

**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI ICADE CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LAS *BIG*  
*TECH*: ACTUALES VENTAJAS Y DESAFÍOS**

Autor: Ángela Yubero Gutiérrez

5 ° E-5

Área de Derecho Mercantil

Tutor: Rafael Sebastián Quetglas

Madrid

Abril 2022

## RESUMEN

La emergencia de la economía digital en los últimos tiempos, ha supuesto el desarrollo de nuevas compañías tecnológicas dotadas de un modelo de negocios no presenciado hasta el momento, en el que los datos de los usuarios juegan un rol esencial. Digitalización de la economía y de sus actores que, convierte en un reto el diseño de los instrumentos adecuados propios del derecho de la competencia para hacer frente a los desafíos intrínsecos a la misma. Así, el objeto del estudio será dilucidar si, los mecanismos tradicionales de la defensa de la competencia están a la altura de la regulación de la economía digital, o si bien es necesario el desarrollo de nuevos instrumentos complementarios.

En esta última posición, y con el fin de hacer frente a los actuales vacíos legales, se sitúa la propuesta de Ley de Mercados Digitales, elevada por la Comisión Europea en 2020 y que se será objeto de análisis. Estudio acompañado por una revisión de la actual literatura sobre el tema y que concluirá con el fenómeno de las *killer acquisitions*. Operaciones empresariales que suponen una de las manifestaciones más claras de los nuevos riesgos asociados a este tipo de negocios propio del mundo digital.

Tras evaluar este nuevo paradigma digital en su totalidad, se concluirá que efectivamente, se requiere de la implantación de herramientas complementarias a las que se disponen hoy en día. Ello con fin de garantizar que la sociedad en su conjunto, pueda optimizar las numerosas ganancias asociadas al entorno digital y reducir al máximo las prácticas anti-competitivas que las minoran.

**Palabras clave:** economía digital, derecho de la competencia, GAFAM, adquisiciones asesinas, guardián de acceso, plataformas dominantes, Ley de Mercados Digitales.

## ABSTRACT

The emergence of the digital economy in recent times, has led to the development of new technological companies endowed with a business model never seen before, in which users' data play an essential role. Digitalization of the economy and its players, which makes it a challenge the design of the appropriate instruments of competition law in order to face the

threats intrinsic to it. Thus, the purpose of the study will be to elucidate whether the traditional mechanisms of the defense of competition are up to the regulation of the digital economy, or whether it is necessary to develop new complementary instruments.

In the latter position, and in order to address the current legal gaps, we find the proposal for a Digital Markets Act submitted by the European Commission in 2020, which will be analyzed. This study is accompanied by a review of the current literature on the subject and will conclude with the phenomenon of killer acquisitions. Business operations which are one of the clearest manifestations of the new risks associated with this type of business in the digital world.

After evaluating this new digital paradigm in its entirety, it will be concluded that the implementation of complementary tools to those available today is indeed required. This is to ensure that society as a whole, can optimize the numerous gains associated with the digital environment and minimize the anti-competitive practices that undermine them.

**Keywords:** digital economy, competition law, GAFAM, killer acquisitions, gatekeeper, dominant platforms, Digital Markets Act.

# ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS EMPLEADAS .....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y CONTEXTUALIZACIÓN.....</b>	<b>7</b>
1. <b>ANTECEDENTES.....</b>	<b>7</b>
2. <b>CUESTIÓN OBJETO DE INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>9</b>
3. <b>RELEVANCIA DE LA MATERIA .....</b>	<b>10</b>
4. <b>METODOLOGÍA .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO II. CONCEPTO DE <i>BIG TECH</i> Y FUNCIONAMIENTO DE LA ECONOMÍA DIGITAL.....</b>	<b>12</b>
1. <b>ORIGEN Y RASGOS. PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL MERCADO.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1    Plataformas Digitales .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2    Fuertes y Positivos efectos de red (directos e indirectos).....</b>	<b>15</b>
<b>1.3    Mercado de “dos o múltiples lados” .....</b>	<b>17</b>
<b>1.4    <i>Multi-homing</i> vs <i>single-homing</i>. Costes de cambio de proveedor .....</b>	<b>18</b>
2. <b>CONSECUENCIAS ESTRUCTURALES.....</b>	<b>19</b>
<b>2.1    Alta concentración del mercado.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2    Elevadas barreras de entrada .....</b>	<b>20</b>
<b>2.3    Posición de Dominio .....</b>	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO III. DERECHO DE LA COMPETENCIA. MARCO NORMATIVO COMUNITARIO Y NACIONAL .....</b>	<b>22</b>
1. <b>CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA .....</b>	<b>22</b>
<b>1.1.    Modelo económico español y europeo .....</b>	<b>22</b>
<b>1.2.    Justificación del derecho de la competencia .....</b>	<b>22</b>
<b>1.3.    Primera regulación del derecho de la competencia.....</b>	<b>23</b>
2. <b>MARCO NORMATIVO .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1.    Regulación jurídica nacional.....</b>	<b>24</b>
<b>2.2.    Regulación jurídica de la UE.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3.    Base jurídica. Instrumentos legislativos.....</b>	<b>25</b>

2.4.	<b>Tipificación de las conductas prohibidas .....</b>	<b>26</b>
3.	DESAFÍOS JURÍDICOS.....	28
4.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. CASO <i>GOOGLE AD SENSE</i> . ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.....	31
<b>CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE REGLAMENTO. LEY DE MERCADOS DIGITALES.....</b>		<b>33</b>
1.	CONTEXTO DE LA INICIATIVA .....	33
2.	BASE JURÍDICA Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA.....	36
3.	ANÁLISIS DEL CONTENIDO .....	38
4.	APLICACIÓN DE LA LMD AL CASO <i>GOOGLE AD SENSE</i> . ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE .....	40
<b>CAPÍTULO V. <i>KILLER ACQUISITIONS</i> Y SU ENCAJE REGULATORIO.....</b>		<b>41</b>
1.	INTRODUCCIÓN .....	41
2.	ARTÍCULO 12 DE LA LMD SOBRE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES .....	43
3.	REGLAMENTO N° 139/2004 SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. NUEVAS ORIENTACIONES SOBRE EL INSTRUMENTO DE REMISIÓN DEL ART. 22.....	44
4.	ADQUISICIÓN DE WHATSAPP E INSTAGRAM POR PARTE DE FACEBOOK .....	47
5.	CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS OPERACIONES .....	51
<b>CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES .....</b>		<b>54</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>56</b>
<b>ANEXOS.....</b>		<b>65</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS EMPLEADAS**

CE: Constitución Española

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

EE.UU: Estados Unidos

EEE: Espacio Económico Europeo

FTC: Federal Trade Commission

GAFAM: Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft

LDC: Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

LMD: Ley de Mercados Digitales

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

# CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y CONTEXTUALIZACIÓN

## 1. ANTECEDENTES

La población global está presenciando un momento de la historia en el que el mundo digital y el mundo de las cosas se están fusionando a un nivel exponencial. Van surgiendo nuevas plataformas, servicios y productos que escapan de las actuales regulaciones jurídicas, propiciando extensos vacíos legales. Lagunas jurídicas que abren las puertas hacia la comisión de abusos por parte de aquellos gigantes o “guardianes de acceso<sup>1</sup>”, que, siendo escasos en número, dominan y concentran el entorno digital en sus manos.

Desviaciones de la legalidad que suponen alarmantes obstáculos para la libertad de elección y la privacidad de los consumidores, para la innovación y las oportunidades de entrada a este mercado digital por parte de los nuevos o más modestos competidores y, en términos generales, para la garantía de un mercado libre, seguro y competitivo.

Esta economía digital conforma una parte activa de nuestra sociedad contemporánea, y se presenta para quedarse. Su avance vertiginoso hace suscitar dudas con respecto a si las actuales herramientas de las que se dispone en las diversas áreas de nuestro entramado jurídico, tales como el derecho de la competencia, son suficientes y adecuadas para controlar a las nuevas empresas tecnológicas y sus respectivas plataformas, que se han hecho de oro gracias al relevante rol de los datos intrínseco a esta nueva economía.

Problemática que ha conducido a la elaboración de diversos informes y análisis de los mercados digitales que han servido de gran apoyo para la elaboración de este escrito, impulsados por múltiples organismos y agencias gubernamentales. Documentos tanto a nivel de la Comisión Europea como a nivel de las autoridades nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Sin pasar por alto aquellas evaluaciones llevadas a cabo en otras jurisdicciones, como la estadounidense<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> “Gatekeeper scenarios refer to situations where a company controls the access to a number of customers (and/or to a given input/service, such as data) who - at least in the medium term - cannot be reached otherwise” (Comisión Europea, 2020, p. 6).

<sup>2</sup> Se han consultado informes de expertos estadounidenses (*Report from the Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee*), así como iniciativas procedentes del propio gobierno de

En concreto, el foco de atención se circunscribirá a las *Big Five*: Google/Alphabet, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft (GAFAM), y su aptitud para incidir en la concentración del mercado y en la competencia en su conjunto<sup>3</sup>:

Google domina el mercado publicitario de búsqueda en línea, mientras que Bing, si bien se posiciona en segundo lugar con gran diferencia, a es a su vez una oferta de Microsoft. En el comercio online impera Amazon y, las redes sociales, están dominadas por Facebook, más si se tiene en cuenta la adquisición por parte de la compañía de Instagram y WhatsApp en 2012 y 2014 respectivamente. Adquisiciones que desde 2020 se han situado bajo el punto de mira de la *Federal Trade Comission* (FTC) de EE.UU, agencia federal reguladora de la competencia. El streaming de música en línea se encuentra manejado por Apple, junto a Spotify, mientras que el mercado de sistemas operativos para ordenadores sigue dominado por Microsoft Windows, junto a los servicios de almacenamiento en la nube, en los que también prevalece Amazon. Por último, Android, propiedad de Google, posee el control mayoritario de los *smartphones* (Spiegel & Waldfogel, 2021, p.1).

Como la OCDE (2016) señala en su Report: *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, la aparición de estos gigantes tecnológicos posee actuales así como potenciales implicaciones en la revisión de fusiones, en el abuso de posición dominante y en los cárteles (p.14). Áreas que se examinarán.

Así, se plantea sobre la mesa una situación extraordinaria, que ya está generando nuevos desafíos legales con los que los tribunales tendrán que lidiar y están *de facto* lidiando. De manera que, la legislación de la competencia, su revisión y complementación vuelve a estar en los titulares y en la mente de las empresas, el consumidor, las autoridades gubernamentales y comunitarias y la sociedad en su plenitud:

This competition policy must be vigorous, disciplined, and coherent. It must rely on solid analysis of the new market settings and of the market failures which will imply

---

Estados Unidos (EE.UU) (*Investigation Of Competition Of Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations*).

<sup>3</sup> El tamaño de las *Big Five* sobrepasa a numerosas empresas del sector digital innegablemente grandes y poderosas. Por ejemplo, Facebook, la más pequeña de las cinco, más que triplica a Exxon, Nike y Coca-Cola, algunas de las empresas estadounidenses más emblemáticas (Birch & Cochrane, 2021, p. 3).



that “the invisible hand of the market” must be supplemented by “the visible hand” of competition authorities or of the legislator. (Crémer et al., 2019, p.14)

## 2. CUESTIÓN OBJETO DE INVESTIGACIÓN

La finalidad de este escrito es enmarcar el actual estado de la cuestión en lo relativo a la creciente transformación de nuestra economía y su proceso de digitalización. Se trata de explorar tanto las ventajas como los inconvenientes de este fenómeno de transición a un cosmos digital que se intensifica por instantes.

Tras haber contextualizado la materia con los rasgos de las *Big Tech*, el marco regulatorio así como la vigente jurisprudencia sobre el tema; se pretende, a través de la actual literatura experta en el asunto y mediante un análisis de las propuestas legislativas, centrándonos en la propuesta de Ley de Mercados Digitales (LMD) elevada por la Comisión Europea, estar al tanto de cómo conciliar y equilibrar los inconvenientes señalados con los beneficios de la economía digital. Una conciliación que, desde la visión de la iniciativa analizada, guarda su respuesta en el diseño de un instrumento complementario a la regulación vigente del derecho de la competencia, con el objeto de poder adecuarse al *modus operandi* y características de las nuevas plataformas del mundo virtual.

Asimismo, desde una perspectiva más práctica, se estudiará el potencial impacto de esta forma de actuar en la innovación y en la elevación de las barreras de mercado hacia las empresas tecnológicas nuevas o *start-ups*. Para ello, se analizarán *las killer acquisitions*<sup>4</sup>, sus efectos, su posible encaje regulatorio y cómo la inserción de mecanismos de supervisión *ex-ante*, como el propuesto por la mencionada LMD, pueden funcionar como herramienta eficaz para diluir sus efectos anticompetitivos.

Todo ello con el objeto de dilucidar de manera crítica a raíz de lo analizado, si verdaderamente es necesario erigir una adaptación de la actual regulación del derecho de la competencia hacia las *Big Tech*; si se requieren instrumentos adicionales que la complementen

---

<sup>4</sup> Se entiende por *killer acquisitions* aquellas adquisiciones de *start-ups* llevadas a cabo por las empresas establecidas con una posición afianzada en un determinado mercado, con el único propósito de poner fin al desarrollo de las innovaciones de la empresa adquirida; adelantándose y eliminando la potencial competencia futura y prometedora por parte de la misma (Cunningham et al., 2021, p.1).

sin necesidad de modificarla o si bien, los vigentes instrumentos jurídicos son capaces de solventar las coyunturas del mundo digital sin ningún tipo de soporte adicional.

### 3. RELEVANCIA DE LA MATERIA

Como señala la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, la pandemia del Covid-19 ha hecho ser testigos a la ciudadanía mundial de lo crucial que suponen las nuevas tecnologías de la comunicación, la gestión de datos a escala masiva y las herramientas intrínsecas a las mismas. Un entramado de recursos digitales que se ha revelado esencial tanto para la vida laboral, como para el conglomerado empresarial de un amplio abanico de sectores, así como para la propia vida cotidiana y el mantenimiento del contacto a distancia entre los individuos.

Sin embargo, por otro lado, es esta propia sociedad la que a su vez está adquiriendo conciencia de los aspectos nocivos de esta transición digital, que están saliendo a la luz y no han de resultar infravalorados. Inconvenientes que suponen un incremento de la desigualdad entre, por un lado, las más robustas plataformas y sus compañías y, por otro, entre los usuarios (tanto los profesionales como los finales) y aquellas empresas que operan fuera del espectro abarcado por las GAFAM.

En 2015, Europa siguió el ejemplo de EE.UU al incorporar en su normativa el principio de la neutralidad de red (*Internet neutrality principle*<sup>5</sup>) (Comeig et al., 2022) con la finalidad de garantizar un acceso a Internet por parte del usuario sin ningún tipo discriminación ni tarifas abusivas o anómalas. Principio que conllevó que se suprimiera las tarifas de itinerancia a nivel de la UE en 2017 (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019). Y, a día de hoy, es de nuevo la neutralidad la que se sitúa en el debate que nos preocupa:

Una falta de neutralidad que, de nuevo, reclama la acción de la UE y que deja a los usuarios en muchas instancias con escasa capacidad de decisión y control sobre sus datos. Y, a las mismas empresas, sin capacidad de competir efectivamente en el mercado y desarrollar sus proyectos sin trabas y sin presión del monopolio, la exclusión y las actuaciones discriminatorias por parte de las empresas tecnológicas dominantes. Todo ello reforzando la idea de que, ante

---

<sup>5</sup> Principio contenido en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta.

esta estructura de mercado asimétrica de la que se caracteriza Internet, son las autoridades regulatorias las que han actuar y corregir un mercado que no está funcionando como debería.

Así, en el marco de la Década Digital de Europa marcada por la Brújula Digital que ha de guiar al continente europeo hasta el año 2030, es crucial que tanto las empresas como los individuos, puedan disfrutar de un acceso seguro y justo a sus plataformas. Acceso que ha de garantizarse mediante una regulación adecuada y garante que les haga tomar conciencia de sus derechos como usuarios y competidores y que combata todo posible abuso por parte de quienes, hasta el momento, resultaban prácticamente impunes.

Y, lo que es más importante, posicionando a la Unión Europea y a sus propuestas, como ilustración de liderazgo digital y modelo a seguir por otros organismos reguladores en estos tiempos tan convulsos e impredecibles por los que el conjunto de la ciudadanía mundial está pasando. Así señalaba Ursula von der Leyen: “Europe must now lead the way on digital – or it will have to follow the way of others, who are setting these standards for us. This is why we must move fast” (Comisión Europea, 2020, p.7).

#### 4. METODOLOGÍA

La metodología empleada para la elaboración del presente documento consta de un examen de la literatura vigente, tanto nacional, comunitaria e internacional experta sobre la materia: la economía digital y su intersección con el derecho de la competencia. A su vez, se ha estudiado teóricamente el área, cuyos fundamentos jurídicos se expondrán mediante la consulta previa de los manuales especializados en el Derecho de la Competencia y en el Derecho de la Unión Europea.

Asimismo, se han analizado las propuestas legislativas más recientes sobre el asunto, centrando el foco en el ámbito europeo. Finalmente, la metodología analítica se combina con un enfoque más pragmático al dedicar un apartado a las *killer acquisitions* y sus efectos potenciales sobre la competencia.

