Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución n.º 28/enero-diciembre 2021, Nº 28, 1 de ene. de 2021, Editorial Wolters Kluwer

Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas (1)

Judith MORALES BARCELÓ

Profesora Agregada. Universitat de Barcelona

La Propuesta de Ley de Mercados Digitales pretende garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior mediante el fomento de una competencia efectiva, imponiendo a las grandes plataformas (guardianes de acceso) una serie de obligaciones. No hay acuerdo sobre su necesidad y, por tanto, sobre si las normas actuales de Derecho de la competencia pueden cumplir con el objetivo. Por otro lado, también se contemplan unas obligaciones en los casos en los que se produzca una concentración económica que involucre a un guardián de acceso, además de las previstas en el Reglamento comunitario sobre concentraciones económicas, que recientemente ha sido objeto de evaluación.

Guardián de acceso, Derecho de la competencia, Propuesta de Ley de Mercados digitales RMD, concentraciones, plataformas digitales, Reglamento Comunitario de Concentraciones económicas.

The Proposal of Digital Markets Act aims to ensure the proper functioning of the internal market by promoting effective competition by imposing a number of obligations on large platforms (gatekeepers). There is no agreement on their necessity and, therefore, on whether the current competition law rules can meet the objective. On the other hand, obligations are also envisaged in cases where there is an economic concentration involving a gatekeeper, in addition to those provided for in the EC Merger Regulation, which has recently been the subject of evaluation.

Gatekeeper, Competition Law, Proposal of Digital Markets Act, concentrations, digital platforms, the EC Merger Regulation.

I. Introducción

La relevancia de la economía de las plataformas es la razón por la que la Comisión Europea presentó el día 15 de diciembre de 2020 dos propuestas cuya aplicación va a suponer una modernización del marco normativo de las plataformas. El punto de partida se encuentra en la Comunicación «Configurar el futuro digital de Europa» (*Shaping Europe's Digital future*) (2) . Por un lado, encontramos la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (en adelante PRSD) (3) y, por otro, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) (en adelante PRMD) (4) .

No cabe la menor duda de que los servicios digitales están en auge y se ha hecho aún más evidente después de la pandemia por Covid-19. A pesar de las indudables ventajas que representan también se generan una serie de riesgos a los que es necesario prestar atención. En este sentido, la PRSD pretende garantizar las mejores condiciones para la prestación de servicios digitales, contribuir a la seguridad en línea y la protección de los derechos fundamentales y establecer un marco adecuado para la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios. Se pretende, por tanto, un mayor control y facilitar la eliminación de los productos, servicios y contenidos ilícitos. Por esta razón, se establecen unas obligaciones para determinados servicios de intermediación en línea, que incluyen servicios de alojamiento de datos y plataformas *online*, que reúnen a vendedores y consumidores, distinguiendo en atención a su tamaño, calculado sobre el número de usuarios a los que llegan. A pesar de que la Directiva sobre Comercio electrónico seguirá en vigor, se introducirán una serie obligaciones relativas a los procesos para solicitar la retirada de contenidos ilícitos, medidas para que los usuarios se puedan defender en caso de que consideren que sus contenidos se han retirado de forma injustificada, y la obligación de cooperar con las autoridades en relación a la retirada de contenidos y a la identificación de los usuarios (5) . Asimismo, se establecen unas sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas. De esta forma, se pretende lograr un grado de protección uniforme en toda la Unión Europea.

En cuanto a la segunda propuesta de Reglamento, sobre la que vamos a prestar atención en el presente estudio, cabe decir que centra su atención en los denominados guardianes de acceso (*gatekeepers*), grandes plataformas que, debido a su situación, tienen una gran inciencia en los mercados digitales, lo que puede generar una serie de prácticas desleales respecto a los usuarios profesionales. En este sentido, en esta propuesta se establece un régimen de obligaciones, un procedimiento de supervisión y unas sanciones con la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior mediante el fomento de una competencia efectiva en los mercados digitiales, donde operan las grandes plataformas.

En este estudio vamos a analizar los presupuestos que deben reunir las grandes plataformas para tener la consideración de guardianes de acceso y que, por tanto, a la luz de la PRMD deberán cumplir una serie obligaciones y prestaremos una especial atención a las obligaciones vinculadas a las operaciones de concentración económica no sólo previstas en esta propuesta sino también en el Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones económicas entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones) (6) (en adelante RCC), al que alude la propuesta y cuya aplicación no resulta fácil en el contexto de las plataformas digitales, tal y como se ha puesto de manifiesto en el Documento elaborado por la Comisión Europea sobre los aspectos procedimentales y jurisdiccionales del control de las concentraciones en la Unión Europea, publicado el 26 de marzo de 2021 (7) .

