegar a analizar una concentración sin dimensión comunitaria, y por otro, una autoridad nacional pueda examinar una concentración inicialmente sometida a notificación ante la Comisión Europea, permitiéndose que la operación en cuestión sea analizada por la autoridad mejor situada para ello<sup>2</sup>.

Es preciso en este punto señalar, tal y como se desarrollará más adelante, que la evolución de los mercados hasta la actualidad, fundamentalmente en lo que respecta al ámbito digital, ha puesto en evidencia la necesaria

adaptación de los umbrales de notificación a nivel europeo y en ciertos casos nacional, como respuesta a los cambios que se han producido tanto en lo que respecta a los nuevos modelos de negocio como a la naturaleza dinámica de los mismos. Ello, principalmente, debido a la incapacidad de estos umbrales de captar una serie de operaciones que, si bien por su envergadura pueden considerarse susceptibles de evaluación por parte de autoridades de competencia por su posibilidad de afectar a la misma, no han superado dichos umbrales precisamente por cómo están definidos los mismos.

Y es que efectivamente, puede apreciarse cómo los umbrales descritos previamente están únicamente asociados al nivel de facturación de las partes además de algún vínculo con el territorio afectado, siendo este el sistema escogido por múltiples Estados miembros<sup>3</sup> y países terceros.

Existen, sin embargo, ciertos Estados miembros que han establecido umbrales adicionales, como puede ser el valor de la transacción, incluido en Alemania y Austria en el año 2017<sup>4</sup>, fundamentalmente a raíz de los problemas mencionados anteriormente con respecto a operaciones que escapen del escrutinio de las Autoridades por el no cumplimiento de umbrales únicamente basados en criterios de facturación; o el de cuota de mercado, que existe en Portugal, Reino Unido<sup>5</sup> (aunque ya no esté en la UE) y España.

Por tanto, España posee un doble criterio cualitativo y cuantitativo, estableciendo así nuestra Ley de Defensa de la Competencia un sistema de control previo obligatorio sobre aquellas concentraciones que alcancen una determinada cuota de mercado (art. 8.1 a) o un determinado

<sup>3</sup> Concretamente, todas las jurisdicciones europeas a excepción de Luxemburgo, que no ha promulgado normas de control de concentraciones como tal, cuentan con un umbral de notificación objetivo basado en el volumen de negocio de las partes.

<sup>4</sup> Ley contra las Restricciones de la Competencia en la versión publicada el 26 de junio de 2013 (Boletín Oficial Federal I, 2013, pp. 1750, 3245), modificada por última vez por el artículo 10 de la Ley de 12 de julio de 2018 (Boletín Oficial Federal I, 2018, p. 1151). La Sección 35, que contiene el ámbito de aplicación, establece el criterio adicional al de volumen de negocios.

<sup>5</sup> *Share of supply test*.

<sup>1</sup> Artículo 1.2 del Reglamento.

<sup>2</sup> Dichos mecanismos se encuentran establecidos en los artículos 9 y 22 del Reglamento.

volumen de negocios (art. 8.1 b), siempre que no exista la obligación de notificarlas a la Comisión Europea.

Lo cierto es que, a pesar de las críticas tanto a nivel institucional (por parte de organismos como la Comisión Europea o la OCDE, que defienden umbrales cuantitativos por ser más objetivos, claros, cuantificables y asociados a una mayor certidumbre), como a nivel académico (por parte de algunos expertos que también sostienen estos argumentos), la autoridad de competencia española considera que el establecimiento de este segundo tipo de umbral ha resultado ser muy favorable, como posteriormente se verá.

Por otro lado, en lo que respecta al sistema de remisión previamente expuesto, es importante destacar que España ha sido uno de los Estados miembros gracias a los cuales la Comisión ha tenido posibilidad de revisar algunas de esas fusiones digitales relevantes a nivel competitivo, que por no alcanzar los umbrales de cifra de negocios habrían escapado del escrutinio de las autoridades, y ello gracias a este mecanismo.

Ejemplo de ello fue el caso Apple/Shazam<sup>6</sup>, remitido a la UE por varias autoridades nacionales de competencia dado que, si bien no alcanzaba los umbrales de volumen de negocios de la UE, sí alcanzaba el umbral de varias, incluido el de cuota de mercado de España, de manera que varias solicitaron a la Comisión que revisara la fusión en vista de sus efectos transfronterizos. Por otro lado, en el caso Facebook/WhatsApp<sup>7</sup> se cumplían los umbrales de cuota de mercado en determinados Estados miembros, entre ellos España de nuevo, y en este asunto fueron las propias partes las que, en la fase de notificación previa, solicitaron que la UE revisara la fusión.

### **Mercados digitales y control de concentraciones**

La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ha dado pie a una creciente

digitalización que no solo ha tenido su reflejo en una traslación de la actividad económica a la esfera digital, sino que ha afectado profundamente a la forma en la que los operadores económicos llevan a cabo su actividad y toma de decisiones.

La aparición de nuevos modelos de negocio ha tenido repercusiones muy relevantes en lo que respecta al ámbito de fusiones y adquisiciones, lo cual ha redundado en una cada vez más acuciante necesidad de adaptación de los mecanismos y políticas de control, dado que la legislación existente hoy en día puede no ser siempre capaz de prevenir y evitar los efectos anticompetitivos que han emergido propiciados por las características de estos mercados (como pueden ser las economías de escala, de aprendizaje o los efectos de red) que, si bien pueden ser muy positivas en algunos aspectos, son susceptibles de llevar a su vez a situaciones que entrañan riesgos para la competencia.

Por tanto, el desarrollo experimentado por estos mercados tan dinámicos, y concretamente por las plataformas digitales, ha supuesto un verdadero cambio de paradigma en la economía en general dado que, si bien ciertas características de las mencionadas ya aparecían anteriormente en algunos mercados tradicionales, el contexto actual es novedoso, en el sentido de que la combinación de todos los factores anteriores y su relevancia hace que algunos mercados sean más propensos a la *concentración* y a la *dominancia*, ya que solo un número reducido de operadores alcanzará la suficiente masa crítica como para ser competitivos. En este sentido, los mercados digitales aumentan el poder natural de los grandes actores con gran rapidez, de manera que el panorama tecnológico y económico cambia de forma muy veloz y disruptiva.

En consecuencia, si bien es innegable que existen ventajas derivadas de todas las características descritas (como pueden ser la aparición de eficiencias, la creación de valor para el consumidor, el incentivo a la autorregulación o la aparición del efecto procompetitivo de intento de innovar por parte de las empresas instaladas por el surgimiento de nuevos modelos de negocio

<sup>6</sup> Caso M.8788 (2018).

<sup>7</sup> Caso M.7217 (2014).



en los mercados), lo cierto es que también se produce esa tendencia a la concentración, decantándose el mercado (*market tipping*) por esos pocos grandes operadores (*gatekeepers*)<sup>8</sup>. De esta forma, el poder de mercado se erige en torno a las grandes y escasas plataformas ganadoras (*winner-takes-it-all/almost all*). Estas pueden identificar potenciales rivales para replicar su estrategia competitiva o eventualmente adquirirlos, apareciendo así problemas para los nuevos entrantes, que no tienen ni escala ni experiencia suficiente como para atraer a nuevos usuarios (*chicken and egg problems*).

Asimismo, la combinación de esos factores y características asociadas a los mercados digitales propicia la aparición de ecosistemas digitales de productos y servicios complementarios que, centrados en el servicio principal, ofrecen una línea de productos y servicios con una vinculación tecnológica que aumenta la complementariedad entre ellos. Dicha complementariedad, si bien puede ser atractiva para los usuarios, provoca que estos muchas veces queden atrapados en ese ecosistema (dinámicas de *lock-in*), en ocasiones por los elevados costes de cambio (*switching costs*), reduciéndose los incentivos al pertenecer a varias plataformas (*single-homing* en detrimento del *multi-homing*), redundando ello en una reducción en la presión competitiva.

Además, estas plataformas adquieren la posibilidad de recolectar, analizar y agregar grandes cantidades de datos, lo que lleva a que los ecosistemas digitales puedan generar importantes beneficios y una ventaja comparativa frente a las empresas competidoras que no puedan acceder a los mismos. Esto lleva a su vez a que muchas veces aparezcan ciertas prácticas anticompetitivas, como el apalancamiento (*leveraging*) por parte de estas grandes plataformas en mercados en los que el poder

de mercado es elevado para aumentar la presencia en mercados adyacentes; conductas de *tying* o *bundling* de distintos productos o servicios verticalmente integrados; o prácticas de auto preferencia (*self-preferencing*), consistentes en otorgar un tratamiento más favorable en *rankings* a sus propios productos, distorsionando la competencia de una manera que, posiblemente, reduzca el bienestar del consumidor.

### 3. Nuevas teorías del daño, con especial referencia a la teoría de *killer* y *reverse-killer acquisitions*

#### Nuevas teorías del daño en el contexto de mercados digitales

Como ya se ha visto, el desarrollo de los mercados digitales ha generado un debate sobre la necesidad de llevar a cabo una revisión y adaptación de la legislación de competencia para dar respuesta a todos los cambios que esta evolución tecnológica ha traído consigo. En este sentido, el marco actual puede no ser capaz de hacer frente a ciertos problemas que emergen a raíz de la naturaleza de estos mercados. Y algunos problemas pueden surgir de los límites de las autoridades de competencia a la hora de captar ciertas operaciones que escapan al escrutinio por no cumplir los umbrales y estándares establecidos legalmente. Esto puede terminar generando una reducción de la presión competitiva y, con ello, del bienestar del consumidor. Por ello, existe cierto consenso general en torno a la necesidad de que los mecanismos de control de concentraciones sean capaces de adaptarse a la nueva realidad, apareciendo nuevas teorías del daño que toman un enfoque más dinámico y holístico, teniendo en cuenta la rápida evolución de estos mercados y la importancia de tener en cuenta no solo la competencia actual sino también la potencial. Muchos expertos perciben las teorías tradicionales como «cajones» o «compartimentos estancos» en los que ya no existe encaje teniendo en cuenta las nuevas circunstancias

<sup>8</sup> En el caso más paradigmático de los denominados GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft) cada plataforma tiene un guardián de acceso (*gatekeeper*) sobre un canal clave (*key channel*) de distribución. En el caso de Facebook es una red social; en Google, un buscador con publicidad; en Amazon, una red de distribución comercial; en Apple un sistema operativo con tienda de *apps*.

y, por ello, abogan por cambios tanto en las políticas como en la regulación para paliar las deficiencias de los sistemas y mecanismos actuales.

Una de las nuevas teorías más debatidas es la de la *pérdida de innovación* (Micheletti, 2021), y es que un análisis de los precedentes más recientes de las Autoridades de Competencia muestra cómo la competencia efectiva en innovación se ha incrementado cada vez más. A nivel general, se está produciendo una intervención cada vez mayor en fusiones de estas características, fundamentalmente en los ámbitos farmacéutico y digital.

Así, la Comisión ha centrado en las últimas décadas parte de su análisis en estudiar los elementos que llevan a un «impedimento significativo para la competencia efectiva en la innovación» (SIEIC, por sus siglas en inglés)<sup>9</sup> cuyo origen es una disminución en los esfuerzos en I+D+i tras haberse aprobado la fusión, lo cual difiere de la teoría tradicional asociada a los efectos del daño que suponen un «impedimento significativo para la competencia efectiva» (SIEIC, por sus siglas en inglés)<sup>10</sup> como resultado del aumento de los precios (Crucelegui Garate, 2020).

Otro enfoque de las nuevas teorías del daño es el que hace referencia a *pérdida de competencia potencial* (Micheletti, 2021). Tradicionalmente, las Autoridades establecían una óptica centrada en la posible pérdida de competencia actual, conllevando ello la desaparición de rivales existentes en el momento de la fusión. Sin embargo, las características de los mercados digitales ponen en evidencia la necesidad de tomar una perspectiva dinámica e incluir en el análisis la posible competencia futura.

En este sentido, la OCDE define en un informe publicado en 2021 sobre el concepto de competencia

potencial dicho término como «la disciplina competitiva al comportamiento de una firma que puede surgir potencialmente, pero que aún no lo ha hecho» (OCDE, 2021), y llama a no confundir situaciones en las que un operador (aún sin estar activo en un mercado relevante determinado pero sí en otros o no estarlo en ninguno todavía) supone, en el momento presente, una amenaza para la competencia que ya es captada por la empresa incumbente y tomada en cuenta en su estrategia de actuación, de situaciones en las que un operador podría llegar a entrar en el mercado pero aún no lo ha hecho, no estando consecuentemente incluido en las toma de decisiones sobre la actividad de la empresa ya instalada.

Esto ha traído consigo gran debate puesto que muchos consideran que ha sido un ámbito descuidado, dando pie a críticas sobre la excesiva laxitud en lo que respecta a la aprobación de adquisiciones de rivales potenciales que en muchas ocasiones habrían derivado en entradas de nuevos competidores que nunca se han llegado a producir. Sin embargo, es cierto que se trata de un aspecto delicado dado que, si ya de por sí en el ámbito de derecho de la competencia muchas veces nos encontramos con una elevada incertidumbre debido a la aplicación del análisis del contrafactual, entrando en juego escenarios hipotéticos aplicados a la dinámica actual del mercado, el hecho de incluir en el estudio la evaluación de la competencia potencial incrementa en gran medida dicha incertidumbre, pues ello implica la necesidad de estimar la forma, impacto y probabilidad de que la entrada de un nuevo rival se materializase.

Por ello, la OCDE destaca, asimismo en ese informe, la relevancia de llevar a cabo un análisis riguroso de los documentos internos, los programas de innovación de las empresas o de los mercados adyacentes, por la evidencia que pueden aportar sobre la visión y toma de decisiones de las empresas ya instaladas, en detrimento de un estudio tan exhaustivo de las barreras de entrada como el que se venía realizando tradicionalmente. En este punto se destaca que tiene más sentido estudiar la

<sup>9</sup> Ello puede apreciarse, entre otros, en casos como el de la concentración Dow/Du Pont (Caso M.7932), aprobada tras un análisis exhaustivo de los efectos de la fusión en el ámbito de la innovación, bajo el cual la Comisión consideró que la fusión efectivamente amenazaba la competencia en la innovación debido a una pérdida de rivalidad entre los proveedores de los productos, condicionando finalmente la aprobación de la fusión a la venta de la división mundial de investigación y desarrollo de plaguicidas de DuPont.

<sup>10</sup> Los fundamentos de la teoría sobre el SIEIC se encuentran en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento.

probabilidad concreta de una posible entrada en base a indicadores y antecedentes concretos que estudiar la intensidad de las barreras<sup>11</sup>.

Por último, la teoría del daño probablemente más en sede de debate actual es la relativa a las *killer acquisitions*, concepto que para muchos expertos hace referencia a una teoría del daño que no es más que un caso particular de la teoría del daño clásica de desaparición de un competidor potencial, en la que la preocupación esencial es la posible aparición de efectos horizontales unilaterales de modo que, como resultado de la transacción, desaparezca un competidor potencial de la adquirente y, con ello, se vea reducida la competencia debido a que tras la operación la empresa resultante tenga incentivos a subir precios, reducir la calidad o reducir la innovación.

Es preciso resaltar que lo verdaderamente característico de las *killer acquisitions* es que añaden a la pérdida de competencia potencial la desaparición del producto que está desarrollando la empresa objetivo, ya sea porque no llega a lanzarse al interrumpirse su desarrollo o porque se retira del mercado en un estadio temprano de su comercialización. Y es precisamente este requisito adicional, asociado a la desaparición del producto, lo que explica que las *killer acquisitions* sean menos frecuentes, fundamentalmente en el ámbito digital, que las operaciones en las que la preocupación desde el prisma de la competencia es solo la menor competencia potencial o la reducción de la competencia en innovación. Consecuentemente, muchos expertos llaman la atención sobre la importancia de las denominadas *reverse killer acquisitions*, en las que

la adquirente puede, o bien continuar el desarrollo del producto, pero de un modo menos agresivo, o bien incorporarlo como insumo a su propio ecosistema o plataforma, por lo que en este contexto es más bien la adquirente la que puede suponer una amenaza competitiva a la empresa objetivo.

Por su gran relevancia en la actualidad abordaremos estas teorías del daño de forma autónoma en el siguiente subapartado.

### ***Killer y reverse killer acquisitions***

El concepto *killer acquisition* fue acuñado por Cunningham, Ederer y Ma en 2018 (Cunningham *et al.*, 2018) en un estudio centrado en operaciones de concentración del sector farmacéutico en el que se lleva a cabo un análisis empírico de operaciones en las que un operador adquiriría una empresa o unidad de negocio que se encontraba desarrollando un producto competidor, y en las que tras la adquisición, incluso si la línea de investigación era prometedora o el nuevo producto superior, la adquirente no continuaba la investigación ni lanzaba el producto al mercado. A la luz de los resultados estos autores pudieron constatar que entre un 5 % y un 7 % de las adquisiciones consideradas en la industria farmacéutica resultaron en la «muerte» de un medicamento en desarrollo, reduciéndose como consecuencia la innovación y la competencia en el mercado. Por tanto, estos autores asociaron las *killer acquisitions* a casos en los que las empresas adquirentes adoptan la estrategia de «descontinuar el desarrollo del proyecto innovador de la *start-up* adquirida y prevenir futura competencia»<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Ejemplo claro de aplicación de esta moderna teoría del daño, que también supuso una estrecha colaboración entre la Competition & Markets Authority (CMA) y la Federal Trade Commission (FTC), fue la adquisición de Spark Therapeutics por parte de Roche Holdings, Inc. en 2019 (ME/6831/19). En este caso, la CMA se centró en analizar si la pérdida de Spark como rival en el mercado podría plantear problemas de competencia, constatando finalmente que Spark no era el único proveedor que desarrollaba un tratamiento de terapia génica y que, en ese momento, no se consideraba que sus productos tuvieran ventajas clínicas o comerciales sobre los desarrollados por otros proveedores. Por su parte, Estados Unidos autorizó la operación tras diez meses de estudio concluyendo que esta no llevaría a una reducción en la presión competitiva (Commission Matter No. 1910086).

<sup>12</sup> A raíz de las investigaciones llevadas a cabo en el estudio se llegó, entre otros, a los siguientes resultados en el sector farmacéutico:

- Incumbentes cuatro veces más propensos a adquirir proyectos de competidores directos.
- Incumbentes dos veces más propensos a «matar» esos proyectos (efecto concentrado en mercados poco competitivos).
- Estos proyectos no llegan a alcanzar los umbrales de notificación.
- 6 % del total de adquisiciones de empresas con proyectos farmacéuticos en desarrollo son *killer acquisitions*.

Si bien el estudio anterior se centró en el sector farmacéutico, en el mismo se señala la oportunidad de analizar si también en el entorno digital se dan operaciones de este tipo, de manera que numerosos autores comenzaron a analizar más a fondo estos mercados desde el nuevo enfoque. A modo de ejemplo, el *Furman Review* (Digital Competition Expert Panel UK Government, 2019) destacaba que en los últimos diez años, Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft (los denominados GAFAM) realizaron alrededor de 400 adquisiciones a nivel mundial, y que hasta la fecha no ha habido falsos positivos<sup>13</sup> en fusiones que involucran a las principales plataformas digitales por la simple razón de que todas ellas habían sido permitidas.

Por otro lado, en el *Stigler report* (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019) se destaca el mayor daño derivado de falsos negativos en mercados tendentes a la monopolización, recomendándose una revisión en el sistema estadounidense de control de concentraciones, y a su vez Gautier y Lamesch (2020) examinan la cuestión del *under-enforcement* analizando 175 adquisiciones por Google, Amazon, Facebook, Amazon y Microsoft durante un periodo de tres años, encontrando que en 105 casos, la marca de la empresa adquirida se suspendió en el año de adquisición.

Por su parte, Argentesi *et al.* (2020) señalan que la edad media de las adquisiciones fue de 6,5 años en el caso de Amazon, de 2,5 años en el de Facebook y de 4 años en el de Google. Estas adquisiciones pueden producirse en diferentes etapas del ciclo de vida de una empresa, pero lo relevante es que existe el riesgo de que las limitaciones competitivas existentes no sean un indicador fiable de las que probablemente se aplicarán en el futuro.

Por tanto, puede apreciarse cómo se han producido muchas operaciones de este tipo en el entorno digital.

Sin embargo, lo que parece empíricamente más frecuente no son los casos en los que la preocupación reside en que el comprador adquiera y luego neutralice una futura amenaza (ya sea directamente o haciendo que el producto o servicio adquirido no esté disponible para otros), sino aquellos en los que la adquisición puede extinguir el propio esfuerzo independiente del comprador para expandirse en un particular sector o mercado porque la adquirida le proporciona inmediatamente esas capacidades. Es decir, la clave se encuentra en descifrar a qué grado de innovación se está renunciando al aprobarse una operación consistente en la adquisición de un negocio que podría haberse construido orgánicamente en su lugar. El hecho de únicamente perseguir aquellos casos en los que la adquirente únicamente busca evitar la aparición de un «futuro sustituto» de su *core business*, lleva a no evaluar múltiples casos en los que el comprador interrumpe o renuncia a su propio esfuerzo por haber adquirido el «siguiente mejor sustituto» (Caffarra, 2021).

En estos casos, bautizados por los expertos como *reverse killer acquisitions*, cobra especial relevancia el examen por parte de las Autoridades de los documentos internos, pues muchas veces revelan la disyuntiva que aparece a la hora de tomar la decisión de «fabricar» o «comprar» en los casos en los que la expansión es a mercados adyacentes, y en dichos documentos puede apreciarse cómo hay ocasiones en las que la adquirente ya ha desarrollado parte del nuevo producto o funcionalidad pero al aparecer la oportunidad de comprar, los recursos se destinan a esa adquisición canibalizándose el objetivo del incumbente incluso llegando a archivar el proyecto.

Es por ello que, si bien hace unos años las adquisiciones en mercados verticalmente integrados eran consideradas algo positivo desde el punto de vista de la competencia por no existir solapamientos ni cierre a competidores y suponer un ahorro de tiempo y recursos, lo cierto es que en la actualidad el análisis tiene cada vez más en cuenta este nuevo enfoque.

<sup>13</sup> Los falsos positivos (error tipo I) son los asociados a riesgo de *over enforcement*, mientras que los falsos negativos (error tipo II) implican situaciones de regulación excesivamente laxos.

Y es que numerosos expertos (Caffarra, 2021) destacan que lo verdaderamente relevante es medir la intensidad del esfuerzo innovador en términos del impacto que puede tener en la economía en su conjunto y, cómo ello, puede repercutir en el bienestar de los consumidores. En este sentido, al aprobarse la adquisición de la *start-up* o nuevo pero pequeño e innovador competidor en cuestión, se está eliminando el esfuerzo innovador que habría desarrollado la adquirente de haber realmente evolucionado ese competidor potencial, de manera que lo que realmente se pierde al producirse estas «fusiones asesinas inversas» es el aumento de bienestar que habría procedido del desarrollo del producto o servicio por parte del comprador para poder competir con la empresa adquirida<sup>14</sup>.

#### 4. Casos relevantes analizados por las autoridades de competencia

##### Casos analizados por autoridades de competencia internacionales

A continuación, se expondrán algunos de los casos más paradigmáticos asociados a adquisiciones de *start-ups* por parte de grandes operadores que han sido objeto de estudio por parte de muchos autores e instituciones, por ser consideradas operaciones en las cuales las Autoridades no han sido capaces de captar el potencial daño a la competencia que podían causar.

Concretamente, se trata de algunos de los casos que sí que fueron sometidos a análisis por parte de las autoridades de competencia de forma *ex ante*, pero no hay que olvidar que la mayoría de fusiones de estas características en el ámbito digital han escapado a

este estudio precisamente por no haber alcanzado los umbrales establecidos a nivel legal.

En primer lugar, el caso Facebook/Instagram<sup>15</sup> consistió en la adquisición en 2012 de Instagram por parte de Facebook. La Office of Fair Trading (OFT) del Reino Unido, tras analizar la operación, no consideró que estas empresas operaran en el mismo mercado y fue aprobada en primera fase y sin compromisos, estudiando la posible teoría del daño de que Instagram podría convertirse en un proveedor de redes sociales, pero concluyendo que Instagram no llegaría a monetizar sus servicios. El *Informe Lear* (Argentesi *et al.*, 2020) critica en este sentido que la autoridad subestimó el potencial de la aplicación asociado al componente de publicidad *online*, señalando que la operación puede haber representado una oportunidad perdida para la aparición de un competidor de Facebook, a pesar de haber podido también producir eficiencias. A su vez, la investigación sobre plataformas digitales llevado a cabo por la Comisión Australiana de la Competencia y del Consumidor (ACCC, por sus siglas en inglés) señala que «al adquirir Instagram, Facebook eliminó a un competidor potencial» (ACCC, 2019).

Por otro lado, el caso Google/Waze<sup>16</sup> consistió en la adquisición en 2013 por parte de Google de Waze. Esta operación fue también aprobada por la OFT sin compromisos. El foco de la investigación estuvo centrado en si se produciría la pérdida de un competidor innovador que suponía una importante limitación para Google, y entre los resultados puede destacarse que la OFT concluyó que: *i)* Google y Waze no eran competidores cercanos en el Reino Unido, fundamentalmente por diferencias a nivel de calidad; *ii)* los proveedores alternativos ejercían presión competitiva, especialmente Apple Maps; y *iii)* la inexistencia de efectos de red por la insuficiencia de escala de Waze hacía que la amenaza en términos de reducción de competencia fuera menor de la planteada inicialmente.

<sup>14</sup> Esto ya fue percibido como una preocupación por la CMA en PayPal/iZettle, Sabre/Farelogix y Amazon/Deliveroo, donde se planteaban si la adquisición permitió a la adquirente renunciar a sus propios esfuerzos en el mercado de la adquirida, eliminando la perspectiva de competencia futura.

<sup>15</sup> ME/5525/12.

<sup>16</sup> ME/6167/13.

Tal y como señalan relevantes autores (Argentesi *et al.*, 2020) de estas dos operaciones puede destacarse, en primer lugar, la gran dificultad que puede entrañar la definición de mercado relevante en mercados de múltiple cara; en segundo lugar, la importancia de considerar los datos como activo crucial en estos mercados (algo que no se tuvo lo suficientemente en cuenta en ninguno de los dos casos) y, por último, la necesidad de adoptar una perspectiva dinámica dada la dificultad de evaluar el grado de sustituibilidad o complementariedad.

En el caso Facebook/WhatsApp<sup>17</sup> la CE en 2013 autorizó la propuesta de adquisición de WhatsApp por parte de Facebook, declarando que el acuerdo no plantearía problemas de competencia y concluyendo que Facebook Messenger y WhatsApp no son competidores cercanos y que los consumidores seguirían teniendo una amplia gama de alternativas después de la adquisición. Dicha operación contribuyó a la estrategia de Facebook de centrar su negocio en el desarrollo de la telefonía móvil, y al evaluarla la CE analizó los posibles problemas de concentración de datos únicamente en lo que respecta a la posible lastra de competencia en el mercado de la publicidad *online*, declarando que los problemas relacionados con la privacidad derivados de la mayor concentración de datos bajo el control de Facebook, a causa del acuerdo con WhatsApp, no son una cuestión de derecho de la competencia de la UE.

No obstante, cabe destacar que apenas unos meses después de la decisión, la autoridad de competencia alemana abrió un procedimiento contra Facebook por sospechar que Facebook había abusado de su poder de mercado al infringir las normas de protección de datos con sus condiciones de servicio específicas sobre el uso de los datos de los usuarios (Bagnoli, 2019).

Por otro lado, la operación Google/Fitbit<sup>18</sup> fue aprobada por la CE en 2020 en segunda fase y con

compromisos y consistió en la adquisición por parte de Google de la empresa tecnológica Fitbit (dedicada al desarrollo, fabricación y distribución de dispositivos para uso del consumidor, *software* y servicios del sector de salud y *fitness*). Este caso trajo consigo cierta polémica ya que, en primera fase, las preocupaciones fundamentales surgieron en torno al riesgo de un posible fortalecimiento por parte de Google de su posición en el mercado de publicidad *online* en el que ya de por sí tiene una posición consolidada, gracias a los datos de salud y cuidado personal obtenidos a raíz de esta fusión, lo cual era susceptible de crear barreras de entrada, y los primeros compromisos que planteó la empresa fueron rechazados por parte de la CE y los Estados miembros. En consecuencia, la operación pasó a segunda fase y tras la presentación de nuevos compromisos (relativos a la separación de datos de salud de los destinados a publicidad *online*, el mantenimiento del acceso a la Interfaz de Programación de Aplicaciones —API, por sus siglas en inglés— web a competidores y establecimiento de completa interoperabilidad por parte de Google) la operación fue finalmente aprobada por parte de la CE, aunque en otros países como EE UU y Australia la operación continuó bajo escrutinio.

En lo que respecta a casos que están siendo investigados en el momento actual cabe destacar como paradigmático el bloqueo ordenado por la CMA en noviembre de 2021 de la adquisición de Giphy (plataforma digital que ofrece una biblioteca y un motor de búsqueda de GIF) por parte de Facebook, por ser la primera vez que el organismo bloquea una adquisición llevada a cabo por de una de las grandes empresas tecnológicas. Concretamente ha ordenado a Facebook que deshaga su adquisición de Giphy, ya completada, por valor de 340 millones de euros, por considerar que la operación reduciría la competencia entre las plataformas de redes sociales y eliminaría un potencial rival de Facebook —que recientemente cambió su nombre a Meta— en el mercado de la publicidad *online*.

Sin embargo, cabe también mencionar que este mismo organismo autorizó de manera rápida la

<sup>17</sup> M.8228.

<sup>18</sup> M.9660.

adquisición por parte de Meta de Kustomer<sup>19</sup> (*start-up* con un *software* tipo CRM —Customer Relationship Management— que combina la información que proviene de diferentes fuentes y redes sociales para mostrar a las empresas cómo se relaciona, desde los inicios, cada cliente con cada negocio), operación que, sin embargo, la CE se encuentra analizando de forma exhaustiva encontrándose en estos momentos en segunda fase y prevista la adopción de decisión para enero de 2022 tras haber presentado las partes nuevos compromisos durante el mes de diciembre.

Puede apreciarse a la luz de estas investigaciones más recientes cómo las preocupaciones mostradas por las agencias, expertos y autores en lo que respecta a operaciones consistentes en adquisiciones por parte de los gigantes tecnológicos, aprobadas a lo largo de los últimos años en el sector digital, comienzan ya a plasmarse en los análisis llevados a cabo por las autoridades de competencia, y se percibe un cambio de enfoque. En este sentido, si bien hasta hace unos años existía una cierta concepción de que los errores de Tipo I eran más dañinos por su repercusión negativa en términos de reducción de incentivos a innovar mostrando las autoridades cierta preferencia por no investigar o aprobar fusiones, que luego han resultado en la creación o fortalecimiento de agentes dominantes, parece que los numerosos estudios e investigaciones de los últimos años, junto con la evidencia empírica, han puesto de manifiesto la necesidad de una atención especial a la hora de evaluar este tipo de operaciones y una adaptación del marco a las características de estos mercados.

### Casos analizados por la CNMC

Adentrándonos en el caso español, es preciso resaltar en primer lugar que, tal y como ya se anticipó, la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) establece un sistema de control previo obligatorio por parte de

la CNMC de las concentraciones que representen una determinada cuota de mercado o una determinada cifra de facturación. Gracias a ese primer umbral de cuota este organismo ha podido analizar varias fusiones en los mercados digitales incluso en un contexto de baja rotación debido a la reciente pandemia de COVID-19.

Si bien es cierto que algunos consideran que dicho umbral de cuota de mercado presenta como posible inconveniente un aumento de la incertidumbre para las partes notificantes, los canales de comunicación adecuados con la autoridad de competencia pueden mitigar ese riesgo, y puede afirmarse que ha demostrado ser particularmente útil con la llegada de la economía digital. En este sentido, ha sido considerado una herramienta muy ventajosa para la autoridad española de competencia para, por un lado, poder llevar a cabo la revisión de fusiones potencialmente preocupantes, que de otro modo habrían escapado al escrutinio, y por otro, poder remitir a la CE este tipo de fusiones potencialmente preocupantes cuando tenían un alcance internacional, pero carecían de dimensión comunitaria en el marco del Reglamento de concentraciones de la CE.

Esto explica por qué el debate sobre la introducción de un nuevo umbral centrado en el crecimiento potencial de las empresas, como el basado en el valor de la transacción implementado por Austria y Alemania, no ha ganado fuerza en España, ni tampoco el de rebajar el existente en función del volumen de facturación; la Autoridad no ha identificado que su umbral de notificación actual no capte las fusiones relevantes en la economía digital, incluidas las *killer acquisitions*.

A pesar de todo, y en lo que respecta a la evaluación de la eficiencia del sistema español, es importante mencionar que la evaluación de las cuotas de mercado generalmente se complementa con un análisis de otras características del mercado relevante, como su naturaleza expansiva o dinámica, barreras de entrada y expansión, la dinámica competitiva y los modelos de negocio, así como el contexto regulatorio del que forman parte las prácticas o transacciones.

<sup>19</sup> M.10262.

**TABLA 1**  
**OPERACIONES NOTIFICADAS A LA CNMC, 2018-2019**

|                                   | 2018      |                 | 2019      |                 |
|-----------------------------------|-----------|-----------------|-----------|-----------------|
|                                   | Total     | Con compromisos | Total     | Con compromisos |
| Umbral de cuota de mercado .....  | 51        | 2               | 46        | 3               |
| Umbral de cifra de negocios ..... | 27        | 1               | 34        | –               |
| Ambas .....                       | 5         | 1               | 6         | 2               |
| <b>Total .....</b>                | <b>83</b> | <b>4</b>        | <b>86</b> | <b>5</b>        |

**FUENTE:** Elaboración interna CNMC.

Concretamente, de las concentraciones notificadas en el periodo transcurrido entre el 2010 y 2020, el 60 % entraron en el escrutinio de la CNMC gracias al umbral de cuota de mercado, y tal y como puede apreciarse en la Tabla 1, de las 83 y 86 operaciones notificadas a esta institución en 2018 y 2019, más del doble de las mismas (51 y 46, respectivamente), pudieron ser revisadas gracias a la existencia de este umbral, no habiendo tenido la CNMC acceso a las mismas de no tener este segundo criterio.

En lo que respecta al sector digital (Tabla 2), de las ocho fusiones digitales revisadas en el año 2019 (se aportan los datos de este por ser el 2020 un año con una menor actividad en el ámbito de fusiones y adquisiciones por la irrupción del COVID-19 y descenso de la actividad empresarial a nivel general por este motivo), seis de las mismas (el 75 %) únicamente cumplían el umbral de cuota de mercado, y no el de volumen de negocios.

De estas fusiones analizadas en el entorno digital, cabe destacar que la mayoría estaban asociadas a mercados de doble o múltiple cara, involucrando plataformas, concretamente cinco de las ocho mencionadas.

En lo que respecta a casos de fusiones específicos analizados por la CNMC que pueden ilustrar las características típicamente vinculadas a *killer acquisitions*, existen cuatro a destacar, tres de ellos

digitales y uno del sector farmacéutico. La Autoridad aprobó las cuatro operaciones, aunque dos de ellas con compromisos, tras haber constatado que no existía evidencia que acreditara que se trataba de ese tipo de adquisiciones.

La primera es la operación Just Eat/La Nevera Roja<sup>20</sup>, aprobada en 2016, que supuso la adquisición por parte de Just Eat, plataforma *online* multinacional que ofrece servicios de comida a domicilio a restaurantes y consumidores, de un rival local. Fue aprobada en primera fase sujeta a compromisos consistentes en eliminar las cláusulas de exclusividad en los contratos con restaurantes por un periodo determinado.

Es importante señalar que este sector en particular ha experimentado una transformación sustancial con el auge de Internet, especialmente los últimos años con una actividad que involucra dos vertientes: las plataformas de comida a domicilio tratan con restaurantes, por un lado, y con usuarios finales, por el otro. La interacción de los dos lados del mercado es una fuente de efectos de red y, a pesar de las altísimas cuotas de mercado de las partes de la fusión, la CNMC consideró suficientes los compromisos mencionados.