Todo ello con el fin de poder sostener una opinión crítica y fundamentada que, de manera deductiva, defenderá el importante rol del derecho de la competencia para combatir las actuales y potenciales prácticas abusivas. Sostendrá a su vez, en contraposición a ciertos

sectores, que sí es necesaria la creación de nuevas reglas jurídicas que han de complementar la regulación actual.

## **CAPÍTULO II. CONCEPTO DE *BIG TECH* Y FUNCIONAMIENTO DE LA ECONOMÍA DIGITAL**

### **1. ORIGEN Y RASGOS. PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL MERCADO**

Como condición *sine qua non* para determinar si el derecho de la competencia, y, en su caso, su necesaria modificación o adaptación al escenario digital actual, constituyen el instrumento adecuado para hacer frente a los retos desatados por estos grandes operadores tecnológicos (centrando el foco en las GAFAM), es preciso comprender cómo surgieron y, ante todo, cuáles son sus rasgos y su *modus operandi*. Factores que les otorgan distinción con respecto al resto de actores económicos, les conducen a acumular cuotas de mercado de manera exponencial y como consecuencia, lograr pasar desapercibidos por las diversas normas y autoridades de la competencia.

Más allá de estos atributos que se profundizarán en líneas posteriores, es notorio destacar cómo las GAFAM han adquirido una posición de dominio en tan corto horizonte de tiempo. Igual de llamativo es que, nunca antes, una asociación de capital de los grandes sectores (ya sean los grandes bancos, farmacéuticas o petroleras), ha ocupado los cinco puestos en la cima de la jerarquía empresarial:

Fue Microsoft<sup>6</sup> la primera compañía de las *Big Five* la que, durante las décadas de los 90 y 2000, experimentó un temprano ascenso. No obstante, en 2010, Apple superó a Microsoft y creció a un ritmo del 18% hasta el año 2019. A partir de 2013, Microsoft comenzó de nuevo su expansión a una velocidad del 27%, junto a Google y a Facebook, con un ritmo del 37% y 22% respectivamente. Amazon, fue último en llegar en 2015, pero con una velocidad de ascenso anual del 45%. Datos que son sorprendentes en la medida en que el ritmo medio anual de crecimiento de las 200 empresas estadounidenses principales es de un 10% (*Op. cit.* Birch

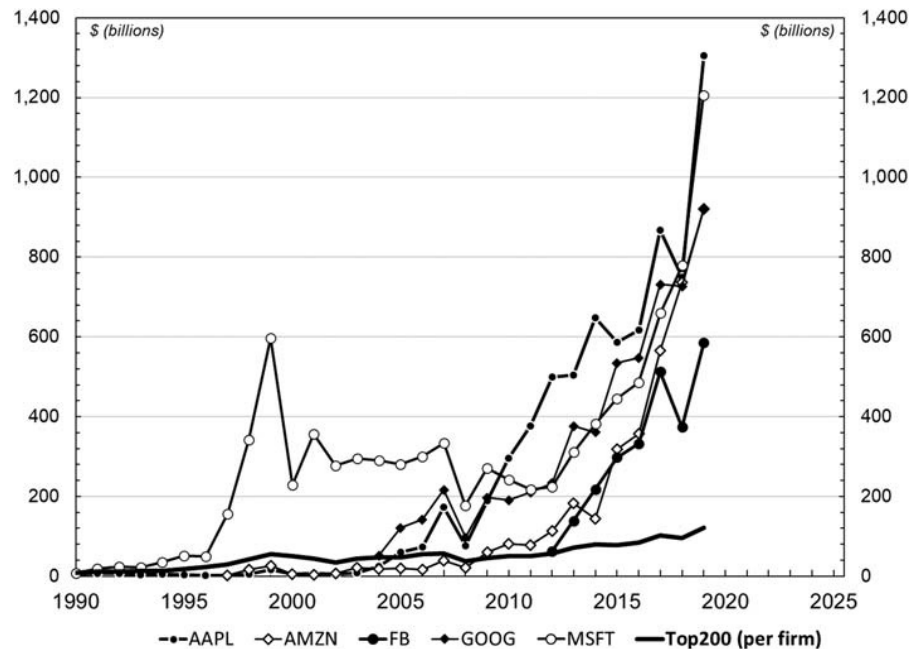
---

<sup>6</sup> Desde sus inicios, ya se suscitaron controversias. Muestra de ello, fue el caso contra *Microsoft* en el año 2000 relativo a su sistema operativo *Windows* y su negativa a contratar con desarrolladores de otros programas con el fin de garantizar su íntegra compatibilidad con dicho sistema, así como las acciones de vinculación con su reproductor de vídeos *media player* (Velasco San Pedro, 2021, p.12).

& Cochrane, p.4). La información de crecimiento expresa la valoración diferencial llevada a cabo por los inversores acerca de las perspectivas de futuro de cada empresa:

**Figura 1**

*The rise of Big Tech, market capitalization, 1990–2019*



*Nota.* De: “Big Tech: Four Emerging Forms of Digital Rentiership”, por Birch, K., & Cochrane, D. T, 2021, *Science as Culture*, 31(1), p.4 (DOI: 10.1080/09505431.2021.1932794).

## 1.1 Plataformas Digitales

Es preciso indicar que tanto algunos mercados tradicionales como la totalidad de los digitales, suponen modelos de negocios basados en plataformas, las cuales reúnen a un notorio número de usuarios que interactúan entre sí. (Belleflamme & Peitz, 2016, p.1). Estos modelos, no son algo novedoso, ya que, a lo largo de la historia, diversas empresas se han organizado como plataformas.

Los ejemplos más sencillos son los supermercados o los periódicos: ambos reúnen a vendedores y compradores en un espacio común, facilitando así el contacto entre dos partes que, de otro modo, difícilmente podrían interactuar. Sin embargo, estas plataformas del mundo de las cosas, poseen límites tanto físicos como geográficos, en la medida en que se requiere transportar y almacenar las diversas mercancías (costes derivados de logística) o, los

periódicos, (antes de su inserción en el mundo digital), poseían una circulación limitada y sus anuncios debían que ser específicos para cada lugar (Comisión Europea, 2016, p.1).

Como indica el Report de Scott Morton et al. (2019), lo que ha conformado el perfil de estas *Big Tech* no es otra cosa que una combinación de características no contemplada hasta ahora y ampliadas en términos cuantitativos, así como cualitativos. En este sentido, al poseer el proceso de digitalización de la economía una naturaleza global, esta capacidad de actuar ilimitadamente de manera transfronteriza y omnipresente a lo largo del globo, ha resultado en que las compañías que han surgido con esta transición digital, se caractericen por una escala y alcance muy elevados dando lugar a un modelo de negocio basado en plataformas nunca presenciado hasta el momento (p. 4).

De esta manera, se enuncia la conceptualización de lo que supone la noción de plataformas online<sup>7</sup>:

“Online platform” refers to an undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups. Certain platforms also qualify as Intermediary service providers. (Comisión Europea, 2015, p. 4)

De la definición expuesta, es preciso extraer el concepto de mercado de “dos o múltiples lados” (*two (or multi)-sided markets*). A la luz de la creciente relevancia de dicho tipo de mercado aplicado al ámbito digital, las autoridades regulatorias de la competencia de países como Alemania, han decidido introducir tales términos en su legislación de la competencia. Así, en 2021, la Ley de Digitalización alemana (GWB10), incorporada como la décima enmienda a la Ley de Competencia alemana (GWB), se ha posicionado como pionera a nivel comunitario en incluir en su articulado la noción de “redes” y “mercados de múltiples lados”, destacando el papel especial de los efectos de red o externalidades propios de los mismos y que se analizarán en el apartado siguiente (Johanssen, 2020, p.4).

---

<sup>7</sup> Son abundantes los ejemplos de plataformas online en la economía digital y que forman parte del campo abarcado por las GAFAM: mercados en línea como Amazon; sistemas de pago como Apple Pay; redes sociales como Facebook o Instagram; tiendas de aplicaciones como App Store y Google Play o motores de búsqueda generales de internet como Google o Bing, entre muchos otros (*Op. cit.* Comisión Europea. p. 4).

## 1.2 Fuertes y Positivos efectos de red (directos e indirectos)

A los métodos tradicionales y legítimos de adquirir poder en el mercado<sup>8</sup>, que pueden originarse en virtud de que una determinada empresa posea una capacidad única o poco común de producir bienes a bajo coste, o bien debido a que los consumidores valoren más los productos de dicha empresa frente a los de sus competidores (mejor calidad, reputación, etc.); se unen otros que escapan de la legalidad, como aquel poder de mercado que surge de un cártel entre todos los productores de una mercancía. Estos métodos, sean lícitos o no, son los que las autoridades de la competencia estaban acostumbradas a lidiar con.

No obstante, el nuevo escenario provoca que se incorporen otros nuevos propios de la economía digital. Así, en estas nuevas plataformas, los datos de los usuarios juegan un rol crucial hacia su consolidación de dominio, el incremento del valor de su modelo de empresa y, con ello, de su poder de mercado, en la medida en que estas plataformas se caracterizan por tener fuertes y positivos *network effects* o efectos de red:

En el mercado digital, las empresas tecnológicas desempeñan un papel relevante al ser capaces influir en las posibilidades de interacción de los usuarios. En este sentido, el valor de los servicios ofrecidos, a menudo no sólo depende de las características inherentes al servicio que se ofrece a un usuario (como la elevada calidad), sino que también, y posiblemente en primer lugar, está determinado por el hecho de que otros usuarios los utilicen y de la intensidad con la que lo hagan (Franck & Peitz., 2019, p. 13).

A este respecto, los efectos de red pueden caracterizarse como aquella situación en ciertos mercados en la que la demanda total o cuota de mercado de una empresa, posee efectos directos sobre el valor de consumo de su producto o servicio (Calvano & Polo, 2021). En otras palabras, constituye un fenómeno por el que a medida que más individuos emplean un producto o servicio (lo que equivale a una mayor demanda o uso), el valor de dicho producto o servicio adquiere un incremento de valor adicional.

---

<sup>8</sup> El poder de mercado se puede entender como aquel que permite controlar los precios, manteniéndolos o elevándolos por encima de un nivel “competitivo” o bien que permite excluir a los competidores (Douglas Melamed et al., 2018, p. 61).

Dentro del fenómeno de los efectos de red positivos, se encuentran los efectos de red directos (dentro del grupo) e indirectos (grupo-cruzados):

En lo que concierne a los primeros, éstos se generan cuando el beneficio del consumidor procedente del servicio crece a medida que aumenta el número de usuarios (*Op. cit.* Scott Morton et al., p. 15). Los efectos de red directos, como se ha indicado, aplican al mismo grupo de usuarios. Con respecto a los efectos de red positivos indirectos, éstos se originan cuando los usuarios de un grupo se benefician de una mayor presencia de usuarios de un grupo diferente (Comisión Europea, 2020, p.14). Se procede a ilustrar dichos conceptos mediante el siguiente ejemplo:

En el mercado en línea Amazon Marketplace, los vendedores, no resultan beneficiados por la presencia de otros vendedores, pero sí por la presencia de un mayor número de compradores, que a su vez, se benefician por una más elevada y variada oferta de una mayor cantidad de vendedores. En otras palabras, los dos grupos de usuarios (vendedores y compradores) se retroalimentan entre sí positivamente de manera indirecta

Y, en añadido, en Amazon Marketplace también se observan efectos directos positivos dentro del mismo grupo de compradores, ya que, a mayor número compradores, el valor de la plataforma se refuerza debido a la subida de reseñas y calificaciones sobre los productos (*Op. cit.* Belleflamme & Peitz, p.4).



### 1.3 Mercado de “dos o múltiples lados”

**Figura 2**

*Funcionamiento de Amazon Marketplace como plataforma de múltiples lados*



*Nota.* Esta figura muestra de manera simplificada cómo una plataforma digital gestiona la interacción entre ambos lados del mercado operado por la misma.

Internet, por tanto, a diferencia de los mercados tradicionales, puede ser entendido como un mercado de dos o más lados; lo que supone que, las plataformas online intrínsecas al mismo, operan en al menos dos mercados. En el caso anteriormente expuesto de Amazon Marketplace, Amazon, la plataforma, sirve de intermediación entre el mercado A de compradores, y el mercado B de vendedores y anunciantes. Grupos que requieren de la plataforma intermediadora para actuar y llegar al otro. En este sentido, entendemos que: “cada lado del mercado es a la vez consumidor de la plataforma y el “producto” que se vende al otro lado del mercado” (*Op. cit.* Crémer et al., p.22).

Centrándonos en los efectos indirectos (entre diferentes grupos), éstos en ocasiones exigen o permiten que las plataformas de múltiples lados cobren a uno de ellos mucho más que al otro, convirtiéndose la estructura de precios y su diseño en una tarea importante para las mismas. A raíz de los efectos de red, a mayor número de consumidores o usuarios consultando un sitio, la publicidad expuesta adquiere mayor valor. Tal es así que, lograr el equilibrio óptimo de los precios cobrados en cada lado de la plataforma es esencial para que las plataformas de dos lados maximicen el valor de sus servicios y compitan con sus rivales (Ohio v. American Express Co., 2018, p.5).

No obstante, el hecho de que una parte del mercado pague un precio “cero” por beneficiarse de sus servicios, no necesariamente implica que no esté pagando en el sentido

literal de la palabra. En términos monetarios, no se desembolsa un precio, pero los usuarios pagan con otro tipo de activos, como pueden ser sus datos personales. Datos que suponen un valioso *input* y que aprovecha la propia plataforma intermediadora a raíz de los efectos de red indirectos para atraer a los anunciantes, quienes sí pagarán un precio monetario por tal información y por poder disponer su publicidad en las misma. En este sentido, se habla de una: “monetización de la atención de los consumidores” (*Op. cit.* Crémer et al., p.22).

Es por ello por lo que, las autoridades de la competencia, y como se refleja en la propuesta de la LMD (Artículos 5 y 6), deberán incluir en su análisis de mercado a aquellos en los que aparentemente no se desembolsa un “precio”, estableciendo consecuentemente determinadas obligaciones a quienes actúan en ellos para salvaguardar la privacidad de los datos que se ofrecen como moneda de pago.

#### **1.4 *Multi-homing* vs *single-homing*. Costes de cambio de proveedor**

Otra característica a destacar de este modelo de negocio es la dualidad entre lo que se denomina como *single-homing*, el empleo por los usuarios de una plataforma/proveedor solamente para un determinado servicio y el *multi-homing*, el uso de diversas plataformas/proveedores para un mismo servicio, transitando de una a otra según la conveniencia del propio usuario o empleándolas simultáneamente.

En muchas ocasiones, la decisión de *single-homing* está exclusivamente guiada por el juicio del propio usuario, en virtud de diversos *switching costs* (costes de cambio de proveedor), tales como la duplicidad de ofertas iguales que conlleva el uso de dos plataformas simultáneamente o la inversión de un cierto tiempo para aprender cómo se maneja.

No obstante, y es aquí cuando el derecho de la competencia ha de jugar su rol, en ciertas ocasiones, son las propias compañías tecnológicas las que, con la finalidad de reducir el *multi-homing* y fomentar el uso exclusivo de sus plataformas por parte de los usuarios, llevan a cabo prácticas anti-competitivas, reduciendo el poder de elección del cliente y acumulando más y más cuotas de mercado: “Unfair practices are considered to be the means by which digital platforms increase the cost of switching or multi-homing for users, thereby limiting market contestability and preserving their market power” (Comisión Europea, 2020, p.10).

Como ejemplo de estas prácticas restrictivas de la competencia, se encuentran las *price parity clauses* (cláusulas de paridad de precios). Éstas se darían si, por ejemplo, la plataforma, Amazon Marketplace impidiese a aquellos que comercian a través de la misma ofreciendo sus productos, a ofrecerlos a través de otra plataforma intermediaria a un precio más bajo como condición para poder vender en la misma. Una restricción anti-competitiva que atenta contra la libertad de elección mencionada y que ha sido incorporada a la LMD en su apartado obligacional con el fin de eliminar aquellas prácticas que desincentivan a los vendedores el servir a los consumidores a través de diferentes canales.

## 2. CONSECUENCIAS ESTRUCTURALES

### 2.1 Alta concentración del mercado

Una vez examinados los rasgos distintivos del modelo de mercado de las *Big Tech*, se deriva como consecuencia estructural, una alta concentración del mercado digital en estos pocos operadores (de ahí que se denominen *Big Five*) y que no se experimenta en otros sectores de la economía. Densa concentración que se presenta a su vez como una de las singularidades más definitorias de estas nuevas compañías, de sus plataformas y aplicaciones, reduciendo drásticamente el número de competidores en el mercado. De esta manera, la noción de: *winner-take-all* (Jacobides et al., 2020, p.24) refleja muy claramente este fenómeno:

El mismo se suscita cuando los efectos de red son demasiado altos, el coste de *multi-homing* a diversas plataformas es muy elevado y la demanda de los usuarios se caracteriza por ser homogénea<sup>9</sup> (no requiriendo por tanto una diversidad de servicios en función de las necesidades o gustos de cada uno). Como resultado, las cuotas de mercado se concentran en un conjunto relativamente pequeño de empresas “líderes”, que poseen un éxito continuado y que propician que el resto de los competidores ocupen posiciones más bien residuales o secundarias (Herrero Suárez, 2018, p.13). Un fenómeno que no tiene vistas a ser fácilmente corregido por el propio mercado sin ningún tipo de intervención (*Op. cit.* Crémer et al., p.4).