II. Ámbito subjetivo de aplicación: consideración de Guardianes de Acceso

A pesar de que en la economía digital operan un número cada vez más elevado de plataformas, el poder se concentra en algunas de ellas, las grandes plataformas. Por esta razón, tal y como hemos apuntado con anterioridad, la propuesta de Reglamento de Mercados Digitiales será aplicable a los denominados guardianes de acceso o puertas de acceso entre los usuarios profesionales y los finales (8) . En concreto, a aquellos que prestan sus servicios a usuarios profesionales o usuarios finales que están establecidos en la Unión Europea, con independencia del lugar de ubicación de los guardianes de acceso.

La determinación de los mismos no resulta fácil puesto que, a pesar de que el artículo 2 de la PRMD, recoge una serie de definiciones, hay una remisión a otras normas en lo relativo a los servicios prestados. Se considera guardián de acceso al proveedor de servicios básicos de plataforma, entendiendo por servicios básico cualquiera de los siguientes: servicios de intermediación en línea, motores de búsqueda en línea, servicios de redes sociales en línea, servicios de plataformas de intercambio de vídeos, servicios de comunicación interpersonales independientes de la numeración, sistemas operativos, servicios de computación en nube y servicios de publicidad prestados por un proveedor de cualquiera de los servicios anteriores (9) . Y

además es necesario que cumplan tres condiciones de forma acumulativa (apartado 1 del artículo 3 PRMD): en primer lugar, tener una repercursión significativa en el mercado interior; en segundo lugar, operar un servicio básico de plataforma que sirva como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; y en tercer lugar, tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones o que sea previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo, lo que se produce cuando la disputabilidad de la posición en el mercado es reducida.

La determinación de estas condiciones se hace sobre la base presunciones, pues el artículo 3.2 PRMD establece unos umbrales a partir de los cuales se presume que la compañía cumple con cada una de ellas. En concreto, respecto a la primera condición, se presume que una compañía tiene una repercusión significativa en el mercado interior cuando tenga un volumen de negocios anual en el Espacio Económico Europeo igual o superior a 6.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la compañía a la que pertenece ascienda como mínimo a 65.000 millones de euros en el último ejercicio, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados Miembros. Respecto a la segunda, se presume que se presta un servicio básico que sirve como puerta de acceso importante cuando cuente con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales (que es el número medio de usuarios finales activos mensuales durante la mayor parte del último ejercicio financiero), establecidos o situados en la Unión, y más de 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio económico. Y finalmente, se presume que tiene una posición afianzada y duradera en sus operaciones o que es previsible que la alcance en un futuro próximo cuando se lleguen a los umbrales mencionados respecto a los usuarios finales y usuarios profesionales en cada uno de los tres últimos ejercicios (10) . Cabe decir que, como parece lógico, la Comisión podrá ajustar estos umbrales en atención a la evolución del mercado y de la tecnología.

Ante el cumplimiento de estas condiciones, cuya interpretación nos suscita algunas dudas (11) , se presumirá que la compañía, proveedora de servicios básicos de plataforma, es un guardián de acceso. Por tanto, el análisis de las mismas corresponde a las propias compañías, que deben notificar a la Comisión la información relativa a esas condiciones en el plazo de tres meses a partir del momento en que cumplan con los umbrales que hemos mencionado (artículo 3.3 PRMD). La Comisión, en el plazo máximo de 60 días después de recibir la información, designará como guardián de acceso al proveedor de servicios básicos de la plataforma, salvo que logre demostrar, de forma fundamentada, que no cumple con las condiciones del artículo 1.1 PRMD (tener una repercusión significativa en el mercado interior; operar un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo), a pesar de que supere los umbrales del apartado 2, puesto que debemos recordar que los umbrales de este apartado son presunciones del cumplimiento de las condiciones del apartado 1. Para presentar esos argumentos fundamentados, el proveedor del servicio se debe basar en alguno de los elementos contemplados en el apartado 6 del artículo 3 PRMD: el tamaño (incluidos el volumen de negocios y la capitalización bursátil, las operaciones y la posición del proveedor de servicios básicos de plataforma); el número de usuarios profesionales dependientes del servicio básico de plataforma para llegar a los usuarios finales y el número de usuarios finales; las barreras de entrada derivadas de los efectos de red y las ventajas basadas en datos; los efectos de escala y alcance de los que se beneficia el proveedor; la cautividad de usuarios profesionales o usuarios finales; y finalmente, otras características estructurales del mercado, criterio que, desde nuestro punto de vista, es totalmente abierto.

De igual forma, la Comisión podrá realizar una investigación y decidir la designación de un guardián de acceso cuando el proveedor cumpla con las condiciones del apartado 1 del artículo 3 PRMD, a pesar de que no alcance los umbrales del apartado 2 del mismo artículo. Para ello, tendrá en cuenta los elementos del apartado 6 que hemos citado en el párrafo anterior.