Tras la transacción, las partes habrían tenido una cuota de mercado conjunta de más del 70 %, lo que puede ser un indicativo preliminar de una posición

<sup>20</sup> C/0730/16.



**TABLA 2**  
**OPERACIONES DIGITALES REVISADAS POR LA CNMC, 2019**

| Caso  | Sector  | Umbral de cuota de mercado | Umbral de volumen de negocios | Plataformas | Outcome                  |
|---|---|----------------------------|-------------------------------|-------------|--------------------------|
| C/1015/19<br>Bauer/Clabere Negocios                         | <i>Online price comparison and sale of financial products</i> | √                          |                               | √           | Aprobada                 |
| C/1023/19<br>Wishbone/Palladian                             | <i>Software</i>   | √                          |                               |             | Aprobada                 |
| C/1028/19<br>Prisa/Vocento/Godó                             | <i>Marketing of programmatic online advertising</i>           |                            | √                             |             | Aprobada                 |
| C/1046/19<br>Just Eat/Canary                                | <i>Online food delivery platforms</i>                         | √                          |                               | √           | Aprobada                 |
| C/1061/19<br>Takeaway/Just Eat                              | <i>Online food delivery platforms</i>                         | √                          |                               | √           | Aprobada                 |
| C/1073/19<br>Mih Food Delivery Holdings/<br>Just Eat        | <i>Online food delivery platforms</i>                         | √                          |                               | √           | Aprobada con compromisos |
| C/1076/19<br>EasyPark/Negocio Sistemas<br>Aparcamiento Ivia | <i>E-parking and online regulated parking payment system</i>  | √                          |                               |             | Aprobada                 |
| C/1083/19<br>Dealersco/Newco                                | <i>Online second hand car platform</i>                        |                            | √                             | √           | Aprobada                 |

**FUENTE:** Elaboración interna CNMC.

dominante. Sin embargo, la participación en el mercado de la empresa adquirida era cercana al 25 %, lo que ya representaba una participación importante. Además, ambas tenían estrategias similares y la empresa *target* ya había estado operando en el mercado durante varios años. En consecuencia, la Autoridad no percibió la operación como una *killer acquisition*.

El segundo caso relevante es Just Eat/Canary<sup>21</sup>, en el que, Just Eat adquirió el control exclusivo de Canary Delivery Company, SL (Canary), empresa española constituida en 2014, y que solo operaba en las islas Canarias.

Esta fusión se aprobó sin compromisos en 2019, ya que la CNMC, tras un análisis exhaustivo del caso, consideró que no se podía esperar que la operación supusiese una amenaza a la competencia en los mercados relevantes. El panorama competitivo había cambiado significativamente desde la fusión anterior con una serie de jugadores fuertes que ingresaron con éxito al mercado.

En este caso concreto, la CNMC evaluó, entre muchos otros aspectos, si Canary era una empresa de rápido crecimiento en Canarias que tenía potencial para ejercer una presión competitiva significativa, pero esto fue rechazado teniendo en cuenta varios factores. Por un lado, Canary, que operaba desde

<sup>21</sup> C/1046/19.

hacía varios años, tenía una baja rotación y solo un empleado. Además, no invirtió en I + D y su política de precios fue muy similar a la de Just Eat. Como resultado, la empresa *target* no podía considerarse un competidor innovador o agresivo y la CNMC descartó la posibilidad de tratar la operación como una *killer acquisition*.

El tercer caso destacable es EasyPark/Activos Ivial<sup>22</sup>, que supuso la adquisición por parte de EasyPark España SLU (EasyPark), empresa especializada en la prestación de servicios de recogida de aparcamientos regulados mediante aplicaciones informáticas en 20 municipios españoles, del control exclusivo de determinados activos propiedad de Ingeniería Vial, SL (Ivial), centrada, entre otras actividades, en la prestación de servicios de recogida por móvil aplicaciones, en áreas de estacionamiento regulado.

En este caso, si bien con la transacción EasyPark ingresó en varios mercados locales de servicios de pago por aplicaciones móviles en áreas de estacionamiento regulado y reforzó su posición en otros, hubo una serie de competidores importantes y bajos costes de cambio para los consumidores.

Adicionalmente, la CNMC destacó que EasyPark era una empresa multinacional que disfrutaba de una tecnología superior y un mayor nivel de inversión en I+D+i que la adquirida, siendo capaz, en consecuencia, de ofrecer un mayor volumen de servicios, por lo que se descartaron efectos negativos en innovación. Por tanto, la CNMC concluyó que la fusión no perjudicaba la competencia<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> C/1076/19.

<sup>23</sup> Por último, y dado que el término *killer acquisition* se acuñó en referencia a los mercados farmacéuticos, parece apropiado comenzar por mencionar un caso que afectó a dos empresas que solo se superpusieron en I + D para la vacuna contra el virus del Zika (C/0972/18, Emergent Biosolutions Inc. [EBS]/PaxVax Holding). Sin embargo, las preocupaciones en torno a que esta fusión podría constituir una adquisición asesina fueron descartadas en vista de que ambas compañías se encontraban en una etapa temprana de sus investigaciones, por lo que había una gran incertidumbre en cuanto a su probable éxito respectivo, y había un alto nivel de competencia potencial. De hecho, la Organización Mundial de la Salud (OMS) informó de 45 líneas alternativas de investigación.

## 5. Nuevas propuestas regulatorias de la CE

Tal y como se ha podido apreciar a lo largo del artículo, investigaciones y estudios llevados a cabo en los campos analizados recomiendan una adaptación en el marco regulatorio de política de la competencia y regulación con el objetivo de adaptar dicho marco a la realidad actual. En este sentido, existen numerosas propuestas de reformas legislativas y recomendaciones por parte de autores y organismos para paliar las deficiencias del sistema, de manera que en este apartado se hará referencia a las dos más relevantes en el seno de la Unión Europea.

### Reinterpretación del mecanismo de remisión de operaciones de concentración a la Comisión Europea

En marzo de 2021, la Comisión publicó unas nuevas Orientaciones<sup>24</sup> sobre cómo interpretar el sistema de remisión de operaciones de concentración establecido en el artículo 22 del Reglamento europeo de control de concentraciones, abriendo bajo el nuevo prisma la posibilidad para las autoridades nacionales de competencia de remitir casos a la Comisión a pesar de no cumplirse los umbrales nacionales de notificación. Esto supone la adopción de un enfoque contrario al existente hasta el momento, bajo el cual se desincentivaba el empleo de este mecanismo correctivo en aquellos casos en los que no existía jurisdicción por considerarse que esto reducía la efectividad del sistema.

Bajo esta nueva política se persigue la revisión de casos en los que el volumen de negocios de al menos una de las partes no refleja su potencial competitivo actual o futuro, especialmente si se compara con el valor de la transacción.

<sup>24</sup> Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos (Comisión Europea, 2021).

Si bien el ámbito de aplicación no se limita a sectores específicos, sí que aparecen en el documento ejemplos de empresas candidatas, como pueden ser *start-ups* con relevante potencial innovador, empresas de productos prometedores en fase de desarrollo... haciéndose, asimismo, especial referencia al sector farmacéutico, a los mercados digitales y otros «en los que la innovación es un importante parámetro de la competencia» o que impliquen a «empresas con acceso o impacto en activos de valor competitivo, como materias primas, derechos de propiedad intelectual, datos o infraestructuras»<sup>25</sup>.

Se establece también en el documento que los dos requisitos exigidos son: por un lado, la «afectación al comercio entre Estados miembros», considerándose que esta se produce cuando el Estado que realiza la solicitud demuestra que la operación «puede tener una influencia perceptible en las corrientes comerciales entre los Estados miembros»; y por otro lado, que exista una amenaza de afectación significativa a la competencia en el Estado o Estados solicitantes, que se cumple cuando «sobre la base de un análisis preliminar, existe un riesgo real de que la transacción pueda tener un impacto adverso significativo sobre la competencia y, por lo tanto, merece un examen minucioso»<sup>26</sup>.

Este nuevo enfoque no ha estado exento de críticas y ha resultado ser bastante polémico por la inseguridad jurídica que muchos dicen que genera, dado que las Orientaciones no solo prevén la posible revisión por parte de la Comisión de operaciones que no cumplen los umbrales nacionales, sino que en ellas se contempla expresamente la posibilidad de que dicha revisión sea *ex post*, estableciendo un periodo orientativo de seis meses tras haberse cerrado la transacción pero dejando la puerta abierta a que, de forma excepcional, dicho periodo sea más largo en casos en los que puedan existir problemas de competencia o puedan

producirse situaciones susceptibles de generar daño a los consumidores<sup>27</sup>.

### **Digital Markets Act**

Tal y como se ha podido apreciar, parece que en un número elevado de jurisdicciones existe una iniciativa decidida en torno a la necesidad de una regulación *ex ante* de las grandes plataformas digitales, *gatekeepers*, así como la necesidad de coherencia en los distintos enfoques regulatorios por la naturaleza transnacional de estos operadores, por los efectos extraterritoriales que implica la aplicación de la normativa. La ausencia de coherencia en los distintos marcos jurídicos puede llevar a una reducción de calidad, generación de costes innecesarios y freno a la innovación (Schnitzer *et al.*, 2021).

De esta manera, se están elaborando una serie de propuestas a nivel global para hacer frente a la amenaza que supone el elevado poder de mercado de estas plataformas dominantes, y en este sentido, la de la Unión Europea fue adoptada el 15 de diciembre de 2020, la *Digital Markets Act* (Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados competitivos y justos en el sector digital), que introduce reglas para estas grandes plataformas que actúan como *gatekeepers* en el sector digital generando cuellos de botella entre empresas y consumidores.

En lo que respecta al elemento subjetivo de la norma, está destinada a aplicarse únicamente a los operadores que puedan definirse como *gatekeepers*, para lo cual es necesario que se cumplan una serie de requisitos cuantitativos.

<sup>27</sup> Con respecto a la aplicación de este nuevo mecanismo de remisión ampliado puede hacerse referencia al debate causado por la adquisición de Grail por parte de Illumina (M.10188). En este caso concreto, la Comisión invitó (algo más de un mes antes de la publicación de las Orientaciones) a las autoridades nacionales de competencia a emplear el artículo 22 para remitir esta operación, que no había sido notificada en ningún Estado miembro por no cumplirse los umbrales. Como respuesta, la Autoridad Francesa, seguida por Islandia, Países Bajos, Noruega, Bélgica y Grecia se sumaron a la remisión. Las solicitudes de Francia y Países Bajos fueron recurridas por las partes de la operación, siendo dichos recursos desestimados por los tribunales nacionales por considerarse los órganos jurisdiccionales europeos los competentes para resolver.

<sup>25</sup> Párrafo 9 de las Orientaciones de la Comisión.

<sup>26</sup> Ver Comisión Europea (2005) párrafos 43-44); Orientaciones, párrafos 13-15; y European Union Merger Regulation (EUMR), art 22(1).

En cuanto a lo que se refiere a control de concentraciones, el artículo 12 de la propuesta hace referencia a la obligación de informar sobre las mismas, estableciendo que un *gatekeeper* deberá informar a la Comisión de cualquier concentración que implique a otro proveedor de servicios de plataforma básica o de cualquier otro servicio prestado en el sector digital, independientemente de que sea notificable a una autoridad de competencia de la Unión o a una autoridad nacional de competencia según la legislación nacional, y dicha notificación ha de producirse tanto antes de su realización como tras la conclusión del acuerdo, el anuncio de la oferta pública o la adquisición de una participación de control, con un plazo de tres meses desde la realización de la operación<sup>28</sup>.

## 6. Conclusiones

Los sistemas de control de concentraciones actuales, fundamentalmente los basados únicamente en el criterio de volumen de negocios, han demostrado no ser siempre adecuados teniendo en cuenta las especiales características de estos mercados, y ello ha dado lugar a nuevas teorías del daño centradas en aspectos como la innovación o la competencia potencial. Entre estas novedosas teorías del daño merecen especial mención las teorías de *killer* y *reverse killer acquisitions*, asociadas a situaciones en las que la empresa adquirente elimina el producto o servicio de la adquirida, o elimina su propio esfuerzo innovador tras la adquisición de un negocio que podría haber construido orgánicamente en su lugar. Y es que la evidencia empírica muestra cómo este tipo de adquisiciones por parte de grandes operadores de *start-ups* y empresas nacientes se han producido en numerosas ocasiones a lo largo de los últimos años, fundamentalmente en

los sectores farmacéutico y digital, escapando al escrutinio de las autoridades por no cumplir los umbrales de notificación.

En España, concretamente, lo cierto es que la autoridad nacional de competencia ha tenido la posibilidad de revisar todas las operaciones que podrían haber sido susceptibles de ser consideradas *killer* o *reverse killer acquisitions* y, por ello, el doble umbral de notificación basado no solo en el volumen de negocios sino también en la cuota de mercado es defendido desde este organismo. De hecho, gracias a este tipo de umbrales que incluyen como criterio la cuota, la Comisión Europea ha tenido la oportunidad de revisar operaciones a las que no habría accedido bajo su sistema de control de concentraciones.

A raíz de todas las investigaciones, llevadas a cabo centradas en estos aspectos, han surgido numerosas recomendaciones tanto por parte de organismos internacionales como por parte de expertos, siendo algunas de ellas la necesidad de modificación de los mecanismos de control de concentración, la reversión de la carga de la prueba en algunos casos de grandes gigantes digitales, la interposición de umbrales basados en criterios como el valor de la transacción, o la posibilidad de revisión *ex post* de ciertas operaciones por parte de las Autoridades.

En lo que respecta a la Unión Europea, los cambios más relevantes en el ámbito digital son la nueva interpretación del sistema de remisión de operaciones por parte de los Estados miembros a la Comisión en casos en los que no se cumplen los umbrales nacionales de notificación, que ha generado cierta polémica a raíz de su reciente primera aplicación, y la propuesta de *Digital Markets Act*, centrada en la regulación de grandes plataformas y aún en sede de debate en los organismos europeos.

## Referencias bibliográficas

ACCC, Australian Competition & Consumer Commission. (2019). *Digital Platforms Inquiry*. Final Report. June. <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>

---

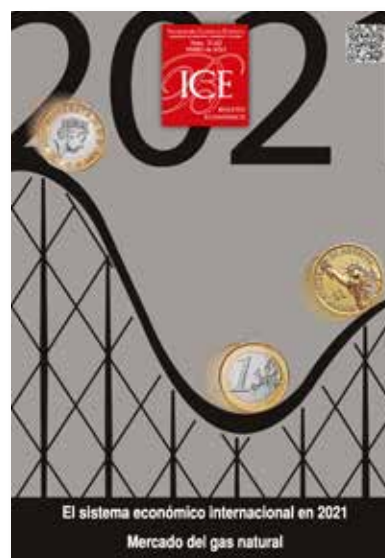
<sup>28</sup> Según el apartado 2 de dicho artículo, el contenido de la notificación ha de ser, como mínimo, en el caso de la empresa adquirida, su volumen de negocios anual en el Espacio Económico Europeo (EEE) y mundial; y en el caso de los servicios de plataforma principales, su respectivo volumen de negocios anual en el EEE, su número de usuarios empresariales activos anuales y el número de usuarios finales activos mensuales, así como la justificación de la concentración prevista.

- Argentesi, E., Buccirosi, P., Calvano, E., Duso, T., Marrazzo, A., & Nava, S. (2020). Tech-over: Mergers and merger policy in digital markets. *VoxEU CEPR Policy*. <https://voxeu.org/article/mergers-and-merger-policy-digital-markets>
- Bagnoli, V. (2019). Questions that Haven Arisen since the EU Decision on the Whastapp Acquisition by Facebook. *Market and Competition Law Review*, 3(1), 15-51.
- Caffarra, C. (2021, November 27). 'How tech rolls': Potential competition and 'reverse' killer acquisitions. *OECD Competition Open Day Blog series #2*. <https://oecdonthellevel.com/2020/11/27/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions/>
- Comisión Europea. (2005). Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 05 de marzo, C 56/02.
- Comisión Europea. (2021). Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 31 de marzo de 2021, C 113/1.
- Crucelegui Garate, J. L. (2020). *La interacción de la Política de Competencia con la Innovación* (UNCTAD Research Paper No. 43). UNCTAD/SER.RP/2020/2.
- Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2020). Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy*, 129(3), 649-702. March 2021. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241707>
- Digital Competition Expert Panel UK Government. (2019). *Unlocking digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel. March. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf)
- Gautier, A., & Lamesch, J. (2020). *Mergers in the Digital Economy* (CESifo Working Paper No. 8056).
- Micheletti, F. (2021). The global fight against killer acquisitions. *PaRR*. November 29. <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-zfcrsp>
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). *Competition Trends 2020*. <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2021). *The Concept of potential competition* (OECD, Competition Committee Discussion Paper). <http://oe.cd/tcpc>
- Ortiz, L., Maíllo, J., Ibáñez, P. y Lamadrid, A. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos.
- Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 29 de enero de 2004, L 24/1. <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj>
- Schnitzer, M., Maximilians, L., Crémer, J., Dinielli, D., Fletcher, A., Heidhues, P., Scott Morton, F. M., & Seim, K. (2021). *International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals* (Yale Tobin Center for Economic Policy, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5).
- Stigler Committee on Digital Platforms. (2019). *Stigler Center for the Study of the Economy and the State*. Final Report. September. <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>

## Casos

- Caso M.7217 (2014).  
 Caso M.7932 (2017).  
 Caso M.8788 (2018).  
 C/0730/16.  
 C/0972/18.  
 C/1046/19.  
 C/1076/19.  
 Commission Matter No. 1910086.  
 M.8228.  
 M.9660.  
 M.10188.  
 M.10262.  
 ME/5525/12.  
 ME/6167/13.  
 ME/6831/19.

## Últimos números publicados



Pablo Velasco Sanzo\*

## BIG DATA Y COMPETENCIA: CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPALES TEORÍAS DEL DAÑO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

*Los mercados digitales cada vez acaparan una mayor atención por parte de reguladores, autoridades de competencia y gobiernos, como muestra la actividad reciente de dichas autoridades y las iniciativas legislativas para regular a los gigantes tecnológicos a ambos lados del atlántico (tanto en EE UU como en la UE). En este contexto, uno de los aspectos en los que se está poniendo más el foco es en el uso del big data, que se puede considerar ya como un nuevo input junto con el trabajo y el capital, y en los problemas de competencia que pueden derivarse de su acumulación y utilización.*

### **Big data and competition: characteristics and main theories of harm from the perspective of agreements between companies**

*Digital markets are attracting increasing attention from regulators, competition authorities and governments, as shown by the recent activity of these authorities and legislative initiatives to regulate tech giants on both sides of the Atlantic (both in the USA and the EU). In this context, one of the aspects on which most focus is being placed is on the use of big data, which can already be considered as a new input along with labour and capital, and on the competition concerns that may arise from its accumulation and use.*

**Palabras clave:** mercados digitales, big data, competencia.

**Keywords:** digital markets, big data, competition.

**JEL:** K21, K23, K24, L4, L5.

---

\* Inspector de Competencia en la Subdirección de Sociedad de la Información de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Las opiniones expresadas son, exclusivamente, a título personal y en ningún caso representan la postura oficial de la autoridad.

Contacto: [pablo.velasco@cnmc.es](mailto:pablo.velasco@cnmc.es)

Versión de enero de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7373>

## 1. Introducción

Hasta hace relativamente poco tiempo, los mercados digitales no constituían una preocupación para las autoridades de competencia (ni siquiera, podríamos decir, para la doctrina académica y los tribunales) (Herrero Suárez, 2021, p. 10). Sin embargo, el aumento del grado de concentración en dichos mercados<sup>1</sup> (con grandes empresas tecnológicas adquiriendo otras que representaban una presión competitiva sobre las mismas<sup>2</sup>, como, por ejemplo, la adquisición de WhatsApp e Instagram por parte de Facebook) y la consolidación de la posición que tienen determinadas empresas en los mercados en los que operan (principalmente, Google, Amazon, Facebook, Apple, y Microsoft<sup>3</sup>, denominadas conjuntamente como GAFAM)<sup>4</sup>, supuso un cambio de paradigma, poniendo a los mercados digitales y a las empresas que operan en los mismos en el foco del Derecho de la competencia (Herrero Suárez, 2021, p. 10).

Esta falta de preocupación o interés previo por estos mercados podría haberse debido, sobre todo, a que muchos pensaban que estos y las empresas que operan en los mismos iban a estar sujetos a una gran contestabilidad o disputabilidad, de manera que, cualquier posición de dominio en el mercado (derivada o

no de la adquisición de otras empresas) sería transitoria como consecuencia, principalmente, de la innovación (Herrero Suárez, 2021, p. 11). En este sentido, las empresas no serían capaces de consolidar sus posiciones en el mercado y se verían continuamente sustituidas unas por otras (como ocurrió con Facebook, que reemplazó a la antes asentada Myspace, o Google, que desplazó a otros buscadores más asentados en su momento en el mercado como Yahoo!) (Herrero Suárez, 2021, pp. 11-12).

Sin embargo, el tiempo ha demostrado que estos planteamientos pueden ser cuestionables y que los mercados podrían no ser tan contestables y disputables como se pensaba en un principio. De hecho, ahora muchos consideran que los mercados digitales presentan una serie de características (efectos de red, mercados de varias caras y uso de datos) que pueden hacer que se incremente la concentración en el mercado, se creen barreras de entrada y se fortalezca el poder de mercado que tienen algunas empresas, lo que, en muchos casos, ocasiona que el mercado se incline a favor de una o de un reducido número de grandes empresas (lo que se conoce con el término *tipping*) (G7, 2021, párrafo 3.4).

Así, las GAFAM llevan más de una década siendo las empresas más relevantes en los mercados en los que operan (Herrero Suárez, 2021, p. 11), con mucha diferencia respecto a otros operadores, y han ido extendiendo sus actividades a mercados conexos —bien adquiriendo otras empresas<sup>5</sup> o bien entrando por sus propios medios en dichos mercados (en la mayoría de los casos, apoyándose en ventajas competitivas de las que ya disponían, como el acceso a los datos de sus grandes bases de usuarios)<sup>6</sup>—.

Precisamente por esta razón, desde hace al menos cinco años, se produjo un cambio de tendencia que puso, como hemos comentado, a estos mercados

<sup>1</sup> Ver OECD (2015), que recoge que *the number of mergers and acquisitions (M&A) has increased rapidly from 55 deals in 2008 to almost 164 deals in 2012*.

<sup>2</sup> En relación con empresas que operan en mercados digitales ver Gautier y Lamesch (2020, p. 3), que recogen que *Over the period 2015-2017, the five giant technologically leading firms, Google, Amazon, Facebook, Amazon and Microsoft (GAFAM) acquired 175 companies, from small start-ups to billion dollar deals*.

<sup>3</sup> El caso de Microsoft es interesante porque pasó de ser la primera de las GAFAM en ser investigada desde una perspectiva *antitrust* —ver la sanción impuesta por la Comisión Europea (CE) por *tying* en 2004 (con Windows Media Player), y los compromisos ofrecidos en 2013 (por un supuesto *tying* con Internet Explorer) con la posterior *multa* por incumplimiento de los mismos— a no ser investigada. Sin embargo, esta situación está a punto de cambiar con las denuncias puestas por Nextcloud (por *tying* de su sistema operativo con OneDrive) y Slacks/Salesforce (por *tying* de su sistema operativo con Teams).

<sup>4</sup> Ver Gautier y Lamesch (2020, p. 5), que recoge que *GAFAM has known tremendous growth, both internal and external, over the last two decades [...]*.

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo, nota al pie 1.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, la apertura por parte de Facebook de un *marketplace online*: <https://newsfeed.org/facebooks-marketplace-enters-europe/>



en el foco del Derecho de la competencia, y que se evidencia en la actividad reciente de muchas autoridades de competencia. Así, por ejemplo, en marzo de 2016, Alemania inició una investigación contra Facebook por abuso de posición de dominio al infringir normas de protección de datos; y, en mayo de 2016, las autoridades de competencia francesa y alemana publicaron un estudio conjunto sobre *big data*. Más recientemente, si nos centramos solo en la actividad de la CE, se han realizado dos estudios, uno sobre *e-commerce* (Comisión Europea, 2017) y otro que se está desarrollando sobre el internet de las cosas (Comisión Europea, 2021), además de una reciente actividad sancionadora (Google Shopping<sup>7</sup>, Qualcomm<sup>8</sup>, Android<sup>9</sup> y AdSense<sup>10</sup>) y varias investigaciones en curso (Apple App Store<sup>11</sup>, Amazon Marketplace<sup>12</sup>, Facebook leveraging<sup>13</sup> y Amazon Buy Box<sup>14</sup>).

Y, en este contexto, dentro de los mercados digitales, una de las principales preocupaciones está relacionada con el *big data* en todas las fases de su cadena de valor (obtención, almacenamiento, síntesis y análisis, y uso); así como, especialmente, con los usos que las empresas que operan en dichos mercados puedan hacer del mismo<sup>15</sup> (lo que ya se evidenció en el mencionado estudio conjunto de las autoridades francesa y alemana que data ya de 2016).

Después de esta introducción, en el segundo apartado de este artículo analizaremos cuál es la definición

de *big data*, qué características presenta y qué oportunidades/ventajas (o eficiencias) o retos/inconvenientes (o principales problemas) puede presentar para consumidores y operadores. Después, en el tercer apartado, realizaremos un análisis de las principales teorías del daño que podrían tener lugar en relación con el uso del *big data* desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas (a la vez que se ponen ejemplos de casos reales en los que se hayan aplicado dichas teorías del daño). En el cuarto apartado, concluiremos y aportaremos unas observaciones finales.

## 2. Definición de *big data*, características y principales ventajas e inconvenientes

### Definición de *big data*

No hay una única definición para el término «dato» (*data*, en inglés), aunque generalmente se utiliza para referirse a cualquier información, o representación de dicha información, a menudo almacenada en un ordenador (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 4). Por su parte, el *big data*, es otro concepto que no tiene una única definición. En general, podría decirse que se trata de grandes cantidades de diferentes tipos de datos, generados a gran velocidad de una multiplicidad de fuentes, cuyo manejo y análisis requiere de procesadores y algoritmos muy potentes (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 4). Además, se dice que es un nuevo y significativo tipo de activo en la economía de la información (de hecho, se considera que es un nuevo tipo de materia prima para los negocios, un *input* más, como el trabajo y el capital) (Rubinfeld y Gal, 2017, p. 3).

Por último, para mostrar la importancia del *big data* para la economía en el futuro, estas son algunas de las cifras previstas por la CE para 2025<sup>16</sup>: i) incremento del

<sup>7</sup> Caso AT.39740. Recientemente confirmado por el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE): <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210197en.pdf>

<sup>8</sup> Caso AT.40220.

<sup>9</sup> Caso AT.40099.

<sup>10</sup> Caso AT.40411.

<sup>11</sup> Casos AT.40437 (Apple — App Store Practices — music streaming) y AT.40652 (Apple — App Store Practices — e-books/audiobooks).

<sup>12</sup> Caso AT.40462.

<sup>13</sup> Caso AT.40684.

<sup>14</sup> Caso AT.40703.

<sup>15</sup> No es que en otros mercados no digitales no se generen datos, sino que, como se explicará más adelante, debido a las especiales características de los mercados digitales, es en estos donde se genera una mayor acumulación de datos.

<sup>16</sup> La información puede consultarse en [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es)

volumen global de datos en un 530 % (de 33 *zettabytes* en 2018 a 175 *zettabytes*); *ii*) el valor de la economía de los datos en la UE-27 será de 829.000 millones de euros (frente a 301.000 millones de euros —2,4 % del PIB de la UE— en 2018); *iii*) existirán 10,9 millones de profesionales de los datos en la UE-27 (frente a 5,7 millones en 2018); y *iv*) el 65 % de la población de la Unión Europea (UE) tendrá competencias digitales básicas (frente al 57 % en 2018).

### Características del *big data*

La mayor parte de los autores señalan que el *big data* debe presentar cuatro características principales<sup>17</sup> para ser de utilidad (Herrero Suárez, 2018, pp. 6-7): *i*) volumen (acumulación de grandes cantidades de datos y su crecimiento exponencial); *ii*) velocidad (con la que los datos son generados, obtenidos, procesados y analizados); *iii*) variedad (en términos de tipo, formato, formas en las que son presentados, etc.); y *iv*) veracidad (los datos deben ser precisos y consistentes).

Estas cuatro características están relacionadas con la obtención del *big data* y son la base de su valor (Rubinfeld y Gal, 2017, p. 9). No obstante, lo que a menudo da una ventaja real al *big data* no son estas características de forma aislada, sino la habilidad para sintetizar y analizar dicha información de una forma que previamente no era posible (por avances y desarrollos tecnológicos como *data science*, técnicas de *data-mining*, modelos predictivos, algoritmos complejos, etc.) (Rubinfeld y Gal, 2017, p. 9).

### Ventajas/oportunidades e inconvenientes/retos para la competencia

No es un fenómeno nuevo el que las empresas utilicen datos para llevar a cabo sus actividades

(Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 8), ya que incluso en la economía no digital previa, las empresas utilizaban datos de sus clientes para realizar sus actividades (por ejemplo, una dirección para entregar un paquete o realizar la instalación de un producto o prestar un servicio a domicilio, un teléfono fijo para realizar ofertas comerciales, etc.).

Todas las empresas están interesadas en aprender lo máximo posible sobre los intereses de sus clientes con la intención de mejorar su oferta de productos y servicios, de ofrecer nuevos productos o servicios, así como de ofrecer servicios personalizados (como la publicidad dirigida o personalizada) (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 9). Así, las empresas prestan cada vez más atención al uso del *big data* como una herramienta para desarrollar sus negocios<sup>18</sup>.

No obstante, mientras que el *big data* puede utilizarse para estos fines, no es menos cierto que su uso también puede plantear ciertos inconvenientes/retos (como crear o reforzar la posición de mercado de un operador o aumentar la transparencia en el mercado, tal y como se explicará más adelante).

### Principales ventajas y oportunidades

El uso del *big data* por parte de las empresas puede presentar una serie de ventajas:

- Mejoras en productos y servicios: los datos pueden ayudar a las empresas a mejorar sus ofertas de productos y servicios. Por un lado, a través del efecto aprendizaje (*learning effects*), es decir, cuanto más se use un producto o servicio, más puede aprender la empresa sobre el mismo y mejorarlo. Un claro ejemplo de ello serían los buscadores web (cuantas más búsquedas se hagan, más se puede observar que resultados se clican, lo que, a su vez, ayudará a refinar las

<sup>17</sup> Hablaremos de las cuatro más extendidas, aunque algunos autores señalan alguna más como verificación, variedad y viabilidad (Herrero Suárez, 2018, nota al pie 8).

<sup>18</sup> Además de las anteriores ventajas, los datos ayudan a las empresas a mejorar su toma de decisiones, a mejorar su rendimiento y procesos internos, lo que, a su vez, beneficia a sus clientes, empleados y a la economía en general (Herrero Suárez, 2018, p. 7).

búsquedas y mejorar el algoritmo que ofrece los resultados). Por otro lado, también ayudan a mejorar aquellos productos o servicios en los que el dato es más o menos el producto (por ejemplo, una plataforma de citas, cuantos más datos de personas tenga, más atractiva será, o una plataforma de videos, cuanto más contenido tenga [datos], más atractiva será) (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, pp. 9-10). Por su parte, los consumidores también se benefician de dichas mejoras (por ejemplo, búsquedas más eficaces, con resultados totalmente afines a lo que buscan, más contenido en plataformas, etc.).

- Nuevas oportunidades de negocio: los datos pueden ayudar a las empresas a lanzar nuevos productos y servicios, por ejemplo, utilizando los datos obtenidos en el contexto de un determinado servicio pueden ofrecer nuevos servicios distintos basados en esos datos (por ejemplo, los datos de movilidad generados por el móvil son usados por servicios de navegación como Google Maps para mostrar atascos y rutas más eficientes a sus usuarios) (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 10). De nuevo, los consumidores también salen beneficiados de estas nuevas oportunidades, al contar con nuevos productos y/o servicios que antes no existían.

- Ofrecer productos o servicios personalizados: las empresas también pueden usar los datos para delimitar mejor a los consumidores y enviarles publicidad o productos y servicios personalizados en función de sus gustos e intereses. Así, las empresas reducen sus costes de *marketing*, en la medida en que solo se están dirigiendo a su público objetivo, y los consumidores solo reciben ofertas que les puedan interesar (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, pp. 10-11).

### *Principales inconvenientes/retos para la competencia*

La obtención y uso de *big data* por parte de las empresas puede presentar dos inconvenientes principales: *i)* elevar las barreras de entrada al mercado y,

por tanto, ayudar a crear, preservar o reforzar el poder de mercado de algunas empresas<sup>19</sup>; y *ii)* aumentar la transparencia en el mercado (lo que, según el contexto, puede afectar negativamente al proceso competitivo)<sup>20</sup>.

A su vez, estos inconvenientes podrían dar lugar a un contexto económico y competitivo en el mercado en el que determinadas empresas podrían llevar a cabo una serie de conductas que podrían ser preocupantes desde la perspectiva del Derecho de la competencia (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 11) (algunas de estas conductas se explican en el siguiente subapartado de este artículo).

#### a. Big data como fuente de poder de mercado

En la medida en que el acceso a una gran cantidad y variedad de datos sea necesario para asegurar la competencia en el mercado (lo que hay que determinar caso por caso), la posesión de los mismos puede constituir una barrera de entrada cuando los nuevos entrantes no sean capaces de obtener o comprar el mismo volumen de datos que las empresas que los tienen (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 11), lo que, a su vez, podría crear, preservar, o reforzar el poder de mercado de la o las empresas incumbentes<sup>21</sup>.

Por tanto, para determinar si se genera o no poder de mercado, resulta necesario evaluar hasta qué punto el *big data* del incumbente le proporciona una ventaja

<sup>19</sup> Reto más relevante desde la perspectiva de los abusos de posición de dominio y concentraciones.

<sup>20</sup> Reto más relevante desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas.

<sup>21</sup> Esto es, aquellas empresas que llevan años en un mercado y que, por lo general, disponen de cierto poder de mercado precisamente por ello. Los ejemplos clásicos son los operadores de telefonía nacionales o las empresas nacionales de gas o electricidad, que fueron monopolios hasta la liberalización de sus respectivos sector/es y que, a pesar de la liberalización, siguen siendo líderes en sus sectores, precisamente por la posición de monopolio de la que partían. En la actualidad, existen otros ejemplos de empresas incumbentes que no tienen dicha posición en el mercado derivada de la existencia de una situación de monopolio previa como, por ejemplo, Google, que podríamos decir es la empresa incumbente en el sector de las búsquedas *online*.

económica y competitiva frente a otros operadores que le permitiese crear, preservar o reforzar su poder de mercado, lo que habría que analizar caso por caso atendiendo a una serie de factores:

- Efectos de red (*network effects*): hacen referencia a la situación en la que el valor de un bien o servicio depende del número de personas que lo utilizan (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 27), y pueden ser de dos tipos: *i) directos*: cuantos más usuarios de un mismo grupo usen el producto o servicio, más valor tendrá para dicho grupo de usuarios (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 27) (por ejemplo, cuántos más usuarios usen una misma red social, como Instagram, más valor tendrá para ellos la misma, porque podrán ponerse en contacto con más personas); *ii) indirectos*: cuantos más usuarios de un grupo usen el producto o servicio, más valor tendrá el mismo para otro grupo de usuarios (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 27) (por ejemplo, en el sector de las búsquedas *online* financiadas con publicidad, cuantos más usuarios utilicen un buscador específico, más atractivo será el mismo para los anunciantes, en la medida en que el público objetivo que puede recibir su publicidad es mayor).

Los efectos de red pueden tener efectos negativos (pueden favorecer la concentración en el mercado) (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 28) y positivos en la competencia (pueden favorecer la entrada de nuevos operadores en el mercado si los mismos son capaces de atraer a un elevado número de usuarios, por ejemplo, introduciendo un producto o servicio muy innovador) (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 28).

- Mercados de dos o varias caras (*multi-sided markets*): son mercados en los que un grupo de usuarios genera una externalidad sobre otro distinto, existiendo un operador que los pone en contacto (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [CNMC], 2014, párrafo 391) (esto quiere decir que un mismo operador tiene dos fuentes de demanda distintas).