---

<sup>9</sup> Ello no implica que no pueda haber heterogeneidad en las preferencias (padres e hijos tienden a emplear redes sociales diversas). No obstante, la concentración en el mercado se sigue manteniendo, dando lugar a oligopolios en vez de a la monopolización del servicio por una sola compañía (*Op. cit.* Scott Morton et al., p. 15).

## 2.2 Elevadas barreras de entrada

Esta concentración del poder de mercado en muy pocos actores inherente al mercado digital, está directamente relacionada con las elevadas barreras de entrada que dificultan<sup>10</sup> al resto de competidores adentrarse en el mismo: a medida que el tamaño del proveedor aumenta, los efectos directos e indirectos adquieren mayor fortaleza, con la consiguiente y creciente acumulación de datos disponibles y de mayor calidad. Fenómeno que otorga a los guardianes de acceso más información relativa a las preferencias y perfiles de los usuarios, posibilitando la oferta personalizada de servicios y publicidad. Así, se fomenta la atracción de más usuarios y la dependencia de los consumidores a las plataformas predominantes en cuestión. Todo ello unido a que, ya sea mediante vías lícitas o no, se favorece el *single-homing* aumentando por tanto los costes de migrar a otras plataformas (Comisión Europea, 2020, p.24).

Incluso una innovación significativa por parte de un potencial entrante, puede resultar insuficiente para crear competencia debido a los fuertes factores y rasgos (analizados) que condujeron al operador establecido a obtener el poder en el mercado. No sin pasar por alto que es aún menos probable que un competidor se incorpore al mercado si la plataforma establecida es capaz de aprovechar su poderosa posición para desfavorecer o excluir a los posibles entrantes por vías anti-competitivas (*Ibid.* p.36).

Coyuntura que abre las puertas a los instrumentos de la defensa de la competencia con el fin de que éstos intervengan en lo necesario y fomenten una competencia efectiva en el mercado.

---

<sup>10</sup> “Entry is one of the most important events that can occur in competition. Entry is often associated with important product innovation that can generate enormous value for the economy. And entry is a good way—perhaps the best way—of reducing market power” (*Op. cit.* Douglas Melamed et al., p. 71).

### 2.3 Posición de Dominio

Los atributos expuestos en las líneas anteriores, conducen a que los grandes gigantes tecnológicos, en este caso, las GAFAM, ocupen una posición de dominio en la economía digital. Dominar el mercado, ya sea exclusivamente o con otros competidores, no es *per se* ilegal. No obstante, el mantenimiento o afianzamiento de tal posición mediante conductas abusivas sí es considerado ilícito, en la medida en que puede suponer relevantes óbices a una competencia efectiva en el comercio de que se trate.

Por consiguiente, actualmente se corre el riesgo de que, en este mercado digital, las *Big Tech*, a través de actuaciones que escapen de la legalidad, aprovechen activos valiosos, como los usuarios y sus datos con el objetivo de ampliar su ámbito de dominio. A menudo lo harán empleando su profundo conocimiento e información del comportamiento de los clientes para promover un contenido concreto y fomentar su consumo o bien mediante la exclusión de otros competidores (ya sea comprándolos o limitando su poder a través de otras acciones abusivas que se analizarán) (*Op. cit.* Jacobides et al., 2020, p.26).

## **CAPÍTULO III. DERECHO DE LA COMPETENCIA. MARCO NORMATIVO COMUNITARIO Y NACIONAL**

### **1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

#### **1.1. Modelo económico español y europeo**

Como prius a abordar la regulación del derecho de la competencia, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario, es preciso establecer el modelo económico en el que se sustenta nuestra Constitución y los Tratados Fundacionales del derecho de la UE. Modelo que establece el marco a través del cual los Poderes públicos han de guiarse al establecer una intervención en la economía:

La Constitución Española (CE) de 1978, garantiza un marco amplio y flexible para la actividad económica de los particulares, optando de manera expresa e inequívoca por la economía de mercado. Opción que se manifiesta tanto en el art. 38 CE, que recoge la libertad de empresa, como en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada (Burzaco Samper et al., 2020, p.12). De la misma manera, esta economía de mercado abierta y de libre competencia se reconoce en los arts. 119 y 120 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a cuyo respeto se comprometen los Estados miembros.

#### **1.2. Justificación del derecho de la competencia**

La competencia en el mercado genera efectos positivos de gran envergadura tanto para los consumidores, a raíz de un acceso a servicios y bienes de calidad incrementada y mejor precio, como para las empresas, sobre todo en términos de productividad y eficiencia. A resultas de todo ello, el conjunto de la economía y la sociedad se ven favorecidos por una competencia efectiva que implica el tener constantemente que innovar; fomentándose así un mayor grado de dinamismo y un bienestar social y económico; trabajos más cualificados y diversos, tecnologías revolucionarias y libertad de elección por parte del consumidor (*Ibid.*, p.43).

No obstante, es a su vez cierto que, si se permite a las fuerzas del mercado, guiadas por el libre juego de la oferta y de la demanda, operar sin ningún tipo de regulación o “restricción”, muy posiblemente la competencia se verá en peligro y tenderá a la desaparición. Un patrón que trae causa en el hecho de que las empresas tienden inherentemente a ir ganando cuotas de

mercado al compás que limitando aquellas de sus competidores (mediante, por ejemplo, su adquisición o exclusión). Dando lugar a monopolios y/u oligopolios en la medida en que el mercado irá dividiéndose en cada vez menor cantidad de actores.

Con ello se llega a la conclusión de que la competencia, de forma paradójica, lleva en sí misma el germen de su autodestrucción<sup>11</sup> (*Op.cit.* Burzaco Samper et al., p.43). Es por ello por lo que la existencia de la intervención pública<sup>12</sup> en la actividad económica dirigida a la promoción y defensa de la competencia, se justifica y se presenta como imprescindible para limitar la actividad de las empresas con el fin de que la propia competencia pueda subsistir.

### 1.3. Primera regulación del derecho de la competencia

A lo largo del siglo XIX, la libre competencia se fue consagrando en las diversas naciones, en paralelo a la consciencia de que, para garantizarla, se requerían leyes especiales que otorgasen mayor eficacia a la conferida por el Derecho común (*Ibid.*, p.44). Fue EE.UU y su legislación federal anti-monopolio, el *Sherman Act*, la primera nación de la historia en regular la materia y en percatarse de su importancia.

La nación estadounidense se ha caracterizado a lo largo de su historia por una reticencia hacia el poder económico centralizado y la firma dominante. Es por ello por lo que, en el siglo XIX, las distintas empresas no podían fusionarse fácilmente. Como reacción, las compañías rivales decidieron conformar *trusts*<sup>13</sup> (“fideicomisos”) con el fin de mantener las acciones de cada una de ellas dentro de una determinada industria (*Op. cit.* Douglas Melamed et al., p.9). La sociedad norteamericana los rechazó rotundamente, reivindicando el desarrollo de una ley que limitase su poder y sus prácticas abusivas.

Como respuesta, el *Sherman Act*<sup>14</sup> fue aprobado el 2 de julio de 1890. Posteriormente, se fueron promulgando diversas leyes con el objeto de complementar a la primera y abordar una mayor variedad de prácticas.

---

<sup>11</sup> Así señalaba el Tribunal Constitucional en la STC 88/1986, de 1 de julio: “la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”.

<sup>12</sup> Intervención reconocida tanto a nivel europeo como nacional (arts. 131 CE y 106.2 TFUE, entre otros).

<sup>13</sup> Existía un *trust* ferroviario, un *trust* siderúrgico, un *trust* petrolero, entre muchos otros.

<sup>14</sup> La Sección Primera hace referencia a la colaboración entre competidores mientras que la Segunda versa sobre el monopolio o intento del mismo.

Regresando a la actualidad, es interesante mencionar que, si bien EE.UU fue la nación que asumió el liderazgo en lo que respecta a la defensa de la competencia; la UE a día de hoy está emprendiendo pasos agigantados en su protección efectiva. Y, no solamente mediante la proposición de la LMD (que comparte<sup>15</sup> varios puntos con la solución norteamericana para lidiar con la economía digital), sino mediante las ya existentes conductas tipificadas del TFUE.

En este sentido, y en lo que respecta al abuso de posición dominante (art. 102 TFUE) que se analizará a continuación, el estado de Nueva York ha propuesto un proyecto de ley que incluiría tal conducta. La fiscal general de Nueva York, Letitia James, comunicó su apoyo a la propuesta, señalando que es “agresiva” y que, efectivamente, encuentra su inspiración en el enfoque europeo de abuso de posición dominante (Gidley et al., 2021).

## 2. MARCO NORMATIVO

### 2.1. Regulación jurídica nacional

Si bien en nuestra CE no se alude de forma expresa a la defensa de la competencia, ni en el ámbito competencial ni sustantivo; ello no obsta a que se infiera, en virtud del art. 38 CE<sup>16</sup> mencionado, la obligación hacia los poderes públicos de llevar a cabo las medidas adecuadas para esta defensa (*Op.cit.* Burzaco Samper et al., p.49).

Es la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) la regulación nacional vigente en la materia. Y, en cuanto al órgano asociado a la misma, éste es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), prototipo de la categoría de “autoridades administrativas independientes”.

### 2.2. Regulación jurídica de la UE

Junto a la estructura de defensa de la competencia nacional, se encuentra el marco europeo. Un marco que, cada día, adquiere mayor relevancia a raíz de la dinámica y constante

---

<sup>15</sup> Se aboga como en el caso europeo por la notificación (art. 12 LMD) de todas las operaciones de adquisición por parte de las plataformas dominantes bajo el *Hard Scott Rodino Act*, y básicamente el contenido obligacional del art. 6 LMD aparece también recogido por el informe del *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Judiciary* (2020, p.388).

<sup>16</sup> “La defensa de la competencia constituye a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE” (Congreso de los Diputados, 2017).



evolución de los mercados y su tendencia a la internacionalización (claro ejemplo de ello es la nueva economía digital objeto de estudio).

Consecuentemente, se evidencia la insuficiencia de la intervención por parte del Estado ante un mercado progresivamente más integrado (*Ibid.* p.41). Prueba de ello, son los litigios<sup>17</sup> y actores que se están exponiendo, los cuales no solo se circunscriben al territorio nacional, sino que poseen impacto de manera transfronteriza.

Así, el Derecho de la UE ha ido asumiendo un rol crucial en la ordenación, regulación y armonización de una gran variedad de sectores económicos (como las telecomunicaciones o la energía) de los que la economía digital no constituye una excepción.

Con respecto a la estructura organizativa de la defensa de la competencia a nivel europeo, ésta se otorga a la Comisión Europea, organismo al cual le corresponde la investigación y sanción, conjuntamente con las autoridades nacionales, de las conductas colusorias y abusivas, de las decisiones concernientes a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria y de las decisiones relativas a las ayudas de Estado.

### **2.3. Base jurídica. Instrumentos legislativos**

Los instrumentos jurídicos de los que se dispone a nivel europeo para lograr que existan condiciones de efectiva competencia son los siguientes:

En primer lugar, se presenta el TFUE. El art. 101 TFUE versa sobre las conductas colusorias, y del abuso de posición dominante se ocupa el art. 102 TFUE. Prácticas que, de manera general, están prohibidas. Las mismas han de afectar necesariamente al comercio entre los Estados miembros y cumplir con determinados umbrales, ya que, de no ser así, y al limitarse al territorio de un Estado miembro, serán sus autoridades de la competencia las facultadas para solventar el asunto.

---

<sup>17</sup> A este respecto, las consecuencias que acarreó en el sector bancario la crisis financiera del 2008, condujeron a la asignación al Banco Central Europeo y a la Junta Única de Resolución de importantes competencias supervisoras de las entidades de crédito de los Estados miembros del euro (*Id.*).

En segundo lugar, se presenta un Reglamento de desarrollo: el Reglamento (CE) nº 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 (vigentes artículos 101 y 102 TFUE). Éste contiene, entre otros, los criterios de distribución de competencias entre las autoridades nacionales de los Estados miembros y la Comisión Europea en lo relativo a las conductas colusorias y abusivas señaladas (se reitera, siempre que la conducta vaya más allá de la afectación a un solo Estado miembro).

Por último, se halla el Reglamento (CE) nº139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, sobre el que se profundizará al término del trabajo.

Es preciso enunciar que la UE solo podrá ejercer aquellas facultades (ya sean exclusivas o compartidas), que hayan sido otorgadas o cedidas expresamente por los Estados en los diversos Tratados constitutivos de la UE (“principio de atribución de las competencias”) (Mangas Martín & Liñán Noguera, 2017, p.71). En virtud del Art. 3 TFUE, la competencia “leal” entre empresas, pertenece al espectro abarcado por las competencias exclusivas. Ello implica que solamente la UE podrá legislar así como formular actos jurídicos vinculantes en este ámbito, poseyendo por tanto competencia legislativa plena<sup>18</sup>.

#### **2.4. Tipificación de las conductas prohibidas**

En primer lugar, en el marco del TFUE, se encuentra el art. 101, el cual hace referencia a las conductas colusorias, como pueden ser los cárteles entre empresas. Estas actuaciones tienen lugar cuando una serie de compañías llegan a un acuerdo que posee como objeto el restringir la actividad de la competencia en el seno del mercado interior (ya sea mediante la fijación de precios o la acotación de cuotas de mercado). Acuerdos que serán nulos de pleno derecho. Su equivalente en la legislación nacional es el art. 1 LDC, en el que el ámbito territorial de afectación a la competencia es el mercado nacional.

El abuso de posición dominante es la segunda conducta que se analizará y con la que se tratará en la revisión de un caso de la jurisprudencia comunitaria concerniente a las GAFAM.

---

<sup>18</sup> Los Estados miembros podrán legislar solamente en la medida que la UE los habilite para ello (art. 2.1 TFUE).

En la legislación europea, se encuentra plasmado en el art. 102 TFUE (art. 2 LDC como equivalente). Consiste en la explotación abusiva llevada a cabo por una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Mientras que las conductas abusivas están ilustradas (aunque de manera no exhaustiva), en el articulado, el qué se entiende por posición de dominio no. Noción esencial para proceder a determinar cuándo se ejerce un abuso de la misma:

A efectos de comprender qué se entiende por posición dominante, en primer lugar, ésta se ha de mantener con respecto a un mercado concreto<sup>19</sup> (denominado mercado de referencia o mercado relevante) y que, por tanto, deberá ser previamente identificado. Una vez delimitado el mercado, la posición de dominio dentro del mismo se dará en aquellas empresas que puedan actuar con independencia de sus competidores y clientes. Una situación que se verificará atendiendo al conjunto de circunstancias existentes en el caso concreto y entre las que presenta considerable peso la cuota de mercado de la compañía en cuestión: “a título de ejemplo, una cuota superior al 80% supondrá por sí sola, con casi absoluta seguridad, una posición de dominio para la empresa que la ostente” (*Ibid.* p.54).

En aquellas conductas que posean efectos reales o potenciales en el comercio entre los Estados miembros (“supranacionales”), la Comisión Europea y las autoridades nacionales poseerán una competencia concurrente. Competencia compartida que se delimitará en función de los criterios de distribución competencial otorgados por el Reglamento (CE) nº 1/2003: Si bien, *a priori*, ambas autoridades comparten la competencia, y por ello, cualquiera de las dos estaría en posición para investigar y sancionar tales conductas; por otro lado, se establece la prioridad de la Comisión Europea (art. 11 Reglamento (CE) nº 1/2003).

Las concentraciones empresariales son reguladas por el Reglamento (CE) nº 139/2004 señalado y el artículo 7 LDC. Por ahora, basta con mencionar que la noción de “concentración” alude a todo tipo de técnica que implique un cambio de control (bien mediante la compra de determinadas acciones, activos físicos, e incluso a través de la formación de sindicatos de voto), que conduzca a que compañías que eran previamente independientes, pasen a ser controladas

---

<sup>19</sup> Mercado constituido tanto por el mercado de producto o servicio (la totalidad de productos o servicios susceptibles de ser intercambiados atendiendo a la oferta y a la demanda) y el mercado geográfico (zona donde las condiciones de competencia sean homogéneas) (*Ibid.* p.53).

por una única dirección. Fenómeno que disminuye el número de empresas en el sector (digital), y que justifica su regulación desde un plano público, para cerciorarse de que estas actuaciones no perjudiquen gravemente a la competencia.

La facultad de supervisión de las concentraciones se atribuye, exclusivamente e indistintamente a la Comisión si la concentración es de dimensión comunitaria y a los Estados miembros en caso de que no lo sea<sup>20</sup>.

### 3. DESAFÍOS JURÍDICOS

La complejidad consustancial al modelo económico de la economía digital y al mecanismo de actuación de sus actores, acaba reflejándose en la detección de las prácticas colusorias, del abuso de posición dominante, así como en la aplicación de la correspondiente normativa que las regula.