Finalmente, querríamos señalar que nos resultan sorprendentes dos medidas que señala el

artículo 3 PRMD en las que se le concede a la Comisión la potestad de designar guardianes de acceso en el caso de no cumplir con las medidas de investigación ordenadas por ella. Una de estas medidas resulta comprensible, pues a pesar de que contempla la posibilidad de esta designación para el caso de que no se cumplan de manera significativa las medidas de investigación, en un plazo razonable, después de que se les haya indicado, se requiere el cumplimiento de los umbrales del artículo 3.2 PRMD. Sin embargo, la segunda medida, prevé la posibilidad de que la Comisión designe como guardián de acceso ante el incumplimiento de las medidas de investigación, a pesar de que el proveedor no supere los umbrales señalados en el apartado 2. Por tanto, podríamos afirmar que esta medida es una sanción ante el incumplimiento de las medidas de investigación.

La designación como guardián de acceso es revisable por la Comisión, ya sea previa solicitud o bien por iniciativa propia, porque se ha producido un cambio sustancial en alguna de las circunstancias que merecieron esta designación, lo que podría parecer probable, debido al tipo de mercados ante los que nos encontramos, o bien porque esa designación se basó en una información incompleta, incorrecta o engañosa facilitada por la empresa. Asimismo, la Comisión revisará periódicamente, al menos cada dos años, el cumplimiento de los requisitos por parte de los guardianes designados, si hay nuevos proveedores que podrían encajar en la designación o incluso si se debe ajustar la lista de servicios básicos de plataforma a la designación.

III. Breve referencia a las consecuencias de la designación como guardián de acceso

Tal y como hemos señalado con anterioridad, la norma persigue que los mercados en los que operan los guardianes de acceso sean disputables y equitativos y para lograrlo se establecen una serie de conductas que éstos deberán desarrollar en relación a los servicios básicos prestados y que, de forma individual, sirven de puerta de acceso de los usuarios profesionales.

En el plazo de seis meses desde que una empresa sea definida como guardián de acceso, tendrá que cumplir los requisitos relativos a lo que podrán y no podrán hacer con arreglo a la norma sobre mercados digitales. Los artículos 5 y 6 PRMD recogen las obligaciones a las que están sometidos los guardianes de acceso y que vamos a recoger a modo enunciativo. En los dos artículos se prevén unas obligaciones que serán directamente aplicables pero en el segundo artículo citado las obligaciones son susceptibles de una especificación más detallada por parte de la Comisión.

En el artículos 5 podemos encontrar, entre otras, las siguientes obligaciones: abstenerse de combinar datos personales procedentes de los servicios básicos de plataforma con datos personales de cualquier otro servicio que ofrezcan o con datos personales de servicios de terceros y de conectar a usuarios finales a sus otros servicios para combinar datos personales, a menos que se haya presentado esta opción y el usuario haya dado su consentimiento; permitir a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros a precios o condiciones diferentes; permitir a los usuarios profesionales promover ofertas para los usuarios finales adquiridos a través del servicio básico de plataforma y celebrar contratos con estos usuarios finales con independencia de si utilizan o no los servicios básicos de plataforma; abstenerse de impedir o restringir la presentación de reclamaciones por parte de los usuarios profesionales ante cualquier autoridad pública; abstenerse de exigir a los usuarios profesionales que utilicen, ofrezcan o interoperen con un servicio de identificación del guardián de acceso; abstenerse de exigir a los usuarios profesionales o a los usuarios finales que se suscriban o registren en cualquier otro servicio básico de plataforma como condición para acceder, inscribirse o registrarse en cualquiera de sus servicios básicos de plataforma; y proporcionar a los anunciantes y editores, a los que presta servicios de publicidad, información sobre el precio pagado por el anunciante y el editor y la remuneración pagada al editor.

Y en cuanto a las obligaciones del artículo 6 cabe destacar: abstenerse de utilizar, en competencia con los usuarios profesionales, cualquier dato que no sea públicamente accesible generado a través de las actividades de dichos usuarios profesionales; permitir a los usuarios

finales desinstalar cualquier programa de aplicación preinstalado en su servicio de plataforma básico que sean esenciales para al funcionamiento del sistema operativo o el dispositivo que no puedan ser ofrecidos de forma autónoma por terceros; permitir la instalación y uso efectivo de aplicaciones de terceros y permitir su acceso por medios distintos a los servicios básicos de plataforma; abstenerse de tratar más favorablemente en la clasificación a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso o por terceros pertenecientes a la misma empresa; abstenerse de restringir técnicamente la capacidad de los usuarios finales para cambiar y suscribirse a diferentes programas de aplicación y servicios a través del sistema operativo del guardián de acceso; permitir el acceso y la interoperabilidad con las mismas funciones del sistema operativo, hardware o el *software* disponibles o utilizadas en la prestación de servicios complementarios; proporcionar a los anunciantes y editores acceso a los instrumentos de medición del rendimiento y a la información necesaria para que realicen su propia verificación independiente del inventario de anuncios; proporcionar una portabilidad efectiva de los datos generados a través de la actividad de los usuarios profesionales y los finales; permitir a los usuarios profesionales o a terceros autorizados el acceso y el uso efectivo, de alta calidad, continuo y en tiempo real de los datos agregados o no agregados; permitir a terceros proveedores de motores de búsqueda en línea el acceso en condiciones justas, razonables y no discriminatorias a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones en relación con la búsqueda generados por los usuarios finales; aplicar a los usuarios profesionales condiciones generales justas y no discriminatorias de acceso a su tienda de programas de aplicación.