Por ejemplo, en el mercado de las búsquedas *online* existen dos caras (o dos fuentes de demanda simultáneas para el buscador), por un lado, están los usuarios que realizan búsquedas y, por otro lado, los anunciantes. Lo mismo ocurre en otros mercados no relacionados con el mundo *online* como los periódicos (por un lado, tienen la demanda de sus lectores y, por otro, la demanda de los anunciantes para publicitarse en su periódico).

En muchos casos, en los mercados digitales, los operadores ofrecen sus productos y/o servicios sin coste en una de las caras, para captar audiencia y tráfico, lo que les permite generar ingresos a través de la otra cara mediante la monetización de dicho tráfico (CNMC, 2014, párrafo 391). Por ejemplo, de nuevo, los buscadores ofrecen sus servicios de búsqueda de manera gratuita a los usuarios, mientras que monetizan dichos servicios con los ingresos que generan a través de la publicidad *online* (*i.e.* lo que les cobran a los anunciantes por publicitarse en su buscador).

La existencia de mercados de dos caras suele tener influencia en los análisis de competencia porque, debido a sus especiales características, pueden afectar a elementos clave del análisis como la definición de mercado (por ejemplo, se puede plantear como definir un mercado en el que el coste de un servicio es cero, si se atiende a otras variables como la calidad o la variedad de servicios) y/o al análisis sustantivo (por ejemplo, si se tiene poder de mercado en ambas caras o si solo se tiene en una, cómo el poder de mercado influye en dicha cara o en la otra, etc.), lo que, de nuevo, habrá que analizar caso por caso.

- Multiconexión (*multi-homing*): se dice que existe multiconexión cuando los usuarios pueden usar varios proveedores para el mismo tipo de servicio (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 28). Por ejemplo, los usuarios de buscadores tienen varias opciones además de Google, como Bing (de Microsoft) o DuckDuckGo; o los de mensajería (WhatsApp y Telegram); o los de las aplicaciones de reparto de comida a domicilio (Just Eat, Uber Eats, Glovo), etc.

En general, se dice que la existencia de multiconexión, es decir, la posibilidad de usar varios servicios a la vez, reduce la existencia de poder de mercado (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 28). Sin embargo, también conviene tener en cuenta que las situaciones en la que existe una multiconexión perfecta son poco comunes, debido a la existencia de costes de cambio (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 28; Herrero Suárez, 2018, p. 13) (como, por ejemplo, tener los datos de pago, datos personales, etc., ya introducidos en una aplicación, sin que exista una opción de portar/migrar los mismos de forma sencilla y rápida a otra aplicación, puede hacer que el usuario se decante por aquella a pesar de existir otras alternativas).

- Las dinámicas del mercado: se trata de un elemento al que hemos hecho referencia en la introducción y es el carácter tan dinámico y cambiante que presentan los mercados digitales. Algunos señalan que este carácter tan dinámico e innovador hace que no puede existir poder de mercado, en la medida en que unas empresas son sustituidas por otras en una rueda continua de innovación (así, Google desplazó a Yahoo! o Facebook a Myspace) (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 29; Herrero Suárez, 2021, p. 10).

Sin embargo, si el carácter dinámico de un mercado y la innovación son suficientemente fuertes como para reducir la existencia de poder de mercado deben ser analizados caso por caso (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 30), teniendo en cuenta varios factores como, por ejemplo, los gastos a los que se enfrentaría un nuevo entrante para comenzar a operar en el mercado y hacer frente a las empresas incumbentes (lo que podría incluir gastos en I+D, en activos tangibles —maquinaria, oficinas, etc.—, gastos de *marketing*, de promoción, etc.), la trayectoria del mercado (número reciente de entrantes, éxito de los mismos), etc.

- Economías de escala: pueden existir grandes barreras de entrada para nuevos operadores si las

empresas incumbentes han alcanzado sustanciales economías de escala, que pueden tener su origen en multitud de fuentes (en los costes fijos necesarios para operar —maquinaria, antenas, servidores... —, por las sinergias entre actividades de la misma empresa, etc.), y que, además, serán más difíciles de superar si muchas de estas inversiones representan costes total o parcialmente hundidos (*i.e.* aquellos costes en los que ya se ha incurrido y no se podrán recuperar en el futuro) (Rubinfeld y Gal, 2017, p. 14).

- Bucle de aprendizaje o *feedback loop*: se trata de una expresión que hace referencia al bucle de aprendizaje que supone el uso de algoritmos que aprenden automáticamente y que puede reforzar los efectos de red existentes (lo que, a su vez, podría reforzar el poder de mercado del incumbente) (Herrero Suárez, 2018, p. 13). Por ejemplo (Herrero Suárez, 2018, p. 13), desde la perspectiva de los usuarios, cuantos más usuarios usen una plataforma, más datos de los mismos tendrá y los algoritmos serán capaces de ofrecer mejores resultados (de búsquedas, anuncios, recomendaciones de productos, etc.), al poder prever con un mayor grado de certeza sus gustos y preferencias. Ello llevará a que más usuarios usen el servicio, lo que continuará mejorando los resultados ofrecidos por los algoritmos, que seguirán aprendiendo del comportamiento de los usuarios. Por otro lado, desde la perspectiva de los anunciantes, cuanto más precisa y personalizada sea la identificación del usuario, mayor valor tendrá la plataforma para ellos, y más dispuestos estarán a pagar por dirigir su publicidad específicamente a su público objetivo.

- El ganador se lo queda todo o *winner takes it all*: se trata de una expresión que hace referencia a un riesgo estructural que existe en algunos mercados digitales, especialmente en los mercados de dos caras (Herrero Suárez, 2018, p. 13) (en los que hay que desarrollar ambas caras para competir, como se ha explicado), y que consiste en que la primera empresa que desarrolla un producto o servicio suele quedarse con la mayor parte de la demanda (por ejemplo, no

hay más que atender a lo extendido que está el uso de WhatsApp, que fue la primera aplicación de mensajería instantánea de este tipo o, al menos, la primera en alcanzar cierta escala, frente al resto de aplicaciones). Es decir, la actividad se concentra en un muy reducido número de empresas líderes, dejando al resto de operadores en posiciones muy residuales (Herrero Suárez, 2018, p. 13).

De esta forma, caso por caso habrá que determinar: si existen efectos de red y, en su caso, si los mismos generan efectos negativos (contribuyendo a crear, preservar o reforzar el poder de mercado) o positivos (que permitan contrarrestar el poder de mercado que tenga la empresa incumbente); si nos encontramos ante un mercado de dos caras; si existe multiconexión y, en ese caso, si la misma contribuye a reducir el poder de mercado de la empresa incumbente; el peso de la innovación en el mercado; si existen economías de escala y, en ese caso, si las mismas pueden constituir barreras de entrada insalvables; si existe bucle de aprendizaje (o *feedback loop*) y, en ese caso, si refuerza el poder de mercado de la empresa incumbente; y si existe el riesgo estructural de que el ganador se lo quede todo ya que, en ese caso, ello sería una clara fuente de poder de mercado.

#### b. Transparencia y competencia en el mercado

La creciente obtención y utilización de datos se asocia a menudo con un incremento de la transparencia *online*, lo que puede tener efectos positivos o negativos en la competencia (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, p. 14), dependiendo del contexto económico y de las condiciones de competencia que existan en cada caso concreto.

Entre los efectos positivos, por ejemplo, desde la perspectiva de los consumidores, la transparencia puede facilitar la comparación de precios y características de productos competidores (por ejemplo, a través de comparadores de precios, Tripadvisor, Booking, *Marketplaces* como Amazon o Ebay, etc.) y, desde la

perspectiva de las empresas, puede facilitar la entrada de nuevos competidores, que disponen de más información sobre las necesidades de los consumidores y las condiciones del mercado (Autoridades de competencia alemana y francesa, 2016, pp. 14-15).

Entre los efectos negativos, un aumento de la transparencia en el mercado podría, entre otros (Herrero Suárez, 2018, pp. 16-17): *i*) aumentar la estabilidad de comportamientos colusorios (ya sean tácitos o explícitos), por ejemplo, facilitando la detección de las empresas que se desvían de lo acordado; *ii*) facilitar la fijación de precios entre empresas mediante el uso de *big data* y algoritmos (que podrían alcanzar un precio supra-competitivo para maximizar el beneficio, y que permitirían implantar un acuerdo y detectar desviaciones); *iii*) generar la habilidad de responder inmediatamente a descuentos ofrecidos por los competidores, eliminando los incentivos para competir; y *iv*) facilitar que los fabricantes controlen los precios de reventa que pudieran imponer.

Por tanto, de nuevo, habrá que realizar un análisis caso por caso para determinar si el uso del *big data* aumenta la transparencia en el mercado de un modo que genera efectos negativos desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

### 3. Teorías del daño desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas

El debate sobre los riesgos que el *big data* puede entrañar desde la perspectiva de competencia ha estado principalmente vinculado a la posible adquisición de poder de mercado como consecuencia del control y uso de la información (Herrero Suárez, 2018, p. 17). Es decir, que se ha prestado especial atención a los problemas que se podían derivar de su obtención y uso desde la perspectiva de los abusos de posición de dominio y de las concentraciones (Herrero Suárez, 2018, p. 17). En este sentido, varios autores han señalado, centrándose en los efectos de red del *big data*, que favorece la concentración y la

existencia de posiciones de dominio (ver Rubinfeld y Gal, 2017, p. 6) y, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, por sus siglas en inglés) concluyó, en un informe de 2014, que los mercados que se basan en *big data* son propensos a la concentración y a la existencia de escenarios en las que el ganador se lo queda todo (*winner takes it all*) (OECD, 2014, p. 7). Sin embargo, como se ha explicado, uno de los inconvenientes del *big data* es que también puede incrementar la transparencia en el mercado, lo que podría limitar la competencia facilitando la colusión entre las empresas (Herrero Suárez, 2018, pp. 16-17).

Así, en este apartado, se presentan una serie de conductas relacionadas con la obtención y uso del *big data* desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas, que podrían perjudicar el proceso competitivo y representar infracciones del Derecho de la competencia<sup>22</sup>.

En concreto, desde la perspectiva de los acuerdos anticompetitivos o colusorios entre empresas se han identificado las siguientes teorías del daño o conductas potencialmente problemáticas:

#### 1) Licencia o acceso exclusivo a un set importante de datos

Uno de los acuerdos anticompetitivos que podrían darse en relación con el *big data* sería la concesión de una licencia o de acceso exclusivo a un set importante de datos, que fuera difícilmente replicable y necesario para competir en el mercado.

La exclusiva podría operar en dos niveles (que, en realidad, son las dos caras de una misma moneda):  
*i)* bien al nivel del suministro de datos (el acuerdo consistiría en que solo el operador que tiene el *big data* puede suministrar la información al otro operador); y/o  
*ii)* bien al nivel de la obtención de los datos (el acuerdo

consistiría en que solo el operador que tiene el *big data* puede obtener los datos del otro operador).

El potencial problema de competencia sería, en el primer escenario, un efecto de cierre o exclusión de otros proveedores de información, que verían cerrado su acceso a un operador porque este se ha comprometido a que solo puede proveerse del operador que tiene el *big data* (*i.e.* bloqueo de clientes o *customer foreclosure*); mientras que, en el segundo escenario, se produciría un efecto de cierre de los operadores de los que se puede obtener información, porque estos se habrían comprometido a suministrarle sus datos solo al operador que tiene el *big data*, de forma que se disminuyen las alternativas para que otros operadores puedan alcanzar el mismo nivel de datos que el operador que ofrece el *big data* (*i.e.* bloqueo de insumos o *input foreclosure*).

Desde una perspectiva horizontal (la perspectiva del abuso de posición de dominio se explicará más adelante), los acuerdos de exclusiva (en este caso, de licencia o acceso), son un acuerdo vertical, en concreto, constituyen una cláusula de no competencia (*i.e.* un operador se compromete a suministrar u obtener más del 80 % de sus necesidades contractuales, en este caso, los datos, de otro operador)<sup>23</sup>.

De acuerdo con el Reglamento 330/2010<sup>24</sup> y las Directrices Verticales (Comisión Europea, 2010), los acuerdos de exclusiva o cláusulas de no competencia están exentos si las cuotas de cada una de las partes del acuerdo son inferiores a un 30 % y si la duración de la cláusula es inferior a cinco años. En los demás supuestos, será necesario un análisis de sus efectos en el mercado, de acuerdo a los factores que se enumeran en las Directrices Verticales, para determinar si nos encontramos ante una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia

<sup>22</sup> En algunos de estos casos, si existe, se hará referencia a la práctica decisional de las autoridades de competencia, lo que servirá para ilustrar de forma práctica las potenciales conductas o teorías del daño que se han identificado.

<sup>23</sup> Artículo 1.d del Reglamento 330/2010.

<sup>24</sup> Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

(LDC)<sup>25</sup> o 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (que son los que prohíben los acuerdos colusorios entre empresas).

En este sentido, existe un precedente muy ilustrativo de la autoridad de competencia canadiense<sup>26</sup> que consideró que los acuerdos de exclusiva o no competencia suscritos entre Nielsen (empresa que compite en el mercado de los servicios de seguimiento electrónico o *electronic market-based tracking services*) y todos los supermercados más grandes de Canadá, para hacerse con los datos de sus escáneres en exclusiva (para poder ofrecer luego estudios de mercado basados en dichos datos), eran anticompetitivos, en la medida en que producían un efecto de exclusión del mercado de otros competidores de Nielsen (*i.e.* bloqueo de insumos o *input foreclosure*).

## 2) Acuerdos para no competir en una variable relacionada con los datos

Un acuerdo entre varias empresas para no competir en una variable como, por ejemplo, la privacidad de sus usuarios, o el nivel de protección ofrecido a los datos personales de los que disponen, etc., podría llegar a constituir un cártel (similar a escenarios más tradicionales en los que las empresas acuerdan no competir en otras variables como precios o cantidades), ya que las empresas estarían limitando la competencia en su oferta de privacidad, limitando sus inversiones y costes en dicho campo, en perjuicio de los consumidores.

Aunque no se han identificado precedentes que encajen en este supuesto, recientemente la CE<sup>27</sup> sancionó a tres fabricantes de coches con 875 millones de euros (uno de ellos no fue multado por acogerse al programa de clemencia) por acordar limitar sus inversiones en I+D para desarrollar la tecnología destinada

a reducir las emisiones de gases contaminantes a la atmósfera de sus coches. Se trata de la primera vez que la CE sanciona a unas empresas por conductas no típicas de un cártel, como el reparto de mercados o clientes o la fijación de precios. Con este precedente, parece posible considerar que, si varias empresas acuerdan no competir en una variable relacionada con los datos, como puede ser el nivel de protección o de privacidad ofrecido, dicha conducta podría ser perseguida y sancionada por una autoridad de competencia.

## 3) Acuerdos para no dar acceso a datos

Otro escenario de acuerdos anticompetitivos entre empresas que podría tener lugar en relación con el *big data* sería uno en el que varias empresas acuerdan no dar acceso a sus datos a otra/s empresa/s, ya que las empresas no estarían determinando su política comercial de manera independiente en el mercado y estarían perjudicando a las empresas que desean acceder a sus datos (lo que podría llevar, dependiendo de la importancia de los datos para competir en el mercado, a la expulsión de las mismas del mercado o a impedir la entrada de nuevos operadores), con la seguridad que les ofrece el saber que el resto de las empresas están haciendo lo mismo.

Se trata de una conducta que ya está siendo investigada por la CE<sup>28</sup>, que en 2017 inspeccionó las sedes de varios bancos (al parecer, polacos y holandeses) por supuestas prácticas anticompetitivas que podrían consistir en un acuerdo para negar el acceso a terceros proveedores de servicios financieros a los datos de las cuentas bancarias de sus clientes, a pesar de que estos hubieran dado su consentimiento previo, con la intención de excluirlos del mercado.

Por su parte, también la CE<sup>29</sup>, envió recientemente un pliego de cargos a la asociación Insurance Ireland,

<sup>25</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 159, de 4 de julio de 2007.

<sup>26</sup> Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. The D & B Companies of Canada Ltd., [1995] C.C.T.D. No. 20.

<sup>27</sup> Caso AT.40178.

<sup>28</sup> Ver nota de prensa en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_17\\_3761](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_3761)

<sup>29</sup> Ver nota de prensa en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_3081](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3081)



que representa al 90 % de las empresas del mercado irlandés de los seguros de automóviles, porque considera que dicha asociación negó de manera injustificada el acceso a empresas que tenían un fin legítimo en acceder a una plataforma, Insurance Link, que contiene datos sobre reclamaciones contra usuarios, y que es utilizada por las empresas de seguros para evaluar mejor el riesgo de sus operaciones y protegerse frente al fraude. De acuerdo con la CE, esta conducta habría prevenido la entrada de nuevos competidores en el mercado, reduciendo la oferta de los consumidores irlandeses, y habría puesto a las empresas que no tenían acceso en una posición de desventaja respecto de las que sí lo tenían. Así, de acuerdo con la comisaria de competencia «el acceso en condiciones no discriminatorias a sistemas de compartición de datos es importante para favorecer la competencia en mercados que se basan en datos»<sup>30</sup>.

#### 4) Acuerdos de discriminación de precios basados en datos obtenidos o recibidos

Un acuerdo entre empresas para discriminar en precios (o, incluso, respecto a otras condiciones comerciales) a consumidores u operadores que se base en datos obtenidos o recibidos de los que disponen dichas empresas (por ejemplo, nacionalidad, ingresos, facturación en el caso de una empresa, etc.) podría ser anticompetitivo ya que se pone a unos consumidores u operadores en una posición de desventaja respecto a otros sin una justificación objetiva, mientras que las empresas se benefician de dicha discriminación (bien en forma de mayores ingresos o, incluso, excluyendo o previniendo la entrada de otros operadores en el mercado —i.e. los discriminados).

Por ejemplo, la CE<sup>31</sup> multó recientemente al grupo hotelero Meliá con 6,7 millones de euros por incluir en

sus contratos con los operadores turísticos cláusulas restrictivas, que discriminaban entre los consumidores del Espacio Económico Europeo (EEE) en función de su lugar de residencia (lo que se consideró como una restricción de las ventas activas y pasivas)<sup>32</sup>. En este sentido, no sería difícil imaginar un escenario similar en el que las empresas utilicen datos recibidos u obtenidos para discriminar o compartimentalizar el mercado interior, lo que podría ser objeto de investigación y, en su caso, una conducta sancionable.

#### 5) Algoritmos y acuerdos entre inteligencias artificiales para no competir en precios

Los algoritmos o inteligencias artificiales utilizados por las empresas pueden evaluar y ajustar precios en segundos y, bajo ciertas circunstancias, podrían incluso llegar al entendimiento de que la mejor manera de maximizar los beneficios de dichas empresas es coordinando el precio (Herrero Suárez, 2018, p. 17). Lo anterior se puede ver facilitado por el incremento de la transparencia en el mercado provocado por el *big data*.

Aunque no es estrictamente un caso de algoritmos y sirvió más como un mecanismo para la implementación de un acuerdo anticompetitivo, la CNMC<sup>33</sup> ha sancionado recientemente a varias empresas con 1,25 millones de euros y, a algunas de ellas, entre otras conductas, se les imputa el haber implementado mecanismos informáticos que, con independencia de su nivel de complejidad y de la concreta calificación técnica que proceda acordarles, contribuyeron de forma decisiva al cumplimiento del acuerdo anticompetitivo (i.e. limitar la importación de inmuebles que no cumplieran con unos honorarios mínimos pactados a una plataforma —en la que se compartían dichos inmuebles para que

<sup>30</sup> *Non-discriminatory access to data sharing systems is important to foster competition in markets relying on data.*

<sup>31</sup> Caso AT.40528.

<sup>32</sup> La CE consideró que dichas cláusulas restringían la libertad de los operadores turísticos de comercializar alojamientos hoteleros en todos los países del EEE y la respuesta a solicitudes directas de clientes que no residían en los países especificados.

<sup>33</sup> Caso S/0003/20 – PROPTECH (CNMC, 2021).

fueran vendidos o alquilados por la agencia mejor posicionada—)<sup>34</sup>.

#### 4. Conclusiones y observaciones finales

Las autoridades han analizado la obtención, almacenamiento, síntesis y análisis, y uso del *big data* desde la perspectiva de los acuerdos anticompetitivos, del abuso de posición de dominio y del control de las concentraciones económicas. En este sentido, como demuestra la actividad de las autoridades de competencia, el Derecho de la competencia se ha demostrado como un instrumento muy útil para luchar contra comportamientos anticompetitivos de las empresas, asegurando la igualdad de oportunidades entre operadores y que la competencia se desarrolla en el mercado basada en los méritos, en beneficio de consumidores y empresas.

No obstante lo anterior, se ha cuestionado si, precisamente por el carácter tan dinámico de estos mercados, el Derecho de la competencia, a pesar de ser un instrumento muy útil para garantizar la competencia en los mismos, puede ser, en ocasiones, demasiado lento para atajar los problemas (en muchos casos, las investigaciones de las autoridades de competencia pueden llevar varios años, mientras que el problema de competencia detectado sigue produciendo efectos en el mercado).

Para solucionar esta crítica, las autoridades de competencia están empezando a hacer uso en estos casos del instrumento de las medidas cautelares (*i.e.* medidas que se imponen desde el inicio del procedimiento para asegurar la efectividad de una eventual decisión condenatoria). En este sentido, la CE, en junio de 2019<sup>35</sup> inició una investigación contra Broadcom (fabricante de chips) por, entre otros, incluir cláusulas de exclusividad o no competencia en sus contratos con sus clientes, lo que podría constituir un abuso de posición de dominio (dado que dicha empresa era dominante en ciertos mercados

de chips). En octubre de 2019, la CE impuso a Broadcom ciertas medidas cautelares, entre otras, dejar de aplicar las exclusivas con sus clientes mientras duraba la investigación<sup>36</sup>. Finalmente, en octubre de 2020 se cerró la investigación con compromisos, en los que Broadcom se comprometió a suspender los contratos controvertidos y no firmar nuevos con dichas cláusulas<sup>37</sup>.

Por otro lado, los legisladores nacionales están dotando a las autoridades de competencia de nuevos poderes para hacer frente a los gigantes digitales, solo hay que ver las reformas de las leyes de defensa de competencia de Alemania (G7, 2021, p. 54), EE UU (G7, 2021, pp. 83-85), o la propuesta en Italia (G7, 2021, pp. 62-63), que van a permitir a dichas autoridades hacer frente a las conductas de grandes empresas tecnológicas en procedimientos más rápidos que los actuales de competencia.

En este mismo sentido se mueve la CE con su propuesta de la *Digital Markets Act*<sup>38</sup> (actualmente discutiéndose entre el Consejo y el Parlamento Europeo), que impone una serie de obligaciones de cumplimiento automático (muchas de ellas, conductas que ya han sido sancionadas en el ámbito del Derecho de la competencia) a determinadas empresas (llamadas guardianes de acceso o *gatekeepers* —*i.e.* empresas que operan en determinados ámbitos y que cumplen una serie de criterios que se especifican en la norma y que, en general, se refieren a grandes empresas tecnológicas—).

Es esperable que, con la combinación del Derecho de la competencia y de estas normas adicionales que se están aprobando para regular los mercados digitales, las autoridades de competencia estén en una buena posición para hacer frente a los retos que se derivan de los mercados digitales, asegurando el mantenimiento de una competencia efectiva en los mismos en beneficio de consumidores, usuarios y otros operadores.

<sup>36</sup> Ver nota de prensa en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_6109](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6109)

<sup>37</sup> Ver nota de prensa en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_20\\_1852](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1852)

<sup>38</sup> Ver web específica y texto de la propuesta en [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_es)

<sup>34</sup> Ver páginas 162 a 164 de la Decisión.

<sup>35</sup> Caso AT.40608.

## Referencias bibliográficas

- Autoridades de competencia alemana y francesa. (2016). *Competition Law and Data*. <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/french-autorite-de-la-concurrence-and-german-bundeskartellamt-publish-joint-paper-data-and>
- Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. The D & B Companies of Canada Ltd., [1995] C.C.T.D. No. 20. <https://static1.squarespace.com/static/5a1acc5f8a02c70db7be018a/t/5dd58cc0a588714d7d4c-cca2/1574276288519/Neilsen+case+%281995%29%2C+64+CPR+%283d%29+216+%28Comp.+Trib.%29.pdf>
- CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2014). *Informe y propuesta de resolución en segunda fase del expediente C/0573/14 SCHIBSTED/MILANUNCIOS*. 5 de junio de 2014. <https://www.cnmc.es/expedientes/c057314>
- CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2021). *Resolución del Expediente S/0003/20 PROPTECH*. 25 de noviembre de 2021. <https://www.cnmc.es/expedientes/s000320>
- Comisión Europea. (2010). Directrices relativas a las restricciones verticales (Texto pertinente a efectos del EEE) (2010/ C 130/01). *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 19 de mayo de 2010, C 130/1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010XC0519%2804%29>
- Comisión Europea. (2017). *E-commerce report*. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_17\\_1262](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_1262)
- Comisión Europea. (2021). *Internet of Things report*. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/el/qanda\\_21\\_2908](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/el/qanda_21_2908)
- Gautier, A., & Lamesch, J. (2020). *Mergers in the Digital Economy* (CESifo Working Papers No. 8056). <https://www.cesifo.org/en/publikationen/2020/working-paper/mergers-digital-economy>
- G7, Group of Seven. (2021). *Compendium of Approaches to Improving Competition in Digital Markets*. <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>
- Herrero Suárez, C. (2018). Big Data and Antitrust Law. *Revista Electrónica de Derecho*, 18(1), 1-22. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=2331770>
- Herrero Suárez, C. (2021). Gigantismo empresarial en los mercados digitales. ¿Una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos? *Revista de Estudios Europeos*, 78, 111-124. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7980450>
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado* n.º 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848-28872. <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>
- OECD, Organisation for Economic Co-operation and Development. (2014). *Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report*. <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>
- OECD, Organisation for Economic Co-operation and Development. (2015). *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being*. [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/data-driven-innovation\\_9789264229358-en#page96](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en#page96)
- Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 23 de abril de 2010, L 102/1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=LV>
- Rubinfeld, D., & Gal, M. (2017). Access Barriers to Big Data. *Arizona Law Review*, 59(339), 339-381. <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizrev339.pdf>

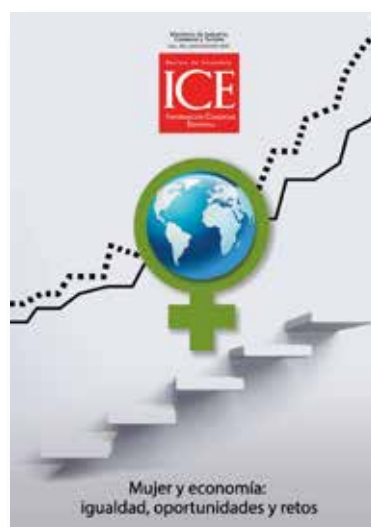
## Casos

- Caso AT. 39740. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_17\\_1784](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784)
- Caso AT. 40099. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_4581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581)
- Caso AT. 40178. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_3581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3581)
- Caso AT. 40220. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_421](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_421)
- Caso AT. 40411. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_1770](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770)
- Casos AT. 40437 (Apple – App Store Practices - music streaming) y AT. 40652 (Apple – App Store Practices – e-books/ audiobooks). [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1073](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073)
- Caso AT. 40462. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077)
- Caso AT. 40528. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_20\\_302](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_302)
- Caso AT. 40608. [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_40608](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40608)
- Caso AT. 40684. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_21\\_2848](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2848)
- Caso AT. 40703. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077)

# ICE

MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO    INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA    Secretaría de Estado de Comercio

## Últimos números publicados



Librería virtual y venta [www.mincotur.es](http://www.mincotur.es)  
Panamá, 1. 28046 Madrid  
Telf. 913 495 129  
[www.revistasice.com](http://www.revistasice.com)  
[CentroPublicaciones@mincotur.es](mailto:CentroPublicaciones@mincotur.es)



Lara Tobías Peña\*  
Cristina Vallejo Gil\*\*  
Pedro Hinojo González\*\*\*

## EL CARÁCTER DISRUPTIVO DE LA PUBLICIDAD ONLINE Y SU IMPACTO SOBRE LA COMPETENCIA

*El desarrollo de la publicidad online es uno de los paradigmas del carácter disruptivo de la digitalización. La publicidad online, además de ser clave para la competencia, es la principal fuente de financiación del contenido en internet y constituye una de las vías de ingresos más importantes para las grandes plataformas digitales. Esto está generando notables impactos en la eficiencia y en la competencia, que han llevado a un interés por este sector por parte de las Autoridades de Competencia y Regulación.*

### **Online advertising: disruptive features and impact on competition**

*Online advertising is a paradigmatic case of the disruption driven by digitization. Online advertising is the main source for financing content on the internet and it is one the main revenue resources for big digital platforms. This is having sizeable effects on efficiency and competition, generating an interest by Competition and Regulatory Agencies.*

**Palabras clave:** digitalización, publicidad, competencia, regulación.

**Keywords:** digitization, advertising, competition, regulation.

**JEL:** D4, K21, K23, K24, L4, L5, M37.

---

\* Subdirectora de la Subdirección de Estudios e Informes del Departamento de Promoción de la Competencia. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Contacto: [lara.tobias@cnmc.es](mailto:lara.tobias@cnmc.es)

\*\* Jefa de Servicio de la Subdirección de Estudios e Informes del Departamento de Promoción de la Competencia (CNMC).

Contacto: [cristina.vallejo@cnmc.es](mailto:cristina.vallejo@cnmc.es)

\*\*\* Subdirector de la Subdirección de Sociedad de la Información de Dirección de Competencia (CNMC).

Contacto: [pedro.hinojo@cnmc.es](mailto:pedro.hinojo@cnmc.es)

Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales y no coinciden necesariamente con las de la CNMC.

Versión de enero de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7372>

## 1. Introducción

La publicidad es una actividad fundamental para el funcionamiento de una economía de mercado. Permite a los anunciantes comunicar a sus consumidores actuales o potenciales la existencia de productos nuevos o mejorados, incluyendo una descripción de sus principales características y de cómo estas pueden adaptarse a las necesidades o preferencias del consumidor. Por tanto, la publicidad es clave para que las empresas compitan en función de sus propios méritos, permitiendo al consumidor tomar mejores decisiones, primando la eficiencia y la innovación. La publicidad también es una variable estratégica en las decisiones de las empresas, que puede generar barreras de entrada al mercado.

La publicidad *online* se ha convertido en uno de los principales modos que tienen las empresas en llegar a los consumidores. La publicidad *online*, a partir de la acumulación y explotación de datos, ofrece unas posibilidades (de personalización, medición y negociación) que han revolucionado el sector y que suponen diferencias sustanciales respecto a la publicidad en medios tradicionales.

Las estimaciones para España (CNMC, 2021) apuntan a que la inversión en publicidad *online* sumó más de 3.450 millones de euros en 2019, superando a los medios tradicionales juntos (Infoadex, 2020): televisión (2.000 millones de ingresos por publicidad), prensa y revistas (700 millones) y radio (500 millones), sin tener en cuenta otros modos de publicidad (como los anuncios clasificados, los paneles, etc.). Esta tendencia, que es común a todos los países, se ha acentuado en los últimos años, pues la publicidad *online* está creciendo a ritmos cercanos al 20 % anual (CNMC, 2021), mientras que los modos tradicionales están estancados o en declive (Infoadex, 2020). La situación vivida tras la pandemia, con un creciente uso de servicios digitales por parte de los consumidores, puede consolidar aún más este cambio.

Estas cifras son de por sí sugestivas. Pero cobran aún mayor relevancia si se tiene en cuenta la elevada

concentración de estos mercados, aunque es preciso señalar que la concentración se da también en otros modos publicitarios no digitales. En España (CNMC, 2021), se estima que Google absorbe más del 50 % de la inversión en publicidad *online* y Facebook más de un 20 %. Por tanto, entre ambas empresas suman más de un 70 % del total de ingresos del sector, siendo las cifras de nuevo similares en otros países (CMA, 2020a). Y, aparte de esa elevada concentración, hay otras cuestiones que son importantes a efectos de competencia como la integración vertical, el papel de los datos, la relevancia de las concentraciones, los problemas de opacidad, falta de transparencia, el riesgo de conductas de extensión del poder de mercado (*leveraging*) y de favorecimiento de servicios propios (*self-preferencing*).

La publicidad *online*, aparte de su relevancia desde una perspectiva de competencia, es la principal fuente de financiación del contenido en internet y constituye una de las vías de ingresos más importantes para las grandes plataformas digitales. Todo ello ha suscitado un enorme interés por parte de las Autoridades de Competencia y Regulación.

A los efectos de tratar todas estas cuestiones, tras este primer apartado introductorio, el presente artículo se estructura como sigue. El segundo apartado describe el marco jurídico de la publicidad *online*. El tercer apartado aborda la caracterización económica del sector. El cuarto apartado analiza el impacto sobre la competencia y la eficiencia. El quinto apartado formula las principales conclusiones e implicaciones para las Autoridades de Competencia y Regulación, incluyendo la descripción de algunas iniciativas que ya se están aplicando o planteando.

## 2. Condicionantes jurídicos de la publicidad *online*

La publicidad *online*, como fenómeno reciente, carece de un marco jurídico específico. Las normas aplicables a este mercado se encuentran dispersas en

otras materias transversales que, en mayor o menor medida, alcanzan a este sector. Es el caso de la normativa sobre servicios digitales, sobre privacidad o sobre protección al consumidor, que en su mayoría tienen origen europeo y que, dado su impacto sobre la publicidad *online*, repasamos a continuación.

### Normativa sobre servicios digitales

La normativa sobre servicios digitales —en concreto, las normas aplicables al comercio electrónico—, junto con la regulación en el ámbito de la comunicación audiovisual constituyen el marco regulatorio principal de la actividad.

En primer lugar, la normativa de comercio electrónico<sup>1</sup> establece orientaciones generales sobre todo tipo de servicios de carácter digital, entre los que se incluyen las comunicaciones comerciales, donde se encuadra la publicidad *online*. Para este sector, se establece, en concreto, la obligación de los gobiernos nacionales de garantizar que tanto la publicidad como su responsable sean claramente identificables, así como las ofertas promocionales y los juegos o competiciones, todo ello con condiciones que deben ser accesibles, claras e inequívocas.

En segundo lugar, en cuanto a la normativa sobre comunicación audiovisual<sup>2</sup>, las últimas reformas han ido orientadas a capturar las nuevas realidades del mercado y, en concreto, la creciente relevancia de las plataformas digitales. Esta norma es de aplicación al sector de la publicidad *online* solo si las «plataformas

de intercambio de vídeos» en cuestión tienen como funcionalidad esencial el intercambio de contenido audiovisual lo que, en general, no ocurre con las grandes operadoras en el mercado publicitario *online*. En todo caso, la normativa implica someter a este tipo de plataformas a la regulación audiovisual vigente sobre comunicaciones comerciales; a saber, a limitaciones relacionadas con la protección a la infancia y al consumidor cuando las comunicaciones sean comercializadas, vendidas u organizadas por dichos prestadores. No obstante, no se introducen cambios en el régimen de responsabilidad de los prestadores o «plataformas de intercambio de vídeos» en lo que se refiere a las comunicaciones comerciales audiovisuales que no sean comercializadas, vendidas u organizadas por dichos prestadores. De este modo, les sigue siendo aplicable el antedicho régimen de comercio electrónico, que limita la responsabilidad de los intermediarios por contenidos ilícitos subidos por los usuarios y los exime de la obligación de monitorización de contenidos. Además, igual que ocurre con la regulación del comercio electrónico, aplica el principio del país de origen, según el cual la labor de supervisión de los prestadores que ofrezcan servicios, por ejemplo, en España, pero estén establecidos en otro Estado miembro, corresponderá no a la CNMC, sino a la autoridad de regulación de dicho Estado miembro.