Hasta ahora, y como se observará mediante la presentación del caso *Google AdSense*, los asuntos concernientes a las GAFAM han sido abordados empleando los mecanismos ofrecidos por los arts. 101 y 102 TFUE, y, por tanto, extendiendo su aplicación a la nueva economía digital. No obstante, y como revela la posición de Comisión Europea en la LMD respaldada por diversos estudios de expertos, este control de las conductas abusivas efectuado con los tradicionales mecanismos de los que actualmente se dispone, es insuficiente o menos eficaz:

En términos generales, se pone de relieve que las herramientas clásicas para detectar las eventuales prácticas restrictivas, mantienen como uno de sus ejes principales el análisis de precios. Y, considerando, que, en esta economía de datos, una gran cuantía de productos y servicios son ofrecidos a una parte sin coste monetario alguno (lo que no implica, se reitera, que el coste se traslade a la información personal otorgada), es vital que se erijan, y, de hecho, se está haciendo<sup>21</sup>, nuevos mecanismos para considerar también el efecto de las conductas empresariales en la provisión de servicios gratuitos a los usuarios.

---

<sup>20</sup> Los criterios cuantitativos para discernir entre el tipo de dimensión se encuentran en el art 1. del Reglamento, basados fundamentalmente en el volumen de negocios de las empresas participantes.

<sup>21</sup> Algunas de las propuestas han señalado el establecimiento de un criterio alternativo al test del monopolista hipotético o SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*), que sirve para delimitar el mercado de referencia y la sustituibilidad de la oferta y la demanda en el mismo. Se plantea su reemplazo por el test SSNDQ

Así, junto a los análisis cuantitativos, se presentan análisis cualitativos: “Un aumento de la recogida de datos privados podría analizarse como un aumento del precio (los datos son la nueva moneda en Internet) o como un empeoramiento de la calidad de los servicios prestados” (*Op.cit.* Herrero Suárez, p.14).

En lo que concierne a las conductas colusorias (art. 101 TFUE y art. 1 LDC), si bien la economía digital ha aumentado la transparencia en el mercado, resulta ser una transparencia con efectos ambiguos (*Ibid.* p.16). De una parte, el consumidor posee mayor información en cuanto a la calidad de los productos o servicios, sus precios y los términos de compra; no obstante, por otra, la transparencia en los precios podría reducir la competencia al favorecer la colusión entre los competidores; de manera que sea mucho más sencillo para los mismos detectar quién de los participantes en el cártel se ha desviado del acuerdo anti-competitivo establecido al efecto.

Y, lo que es más, frente a situaciones en las que, aparentemente, la colusión entre los competidores exclusivamente puede darse a través de una comunicación explícita, la intensa innovación subyacente a esta economía, ha desarrollado algoritmos capaces de erigir nuevas herramientas automáticas que permiten la aplicación de una política común y el control de las actuaciones de otras compañías sin requerir interacción humana alguna. Sustituyéndose, por tanto, la colusión explícita por la coordinación tácita (OCDE, 2017, p.25): “by processing all available information and thus monitoring and analysing or anticipating their competitors’ responses to current and future prices, competitors may easier be able to find a sustainable supra-competitive price equilibrium which they can agree on” (Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, 2016, p.15).

Como respuesta, la Comisión ya ha señalado que el hecho de que la fijación de precios se origine mediante un sistema automático, no supondrá impedimento para que la misma llegue a las empresas que los emplean, de manera que éstas se verán vinculadas por la normativa de defensa de la competencia a la hora de emplear y diseñar sus algoritmos de fijación de precios (*Op.cit.* Herrero Suárez, p.18).

---

(*small but significant non-transitory decrease in quality*). No obstante, su difícil concreción ya ha suscitado dudas con respecto al mismo, tales como la del Report de Crémer et al. (p.45).

Con respecto al abuso de posición dominante (art. 102 TFUE y art. 2 LDC), se plantea la cuestión de si la acumulación de datos masiva confiere poder de dominio. Poder que a su vez es susceptible de ser abusado mediante actividades dañinas asociadas al empleo de tales datos de los usuarios u otros competidores.

A modo de ejemplo, la primera prohibición plasmada tanto en el art. 102 TFUE como en el art. 2 LDC (el establecimiento, ya sea directa o indirectamente, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios que resulten no equitativos), se podría facilitar notablemente a raíz de la recopilación de los datos. Así, en la medida en que, al obtener datos de los usuarios, las GAFAM reciben constantemente información sobre sus preferencias de compra, se ven capacitadas para valorar su disposición a pagar por un determinado producto o servicio concreto. Evaluación que, en condiciones de dominio, podría dar lugar a la definición de precios distintos para diferentes grupos de consumidores detectados en virtud de los datos recopilados (*Ibid.* p.20). Conducta que efectivamente se encuadraría dentro de la discriminación de precios transcrita.

En añadido, es de mencionar que, las características estructurales propias de la economía digital, facilitan notoriamente la obtención de una posición de dominio (elevados y positivos efectos de red, altas barreras de entrada, gran concentración del mercado, etc.). Dominio que, si bien puede venir dado de forma “natural” por las mismas, también puede ser alcanzado o, más bien mantenido, mediante conductas ilícitas de aquellos gigantes tecnológicos que aprovechan y son conscientes de estos rasgos singulares. Acciones que, si no se detectan con mecanismos adaptados, podrían y, de hecho, pasan, desapercibidas.

Es por ello por lo que, iniciativas como la LMD<sup>22</sup> que se expone en el apartado siguiente, establecen diversas obligaciones específicamente aplicables de forma directa a las grandes tecnológicas, adecuándose a su situación excepcional y cerciorándose de que no crucen la vía hacia la ilegalidad:

---

<sup>22</sup> Iniciativa que, por el momento, goza de un amplio consenso político en las negociaciones tripartitas entre la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE. Tal es así que, el pasado 25 de marzo, se logró un acuerdo sobre los aspectos más cruciales por lo que, si las previsiones son ciertas, los Estados miembros aprobarán el texto a mediados de este año 2022, que será publicado en el Diario Oficial de la UE y que podrá ser implementado a lo largo de la misma a principios del 2023 (Espinoza, 2022).

#### 4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. CASO *GOOGLE AD SENSE*. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El Asunto AT.40411 - *Google Search (AdSense)*, decidido por la Comisión el 20 de marzo de 2019<sup>23</sup>, es una muestra de la resolución de los nuevos litigios propios de la economía digital empleando los mecanismos tradicionales de la defensa de la competencia. En concreto, el art. 102 TFUE (prohibición de abuso de posición dominante):

Commissioner Margrethe Vestager, in charge of competition policy, said: “Today the Commission has fined Google €1.49 billion for illegal misuse of its dominant position in the market for the brokering of online search adverts. The misconduct lasted over 10 years and denied other companies the possibility to compete on the merits and to innovate - and consumers the benefits of competition”. (Comisión Europea, 2020, p.1)

Son tres cláusulas establecidas por Google entre 2006 y 2016, las que se consideraron abusivas por la Comisión: “la Cláusula de Exclusividad, la Cláusula de Ubicación Premium y de un Mínimo de Anuncios de Google y la Cláusula de Autorización de Anuncios Equivalentes”<sup>24</sup>. Cláusulas impuestas en los Acuerdos de Servicios de Google con sus clientes más importantes de servicios de intermediación de publicidad de búsqueda en línea (Resumen de la Decisión, nº C (2019) 2173, párr.1)

Tanto el mercado de publicidad de búsqueda en línea como el mercado de intermediación de publicidad de búsqueda en línea son los mercados relevantes de producto a estos efectos. No obstante, al poseer solamente el segundo (intermediación) alcance comunitario, es el que se somete bajo el escrutinio de las autoridades europeas.

---

<sup>23</sup> Decisión nº C (2019) 2173 de la Comisión, de 20 de marzo, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y del artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

<sup>24</sup> La primera cláusula obligaba a los Socios Directos a cubrir sus necesidades de anuncios de búsqueda totalmente o mayoritariamente con Google. Con respecto a la segunda, se exigía a los Socios Directos el dedicar el espacio más destacado y, por ello, con mayor rentabilidad en sus páginas de resultados de búsqueda, a los anuncios de Google, absteniéndose de colocar anuncios de búsqueda competidores en una posición “inmediatamente adyacente a la de los de Google, o por encima de ésta” (*Ibid*, párr.19). La última cláusula obligaba a los Socios Directos a solicitar la aprobación de Google como paso previo a realizar cualquier modificación en la presentación de los anuncios de búsqueda competidores.

Una vez establecido el mercado relevante, es preciso analizar si en el mismo Google ocupó una posición de dominio. Efectivamente, la Comisión concluye que sí, atendiendo no solo a factores tales como la comparación entre las cuotas de mercado de Google y de intermediarios de publicidad de búsqueda en línea competidores (*Ibid.* párr.7); sino también considerando los factores propios del mercado digital en el que se inserta esta intermediación, como “las importantes barreras a la entrada y a la expansión”, barreras que: “incluyen las cuantiosas inversiones necesarias para entrar en el mercado, la existencia de efectos de red y la falta de poder de negociación de la demanda” (*Id.*).

Si bien el mero dominio del mercado no es sancionable *per se*, sí lo es su abuso. Así, la Comisión señala que las tres Cláusulas impuestas constituyeron un abuso de la posición de dominio por parte de Google. Abuso que no pudo ser justificado mediante la demostración de ventajas asociadas al incremento de la eficiencia y que éstas, a su vez, favorecieran a los consumidores.

En efecto, se produjo una restricción de la competencia a raíz de las actuaciones abusivas del dominio del mercado, reflejadas en la imposición de las cláusulas expuestas. Restricción que, entre otras cosas, impidió la adquisición de los Socios Directos de anuncios de búsqueda de los competidores, y, por tanto, privó a estos últimos del acceso a una parte sustancial del mercado económico europeo para ofrecer sus servicios de intermediación de publicidad de búsqueda en línea. Efectos que contribuyeron a minar la innovación, a consolidar el dominio de Google, y, en última instancia, a perjudicar al propio consumidor al privarle de una mayor elección.

Como se observa, aun empleando los mecanismos tradicionales de la competencia, se logró detectar el abuso por parte de Google. No obstante, tras el análisis de la LMD en el apartado siguiente, se expondrá el mismo caso y se visualizará cómo la eventual aprobación de la iniciativa legislativa podría afectar a la resolución de litigios como éste.



## CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE REGLAMENTO. LEY DE MERCADOS DIGITALES

### 1. CONTEXTO DE LA INICIATIVA

Con el fin de combatir el fraccionamiento del mercado interior europeo, y ante la insuficiencia de las iniciativas por parte de los Estados miembros para lidiar con las conductas abusivas<sup>25</sup> puestas en práctica por las grandes tecnológicas, la Comisión Europea, bajo la responsabilidad de Margrethe Vestager, Comisaria europea de la Competencia y Vicepresidenta ejecutiva responsable de “Una Europa Adaptada a la Era Digital”, elevó el 15 de diciembre de 2020 la Propuesta de Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (LMD). Iniciativa que se enmarca dentro de la Década Digital de Europa.

Por un lado, el mercado europeo está siendo testigo de una mayor innovación impulsada por un marco competitivo, lo cual conlleva el fomento de productos y servicios digitales sin precedentes y de alta calidad que, en condiciones de una competencia sana, van acompañados por precios equitativos y por la libertad de elección por parte de los usuarios (tanto empresas como individuos) como hilo conductor. No obstante, como contrapartida, se observa que, no son un número amplio las compañías que se benefician de este valor adicional generado por las nuevas aportaciones de la economía digital, sino que más bien se llega a un escenario altamente concentrado en el que los beneficios obtenidos se reparten entre muy pocos “ganadores<sup>26</sup>”, reduciendo por tanto la competencia efectiva en el mercado<sup>27</sup> (Ibid. p. 6).

Y, lo que es más, estos “pequeños gigantes”, al controlar de manera sustancial el acceso al mercado digital, acaparan la gran mayoría de usuarios que dependen casi exclusivamente de

---

<sup>25</sup> Entre las mismas se encuentran: el riesgo de monopolización anticompetitiva; la colusión tácita que trasciende los arts. 101 y 102 del TFUE o la ausencia de competencia producida por la desigualdad en la distribución del acceso a los datos. Prácticas que han alarmado a las autoridades a raíz del desarrollo de mercado digital (Schweitzer, 2020, p.8).

<sup>26</sup> Número de “ganadores” muy reducido, considerando que, de las más de 10.000 plataformas en línea que comercian en el mercado digital, la mayoría de éstas son pymes (LMD, 2020, p.1).

<sup>27</sup> Es por ello por lo que el objetivo de la propuesta es preciso y claro, consistiendo básicamente en potenciar los beneficios y disminuir los riesgos asociados a este escenario digital: “El objetivo de la propuesta es, por tanto, permitir que las plataformas liberen todo su potencial abordando a escala de la UE las incidencias más destacadas de prácticas desleales y de poca disputabilidad, de modo que tanto los usuarios finales como los usuarios profesionales puedan aprovechar al máximo los beneficios de la economía de plataformas y la economía digital en general, en un entorno disputable y equitativo” (Ibid. p. 3).

sus servicios. Un hecho que fomenta la aparición de conductas abusivas y discriminatorias ante esta apariencia de poder exclusivo por parte de quienes creen ser soberanos del mismo.

Así, los beneficios expuestos y la innovación tan deseada, se ven contrarrestados por una reducción en la competencia asociada a un número concentrado de rivales, lo que acaba incidiendo en los incentivos de los mismos para innovar (al tener asegurada su posición de dominio del mercado), y del resto de competidores (al encontrarse desprovistos de medios suficientes y en un mercado de difícil acceso). Todo ello acaba afectando a la calidad de los servicios ofrecidos, generando por ende precios más elevados y menor posibilidad de elección por parte del consumidor.

Expuesto el contexto, es preciso delinear el ámbito de aplicación de la propuesta. Así, ésta se limita al sector digital, “ya que en dicho sector los problemas son los más apremiantes desde la perspectiva del mercado interior” (*Ibid.* p.2). Por otro lado, el ámbito subjetivo se circunscribe a una serie de “servicios de plataformas básicas” operados por “guardianes de acceso”. Dos conceptos que se analizan a continuación:

Con respecto a los servicios de plataformas básicas<sup>28</sup>, singularizados por poseer carácter general y empleo común, es preciso enunciar que es en esta clase de servicios digitales donde abundan las prácticas anticompetitivas de forma más notoria. En los mismos, un número reducido de plataformas en línea de gran tamaño y poder de mercado, dotadas de una apreciable autonomía para designar los términos comerciales, actúan como “portal o puerta de acceso” para los usuarios, intermediando las transacciones entre los usuarios profesionales y los finales para que los primeros lleguen a los segundos. Así, se llega a la noción de “guardianes de acceso”, actores que poseen carácter transfronterizo y de los que la gran mayoría de usuarios y clientes dependen notoriamente en su día a día.

Según la propuesta de Reglamento, un proveedor de servicios de plataformas básicas puede considerarse guardián de acceso si: “i) tiene una repercusión significativa en el mercado interior; ii) opera un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; y iii) posee, o es previsible

---

<sup>28</sup> A modo de ilustración, los servicios de plataformas básicas incluyen: “motores de búsqueda en línea, redes sociales, servicios en la nube o servicios de publicidad, entre otros” (*Ibid.* p. 2).

que posea en un futuro próximo, una posición afianzada y duradera en sus operaciones” (art. 3.1 LMD).

Son tanto métricas cuantitativas como cualitativas (a través de una investigación de mercado) las que se emplearán para dilucidar si una plataforma puede considerarse guardián de acceso. Calificación que implicará la imposición de determinadas obligaciones ejemplificadas en líneas posteriores y que supone una presunción *iuris tantum* con posibilidad de ser refutada por el interesado, a través de la exposición de argumentos suficientes que demuestren el no cumplimiento de los mencionados requisitos.

Relevante es la mención que se otorga a la coherencia de este instrumento legislativo con otras propuestas en curso y regulaciones y políticas vigentes de la UE:

Con respecto a las primeras, es preciso mencionar la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales). La misma aboga por la reforma del vigente marco jurídico europeo del comercio electrónico. Marco regulado por la Directiva de Comercio Electrónico que fue desarrollada en España mediante la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. Normativa que ha quedado en parte obsoleta, teniendo en cuenta que, al publicarse la directiva en el año 2000, ni siquiera existían plataformas como YouTube, Facebook, Instagram, LinkedIn o TikTok y que tanto dominan el entorno digital actualmente (Pina Sánchez y Mesa Sánchez, 2020).

En lo relativo a las regulaciones existentes, la LMD se aplicará conjuntamente y complementará a las normas de la competencia tanto de los Estados miembros como las comunitarias (desarrolladas en el apartado anterior).

No obstante, la aplicación de la actual normativa de la competencia (principalmente los arts. 101 y 102 TFUE), actúa inevitablemente una vez que se ha dado la conducta restrictiva o abusiva, generando procedimientos de investigación con el fin de corroborar la infracción que requieren de un determinado tiempo (*Op.cit.* LMD, p.4). Este estudio de impacto inicial marcado por una dilatación temporal, imposibilita la adopción de una respuesta temprana al efecto y con ello genera el riesgo de que, hasta que se ponga término a la investigación, ya se hayan causado prejuicios considerables y tal vez irreversibles para los usuarios y las empresas.

Así, la novedad que la LMD presenta, es una actuación *ex ante*<sup>29</sup> con objeto de disminuir los efectos nocivos propios de las prácticas anticompetitivas. Esta intervención *ex ante*, complementará a la intervención *ex post* que se llevará a cabo conforme a la legislación actual de la defensa de la competencia, tanto nacional como comunitaria.