Debido al tipo de mercados ante los que nos encontramos, la PRMD prevé la posibilidad de que la Comisión pueda actualizar las obligaciones establecidas en los dos artículos que hemos citado, en aquellos casos en los que sea necesario para paliar conductas desleales o que limiten la disputabilidad de los servicios. En este sentido, se considera que una conducta cumple estas condiciones cuando haya un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los usuarios profesionales y los guardianes de acceso obtengan una ventaja, sobre los usuarios profesionales, desproporcionada en comparación con el servicio que prestan o bien la disputabilidad disminuya como consecuencia de este tipo de prácticas.

Finalmente respecto a estas obligaciones, cabe decir que se prevé la posibilidad de una suspensión total o parcial, a petición motivada del guardián de acceso cuando pueda poner en peligro la viabilidad económica de sus operaciones en la Unión, aunque esta decisión es revisable anualmente (art. 8 PRMD). También es posible que la Comisión exima al guardián de acceso del cumplimiento de algunas de las obligaciones, previa petición motivada del mismo o bien por iniciativa propia, por razón de moral pública, salud pública o seguridad púbica (art. 9 PRMD).

Ante el incumplimiento de las obligaciones, la Comisión podrá imponer unas multas que consistirán en un porcentaje del volumen de negocios del ejercicio financiero anterior, según la gravedad, la duración y la recurrencia de la conducta (artículos 26 y 27 PRMD).

IV. Posiciones encontradas respecto a la necesidad de la Propuesta de Ley de Mercados Digitales; especial referencia la Derecho de la Competencia

Las grandes plataformas juegan un importante papel en la intermediación entre los usuarios profesionales y los usuarios finales y, tal y como hemos comentado, en varias ocasiones son la puerta de acceso entre los usuarios profesionales y los finales. Tienen una posición afianzada en el mercado, por la existencia de barreras de entrada, como pueden ser los gastos de inversión, y esta posición les permite actuar con autonomía. Estos hechos determinan que los usuarios profesionales dependan de ellas y, en ocasiones, esta situación se aprovecha para realizar prácticas desleales, pues hay un desequilibrio en el poder de negociación que permite imponer condiciones en las relaciones contractuales y esto repercute en los precios, la calidad, las opciones y la innovación de los servicios.

Tal y como pone de relieve el texto de la PRMD, de las consultas realizadas a las partes interesadas se puede concluir que la mayor parte de ellas considera necesaria esta iniciativa, a

pesar de que no hay unamidad en el caso de las plataformas en línea. En este punto querríamos comentar que hubo una iniciativa sobre un nuevo instrumento de competencia, denominado «The new competition tool», que finalmente no se ha materializado en una propuesta (12) . La Comisión Europea pone de manifiesto que la intención de este instrumento era identificar las carácterísticas específicas del mercado que impidan o dificulten la competencia, por tanto, se alejaba de las normas actuales del Derecho de la Competencia, que tienen como objetivo identificar las infracciones cometidas por las empresas y sancionar sus conductas. Para ello, se le otorgaban poderes a la Comisión, que iniciaba un procedimiento para la investigación y la exploración de posibles soluciones, en algunos casos dirigidas a un número limitado de participantes en el mercado seleccionado y, en otros, dirigidas a todo el mercado.

En cuanto a la propuesta que está siendo objeto de anásis, cabe decir que la mayor parte de empresas, asociaciones empresariales, todas las organizaciones de la sociedad civil y todas las autoridades públicas se muestran favorables, pues argumentan que las actuales normas de competencia, en concreto los artículos 101 y 102 Tratado Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), no pueden resolver los problemas existentes en el mercado digital, generados por la posición y la conducta de las grandes plataformas en línea (13) . Entre los argumentos alegados cabe señalar la incapacidad de las normas actuales para adoptar medidas preventivas, las dificultades para probar el daño al consumidor y definir los mercados relevantes y el hecho de que las cuestiones relacionadas con los datos o los efectos en el mercado laboral no pueden tenerse en cuenta de una manera apropiada. Respecto al artículo 101 TFUE se señalan problemas concretos relacionados con las plataformas digitales difíciles de resolver con las normas actuales como la colusión tácita, la fijación algorítmica de precios y la ubicación, la imposición paralela por parte de plataformas en línea de términos y condiciones comerciales desleales (como cláusulas de paridad), intercambios de datos informatizados o recomendaciones de precios. Y en cuanto al artículo 102 TFUE se señalan algunas cuestiones que no se podrían abordar de forma eficaz con la aplicación del citado artículo como pueden ser las estrategias de monopolización. Sin embargo, el mayor problema vendría dado por la carga de la prueba, las dificultades para remediar, de forma adecuada y eficaz, una conducta anticompetitiva, una vez producido el daño, la duración de las investigaciones y, además, se debe tener en cuenta que en ocasiones las conductas que afectan al mercado provienen de guardianes que acceso que no son dominantes, desde el punto de vista del derecho de la competencia. Por tanto, podemos concluir que se señala una incapacidad de las normas vigentes para garantizar la competitividad de los mercados en cuestión.