Por último, es necesario destacar la propuesta reciente de la Comisión Europea de implantar una Norma de Mercados Digitales (Digital Markets Act, DMA). La propuesta actual de la DMA incluye en su ámbito de actuación la publicidad *online* y los servicios conexos o adyacentes como «servicios básicos» (*core services*) en los que las plataformas con un peso significativo en el mercado interior de la Unión Europea (*gatekeepers* o «guardianes de acceso») están obligadas a una serie de conductas. Entre las conductas que propone regular la DMA y que pueden mejorar los resultados del sector de la publicidad en términos de competencia destacan la mejora de la transparencia en publicidad *online*, obligaciones de interoperabilidad,

<sup>1</sup> 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, conocida como «Directiva sobre el comercio electrónico».

<sup>2</sup> Directiva 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

obligaciones relacionadas con la acumulación de datos, obligaciones horizontales u obligaciones dirigidas a minimizar los conflictos de interés.

En todo caso, las implicaciones de la DMA, dada su importancia, se abordarán en el apartado 5 con mayor detalle.

## Normativa sobre privacidad

Sin duda, la normativa sobre privacidad es la que mayor impacto tiene sobre el mercado de la publicidad *online*. Esto se debe al papel fundamental de la acumulación de datos personales tanto para la personalización de la publicidad como para la medición y gestión de campañas, a través de los archivos conocidos como *cookies*<sup>3</sup>.

Este marco normativo ha sufrido importantes modificaciones en los últimos años y, además, se esperan nuevos desarrollos en un futuro próximo, dada su creciente importancia y la naturaleza dinámica de la materia. En este sentido, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>4</sup> constituye la norma fundamental al respecto. En él se recogen aspectos esenciales relacionados con los mencionados datos personales, cuya protección se refuerza en esta norma. Así, si bien el RGPD no constituye el marco específico para las *cookies* (u otros identificadores en línea), sí es de aplicación en este ámbito en tanto estas pueden ser

consideradas como datos personales, por su capacidad para «dejar huellas que [...] pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas físicas»<sup>5</sup>. La principal implicación a este respecto reside en la exigencia del consentimiento para el uso de estos datos. En concreto, el RGPD exige un consentimiento libre, específico, informado e inequívoco del individuo para la utilización de sus datos personales, aunque no necesariamente explícito<sup>6</sup>.

La conocida como Directiva de *e-privacy*<sup>7</sup> constituye, junto con el RGPD, el marco jurídico propio de los derechos relacionados con la privacidad en la esfera digital, con efectos sobre el mercado de la publicidad *online*. Esta norma regula la utilización de las *cookies*, condicionando su utilización a que el usuario haya dado su consentimiento después de que se le haya facilitado información clara y completa, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos. En este sentido, cobra especial relevancia la distinción entre los diferentes tipos de *cookies*<sup>8</sup>, en la medida en

<sup>5</sup> Considerando 30 RGPD.

<sup>6</sup> El RGPD solo exige un consentimiento explícito para categorías especiales de datos: cuando el interesado vaya a ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar —lo que, en general, no encaja con la publicidad comportamental— o para realizar transferencias de datos personales a un tercer país u organización internacional.

<sup>7</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

<sup>8</sup> La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) realiza una clasificación múltiple de las *cookies* basada en varios criterios: entidad que la gestiona, finalidad y plazo de almacenamiento. Así (en cursiva cita literal):

Según su «entidad» que las gestione, se distingue entre:

a) *Cookies propias: aquellas que se envían al equipo terminal del usuario desde un equipo o dominio gestionado por el propio editor y desde el que se presta el servicio solicitado por el usuario.*

b) *Cookies de terceros: son aquellas que se envían al equipo terminal del usuario desde un equipo o dominio que no es gestionado por el editor, sino por otra entidad que trata los datos obtenidos través de las cookies.*

Según su «finalidad», se pueden clasificar en:

a) *Cookies técnicas: aquellas que permiten al usuario la navegación a través de una página web, plataforma o aplicación y la utilización de las diferentes opciones o servicios que en ella existan, incluyendo aquellas que el editor utiliza para permitir la gestión y operativa de la página web y habilitar sus funciones y servicios, como, por ejemplo, controlar el tráfico y la comunicación de datos, identificar la sesión, acceder a partes de acceso*

<sup>3</sup> El término *cookie* hace referencia a los archivos de datos que los navegadores web almacenan de forma automática en el ordenador de un usuario al visitar distintas páginas web, con el objetivo de recuperar su información para distintos usos, generalmente relacionados con la mejora de la navegación y de la experiencia del usuario. Por ejemplo, estos archivos almacenan la información de acceso o ajustes de idioma cuando un usuario visita una web, de modo que no tiene que proporcionar esta información cada vez que accede. También pueden recoger información sobre comportamiento o hábitos de navegación y actividad en las aplicaciones web, lo que permite, entre otros, la realización de estadísticas o la creación de perfiles de usuario y segmentación de los mismos con fines comerciales, por lo que desempeñan un papel fundamental en el ámbito de la publicidad *online*.

<sup>4</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.



que la excepción a este criterio general se encuentra en las *cookies* denominadas «técnicas». Todas las demás, como las de seguimiento, que se usan en el marco del *retargeting*, las de análisis o las de redes sociales, requieren la aprobación del usuario.

La Directiva no indica, sin embargo, cómo deben aplicarse estas instrucciones. En especial, en los aspectos referentes a la declaración de conformidad por parte de los usuarios, la Directiva deja un amplio margen de aplicación a los países. En España, es la Ley de servicios de sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)<sup>9</sup> la que recoge estas cuestiones y exige el consentimiento informado —en línea

---

*restringido o recordar los elementos que integran un pedido. También pertenecen a esta categoría, por su naturaleza técnica, aquellas cookies que permiten la gestión, de la forma más eficaz posible, de los espacios publicitarios que, como un elemento más de diseño o «maquetación» del servicio ofrecido al usuario, el editor haya incluido en una página web, aplicación o plataforma en base a criterios como el contenido editado, sin que se recopile información de los usuarios con fines distintos, como puede ser personalizar ese contenido publicitario u otros contenidos.*

b) *Cookies de preferencias o personalización: aquellas que permitan recordar información para que el usuario acceda al servicio con determinadas características que pueden diferenciar su experiencia de la de otros usuarios, como, por ejemplo, el idioma, el número de resultados a mostrar cuando el usuario realiza una búsqueda, el aspecto o contenido del servicio en función del tipo de navegador a través del cual el usuario accede al servicio o de la región desde la que accede al servicio, etc.*

c) *Cookies de análisis o medición: aquellas que permiten al responsable de las mismas el seguimiento y análisis del comportamiento de los usuarios de los sitios web a los que están vinculadas, incluida la cuantificación de los impactos de los anuncios. La información recogida mediante este tipo de cookies se utiliza en la medición de la actividad de los sitios web, aplicación o plataforma, con el fin de introducir mejoras en función del análisis de los datos de uso que hacen los usuarios del servicio.*

d) *Cookies de publicidad comportamental: aquellas que almacenan información del comportamiento de los usuarios obtenida a través de la observación continuada de sus hábitos de navegación, lo que permite obtener un perfil específico para mostrar publicidad en función del mismo.*

Según el «plazo de tiempo» que permanecen activadas en el equipo terminal, se distinguen:

a) *Cookies de sesión: aquellas diseñadas para recabar y almacenar datos mientras el usuario accede a una página web. Se suelen emplear para almacenar información que solo interesa conservar para la prestación del servicio solicitado por el usuario en una sola ocasión (por ejemplo, una lista de productos adquiridos) y desaparecen al terminar la sesión.*

b) *Cookies persistentes: aquellas en las que los datos siguen almacenados en el terminal y pueden ser accedidos y tratados durante un periodo definido por el responsable de la cookie, y que puede ir de unos minutos a varios años.*

<sup>9</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

con el RGPD—, exceptuándolo cuando «resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario»<sup>10</sup>. Deja abierta la cuestión de qué *cookies* son consideradas como tal y cómo deben mostrarse, interpretación que realiza el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y la propia Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en su *Guía sobre el uso de las cookies* (2020). En esta se establece que las *cookies* técnicas quedan exceptuadas del cumplimiento de las obligaciones recogidas en la norma, así como las *cookies* de preferencias o personalización, si es el propio usuario quien elige esas características. La LSSI tampoco especifica quiénes son los sujetos obligados. La AEPD interpreta la norma considerando que serán el editor y/o los terceros, en función del tipo de *cookies* utilizadas<sup>11</sup>.

Una vez repasado el marco jurídico aplicable al sector de la publicidad *online*, pasamos a revisar sus características desde la perspectiva económica y de competencia.

### 3. Caracterización económica de la publicidad *online*

#### Los distintos formatos de publicidad *online*

La publicidad *online* está constituida por diversos formatos que van impactando al consumidor a medida que hace uso y disfruta de servicios y contenidos digitales, ya sea mediante navegadores o en aplicaciones móviles (*apps*). Estos formatos de publicidad *online* se suelen clasificar en tres grandes grupos (Goldfarb, 2014):

a) Publicidad de búsqueda (*search*): anuncios (de texto u otros formatos enriquecidos) que pueden

---

<sup>10</sup> Artículo 22.2 LSSI.

<sup>11</sup> En general, para el caso de *cookies* no exceptuadas del régimen del art. 22.2, editores, anunciantes, agencias y otros agentes del ecosistema publicitario son responsables de las *cookies* propias y de las de terceros alojadas en sus dominios cuando «participen en la determinación de los fines y medios del tratamiento».

aparecer junto a los resultados «orgánicos» asociados a la búsqueda de palabras clave en un motor de búsqueda general. Si dichas palabras clave muestran un interés del consumidor por ciertos productos o servicios con una dimensión comercial, los anunciantes pujarán por mostrar sus anuncios y así lograr que dicho consumidor se aproxime a la compra directa u otro tipo de acción (visita a la página web, registro o vinculación de cuentas, etc.). De acuerdo con estimaciones para distintos países como España, Reino Unido o Australia (CNMC, 2021; CMA, 2020a; ACCC, 2019), el peso de Google en este ámbito superaría el 90 % de los ingresos.

b) Publicidad de *display*: anuncios en distintos formatos (vídeo, *banners*, publicidad «nativa», ...) durante la navegación en páginas web y aplicaciones móviles (*apps*). En general, con esta publicidad los anunciantes pretenden mejorar el conocimiento e imagen de marca, aunque también pueden buscar acciones concretas del consumidor (como clics y visitas a la página web que puedan acabar en la compra o en otras acciones) en ciertos formatos de anuncios. De acuerdo con estimaciones para España o Reino Unido (CNMC, 2021; CMA, 2020a), el peso de Facebook (incluyendo a Instagram) en este ámbito superaría el 40 %-50 % de los ingresos. Otros actores relevantes serían Amazon, Google (no solo con YouTube, sino también con su labor de intermediación que describimos más adelante) y también los editores más relevantes a escala nacional (como los periódicos digitales).

c) Otros: como anuncios clasificados (*classifieds*) en páginas web o aplicaciones (como comparadores de precios) sobre productos muy concretos (como inmobiliarias, servicios profesionales, herramientas de búsqueda de empleo, etc.) donde, en general, los anuncios van a estar relacionados con dichos productos. Esta categoría también puede recoger otras formas que no responden exactamente ni al formato de búsqueda ni al de *display*, como la publicidad vía *e-mail* o audio *online* y el *marketing* de afiliación (*lead generation*).

La tercera categoría de otros/clasificados es de una relevancia menor a las anteriores y no suele superar el

10 %-15 % del total del sector de la publicidad *online* (IAB y PwC, 2020; IAB Europe, 2020). Por tanto, la búsqueda y el *display* son los componentes principales, suponiendo, en general, el *display* un peso ligeramente superior al de la búsqueda (IAB y PwC, 2020; IAB Europe, 2020). Por ejemplo, en España, de los 3.450 millones de euros que se estiman para el sector de la publicidad *online* en 2019 entre búsqueda y *display* (sin incluir por tanto estimaciones para la tercera categoría de otros/clasificados), la búsqueda supone aproximadamente 1.500 millones de euros y el *display* alrededor de 1.950 millones de euros (CNMC, 2021).

### Las formas de intermediación en publicidad *online*

Aparte de la antedicha clasificación por formatos, la publicidad *online* puede dividirse en dos grupos en función de su grado de intermediación (CMA, 2020a; CNMC, 2021):

— Por un lado, grandes plataformas con una audiencia global que comercializan su propio inventario directamente (sin intermediarios) con herramientas que permiten a los anunciantes o agencias conectarse a su plataforma y pujar por mostrar anuncios dentro de un ecosistema cerrado. El modelo de plataformas es el imperante en la categoría de búsqueda (y también en clasificados/otros) y en una parte mayoritaria del *display*, con un gran crecimiento. Por ejemplo, en España, de los 1.950 millones de euros que se estiman para el *display*, unos 1.150 millones de euros corresponden a la oferta de inventario publicitario propio de plataformas, creciendo muy por encima de la media del mercado (CNMC, 2021).

— Por otro lado, los editores con una audiencia básicamente nacional (sin relevancia a nivel global, como periódicos digitales o televisión y radio en internet o aplicaciones, o plataformas sin esa preponderancia a nivel mundial) precisan de intermediarios para cerrar transacciones con anunciantes y agencias de medios, en el denominado segmento del *open display*. Existen

servidores (para anunciantes y editores) y sofisticadas herramientas «programáticas» de compra (como los DSPs, Demand Side Platforms) y venta (como los SSPs, Supply Side Platforms, que integran las funciones de *Exchanges*, y las redes, *Ad Networks*) que permiten conectar a múltiples anunciantes/agencias y editores en tiempo real en un ecosistema abierto, aunque también existe la posibilidad de negociación de campañas de una manera más bilateral y tradicional. En cualquier caso, el peso del *open display* en el total del *display* es, en general, inferior al de la oferta de plataformas (CMA, 2020a). Por ejemplo, en España (CNMC, 2021), de los 1.950 millones de euros que se estiman para el *display*, 800 millones de euros corresponderían a la oferta de inventario publicitario de esos editores como periódicos, televisiones y radios digitales (ya sean nativos digitales o medios tradicionales migrados total o parcialmente al modo *online*). Los ingresos del *open display* estarían creciendo por debajo de los ingresos del resto del mercado copado por plataformas (CNMC, 2021).

Una de las cuestiones más paradigmáticas de la revolución que ha supuesto la publicidad *online* es el hecho de que algunas de esas plataformas, que tan exitosas son monetizando su propio inventario, también efectúan labores de intermediación para editores terceros. Destaca Google (CMA, 2020a; CNMC, 2021), con unas cuotas que pueden superar el 50 %-70 % del mercado en esos servicios como servidores (para anunciantes y editores) o herramientas de compraventa (como DSPs y SSPs). Amazon y Facebook, aunque con menor peso, también están presentes en algunas de estas tareas.

Uno de los aspectos que explica esa presencia notable de las plataformas en distintos ámbitos del mercado es el papel que juegan los datos, tal y como describimos a continuación. Las plataformas, al captar una audiencia global, tienen acceso a unos datos de «primera mano» que aumentarán su competitividad en la compraventa de publicidad personalizada, no solo en su inventario propio sino también intermediando en el inventario de terceros.

### El papel de los datos en la publicidad *online*

Los datos juegan un papel fundamental en el sector de la publicidad *online* por tres aspectos interrelacionados:

— Aumentan las posibilidades de personalización de la publicidad (Goldfarb y Tucker, 2011; Goldfarb, 2014) a partir de datos revelados o estimados que informan sobre variables sociodemográficas (como la edad, el género, los años de educación, etc.), la geolocalización en tiempo real o el historial de navegación pasado. Así, la publicidad no solo depende de cada contexto (mostrar anuncios a un usuario en función de las palabras clave que ha introducido en un buscador o en función del tipo de contenido que se está consumiendo) sino de cada individuo (adaptando dichos anuncios en función de otras variables, como la edad estimada del individuo o si en su historial reciente ha visitado ciertas páginas que muestran determinados intereses de compra).

— Se incrementan las posibilidades de medición del efecto directo de campañas o anuncios concretos (Goldfarb y Tucker, 2011; Goldfarb, 2014), al comprobar la respuesta concreta del consumidor que ha recibido el anuncio (en términos de compra, clics, registro y vinculación de cuentas, etc.).

— Aumentan las posibilidades de casación de transacciones a gran escala y en tiempo real (RTB, *real-time bidding*), a través de herramientas «programáticas» que conectan a múltiples agencias/anunciantes y editores (European Audiovisual Observatory, 2017). Las herramientas basadas en datos, como *cookies* y otros identificadores, permiten celebrar múltiples subastas (cada vez que un usuario distinto visita una página *web* o una *app*) en tiempo real (en milisegundos).

Los datos aumentan el papel ya de por sí disruptivo de las externalidades de red (Hagiu y Wright, 2020; Economides y Lianos, 2021). Incluso en modelos tradicionales (ajenos al ecosistema digital y al papel de los datos), la publicidad exhibe externalidades de red: los anunciantes valoran más los medios que les

conecten con una mayor audiencia de consumidores. Los consumidores no valoran directamente la presencia de mayores anunciantes al otro lado del mercado (pues la publicidad puede ser molesta) pero sí prefieren indirectamente medios conectados a los mejores anunciantes: estarán mejor financiados para proveer contenido y tendrán una publicidad de mayor calidad relativa (menos molesta). No solo los medios exhiben estas externalidades de red, también lo hace la propia intermediación: anunciantes y editores valorarán más a los intermediarios con mayor capacidad de conexión al otro lado del mercado.

Con el papel de los datos, hay una mayor incidencia de economías de escala y, especialmente, de aprendizaje: al aumentar la acumulación de datos se mejora el conocimiento de consumidores por el manejo de algoritmos (Schäfer y Sapi, 2020). Por tanto, al atraer a más audiencia, las plataformas o editores aumentan su atracción para los anunciantes no solo por el mayor volumen de audiencia, sino también por el mayor conocimiento sobre la misma. Y, de nuevo, los usuarios también valorarán indirectamente que la plataforma sea atractiva para los anunciantes: estará mejor financiada para proveer contenido y ofrecerá publicidad menos molesta, más personalizada y adecuada a los intereses (Petropoulos, 2016; ACCC, 2019). Esta combinación de economías de red y de aprendizaje por la relevancia de los datos en la personalización de la publicidad se traslada también a la intermediación.

Por tanto, este papel fundamental de los datos explica precisamente el impacto disruptivo de la publicidad *online* sobre la competencia y sobre la eficiencia.

#### 4. Impacto de la publicidad *online* en la competencia y en la eficiencia

La publicidad *online* implica ganancias sustanciales de eficiencia que explican el gran atractivo que ofrece a anunciantes, editores y consumidores:

— Las opciones de personalización facilitan a los anunciantes llegar a su público objetivo de manera más eficiente. Esto es positivo no solo para los anunciantes, sino también para los consumidores, que reciben publicidad más adecuada a sus intereses.

— La capacidad de medición permite optimizar decisiones, tanto a los anunciantes en relación con sus campañas como a los editores en relación con su inventario.

— Las mayores posibilidades de casación de transacciones facilitan una asignación óptima del presupuesto publicitario de anunciantes y agencias y del espacio publicitario de los editores y permiten al individuo acceder al contenido de manera ágil y rápida, recibiendo una publicidad más adecuada a sus intereses.

Todo ello revaloriza el espacio de los editores y permite que los consumidores disfruten de mejor contenido. Estas opciones que ofrece la publicidad *online* han propiciado que surjan nuevos soportes y plataformas que ofrecen contenido y servicios del consumidor, muy habitualmente de forma gratuita, financiados con ingresos por publicidad *online*.

No obstante, existen al mismo tiempo una serie de riesgos para la competencia:

— En primer lugar, el sector tiende a una notable concentración, estimándose que Google y Facebook pueden llegar a copar más del 70 % de los ingresos del sector (CNMC, 2021; CMA, 2020a). Google absorbería más de un 50 % con su protagonismo en búsqueda (cuota superior al 90 %), intermediación en *open display* (cuotas superiores al 50 %-70 % en los distintos servicios) e ingresos de su inventario en YouTube (aunque no sea tan relevante como Facebook en *display*). Facebook absorbería más del 20 % a partir de su inventario en *display* (cuota superior al 40 %). Estas cifras son muy llamativas, especialmente teniendo en cuenta que se trata de un mercado surgido hace apenas dos décadas y en el que no existen barreras regulatorias relevantes. Esto muestra el papel que tienen los datos y las dinámicas asociadas a economías de escala, de alcance, de aprendizaje y de red. La concentración también ha sido alimentada por la política

de fusiones de las grandes plataformas (especialmente Google, pero también Amazon y Facebook).

— En segundo lugar, existe un problema de opacidad y falta de transparencia en el sector. En ocasiones, los anunciantes no tienen información perfecta sobre el destino de su inversión, especialmente en lo que respecta al reparto de la misma entre intermediarios y soporte final. Por su parte, los editores que comercializan su inventario en el *open display*, tampoco disponen de información perfecta sobre la disposición a pagar del anunciante final (y de sus competidores), lo que dificultará la toma de decisiones para la optimización de su inventario. En ocasiones, editores y anunciantes no se identifican mutuamente: los editores pueden desconocer qué anunciante ha aparecido en su web y los anunciantes desconocer dónde ha aparecido su anuncio. Esto dificulta que anunciantes y editores establezcan nexos, incrementando el poder de mercado de intermediarios y grandes plataformas.

— En tercer lugar, la concentración y la integración vertical en el sector puede generar incentivos o riesgos de conductas distorsionadoras de la competencia, como la extensión del poder de mercado de unos servicios a otros (*leveraging*) o el favorecimiento de servicios propios (*self-preferencing*).

Estos problemas de competencia pueden acabar perjudicando la eficiencia a nivel general y, en particular, el bienestar del consumidor (reduciendo las antedichas ganancias de eficiencia). Si anunciantes y editores abandonan el mercado fruto de algunos de estos problemas (como las conductas distorsionantes de la competencia o los problemas de transparencia), el consumidor se verá afectado negativamente.

Además, los modelos de negocio basados en publicidad *online* requieren del consumidor una carga elevada de atención y de revelación de datos. Si no hay suficientes opciones de variedad y competencia, no se desarrollará un menú más amplio de alternativas de privacidad, donde el disfrute de ciertos servicios digitales no implique siempre necesariamente la cesión de datos personales.

Todas estas cuestiones están despertando un enorme interés para las Autoridades de Competencia y Regulación, que nos proponemos analizar a continuación.

## 5. Conclusiones e implicaciones para las Autoridades de Competencia y Regulación

La importancia de los mencionados retos, asociados a los problemas de competencia en el ámbito de la publicidad *online* y en los mercados digitales en general, ha suscitado gran interés institucional y académico. Así, en los últimos años han proliferado informes tanto de expertos (Crémer *et al.*, 2019; Furman *et al.*, 2019; Stigler Center, 2019), como de las Autoridades de Competencia y Regulación (ACCC, 2019; CMA, 2020a; CNMC, 2021), en los que se han señalado las limitaciones del marco actual de regulación y competencia y la necesidad de dar una respuesta ajustada a las mismas. A continuación, repasamos los principales debates en torno a estas respuestas y las medidas más recientes.

En primer lugar, el debate fundamental gira en torno a la idea de la adecuación y suficiencia de la política de defensa de la competencia para afrontar los retos que plantean los mercados digitales. Se ha señalado que, en ocasiones, dicha política puede resultar demasiado lenta en sus procedimientos, lo que le dificulta adaptarse a la complejidad y el dinamismo de los mercados digitales. Entre otras cosas, las autoridades de competencia, que se caracterizan por no estar especializadas en ámbitos concretos y contar con un mandato horizontal, tienen información imperfecta y asimétrica en comparación con los operadores en el terreno. Además, la política de defensa de la competencia, salvo en el control de concentraciones, actúa *ex post*; es decir, cuando la conducta ya lleva tiempo produciéndose. Por lo tanto, sus resultados, por ejemplo, en forma de remedios o sanciones, pueden llegar demasiado tarde, cuando la competencia ya se ha alterado y el mercado se ha decantado por unos pocos agentes,

fenómeno que se conoce como *tipping*. En algunos casos, las autoridades de competencia pueden haber sido demasiado laxas, cayendo en *under-enforcement* (errores de tipo II o de falsos negativos), particularmente en cuanto a las fusiones<sup>12</sup>. Esto, en cierta medida, se debe al carácter complejo y dinámico de los mercados digitales, que puede llevar a las autoridades a cometer errores en aspectos tales como la definición del mercado relevante o la competencia potencial.

De este modo, existe consenso en la necesidad de, manteniendo la política de defensa de la competencia como primera línea de defensa, complementarse con la regulación sobre las plataformas digitales susceptibles de generar problemas de competencia (CNMC, 2021). Esta política ofrece flexibilidad para valorar caso a caso los efectos para la competencia efectiva en el mercado de una conducta, o de un cambio estructural, de modo que deben desplegarse las herramientas necesarias de las que se dispone en este ámbito, tanto a nivel nacional como europeo, como son el análisis de las fusiones o un uso de las medidas cautelares o remedios en el caso de ser necesarios ante conductas anticompetitivas. Por su parte, las regulaciones de carácter horizontal (esto es, aplicables a conjuntos amplios o a la totalidad de los operadores), son necesarias para establecer las «reglas de juego» esenciales, como requisitos de transparencia, protección de datos u otras obligaciones horizontales y tienen la capacidad de mejorar los resultados en términos de competencia de sectores como la publicidad *online* (CNMC, 2021). La acción complementaria de ambos instrumentos, la política de competencia y las regulaciones horizontales, permitiría llegar antes y llegar a más potenciales situaciones de riesgo para la competencia en estos mercados. En este sentido, cabe señalar que son varias las respuestas normativas que se han ido dando en los últimos tiempos. Por

su trascendencia, destaca la propuesta de la Comisión Europea de «Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital» (Ley de Mercados Digitales o DMA, Digital Markets Act)<sup>13</sup> que supondrá, si finalmente se aprueba, un punto de inflexión en el marco regulatorio de los mercados digitales<sup>14</sup>. La norma, a medio camino entre una herramienta *ex ante* (de carácter regulatorio) y *ex post* (posterior a la conducta, en línea con la política de defensa de la competencia) establece una regulación específica sobre aquellos agentes de importancia sistémica (llamados «guardianes de acceso» o *gatekeepers*, considerados como tal bajo el cumplimiento de determinados requisitos cuantitativos y cualitativos), en la prestación de determinados servicios digitales, entre los que se encuentra la publicidad *online*. El proyecto de norma europea introduce toda una serie de obligaciones y prohibiciones para estos operadores, cuyo incumplimiento implica la aplicación de sanciones y remedios, estructurales o de comportamiento, de manera análoga a la política de defensa de la competencia.

En cuanto a respuestas de ámbito nacional, los países<sup>15</sup> pioneros en plantear reformas del marco de competencia y regulación han sido Alemania<sup>16</sup> y Reino Unido (CMA, 2020a, 2020b, 2021a y 2021b). En concreto, Alemania ha optado por una reforma de su marco legislativo de defensa de la competencia, aunque con un instrumento que también tiene un cariz regulatorio. Dicha reforma habilita a la Autoridad de Competencia

<sup>13</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0842&from=es>

<sup>14</sup> El borrador se encuentra en la actualidad en fase de negociación de los trílogos y se espera que esté aprobado durante el primer semestre de 2022.

<sup>15</sup> La Autoridad de Competencia de Australia (ACCC, 2019) también ha realizado propuestas de regulación específica de las plataformas digitales y de cambios en la política de competencia, aunque la mayoría de medidas no han pasado de la fase propositiva (salvo en cuestiones relacionadas con la negociación de las plataformas y los editores de prensa, con un ámbito más amplio que las cuestiones de competencia).

<sup>16</sup> Véase Franck y Peitz (2021) y también [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19\\_01\\_2021\\_GWB%20Novelle.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html)

<sup>12</sup> Se citan particularmente las compras por parte de Facebook de WhatsApp o Instagram. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_14\\_1088](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088)

alemana para designar a operadores con una relevancia notable en los mercados (PSCAM, *paramount significance for competition across markets*, que es un concepto más amplio que el de dominancia). Esto implica que se puede emitir una decisión de prohibir ciertas conductas, tales como *self-preferencing*, estrategias envolventes de ecosistema, *leveraging*, restricciones a la interoperabilidad/portabilidad de datos, condiciones desproporcionadas, etc., lo que puede suponer en la práctica una reversión de la carga de la prueba.

Por su parte, Reino Unido ha diseñado un esquema de regulación sectorial con una unidad dedicada específicamente a su aplicación y supervisión (DMU, Digital Markets Unit), aunque insertada dentro la Autoridad de Competencia (CMA, Competition and Markets Authority). El sistema de regulación parte de la designación de un operador con poder de mercado y posición estratégica en el acceso a usuarios (SMS, Strategic Market Status). Esto da lugar a la aplicación de un código de conducta automático (que puede variar para cada operador), intervenciones procompetitivas (que se activan caso a caso) y un mayor control de fusiones. Otros países, como Francia, Italia o Suecia también están analizando posibles respuestas nacionales, ya sea a través de reformas en la normativa existente o a través nuevas herramientas.

El encaje normativo e institucional de las nuevas herramientas con las normativas preexistentes, tanto a nivel nacional como internacional, constituye otro de los grandes retos. Así, la DMA propone un marco de convivencia de la regulación de defensa de la competencia con la nueva norma, estableciendo mecanismos de intercambio de información, coordinación y colaboración que eviten posibles problemas de inseguridad jurídica y confusión normativa que acaben perjudicando al funcionamiento del mercado y, en última instancia, a los usuarios finales.

La segunda de las cuestiones que se pone de manifiesto a la hora de elaborar una respuesta adecuada para los retos de los mercados digitales es que estas deben abordarse desde una perspectiva multidisciplinar

y de cooperación entre las instituciones involucradas. En efecto, los retos que presentan estos mercados superan una sola esfera normativa y se extienden por diversos ámbitos con intereses a preservar. Es por ello que resulta deseable una cooperación institucional entre todos los agentes implicados (Autoridades de Competencia, Autoridades de Protección de Datos, Reguladores Independientes de telecomunicaciones o audiovisuales...). En esta línea, la DMA contempla la creación de un comité consultivo (Digital Markets Advisory Committee) en el que participen todas las instituciones interesadas que designen los Estados miembros y, además, prevé varios mecanismos de cooperación y colaboración interinstitucional, tanto a nivel europeo como a nivel nacional. Análogamente, la Unidad de Mercados Digitales de Reino Unido cuenta con presencia, además de la propia Autoridad de Competencia británica, también de la Autoridad de Protección de Datos y del Regulador Independiente de Telecomunicaciones. Este espíritu de cooperación institucional debe exceder el ámbito nacional, dado que, en la publicidad *online* y en los servicios digitales en general, las dinámicas de competencia y los retos asociados son similares en la mayoría de los países desarrollados. En el caso de España, la CNMC, como autoridad de competencia y regulador independiente de los sectores de las telecomunicaciones y audiovisual, integra una visión convergente y multidisciplinar para dar una respuesta global a los retos planteados por la publicidad *online*.

Finalmente, cabe destacar que la negociación de la DMA en el Consejo de la UE ha abierto la posibilidad de un mayor rol de las Autoridades Nacionales de Competencia, en particular en la aplicación de la DMA a nivel nacional. Dicha oportunidad tiene un potencial de consolidar unos mercados digitales más competitivos, aprovechando la experiencia de las Autoridades Nacionales en la aplicación de la política de competencia en estos mercados.

Por otra parte, y de manera particular, las políticas que se implementen deben tener en cuenta la compleja relación entre la protección del consumidor y de

su privacidad y la promoción de la competencia, en la medida en que pueden operar, en ocasiones, en sentidos diferentes o incluso contrapuestos. Algunos autores (Gal y Aviv, 2020; Geradin y Katsifis, 2020; Geradin *et al.*, 2020; Batikas *et al.*, 2020; Johnson y Shriver, 2020) han mostrado que, en un contexto de uso intensivo de datos como son los modelos de negocio basados en publicidad, la regulación de protección de datos en la UE (RGPD) podría haber favorecido a plataformas con grandes audiencias en perjuicio de editores de menor tamaño. Esto implica, además, que la revelación de datos hacia las plataformas también es notable sin que, en ocasiones, el consumidor sea plenamente consciente de ello. Por ello, se considera que, para ser realmente efectiva, la regulación de protección de datos debe tener en cuenta los incentivos que genera en la conducta de los agentes y, por ende, su impacto en la competencia en mercados digitales como el de la publicidad *online* (CNMC, 2021). Así, la imposición de obligaciones adicionales a los agentes en términos de privacidad debería evitar generar cargas excesivamente gravosas a los operadores de importancia menos sistémica, empoderando al tiempo al consumidor en el uso de sus datos.

Por último, de las implicaciones para las autoridades expuestas hasta ahora se deduce la necesidad de reforzar las capacidades y los medios de las autoridades de competencia y regulación para hacer frente a la complejidad que supondrían actuaciones en estos sectores, de modo que se les dote de recursos suficientes. También deben disponer de autonomía para organizar sus medios con flexibilidad, lo que contribuiría a mejorar las respuestas y la agilidad para implementarlas.

En definitiva, la complejidad e importancia de los retos asociados a los mercados digitales y a la publicidad *online* en particular, exige respuestas adaptadas que implican, entre otros, la actualización del marco institucional y normativo de la política de defensa de la competencia, lo que pasa por su refuerzo a través de la regulación *ex ante*, un enfoque holístico y el refuerzo de cooperación institucional. Las medidas que ya se están implementando y las que se implementarán en

los próximos meses van en esta dirección y marcan el camino a seguir en la consecución de un marco adaptado a las realidades cambiantes de estos mercados.

## Referencias bibliográficas

- ACCC, Australian Competition & Consumer Commission. (2019). *Digital Platforms Inquiry – Final Report*. <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>
- Batikas, M., Bechtold, S., Kretschmer, T., & Peukert, C. (2020). *European Privacy Law and Global Markets for Data* (CEPR Discussion Papers No. 14475). Center for Economic and Policy Research.
- CMA, Competition & Markets Authority, United Kingdom. (2020a). *Online platforms and digital advertising. Market study final report*. <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>
- CMA, Competition & Markets Authority, United Kingdom. (2020b). *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce*. <https://www.gov.uk/cma-cases/digital-markets-taskforce>
- CMA, Competition & Markets Authority, United Kingdom. (2021a). *Digital Markets Unit*. <https://www.gov.uk/government/collections/digital-markets-unit>
- CMA, Competition & Markets Authority, United Kingdom. (2021b). *Digital Markets Strategy*. <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authority-digital-markets-strategy>
- CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2021). *Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España*. E/CNMC/002/2019. <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00219>
- Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition policy for the digital era*. <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>
- Economides, N., & Lianos, I. (2021). *Privacy and Antitrust in Digital Platforms* (NET Institute Working Papers No. 21-01). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3755327](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3755327)
- European Audiovisual Observatory. (2017). *The EU online advertising market – Update 2017*. <https://rm.coe.int/the-eu-online-advertising-market-update-2017/168078f2b3>
- Franck, J. U., & Peitz, M. (2021). *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act*. <https://ssrn.com/abstract=3838759>
- Furman, J., Coyle, D., Fletcher, A., McAuley, D., & Marsden, P. (2019). *Unlocking digital competition, Report of the*



- Digital Competition Expert Panel*. <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>
- Gal, M., & Aviv, O. (2020). The Competitive Effects of the GDPR. *Journal of Competition Law & Economics*, 16(3), 349-391.
- Geradin, D., & Katsifis, D. (2020). "Trust me, I'm fair": analysing Google's latest practices in ad tech from the perspective of EU competition law. *European Competition Journal*, 16(1), 11-54.
- Geradin, D., Katsifis, D., & Karanikioti, T. (2020). GDPR Myopia: How a Well-Intended Regulation ended up Favoring Google in Ad Tech. *European Competition Journal*, 17(1), 47-92.
- Goldfarb, A. (2014). What is Different About Online Advertising? *Review of Industrial Organization*, 44(2), 115-129. <https://www.jstor.org/stable/43550450>
- Goldfarb, A., & Tucker, C. (2011). Online Advertising. *Advances in computers*, 81, 289-315. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-385514-5.00006-9>
- Hagiu, A., & Wright, J. (2020, December 29). *Why data network effects are less valuable than regular network effects*. <https://platformchronicles.substack.com/p/why-data-network-effects-are-less>
- IAB Europe, Interactive Advertising Bureau Europe. (2020). *AdEx Benchmark Report*.
- IAB & PwC, Interactive Advertising Bureau & PriceWaterhouseCoopers. (2020). *Internet advertising revenue report. US Full year results*.
- Infoadex. (2020). *Estudio de la inversión publicitaria en España*. <https://www.infoadex.es/home/estudios/>
- Johnson, G. A., & Shriver, S. K. (2020). *Privacy & Market Concentration: Intended & Unintended Consequences of the GDPR* (Marketing Science Institute Working Paper Series No. 20-111).
- Petropoulos, G. (2016). Search engines, big data and network effects. *Bruegel*. <https://bruegel.org/2016/11/search-engines-big-data-and-network-effects/>
- Schäfer, M., & Sapi, G. (2020). *Learning from Data and Network Effects: The Example of Internet Search* (DIW Berlin Discussion Papers No. 1894). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3688819](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688819)
- Stigler Center. (2019). Stigler Committee on Digital Platforms. Final Report. *Chicago Booth*. <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report>

## Últimos Monográficos Publicados



Juan Diego Otero Martín\*

Jorge Infante González\*\*

María Ruiz Mérida\*\*

## EXPERIENCIA COMPARADA: REGULACIÓN Y CONTROL DE MERCADOS DIGITALES DE PLATAFORMA EN EE UU Y CHINA

*El presente artículo muestra el estado actual del debate sobre el tratamiento regulatorio de las plataformas digitales en dos ámbitos geográficos muy relevantes: los Estados Unidos de América (EE UU) y China. El objetivo es comparar los enfoques regulatorios de estos países con el que se seguirá en Europa a través de la Digital Markets Act (DMA) y la Digital Services Act (DSA).*

### **Comparative experience: regulation and control of platform digital markets in the USA and China**

*This article shows the current state of the debate on the regulatory treatment of digital platforms in two much relevant geographical areas: the United States of America (USA) and China. The purpose is to compare the regulatory approaches of these countries with the one that will be followed in Europe through the Digital Markets Act (DMA) and the Digital Services Act (DSA).*

**Palabras clave:** servicios digitales, competencia, Estados Unidos, China, guardián de acceso, regulación de mercados, plataformas.