De esta manera, y a modo de ilustración, el art. 102 TFUE (abuso de posición dominante), se revelaría insuficiente para solventar toda controversia que involucre a un guardián de acceso, ya que éstos, como se observará, no necesariamente han de ser un actor dominante. Y, en la medida en que cabe la posibilidad de que no se produzca un efecto demostrable inicialmente (aunque sí potencialmente) en la competencia dentro del mercado una vez definido y limitado, algunas prácticas quedarían fuera del espectro abarcado por el mencionado artículo 102 TFUE (*Ibid.* p.8).

## 2. BASE JURÍDICA Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

Con respecto a la base jurídica de la propuesta, ésta es el Artículo 114<sup>30</sup> del TFUE. Sostén jurídico que permitirá a la UE armonizar las normativas y políticas nacionales<sup>31</sup> susceptibles de aplicación para erradicar el tipo de conductas abusivas señaladas en la LMD. De esta manera, se está presenciando una divergencia de legislaciones en cuanto a los requisitos previos para que las autoridades puedan intervenir y la profundidad de tal actuación. Divergencia que fomenta la inseguridad jurídica y los costes de adaptación de las empresas que negocian en el mercado interior europeo, tanto de las más grandes como de aquellas más pequeñas o emergentes, que encontrarán con dificultad el poder expandirse a través de sus fronteras nacionales y diversificarse.

---

<sup>29</sup> Es necesario precisar, que, el Reglamento de concentraciones entre empresas, sí constituye un instrumento de supervisión *ex ante*. Sin embargo, como se apuntará después, no ha logrado lidiar de manera efectiva con las concentraciones digitales, y es por ello por lo que será complementado por las Orientaciones a su articulado desarrolladas por la Comisión y mediante la LMD.

<sup>30</sup> “Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26 (“1. La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados”).”

<sup>31</sup> Mientras que hay ciertos Estados que poseen iniciativas pendientes de aprobación e incluso aprobadas, como Alemania; otros, por el momento, no han tomado ninguna acción. Lo cual ejemplifica la gran divergencia que existe en el asunto y la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales para otorgar una solución conjunta, más eficaz y eficiente a los desafíos y prácticas abusivas propias de las plataformas objeto de estudio.

Y, lo que es más, la conveniencia de armonización comunitaria se ve reflejada en el marcado carácter transfronterizo de estos guardianes de acceso, los cuales operan a través de las diversas fronteras y por ello requieren un tratamiento común y coordinado, en consonancia con *modus operandi* (*Ibid.* p.5).

Siguiendo con la justificación de la propuesta, la Comisión argumenta que los beneficios de su aprobación superan con creces a los eventuales costes administrativos o de supervisión, que puedan surgir de manera colateral. Así, se apunta al previsible aumento de la disputabilidad<sup>32</sup> de los servicios de plataformas básicas a raíz de la disminución de las fuertes barreras de entrada que impedían a aquellos competidores emergentes negociar en condiciones de igualdad con aquellos ya establecidos.

Prosiguiendo con las ganancias esperadas, es de mencionar el gran beneficio que supondrá la iniciativa a las pequeñas y medianas empresas (tanto a los usuarios profesionales de las mismas como a otros proveedores de servicios de plataformas básicas distintos de los guardianes de acceso), que podrán invertir en innovación y desarrollar productos de mayor calidad; aumentando la oferta hacia los consumidores, y con ello, su capacidad de elección. Consumidores a ambos lados de la plataforma (ya sea vendedores o compradores), que se verán menos expuestos a las prácticas abusivas que se dan a día de hoy; recuperando su confianza<sup>33</sup>, por el momento degradada, en el sistema en su conjunto.

Así, en términos generales, con la expansión de las pymes<sup>34</sup> en el sector digital del mercado interior, la competencia en el mercado se verá aumentada, incremento acompañado por precios más competitivos y un crecimiento en la productividad (*Ibid.* p.11). Todo ello refleja un mayor crecimiento económico<sup>35</sup>, atracción de la inversión y el fomento de intercambios comerciales, teniendo en cuenta el gran y creciente peso de la economía digital

---

<sup>32</sup> “Un mercado es enteramente disputable cuando los competidores potenciales están en posibilidad de impugnar efectivamente las prácticas de las empresas ya establecidas en el ramo. En otras palabras, un mercado es enteramente disputable cuando existe una libertad absoluta de entrada y de salida” (Tavares de Araujo, 1986, p.2).

<sup>33</sup> “Suponiendo que las intervenciones previstas reduzcan las asimetrías competitivas entre los guardianes de acceso y otras plataformas, se podría estimar un superávit de consumo de 13.000 millones de euros, es decir, un aumento de alrededor del 6 % en comparación con el marco de referencia” (*Op.cit.* LMD, p.67).

<sup>34</sup> Además, crecerá su confianza a la hora de colaborar con los guardianes de acceso, en la medida en que los mismos estarán comprometidos a actuar en términos no discriminatorios.

<sup>35</sup> “Las ganancias en términos de eficiencia del mercado único digital contribuirían a un aumento del 1,5 % del PIB por año hasta 2030 y crearían entre 1 y 1,4 millones de puestos de trabajo” (*Ibid.* p.67).

en el mercado europeo y de la economía europea en el mercado global. Como se señala en el estudio CNECT/GROW: “El comercio electrónico transfronterizo en Europa tenía un valor de 143.000 millones de euros en 2019, y el 59 % de este mercado se generaba en los mercados en línea. Se prevé que esto aumentará hasta el 65 % en 2025” (*Ibid.* p. 69).

### 3. ANÁLISIS DEL CONTENIDO

Se procede a explicar el contenido del articulado<sup>36</sup> que más interesa destacar a efectos de la discusión del trabajo:

El Capítulo II (Arts. 3 y 4) versa sobre los guardianes de acceso, estableciendo los tres requisitos necesarios (*vid.* p. 34) para que un proveedor sea considerado como tal (art. 3.1). Son tanto criterios cuantitativos como cualitativos los que se emplearán para verificar el cumplimiento de los mismos. Con respecto a los primeros, éstos son muy elevados, demostrando una vez más la envergadura de estas plataformas y su expansión transfronteriza. Lo que conduce a reflexionar que si bien, no explícitamente, implícitamente es posible inferir que tal supervisión va principalmente dirigida a las GAFAM, quienes dominan el mercado digital de manera evidente. Consecuentemente, las pymes no se verán afectadas por dicha supervisión y, por tanto, se abrirá un camino para el incremento de su posición en el mercado en condiciones de competencia efectiva<sup>37</sup>.

A modo de ilustración, el primer criterio del art. 3.2 - poseer un impacto significativo en el mercado interior - se presumirá cumplido si la compañía a la que pertenece el proveedor o plataforma consigue un volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a 7.500<sup>38</sup> millones de euros en los tres últimos ejercicios, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.

---

<sup>36</sup> Se tomará como referencia principal el documento inicial suscrito por la Comisión Europea en 15 de diciembre de 2020.

<sup>37</sup> Sin embargo, sí puede haber casos excepcionales en los que empresas más pequeñas puedan designarse como guardián de acceso. Así, se ha fijado la categoría de “guardián de acceso emergente”, que autorizará a la Comisión para exigir determinadas obligaciones a aquellas empresas cuya posición competitiva, si bien está demostrada, todavía no es duradera (Consejo de la UE, 2022).

<sup>38</sup> En la versión original (art. 3.2) de 2020 propuesta por la Comisión, la cifra exigida era de 6.500 millones de euros. No obstante, el acuerdo tripartito alcanzado este 25 de marzo de 2022, ha elevado las cifras del primer apartado. El resto se han mantenido intactas.

Y, lo que es más, en función de criterios cualitativos (investigación de mercado), desarrollados en el Capítulo IV, la Comisión estará capacitada<sup>39</sup> para designar como guardián de acceso a cualquier proveedor de servicios de plataformas básicas que, cumpliendo los requisitos del apartado primero del artículo 3, no alcance los umbrales cuantitativos o incluso presente argumentos fundados con el objeto de excluirse de la consideración como guardián. En esta situación podrían situarse “los guardianes de acceso emergentes” mencionados.

El Capítulo III (Arts. 5-13), dispone el contenido obligacional que aplica a los guardianes de acceso en sus Artículos 5 y 6. Contenido susceptible de ser actualizado si se estimase conveniente por parte de la Comisión a raíz de una investigación de mercado (art. 10). A modo de ilustración, se encuentra:

Permitir a los usuarios finales desinstalar todo programa de aplicación preinstalado en su servicio de plataforma básico, dejando abierta la opción de que un guardián de acceso limite la desinstalación de programas de aplicación preinstalados que resulten cruciales para el funcionamiento del sistema operativo o el dispositivo y que, desde un enfoque técnico, no puedan ser ofrecidos autónomamente por terceros<sup>40</sup> (art. 6.b), y no tratar de manera más favorable en la clasificación a los servicios y productos que ofrece el propio guardián de acceso o terceros de la misma empresa con respecto a servicios o productos similares de terceros e imponer términos justos y no discriminatorias a tal clasificación<sup>41</sup> (art. 6.d).

Para hacer efectivas las obligaciones expuestas, los guardianes de acceso deberán adoptar medidas dirigidas al respecto. De esta manera, y en virtud del Artículo 7, si la Comisión estimase que las medidas que el guardián de acceso tiene intención de ejecutar o bien ya ha ejecutado, son insuficientes para el cumplimiento de las obligaciones señaladas, ésta podrá comunicar las acciones correspondientes que el guardián de acceso deberá llevar a cabo.

---

<sup>39</sup> Para ello, en el proceso de investigación de mercado, se considerarán factores tales como: “el tamaño del servicio básico; el número de usuarios profesionales dependientes del servicio para llegar a los usuarios finales y el número de usuarios finales; las barreras de entrada derivadas de los efectos de red; las ventajas basadas en datos y los efectos de escala y alcance de los que se beneficia el proveedor” (art. 3.6 LMD).

<sup>40</sup> Práctica que se dio en el Asunto AT.40099-*Google Android* (Decisión nº C (2018) 4761 de la Comisión, de 18 de julio, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y del artículo 54 del Acuerdo EEE).

<sup>41</sup> Esta práctica se da en el caso pendiente de: *Amazon Buy Box*, abierto en 2020 por la Comisión Europea (Comisión Europea, 2020).

#### 4. APLICACIÓN DE LA LMD AL CASO *GOOGLE AD SENSE*. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Primeramente, es preciso anunciar que Google, de forma manifiesta, cumple con los umbrales del art. 3 de la LMD para ser calificado como guardián de acceso. Es por ello por lo que ya de antemano, se encontraría vinculado por el contenido obligatorio de los arts. 5 y 6.

Las tres cláusulas impuestas abiertamente implicaban un trato favorable hacia los anuncios de búsqueda de Google, discriminando los del resto de competidores. Es por ello por lo que el artículo 6.d LMD expuesto aplicaría, al velar éste por eliminar aquellas ventajas desproporcionadas y/o discriminatorias poseídas por la plataforma dominante.

Google, al tener conocimiento de su situación como guardián de acceso, estaría obligado a adecuar todas sus prácticas y términos al contenido obligatorio de la LMD (en este caso, al art. 6.d en cuanto a las Cláusulas impuestas). Adecuación *ex ante* que debe ser ejecutada a través de medidas eficaces para alcanzar el objetivo de la obligación en cuestión (art. 7 LMD).

Aquí, entraría paralelamente la labor *ex ante* de la Comisión con el objeto de comprobar si las medidas efectuadas por el guardián (Google) aseguran la inexistencia de desequilibrios entre los derechos y las obligaciones del resto de usuarios profesionales y la plataforma.

De manera que, si la LMD hubiese estado en vigor en el momento de la imposición de las Cláusulas, Google se hubiera visto obligado a tomar medidas para evitar un tratamiento discriminatorio hacia el resto de competidores. Medidas, que, con total certeza, hubieran forzado a Google a proceder a la eliminación de las tres cláusulas ante la eventual supervisión de las mismas por la Comisión y sanción en caso de incumplimiento.

Es por ello por lo que, a pesar de que a través de los mecanismos tradicionales se logró sancionar la conducta; por otro lado, la LMD implicaría una respuesta más rápida y eficaz<sup>42</sup>. Eficacia justificada en que Google directamente no habría impuesto tales cláusulas (al contravenir el art. 6.d) o, de haberlas impuesto, las habría tenido que eliminar tempranamente

---

<sup>42</sup> Como se ha señalado, una actuación tardía de la autoridad pertinente implica que varios derechos ya han podido ser vulnerados, algunos con carácter irreversible, a pesar de las eventuales sanciones posteriores reparadoras del daño.



en virtud del art. 7 LMD, por sí mismo o por obligación de la Comisión *so pena de* incurrir en incumplimiento y consecuente sanción.

## CAPÍTULO V. *KILLER ACQUISITIONS* Y SU ENCAJE REGULATORIO

### 1. INTRODUCCIÓN

En último lugar, se analizará el fenómeno de las *killer o nascent acquisitions* (“adquisiciones asesinas”), que presenta gran relevancia dentro del mercado digital. La cuestión que se formula es el cómo tratar las adquisiciones por parte de grandes empresas tecnológicas de pequeñas empresas tecnológicas nuevas (“competidores nacientes”); compañías cuya innovación potencial o diseño exitoso puede representar una amenaza seria, aunque incierta, para un operador tradicional. Y, potencial de la empresa competidora que aún no está plenamente desarrollado y, consecuentemente, no está probado<sup>43</sup> (Scott Hemphill & Wu, 2020, p.1).

Las GAFAM, destacan por ser las compañías más activas en cuanto a la adquisición (*vid.* Anexo) de empresas, tanto aquellas con niveles de facturación considerables, como las pequeñas *start-ups*: a modo de ejemplo, desde 2015 a 2017, adquirieron 175 firmas. Adquisiciones que son merecedoras de atención, sobre todo por su posición de dominio en el mercado digital, suscitando la sospecha de que muchas de ellas se ejecutaron con el fin principal de consolidar su poder y dominio (Gautier & Lamesch, 2021, p.8).

Así, es preciso plantearse si se debería prohibir a las grandes empresas tecnológicas la adquisición de pequeñas empresas (por temor a que las grandes empresas ahoguen la innovación) o si bien, debería ejercerse un control más laxo y mayor autorización de estas operaciones. Autorización argumentada en el fomento de la creación de nuevas empresas por parte de los emprendedores que quieren poder vender sus innovaciones, y para impulsar la

---

<sup>43</sup> Sin embargo, las grandes tecnológicas están desarrollando en los últimos tiempos técnicas novedosas para detectar a competidores potenciales rápidamente mediante el análisis de ciertas tendencias. A través de la observación de patrones presentes en sus servicios en lo que concierne al comportamiento de los consumidores mientras navegan por la web y fuera de ella, pueden percatarse de los modelos de negocio emergentes en tiempo real. Ventaja que permite identificarlos tempranamente para, a continuación, tumbar las nuevas “amenazas” competitivas mediante su adquisición o el empleo de otros medios (como las conductas excluyentes) y así frenar su éxito (Stucke & Grunes, 2016, p.8).

innovación proporcionando más dinero y apoyo del que las pequeñas empresas podrían obtener por sí mismas.

Son numerosas las investigaciones teóricas y empíricas llevadas a cabo por diversos cuerpos de expertos que señalan que la creación o el mantenimiento anticompetitivo del poder de mercado unido a las elevadas barreras de entrada, conlleva una reducción del ritmo de innovación por parte de las pequeñas empresas. A modo de ejemplo, los fondos de capital de riesgo o capital privado, tenderán a desconfiar en la inversión directa en una nueva empresa que pueda competir de manera implícita o explícita con un gigante tecnológico como lo son las GAFAM. Esta situación conduce a que quizás la mejor opción para el innovador sería la venta de su negocio a la plataforma dominante.

No obstante, si las barreras de entrada se redujesen (uno de los objetivos que indirectamente persigue la LMD), el empresario innovador no tendría por qué conformarse con aquella pequeña porción de los beneficios correspondientes a la gran plataforma, sino que estaría en condiciones de competir por el conjunto de los mismos e incluso tratar de sustituirla. Situación que multiplicaría los incentivos para innovar (*Op. cit.* Scott Morton et al., p.8).

En términos de regulación de la competencia, son varias las dificultades prácticas que presentan las concentraciones en la economía digital, sobre todo en cuanto a la aplicación de la política vigente sobre las mismas (tanto en la activación del mecanismo de supervisión como al calificar la operación y evaluarla desde un punto material) (*Op. cit.* Herrero Suárez, p.18):

Por un lado, es el volumen de negocios el criterio que se emplea para establecer si una determinada operación esta sujeta al escrutinio de las autoridades de la competencia<sup>44</sup>. Y, por ello, muchas de estas adquisiciones de pequeñas compañías innovadoras (al no cumplir los umbrales), están pasando desapercibidas, lo que no implica que realmente sí vayan a afectar negativamente a la competencia efectiva en el mercado.

Un remedio propuesto para este tipo de vacío ha sido la implantación de un umbral complementario, no basado en el volumen de negocios, sino en el valor de la transacción.

---

<sup>44</sup> Incluso los dos instrumentos legislativos que se analizan a continuación, y que se presentan como una solución para lidiar con las nuevas adquisiciones de la economía digital que podrían pasar desapercibidas previamente, siguen manteniendo de manera prioritaria umbrales cuantitativos basados en el volumen de negocios.