Sin embargo, tal y como hemos apuntado con anterioridad, la posición que adoptan las plataformas en línea es diferente. En este sentido, aquellas más grandes, por tanto, a las que sería de aplicación esta propuesta, consideran que es innecesaria y se señala la posiblidad de acudir a los artículos 101 y 102 TFUE. Estos artículos se consideran adecuados y suficientemente eficaces para abordar los problemas estructurales de la competencia. Los encuestados señalaron que se debería hacer un mayor uso de las investigaciones sectoriales, mejorar los plazos así como una revisión del Reglamento de Concentraciones (al que haremos referencia con posterioridad) como posibles formas de abordar las deficiencias que las normas de competencia actuales pueden tener.

En atención a lo previsto en la exposición de motivos de la PRMD, las actuales normas de competencia son insuficientes, puesto que determinan una intervención *ex post*, es decir, una vez se ha producido la conducta restrictiva o abusiva y requieren unos procedimientos de investigación que se alargan en el tiempo. Y en concreto, cabe decir que, debido a la situación privilegiada en el mercado de los guardianes de acceso, puede parecer que el precepto que cabría invocar sería el artículo 102 TFUE, sin embargo podemos encontrarnos que algunos de los guardianes no ocupen una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo o bien que sus conductas no produzcan efectos en la competencia en el sentido de los artículos 101 y 102 TFUE (14) . Por tanto, esta Propuesta viene a complementar las normas de Derecho de la competencia, previstas en los citados artículos del TFUE: busca garantizar que los mercados en los que se encuentren los guardianes de acceso sean disputables y equitativos.

Finalmente querríamos acabar este punto exponiendo la opinión de nuestra autoridad de la

Competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC) (15) . La CMNC critica el hecho de que haya dos propuestas aplicables a las plataformas digitales, pues considera que debería haber una. Sin embargo, en este punto mostramos nuestro desacuerdo, puesto que la PRSD y la PRMD tienen objetvos diferentes, tal y como hemos explicado. También considera que la Comisión Europea da por hecho la necesidad de una intervención en el sentido de la PRMD sin haber delimitado los problemas que se quieren resolver y que no se haya analizado en profundidad si la normativa vigente en materia de competencia es suficiente, análisis que se debería hacer mercado a mercado, puesto que, a pesar de que estemos ante grandes plataformas, las características y los modelos de negocio son muy distintos. Por estas razones, la CNMC propone la aplicación de unos tests para delimitar si en un mercado concreto se debe proceder a una intervención regulatoria para moderar el poder de una plataforma más allá de la normativa existente. Se critica la atención que la Comisión presta a la posible situación de dominio de las plataformas cuando también hay riesgos en situación de conductas colusorias. Finalmente, respecto de las obligaciones contempladas para los guardianas de acceso, la CNMC considera que sería preferible elaborar una lista abierta y flexible de obligaciones y que sea la plataforma la que proponga aquellas que debe cumplir y que haga una negociación con la autoridad competente (en este sentido reclama una intevención de las autoridades nacionales) y, que a falta de acuerdo, sea ésta la que determine las que se deben cumplir.

V. Obligaciones respecto a la concentraciones económicas en la Propuesta de Ley de Mercados Digitales

La PRMD se pronuncia sobre las concentraciones económicas y establece una obligación respecto a estas operaciones, con independecia de lo establecido en materia de Derecho de la competencia. En concreto, el artículo 12 establece la obligación, que recae sobre los guardianes de acceso, de informar a la Comisión sobre cualquier concentración que implique a otro proveedor de servicios de plataforma básica o de cualquier otro servicio prestado en el sector digital. En cuanto al concepto de concentración económica remite a lo previsto en el artículo 3 del Reglamento comunitario de control de concentraciones. Según este artículo, hay un concentración cuando se produzca en cambio duradero del control como consecuencia de la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes o bien la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas. El control al que se hace referencia resultará de los derechos, de los contratos o de otros medios que confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa o bien de los derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa (art. 3.2 RCC).

Tal y como hemos apuntado con anterioridad, la obligación que resulta del citado artículo 12 PRMD es la de informar a la Comisión de que se produce esa concentración antes de su ejecución pero después de la celebración del acuerdo, el anuncio de licitación pública o bien la adquisición de una participación mayoritaria. Cabe llamar la atención que el precepto obliga a informar, a pesar de que no sea una concentración que se deba notificar a la Comisión o bien a una autoridad nacional de la competencia en cuestiones de concentraciones económicas a la luz de lo que dispone el Reglamento comunitario de concentraciones.