**Keywords:** digital services, competition, United States, China, gatekeeper, market regulation, platforms.

**JEL:** K23, L13, L43.

---

\* Subdirector de Análisis de Mercados de Comunicaciones Electrónicas en la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Contacto: [diego.otero@cnmc.es](mailto:diego.otero@cnmc.es)

\*\* Experto en la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Contacto: [jorge.infante@cnmc.es](mailto:jorge.infante@cnmc.es) y [maria.ruiz@cnmc.es](mailto:maria.ruiz@cnmc.es)

Versión de marzo de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7367>

## 1. Introducción

Existe un consenso amplio sobre la necesidad de desarrollar marcos regulatorios específicos para abordar los retos derivados de las grandes plataformas digitales desde una perspectiva económica y de funcionamiento de los mercados.

Así, prácticamente todos los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) están inmersos en procesos legislativos que incluyen, en muchos casos, el diseño de nuevas herramientas de regulación *ex ante* y/o la actualización de los instrumentos del derecho de la competencia *ex post*. Estas iniciativas están recogidas en los informes CMA (2021)<sup>1</sup> y OCDE (2021). En CMA (2021), la autoridad de competencia y mercados del Reino Unido describe las iniciativas en países como Estados Unidos, Canadá, Japón, Australia, el Reino Unido (muy activo en este campo), India y Sudáfrica. En OCDE (2021) se muestran con mayor detalle las herramientas regulatorias en proceso de configuración en los países de la OCDE con un foco específico en obligaciones de portabilidad de datos e interoperabilidad, que son aspectos clave en las dinámicas competitivas de estas plataformas.

En el caso de Europa, en octubre de 2020 el comisario europeo de Mercado Interior, Thierry Breton, hacía un llamamiento a los europarlamentarios para asegurar que las plataformas digitales asuman sus responsabilidades de forma que dejen de comportarse con la arrogancia del *too big to care*. El 15 de diciembre de 2020, la Comisión Europea (CE) presentó a los legisladores europeos sus propuestas para la regulación de las plataformas *online*: la DSA, Digital Services Act (CE, 2020a) y la DMA, Digital Markets Act (CE, 2020b). En marzo de 2022, se ha alcanzado un acuerdo por los legisladores europeos sobre el texto normativo, aunque las obligaciones previstas en la DMA europea no estarán, en principio, plenamente vigentes hasta 2023.

La naturaleza transnacional de estas plataformas implica que la regulación en cualquiera de las jurisdicciones nacionales relevantes plantea efectos extraterritoriales en otros países. Esto implica que la futura configuración de competencia entre plataformas digitales en Europa no solo estará condicionada por herramientas regulatorias de ámbito europeo, como la DMA o la DSA, sino que el marco regulatorio en otros países puede afectarnos en Europa también en gran medida.

El presente artículo se centra en la regulación de plataformas en dos jurisdicciones clave: los Estados Unidos de América (EE UU) y China, sedes de las plataformas digitales más relevantes en el mundo (OCDE, 2019) y su comparación con la regulación europea. En primer lugar, se desarrolla el caso americano y, en segundo lugar, el chino.

## 2. Regulación y control de mercados de plataforma en EE UU

Tal como se ha indicado, los Estados Unidos de América no son una excepción en la tendencia generalizada de regulación de plataformas digitales. El hecho, además, de que las mayores plataformas —las denominadas GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft)— tengan su origen en este país (el valor combinado de mercado de todas ellas fue en 2021 alrededor de un 20 % del S&P 500) hace que el enfoque regulatorio estadounidense para plataformas digitales sea de especial relevancia en la evolución futura de estos mercados.

El debate público sobre la regulación de plataformas digitales en EE UU comenzó de forma paralela al europeo. El estudio más influyente realizado en Estados Unidos es el *informe Stigler* (Scott Morton *et al.*, 2019). Este informe señala la tendencia hacia la concentración en los mercados digitales, identificando a las plataformas digitales como actores con un elevado poder político y económico. Recomienda revisar los umbrales para el análisis de fusiones, aumentar la transparencia de las plataformas digitales, reforzar

---

<sup>1</sup> CMA = Competition & Markets Authority.

las normas de protección al consumidor, regular en determinados casos la obligación de interoperación, reforzar las normas de competencia, reducir el poder de las plataformas derivado de la acumulación de datos y el establecimiento de una autoridad digital independiente.

Las dos autoridades regulatorias de competencia a nivel federal, la FTC (Federal Trade Commission) y el Departamento de Justicia (DoJ, por sus siglas en inglés), están activas en casos antimonopolio, entre los que destaca el caso Google (DoJ, 2020), iniciado bajo la Administración republicana y todavía en curso.

La nueva Administración demócrata ha realizado algunos nombramientos clave en organismos responsables de la aplicación de regulación de competencia, destacando el de Lina M. Khan, la nueva presidenta de la FTC, en marzo de 2021. Khan es una firme defensora de aumentar el control regulatorio de estas plataformas destacando su artículo seminal sobre el caso de Amazon y la insuficiencia de la regulación de la competencia para resolver los retos que plantean las plataformas digitales (Khan, 2017). Jonathan Kanter, muy crítico con el poder de las grandes plataformas, fue también nominado en julio de 2021 para dirigir la aplicación de normativa de competencia en el DoJ. Por tanto, es plausible esperar que se incremente la acción regulatoria tanto de la FTC como del DoJ.

En paralelo, si bien durante las Administraciones de Trump y Obama no hubo actividad legislativa relevante para extender el marco regulatorio de plataformas digitales, en junio de 2021 se publicó el conjunto de propuestas legislativas para la regulación y control de mercados de plataformas digitales en Estados Unidos. Estas propuestas han sido diseñadas por el subcomité de *antitrust* del congreso de Estados Unidos, en forma de iniciativa conjunta de senadores y congresistas demócratas y republicanos, como resultado de la investigación de este subcomité sobre las principales plataformas digitales y dentro de la agenda legislativa *A Stronger Online Economy: Opportunity, Innovation, Choice*.

El paquete legislativo, en fase de discusión y pendiente aún de aprobación, incluye las siguientes cinco propuestas:

1) La *American Choice and Innovation Online Act* (Congreso EE UU, 2021a), que prohíbe prácticas discriminatorias por parte de las denominadas «plataformas dominantes», incluyendo la prohibición del establecimiento de preferencias a través de productos propios.

2) La *Platform Competition and Opportunity Act* (Congreso EE UU, 2021b), que prohíbe adquisiciones de compañías que supongan una amenaza competitiva para las plataformas dominantes, así como adquisiciones que aumenten o profundicen el poder de mercado de estas plataformas.

3) La *Ending Platform Monopolies Act* (Congreso EE UU, 2021c), que limita la capacidad de las plataformas dominantes para extender el control sobre diversas líneas de negocio mediante el establecimiento de preferencia sobre sus servicios propios y poner en desventaja a los competidores afectando a la libre competencia.

4) La *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching (ACCESS) Act* (Senado EE UU, 2021a), que está centrada en promover la competencia entre plataformas a través del establecimiento de obligaciones de interoperabilidad y portabilidad de datos, orientadas a reducir las barreras de entrada y los costes de cambio para usuarios de negocios y consumidores finales.

5) Por último, la *Merger Filing Fee Modernization Act* (Senado EE UU, 2021b) actualiza la información que deben proporcionar los participantes en operaciones de concentración, para facilitar que el Departamento de Justicia (DoJ) y la Comisión Federal del Mercado (FTC) dispongan de la información necesaria para hacer cumplir las leyes antimonopolio.

En general, la propuesta regulatoria estadounidense plantea objetivos similares a la europea, estableciendo también un modelo de intervención muy parecido. La actuación regulatoria se centra en un número limitado

de grandes plataformas con elevadas cuotas de mercado, que se configuran como ecosistemas que disfrutan de elevadas economías de escala y alcance, así como de efectos de red directos e indirectos, dificultando la contabilidad por parte de otras plataformas más pequeñas.

Al igual que la DMA, la propuesta estadounidense, está estructurada en tres aspectos: *i)* delimitación de los servicios sujetos a regulación equivalentes a los servicios de plataforma básicos o *Core Platform Services* de la DMA; *ii)* establecimiento de umbrales de intervención para definir los actores sujetos a la acción regulatoria; y *iii)* una lista de obligaciones y prohibiciones.

A continuación, se analizarán las similitudes y diferencias con la propuesta regulatoria europea en estos tres aspectos.

Comenzando por el ámbito de aplicación, mientras que la propuesta de DMA establece ocho categorías de servicios de plataforma básicos (CPS, por sus siglas en inglés) sujetos potencialmente a regulación, extendidos posteriormente en la negociación entre instituciones a navegadores y asistentes virtuales, la propuesta estadounidense identifica tres categorías amplias de servicios (Congreso EE UU, 2021a):

- Plataformas que faciliten la generación y distribución de contenidos (que incluiría las redes sociales y las plataformas de compartición de video de la DMA).
- Plataformas de comercio electrónico, que corresponderían los servicios de intermediación *online* de la DMA.
- Plataformas de búsqueda (al igual que en la DMA).

La propuesta estadounidense, al contrario que la DMA, no incluye de manera explícita los servicios de publicidad ni los servicios de intercomunicación personal no basados en numeración, aunque tampoco están excluidos dentro de las categorías establecidas. De la misma manera, los sistemas operativos y los servicios de computación y almacenamiento en la nube no están explícitamente considerados. No obstante, la definición de «plataforma» de la propuesta estadounidense es muy amplia e incluye tanto a sistemas operativos como servicios

*online*, donde podría considerarse que están encuadrados los servicios en la nube.

En general, la propuesta estadounidense es más ambigua que la europea en lo que respecta a los servicios regulados. Los servicios básicos incluidos inicialmente no están tan definidos como en la DMA, lo cual plantea como ventaja su mayor flexibilidad y capacidad de adaptación a la evolución futura, al coste de una menor certidumbre regulatoria y, consecuente, mayor litigación futura.

Para designar a los actores que estarán sujetos a regulación, la propuesta estadounidense establece, al igual que en el mecanismo de designación cuantitativa de la DMA, umbrales de intervención. Los umbrales de intervención de la propuesta estadounidense (600.000 millones de dólares de ventas anuales o capitalización de mercado) apuntan a regular a un número menor de actores que la propuesta europea, centrándose, exclusivamente, en los denominados GAFAM—Google (ahora Alphabet), Amazon, Facebook (ahora Meta) Apple y Microsoft—. Es decir, no se contempla una designación cualitativa tal como plantea el mecanismo de designación europeo, el único criterio es el de superación de umbral. En este sentido, al contrario que en la especificación de servicios básicos, la propuesta estadounidense es más clara y, en principio, está orientada para cubrir un número menor de actores. Esto es, en el caso estadounidense hay mayor certidumbre regulatoria sobre la designación de las empresas reguladas, lo que debería derivar en una menor litigiosidad.

En ambas propuestas se contempla como umbral un número similar de usuarios finales activos al mes en la correspondiente jurisdicción (50 millones en Estados Unidos y 45 millones en la Unión Europea), si bien en la propuesta europea se exige un número menor de usuarios de negocio que deben estar también presentes para ser regulados (10.000 respecto a los 100.000 de la estadounidense), en la propuesta estadounidense no es un requisito adicional, sino alternativo al número de usuarios finales. Mientras que la regulación europea está centrada en mercados

bilaterales<sup>2</sup> o multilaterales, limitando su intervención a aquellas empresas que tienen la condición de «guardianes de acceso» que suponen una vía de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, la estadounidense cubre también plataformas de un solo lado.

En resumen, en comparación con Europa, el enfoque estadounidense está orientado a plataformas en principio más grandes, es más ambiguo y flexible en la definición de servicios cubiertos, pero es más rígido en los criterios de designación de actores que están sometidos a regulación.

En lo que respecta a obligaciones y prohibiciones, si bien con ámbitos similares, la propuesta estadounidense es más abierta y amplia que la lista de obligaciones y prohibiciones definida en la DMA. Para un análisis comparativo de mayor detalle que excede la longitud del presente artículo, ver Schnitzer *et al.* (2021).

Si prospera la propuesta estadounidense, la FTC y el DoJ deberán elaborar directrices de aplicación de las obligaciones establecidas, que serán claves para limitar la litigación. En cualquier caso, es un enfoque más abierto en términos del conjunto de obligaciones a imponer que el europeo, ya que la propuesta de la DMA ha priorizado la aplicación directa de las obligaciones sin especificación posterior en muchas de ellas, mientras que en las más complejas, únicamente, se plantea una revisión de las medidas a aplicar por parte de la Comisión Europea que se activa a instancias del actor regulado.

Un conjunto muy relevante de las obligaciones para los actores regulados son las relacionadas con la interoperabilidad, donde la propuesta americana establece en la *Access Act* (Senado EE UU, 2021a) un conjunto de obligaciones más amplio en el establecimiento de *interfaces* con plataformas que compiten con el actor regulado, mientras que la propuesta europea requiere interoperación únicamente para servicios auxiliares usados por la

propia plataforma regulada, no incluyéndose el resto de servicios en la propuesta inicial de la Comisión Europea, si bien en la negociación entre Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea se ha incluido la interconexión básica para servicios de mensajería.

En lo que respecta a remedios estructurales como la separación, la propuesta americana abre más posibilidades de imposición de separación estructural que la europea (como es el caso de conflictos de interés irreconciliable cuando se produce un incumplimiento de la regulación) y no existen unos requisitos para activación tan exigentes como en el caso europeo, donde la propuesta de la Comisión Europea establece que deben existir varios incumplimientos en un plazo de tiempo relativamente corto.

Por último, en la autorización de operaciones de concentración, la propuesta de modernización de las reglas de análisis de estas operaciones (Senado EE UU, 2021b) propone invertir la carga de la prueba y el estándar de aprobación de adquisiciones. Bajo esta propuesta, el actor que propone la adquisición debe demostrar que no hay impacto en la competencia y no se permite compensar el daño potencial a la competencia con beneficios en eficiencia o aumentos esperados de la calidad. Por el momento no existe propuesta similar en el ámbito europeo, si bien en el artículo 12 de la propuesta de la DMA se incluye la obligación para los *gatekeepers* designados de informar sobre operaciones de concentración que involucren a cualquier servicio digital. En todo caso, dado que las plataformas estadounidenses tienen un gran peso en Europa, si esta propuesta sale adelante afectará también al mercado europeo.

### 3. Regulación y control de mercados de plataforma en China

#### Características de los mercados de plataforma en China

El mercado chino se caracteriza por el desarrollo de un ecosistema digital propio que difiere en gran

<sup>2</sup> Un mercado bilateral (en inglés: *two-sided market*) es un mercado en el que un grupo de usuarios genera una externalidad sobre otro distinto, existiendo una plataforma que los pone en contacto.

medida del resto del mundo. En China, en lugar de Google, Facebook y Amazon, existen empresas nacionales como Baidu, Tencent o Alibaba<sup>3</sup>.

Estas diferencias se deben a diversos factores. En primer lugar, cabe destacar el sistema de control de contenido en línea. El Gran Cortafuegos de China, llamado oficialmente Proyecto Escudo Dorado, comenzó a desarrollarse en 1998, cuando Internet apenas comenzaba a desplegarse en el país, y culminó en 2003. Se trata de un sofisticado sistema que permite un control de los contenidos de la red por parte del Gobierno chino actuando en varios niveles de red.

Desde 2009, el acceso a Twitter y Facebook está bloqueado en China. Google entró en el mercado en 2006 aceptando, al inicio, las normas sobre control de contenidos impuestas por el Gobierno chino. No obstante, en enero de 2010, comunicó que dejaría de colaborar con el sistema de censura del Gobierno tras una serie de ciberataques dirigidos a las cuentas de Gmail de activistas de derechos humanos y dejó de prestar servicios en el país al cabo de pocos meses.

En noviembre de 2021, Yahoo anunció su salida definitiva del país. Un mes antes, LinkedIn comunicó su intención de retirar la plataforma del país con la intención de crear otra, InJobs, enfocada únicamente a la búsqueda de empleo y que no tendrá el apartado de red social ni permitirá compartir contenido.

En todo caso, no debe confundirse el veto a los servicios de estas plataformas como redes sociales y de compartición de contenido con la expulsión de la empresa del mercado. El caso tal vez más paradigmático sería el de Facebook. Aunque su red social no está accesible para los usuarios en el país, China es el segundo país, tras Estados Unidos, en ingresos para la compañía. Esto es, las empresas chinas no tienen

ningún impedimento en utilizar Facebook para promocionar sus productos fuera de sus fronteras nacionales.

A esto se suma un mercado interno extremadamente dinámico en los primeros años de Internet, en el que multitud de empresas compitieron entre sí experimentando y probando todo tipo de negocios basados en plataformas.

Estos factores potenciaron el crecimiento de grandes compañías chinas entre las que destacan Baidu, Alibaba, Tencent (a las que a menudo se hace referencia bajo el acrónimo BAT) y ByteDance, propietaria de TikTok.

Baidu es principalmente conocido por los servicios de búsqueda *online*, sector en el que comenzó su actividad en el año 2000 y, al igual que Google, ha expandido sus servicios a mapas, publicidad, comercio electrónico, producción de entretenimiento e inteligencia artificial, entre otros, para convertirse en un verdadero gigante de la Internet china. Actualmente cuenta con dos líneas principales de negocio: Baidu Core, que representa más del 70 % de los ingresos de la compañía, e iQIYI que aporta el 30 % restante. iQIYI es una plataforma de videos *online* mientras que Baidu Core proporciona servicios de inteligencia artificial.

Alibaba se asocia a la gran plataforma de comercio en línea que compite con Amazon a nivel mundial pero también ha desarrollado un complejo ecosistema en torno a las siguientes líneas de negocio: comercio electrónico incluyendo minorista y mayorista y servicios logísticos de *marketing* y publicidad; computación en la nube; medios digitales y entretenimiento (plataformas de compartición de contenido, así como navegadores) o servicios financieros a través de su afiliación a Ant Group (Alipay).

Tencent ha desarrollado dos ecosistemas, QQ y WeChat, a partir de dos servicios de mensajería instantánea. Ambos se han ido desarrollando a lo largo del tiempo hasta convertirse en dos ecosistemas paralelos. WeChat se ha convertido en el mediador para la vida diaria en China. Ofrece un inmenso abanico de productos que incluyen aplicaciones de mensajería, llamadas, la posibilidad de pedir un taxi, concertar una cita médica, pagar multas, juegos en línea, abonar facturas

<sup>3</sup> En todo caso, existen plataformas chinas que están expandiéndose por todo el mundo. Alibaba está presente en numerosos países europeos a través de AliExpress. El ejemplo más notable es la red social de origen chino TikTok, utilizada para compartir videos cortos y que ha tenido un crecimiento exponencial en todo el mundo.



o realizar pagos en comercios. WeChat cuenta, además, con una tienda de aplicaciones que permite acceder a más de medio millón de pequeños programas sin necesidad de instalarlos en el terminal.

ByteDance fue fundada en 2012. En sus inicios, la actividad de la empresa se centraba en Toutiao, actualmente la plataforma de agregación de noticias más grande de China, con alrededor de 275 millones de usuarios activos mensuales. Douyin se lanzó en 2016 como plataforma de compartición de videos de corta duración (15 segundos). En septiembre de 2017, ByteDance creó la versión internacional de Douyin bajo el nombre de TikTok, que en septiembre de 2021 superó la cifra de 1.000 millones de usuarios activos.

### Regulación de las plataformas *online* en China

En una primera etapa, especialmente a partir de 2009 con la salida de las empresas extranjeras, el Gobierno chino favoreció el crecimiento de sus plataformas nacionales, teniendo en cuenta el aporte al desarrollo económico y tecnológico del país.

No obstante, a partir de 2018, el Gobierno chino comienza, al igual que en Europa y Estados Unidos, a considerar que las plataformas tienen un peso en el mercado muy elevado y que es necesario adoptar medidas al respecto.

Una diferencia relevante en la aplicación de las normas por parte de los órganos gubernamentales respecto a Europa y Estados Unidos es la baja litigiosidad de las decisiones adoptadas por la Administración. Es más, la publicación de la incoación del procedimiento resulta en muchos casos suficiente para que la empresa adopte medidas incluso más allá de las previstas en la norma. Por ejemplo, en 2015, Qualcomm no solo se avino a pagar una multa de 975 millones de dólares (8 % de la facturación de la empresa en China en 2013)<sup>4</sup> sino que ofreció un sustancial descuento en

el precio de sus licencias para el uso de sus patentes de 3G y 4G a los fabricantes de *smartphones* chinos.

Las comunicaciones públicas de la autoridad tienen un gran impacto en las empresas. Se trata de un instrumento especialmente efectivo en el caso de la autoridad de competencia que cuenta actualmente con una plantilla de técnicos especializados de menos de 50 personas, aunque existe la previsión de aumentarla significativamente en los próximos meses. Por ejemplo, cuando Alibaba fue sancionada con una multa récord de 2.800 millones de dólares por prácticas anticompetitivas en abril de 2021 (4 % de las ventas anuales), la reacción de la empresa fue publicar una carta de disculpas aceptando la sanción e indicando su total cooperación con la autoridad.

Hasta el establecimiento de la Administración Estatal para la Regulación de Mercados (SAMR, por sus siglas en inglés) en 2018, las funciones en materia de competencia se repartían fundamentalmente en cuatro organismos distintos: la Oficina Antimonopolio y Anticompetencia Desleal (SAIC, por sus siglas en inglés); la Oficina de Supervisión de Precios y Antimonopolio de la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma (NDRC, por sus siglas en inglés); la Oficina Antimonopolio del Ministerio de Comercio (MOFCOM, por sus siglas en inglés) y la Comisión Antimonopolio del Consejo de Estado. La creación de la SAMR fusiona estos cuatro organismos; pone bajo su estructura la Oficina Estatal de Propiedad Intelectual y le dota, además, de competencias adicionales en materia de industria y comercio, supervisión de calidad e inspección, estandarización, así como de supervisión de alimentos y medicamentos. Con esta gran reforma, aún en proceso de finalizar su estructura interna, se establece un único regulador y autoridad de competencia muy reforzado al que se dota de amplios poderes, autonomía y nuevos recursos con un perfil más profesionalizado (p. ej., aumento previsto en 2021 de la plantilla especializada en competencia en un tercio adicional al actual, o la creación de un centro de investigación dependiente del organismo para realizar análisis a modo de *think tank* en materias como el comercio *online*).

<sup>4</sup> La sanción máxima imponible en ese momento era del 10 %. En 2021, se ha propuesto elevarla al 55 %.

Estos cambios institucionales vienen acompañados de importantes cambios normativos. La Ley Antimonopolio de 2008 está en proceso de revisión. El borrador, sometido a consulta pública hasta finales de noviembre de 2021, incluye importantes modificaciones para actualizar la norma a la vista de los cambios tecnológicos, evitando, por ejemplo, que se limite la competencia en relación con el uso de datos o algoritmos y, por otro lado, reforzando aún más la SAMR, de forma que la sanción máxima que podría imponer el organismo pasaría de un 10 % de los ingresos del año precedente al 55 %.

Esta propuesta normativa viene precedida por la publicación a inicios de febrero de 2021 de las Directrices Antimonopolio para la Economía de Plataformas del Comité Antimonopolio del Consejo de Estado de China (2021) —en adelante, las Directrices—; la primera normativa de competencia específicamente dirigida a abordar los problemas de competencia de las plataformas aprobada a nivel mundial. Elaboradas en poco más de dos meses, estas Directrices suponen un mensaje claro de que la regulación de las plataformas es una de las principales prioridades de la autoridad. En este documento se abordan las particularidades de la aplicación de la Ley Antimonopolio en el contexto de la economía digital en el marco de cuatro objetivos principales: *i)* promover la competencia; *ii)* establecer un sistema de supervisión científico y eficiente; *iii)* estimular la innovación; y *iv)* proteger los intereses legítimos de todas las partes.

Las Directrices adaptan la aplicación de la Ley Antimonopolio a la economía de las plataformas abordando su impacto en el análisis de mercados, las prácticas colusorias, el abuso de posición de dominio y las concentraciones. En esta línea, desarrollan criterios para realizar el análisis de mercado, geográfico y de producto, y de dominancia de estas plataformas incluyendo indicadores específicos como el número de clics.

Respecto al mercado de producto, se enumeran tres posibles enfoques: *i)* definir el mercado en base al producto en un solo de los lados de la plataforma;

*ii)* considerar los dos lados de la plataforma y la relación entre ellos; y *iii)* analizar el ecosistema de la plataforma cuando los efectos de red entre plataformas sean significativos. La autoridad podrá utilizar cualquiera de los tres enfoques que se adapten mejor al caso concreto.

Respecto a las prácticas colusorias, se aborda con especial detalle el impacto en la competencia del uso de *big data*, algoritmos, o las normas internas de las plataformas teniendo en cuenta su papel facilitador de comportamientos coordinados y en los acuerdos restrictivos de la competencia. Aunque sin prohibirlas directamente, menciona el riesgo que también tendrían las cláusulas de nación más favorecida de constituir un acuerdo anti-competitivo o abuso de posición de dominio.

Se tiene también en cuenta la casuística de casos de competencia previamente abordados por la SAMR y que son característicos del mercado tecnológico chino (por ejemplo, prácticas como «elija uno de los dos» o *hub and spoke*).

En relación con los abusos de posición de dominio, las Directrices contemplan la posibilidad de considerar la plataforma o insumos bajo su control (principalmente, los datos) como facilidades esenciales en el caso, por ejemplo, de que no exista posibilidad de sustitución de otras plataformas, las barreras a la entrada para establecer una plataforma alternativa viable, etc. En estos casos, los operadores deberán demostrar que la negativa o restricciones a contratar se realizan por motivos legítimos. El regulador muestra también una preocupación por la utilización de *big data* para discriminar entre usuarios finales realizando un trato discriminatorio injustificado, como precios más elevados u otras condiciones contractuales, en función de perfiles establecidos a través de algoritmos.

En materia de concentraciones, se indica que se seguirá, especialmente, la adquisición de empresas emergentes para abordar los problemas derivados de las estrategias de *killer acquisitions*.

El 29 de octubre de 2021, la SAMR publicó para consulta pública dos nuevas Directrices dirigidas a abordar los

**TABLA 1**  
**CLASIFICACIÓN DE LAS PLATAFORMAS POR TAMAÑO**

| Tipo                         | Criterio                                 | Indicador   |
|------------------------------|--|---|
| Superplataforma              | Número de usuarios muy grande            | Más de 500 millones de usuarios activos anuales en China  |
|                              | Amplia gama de categorías de negocio     | El negocio principal involucra al menos dos tipos de negocio de plataforma  |
|                              | Volumen de negocio ultraalto             | El valor de mercado a fines del año pasado no inferior a 1 billón RMB (aprox. 139 mil millones de euros)          |
|                              | Guardián de acceso ( <i>gatekeeper</i> ) | Fuerte capacidad para restringir la capacidad de los comerciantes para llegar a los consumidores y usuarios       |
| Gran plataforma              | Gran número de usuarios                  | Más de 50 millones de usuarios activos anuales en China   |
|                              | Negocio principal                        | Rendimiento sobresaliente de la plataforma principal del negocio  |
|                              | Valor de mercado muy alto                | El valor de mercado a finales del año pasado no inferior a 100 mil millones RMB (aprox. 14 mil millones de euros) |
|                              | Guardián de acceso ( <i>gatekeeper</i> ) | Fuerte capacidad para restringir la capacidad de los comerciantes para llegar a los consumidores y usuarios       |
| Plataforma pequeña y mediana | Número de usuarios                       | Tiene un cierto número de usuarios activos en China   |
|                              | Ciertos tipos de negocios                | Tener un determinado negocio  |
|                              | Valor de mercado                         | Tiene un cierto valor de mercado  |
|                              | Ciertos límites a la capacidad           | Tiene una cierta capacidad para limitar el acceso del comerciante a los consumidores y usuarios                   |

**FUENTE:** Elaboración propia.

problemas emergentes de las plataformas digitales: las Directrices de Clasificación y Calificación de Plataformas de Internet y las Directrices de Responsabilidad de las Plataformas de Internet (SAMR, 2021).

La primera de las Directrices establece una clasificación que divide a las plataformas, por un lado, en seis categorías según el servicio prestado: *i)* compra de bienes; *ii)* compra de servicios (las denomina «plataformas de servicios de vida» e incluye la adquisición *online* de todo tipo de servicios: viajes, distribución, trabajo doméstico, alquiler de viviendas, educación infantil, etc.); *iii)* entretenimiento; *iv)* servicios de información; *v)* servicios financieros; y *vi)* aplicaciones computacionales. Y, por otro lado, realiza una clasificación en función del tamaño teniendo en cuenta los criterios que se presentan en la Tabla 1.

La segunda de las Directrices establece la responsabilidad de las distintas plataformas. Estas nuevas propuestas de Directrices tendrían cierto paralelismo con la propuesta de *Digital Services Act* europea, al diferenciar entre distintos tipos de plataformas por su tamaño sobre las cuales se impondrían obligaciones más o menos restrictivas en función de esta clasificación. Las Directrices de responsabilidad tienen un carácter horizontal. No solo contienen normas para abordar los problemas de competencia sino que incluyen también disposiciones con un ámbito muy extenso y variado tocando prácticamente todas las problemáticas surgidas en torno a estos servicios: protección de datos; privacidad; ciberseguridad; protección de usuarios (incluyendo medidas específicas para la protección tanto de menores como de personas mayores); competencia desleal; fiabilidad

de las reseñas de servicios; fomento de la innovación; gestión de contenidos y medidas contra las noticias falsas generadas por usuarios; ética en el uso de algoritmos y *big data*; publicidad *online*; protección de los trabajadores de las plataformas; medidas de protección medioambiental; y propiedad intelectual o fiscalidad.

En materia de competencia, estas Directrices incluyen nuevas restricciones sobre las superplataformas entre las que destacan la obligación de promover la interoperabilidad entre sus servicios y también con los servicios prestados por terceros; prohibición de utilizar injustificadamente los datos generados o proporcionados por sus usuarios de negocios; prohibición de *tying* para acceder a los servicios asociados de la plataforma o la prohibición de discriminación que favorezca a sus productos frente a los de terceros. Para el control del cumplimiento de las normas, incluyendo las de competencia, las superplataformas deberán establecer un departamento de *compliance* y realizar análisis de riesgos anuales. Para estas superplataformas se invierte la carga de la prueba a la hora de demostrar que su comportamiento no afecta a la competencia o que se trata de prácticas justificadas.

Todas las plataformas, con independencia de su tamaño, deberán establecer también mecanismos de auditoría y control para detectar prácticas que impidan o limiten el comercio, incrementando la transparencia y publicando información sobre las condiciones del servicio. Las plataformas se abstendrán de utilizar medios técnicos que tengan un impacto en la competencia, en especial en la manipulación de los precios. Finalmente, se incluyen una serie de medidas para proteger a los usuarios de negocio frente a medidas discriminatorias o condiciones abusivas impuestas por las plataformas y la obligación de establecer un sistema de reclamaciones por parte de la plataforma para garantizar estos derechos.

Por último, en cuanto a la implementación de las medidas, si consideramos que no se espera que las obligaciones previstas en la *Digital Markets Act* europea estén plenamente vigentes hasta 2023 y la escasa litigiosidad de las medidas adoptadas por las

autoridades en China, la aplicación de estas Directrices puede suponer una primera aproximación a nivel mundial para conocer la efectividad de la imposición de medidas regulatorias para la apertura de los mercados de plataformas y su funcionamiento, si bien en un contexto no directamente extrapolable al europeo.

A diferencia del caso de EE UU, es probable que las medidas impuestas sobre las grandes plataformas chinas tengan un menor impacto sobre los usuarios de negocio y finales europeos y, viceversa, las impuestas en Europa y EE UU tengan una repercusión todavía más reducida en la prestación de los servicios en China. Esto es, principalmente, debido a la existencia de su propio ecosistema, con empresas nacionales que, salvo notables excepciones como Alibaba o TikTok, no compiten con las plataformas preponderantes en Europa y EE UU. El enfoque regulatorio chino incluye la actualización de las normas de competencia flexibilizando los mecanismos de definición y análisis de mercado, adaptando el de dominancia a los nuevos servicios digitales incluyendo parámetros como datos de navegación y clarificando su análisis de conductas abusivas y tratamiento de concentraciones. La DMA salva estas dificultades técnicas incluyendo directamente en la norma los servicios a regular y, en lugar de realizar un análisis de dominancia, incluye unos criterios cuantitativos y cualitativos que facilitan la identificación de las empresas a regular de forma suficientemente directa.

Las nuevas Directrices en preparación, las de Clasificación y Calificación de Plataformas de Internet y las de Responsabilidad de las Plataformas de Internet, se acercan al enfoque de la Unión Europea de la DSA, ya que establecen unos umbrales de responsabilidad en función del tamaño de la plataforma y tiene un carácter más horizontal que la DMA.

#### 4. Conclusiones

En lo que respecta al caso de EE UU, las propuestas regulatorias elaboradas en el Congreso y Senado de EE UU, y pendientes de tramitación, apuntan a

un modelo regulatorio similar al europeo, centrado en un pequeño número de plataformas digitales muy grandes para los que se establecen obligaciones y prohibiciones. La designación de actores a regular en el caso americano es únicamente cuantitativa (al contrario que la europea, que contempla también designación cualitativa), y plantea más flexibilidad a la hora de establecer los servicios básicos regulados (más explícitamente definidos en el caso europeo). La lista de obligaciones establece también una mayor flexibilidad, estableciéndose mayores obligaciones de portabilidad e interoperación que en Europa y dejando mayor espacio a remedios estructurales de separación. No obstante, al igual que en el caso europeo, está pendiente aún de configuración final y aprobación, para la cual no hay fecha prevista y dependerá en gran medida de la evolución de la política estadounidense.

En las propuestas en China también se aprecian similitudes con el enfoque europeo en cuanto a la fijación de umbrales y la imposición de obligaciones a las plataformas de mayor tamaño. En cuanto a las diferencias con el modelo europeo, si bien no circunscritas exclusivamente a la regulación de plataformas, debe mencionarse la escasa litigiosidad de las empresas ante las decisiones de las autoridades de competencia chinas.