Solución implementada de manera pionera en Alemania en 2018 a través de la novena enmienda de su ley de la Competencia<sup>45</sup>.

Además, en estos casos, si bien *a priori* la concentración de empresas no supone un acaparamiento suficiente de las cuotas del mercado relevante que se analiza, sí puede suponer un aumento en la concentración de datos de los usuarios en la compañía que adquiere. En este sentido, la tendencia hasta ahora por parte de las autoridades de la competencia ha consistido en ignorar los problemas potenciales que plantea la concentración de datos, centrándose en cambio en el efecto de la operación sobre los precios o las cuotas de producción en los mercados de referencia. (*Op.cit.* Herrero Suárez, p.19).

Son dos los instrumentos legislativos que en principio pretenden lidiar con la problemática a nivel de la UE: la LMD expuesta y su Artículo 12 sobre concentraciones, y el propio Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas. Es de especial importancia la incorporación por parte de la Comisión el 26 de marzo de 2021 de unas Orientaciones relativas a la aplicación del instrumento de remisión plasmado en el artículo 22 del Reglamento. En parte, la implantación de las mismas va dirigida al control de las *killer acquisitions*. Dos herramientas que actúan *ex ante* y que persiguen el mismo fin, cuya complementariedad o dualidad también se analizará.

## 2. ARTÍCULO 12 DE LA LMD SOBRE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

El instrumento inserto en la LMD en lo relacionado con el control de las concentraciones, es el Artículo 12. Lo relevante del mismo es que, por el simple hecho de tener la calificación de guardián de acceso, éstos deberán informar de todo tipo de potencial adquisición, independientemente de si cumple o no los criterios del Reglamento 139/2004 y del tamaño de la empresa adquirida. En otras palabras, el ámbito de control se eleva considerablemente ya que, a raíz del Reglamento de concentraciones, las concentraciones

---

<sup>45</sup> En cuanto al criterio del valor de la transacción en Alemania, la disposición introducida trata de abordar las circunstancias en las que el volumen de negocios actual del objetivo y el precio de compra del mismo difieren en una cantidad desproporcionada. El elevado precio de adquisición en este tipo de operaciones suele ser un indicador de que el objetivo posee nuevos conceptos empresariales y una fuerte competitividad en el mercado. Los sectores farmacéutico y de las tecnologías de la información representaron la mayor parte de los casos tramitados por el Bundeskartellamt (autoridad de la competencia) sobre la base del umbral de valor de la transacción. En estos sectores, la innovación es fundamental y hay mucho margen de crecimiento en el futuro. Como resultado, se puede predecir que estas empresas son vulnerables al fenómeno de las adquisiciones asesinas (OCDE, 2020, p.6).

poseen dimensión comunitaria (lo que conlleva la competencia de la Comisión para examinarlas), en virtud de ciertos criterios cuantitativos plasmados en el Artículo 1 del Reglamento. Criterios que, si no se cumplen, imposibilitarán cualquier acción de la UE.

Así, hasta ahora y con la regulación vigente en cuanto a las concentraciones, el pequeño tamaño e ingresos de muchas de las empresas que se adquieren, al situarse por debajo de los umbrales requeridos, no son objeto de investigación. Incluso aquellas que suscitaron cierta sospecha, como las fusiones entre Apple/Shazam, Microsoft/LinkedIn, Facebook/WhatsApp y Google/DoubleClick, en 2018, 2016, 2014 y 2008 respectivamente, fueron aprobadas por la Comisión Europea; al igual que las fusiones entre Facebook/Instagram en 2012 y Google/Waze en 2013 por la OFT (Office of Fair Trading<sup>46</sup>). Sin embargo, la mayor parte de las adquisiciones ejercitadas por las GAFAM no pasan ni siquiera por el examen de las autoridades de la competencia y por ello ninguna de las mismas ha podido ser bloqueada (*Op.cit.* Gautier & Lamesch, p.11).

### 3. REGLAMENTO N° 139/2004 SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. NUEVAS ORIENTACIONES SOBRE EL INSTRUMENTO DE REMISIÓN DEL ART. 22

Como se ha señalado en apartados anteriores, en virtud del Reglamento 139/2004, se confiere competencia exclusiva a la Comisión para evaluar las concentraciones de dimensión comunitaria, definidas mediante criterios cuantitativos fundados en el volumen de negocios (art. 1). En este sentido, aquellas concentraciones que no lleguen a cumplir con los umbrales señalados, podrán ser objeto de competencia por parte los Estados miembros solo si la normativa de competencia de las correspondientes legislaciones nacionales, en atención a los umbrales cuantitativos previstos, lo permite. (En el caso de la regulación nacional, la LDC contiene dichos umbrales en el art. 8.1 LDC).

Consecuentemente, y, en principio, aquellas concentraciones que no cumplan ni los mínimos comunitarios ni los nacionales, poseen plena libertad para llevarse a cabo sin las trabas

---

<sup>46</sup> Órgano del Reino Unido que en su momento se encargaba de las funciones de competencia. Ha dejado de existir y sus funcionalidades se han traspasado a diversos organismos.

de tener que notificarlas previamente y obtener la correspondiente autorización. En añadido, no corren el riesgo de poder ser revisadas *a posteriori* por la Comisión.

No obstante, a través del mecanismo de remisión del Artículo 22, se autoriza, en ciertas condiciones, que los Estados miembros (art. 8.2 LDC) puedan remitir a la Comisión casos que conciernan cualquier concentración que carezca de dimensión comunitaria por no cumplir con los umbrales del artículo primero; bajo la justificación, atendiendo a diversos factores, de que está mejor situada para conocerlo. Así, la Comisión ha podido examinar un número relevante de operaciones en un gran rango variado de sectores de la economía (industrial, farmacéutico o incluso digital) (Orientaciones de la Comisión, 2021, p.1).

Previo a estas Orientaciones, la práctica de la Comisión consistía en desincentivar aquellas solicitudes de remisión basadas en el art. 22 por parte de aquellos Estados que careciesen de competencia inicial (conforme a su propia normativa de la competencia) para examinar la eventual operación. Práctica fundamentada en que, en términos generales, había poca probabilidad de que las operaciones en cuestión impactasen de manera significativa en el mercado interior (*Id.*).

No obstante, la Comisión aclara en las Orientaciones que, si una operación incide en el comercio entre los Estados miembros (1) y amenaza significativamente a la competencia dentro del Estado miembro o Estados miembros que presenten la remisión (2) (requisitos del art. 22), podrá<sup>47</sup> ser examinada por la Comisión a pesar de que dichos Estados miembros no posean competencia para analizarlas debido a su inicial reducido volumen de negocios.

Fue al finalizar 2020 cuando Margrethe Vestager, la comisaria europea de competencia, señaló que esta nueva modificación traía causa en la no sumisión a revisión de las *killer acquisitions* (que por regla general se sitúan bajo los límites de notificación europeos y nacionales) (Uría Menéndez, 2021, p.9).

---

<sup>47</sup> La remisión por parte de los Estados Miembros de estas concentraciones, no se postula como una obligación sino como una facultad por parte de los mismos para remitir y por parte de la Comisión para aceptar la remisión y examinar *ex ante* por ello la concentración en cuestión. Supuesto que se diferencia de lo previsto en la LMD, ya que, en vistas a la misma, todo guardián de acceso deberá informar sobre una potencial concentración y por ello la Comisión evidentemente deberá llevar a cabo necesariamente una investigación, más profunda o superficial, sobre la misma.

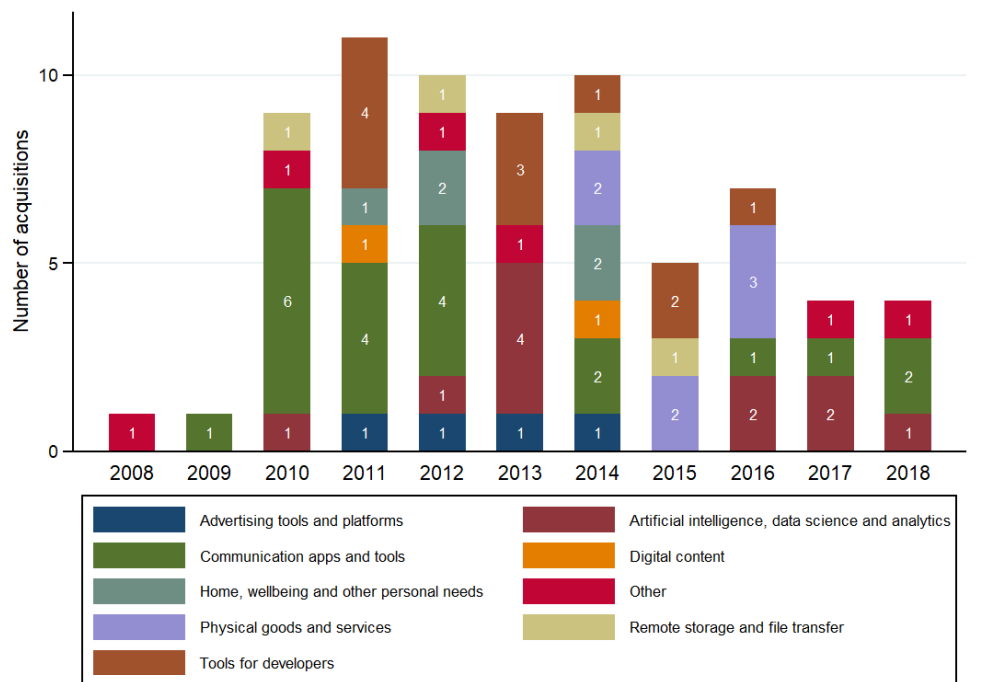
En consecuencia, las adquisiciones asesinas, se enmarcan efectivamente en el tipo de concentraciones que podrían acabar bajo la competencia de la Comisión aun no cumpliendo los umbrales cuantitativos ni de la misma ni de los Estados miembros. Hecho reforzado en las propias Orientaciones que ejemplifican varios supuestos a los que se aplicaría la nueva aclaración y que efectivamente se corresponden con los rasgos de compañías como las *start-ups* objeto de estas adquisiciones:

Compañías emergentes o de recién llegada al mercado dotadas de un potencial competitivo considerable aún no desarrollado o plasmado en un modelo de negocio que origine ingresos sustanciales; innovadores importantes o que estén desarrollando investigaciones potencialmente relevantes; empresas que suponen un poder competitivo significativo real o potencial; aquellas que posean acceso a activos importantes desde el punto de vista de la competencia (ya sean materias primas, datos o derechos de propiedad intelectual), y que proporcionen productos o servicios que suponen componentes esenciales para otras industrias (*Op.cit.* Orientaciones de la Comisión, p. 2).

#### 4. ADQUISICIÓN DE WHATSAPP E INSTAGRAM POR PARTE DE FACEBOOK

**Figura 4**

*Number of acquisitions by Facebook over time*



*Nota:* El gráfico representa la notable actividad de Facebook en las fusiones y adquisiciones entre 2010 y 2016. De: “Merger Policy in Digital Markets: An Ex-Post Assessment”, de Argentesi et al., 2019, *CESifo Working Papers*, p.18 ([https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1\\_wp7985.pdf](https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1_wp7985.pdf))

Como se ha indicado en el apartado previo, determinadas adquisiciones del sector digital han pasado bajo el punto de mira tanto de la Comisión como de las autoridades de la competencia de otros Estados miembros. Entre ellas, se sitúa la adquisición de WhatsApp por parte de Facebook en 2014 y de Instagram en 2012. La cuestión que se presenta es si, con las aclaraciones y los nuevos instrumentos de los que se dispone hoy en día, se hubiera dado el visto bueno a tales operaciones.

Debate que se vuelve más interesante teniendo en cuenta que la FTC en 2019 inició la investigación concerniente a las razones que condujeron a Facebook a comprar tanto WhatsApp como Instagram<sup>48</sup>, procediendo en 2020 a denunciar a la compañía:

The conduct described above harmed, and continues to harm, competition by limiting and suppressing competition that Facebook otherwise would have to face in the provision of personal social networking. As a result, users of personal social networking in the United States have been deprived of the benefits of additional competition for personal social networking. (FTC v. Facebook Inc., 2021, p. 48)

La intención por parte de la Comisión, decidida a afrontar los efectos anticompetitivos de varias adquisiciones de pequeñas empresas innovadoras, es dilucidar si una empresa establecida, al comprar otra de nueva entrada al mercado, pretende acaparar el acceso a un mayor rango y variedad de datos que estima valiosos. Y, simultáneamente, mantener su dominio en el mercado, excluyendo toda competencia posible. Efectivamente, Facebook, al adquirir WhatsApp e Instagram, logró hacerse con una mayor variedad de información que hasta el momento Facebook por sí sola no podía proporcionar.

Como se señala en el informe del *Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee* de la OCDE, la plataforma de mensajería instantánea WhatsApp, en la fecha de su compra por parte de Facebook, solamente estaba conformada por 55 trabajadores y unos ingresos de 10 millones de euros. A pesar de estas cifras tan bajas, logró que millones de usuarios emplearan su servicio ofrecido de manera gratuita. Y, cifras lejos de ser proporcionadas con el precio por el que se adquirió (21.800 millones de dólares estadounidenses). Un precio que refleja el potencial que, para Facebook, suponía WhatsApp (2020, p.3).

Fue el 29 de agosto de 2014, cuando, tomando como base el art. 4 apartado 5<sup>49</sup> del Reglamento de concentraciones, la Comisión recibió la notificación de la adquisición de

---

<sup>48</sup> Por límites de espacio, el análisis detallado se circunscribirá a la adquisición de WhatsApp.

<sup>49</sup> “Por lo que se refiere a las concentraciones definidas en el artículo 3 que no tienen dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, y que son susceptibles de ser analizadas en virtud de la normativa nacional en materia de competencia de al menos tres Estados miembros, las personas o empresas a las que se hace referencia en el apartado 2 podrán, con anterioridad a cualquier notificación a las autoridades competentes, informar a la Comisión por medio de un escrito motivado de que la concentración debería ser examinada por la Comisión”.



WhatsApp por Facebook y procedió a examinarla (aunque los umbrales comunitarios no se cumplieren). La decisión<sup>50</sup> fue luz verde para la operación:

En el proceso de investigación de mercado, son varias las partes que señalaron que, de no darse la operación, WhatsApp se posicionaría como un proveedor de servicios de redes sociales en competencia con Facebook; o bien que WhatsApp efectivamente ya era un proveedor de servicios de redes sociales compitiendo con Facebook (Dec. n°. COMP/M.7217, 2015, párr.144).

Así las cosas, la principal defensa por parte de la Comisión para denegar el carácter anticompetitivo de la adquisición es la falta de competición entre Facebook y WhatsApp, alegando que pertenecen a mercados diferenciados (*Ibid.* párr.156). No obstante, informes de expertos tales como el de Crémer et al. mencionado en este escrito, dejan entrever la idea de que, no necesariamente los productos en cuestión han de ser totalmente equivalentes/sustitutos, sino que, situándose uno en un mercado delimitando con el otro, la adquisición puede ser igual de anticompetitiva.

Así, el producto en cuestión (en el caso de WhatsApp: servicio de mensajería instantánea para móviles), si bien, en un primer momento, resulta complementario a Facebook (red social), podría acabar sustituyéndolo. De ahí que la propia compañía Facebook viese su potencial como competidor en un futuro y decidiese adquirirlo: “Competitive threats will typically come from the fringe. Buying up promising start-ups that offer fringe products or services may therefore result in early elimination of potential competitive threats - which may be particularly problematic if done systematically” (*Op. cit.* Crémer et al., p.116).

Si bien se autorizó la operación, en 2017 la Comisión impuso una multa a Facebook de 110 millones de euros por la provisión de información incorrecta y engañosa en lo que respecta a su compra de WhatsApp. Multa acatada por la compañía, pero sin ningún efecto en la adquisición ya ejecutada.

---

<sup>50</sup> Asunto *FACEBOOK / WHATSAPP* (Decisión n°. COMP/M.7217 de la Comisión, de 18 de octubre, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo).

También resulta sorprendente, que, uno de los hilos argumentativos de la Comisión para negar el carácter anticompetitivo de la adquisición, son los rasgos propios de la economía digital. En este sentido, se señala en la Decisión que las plataformas de comunicación conforman un sector dinámico y dotado por una constante evolución. Rasgos que propician que los costes de cambio de una plataforma a otra sean bajos al igual que las barreras de entrada o expansión para nuevos competidores. Señalando explícitamente que: “En este mercado, es poco probable que cualquier posición de liderazgo, incluso con la ayuda de los efectos de red, sea incontestable” (*Op.cit.* Dec. nº. COMP/M.7217, párr.130).

No obstante, como se ha desarrollado en el apartado introductorio, es precisamente esta estructura singular del mercado digital, caracterizada por una alta concentración del mercado en muy pocos operadores y por elevadas barreras de entrada, entre otros, lo que conduce a que muy pocas plataformas (como las GAFAM) hayan monopolizado el sector digital. Dominio que, a día de hoy, y a diferencia de lo que sucedía en 2014 cuando se emitió la Decisión de la Comisión, conlleva que las adquisiciones por parte de estos guardianes de acceso estén en el punto de mira de las autoridades de la competencia en prácticamente todas las jurisdicciones del globo.