En nuestra opinión, la redacción del artículo 12.1 PRMD puede ser objeto de críticas, pues consideramos que no está correctamente delimitada. En el citado artículo se hace referencia a una concentración que implique a otro proveedor de servicios de plataforma básicas, lo que en cierta medida puede resultar lógico, pero también a un proveedor de cualquier otro servicio prestado en el sector digital. Según este precepto, la concentración que implique a un proveedor de cualquier servicio prestado en el sector digital deberá ser objeto de información a la Comisión. Sin embargo, no hay una determinación de esta situación, que puede llegar a ser extradamente abierta, pues como señala la doctrina, practicamente todos los proveedores ofrecen sus bienes o prestan sus

servicios por vía digital (16) .

Respecto al contenido de la obligación de informar sobre las concentraciones en aplicación del artículo 12 PRMD, observamos un listado de información que tiene un carácter de mínimo, pues se establece que la notificación describirá al menos una serie de cuestiones. En nuestra opinión, esta información no está claramente delimitada y la redacción es confusa, sin que logremos entender claramente a qué información se está refiriendo, puesto que, por un lado, se refiere a la descripción de la notificación «para los objetivos de adquisición» que debe incluir su volumen de negocios anual en el Espacio Económico Europeo y en todo el mundo y, por otro lado, respecto a cualquier servicio de plataforma básica pertinente se deberá informar sobre el volun de negocios anual en el Espacio Económico Europeo repectivo, el número de usuarios profesionales activos anualmente y el de usuarios finales activos mensualmente, así como la justificación de la concentración que se prveé llevar a cabo.

De la lectura del precepto no podemos inferir el sentido de esta obligación más allá de informar, con carácter previo a la Comisión, de que se pueden llegar a alcanzar los umbrales establecidos en el artículo 3.2 PRDM (que hemos citado con anterioridad y que permiten presumir la repercusión significativa en el mercado interior, que el servicio básico de plataforma sirve como puerta de acceso y que tiene una posición afianzada y duradada en sus operaciones o que es previsible que se alcance) y, por tanto, ponerla sobre aviso de la concentración surgida. En este sentido, el artículo 12.3 PRMD establece que cuando, como consecuencia de la concentración, los servicios adicionales de plataformas básicas superen de forma individual ciertos umbrales que sitúa, remitiendo al artículo 3.2.b PRMD, en más 45 millones de usuarios finales activos mensuales establecidos o situados en la Unión y más de 10.000 usarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio económico, el guardián de acceso deberá informar a la Comisión en el plazo de tres meses a contar desde la realización de la concentración sobre el volumen de negocios anual en el Espacio Económico Europeo en los tres últimos ejercicios, la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado.

VI. Concentraciones económicas y Reglamento (CE) núm. 139/2004

Las concentraciones económicas preocupan desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, por esta razón, se prevé un procedimiento de control, puesto que a pesar de que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de la industria, es necesario garantizar que las concentraciones no obstaculicen de forma significativa la competencia (17) . Por esta razón, tanto a nivel comunitario como a nivel interno, para el control de las concentraciones se sigue un procedimiento que finalizará con una decisión, por la que se autorizará la operación, se supeditará al cumplimiento de unas condiciones o bien se prohibirá. A nivel comunitario encontramos el citado Reglamento núm. 139/2004 y a nivel interno, su régimen se encuentra en los artículos 7 a 10 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007) así como en los artículos 4 a 6 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008). Sin embargo, cabe decir que en el presente epígrafe vamos a prestar atención a las concentraciones de dimensión comunitaria. La aplicación del Reglamento comunitario viene determinada por la extensión geográfica de la actividad de las empresas afectadas y por umbrales cuantitativos.

El procedimiento de control se iniciará con una notificación, de carácter previo, a la Comisión cuando la operación revista de cierta entidad. En este sentido, debemos partir de la premisa que nos encontramos ante operaciones de dimensión comunitaria, por tanto, aquellas que pueden afectar al mercado común por involucrar a empresas que realicen operaciones sustanciales en la Comunidad, con independencia de que tengan o no su sede o sus actividades principales en la misma, y que cumplan con determinadas condiciones. En este sentido, el volumen de negocios a nivel mundial conjunto de todas las empresas participantes debe ser de más de 5.000 millones de euros y el individual a nivel de la Unión Europea de, al menos dos de las empresas involucradas, supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de ellas realice más de dos tercios de su

volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado Miembro. A pesar de que no se alcancen estos umbrales, se considera que la concentración tiene una dimensión comunitaria cuando: 1) el volumen de negocios del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros a nivel mundial; 2) ese mismo volumen de negocios supere los 100 millones de euros en, al menos, tres Estados Miembros; 3) el volumen de negocios individual, por al menos dos empresas, supere los 25 millones de euros millones de euros en cada uno de los tres Estados Miembros; y 4) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente, por al menos dos de las empresas, supere los 100 millones de euros, todo ello salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado Miembro (arts. 1.2 y 3 RCC).