Por último, cabe destacar que las Directrices de la SAMR puede que sea la primera regulación de plataformas que empiece a ser efectiva, por lo que será de gran interés observar sus efectos y aplicación.

## Referencias bibliográficas

- CE, Comisión Europea. (2020a). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*. COM(2020) 825 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608117147218&uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>
- CE, Comisión Europea. (2020b). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*. COM(2020) 842 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>
- CMA, Competition & Markets Authority, United Kingdom. (2021). *Compendium of approaches to improving competition in digital markets*. <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>
- Comité Antimonopolio del Consejo de Estado de China. (2021). *Directrices antimonopolio del Comité Antimonopolio del Consejo de Estado sobre la Economía de Plataforma*. [https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207\\_325967.html](https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html)
- Congreso EE UU. (2021a). *American Choice and Innovation Online Act (H.R.3816)*. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3816>
- Congreso EE UU. (2021b). *Platform Competition and Opportunity Act of 2021 (H.R.3826)*. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3826/text>
- Congreso EE UU. (2021c). *Ending Platform Monopolies Act (H.R.3825)*. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3825/text>
- DoJ, Department of Justice United States of America. (2020). *Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws*. Press release. <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>
- Khan, L. M. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 126(3), 710-805. [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2808](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2808)
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2019). *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2021). *Data portability, interoperability and digital platform competition*. <http://oe.cd/dpic>
- SAMR, State Administration for Market Regulation. (2021). *Consultas públicas de las Directrices para la clasificación y calificación de las plataformas de Internet y Directrices para la implementación de las responsabilidades de los sujetos en las plataformas de Internet*. [https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027\\_336137.html](https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027_336137.html)
- Schnitzer, M., Maximilians, L., Crémer, J., Dinielli, D., Fletcher, A., Heidhues, P., Scott, F. M., & Seim, K. (2021). *International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals* (Yale Tobin Center for Economic Policy, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5). <https://tobin.yale.edu/digital-economy-project/policy-discussion-papers>
- Scott Morton, F. M., Bouvier, P., Ezrachi, A., Jullien, B., Katz, R., Kimmelman, G., Douglas Melamed, D., & Morgenstern, J. (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, University of Chicago Booth School of Business. <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/market-structure-report%20-15-may-2019.pdf>  
Senado EE UU. (2021a). *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2019 or the ACCESS*

*Act of 2019 (S.2658)*. <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2658>  
Senado EE UU. (2021b). *Merger Filing Fee Modernization Act of 2021 (S.228)*. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/228>

José María Goerlich Peset\*

# PLATAFORMAS DIGITALES Y REGULACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

*La rápida expansión de la oferta de servicios a través de plataformas ha abierto varios debates desde la perspectiva del derecho del trabajo: su condición empresarial, la calificación de los servicios prestados y el modo en que se protege a las personas que los desarrollan. En el artículo se da cuenta del estado de la cuestión en nuestro país con mención de las propuestas de regulación europeas.*

## Digital platforms and labour market regulation

*The rapid expansion of the offer of services through platforms has opened several debates from the perspective of Labour Law: the employer status, the determination of the services provided and the way in which people who develop them are protected. The article gives an account of the state of the question in our country with a mention of the European regulation proposals.*

**Palabras clave:** trabajo en plataformas, contrato de trabajo, trabajo autónomo.

**Keywords:** platform work, employment contract, self-employment.

**JEL:** J83, K31.

### 1. Introducción

En algo más de una década, las plataformas digitales han irrumpido en el debate jurídico-laboral de forma repentina pero intensa. Si las más conocidas iniciaron su actividad en la primera década del siglo XXI (Amazon Mechanical Turk en 2005, Uber en 2009, etc.), llegaron a España a mediados de la siguiente (Uber en 2014, Deliveroo en 2015, etc.). En la segunda parte de esta, se dictó la primera sentencia en relación

con los conocidos como *riders* (Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Valencia, n.º 244/2018, de 1 de junio), que fue seguida por otras muchas, no siempre en el mismo sentido, hasta que su tratamiento fue unificado por el Tribunal Supremo (sentencia núm. 805/2020, de 25 de septiembre). Desde el punto de vista teórico, en fin, hemos asistido a una súbita e intensa explosión del análisis. El primer tratamiento monográfico (Todolí, 2017) se construyó sin referencias jurisprudenciales, entonces inexistentes, y sobre bibliografía extranjera, aparte la española más general. Cinco años después, la base de datos Dialnet, consultada sobre las «plataformas digitales» en el ámbito del «derecho social», arroja la friolera de 103 publicaciones, de las cuales más del 60 % corresponden a los dos últimos años. Finalmente, sin perjuicio del

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (Estudi General).

Contacto: [Jose.M.Goerlich@uv.es](mailto:Jose.M.Goerlich@uv.es)

Versión de marzo de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7366>

proceso normativo que acaba de iniciarse en el ámbito europeo, el propio legislador se ha hecho eco de la cuestión: el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, posteriormente sustituido por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, modificó en este sentido el Estatuto de los Trabajadores (ET) con la idea, según su título, de «garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales».

Esta enorme atención es, por supuesto, una clara muestra de que esta nueva forma de obtener servicios en el mercado tiene extraordinaria importancia. Supone, también, que resulta difícil dar cuenta de la riqueza y complejidad del tema en todos sus aspectos y matices; sobre todo, si observamos que alguna de las manifestaciones concretas, la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones entre las plataformas de distribución y los *riders*, ha copado la atención de los teóricos, que acaso hemos descuidado un tanto los verdaderos retos que estas nuevas formas de organización empresarial plantean desde la perspectiva de la ordenación del mercado de trabajo.

En este contexto, las consideraciones que siguen aspiran simplemente a presentar de forma breve el estado a la cuestión. A estos efectos, se analizan, en primer término, las cuestiones relacionadas con la calificación de las prestaciones de servicios cuando en la misma intervienen plataformas digitales. La respuesta a esta cuestión es de suma trascendencia, toda vez que determinará la aplicabilidad o no de las reglas laborales. Sin embargo, aunque a este aspecto se le ha dedicado hasta ahora el grueso de la atención, tanto por los teóricos como por los restantes operadores jurídicos, incluyendo al propio legislador, es obvio que no agota los problemas que plantea. De mucha mayor importancia es, desde mi punto de vista, señalar los retos que esta nueva forma de prestación de los servicios plantea a las reglas laborales vigentes, pensadas para realidades bien distintas.

Este artículo se organiza en los siguientes cuatro apartados. En primer lugar, se estudian los elementos

detrás de la consideración de las plataformas digitales como empresarios laborales o meros intermediarios. En segundo lugar, para aquellos casos en los que se haya determinado la condición de la plataforma como empresario, se estudia la relación que esta guarda con los individuos gracias a los cuales la plataforma puede prestar servicios, como empleados de la misma o como autónomos, abordando en particular el caso de los *riders*. En tercer lugar, se abordan métodos que permiten evitar la consideración laboral de los *riders* y también se aborda la disyuntiva entre trabajo autónomo y asalariado que encontramos en las plataformas en general y no solo las vinculadas a los *riders*. En cuarto lugar, se estudia la inadecuación general del marco regulatorio actual en el ámbito del trabajo ante la nueva realidad de las plataformas.

## 2. Las plataformas digitales como empresarios laborales

Que las plataformas digitales pueden ser verdaderos empresarios en sentido laboral es algo que sabemos desde hace algunos años. Su condición empresarial es indiscutible desde la perspectiva mercantil puesto que su finalidad es ofrecer bienes o servicios al mercado. Pero tienden a presentarse como instrumentos técnicos, cuya única función es aproximar las ofertas y demandas correspondientes; oferentes y demandantes contratarían directamente entre ellos en el ciberespacio. Frente a esta aproximación, la jurisprudencia europea ha dejado claro en 2017 que, en determinadas condiciones, la actuación de la plataforma puede trascender las funciones de mera intermediación en el mercado digital; y, en estos casos, se convierten en empresarios en sentido laboral, esto es, en sujetos jurídicos con los que pueden mantenerse contratos de trabajo (art. 1.2 ET).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido la oportunidad de pronunciarse dos veces sobre la naturaleza de los servicios prestados por dos filiales de Uber a través de sus plataformas digitales (sentencias de 20 diciembre de 2017, C-434/15, Asociación



profesional *Élite Taxi* y *Uber Systems Spain, S. L.*, y de 10 de abril de 2018, C-320/16, *Uber France SAS*). Se trata de saber si el servicio desarrollado por Uber debía ser calificado como transporte o, como pretendía la empresa, de «mero servicio de intermediación entre conductores y consumidores prestado en el ámbito de la sociedad de la información». En términos de la normativa europea —y, por tanto, también en el ámbito interno— la respuesta tiene suma importancia puesto que, en el primer caso, las posibilidades de condicionar la actividad en el ámbito interno son notablemente superiores. En concreto, sin entrar en detalles —que pueden verse en Goerlich (2018a)— la actividad de Uber podría quedar sujeta a un requisito de autorización previa que sería inviable en el segundo.

Para resolver la cuestión, el TJUE, en línea con lo sostenido por la Comisión Europea en su Comunicación *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* [COM(2016) 356 final; cfr. apartado 2.1], admite que la actividad de las plataformas digitales puede encajar en la noción de servicio de intermediación y ser, con ello, ajena al concepto de transporte. Tal ocurre cuando se limita a la transmisión al prestador del servicio, por medio de la aplicación, de la información relativa al servicio requerido por el cliente. Sin embargo, en el supuesto que se analiza, la actividad de la empresa propietaria de la plataforma no se limita a ello; además, crea un determinado tipo de servicio de transporte, al que solo puede accederse a través de la aplicación y cuyo funcionamiento general organiza. En palabras del primero de los dos pronunciamientos citados, los conductores no profesionales «no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte» si no fuera por la utilización de la aplicación; y «las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores» si no disponen de ella. Adicionalmente, «Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores: (...) establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar

una parte al conductor no profesional del vehículo y (...) ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, (...) que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos» (§ 39). A la postre, el servicio de intermediación desarrollado por Uber es inseparable, y por ello forma parte, de un servicio más amplio cuyo elemento principal es el transporte (§ 40).

Aunque una parte importante de los comentaristas vieron en estas sentencias un anticipo de una determinada solución al problema de los *riders*, lo cierto es que la doctrina del TJUE en el caso Uber se mueve en un nivel de reflexión diferente, el de los requisitos de acceso al mercado de las plataformas. Eso sí, al distinguir dos tipos de plataformas, las dedicadas a la intermediación en el mercado de bienes y servicios y las que actúan directamente en él, abre la puerta a la posibilidad de que algunas de ellas puedan llegar a ser empresarios laborales. Ahora bien, a estos efectos, el análisis del objeto de la plataforma es una condición necesaria pero no suficiente para poder ser calificada como tal; hace falta, además, que la contratación de servicios se ajuste a las exigencias del tipo legal de contrato de trabajo (art. 1.1 ET). Volveré de inmediato sobre este problema.

Antes, creo que es necesario advertir que, incluso si las plataformas se mantienen en el terreno de la mera intermediación en el mercado de servicios, pueden tener que ajustarse a las exigencias de las normas laborales. En efecto, en función de las condiciones que tengan demandante y oferente del servicio y la forma en que se relacionen, la intermediación puede quedar al margen de las reglas laborales, si aquella se refiere a servicios interempresariales o es de carácter autónomo; o puede estar sujeta a algunas de ellas, cuando la prestación revista las características propias del contrato de trabajo. En este segundo caso, en función de las circunstancias en las que se desarrolle la intermediación de la aplicación, esta puede ser considerada como agencia de colocación o como cedente de trabajadores. En el primer caso, habría de acomodar su

funcionamiento a las previsiones de los arts. 33 ss. de la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo) y normas reglamentarias de desarrollo (Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación), que, por cierto, se refieren precisamente a las que «casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos» (art. 3.1.III). En el segundo caso, sin embargo, salvo que la plataforma cumpla las previsiones de la legislación de empresas de trabajo temporal (Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y normativa de desarrollo), su actividad topará con la prohibición de cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET).

### 3. La calificación de la prestación de servicios a través de plataformas

Suponiendo que la actividad de la plataforma no se limita a la mera intermediación, se plantea de lleno el problema de la calificación de las relaciones que establece con quienes prestan sus servicios para ella. Se trata de saber si son contratos de trabajo o si, por el contrario, han de ser calificadas como prestaciones autónomas. De la respuesta depende el régimen jurídico aplicable. Si es la primera, resultan de aplicación las normas laborales, encabezadas por el Estatuto de los Trabajadores, y las de Seguridad Social establecidas para los trabajadores por cuenta ajena, con la consiguiente obligación empresarial de contribuir mayoritariamente al sistema. En cambio, si se trata de prestaciones autónomas, no se aplica la legislación laboral sino la normativa en materia de trabajo autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo [LETA]), que remite al derecho privado, civil o mercantil (cfr. art. 3.1), en cuyo sistema prevalece la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en la delimitación de las condiciones del servicio; por su parte, las cargas de Seguridad Social gravan en exclusiva al prestador de servicios.

Por supuesto, el coste para la plataforma-empresario de los servicios ofrecidos puede ser extraordinariamente diferente, según que se consideren laborales o no. Y ello explica que tiendan a ofrecer una imagen de meras intermediarias entre demandantes y oferentes de un servicio de carácter autónomo, de modo que no resulten de aplicación las normas protectoras de los trabajadores por cuenta ajena, en el terreno contractual y de Seguridad Social. Sin embargo, a la hora de trazar las fronteras entre el contrato de trabajo y las relaciones autónomas de prestación de servicios, las posibilidades de la autonomía de la voluntad son limitadas. En otras palabras, el hecho de que las partes indiquen que una cierta prestación de servicios constituye un contrato civil o mercantil no impide que, *a posteriori*, en caso de conflicto, pueda considerarse constitutiva de un contrato de trabajo.

#### El debate sobre los *riders*...

Lo hemos visto con claridad en el caso de los *riders*. La relación entre la plataforma y el repartidor se presentaba como una prestación de naturaleza autónoma. En concreto, a partir de un cierto momento, como la de un trabajador autónomo económicamente dependiente, cuyo nivel de protección normativa es ligeramente superior al de los ordinarios (cfr. arts. 11 ss. LETA). Sin embargo, pronto han comenzado a surgir conflictos en relación con esta calificación, no solo de carácter estrictamente laboral (despidos, etc.) sino, sobre todo, en materia de Seguridad Social, como consecuencia de las actuaciones de la Inspección de Trabajo cuya «labor esencial... se encuentra en el origen de buena parte de las sentencias que han resuelto a favor o en contra de la laboralidad de las prestaciones de servicios en plataformas digitales de reparto», como ha indicado el legislador en el preámbulo del Real Decreto-ley 9/2021 y de la Ley 12/2021.

Para afrontar estos conflictos, los intérpretes únicamente disponen de los criterios tradicionalmente utilizados para determinar si una determinada prestación

voluntaria y retribuida de servicios constituye o no un contrato de trabajo. La regla general en esta materia se encuentra en el art. 1.1 ET, en cuya virtud existe contrato de trabajo cuando voluntariamente se prestan servicios retribuidos «por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Los dos conceptos característicos de las prestaciones laborales, dependencia y ajenidad, se disuelven, en la práctica, en una serie de indicios típicos que permiten encontrarlos en los supuestos concretos sobre los que se discute. El problema es que, en relación con los *riders*, es posible encontrar rasgos indiciarios propios del trabajo subordinado, junto con otros que se moverían en una línea diferente. La aportación de los materiales necesarios para la prestación, el sistema retributivo y, sobre todo, la capacidad para decidir sobre la propia prestación —si se produce o no y en cuál de los turnos ofertados por la plataforma— apuntan en este sentido. Por el contrario, la fuerte capacidad organizativa derivada del algoritmo, al condicionar de forma decisiva las elecciones de los repartidores, lo haría en dirección contraria.

De este modo, el debate sobre la existencia o no de un contrato de trabajo, en este supuesto concreto, ha sido intenso. En el plano teórico, junto a aproximaciones que han hecho hincapié en el carácter laboral (Todolí, 2017, pp. 52 ss.), han existido otras que han sostenido su difícil encaje en los conceptos definitorios del contrato de trabajo y tendido a encuadrarlas en el terreno del trabajo autónomo (Mercader, 2017). Esta polémica se ha reproducido, después, en las aulas judiciales. Las aproximaciones de los Juzgados de lo Social y, luego, de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia tampoco han sido unánimes, como puede comprobarse (Goerlich y García Rubio, 2018; García Rubio, 2020). Por lo demás, esta misma división de opiniones puede encontrarse a nivel del derecho comparado (Sánchez-Urán, 2018).

### ... y su cierre jurisprudencial y legislativo

En todo caso, en España la cuestión se ha cerrado por la intervención del Tribunal Supremo, primero, y del legislador, unos meses después. Por lo que se refiere a la primera, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020, de 25 de septiembre, unificó doctrina sobre la cuestión considerando que entre una plataforma y el repartidor que ejecuta materialmente los encargos existe un contrato de trabajo. Por más que ello haya venido precedido del intenso debate al que acabo de aludir, la solución final era previsible desde el principio. Después de todo, el episodio de los *riders* reproducía, en clave 4.0, el que se planteó con los «mensajeros» en la década de los ochenta. La cuestión de los «mensajeros» culminó con un cambio de criterio en relación con los transportistas con vehículo propio protagonizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 febrero de 1986. Este pronunciamiento fue seguido por otros —a los que, por cierto, se refiere con detalle la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020 (fundamento 12.º)— que fueron extendiendo su alcance hasta que la reforma de 1994 incorporó al ET un nuevo precepto, el art. 1.3.g), que estableció un límite objetivo excluyendo la laboralidad en los casos en los que el desarrollo de la actividad requiere la obtención de la llamada tarjeta de transporte. La interpretación a contrario de esta regla ejercía una atracción irresistible para resolver el problema pues, en rigor, la mayor diferencia entre los «mensajeros» y los *riders* es que aquellos se ponían a disposición llamando por teléfono, mientras que estos conectaban a través de la *app*; y es claro que apunta a una mayor subordinación...

Con todo, no puede discutirse el interés de algunas aportaciones de la forma en que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020 aborda el problema. De entrada, destaca su punto de partida sobre la necesidad de reinterpretar los elementos diferenciadores a la luz del cambio tecnológico: dado que «las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de

servicios», es preciso «adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil)». En este contexto, aunque hay elementos que, «en principio, parecen contrarios a la existencia de un contrato de trabajo, como la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir la franja en la que va a prestar servicios o de compatibilizar el trabajo con varias plataformas» han de ser valorados a la luz de las circunstancias tecnológicas. De un lado, desde la perspectiva de la dependencia, la «teórica libertad de elección» de los *riders* viene claramente condicionada por vía algorítmica pues la aplicación, a través, entre otros mecanismos, del sistema de puntuación de los repartidores, la delimita de forma decisiva (fundamento 18.º). Por lo que se refiere a la ajenidad, de otro lado, se hace hincapié en la titularidad de la facultad de fijación de precios y de cobro efectivo de las tarifas —que corresponden a la plataforma—, y en la diferencia entre la importancia económica de la plataforma digital y los medios materiales que aportan los prestadores del servicio —lo esencial «no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital..., en la que deben darse alta restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible la prestación del servicio»—. A la postre, se destaca que se realiza la actividad «bajo una marca ajena».

Con posterioridad a la clarificación jurisprudencial de la naturaleza de los *riders*, se ha abierto un proceso de diálogo social, fruto del cual ha sido la aprobación de una normativa específica de rango legal: primero, el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, cuya tramitación parlamentaria como proyecto de ley dio lugar, después, a la Ley 12/2021, de 28 de septiembre. Estas normas, dirigidas según su título a «garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales», han supuesto la adición al Estatuto de los Trabajadores de una disposición adicional 23.<sup>a</sup>, que establece según su rúbrica, una «presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto».

#### 4. Más allá de la laboralidad de los *riders*

Se ha destacado la «importancia extraordinaria» de las reglas introducidas por el Real Decreto-ley 9/2021 (Mella, 2021). Por su parte, este y, luego, la Ley 12/2021 han afirmado que «el diálogo social ha permitido que nuestro país avance de forma pionera en esta materia». Sin embargo, las cosas han de situarse en sus justos términos. Ni la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020, de 25 de septiembre, ni las normas de 2021 han cerrado el tema de la calificación del trabajo a través de plataformas.

#### Las vías de escape

Es preciso tener en cuenta que la calificación de una relación como laboral o no se basa en los indicios existentes. No existen, por ello, dos casos iguales en la medida en que la variación de las características de la relación que se enjuicia puede llevar a una solución diferente. Probablemente, por eso, la disposición adicional 23.<sup>a</sup> ET no declara sin más la laboralidad de «la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital», sino que se limita a presumirla.

Sin entrar en los problemas interpretativos que esta configuración plantea —que pueden verse en Mella (2021)— parece apuntar en el sentido de que la actividad puede ser desarrollada también de forma autónoma, si la empleadora no ejerce «facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital». Esta idea tiene apoyo en la propia doctrina del TJUE como resulta de su Auto de 22 abril de

2020, C-692/19, en el que se resuelve una cuestión prejudicial en relación con un repartidor que atiende encargos de una plataforma, utilizando su propio vehículo y *smartphone*. En el contrato que le vincula con aquella está clasificado como contratista independiente discutiéndose tal calificación: se aspira, en concreto, a ser considerado como trabajador a efectos de la aplicación de las normas europeas en materia de jornada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo rechaza siempre que la persona «tenga derecho a recurrir a subcontratistas o a sustitutos para prestar el servicio al que se comprometió», a «aceptar o no los diferentes encargos ofrecidos por su presunto empleador o fijar unilateralmente un número máximo de tales encargos», a «prestar sus servicios a terceros, incluidos a competidores directos del presunto empleador, y a fijar su propio horario de "trabajo" dentro de ciertos parámetros, así como adaptar su tiempo a sus necesidades personales y no solo a los intereses del presunto empleador». Si esto es así, por mucho que esté presente una plataforma no puede afirmarse que exista una relación de subordinación, salvo que la independencia de la persona resulte ficticia, cuestión esta última que corresponde elucidar a los órganos jurisdiccionales internos teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias. De este modo, mediante el cambio de las condiciones en que se prestan los servicios, es posible reabrir el debate sobre la consideración de los *riders* como trabajadores autónomos. A juzgar por las noticias de prensa, alguna plataforma de reparto ha optado por esta vía en el intento de que sus servicios sigan al margen de las normas laborales. En consecuencia, cabe pensar que en el futuro se plantearán nuevas cuestiones.

Y ello, sin contar con otras posibilidades a disposición de las plataformas para orillar el impacto de la laboralidad de los *riders*. En este sentido, alguna de estas empresas de reparto está sustituyendo el recurso a la prestación directa de los repartidores por la subcontratación con empresas que son las que formalmente entablan relaciones con aquellos. Los servicios que los clientes demandan a la plataforma se

derivan a una de estas empresas (las llamadas «flotas») que son las que mantienen la relación con el concreto repartidor. Ni que decir tiene que es, precisamente, la capacidad de las plataformas para coordinar de forma directa las actuaciones de estas «flotas» y de sus trabajadores la que hace que este esquema más complejo desde la perspectiva jurídica pueda funcionar en tiempo real, es decir, como si la plataforma estableciera directamente su relación con las personas prestadoras del servicio. De ahí que se haya objetado que estemos en presencia de verdaderas contrataciones de obras o servicios, legítimas, aunque sujetas a las garantías del art. 42 ET, y se empiece a considerar que estamos en presencia de un supuesto de interposición, prohibido como cesión ilegal por el art. 43 ET.

En un reciente trabajo (Esteve y Todolí, 2021) se han descrito, en efecto, este tipo de estrategias por parte de las plataformas y se han formulado propuestas dirigidas a frenarlas sobre la base de las previsiones del art. 43 ET. A estos efectos, se indica la necesidad de abandonar los «viejos» criterios para diferenciar contrataciones legales de cesiones ilegales y sustituirlos por «nuevos indicios de cesión ilegal», en los que la utilización de las potencialidades de la *app*, así como la imagen que la misma proyecta, sean relevantes. Se trata de una reconstrucción sugerente, aunque, como los mismos autores admiten, no es fácil que prospere habida cuenta la interpretación consolidada en la jurisprudencia. Y no solo porque, como afirman, esta se base en una concepción de cesión ilegal excesivamente formalista, sino porque la doctrina del Tribunal Supremo ya ha conocido casos de gestión algorítmica de la descentralización y ha excluido que implique por sí sola la vulneración del art. 43 ET, siempre que la empresa contratista ponga en juego su propia organización (cfr. por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo núm. 3/2017, de 10 de enero; núm. 802/2019, de 25 de noviembre; y, núm. 421/2020, de 10 de junio, seguida esta última por otras dos posteriores en el mismo supuesto). Si no fuera así, la proyección de la digitalización sobre el *outsourcing* haría que la noción

de contrata deviniera innecesaria: el incremento de las posibilidades de coordinación interempresarial que la tecnología comporta supondría su desaparición en la práctica. Y ello no parece muy razonable a la vista del vigente marco normativo. Desde este punto de vista, si bien cabe admitir que en ciertas condiciones el recurso a «flotas» pueda constituir una interposición ilegal, esta conclusión no puede, a mi juicio, sostenerse de forma indiscriminada. En todo caso, iremos viendo qué ocurre.

### **Hacia una regulación general de la calificación del trabajo en plataformas**

En otro orden de consideraciones, es necesario resaltar que el tratamiento judicial y normativo existente en nuestro país se refiere en exclusiva a los *riders*, categoría de trabajadores a los que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020, de 25 de septiembre; o, como mucho, de acuerdo con la disposición adicional 23.<sup>a</sup> ET a «las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía». Fuera de este ámbito, condicionado por la regla del art. 1.3.g) ET, la cuestión de la calificación jurídica del trabajo en plataformas continúa dependiendo, con carácter general, de la aplicación de los criterios tradicionales en materia de calificación del contrato de trabajo. Y, seguramente, seguirá así durante bastante tiempo a juzgar por las reglas que pretenden introducirse a nivel europeo.

A primeros de diciembre del año pasado (2021), se ha lanzado por la Comisión una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales [COM(2021) 762 final]. Aunque no es fácil saber en qué culminará el complejo proceso legislativo europeo, la Propuesta parte de la base de que el trabajo en plataformas puede dar lugar tanto a prestaciones laborales subordinadas como de carácter autónomo, si bien parece tender a facilitar que se

pueda hacer valer la primera condición. En este sentido impone que la determinación de la existencia de relación laboral se guíe «principalmente por los hechos relacionados con la ejecución real del trabajo, teniendo en cuenta el uso de algoritmos en la organización del trabajo en plataformas, independientemente del modo en que se clasifique la relación en cualquier acuerdo contractual que puedan haber convenido las partes implicadas» (art. 3.2). Eso sí, en la línea de nuestra disposición adicional 23.<sup>a</sup> ET, la balanza se inclina hacia la consideración de la prestación en plataformas como trabajo asalariado por medio de la «presunción legal» que debe establecerse en cada Estado miembro, conforme a las previsiones del art. 4.

Esta presunción se ha de activar en los casos en los que la plataforma digital «controla la ejecución del trabajo» (apartado 1); y este control, según el apartado 2, se entiende existente cuando la plataforma cumple «al menos dos» de las condiciones que se enumeran, a saber:

- a) determina efectivamente el nivel de remuneración o establece límites máximos para este;
- b) exige a la persona que realiza trabajo en plataformas que respete normas vinculantes específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo;
- c) supervisa la ejecución del trabajo o verifica la calidad de sus resultados, incluso por medios electrónicos;
- d) restringe efectivamente la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo, en particular la discreción de elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas, o de recurrir a subcontratistas o sustitutos;
- e) restringe efectivamente la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros».

La aprobación de la propuesta supondría una cierta clarificación del tema. Pero no creo que suponga su cierre definitivo. Ciertamente que facilitarán la posición procesal de los prestadores de servicios. Pero ello no alcanza en modo alguno a su consideración automática como

trabajadores subordinados. Obsérvese, por un lado, que la actuación de la presunción requiere juicios de cierta complejidad para el operador: tres de los cinco indicios que se ofrecen requieren una valoración de la intensidad real del control por medio del uso del término «efectivamente». Por otro lado, y más en general, la propuesta de Directiva admite prueba en contrario, como se ve en su art. 5. Se permite con ello introducir otros elementos que no se consideran en el listado —fundamentalmente, los relacionados con la organización aportada por el prestador del servicio— para tomar la decisión final.

## 5. Conclusiones: la inadecuación del marco normativo

En cualquier caso, queden dentro o fuera del ámbito de las normas laborales, lo que resulta bastante evidente es que el nuevo trabajo en plataformas plantea intensos retos desde la perspectiva de la protección de las personas que lo prestan. Se ha señalado que son un verdadero «desafío para el derecho regulador de las prestaciones personales, constituyendo el frente en el que se decidirá la capacidad de este de ordenar los mercados y cumplir sus objetivos sociales» (Rodríguez-Piñero, 2019, p. 4). En este contexto, aunque la mayor parte de la atención se haya dedicado a dilucidar si los trabajadores en plataforma han de ser considerados subordinados o autónomos, aproximarnos al problema solo en esta clave es insuficiente. Aunque seguramente es un fenómeno que tiene raíces más profundas, se ha señalado que la fisonomía del trabajo en plataforma hace que este tratamiento binario del problema sea inadecuado, puesto que encontraremos problemas a un lado y a otro de la frontera entre trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena.

### Los problemas del trabajo autónomo

Estos son, por supuesto, particularmente intensos cuando se permanece extramuros del derecho del

trabajo. Las normas de protección del trabajo autónomo son, con carácter general, bien escasas. Y, desde luego, pueden mostrar todavía más insuficiencias cuando entran en juego las plataformas, habida cuenta de la posición que suelen ocupar en el mercado de bienes y servicios. Se hace necesario abrir, por ello, un proceso de reflexión sobre la regulación del trabajo autónomo que posibilite la extensión de algunas garantías que, hasta la fecha han sido reservadas a los trabajadores subordinados (por todos, De Stefano, 2016).

La propuesta de Directiva, que he comentado en el apartado anterior, da algún paso en esta línea, como puede comprobarse en su Capítulo III, titulado «Gestión algorítmica». Se pretende en él garantizar «la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales» cuando prestan sus servicios en plataformas. Volveré sobre el tema de inmediato. Por lo que ahora interesa, basta resaltar la previsión del art. 10.1, que declara que una parte del capítulo sea aplicable «también a las personas que realizan trabajo en plataformas sin tener contrato de trabajo ni relación laboral».

Seguramente, hay que perseverar en esta línea extendiendo algunas garantías. Aunque no ha llegado a tener el impacto que se pretendía, el modelo de los TRADE (trabajadores autónomos económicamente dependientes), introducido en 2007, puede servir de guía en este trayecto. Determinadas actuaciones en materia de estabilidad en el empleo y de mejora de las condiciones de trabajo, sobre todo en materia de prevención, parecen necesarias. Pero, sobre todo, lo es garantizar realmente la tutela judicial efectiva y la protección de los intereses colectivos. En este último terreno, no es una causalidad que en el comunicado de prensa en el que se difundió la propuesta de la Comisión en relación con el trabajo en plataformas<sup>1</sup> se haya anunciado la puesta en marcha de una consulta pública sobre un «proyecto de directrices sobre la aplicación del derecho de la competencia de la Unión a los

<sup>1</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_6605](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6605)

convenios colectivos de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados», con el que se pretende salvar los problemas que las normas *antitrust* han venido planteando a la acción colectiva de los trabajadores autónomos.

### El encuadre jurídico-laboral de la prestación en plataformas

En el estricto marco jurídico-laboral, los problemas también existen. En este sentido, el modelo de servicios que prestan las plataformas no encaja fácilmente en la configuración tradicional del contrato de trabajo. La inmediatez de la atención de los encargos, su carácter intermitente o las facultades de autodecisión del prestador sobre la propia actividad que existe en el trabajo en plataformas son factores que dificultan el encuadre de los servicios en un paradigma contractual modelado sobre la figura del trabajador de la gran industria. Por ello, se ha planteado desde la detección del trabajo subordinado en plataformas la posibilidad de dotarlo de una regulación especial que cohoneste la protección de los prestadores de servicios con las características del modelo empresarial (cfr. Todolí, 2017, pp. 71 ss.).

La propuesta de Directiva no entra en este terreno de forma específica. Es cierto que establece determinadas garantías para los trabajadores en plataforma. Pero, aparte de las ya aludidas en materia de «gestión algorítmica», miran fundamentalmente a facilitarles el ejercicio de las acciones en punto a correcta calificación de la relación y/o a garantizarles un ámbito de inmunidad en caso de que los pongan en marcha (arts. 13 ss.). Con toda probabilidad, ello se relaciona con la aprobación reciente de una regulación europea que cumple la finalidad perseguida. Me refiero a la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, a la que se alude de pasada en el art. 6.1 de la futura Directiva de plataformas. Aquella prevé, en efecto,

una mínima disciplina de los trabajos a demanda que garantiza una «previsibilidad mínima del trabajo» (art. 10) y prevé unas «medidas complementarias» dirigidas a «evitar prácticas abusivas» (art. 11), así como la posible «transición a otra forma de empleo». A través de este marco general, se suministran datos suficientes que permiten a los Estados miembros integrar el trabajo en plataformas en el ordenamiento laboral, de una forma que cohoneste la necesaria flexibilidad del modelo de negocio con unas ciertas garantías.

Por lo que se refiere a nuestro país, aun a falta de una específica disciplina para este tipo de trabajos, cabe pensar que ciertas modalidades contractuales podrían ser adecuadas para atender las necesidades de las plataformas dentro de la legalidad laboral. Por supuesto, la regulación del contrato a tiempo parcial (art. 12 ET) podría ser útil en esta clave a través de las llamadas horas complementarias, que no son sino una forma de trabajo a llamada. La regulación establece límites en su configuración —jornada mínima ordinaria de diez horas semanales; necesidad de autorización por el convenio para aumentar los porcentajes de este tipo de horas—; y no dejarán de existir problemas interpretativos en el momento de su adaptación a las peculiaridades del trabajo en plataformas (Ginès, 2021, pp. 35 ss.). Parece claro, en todo caso, que una adecuada gestión de esta posibilidad podría absorber buena parte de las necesidades organizativas de los servicios de plataforma. A ello hay que añadir, tras la reciente reforma del mercado de trabajo por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, las posibilidades que parecen abrirse con la nueva configuración del contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET). Al admitirse que esta modalidad pueda «concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa», podría posibilitar la integración



de las indicadas necesidades organizativas, mediante la alternancia de períodos de actividad e inactividad en función de los encargos que las empresas puedan hacer a la plataforma.

### La efectividad de la tutela

Un problema de primer nivel es, en todo caso, la garantía de la efectividad de la tutela que pueda establecerse en favor de los trabajadores de plataforma. Desde un punto de vista general, es claro que en todas sus modalidades la situación de los prestadores de servicios es muy diferente de la que ha sido habitual en la tradición jurídico-laboral. Incluso, cuando la prestación de servicios se desarrolla *offline*, la coincidencia de los trabajadores en el mismo espacio y tiempo físicos, si llega a existir, es muy inferior a la que ha venido siendo habitual en las factorías y oficinas para las que se han diseñado las normas laborales. Por supuesto, la idea es todavía más clara en los casos de prestaciones *online*, en las que el aislamiento del trabajador con respecto a sus compañeros es completo. Y, todo ello, sin contar con que la gestión algorítmica de la prestación puede implicar que los trabajadores compitan entre ellos para acceder a los encargos de la plataforma.