Así, cabe responder a la cuestión de, si en el año 2022, se procedería a convalidar estas operaciones. A la vista de lo analizado y teniendo en cuenta la posición de la Comisión y demás autoridades sobre el tema (como la estadounidense, que, de hecho, ya ha presentado su denuncia a Facebook), mi visión es que no procederían a aceptarse. En este sentido, la eventual investigación de fondo llevada a cabo por la Comisión, dotada de más experiencia en el sector, sería mucho más consciente de las posibles intenciones adversas que puede haber detrás de estas adquisiciones:

Las comunicaciones internas entre el consejero delegado de la empresa, Mark Zuckerberg, y otros altos ejecutivos, indicaron que Facebook adquirió sus “amenazas competitivas” con el fin consolidar y extender su dominio. Un alto directivo de la empresa describió su estrategia de adquisiciones como un “acaparamiento de tierras” para “apuntalar” la posición de Facebook, mientras que Mark Zuckerberg señaló que la compañía “probablemente siempre podría comprar cualquier *start-up* competitiva”. (*Op.cit.* Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, p.12)

## 5. CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS OPERACIONES

Una de las conclusiones que se puede extraer a raíz de la revisión de la literatura en el tema y del estudio de los rasgos concernientes a las *Big Tech*, es que los efectos de las fusiones y adquisiciones en el entorno digital no son homogéneos. En este sentido, se puede afirmar que son operaciones dotadas de una escala de grises, en la medida en que ni todas son nocivas *per se* para la competencia ni todas son beneficiosas para la misma. Es por ello por lo que, la eventual investigación que se lleve a cabo por las autoridades de la competencia (ahora haciendo uso de los nuevos instrumentos desarrollados al efecto), deberá realizarse caso por caso atendiendo a sus particularidades específicas.

Sí está claro que una adquisición poseerá más riesgo de ser dañina para la competencia cuanto mayor sea la cuota de mercado del adquirente o empresa establecida; cuanto mayor sea la relevancia competitiva (o “potencial amenaza”) de la nueva empresa para el adquirente y cuanto mayor sea la amenaza competitiva del potencial entrante hacia el resto de empresas en el mercado relevante (Katz, 2020, p.13). Pero, ¿de qué manera evaluar estos criterios?

Con respecto al potencial de estas empresas incipientes, su determinación se presenta como una labor repleta de incertidumbre. Se ha ido mencionando a lo largo de la sección, que este tipo de *start-ups* poseen bajas cuotas de mercado o ingresos, por lo que estos parámetros serían irrelevantes para determinar su potencial. Mayor validez otorgaría el estudio de sus tasas de crecimiento<sup>51</sup> o la opinión de los usuarios acerca del producto o servicio que ofrece. Por otro lado, en cuanto a la posible amenaza ejercida por parte del entrante a la posición de dominio del adquirente, se podrían tener en cuenta criterios tales como el elevado precio<sup>52</sup> de compra, cuantía que refleja el alto valor que para el adquirente posee la *start-up*; valor significativo que equivaldría a una gran probabilidad de transformarse en un competidor considerable (p.14).

Otro punto a mencionar a la hora de evaluar la potencial incidencia de una operación sobre el mercado, es la relevancia que posee la inclusión de criterios complementarios no

---

<sup>51</sup> Como se ha observado en el caso de WhatsApp, si bien sus ingresos antes de la adquisición no eran llamativos, sí lo era su alta tasa de crecimiento, logrando obtener en poco tiempo un número muy elevado de usuarios.

<sup>52</sup> De nuevo, este indicio también se refleja en el supuesto de WhatsApp, donde el notable precio de compra en comparación con sus ingresos y plantilla, deja entrever el potencial tan valioso y competitivo que poseía la plataforma antes de su adquisición.

necesariamente fundados en el volumen de negocios sino en el valor de la transacción; lo cual se revela idóneo para el caso de la adquisición de *start-ups*. Así, en virtud del mismo, se podrían acabar paralizando adquisiciones de aquellos entrantes cuyo intrascendente volumen se desvincula de su potencial posición como competidor efectivo (*Op.cit.* OCDE, p.7).

Son dos por tanto los instrumentos a través de los cuales se tratará de promover la detección de las adquisiciones asesinas. De manera que, ya sea por la vía del art. 12 LMD que involucra a los guardianes de acceso, o por el mecanismo de remisión del art. 22 del Reglamento, prácticamente toda operación con potencial para resultar en una adquisición asesina de relevancia para el mercado digital, acabará siendo objeto de investigación por parte de la Comisión:

La LMD aplica estrictamente al mercado digital, mientras que el ámbito sectorial de aplicación del Reglamento es más amplio, cubriendo múltiples sectores. No obstante, es en el sector farmacéutico y de las tecnologías donde se presentan mayor tendencia a darse este tipo de adquisiciones. Nos encontraríamos por tanto con que un mismo actor podría verse obligado a notificar a la Comisión “dos<sup>53</sup> veces en paralelo la misma operación” (Troncoso Ferrer, 2021). Es por ello por lo que se debería precisar qué vía excluye a la otra, con el objeto de evitar indeterminaciones jurídicas.

Finalmente, se ha de señalar que, el requisito del art. 12 LMD de informar sobre toda potencial adquisición, y, como señala acertadamente el artículo de Motta & Peitz (2021), no implica un impedimento total a que estas compañías compren otras de mucho menor tamaño (teniendo en cuenta que muchas de las mismas presentan innovaciones muy básicas o herramientas en estados gestantes de desarrollo con poca capacidad de ser competidores en corto plazo); sino que supone básicamente un avance a que las autoridades de la competencia puedan supervisar estas operaciones, y, en el caso de sospecha, dilucidar si los eventuales beneficios a la competencia superan o no a los inconvenientes (p.14).

---

<sup>53</sup> Como señala la propia LMD, la obligación impuesta a los guardianes de acceso de informar sobre cualquier concentración prevista es: “independiente de que sea notificable a una autoridad de competencia de la Unión en virtud del Reglamento (CE) n° 139/2004 o a una autoridad nacional competente en materia de competencia con arreglo a las normas nacionales sobre concentraciones”.

Es este balance entre los efectos negativos y positivos lo que da cierre a esta última sección. Un balance que no es nada sencillo de efectuar, ya que, no solo se deberá tener en cuenta el efecto instantáneo o más a corto plazo de la operación, sino que a su vez se deberá plasmar en un horizonte más amplio de tiempo. Uno de los criterios que se proponen, es que, se procedería a prohibir la fusión si, ausente la misma, es “más probable que no” que la empresa adquirida se convirtiese en un potencial competidor (*Ibid.* p.36). Debiendo aportar las autoridades decisivas documentos e informes al respecto y que, no son nada fáciles de obtener.

Así, frente a este criterio, se presenta otro que parece obtener mayor respaldo y que Motta & Pleitz obtienen del Report, *Unlocking digital competition*, de Furman et al. (2019). Un parámetro que se basa en el *consumer welfare standard* introducido por este último. Según el mismo y posicionando al consumidor<sup>54</sup> y su bienestar en el centro del análisis, el criterio que se debería tomar a la hora de aprobar la potencial adquisición, sería aquel en el que los beneficios previstos para el bienestar de los consumidores debido a la competencia entre un mayor número de empresas en el mercado, superasen a las ganancias previsibles de la mejora de la oferta a los usuarios causadas por la fusión de las empresas y sus servicios o productos (p.14).

Desde una perspectiva propia, se considera que este último criterio es acertado. Y más teniendo en cuenta que, en muchas de estas plataformas involucradas, los efectos nocivos sobre el usuario final resultan infravalorados al suponer que éste paga un precio “cero”. No obstante, como se ha indicado, realmente sí se abona un precio, y muy valioso, como puede ser su propia privacidad o información personal. Es por ello por lo que se ha de situar al consumidor en uno de los focos principales del análisis. Su bienestar, al fin y al cabo, es el bienestar de la sociedad en su conjunto.

---

<sup>54</sup> Importante señalar que, no exclusivamente se tiene en cuenta en el análisis a los consumidores finales, sino también a las empresas, que suelen ser también clientes y es por ello por lo que a su vez, se considerará todo perjuicio que puedan soportar (*Op.cit.* Furman et al., p.87).

## CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES

Una vez concluido el estudio del nuevo marco jurídico digital, se exponen las conclusiones siguientes:

- I. Como se ha constatado a raíz del análisis estructural del mercado digital, se ha erigido un panorama económico dominado por las *Big Tech* al cual la regulación jurídica actual de la defensa de la competencia, es incapaz de poner coto. Diversas son las posturas que surgen del debate, unas abiertas a implementar instrumentos complementarios adicionales; otras defensoras de la modificación directa de la vigente regulación y, hay quienes apelan al mantenimiento del *statu quo*. La solución por la que se aboga en este escrito es la primera. Propuesta que goza del mayor soporte a nivel comunitario y la cual ha impulsado el diseño de un dispositivo de regulación *ex ante*: la propuesta de Ley de Mercados Digitales.
  
- II. La cuestión que se suscita con respecto al mecanismo legislativo expuesto, es si resultaría adecuado y, ante todo, eficaz para lidiar con las prácticas anticompetitivas ejercitadas por los gigantes tecnológicos. En efecto, se defiende que sí:
  - Desde una perspectiva teórica, el estudio de la regulación propuesta, permite afirmar que los guardianes de acceso estarán sujetos de manera ineludible, y, lo que es más trascendente, de forma anticipada, al escrutinio de las autoridades de la competencia. Este control previo provisto de las obligaciones correspondientes, supone una salvaguarda hacia el cumplimiento de las reglas del juego garantes de una competencia justa y efectiva; dotando a la economía digital de considerable seguridad jurídica y de la participación de un rango variado de actores con independencia de su tamaño, operando en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.
  
  - Desde un plano práctico, se han formulado en el trabajo los diversos desafíos jurídicos presentes a la hora de aplicar la actual normativa de la competencia a este modelo de economía basado en la recopilación y gestión masiva de datos. Datos que constituyen un activo muy valioso para las empresas y cuya posesión genera una situación de dominio que, hasta ahora, resultaba desapercibida, al igual que su abuso. Fenómeno que se ha ilustrado a través de un análisis comparativo de un caso de la jurisprudencia de la UE, y a través del cual se concluye que, efectivamente, la LMD resulta ser una

solución más temprana y rápida frente a una respuesta más tardía e incapaz de evitar daños eventuales irreversibles.

- III. Por otro lado, es preciso tomar conciencia de las dificultades prácticas que supondrá la aplicación de la LMD, al operar en un entorno dinámico y volátil, y, en muchos aspectos, de difícil previsión. No obstante, la aplicación flexible del Reglamento, se sitúa como un punto a favor, ya que, tanto las obligaciones como el ámbito subjetivo del mismo, podrán actualizarse con el fin de responder a este escenario cambiante, y a la emergencia constante de actores con un fuerte potencial para incidir en el mercado.
  
- IV. Las adquisiciones asesinas constituyen el cierre del trabajo como una de las operaciones empresariales que más interés y alerta han desencadenado en los últimos tiempos. Alarma que ha propiciado un cambio de paradigma con respecto al control de las mismas, lo cual ha comportado el diseño de los dos instrumentos regulatorios analizados (art. 12 LMD y Orientaciones de la Comisión), dirigidos a lidiar con la problemática. En este sentido, la idea que se extrae es que, esta cuantía tan elevada de adquisiciones de compañías por parte de las *Big Tech*, fundamentalmente, de las más pequeñas y con potencial innovador, ya no pasarán desapercibidas. Reconociendo, de otra parte que, muchas de estas operaciones sí promueven la innovación y poseen externalidades positivas. De ahí que se presente como un desafío para las diversas autoridades de la competencia del globo, el diseño de los métodos apropiados para efectuar el balance de los efectos positivos y negativos de las adquisiciones; permitiéndolas o suspendiéndolas, en consecuencia. Balance, que, se defiende, ha de posicionar al bienestar del consumidor en el centro de la valoración.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. LEGISLACIÓN

#### 1.1. UNIÓN EUROPEA Y EE. UU

Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, nº 2020/0361 (COD), de 15 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>

Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), nº 2020/0374 (COD), de 15 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=es>

Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos. Diario Oficial de la Unión Europea, nº2021/C 113/01, 31 de marzo de 2021. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC0331%2801%29>

Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”), de 20 de enero de 2004. Diario Oficial de la Unión Europea, L024, 29 de enero de 2004.

Reglamento (CE) nº1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. de 16 de diciembre de 2002. Diario Oficial de la Unión Europea, L001, 4 de marzo de 2013.

Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) nº



531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, de 25 de noviembre de 2015. Diario Oficial de la Unión Europea, L 310, 26 de noviembre de 2015.

*Sherman Antitrust Act* (U.S. Code § 15, de 2 de julio de 1890)

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea, nº 83, 30 de marzo de 2010.

Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea, nº 83, 30 de marzo de 2010.

## **1.2. ESPAÑA**

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007).

## **2. JURISPRUDENCIA**

### **2.1. UNIÓN EUROPEA y EE.UU**

Comisión Europea, Decisión por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, Asunto *FACEBOOK / WHATSAPP*, nº COMP/M.7217, de 18 de octubre de 2014.

Comisión Europea, Decisión relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y del artículo 54 del Acuerdo EEE, Asunto AT. 40411-*Google Search (AdSense)*, nº C (2019) 2173, de 20 de marzo de 2019.

Comisión Europea, Decisión relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y del artículo 54 del Acuerdo EEE, Asunto AT. 40099-*Google Android*, nº C (2018) 4761, de 18 de julio de 2018.

Comisión Europea, Resumen de la Decisión relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y del artículo 54 del Acuerdo EEE, Asunto AT. 40411-*Google Search (AdSense)*, nº C (2019) 2173, de 20 de marzo de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Asunto *Ohio v. American Express Co.*, nº 16-1454, de 25 de junio de 2018 [versión electrónica – base de datos Westlaw Edge, Ref. 138 S. Ct. 2274, 2280, 201 L. Ed. 2d 678 (2018)]

Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia, Demanda de medidas cautelares y otras medidas de equidad, Asunto *FTC v. Facebook, Inc.*, nº 1:20-cv-03590, de 9 de diciembre de 2020.

## 2.2. ESPAÑA

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 88/1986, de 1 de julio de 1986 [versión electrónica- base de datos ARANZADI, Ref. ECLI:ES:TC:1986:88]

## 3. OBRAS DOCTRINALES

Argentesi, E., Buccirosi, E. P., Calvano, E., Dusso, T., Marrazzo, A., & Nava, S. (2020). *Merger policy in digital markets: an ex post assessment* (Informe núm. 7985). CESifo Working Papers. Disponible en: [https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1\\_wp7985.pdf](https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1_wp7985.pdf).

Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt (2016). *Competition Law and Data*. Bundeskartellamt. Disponible en: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=6AFFDC01B3F259B30FEF2A2B64A81FF4.1\\_cid381?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=6AFFDC01B3F259B30FEF2A2B64A81FF4.1_cid381?__blob=publicationFile&v=2)

Belleflamme, P., & Peitz, M. (2016). Platforms and network effects. *University of Mannheim*, Working Paper 16-14. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.35908.83848>

Birch, K., & Cochrane, D. T. (2021). Big Tech: Four Emerging Forms of Digital Rentiership. *Science as Culture*, 31 (1), 44-58. <https://doi.org/10.1080/09505431.2021.1932794>

- Burzaco Samper, M., Lavilla Rubira, J.J., Magide Herrero, M., & Vega Labella, J.I. (2020). *Derecho administrativo económico*. Dykinson, S.L.
- 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>
- Comeig, I., Klaser, K., & Pinar, L. D. (2022). The paradox of (Inter)net neutrality: An experiment on ex-ante antitrust regulation. *Technological Forecasting and Social Change*, 175. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2021.121405>
- Comisión Europea (2016). *Commission Staff Working Document. Online Platforms*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016SC0172>
- Comisión Europea (2020). *Commission Staff Working Document. Executive Summary of the Impact Assessment Report*. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:57a5679e-3f85-11eb-b27b-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:57a5679e-3f85-11eb-b27b-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF)
- Crémer, J., de Montjoye, Y.A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for the Digital Era*. Comisión Europea. Disponible en: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>
- Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2021). Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy*, 129 (3), 649-702. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241707>
- de Araujo, J. T. (1986). Los mercados disputables y la competencia schumpeteriana en las economías de industrialización reciente. *El Trimestre Económico*, 53(211(3)), 505-528. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23396652>
- Douglas Melamed A., Picker R.C., Weiser P.J. & Wood D.P. (2018). *Antitrust Law and Trade Regulation*. Foundation Press.