Alcanzados estos umbrales, surge la obligación de notificar a la Comisión la operación. Esta notificación se debe hacer antes de la ejecución, una vez se ha concluido el acuerdo, adquirido una participación de control o bien anunciado la oferta pública de adquisición (art. 4.1 RCC). Si bien también es posible efectuar la notificación cuando se prueba la intención de buena fe de alcanzar el acuerdo o la intención de presentar la oferta pública. La obligación recae de forma conjunta sobre todas las empresas que participan en la fusión o en la creación de empresa en participación o bien sobre la parte que adquiera el control exclusivo sobre una empresa o parte de la misma.

Una vez recibida la notificación, la Comisión procederá a su examen después del cual declarará si la operación no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, es compatible con el mercado común o bien plantea dudas. En este último caso, después de una investigación la Comisión decidirá si la operación es o no compatible. La operación de concentración no puede ejecutarse hasta la adopción de una decisión definitiva. No obstante, es posible que haya una dispensa de esta suspensión, a solicitud de las empresas afectadas, para lo que se valorarán todos los factores pertinentes, como la naturaleza y gravedad del perjuicio causado a las empresas afectadas o a terceros y la amenaza que la concentración suponga para la competencia (art. 7.3 RCC).

Para determinar si una concentración es compatible con el mercado común, la Comisión debe tener en cuenta la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva, según aspectos como la estructura de los mercados y de la competencia real o potencial de las empresas, la posición de mercado de las empresas así como su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras de entrada, la evolución de la oferta y la demanda de los productos o servicios, los intereses de los consumidores y el desarrollo del progreso técnico o económico, cuando sea en beneficio de los consumidores (art. 2.1 RCC). Pero además se deberán tener en cuenta las posibles eficiencias que puede generar, pues es posible que esas eficiencias contrarresten los efectos de la competencia y, por tanto, se declare que la concentración es compatible (18) .

Cabe apuntar que se prevén una serie de multas para varios supuestos: en primer lugar, unas multas ante el suministro de información incorrecta o engañosa (que pueden ascender hasta 1% del volumen de negocios total de la empresa o empresas afectadas); en segunda lugar, unas multas cuando no se haya procedido a la notificación de la concentración o bien se ejecute habiendo sido declarada incompatible, estando suspendida o sin cumplir con las condiciones impuestas (que pueden llegar hasta un 10% del volumen de negocios total de la empresa o empresas afectadas); y finalmente, multas para obligar a dar la información, someterse a inspecciones o a cumplir obligaciones impuestas por la Comisión (que pueden llegar a ser de hasta un 5% del volumen de negocios total medio diario de las empresas afectadas) (art. 15 RCC).

El análisis de las operaciones a efectos de control de las concentraciones económicas implica una delimitación del mercado relevante y una evaluación desde el punto de vista de la competencia, cuestiones que resultan complejas en el caso de las plataformas digitales. Respecto al mercado relevante, cabe tener en cuenta que nos encontramos ante mercados bilaterales o multilarales y, por tanto, la cuestión que debe planterase es si es necesario delimitar varios

mercados relevantes, en atención a los grupos de usuarios. En este sentido, cabe decir que la Comisión ha determinado que hay tantos mercados como productos se ofrezcan a cada grupo de usuarios, con independencia de que se ofrezcan de forma gratuita. Sin embargo, no ha tenido en cuenta la relación que puede haber entre esos diferentes grupos de usuarios (19) .

Especial relevancia tiene la cuota de mercado, cuya determinación depende de la delimitación del mercado de referencia, pues aquellas empresas con cuotas de mercado limitadas no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y se pueden considerar compatibles con el mercado común. En este sentido, se apunta que hay un indicio cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supera el 25 % ni en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo (considerando 32 RCC). Sin embargo, en el caso de los mercados digitales, que son dinámicos, con una estructura inestable por su innovación y crecimiento, y en el caso de las plataformas se deben tener en cuenta cuestiones como los efectos de red, la posible innovación y los datos a los que se accede, entre otros (20) .

En este sentido, debemos comentar que en diciembre de 2019, la Comisión anunció y, posteriormente, ha puesto en marcha la evaluación de la Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia (97/C 372/03) (21) . Los temas que se están analizando son: el papel de la definición del mercado a efectos de las evaluaciones de la normativa de competencia; los posibles cambios en la Comunicación sobre la definición del mercado para reflejar las realidades del mercado; y finalmente, una reflexión sobre las consecuencias de la naturaleza cada vez más interconectada de las economías para la definición del mercado. Como es bien sabido, las normas de competencia de la Unión Europea se basan en una definición común de los términos, incluidos los conceptos de definición de mercado, que es una herramienta para identificar y definir los límites de la competencia entre las empresas. El objetivo de la definición de un mercado, tanto en su dimensión de producto como geográfica, es identificar a los competidores reales capaces de condicionar las decisiones comerciales de las empresas afectadas. Desde esta perspectiva, la definición del mercado permite, entre otras cosas, calcular las cuotas de mercado que aportarán información significativa a efectos de la evaluación del poder de mercado.