A la postre, esta situación diferencial, junto con otras parecidas, relacionadas igualmente con la rápida evolución tecnológica, pone en crisis el papel tradicional que las instituciones colectivas han jugado en el terreno de la recuperación de la igualdad real en el marco de las relaciones laborales. La dificultad para reconstruir el interés colectivo afecta al funcionamiento para las organizaciones representativas de los trabajadores y a su capacidad de movilización (Goerlich, 2018b). Por supuesto, es posible pensar en incrementar, por vía normativa, los instrumentos a su disposición para mejorar la comunicación con los prestadores de servicios. En esta línea se ha avanzado ya en otros terrenos de significación equivalente —facilitación por la jurisprudencia de la utilización de los medios

informáticos de la empresa por la representación de los trabajadores; reglas específicas para el trabajo a distancia (art. 19.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia)—. Y, también, la propuesta de Directiva se mueve en esta línea: su art. 15 impone a los Estados miembros la previsión de «canales de comunicación para personas que realizan trabajo en plataformas», tanto para comunicarse entre ellas como para que lo hagan sus representantes. Lo que falta por saber es si, pese a todo, será o no posible que las instituciones sindicales recuperen la función que han asumido tradicionalmente.

En otro orden de cosas, pero siempre en el terreno de la efectividad de la tutela, hay que considerar la dimensión internacional que muchas veces tienen las plataformas digitales. Dado que los servicios pueden prestarse a través de plataformas que se encuentren en un lugar diferente, pueden aparecer problemas a la hora de determinar la jurisdicción competente y la norma aplicable, más intensos de los que habitualmente se plantean en el marco del contrato de trabajo. Y ello afecta, tanto a la determinación de las condiciones de empleo y su eventual reclamación, como a los aspectos relacionados con la protección social. La propuesta de Directiva intenta establecer una solución para esta cuestión al declararse aplicable «a las plataformas digitales de trabajo que organizan el trabajo en plataformas realizado en la Unión, independientemente de su lugar de establecimiento y de la legislación aplicable». Es claro, sin embargo, que la solución es limitada habida cuenta la dimensión transnacional que puede tener la actividad de las plataformas, sobre todo en los casos de servicios *online*.

### La regulación de la gestión algorítmica

Por último, aunque no por ello menos importante, es preciso señalar que la irrupción de las plataformas en el panorama jurídico ha mostrado la relevancia que va adquiriendo la gestión algorítmica de los recursos humanos y la necesidad de establecer garantías al respecto.

Muchas de ellas han integrado en su modelo sistemas de control de la prestación a través de las valoraciones directas de los usuarios tras recibir los servicios. Estos sistemas reputacionales, junto con el tratamiento del conjunto de los datos relacionados con cada prestación, se han utilizado para organizar de forma automatizada los recursos humanos por la propia aplicación.

No es por ello de extrañar que la literatura sobre el particular (Todolí, 2017, pp. 111 ss.; 2018) haya dedicado esfuerzos a delimitar el problema y trazar sus límites. En buena medida, estos se han hecho derivar de la regulación europea sobre protección de datos, que contiene reglas sobre decisiones automatizadas (cfr. art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos [Reglamento (UE) 2016/679, 27 abril]). La propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas procede a ocuparse de la gestión algorítmica porque entiende que «es necesario establecer normas que aborden las preocupaciones específicas para el tratamiento de datos personales en el contexto del trabajo en plataformas digitales». A estos efectos se establece una exigencia de que la plataforma informe a los trabajadores sobre los sistemas automatizados de control y de toma de decisiones, tanto por lo que se refiere a su existencia como a sus posibles repercusiones (art. 6). Por otro lado, además de imponer el establecimiento de sistemas de supervisión humana de las actuaciones automatizadas (arts. 7 y 8), se prevé que los Estados miembros garanticen información y consulta con los representantes de los trabajadores en todo lo relacionado con estos temas (art. 9).

Se trata de un interesante sistema de garantías que, a buen seguro, permitirá cuando entre en vigor integrar el alcance del derecho de información de la representación legal de los trabajadores respecto de «los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Me gustaría llamar la atención, para terminar esta reflexión,

sobre una circunstancia: este derecho de información fue introducido en el art. 64.4.d) ET por las normas que regularon el año pasado el episodio de los *riders*. Las plataformas cuestionan, pues, las categorías tradicionales, pero también nos señalan los aspectos a los que hay que prestar atención en el mundo digital incluso en las empresas más convencionales.

## Referencias bibliográficas

- De Stefano, V. (2016). *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»* (Conditions of Work and Employment Series No. 71). ILO.
- Esteve, M. A. y Todolí, A. (2021). Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales. *Revista de derecho social*, 95, 37-64.
- García Rubio, M. A. (2020). Plataformas digitales y relación laboral: delimitación y régimen jurídico. En E. J. Monreal, J. Thibault y A. Jurado (Coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías* (pp. 113-160). Tirant lo Blanch. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo).
- Ginès, A. (2021). El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2(1), 19-42.
- Goerlich, J. M. (2018a). La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso Uber y sus repercusiones laborales. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 43-44, 69-75.
- Goerlich, J. M. (2018b). Economía digital y acción sindical. En A. Todolí y M. Hernández (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (pp. 591-612). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Goerlich, J. M. y García Rubio, M. A. (2018). Indicios de autonomía y laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma. En F. Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura* (pp. 37-64). CISS-Wolters Kluwer.
- Mella, L. (2021). La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad? *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 244, 143-184.

- Mercader, J. R. (2017). El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales. *Diario La Ley*, 9. Sección *Ciberderecho*.
- Rodríguez-Piñero, M. (2019). Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes. *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, 28, 3-16.
- Sánchez-Urán, M.<sup>a</sup> Y. (2018). El trabajo en plataforma ante los tribunales: un análisis comparado. En F. Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales: análisis sobre su situación jurídica y regulación futura* (pp. 65-86). CISS-Wolters Kluwer.
- Todoí, A. (2017). *El Trabajo en la era de la Economía Colaborativa*. Tirant lo Blanch.
- Todoí, A. (2018). La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control en la empresa: reputación online y protección de datos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros (CEF)*, 427, 63-90.

*En el próximo número de  
Información Comercial Española. Revista de Economía*

## El futuro del dinero y la transformación digital del sector financiero

- 
- I. Nuevas formas de dinero y nuevos circuitos de transferencia
- La consolidación de los criptoactivos
  - *Stablecoins*: implicaciones macroeconómicas y respuesta regulatoria
  - La emergencia de las monedas digitales soberanas
  - Hacia un euro digital
  - Plataformas de pago y nuevos desarrollos tecnológicos
- 
- II. Otras áreas relevantes en la transformación digital del sector financiero
- *Sandbox*
  - Los mercados de datos digitales: necesidades de organización y gobernanza
  - Desafíos y oportunidades de la identificación electrónica
  - El desarrollo de la digitalización y la inclusión financiera
  - Tradición e Inteligencia Artificial: oportunidades y retos del *Machine Learning* para los Servicios Financieros
  - *Big Techs* y sector financiero: entre la regulación y la política de defensa de la competencia
- 
- III. La incidencia de la digitalización en la transformación del sector financiero

Últimos números  
publicados:

***El impacto económico  
de la pandemia***

***La crisis de la COVID-19:  
el camino de  
la recuperación***

Número en preparación:

***V Centenario de la  
primera vuelta al mundo***



**Coordinadores: Andrés Barragán y Carlos Conesa**

Lidia Brun Carrasco\*

# LA ECONOMÍA DIGITAL: CAMBIOS EN LA PRODUCCIÓN, LA DISTRIBUCIÓN Y EL CONSUMO Y RETOS PARA LA LEGISLACIÓN

*La economía digital está caracterizada por múltiples fallos de mercado a lo largo de su proceso productivo, desde la interacción de las empresas con usuarios y trabajadores hasta la distribución de bienes y servicios. La naturaleza económica de datos y algoritmos como inputs productivos y activos intangibles y la comercialización en plataformas en red configuran mercados con fuertes economías de escala que tienden a la concentración. Estas características confieren a las plataformas digitales un poder de mercado inédito reflejado en los «superrendimientos» a su capital intangible. Mientras que la teoría económica aconsejaría una fuerte regulación y gravamen de estas empresas y sus rendimientos, la propia naturaleza digital de las mismas facilita a la vez la elusión de dichas normas.*

## **The digital economy: changes in production, distribution and consumption and challenges for legislation**

*The digital economy is characterized by multiple market failures, from the interaction between firms with their users and workers to the distribution of their goods and services. The economic nature of data and algorithms as productive inputs and intangible capital, together with the commercialization in networked platforms, shape markets with strong economies of scale that tend towards concentration. These characteristics afford digital platforms unprecedented market power, reflected in the “super-return” on their intangible capital. While economic theory would advise strong regulation and taxation of these firms and their returns, the digital nature of these firms itself makes it easier for them to avoid such regulation.*

**Palabras clave:** plataformas digitales, cambio tecnológico, capital intangible, monopolización, políticas de competencia, evasión fiscal, desigualdad.

**Keywords:** digital platforms, technological change, intangible capital, monopolization, competition policies, tax evasion, inequality.

**JEL:** E22, E25, H26, L14, O31.

---

\* Department of Economics, American University, Washington DC.

Contacto: [lidiabrun@gmail.com](mailto:lidiabrun@gmail.com)

Versión de marzo de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7376>

## 1. Introducción

El advenimiento de Internet y de servicios y dispositivos digitales ha transformado profundamente nuestra estructura social y económica. La economía digital se basa en la acumulación de datos de los usuarios en la red para poder analizar, predecir y modificar su comportamiento. La naturaleza económica de los datos como *input* productivo y el desarrollo de algoritmos para recolectarlos y analizarlos configuran una estructura de costes que favorece la emergencia de monopolios naturales.

La distribución comercial de productos en red confiere nuevas ventajas competitivas basadas en externalidades y fuertes economías de escala y alcance. La recopilación masiva de datos personales, con pocas garantías de anonimidad, y su comercialización sin filtros producen nuevas asimetrías informativas y conflictos de interés. Es decir, tanto en la interacción con los usuarios y la recopilación de sus datos, como en el proceso de producción y su distribución, la economía digital produce de manera inherente sendos fallos de mercado.

Estos fallos confieren a las grandes empresas tecnológicas un enorme poder de mercado que, junto con la reducción del poder de negociación del trabajo derivada de la digitalización de las relaciones laborales, produce unas rentas económicas extraordinarias. La combinación de «superrendimientos» al capital digital y de la reducción y mayor dispersión de los salarios aumenta la desigualdad tanto de los ingresos como de la riqueza. Desde un punto de vista teórico, ante los fallos de mercado sería óptimo que estas empresas y sus rentas estuvieran sujetas a una fuerte regulación antimonopolio y a un gravamen elevado. Sin embargo, las propias características de la economía digital otorgan a las *Big Tech*<sup>1</sup> una facilidad para eludir ciertas normas para la que nuestros sistemas fiscales y

regulatorios no están preparados, ahondando sus consecuencias para la desigualdad. Este artículo repasa todas estas transformaciones económicas producidas por la digitalización y señala los retos regulatorios para la gobernanza digital.

## 2. La transformación de los procesos de producción y distribución

Las empresas digitales tienen tres características que hacen que sus estructuras productivas, de costes y comerciales sean fundamentalmente diferentes de las de las empresas tradicionales. En primer lugar, su *input* productivo son los datos, que tienen ciertas características de bien público. En segundo lugar, los datos se procesan con algoritmos, activos intangibles cuyo desarrollo conlleva una estructura de costes que favorece la emergencia de monopolios naturales. Finalmente, la comercialización a través de plataformas se produce en red, que se caracteriza por las externalidades, las economías de escala y alcance, confiere fuertes ventajas por ser el primero (*first-mover advantages*) y configura mercados en los que el ganador se lo lleva todo (*winner-takes-all*). En todas las partes de su proceso productivo, desde la interacción con los usuarios y la recopilación de datos, como en el proceso de producción y su distribución, la economía digital produce de manera inherente sendos fallos de mercado.

### Datos

Desde que nos levantamos hasta que nos vamos a dormir, nuestra interacción constante con dispositivos electrónicos conectados a Internet, como el teléfono móvil, el ordenador, la televisión, el reloj inteligente o las cámaras de seguridad, producen datos que son almacenados y comercializados. Se calcula que cada ser humano produce 1,7 Mb de datos por segundo, y que la humanidad genera 2,5 trillones de *bytes* al día, una cifra que crece diez veces más rápido que la economía, de manera que se ha acumulado más

<sup>1</sup> Grandes empresas tecnológicas como Alphabet (matriz de Google), Amazon, Apple, Facebook o Microsoft.

información en los años recientes que en toda la historia pasada de la humanidad<sup>2</sup>. Estos datos no siempre se proveen con el consentimiento consciente o la posibilidad de no aplicación (*opt-out*) por parte de los usuarios, que se ven privados del acceso a cierta información, producto o *app*<sup>3</sup> si no aceptan el uso de *cookies*<sup>4</sup>.

La economía digital se basa en la acumulación de datos de los usuarios en la red para poder analizar, predecir y modificar su comportamiento (Véliz, 2021). La recopilación de datos sirve para conocer las características de la personalidad y la psique, gustos, tendencias e inquietudes, incluso el estado de ánimo, para predecir mejor los comportamientos y orientarlos hacia el consumo o la acción que tiene prevista la empresa que ha comprado el espacio publicitario que las plataformas digitales que usamos colocan en el lugar, momento y formato adecuados. Cuanta más información se dispone de una persona, más fiel es su retrato robot, mejor se sabe en qué momentos, por qué medios y de qué manera es más susceptible de ser sugestionada. Cuantas más personas provean sus datos, más complejos pueden ser los patrones de personalidad y comportamiento identificados en ellas.

Las bases de datos son un bien no rival: usar unos datos una vez no disminuye la cantidad de información que contienen, que sigue disponible para otras ocasiones. Sin embargo, el acceso a las bases de datos puede restringirse. En economía, los bienes con estas dos características se conocen como «bienes club», o bienes artificialmente escasos. La acumulación de contenido en bases de datos cuya información no solo no se «deprecia» sino que se vuelve cada vez más precisa produce economías de escala. La capacidad de restringir el acceso a las bases de datos constituye la raíz de su comercialización, ya que los bienes públicos puros, caracterizados por la imposibilidad de

excluir a alguien de su consumo, no suelen tener un precio de mercado.

## Algoritmos

Los datos sobre los usuarios ayudan a conocer sus deseos de consumo y a diseñar publicidad «customizada» para maximizar su impacto. Esta ingente cantidad de datos acumulados diariamente se obtiene, procesa y analiza con algoritmos. Los algoritmos son activos intangibles cuyo desarrollo conlleva altos costes fijos en términos de tiempo e inversión de capital en investigación y desarrollo y registro de patente, pero una vez programados se pueden ejecutar una infinidad de veces a coste marginal prácticamente nulo<sup>5</sup>. Esto implica que las empresas incumbentes en un mercado, que ya han sufragado los costes fijos de operar, siempre tienen costes marginales inferiores a una potencial competidora que no haya hecho esa inversión inicial. También implica que los costes medios de las grandes empresas son inferiores a los de las empresas pequeñas. Las economías de escala que producen esta estructura de costes suponen una barrera a la competencia que favorecen la emergencia de monopolios naturales.

La combinación de datos con algoritmos genera rendimientos a escala extremos (Crémer *et al.*, 2019). Cuanto mayor es la base de datos sobre la que se aplica el algoritmo, más patrones se pueden identificar y más complejas y precisas serán sus predicciones<sup>6</sup>. Las empresas digitales «entrenan» a sus algoritmos con las bases de datos de las que disponen y que aumentan a diario, en un *learning-by-doing* que produce ventajas comparativas dinámicas. Es decir, la calidad de los productos que ofrecen las

<sup>2</sup> Datos recopilados (Finances Online, 2021).

<sup>3</sup> Las aplicaciones o *apps* son los programas informáticos de nuestros dispositivos móviles.

<sup>4</sup> Las *cookies* son un *software* pensado para rastrear la actividad de los usuarios en la web.

<sup>5</sup> El coste de tener un usuario más para una red social solo equivale al coste de almacenar su información.

<sup>6</sup> Algunos autores sugieren que la información recopilada de la recolección de datos tiene un tope a partir del cual los rendimientos a escala empiezan a disminuir con los nuevos datos, aportando más ruido que señal (Junqué de Fortuny *et al.*, 2013).

empresas digitales tiende a aumentar con el tamaño de la empresa: por ejemplo, sus espacios publicitarios serán más eficaces a la hora de generar «clics». En otras palabras, las empresas incumbentes de mayor tamaño no solamente son las más eficientes en términos de coste, sino que su ventaja comparativa se amplía con el tiempo, constituyendo una tendencia natural a la concentración en el mercado difícil de revertir.

Posiblemente, el algoritmo más famoso del mundo es *PageRank*, el buscador de internet de Google, desarrollado por Larry Page y Sergey Brin en Stanford en 1996. *PageRank* se basa en una lógica parecida a la de las citas académicas para determinar la relevancia de una fuente de información y mostrarla más arriba en el *ranking* de resultados, a diferencia de los buscadores rivales de la época, que tenían un criterio más rudimentario basado en el recuento de palabras (Brin y Page, 1998). Dadas las economías de escala y las ventajas comparativas dinámicas, que configuran mercados en los que el ganador se lo lleva todo (*winner-takes-all*), no es sorprendente que el 90 % de las búsquedas en internet se produzcan a través de los buscadores de Google o del de su empresa afiliada YouTube (Desjardins, 2018).

## Redes

La tercera característica específica de la economía digital es que la comercialización de sus productos se lleva a cabo a través de redes. La distribución en red está sujeta a externalidades, puesto que el aumento del número de usuarios de una red incrementa su utilidad para los usuarios previos, generando una retroalimentación positiva (*positive feedback loop*). Cuanto mayor es una red, mejor es pertenecer a ella. De esta manera, la red que opera antes crece más rápido y se consolida por la ventaja de ser la primera (*first-mover advantages*), expulsando a la competencia del mercado sin necesariamente ser mejor. La historia de las telecomunicaciones está llena de ejemplos, siendo el

teléfono el caso paradigmático: ¿de qué sirve tener un teléfono si nadie más tiene? Las externalidades de red también son importantes en la emergencia de estándares industriales: formatos tecnológicos que obligan a toda una serie de nuevos productos a ser compatibles con ellos (Liebowitz y Margolis, 1995).

En algunos casos, las corporaciones digitales no solo distribuyen sus productos a través de redes, sino que son el mercado en sí mismo (*online marketplace*). Por un lado, las plataformas centralizan y organizan la información y facilitan el contacto entre proveedores y clientes. Sin embargo, si la plataforma es una puerta ineludible para acceder al mercado (*market gateway*), las cuotas y los términos por el acceso y el uso de su infraestructura de distribución pueden ser abusivos. El control de acceso se produce tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda, constituyendo un mercado de dos caras (Rochet y Tirole, 2003). Además, si la plataforma es propietaria de empresas que compiten con otras en sus redes de distribución, tiene una información privilegiada sobre las prácticas comerciales de las rivales.

Por otro lado, las redes favorecen la emergencia de economías de alcance. Estas surgen cuando una empresa tiene ventaja comparativa en la producción de un bien o servicio por el hecho de operar en otro mercado con una producción complementaria. El ejemplo clásico de una economía de alcance es haber desarrollado una marca reputacional en un mercado que hace a una empresa reconocible y fiable para los consumidores de otro producto. Este es el caso de los dispositivos producidos por Apple, cuyo producto original iPhone fue precursor de toda una línea de productos homónimos —iPad, iWatch y iPod touch, además de sus ordenadores portátiles Macintosh—, que operan con *interfaces* parecidas, producen servicios complementarios y comparten datos y *apps* de manera sinérgica (y excluyente de otras marcas). Algo parecido intentó Google con sus *apps* en los dispositivos móviles y tabletas con sistema operativo Android, que lo han llevado a ser sancionado bajo las leyes



antimonopolio tanto en Europa como en los Estados Unidos<sup>7</sup>.

Las economías de alcance de las que gozan las empresas digitales les permiten entrar a operar y consolidar posiciones dominantes en mercados «adyacentes» a una velocidad superior a las empresas analógicas. Esto se debe a la importancia de las redes en la distribución de los servicios digitales, a la posibilidad de usar datos ya recopilados sobre un producto en la investigación de mercado para conocer las preferencias de los consumidores sobre otros productos, o en la posibilidad de compartir y fusionar bases de datos de distintas fuentes. Un ejemplo de esto último es el aumento del potencial de la base de datos de Facebook con su compra de la red social Instagram en 2012 y de la *app* de mensajería WhatsApp en 2014.

Los mercados digitales más grandes del mundo son el americano Amazon y el chino Alibaba. En 2020, Amazon tramitaba alrededor de un 40 % de todas las compras *online* en EE UU (Droesch, 2021), mientras que Alibaba lo hacía para más del 50 % de las compras *online* en China (Cramer-Flood, 2021). La posición de Amazon como puerta de entrada al mercado para vendedores le permite imponer condiciones abusivas, como penalizar a las empresas si venden sus productos a un precio inferior en otra plataforma, como por ejemplo su propio sitio web<sup>8</sup>. La supremacía de estas compañías digitales las ha llevado incluso a disputar a los bancos la provisión de servicios financieros (Frost *et al.*, 2019). La conjunción entre la extracción de datos de los usuarios y su rol en las cadenas globales de producción las sitúa en una posición privilegiada a la hora de redirigir sus modelos corporativos hacia la

creación de crédito, teniendo una información mucho más fehaciente de los patrones de ingreso y gasto y la capacidad de pago de sus clientes. Además, el sector financiero tiene una dependencia crítica de algunos servicios digitales ofrecidos por las *Big Tech* (Adrian, 2021). Con sistemas de pago cada vez más digitalizados, el monopolio tradicional de los bancos sobre los métodos de pago como las tarjetas de crédito puede perder terreno frente a otras fórmulas de transacción monetaria.

Los procesos de producción y distribución de bienes y servicios en la economía digital están plagados de fallos de mercado: bienes club, economías de escala y alcance, externalidades de red, monopolios naturales, etc. Los fallos de mercado producen una asignación de equilibrio descentralizado que difiere del óptimo social porque imponen límites a la competencia y favorecen la concentración empresarial, dando lugar a posiciones dominantes. Las posiciones dominantes confieren poder de mercado, es decir, la capacidad de internalizar el comportamiento condicionado de la otra parte contratante en las interacciones mercantiles (un proveedor, un usuario o consumidor, un trabajador), de manera que se extraen rentas monopolísticas del intercambio y se imponen condiciones abusivas. Estas rentas distorsionan precios y cantidades, aumentando la remuneración de la empresa dominante a costa de los demás *stakeholders*. Las multinacionales digitales, bautizadas como «empresas superestrella», tienen una capacidad extraordinaria de extraer rentas monopsonísticas de sus trabajadores alcanzando una elevada capitalización bursátil con una masa laboral muy reducida (Autor *et al.*, 2020). El poder de mercado de las empresas digitales en el mercado de trabajo amerita un análisis más detallado.

### 3. La transformación del trabajo

El debate sobre el impacto de la digitalización en el mercado laboral ha girado sobre todo en torno a las amenazas de una adopción generalizada de

<sup>7</sup> En 2018, la Comisión Europea sanciona a Google con una multa de 4.300 millones de euros, una de las multas más cuantiosas en la historia de las políticas antimonopolio. En 2021, 36 estados de los EE UU, así como el Distrito de Columbia, denunciaron a Google por prácticas abusivas como el monopolio de entrada a los sistemas operativos Android a través del buscador de *apps* Google Play Store.

<sup>8</sup> Además, se calcula que Amazon se queda con 27 centavos de cada dólar gastado en su plataforma. <https://www.nytimes.com/2019/12/19/technology/amazon-sellers.html>

tecnologías sustitutivas de mano de obra con su consiguiente pérdida de empleos. El impacto de la automatización sobre las técnicas de producción, sobre la demanda y remuneración relativa de factores productivos y sobre la organización geográfica de la producción en cadenas de valor globales, es uno de los aspectos clave del impacto de la economía digital en el mercado de trabajo. Sin embargo, hay otro aspecto clave que tiene que ver con los cambios en la naturaleza del lugar de trabajo y de las relaciones laborales. Ambos aspectos tienen consecuencias para la desigualdad.

### Sesgos en el cambio tecnológico

Múltiples investigaciones han analizado el impacto del cambio tecnológico en el trabajo. Se calcula que aproximadamente la mitad de las tareas que ahora realizamos podrían automatizarse en las próximas décadas (Oxford Economics, 2019). Pero no todos los puestos de trabajo están igual de expuestos al riesgo de automatización. Los trabajos que consisten mayoritariamente en tareas rutinarias y requieren poca cualificación son más susceptibles de desaparecer. Los trabajos que requieren creatividad e inteligencia emocional, donde el factor humano es indispensable, están en menor riesgo. Los sectores industriales, tradicionalmente masculinizados, están más en riesgo que los servicios y la economía de los cuidados, tradicionalmente feminizada y doméstica por naturaleza. Estas transformaciones podrían aumentar la desigualdad a través de la segregación ocupacional, con la desaparición de empleos de cualificación media bien remunerados y el mantenimiento de empleos en ambos extremos de la distribución.

La reducción de costes de transporte y telecomunicación favorecieron la globalización de los procesos productivos y la emergencia de cadenas de valor globales, provocando cambios estructurales en los patrones geográficos de la actividad económica, con una pérdida de peso económico de Occidente frente

a la industrialización de China y el Sureste Asiático (Baldwin, 2018). Este proceso aumentó los ingresos del 50 % de la población mundial más pobre, concentrada en los países emergentes, mientras que en Occidente la clase media y trabajadora perdió en términos relativos y el 1 % más rico capturó la mayor parte de las ganancias de la globalización (Lakner y Milanovic, 2013; Alvaredo *et al.*, 2018). Esta deslocalización del sector manufacturero se podría revertir con la automatización, al reducir la importancia de minimizar los costes laborales en la decisión de ubicación de la producción, en favor de acercar la producción al consumo, pero sin retorno de los empleos industriales (Hinderstein, 2014). La desindustrialización y el cambio de composición sectorial hacia una economía de los servicios, intensiva en capital humano, también se asocian a un menor crecimiento de la productividad (Leon-Ledesma y Moro, 2020).

El aumento de la productividad es la fuente última de crecimiento económico porque posibilita la producción de una cantidad mayor de bienes y servicios con la utilización cada vez menor y más eficiente del factor trabajo y de *inputs* productivos. En este sentido, todo cambio en la técnica productiva sustituye mano de obra en el proceso particular al que se aplica, aunque a medio plazo y de forma agregada las nuevas tecnologías generan nuevos puestos de trabajo y el aumento de la productividad permite sostener salarios cuyo mayor poder adquisitivo impulsa la demanda de trabajo. Que la nueva maquinaria adoptada tenga forma humanoide puede causar alarma, pero no cambia esencialmente esta conclusión. En todo caso, cabe analizar el impacto de la automatización en cuanto a la «dirección» y a la «velocidad» del cambio tecnológico que produce (Acemoglu, 2003).

Desde una óptica tecnológica, la relación productiva entre capital y trabajo está gobernada por la elasticidad de sustitución. Esta determina cómo cambian las demandas relativas de los factores de producción cuando cambian sus precios relativos. Cuando el precio de un factor de producción aumenta, si su

demanda cae lo suficiente y disminuye su peso en la distribución de la renta, consideramos que los factores de producción son complementarios. Por el contrario, si el factor se encarece y su participación en la renta crece, consideramos que son sustitutivos<sup>9</sup>. Por un lado, Karabarbounis y Neiman (2014) argumentan que la caída relativa del precio de los bienes de inversión atribuible a los avances en tecnología de la información y la era de las computadoras han inducido a las empresas a sustituir mano de obra por capital, reduciendo la participación de las rentas del trabajo en el PIB. Por otro lado, Acemoglu y Restrepo (2020) arguyen que la automatización reduce el coste de producir con trabajo, de manera que, si el coste del capital sigue siendo suficientemente alto, a medio plazo puede producirse un desincentivo a la automatización y una reorientación de la dirección de la innovación hacia la creación de nuevas tareas en las que el factor trabajo tenga una ventaja comparativa.

Mientras que estos autores asumen una sustituibilidad elevada entre capital y trabajo, la mayoría de investigaciones empíricas sitúan la elasticidad por debajo de 1 (Gerchert *et al.*, 2019)<sup>10</sup>. Las distorsiones rentistas que genera la digitalización son importantes para racionalizar la concurrencia de un abaratamiento de los bienes de capital y el aumento de su productividad relativa con su capacidad de generar rendimientos extraordinarios para sus propietarios (Brun y González, 2017). Moll *et al.* (2021) encuentran que la automatización es importante para explicar el aumento de la desigualdad tanto del ingreso como de la riqueza, sobre todo a través de los rendimientos extraordinarios al capital. Además de la distribución

factorial de la renta, la literatura sobre Skill-Biased Technical Change (SBTC) enfatiza los cambios en la dirección del progreso tecnológico que aumentan la demanda y la remuneración de ciertas habilidades de la fuerza de trabajo en función de su complementariedad con el nuevo capital (Goldin y Katz, 1998; Krusell *et al.*, 2000).

Mientras que el cambio tecnológico supuso grandes aumentos de la productividad en la segunda mitad del siglo XX, desde el cambio de milenio la innovación se ha centrado en el desarrollo de tecnologías de entretenimiento y comunicación que no han alterado fundamentalmente la productividad del trabajo, y a pesar de la universalización de Internet, el progreso tecnológico se ha ralentizado, produciendo una «paradoja productiva» (Gordon, 2012)<sup>11</sup>. Hasta ahora, cada avance tecnológico ha cambiado la naturaleza del trabajo, compensando la destrucción de empleos en el corto plazo con muchos más empleos a largo plazo. Esta vez, sin embargo, los cambios tecnológicos vienen acompañados de tendencias hacia la concentración y de una capacidad inédita de generar ventas y beneficios y de alcanzar una elevada capitalización bursátil con muy poca masa laboral. La relación virtuosa entre progreso tecnológico y crecimiento depende de cómo se reparten los aumentos de la productividad.

## Fisuras laborales

La digitalización también ha transformado profundamente la naturaleza del lugar de trabajo y de la relación laboral. La digitalización del trabajo ha permitido que una gran cantidad de empleos puedan realizarse de forma remota. Durante el confinamiento en marzo y abril de 2020, una parte importante de los llamados empleos «de cuello blanco», es decir, los servicios profesionales y los servicios a las empresas, pudieron seguir realizándose desde los hogares de

<sup>9</sup> Raurich *et al.* (2012) comparan la productividad del trabajo con la evolución de la participación de las rentas del trabajo en el PIB en España y en Estados Unidos, contemplando la presencia de poder de monopolio. Sus estimaciones sitúan la elasticidad de sustitución en el 0,7 en EE UU (capital y trabajo son complementarios) pero en el 1,5 en España (el capital tiende a desplazar la mano de obra).

<sup>10</sup> La literatura microeconómica, que se centra en el corto plazo, suele encontrar elasticidades menores que la literatura macroeconómica, que busca relaciones de largo plazo.

<sup>11</sup> A Robert Solow se le atribuye la frase «los ordenadores están en todas partes menos en las estadísticas de la contabilidad nacional».

los trabajadores. La posibilidad de trabajar de forma remota produjo nuevas brechas distributivas tanto en la dimensión ocupacional como en la dimensión geográfica. Por un lado, los empleos caracterizados por la necesidad de presencialidad y contacto humano se concentraban en la parte baja de la distribución de los ingresos (Fana *et al.*, 2020). Por otro lado, la estructura productiva de cada país fue determinante en relación al porcentaje de población activa con posibilidad de continuar su relación laboral de forma remota, produciendo asimetrías significativas en el impacto del confinamiento en el mercado laboral de los distintos países europeos (Palomino *et al.*, 2020).

Sin embargo, la opción de trabajar de forma remota abre nuevas posibilidades de deslocalización de las relaciones laborales que también pueden producir consecuencias imprevistas. Si el trabajo remoto es posible a gran escala (un ejemplo temprano son los teleoperadores), el tamaño del mercado laboral puede llegar a ser global. Esto puede reducir significativamente el poder de negociación del factor trabajo, al ponerlo en condiciones de abundancia relativa y situar su retribución fuera de las fronteras del Estado nación, en el que se asientan las instituciones que regulan el mercado de trabajo y la negociación colectiva (Rodrik, 2017). Al mismo tiempo que un mercado laboral global para los empleos deslocalizables puede poner una elevada presión competitiva sobre los salarios de empleos de baja remuneración, una demanda global pujará por esas habilidades más únicas en el mundo, aumentando la desigualdad.

Además, la frontera entre trabajo y ocio y el propio concepto de «lugar de trabajo» se están evaporando, con la flexibilización de los horarios y la disponibilidad casi inmediata a través de los dispositivos móviles. La ausencia de un «lugar de trabajo» atomiza la fuerza de trabajo, complicando la sindicación (Ciminelli *et al.*, 2018). Al mismo tiempo, el trabajo contratado a través de plataformas y *apps* que median entre empleador y empleado transforman las relaciones laborales en relaciones mercantiles, permitiendo

que las empresas ajusten su demanda laboral al milímetro en función de las necesidades de demanda (*supply-on-demand*), trasladando una parte fundamental del riesgo de una operación económica, que es la fluctuación del mercado, del factor capital al factor trabajo. En España, varias sentencias han argumentado que la relación entre la plataforma y los trabajadores es de naturaleza laboral y no mercantil, y han considerado la contratación por cuenta ajena un fraude de ley<sup>12</sup>. En todo caso, estos cambios en las relaciones laborales y las nuevas posibilidades de externalización crean un lugar de trabajo fisurado que reduce el poder de negociación del trabajo (Weil, 2014).

#### 4. La transformación del consumo

Los intercambios mercantiles mediados por plataformas están transformando los patrones de consumo. Las plataformas digitales son redes que centralizan y coordinan la información de miles de usuarios. Esto permite generar ganancias de eficiencia en el uso de ciertos recursos, al sustituir múltiples inversiones en propiedad descentralizada por una propiedad única cuyo usufructo se comparte y contrata a través de *apps*. Al mismo tiempo, la emergencia del «Internet de las Cosas» y la sobreacumulación de información, vuelve el consumo más inseguro, porque lo hace vulnerable a usos fraudulentos de los datos.

#### De propietarios a usuarios

La transformación hacia una economía de servicios está relacionada con cambios en los patrones de consumo: de la adquisición de bienes hacia el alquiler de servicios. Se calcula que los coches privados están parados un 95 % del tiempo (Morris, 2016). El exceso de coches en las grandes ciudades conlleva toda una

<sup>12</sup> Una sentencia del Tribunal Supremo en 2020 consideró que los *riders* de Glovo eran falsos autónomos, pero ese mismo año el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio validez a su naturaleza mercantil.

serie de externalidades negativas, desde la congestión hasta la contaminación o el tiempo perdido buscando aparcamiento. En su lugar, están emergiendo compañías con flotas de coches y de patinetes urbanos que los usuarios alquilan por tiempo. El cambio de una sociedad de compra a una de uso y alquiler podría facilitar una mancomunación de recursos y su utilización más eficiente. En este sentido, las plataformas digitales actúan como redes que solucionan un problema de coordinación. Sin embargo, si esto no viene acompañado de nuevas fórmulas de propiedad y una regulación de sus usos, puede implicar una mayor concentración de la riqueza. Un ejemplo menos halagüeño es la proliferación de apartamentos en Airbnb en las grandes ciudades, que reduce la oferta de alquileres para inquilinos domésticos en favor de usos turísticos, con fuertes externalidades negativas en el precio del alquiler para residentes (García-López *et al.*, 2020).

### Asimetría informativa

La economía digital se alimenta de la acumulación de datos de los usuarios en la red. Por ello, las compañías digitales diseñan sus redes sociales con mecanismos para mantenernos «comprometidos» (*consumer engagement*) y seguir cosechando datos. El botón de «me gusta» y la función de actualizar (*scroll-down*) son dos ejemplos prominentes. Otro mecanismo es ofrecer productos gratuitos, como un servidor de correo electrónico, una búsqueda de información o un perfil en una red social. Como reza el dicho popular, «si algo es gratuito, entonces no eres el consumidor sino el producto». Esto transforma la naturaleza de la tecnología de algo que sirve a nuestros propósitos a algo que se sirve de nosotros de manera un tanto parasitaria<sup>13</sup>.

Los datos que se recopilan de nuestra actividad *online* y *offline* son empaquetados y comercializados.