- Franck, J., & Peitz, M. (2019). *Market Definition in the Platform Economy*. Center on Regulation in Europe. Disponible en: [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/05/report\\_cerre\\_market\\_definition\\_market\\_power\\_platform\\_economy.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/05/report_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf)
- Furman, J., Fletcher, A., Marsden, P., Coyle, D., & McAuley, D. (2019). *Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*. HM Treasury. <https://doi.org/10.17639/wjcs-jc14>
- Gautier, A., & Lamesch, J. (2021). Mergers in the digital economy. *Information Economics and Policy*, 54. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100890>
- Herrero Suárez, C. (2019). Big Data and Antitrust Law. *Revista Electrónica de Direito*, 18, 1-22. [https://doi.org/10.24840/2182-9845\\_2019-0001\\_0004](https://doi.org/10.24840/2182-9845_2019-0001_0004)
- Jacobides, M. G., Bruncko, M., & Langen, R. (2020). *Regulating Big Tech in Europe: Why, so What, and How Understanding Their Business Models and Ecosystems Can Make a Difference*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3765324>
- Katz, M. L. (2021). Big Tech mergers: Innovation, competition for the market, and the acquisition of emerging competitors. *Information Economics and Policy*, 54. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100883>
- Mangas Martín, A., & Liñán Nogueras, D. (2017). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos.
- Motta, M., & Peitz, M. (2021). Big tech mergers. *Information Economics and Policy*, 54. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100868>
- OCDE (2016). *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)

- OCDE (2020). *Start-ups, killer acquisitions and merger control – Note by Germany*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)20/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)20/en/pdf)
- OECD (2017). *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*. Disponible en: [www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm](http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm)
- Scott Hemphill, C., & Wu, T. (2020). Nascent Competitors. *Columbia Law School Scholarship Archive*, 168, 1879-1910. Disponible en: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2661](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2661)
- Scott Morton, F., P. Bouvier, A. Ezrachi, B. Jullien, R. Katz, G. Kimmelman, A.D. Melamed, & J. Morgenstern (2019). *Report from the Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee*. Stigler Center, University of Chicago. Disponible en: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C>
- Spiegel, Y., & Waldfogel, J. (2021). Introduction to the special issue of *information economics and policy* on “antitrust in the digital economy”. *Information Economics and Policy*, 54. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100894>
- Stucke, M.E., & Grunes, A.P. (2016). *Big Data and Competition Policy*. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/308970973\\_Big\\_Data\\_and\\_Competition\\_Policy](https://www.researchgate.net/publication/308970973_Big_Data_and_Competition_Policy)
- Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law of the Committee on the Judiciary (2020). *Investigation of competition in digital markets: Majority Staff report and recommendations*. Disponible en: <https://purl.fdlp.gov/GPO/gpo145949>

Velasco San Pedro, L.A. (2021). El papel del Derecho de la Competencia en la era digital. *Revista de Estudios Europeos*, 78 (14), 93-110. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/48576>

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

Gidley, J.M., Paul, G.L., Farrington, R., Toto, M.M., Jordan Mims, K., Hamburger, M., Rosenthal, D.J., Acosta, A.M., & Phillips, J. (2 de junio, 2021). *New York's Sweeping New Antitrust Bill—Requiring NY State Premerger Notification (\$9.2M Filing Threshold) and Prohibiting “Abuse of Dominance”—Inches Closer to Becoming Law*. White & Case. Disponible en: <https://www.whitecase.com/publications/alert/new-yorks-sweeping-new-antitrust-bill-requiring-ny-state-premerger-notification> (Última consulta: 10 de noviembre de 2021).

Comisión Europea (24 de septiembre, 2015). *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/consultations/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud-computing> (Última consulta: 15 de diciembre de 2021).

Congreso de los Diputados (noviembre, 2017). *Sinopsis artículo 38*. Disponible en: [https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=38&tipo=2](https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=38&tipo=2) (Última consulta: 15 de diciembre de 2021).

Comisión Europea (20 de marzo, 2019). *Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_1770](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770) (Última consulta: 12 de enero de 2022).

Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (11 de julio, 2019). *Acceso a una internet abierta e itinerancia como en casa*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX%3A32015R2120> (Última consulta: 5 de noviembre de 2021).

Comisión Europea (19 de febrero, 2020). *Dar forma al futuro digital de Europa: la Comisión presenta sus estrategias en relación con los datos y la inteligencia artificial*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_20\\_273](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_273) (Última consulta: 1 de febrero de 2022).

Comisión Europea. (2 de junio, 2020). *Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the impact assessment of the new competition tool*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020\\_new\\_comp\\_tool/summary\\_contributions\\_NCAs\\_responses.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/summary_contributions_NCAs_responses.pdf) (Última consulta: 1 de febrero de 2022).

Johannsen, G. (2 de junio, 2020). *Vanguardia alemana en libre competencia. Comentario al proyecto de ley de digitalización (GWB-10)*. CentroCompetencia. Disponible en: [https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/06/Johannsen\\_Vanguardia-Alemana-en-Libre-Competencia.pdf](https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/06/Johannsen_Vanguardia-Alemana-en-Libre-Competencia.pdf) (Última consulta: 3 de noviembre de 2021).

Comisión Europea (16 de septiembre, 2020). *State of the Union Address by President von der Leyen at the European Parliament Plenary*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_20\\_1655](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_20_1655) (Última consulta: 3 de noviembre de 2021)

Comisión Europea (10 de noviembre, 2020). *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077) (Última consulta: 3 de enero de 2022).

Pina Sánchez, C., & Mesa Sánchez, C. (16 de diciembre, 2020). *Digital Services Act: La Comisión Europea propone un nuevo marco normativo para Internet*. Garrigues. Disponible en: [https://www.garrigues.com/es\\_ES/garrigues-digital/digital-services-act-comision-europea-propone-nuevo-marco-normativo-internet](https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-services-act-comision-europea-propone-nuevo-marco-normativo-internet) (Última consulta: 5 de enero de 2022).

- Ortega, A. (26 de enero, 2021). *China, the US and the EU: Three ways of confronting Big Tech*. Real Instituto Elcano. Disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/en/china-the-us-and-the-eu-three-ways-of-confronting-big-tech/> (Última consulta: 3 de enero de 2022).
- Troncoso Ferrer, M. (22 de febrero, 2021). *La Ley de Mercados Digitales (DMA), cuestiones abiertas*. Gómez-Acebo & Pombo Disponible en: <https://www.ga-p.com/en/blog/la-ley-de-servicios-digitales-dma-cuestiones-abiertas/> (Última consulta: 3 de enero de 2022).
- Comisión Europea (30 de abril, 2021). *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_2061](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061) (Última consulta: 28 de diciembre de 2021).
- Uría Menéndez (21 de abril, 2021). *La nueva política de la Comisión Europea para ampliar el ámbito de revisión de operaciones de concentración. Reinterpretación del mecanismo de remisión de operaciones de concentración a la Comisión Europea*. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/circulares/1395/documento/12250/UM-nota.pdf?id=12250> (Última consulta: 25 de febrero de 2022).
- Espinoza, J. (23 de marzo, 2022). *EU to unveil landmark legislation to tackle market power of Big Tech*. Financial Times. Disponible en: <https://www.ft.com/content/1c66027d-717f-4d71-b76b-34077721a678> (Última consulta, 25 de marzo de 2022).



## ANEXOS

### ANEXO. Adquisiciones de las GAFAM (2015-2017)

Nr	Acquirer	Year	Target	Segment	Brand
1	AMZN	2015	2lemetry	Businesses	discont.
2	AMZN	2015	Amiato	Businesses	NA
3	AMZN	2015	Annapurna Labs	Businesses	NA
4	AMZN	2015	Clusterk	Businesses	discont.
5	AMZN	2015	Safaba Translation Solutions	Businesses	discont.
6	AMZN	2015	Shoefitr	Merchants	discont.
7	AMZN	2015	AppThwack	Editors	discont.
8	AMZN	2015	Elemental Technologies	Editors	discont.
9	AMZN	2015	Orbeus	NA	discont.
10	AMZN	2016	Biba	Businesses	discont.
11	AMZN	2016	NICE	Businesses	running
12	AMZN	2016	EMVANTAGE Payments	Merchants	discont.
13	AMZN	2016	Westland	Merchants	discont.
14	AMZN	2016	Cloud9 IDE	Editors	running
15	AMZN	2016	Curse	Editors	NA
16	AMZN	2016	Angel.ai	Consumers	discont.
17	AMZN	2016	Partpic	Consumers	discont.
18	AMZN	2017	Do	Businesses	discont.
19	AMZN	2017	harvest.ai	Businesses	discont.
20	AMZN	2017	Dispatch	Merchants	NA
21	AMZN	2017	Dispatch	Merchants	NA
22	AMZN	2017	Souq	Merchants	running
23	AMZN	2017	Whole Foods Market	Merchants	running
24	AMZN	2017	WING	Merchants	running
25	AMZN	2017	Body Labs	Editors	discont.
26	AMZN	2017	GameSparks	Editors	running
27	AMZN	2017	Thinkbox Software	Editors	running
28	AMZN	2017	ClipMine	Consumers	discont.
29	AMZN	2017	Graphiq	Consumers	discont.
30	AMZN	2017	Blink	Platform	running
31	APPL	2015	FoundationDB	Businesses	running
32	APPL	2015	Mapsense	Businesses	discont.
33	APPL	2015	Camel Audio	Editors	discont.
34	APPL	2015	faceshift	Editors	discont.
35	APPL	2015	Semetric	Editors	discont.
36	APPL	2015	Coherent Navigation	Consumers	discont.
37	APPL	2015	Perceptio	Consumers	NA
38	APPL	2015	Dryft	Platform	NA
39	APPL	2015	Linx Imaging	Platform	discont.
40	APPL	2015	Metaio	Platform	discont.
41	APPL	2015	Privaris	Platform	NA
42	APPL	2015	VocalIQ	Platform	discont.
43	APPL	2016	LearnSprout	Businesses	discont.
44	APPL	2016	tuplejump	Businesses	discont.
45	APPL	2016	Turi	Businesses	discont.
46	APPL	2016	Flyby Media	Consumers	discont.
47	APPL	2016	Gliimpse	Consumers	discont.
48	APPL	2016	indoor.io	Consumers	discont.
49	APPL	2016	Emotient	Platform	discont.
50	APPL	2016	LegbaCore	Platform	discont.
51	APPL	2017	init.ai	Businesses	discont.
52	APPL	2017	Lattice	Businesses	discont.

Nr	Acquirer	Year	Target	Segment	Brand
53	APPL	2017	Workflow	Businesses	running
54	APPL	2017	Pop Up Archive	Editors	discont
55	APPL	2017	Regaind	Editors	discont
56	APPL	2017	Shazam Entertainment	Editors	running
57	APPL	2017	Spektral	Editors	discont
58	APPL	2017	Beddit	Consumers	running
59	APPL	2017	InVisage Technologies	Platform	discont
60	APPL	2017	PowerbyProxi	Platform	discont
61	APPL	2017	RealFace	Platform	discont
62	APPL	2017	SensoMotoric Instruments (SMI)	Platform	discont
63	APPL	2017	Vrvana	Platform	discont
64	FCBK	2015	Teehan+Lax	Businesses	discont
65	FCBK	2015	QuickFire Networks	Editors	discont
66	FCBK	2015	Tugboat Yards	Editors	discont
67	FCBK	2015	Wit.ai	Editors	running
68	FCBK	2015	TheFind, Inc.	Consumers	discont
69	FCBK	2015	Endaga	Platform	discont
70	FCBK	2015	Pebbles Interfaces	Platform	discont
71	FCBK	2015	Surreal Vision Ltd	NA	discont
72	FCBK	2016	CrowdTangle	Editors	running
73	FCBK	2016	FacioMetrics	Editors	discont
74	FCBK	2016	Two Big Ears Ltd	Editors	NA
75	FCBK	2016	Eyegroove	Consumers	discont
76	FCBK	2016	Masquerade	Consumers	running
77	FCBK	2016	InfiniLED	Platform	discont
78	FCBK	2016	Nascent Objects Inc	Platform	discont
79	FCBK	2016	The Eye Tribe	Platform	NA
80	FCBK	2017	Fayteq AG	Editors	discont
81	FCBK	2017	Source3	Editors	discont
82	FCBK	2017	Ozlo	Consumers	discont
83	FCBK	2017	tbh	Consumers	NA
84	GOOG	2015	Bebop	Businesses	discont
85	GOOG	2015	Granata Decision Systems	Businesses	NA
86	GOOG	2015	Timeful	Businesses	discont
87	GOOG	2015	Softcard	Merchants	discont
88	GOOG	2015	Toro	Advertisers	discont
89	GOOG	2015	Apportable	Editors	discont
90	GOOG	2015	Divshot	Editors	discont
91	GOOG	2015	Launchpad Toys	Editors	discont
92	GOOG	2015	Oyster	Editors	discont
93	GOOG	2015	Pixate	Editors	running
94	GOOG	2015	Pulse.io	Editors	discont
95	GOOG	2015	Thrive Audio	Editors	discont
96	GOOG	2015	Digisfera	Consumers	discont
97	GOOG	2015	Fly Labs	Consumers	discont
98	GOOG	2015	Jibe Mobile	Consumers	NA
99	GOOG	2015	Odysee	Consumers	discont
100	GOOG	2015	Agawi Inc	NA	discont
101	GOOG	2015	Skillman & Hackett	NA	running
102	GOOG	2016	Dialogflow	Businesses	running
103	GOOG	2016	Hark	Businesses	NA
104	GOOG	2016	Orbitera, Inc.	Businesses	running
105	GOOG	2016	Pie	Businesses	discont
106	GOOG	2016	Qwiklabs	Businesses	running
107	GOOG	2016	Subarctic Limited	Businesses	NA
108	GOOG	2016	Synergise	Businesses	discont
109	GOOG	2016	Anvato	Editors	running
110	GOOG	2016	Apigee	Editors	running
111	GOOG	2016	Bandpage	Editors	discont
112	GOOG	2016	FameBit	Editors	running
113	GOOG	2016	LaunchKit	Editors	discont
114	GOOG	2016	Moodstocks	Editors	discont
115	GOOG	2016	Kifi	Consumers	discont
116	GOOG	2016	LeapDroid	Consumers	discont

Nr	Acquirer	Year	Target	Segment	Brand
117	GOOG	2016	Undecidable Labs	Consumers	NA
118	GOOG	2016	Urban Engines	Consumers	discont.
119	GOOG	2016	Cronologics Corporation	Platform	discont.
120	GOOG	2016	Eyefluence	Platform	discont.
121	GOOG	2016	Webpass	Platform	running
122	GOOG	2017	AppBridge	Businesses	running
123	GOOG	2017	Bitium	Businesses	running
124	GOOG	2017	Kaggle	Businesses	running
125	GOOG	2017	Limes Audio	Businesses	discont.
126	GOOG	2017	60dB	Editors	discont.
127	GOOG	2017	Crashlytics	Editors	running
128	GOOG	2017	Fastlane	Editors	running
129	GOOG	2017	Owlchemy Labs	Editors	running
130	GOOG	2017	AlMatter	Consumers	running
131	GOOG	2017	Relay Media	Consumers	running
132	GOOG	2017	Senosis Health	Consumers	NA
133	GOOG	2017	HTC - Pixel Phone Division	Platform	discont.
134	GOOG	2017	Redux ST	Platform	NA
135	GOOG	2017	Halli Labs	NA	discont.
136	MSFT	2015	6Wunderkinder / Wunderlist	Businesses	running
137	MSFT	2015	Adallom	Businesses	discont.
138	MSFT	2015	Adxstudio	Businesses	running
139	MSFT	2015	BlueStripe	Businesses	discont.
140	MSFT	2015	Datazen Software	Businesses	NA
141	MSFT	2015	FantasySalesTeam	Businesses	discont.
142	MSFT	2015	FieldOne Systems	Businesses	discont.
143	MSFT	2015	LiveLoop	Businesses	discont.
144	MSFT	2015	Metanautix	Businesses	discont.
145	MSFT	2015	Mobile Data Labs	Businesses	running
146	MSFT	2015	Revolution Analytics	Businesses	NA
147	MSFT	2015	Secure Islands Technologies	Businesses	discont.
148	MSFT	2015	Sunrise	Businesses	running
149	MSFT	2015	Talko	Businesses	discont.
150	MSFT	2015	VoloMetrix	Businesses	discont.
151	MSFT	2015	Havok	Editors	running
152	MSFT	2015	Double Labs	Platform	NA
153	MSFT	2015	N-Trig	Platform	discont.
154	MSFT	2016	Event Zero	Businesses	running
155	MSFT	2016	Genee	Businesses	discont.
156	MSFT	2016	LinkedIn	Businesses	running
157	MSFT	2016	PointDrive	Businesses	discont.
158	MSFT	2016	Solair	Businesses	discont.
159	MSFT	2016	Groove (dba Zikera)	Editors	running
160	MSFT	2016	MinecraftEdu	Editors	running
161	MSFT	2016	Mixer	Editors	running
162	MSFT	2016	Wand Labs	Editors	discont.
163	MSFT	2016	Xamarin	Editors	NA
164	MSFT	2016	SwiftKey	Platform	running
165	MSFT	2017	Cloudyn	Businesses	discont.
166	MSFT	2017	Cycle Computing	Businesses	running
167	MSFT	2017	Deis.com	Businesses	discont.
168	MSFT	2017	Heighten	Businesses	discont.
169	MSFT	2017	Hexadite	Businesses	discont.
170	MSFT	2017	Intentional Software	Businesses	discont.
171	MSFT	2017	Donya Labs	Editors	running
172	MSFT	2017	Open Build Service	Editors	running
173	MSFT	2017	AltSpaceVR	Consumers	running
174	MSFT	2017	Swing Technologies	Consumers	discont.
175	MSFT	2017	Maluuba	NA	NA

Gautier, A., & Lamesch, J. (2021). Anexo de *Mergers in the digital economy*. Information Economics and Policy.