La mayor parte de las veces la compra y el uso de datos tiene que ver con la publicidad<sup>14</sup>. Pero no hay un control regulado de quién puede acceder a los datos y con qué propósito: el escándalo de Cambridge Analytica y sus técnicas de *micro targeting* para influenciar los resultados electorales lo ilustra bien. Esto es particularmente grave si tenemos en cuenta que la ciberseguridad no está garantizada<sup>15</sup>. Latanya Sweeney demostró en 1996 que el 80 % de los estadounidenses podía ser identificado con tres datos: su fecha de nacimiento, su sexo y su código postal. Con los datos de geolocalización diaria es aún más fácil la «re-identificación» en bases anonimizadas, puesto que es muy improbable que dos personas vivan en la misma dirección postal y trabajen en la misma empresa. Las compañías de seguros o los empleadores pueden estar accediendo a información privada de sus asegurados y empleados sin que ellos lo sepan (Véliz, 2021).

Más allá de las consideraciones sobre la exposición pública de la privacidad, la posibilidad de establecer perfiles diferenciados de los usuarios y los canales de consumo personalizados abren un potencial enorme a las compañías digitales para segmentar el mercado, imponer una discriminación de precios extrema, al nivel de cada consumidor, y capturar todo el superávit del intercambio. El trato diferencial a un cliente en función de sus características rompe con el principio de uniformidad en el mercado. Además, los algoritmos toman cada vez más decisiones sobre conceder créditos, cubrir con seguros o contratar personal, basadas en el perfil producido por los datos recopilados sobre los usuarios. Mientras que la literatura sobre discriminación en los procesos de selección suele recomendar que estos sean «ciegos», la economía digital hace todo lo contrario. Algunos estudios recientes han puesto de relieve que los algoritmos entrenados

<sup>13</sup> Estudios psicológicos recientes alertan sobre las consecuencias de estos mecanismos sobre la capacidad de concentración, la creatividad, el desarrollo cognitivo y la salud mental.

<sup>14</sup> El 80 % de los beneficios generados por Google vienen de la publicidad.

<sup>15</sup> En otoño de 2021, la Universidad Autónoma de Barcelona sufrió un ciberataque que dejó a todos sus servidores inoperativos, afectó a unas 50.000 personas y tuvo un coste de alrededor de 3,8 millones de euros.

con nuestros datos reproducen nuestros mismos sesgos, prejuicios y discriminaciones (Zou y Schiebinger, 2018).

## 5. ¿La transformación de la legislación?

La digitalización de la economía produce tendencias hacia la concentración de los mercados, quebranta las relaciones tradicionales de trabajo y la provisión de bienes y servicios, y con la pérdida de poder de negociación del trabajo y la emergencia de rentas extraordinarias al capital tiende a aumentar la desigualdad. La presencia endémica de fallos de mercado en muchos de estos procesos justifica un fuerte rol para el sector público. Sin embargo, la economía digital es global, se produce en red y es de naturaleza intangible, lo que supone un importante reto regulatorio. Este apartado repasa las dificultades de las políticas antimonopolio y de fiscalidad para hacerle frente.

### Políticas antimonopolio

Las leyes antimonopolio están diseñadas para evitar el abuso de posición dominante y la colusión entre empresas, que distorsionan la competencia, deterioran la calidad y aumentan el precio de los productos para los consumidores. La digitalización ha introducido nuevas modalidades de prácticas anticompetitivas. Al mismo tiempo, la interpretación de las leyes de monopolio en un sentido cada vez más marginalista basado en un concepto no observable como el «bienestar del consumidor» (*consumer welfare*), las hace particularmente permeables a los abusos de las grandes tecnológicas (Meagher, 2020). Por un lado, la discriminación de precios, que consiste en cobrar a clientes diferentes un precio distinto por el mismo producto, es un concepto obsoleto ante la diferenciación de producto extrema de los servicios digitales, valorados por algoritmos, en un mercado donde el valor añadido está en la creación de perfiles de clientes que permite la fragmentación. Por otro lado, los costes marginales

mínimos de estas empresas y su provisión de servicios, a menudo de forma gratuita, inhabilitan el criterio del precio elevado para identificar abusos de mercado (Crémer *et al.*, 2019).

Además, las economías de alcance derivadas del control de redes, mercados digitales y bases de datos permiten consolidar posiciones dominantes en la oferta de nuevos productos partiendo de cuotas de mercado pequeñas o inexistentes. Las leyes antimonopolio regulan las fusiones y adquisiciones (M&A, por sus siglas en inglés) que pudieran resultar en empresas con posición dominante. Sin embargo, la mayoría de M&A de las grandes compañías tecnológicas son con *startups*, que adquieren como forma de I+D. El proceso de innovación, que es muy costoso y de resultados inciertos, se externaliza así hacia un ecosistema de pequeñas *startups* que compiten entre sí y que las grandes compañías compran cuando las perspectivas de ganancia comercial son más seguras (Mazzucato, 2011). Aunque esas *startups* pudieran eventualmente competir con las grandes tecnológicas, no lo hacen en el momento en que son compradas, así que no caen bajo el radar de las leyes de M&A. Asimismo, la velocidad a la que estas compañías crean o toman mercados hace que el establecimiento legal de posición dominante, a través de un largo procedimiento de las autoridades de la competencia, llegue demasiado tarde.

Finalmente, el control de ciertas plataformas y redes de distribución confiere a las compañías un rol indispensable para que otras empresas puedan distribuir sus productos, llegar a los consumidores o recaudar ingresos, aunque no tengan una posición dominante en ese mercado en cuestión. Si las compañías digitales compiten con otras empresas a la vez que les proveen servicios en otro mercado, el conflicto de interés y el riesgo de abuso de posición dominante es elevado. Las leyes que limitan cláusulas de exclusividad o preferencia, u otras cláusulas abusivas, deben aplicarse para prevenir la acumulación de poder de mercado y la extensión de posiciones dominantes a múltiples mercados adyacentes. Pero, mientras que las autoridades de la

competencia están limitadas en sus fronteras domésticas, las prácticas anticompetitivas de las multinacionales a menudo implican múltiples jurisdicciones. La emergencia de grandes conglomerados digitales con poder de mercado global necesita nuevas maneras de hacer frente a las actitudes anticompetitivas, con mayor énfasis en sus prácticas monopsonísticas (Farber *et al.*, 2021). Además, tanto la propiedad de los datos, como su acceso, el cruce entre bases de datos, y el propósito de su explotación son cuestiones cruciales que deben regularse mejor. La coordinación de las leyes de competencia con las de regulación del uso y protección de datos es imprescindible (Meyer, 2019). La propiedad y el almacenamiento de datos también tiene implicaciones geopolíticas (Véliz, 2021).

### La fiscalidad de intangibles

La fiscalidad corporativa es otro terreno en el que las políticas públicas tradicionales están desbordadas ante los procesos de digitalización. Las grandes compañías digitales se caracterizan por una discordancia importante entre las jurisdicciones donde la recaudación se genera (donde están los usuarios) y las jurisdicciones donde los beneficios están sujetos a imposición, que resulta en una presión fiscal particularmente baja. Hay tres razones básicas por las que las compañías digitales evaden impuestos fácilmente. En primer lugar, el sistema actual de fiscalidad corporativa internacional establece un nexo fiscal, es decir, el derecho a poner un impuesto por parte de una jurisdicción, cuando una empresa tiene una presencia física significativa en el territorio. Sin embargo, los servicios digitales se proveen de manera remota usando *inputs* productivos intangibles, como los datos, y también *outputs* intangibles, como la publicidad, extraídos de y distribuidos en ubicaciones donde la compañía digital no tiene por qué tener una presencia física. Dado que las acciones de los usuarios son esenciales en la creación de valor de estas compañías, el plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado

de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés) de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos) considera la posibilidad de extender el concepto de presencia significativa para reflejar mejor la realidad económica digital (OECD, 2014). Bajo estas propuestas, una compañía digital tendría establecimiento permanente en las jurisdicciones donde tiene un gran número de usuarios y socios comerciales.

En segundo lugar, la naturaleza intangible de los procesos productivos facilita el arbitraje regulador y supone un reto a la hora de atribuir los beneficios que se generan en múltiples jurisdicciones. Activos tales como marcas, algoritmos o bases de datos no están anclados a una localización geográfica específica mientras que su utilización como factor productivo es simultánea y no rival por parte de todas las filiales de una multinacional. Estas características permiten a las multinacionales registrar las patentes o marcas comerciales asociadas a sus activos intangibles de manera estratégica con criterios de optimización fiscal<sup>16</sup>. La licencia de uso del capital intangible se remunera con regalías que constituyen un ingreso pasivo para la filial que ostenta su propiedad. La multinacional puede reducir su factura fiscal transfiriendo la propiedad intelectual a una filial ubicada en una jurisdicción de baja fiscalidad. Adicionalmente, varias jurisdicciones ofrecen un tratamiento fiscal ventajoso de los ingresos derivados de la propiedad intelectual, un subsidio en el tipo del impuesto de sociedades conocido como *patent box*, cuya eficacia como incentivo a la inversión en investigación y desarrollo (I+D) está siendo cuestionada por la literatura empírica (Gaessler *et al.*, 2019).

En tercer lugar, para determinar un valor justo de los precios de transferencia, las normas de fiscalidad internacional se basan en el principio de libre concurrencia (*arm's length*), que son las condiciones comerciales que habría fijado una matriz con su subsidiaria si

<sup>16</sup> Un diferencial positivo en el tipo del impuesto de sociedades está asociado a una menor probabilidad de que las patentes en esa jurisdicción hayan registrado propiedad intelectual (Karlinsky y Riedel, 2012).

no hubieran estado vinculadas. Sin embargo, los algoritmos son activos intangibles que las empresas desarrollan para sus propios usos productivos. Dado que están diseñados para operar en una empresa determinada, son raramente comercializables y carecen de precio de mercado. Al tratarse de un capital específico de la empresa, evaluar la adecuación del precio de transferencia para la regalía de manera objetiva es difícil.

Si los costes marginales de financiación de la inversión son deducibles de la base imponible, la fiscalidad corporativa recae mayoritariamente sobre las rentas puras, más allá del rendimiento «productivo» del capital. La teoría económica aconsejaría un elevado gravamen a estas «superrentas» digitales. Sin embargo, paralelamente a producir estos rendimientos elevados, la digitalización también aumenta la capacidad de evadirlos (Brun y González, 2022). Además, la falta de armonización de tipos y bases imposables genera incentivos para que las grandes multinacionales trasladen beneficios a jurisdicciones con menor presión fiscal, provocando una competición fiscal a la baja y mermando las arcas públicas. Este problema podría evitarse si los beneficios de las multinacionales tributaran de manera unitaria y su recaudación se atribuyera de forma prorrateada en función de las ventas y de la masa laboral (Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation [ICRICT], 2020).

## 6. Conclusión

Los datos tienen características de bien público. El desarrollo de algoritmos implica un alto coste fijo y costes marginales tendentes a cero. La distribución de los productos a través de redes explota externalidades y economías de escala y de alcance. Las características de los mercados digitales dan a las empresas ventajas comparativas dinámicas por ser las primeras, que las demás tienen difícil superar. Estos mercados tienden hacia la concentración. Un alto grado de poder de monopolio suele traducirse en extracción de rentas

a trabajadores, proveedores y consumidores, en una ralentización de la inversión productiva y en una distribución primaria de la renta entre capital y trabajo menos equitativa.

La teoría económica establece un rol regulador para el sector público ante la presencia de estos fallos de mercado. Sin embargo, la digitalización también dificulta su eficacia. Las políticas de competencia tienen serias limitaciones ante mercados que favorecen la emergencia de monopolios naturales. Además, la dependencia del proceso de innovación tecnológica del impulso del sector público, junto con las externalidades de red, genera una disyuntiva compleja entre las políticas de competencia y la política industrial, como se ha hecho evidente en el reciente caso de la fusión, prohibida por la Comisión Europea, de Alstom y Siemens, o el veto a Huawei en la participación de infraestructuras de tecnología 5G. Por su lado, la fiscalidad podría reducir la distorsión de las rentas monopolísticas, pero la ausencia de precio de mercado y de localización definida de los activos intangibles dificulta su gravamen.

Eventualmente, encarar los retos de la digitalización requiere repensar la estructura de propiedad de estas tecnologías y los derechos sobre los activos y los rendimientos que generan. La provisión pública de financiación «paciente» (p. ej., que no busca rendimientos especulativos en el corto plazo) en aquellos sectores donde los fallos de coordinación, las economías de escala y las externalidades son determinantes, como en la del conocimiento, tiene adicionalidad y es complementaria con la inversión privada (Mazzucato, 2011). La inversión pública tiene una dimensión distributiva, puesto que garantiza un reparto más equitativo de los rendimientos del capital. Al mismo tiempo, complementa las necesidades de inversión privada en bienes públicos y diversifica los mecanismos de protección colectiva frente a las fluctuaciones económicas y las disrupciones globales (Farmer, 2017). Una buena gobernanza digital debería combinar una fuerte regulación de las prácticas comerciales y laborales de las compañías digitales; acotar la recolección y el uso de datos; gravar



los superrendimientos a nivel unitario y global; y garantizar una participación pública en estas tecnologías. Una gobernanza digital con estas características conseguiría domesticar sus consecuencias para la desigualdad.

## Referencias bibliográficas

- Acemoglu, D. (2003). Labor and capital-augmenting technical change. *Journal of the European Economic Association*, 1(1), 1-37.
- Acemoglu, D., & Restrepo, P. (2020). Robots and jobs: evidence from US labor markets. *Journal of Political Economy*, 128(6), 2188-2244.
- Adrian, T. (2021). BigTech in Financial Services. *International Monetary Fund*. <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/06/16/sp061721-bigtech-in-financial-services>
- Alvaredo, F., Chancel, L., Piketty, T., Saez, E., & Zucman, G. (2018). The Elephant Curve of Global Inequality and Growth. *AEA Papers and Proceedings*, 108, 103-108.
- Autor, D., Dorn, D., Katz, L. F., Patterson, C., & Van Reenen, J. (2020). The Fall of the Labor Share and the Rise of Superstar Firms. *The Quarterly Journal of Economics*, 135(2), 645-709.
- Baldwin, R. (2018). *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*. Harvard University Press.
- Brin, S., & Page, L. (1998). The anatomy of a large-scale hypertextual Web search engine. *Computer Networks and ISDN Systems*, 30(1-7), 107-117.
- Brun, L., & González, I. (2017). Tobin's Q and Inequality. *Social Science Research Network*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3069980](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3069980)
- Brun, L. y González, I. (2022). Elusión fiscal, poder de mercado y el ascenso del capital intangible. En F. D. Martínez y J. Arrieta (Eds.), *Abuso y Planificación Fiscal Internacional: Una perspectiva jurídica, económica y ética*. Madrid.
- Ciminelli, G., Duval, R. A., & Furceri, D. (2018). Employment Protection Deregulation and Labor Shares in Advanced Economies. *International Monetary Fund*.
- Cramer-Flood, E. (2021). Is Alibaba losing its dominance in China? *Insider Intelligence eMarketer*. <https://www.emarketer.com/content/alibaba-losing-its-dominance-china>
- Crémer, J., de Montjoye, Y.-A. & Schweitzer, H. (2019). *Competition policy for the digital era*. Final Report. European Commission: Directorate-General for Competition.
- Desjardins, J. (2018). How Google retains more than 90% of market share. *Business Insider*, 2013-2019. <https://www.businessinsider.com/how-google-retains-more-than-90-of-market-share-2018-4#:~:text=More%20than%20%2090%20%25%20of%20%20all,algorithm%20%20would%20%20be%20%20extremely%20%20expensive>
- Droesch, B. (2021). Amazon Dominates US Ecommerce, Though Its Market Share Varies by Category. *Insider Intelligence eMarketer*. <https://www.emarketer.com/content/amazon-dominates-us-ecommerce-though-its-market-share-varies-by-category>
- Fana, M., Tolan, S., Torrejon, S., Urzi Brancati, M. C., & Fernandez-Macias, E. (2020). The COVID confinement measures and EU labor markets. *Joint Research Center Technical Report No. 120578*.
- Farber, H. S., Herbst, D., Kuziemko, I., & Naidu, S. (2021). Unions and Inequality over the Twentieth Century: New Evidence from Survey Data. *The Quarterly Journal of Economics*, 136(3), 1325-1385.
- Farmer, R. (2017). *Prosperity for All: How to Prevent Financial Crises*. Oxford University Press.
- Finances Online. (2021). *Reviews for Business: 53 Important Statistics About How Much Data Is Created Every Day?* <https://financesonline.com/how-much-data-is-created-every-day/>
- Frost, J., Gambacorta, L., Huang, Y., Shin, H. S., & Zbinden, P. (2019). BigTech and the changing structure of financial intermediation. *Economic Policy*, 34(100), 761-799.
- Gaessler, F., Hall, B. H., & Harhoff, D. (2019). *Should There Be Lower Taxes on Patent Income?* (NBER Working Papers No. 24843). National Bureau of Economic Research.
- García-López, M. À., Jofre-Monseny, J., Martínez-Mazza, R., & Segú, M. (2020). Do short-term rental platforms affect housing markets? Evidence from Airbnb in Barcelona. *Journal of Urban Economics*, 119, 103278.
- Gerchert, S., Havranek, T., Irsova, Z., & Kolcunova, D. (2019). *Death to the Cobb-Douglas production function? A quantitative survey of the Capital-Labor Substitution Elasticity* (IKM Working Paper).
- Goldin, C., & Katz, L. F. (1998). The Origins of Technology-Skill Complementarity. *Quarterly Journal of Economics*, 113(3), 693-732.
- Gordon, R. J. (2012). *Is U.S. Economic Growth Over? Faltering Innovation Confronts the Six Headwinds* (NBER Working Papers No. 18315). National Bureau of Economic Research.
- Hinderstein, C. B. (2014). *Manufacturing is coming back. Factory Jobs aren't*. <https://www.governing.com/gov-institute/voices/col-u-s-manufacturing-apple-foxconn-tesla-jobless-recovery.html>
- ICRICT, Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation. (2020). Reforma fiscal corporativa internacional: hacia una solución completa y justa. *El trimestre económico*, 87(345), 315-325.
- Junqué de Fortuny, E., Martens, D., & Provost, F. (2013). Predictive Modeling With Big Data: Is Bigger Really Better? *Big Data*, 1(4), 215-226.

- Karabarbounis, L., & Neiman, B. (2014). The global decline of the labor share. *Quarterly Journal of Economics*, 129(1), 61-103.
- Karlinsky, T., & Riedel, N. (2012). Corporate Taxation and the Choice of Patent Location within Multinational Firms. *Journal of International Economics*, 88(1), 176-185.
- Krusell, P., Ohanian, L. E., Rios-Rull, J. V., & Violante, G. L. (2000). Capital skill complementarity and inequality: A macroeconomic analysis. *Econometrica*, 68(5), 1029-1053.
- Lakner, C., & Milanovic, B. (2013). Global Income Distribution: From the Fall of the Berlin Wall to the Great Recession. *The World Bank*.
- Leon-Ledesma, M., & Moro, A. (2020). The Rise of Services and Balanced Growth in Theory and Data. *American Economic Journal: Macroeconomics*, 12(4), 109-146.
- Liebowitz, S. J., Margolis, S. E. (1995). Are network externalities a new source of market failure? *Research in Law and Economics*, 17(0), 1-22.
- Mazzucato, M. (2011). The entrepreneurial state. *Soundings*, 49(49), 131-142.
- Meagher, M. (2020). *Competition is killing us: how big business is harming our society and planet-and what to do about it*. Penguin UK.
- Meyer, D. (2019). The Privacy and Antitrust Worlds Are Starting to Cross Over. *The Privacy Advisor*, 23.
- Moll, B., Rachel, L., & Restrepo, P. (2021). *Uneven growth: automation's impact on income and wealth inequality* (NBER Working Paper No. 28440). National Bureau of Economic Research.
- Morris, D. Z. (2016). Today's cars are parked 95% of the time. *Fortune*. March 13. <https://fortune.com/2016/03/13/cars-parked-95-percent-of-time/>
- OECD, Organisation for Economic Co-operation and Development. (2014). Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances. *International Organizations' Documentation IBFD. Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*. <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>
- Oxford Economics. (2019). *How robots change the world: What automation really means for jobs and productivity*. September, vol. 15.
- Palomino, J. C., Rodríguez, J. G., & Sebastian, R. (2020). Wage inequality and poverty effects of lockdown and social distancing in Europe. *European Economic Review*, 129, 103564.
- Raurich, X., Sala, H., & Sorolla, V. (2012). Factor shares, the price markup, and the elasticity of substitution between capital and labor. *Journal of Macroeconomics*, 34(1), 181-198.
- Rochet, J. C., & Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 990-1029.
- Rodrik, D. (2017). The trouble with globalization. *The Milken Institute Review*, 20.
- Véliz, C. (2021). *Privacy is power: Why and How You Should Take Back Control of Your Data*. Melville House.
- Weil, D. (2014). *The fissured workplace*. Harvard University Press.
- Zou, J., & Schiebinger, L. (2018). AI can be sexist and racist—it's time to make it fair. *Nature*.

# RESEÑA

## CUANDO LOS VOTANTES PIERDEN LA PACIENCIA

Casos radicales de política económica

**Rafael Pampillón Olmedo**

McGraw Hill, 2022, 252 pp.



Hay ocasiones en las que cómo se cuente una historia es al menos tan importante como el contenido mismo del relato. El camino elegido por el que guía la exposición puede revelar secretos no vistos hasta el momento o, incluso, poner de manifiesto hechos que, aunque conocidos, el orden en que son expuestos les confiere otro significado en la historia que se cuenta. Este es el caso del relato que el profesor Pampillón presenta en «Cuando los votantes pierden la paciencia». El conocido proceso de la emergencia del mundo

moderno en su avance hacia una sociedad de mercado abierta es analizado por el autor en una serie de cinco etapas mundiales marcadas por cambios drásticos —aunque graduales y, a veces, abortados— de las estrategias de política económica marcadas por los gobiernos. Enfocado de esta manera, el relato de la evolución económica a largo plazo cobra un sentido de continuidad y causalidad acumulativa que no se lograría de otro modo y que puede ser muy útil para nuestra comprensión de nuestra reciente historia económica.

El ensayo se propone «mostrar la relación estrecha entre las crisis económicas y los cambios en la política económica» (p.1) a través de cinco *cambios pendulares* globales en las estrategias económicas gubernamentales que implicaron, además, los correspondientes cambios en las visiones teóricas del análisis económico y su aceptación por el mundo político. Pampillón empieza con el giro del mercantilismo al modelo clásico (caps. 2 y 3); sigue el giro desde el librecambismo clásico hacia la adopción del keynesianismo tras la Gran Depresión (caps. 4 y 5); a continuación, el ensayo analiza el *tercer cambio pendular* desde el keynesianismo a la adopción de las políticas de oferta a partir de la crisis del petróleo en la década de 1970 (caps. 6 y 7); y *la cuarta oscilación péndulo* la marca la vuelta a

Keynes y la gran crisis financiera de comienzos de siglo (cap. 10). En paralelo, «Cuando los votantes pierden la paciencia» va llevando al lector a través varios casos específicos de reorientación económica: en primer lugar, el gran cambio en China a partir de los cambios introducidos por Deng Xiaoping (cap. 8); en segundo lugar, el vuelco radical que supuso la caída de la Unión Soviética y la reforma de la Europa del Este (cap. 9); en tercer lugar, el ensayo analiza en detalle también la evolución de la economía americana y, en particular, la orientación nekeynesiana del presidente Joe Biden (cap. 12); y, finalmente, el ensayo aborda el análisis de la pandemia y el último *cambio pendular*: el auge de los populismos (caps. 11 y 14). Dos breves capítulos finales —«El diagnóstico de los expertos» y «¿Qué podemos aprender?»— cierran el ensayo y explican las conclusiones.

Uno de los aspectos destacables del libro es metodológico. El análisis político se alterna con el económico a la manera de la buena economía política de antaño, de suerte que es la emergencia de una nueva clase política representante de los intereses del capitalismo comercial lo que empuja la transición desde el mercantilismo al librecambio clásico; el hundimiento de la República de Weimar, el desorden político y los nacionalismos lo que impulsa

el intervencionismo keynesiano; y la crisis del sindicalismo y la resistencia de las clases medias a la presión fiscal creciente lo que propició la vuelta a las políticas de oferta en los años setenta y ochenta. De hecho, la hipótesis central del ensayo, es de tipo político: «El malestar generado en los votantes produjo la pérdida de confianza en los partidos políticos que gobernaban. O, lo que es lo mismo, cuando los gobiernos no son capaces de cumplir con los objetivos generalmente aceptados de política económica, son sustituidos por otros dirigentes que generan cambios radicales en las políticas económicas, y que, en muchos casos, sirven de correa de transmisión para la aparición de nuevos paradigmas» (p. 123). El autor indaga en la economía política de la desafección y encuentra que son diez aspectos políticos—entre los que destacan el descontento del votante y la aparición de nuevos líderes— los que determinan el cambio pendular.

«Cuando los votantes pierden la paciencia» es un ensayo brillante. El análisis de vieja economía política está acompañado de buenas y claras explicaciones de teoría económica e historia del pensamiento económico. Al final, el panorama de más de tres siglos de cambio aparece con la necesaria continuidad para poner de manifiesto el carácter cíclico del dilema intervención estatal versus libertad económica. El autor es más benevolente con las desventajas del keynesianismo que con las que genera el libremercado, pero, en general, la visión de ambas posturas se presenta de forma neutra y objetiva. Un análisis a tan largo plazo de las políticas económicas podría haberse beneficiado de los recientes estudios sobre las tendencias de la productividad. El cambio en la productividad total de los factores (PTF) a lo largo de los años es, con toda seguridad, uno de los factores implícitos que propiciaron los cambios. A pesar de eso,

la explicación teórica (e histórica) abunda en el ensayo y, muy especialmente, en sus notas a pie de página, muchas de las cuales, dada su extensión e importancia, deberían de figurar como parte del cuerpo principal del libro.

El ensayo que ha escrito Rafael Pampillón es un excelente relato panorámico de las tendencias seculares y a largo plazo sobre las inclinaciones de los políticos en el gobierno de la economía. Pone de manifiesto la inercia de los sistemas, la resistencia al cambio de los intereses políticos y la complejidad de las decisiones colectivas en las sociedades de mercado. El libro, además, es de fácil lectura y, seguramente, podría ser de utilidad a cualquier estudiante o curioso que se enfrente por primera vez con la evolución a largo plazo de la economía.

**Pedro Fraile Balbín**

Catedrático jubilado de  
Historia Económica de la  
Universidad Carlos III

# INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA. REVISTA DE ECONOMÍA (ICE)

ISSN 0019-977X

## SUSCRIPCIÓN ANUAL

| INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA. REVISTA DE ECONOMÍA (6 NÚMEROS/AÑO) |                 |                           |                             |
|---|-----------------|---------------------------|-----------------------------|
|   | ESPAÑA<br>1 año | UNIÓN<br>EUROPEA<br>1 año | RESTO DEL<br>MUNDO<br>1 año |
| SUSCRIPCIÓN   | 75,00 €         | 75,00 €                   | 75,00 €                     |
| Gastos de envío España  | 3,36 €          | 4,80 €                    | 6,24 €                      |
| Más 4 % de IVA<br>Excepto Canarias, Ceuta y Melilla                 | 3,13 €          |                           |                             |
| TOTAL   | 81,49 €         | 79,80 €                   | 81,24 €                     |

## EJEMPLARES SUELTOS

| INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA                      |                 |                           |                             |
|---|-----------------|---------------------------|-----------------------------|
|   | ESPAÑA<br>1 año | UNIÓN<br>EUROPEA<br>1 año | RESTO DEL<br>MUNDO<br>1 año |
| NÚMERO SUELTO                                       | 15,00 €         | 15,00 €                   | 15,00 €                     |
| Gastos de envío España                              | 0,56 €          | 0,80 €                    | 1,04 €                      |
| Más 4 % de IVA<br>Excepto Canarias, Ceuta y Melilla | 0,62 €          |                           |                             |
| TOTAL   | 16,18 €         | 15,80 €                   | 16,04 €                     |

### Suscripciones y venta de ejemplares sueltos

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Centro de Publicaciones.

C/ Panamá, 1. Planta 0, despacho 3.

Teléfonos: 91 349 51 29 – 91 349 51 33 (ventas)

91 349 43 35 (suscripciones)

Correo electrónico: [CentroPublicaciones@mincotur.es](mailto:CentroPublicaciones@mincotur.es)



# NORMAS DE PUBLICACIÓN

Se recomienda a los autores consultar la página web de la Revista de *Información Comercial Española, Revista de Economía*, donde aparecen publicados los artículos en formato electrónico y se recogen los principios y políticas editoriales de publicación (<http://www.revistasice.com/index.php/ICE>).

1. Los originales se remitirán a la dirección de correo electrónico [revistasice.sccc@mincotur.es](mailto:revistasice.sccc@mincotur.es). También pueden enviarse a través de la página web de Revistas ICE.
2. Solo se aceptan trabajos originales no publicados previamente ni en proceso de evaluación en otra revista. Mientras no reciban notificación de su rechazo o los retiren voluntariamente, los autores no enviarán los originales a otros medios para su evaluación o publicación.
3. El equipo editorial podrá rechazar un artículo, sin necesidad de proceder a su evaluación, cuando considere que no se adapta a las normas, tanto formales como de contenido, o no se adecúe al perfil temático de la publicación.
4. Las contribuciones se enviarán en formato Microsoft Word. En un archivo Excel independiente se incluirá la representación gráfica (cuadros, gráficos, diagramas, figuras, etcétera), que debe llevar título, estar numerada y referenciada en el texto. En la parte inferior se incluirán la fuente de información y, en su caso, notas aclaratorias.
5. **La extensión total del trabajo (incluyendo cuadros, gráficos, tablas, notas, etcétera) no debe ser inferior a 10 páginas ni superior a 15** (aproximadamente entre 5.000 y 7.000 palabras). La fuente será Times New Roman, tamaño 12, **interlineado sencillo** y paginado en la parte inferior derecha.
6. Cada original incluirá, en una primera página independiente, el título del artículo que deberá ser breve, claro, preciso e informativo y la fecha de conclusión del mismo. Nombre y apellidos del autor o autores, filiación institucional, dirección, teléfono y correo electrónico de cada uno de ellos.
7. En la primera página del texto se incluirá:
  - **El título con una extensión máxima de 2 líneas** (aproximadamente 12 palabras).
  - **Un resumen del trabajo con una extensión máxima de 6 líneas** (aproximadamente 60 palabras) con la siguiente estructura: objetivo, método y principal resultado o conclusión.
  - **De 2 a 6 palabras clave** que no sean coincidentes con el título.
  - **De 1 a 5 códigos de materias del Journal of Economic Literature** (clasificación JEL) para lo cual pueden acceder a la siguiente dirección electrónica: <https://www.aeaweb.org/jel/guide/jel.php>
8. El texto del artículo seguirá la siguiente estructura: introducción, desarrollo, conclusiones y referencias bibliográficas. Si hubiera anexos, se insertarán tras las referencias bibliográficas y deberán llevar título.
9. Los encabezamientos de los apartados se numerarán en arábigos con punto, en minúscula y en negrita, distanciándose dos espacios del anterior párrafo. Los encabezamientos de cada subapartado se pondrán en redonda negrita sin numerar, y el tercer nivel en cursiva, según el siguiente modelo:  
  
**1. Título del apartado** (1.<sup>er</sup> nivel)  
**Subapartado** (2.<sup>o</sup> nivel)  
*Sección del subapartado* (3.<sup>er</sup> nivel)
10. Las notas a pie de página irán integradas en el texto y su contenido debe estar al final de su misma página en fuente Times New Roman, tamaño 10 y espacio sencillo.
11. Las ecuaciones y expresiones matemáticas irán centradas y, en su caso, la numeración irá entre corchetes y alineada a la derecha.
12. La forma de citación seguirá los criterios de la última versión de las normas de la American Psychological Association (APA) que se pueden consultar en la siguiente dirección: <https://apastyle.apa.org/style-grammar-guidelines/citations/paraphrasing>
13. Las referencias a siglas deben ir acompañadas, en la primera ocasión en que se citen, de su significado completo.
14. Al final del texto se recogerá la bibliografía utilizada, ordenada alfabéticamente según las Normas APA. Se recuerda que siempre que el artículo tenga DOI, este se deberá incluir en la referencia. Se pueden consultar las normas generales y ejemplos de las referencias más frecuentes en <https://apastyle.apa.org/style-grammar-guidelines/references/examples>

## • Formato y ejemplos de las referencias más frecuentes

### **Libro**

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Editorial.

Pilling, D. (2019). *El delirio del crecimiento*. Taurus.

### **Libro electrónico con DOI (o URL)**

Apellido, A. A. (Año). *Título*. <https://doi.org/xxx>

Freud, S. (2005). *Psicología de las masas y análisis del yo*. <https://doi.org/10.1007/97-0-xxxx>

### **Capítulo de libro**

Apellido, A. A. & Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En C. C. Apellido (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Editorial.

Demas, M. & Agnew, N. (2013). Conservation and sustainable development of archaeological sites. In I. Rizzo & A. Mignosa, *Handbook on the Economics of Cultural Heritage* (pp. 326-343). Edward Elgar.

### **Publicaciones periódicas formato impreso**

Apellido, A. A., Apellido, B. B. & Apellido, C. C. (Año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), pp-pp.

Parés-Ramos, I. K., Gould, W. A. & Aide, T. M. (2008). Agricultural abandonment, suburban growth, and forest expansion in Puerto Rico between 1991 and 2000. *Ecology & Society*, 12(2), 1-19.

### **Publicaciones periódicas online con DOI (o URL)**

Apellido, A. A., Apellido, B. B. & Apellido, C. C. (Año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), pp-pp. <https://doi.org/xxx>

Fernández-Blanco, V., Orea, L. & Prieto-Rodríguez, J. (2009). Analyzing consumers' heterogeneity and self-reported tastes: an approach consistent with the consumer's decision making process. *Journal of Economic Psychology*, 30(4), 622-633. <https://doi.org/10.1016/j.joep.xxxx>

### **Informe oficial en web**

Organismo. (Año). *Título del informe*. <http://www...>

Fondo Monetario Internacional. (2019). *Global Financial Stability Report*. <https://www.imf.org/en/Publications/GFSR/Issues/2019/10/01/global-financial-stability-report-october-2019>

### **Ley/Reglamento**

Título de la ley. *Publicación*, número, fecha de publicación, página inicial-página final. <http://www.boe.es...>

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. *Boletín Oficial del Estado* n.º 295, de 10 de diciembre de 2013, pp. 97858 a 97921. <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12886.pdf>

### **Orden de la lista de referencias bibliográficas**

Las referencias se ordenan alfabéticamente y, en caso de varios trabajos realizados por el mismo autor/a, el criterio es el siguiente:

- Primero, los trabajos en los que el/la autor/a figura solo/a. Correlativos de año más antiguo a año más actual de publicación.
- Segundo, aquellos trabajos colectivos en los que el/la autor/a es el/la primero/a. Correlativos por orden alfabético.
- Tercero, en caso de coincidencia exacta de autor/a y fecha, debe citarse cada trabajo añadiendo una letra a la fecha. Ej.: 2014a, 2014b, etc.





## Últimos números publicados



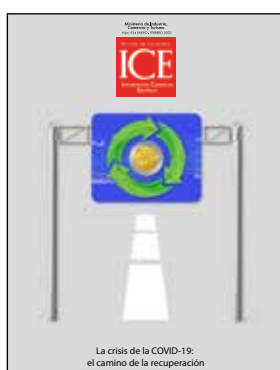
**Núm. 921**  
*Mujer y economía:  
igualdad, oportunidades y retos*



**Núm. 922**  
*Una política comercial para  
reconstruir la globalización*



**Núm. 923**  
*El impacto económico  
de la pandemia*



**Núm. 924**  
*La crisis de la COVID-19:  
el camino de la recuperación*

## Números en preparación

*El futuro del dinero y la transformación  
digital del sector financiero*

*V Centenario de la primera vuelta al mundo*

Revista de Economía

# ICE

INFORMACIÓN COMERCIAL  
ESPAÑOLA

Ministerio de Industria, Comercio  
y Turismo



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE INDUSTRIA, COMERCIO  
Y TURISMO