La Comunicación de la Comisión sobre la definición de los mercados de referencia tiene por objeto orientar sobre la forma en que la Comisión aplica el concepto de mercado de productos y geográfico de referencia respecto a la normativa de competencia y, por tanto, aumentar la transparencia de la política de competencia y la toma de decisiones de la Comisión. Para efectuar la evaluación, que se ha puesto en marcha, se ha tenido en cuenta, entre otras, la opinión de las diferentes Autoridades Nacionales de la Competencia. En este sentido, se ha apuntado que, a pesar de que los principios de la definición del mercado no han cambiado, algunas cuestiones recientes, en particular los mercados digitales, no se reflejan en la Comunicación. Se ha indicado que es necesario una mayor concreción para delimitar los mercados en los que actúan las plataformas multilaterales, el papel de los datos y los servicios ofrecidos gratuitamente por las plataformas (22) .

Como hemos tenido ocasión de analizar, tan solo se someten a examen aquellas concentraciones que alcanzan un volumen de negocios pero no se tienen en cuenta otros aspectos tan relevantes en el caso de las plataformas digitales como pueden ser los datos y el control que se tienen sobre ellos, pues no podemos olvidar que en la economía digitial los datos otorgan poder a las empresas que los controlan (23) . En este sentido, la Comisión Europea inició en el año 2016 una evaluación sobre distintos aspectos del régimen de concentraciones económicas y cuyos resultados se han publicado en marzo del 2021, en el Documento elaborado por la Comisión Europea sobre los aspectos procedimentales y jurisdiccionales del control de las concentraciones en la Unión Europea, al que antes hemos hecho referencia. El objetivo de la evaluación era valorar el funcionamiento de determinados aspectos del control de las concentraciones en la Unión Europea, centrándose principalmente en dos cuestiones: la primera consiste en analizar el actual marco de control de las operaciones de concentración de la Unión Europea, lo que ha permitido revisar las concentraciones que pueden tener un impacto significativo en la competencia efectiva en el

mercado interior y, en concreto, si los umbrales basados en el volumen de negocios, junto con el sistema de remisión (24) , han sido eficaces en lo que respecta a las adquisiciones de alto valor de empresas con un volumen de negocios limitado que, sin embargo, pueden desempeñar, en la actualidad o en un futuro, un papel importante en el mercado; la segunda consiste en evaluar si las recientes iniciativas para simplificar el sistema de concentraciones de la Unión Europea han dado lugar a una reducción significativa de la carga que suponen los procedimientos de concentración y a un uso más eficiente de los recursos de la Comisión, sin socavar el control efectivo de las concentraciones.

La primera de las cuestiones señaladas es la que tiene importancia a efectos del presente estudio. Las conclusiones de la evaluación indican que los umbrales basados en el volumen de negocios del Reglamento de concentraciones de la Unión Europea, complementados con los mecanismos de remisión, han resultado en general eficaces para identificar las transacciones significativas en el mercado interior. En este sentido, se valora la posibilidad de acudir a otros umbrales como puede ser el del valor de la transacción, tal y como han hecho algunos países de la Unión Europea (25) . La razón de ser de esta posibilidad es que en el mercado digital es posible encontrar con empresas que inicialmente ofrecen sus servicios de forma gratuita para, con posterioridad, obtener beneficios con la publicidad o la venta de datos o bien la fusión de empresas que generan poco o ningún volumen de negocios pero que se adquieren a un precio elevado, lo que se considera un indicio de que es una idea empresarial innovadora con gran potencial competitivo en el mercado (26) . En este sentido, las concentraciones en las que una o varias de las partes implicadas se encuentren en la situación anteriormente descrita no alcanzarán los umbrales de volumen de negocios para que deba ser objeto de control por parte de la Comisión y, a pesar de ello, pueden afectar a la competencia (27) . No obstante, según el estudio realizado, la falta de umbrales complementarios basados en el valor de la transacción no ha perjudicado significativamente la eficacia de los umbrales, ya que el valor de la transacción puede no estar siempre suficientemente correlacionado con la importancia competitiva potencial. Además, se apunta que la introducción de este umbral aumentaría probablemente los costes del sistema para la Comisión y las partes. La evaluación también ha demostrado que, con arreglo a las normas actuales, una serie de transacciones que podrían tener un impacto en la competencia en el mercado interior no están incluidas en los umbrales del Reglamento de concentraciones de la Unión Europea, aunque este problema se ha mitigado parcialmente gracias a las remisiones de los Estados miembros, algunas concentraciones con un impacto transfronterizo en la Unión Europea en las que el volumen de negocios no era indicativo de la importancia competitiva.

VII. Conclusiones

El papel cada vez más relevante de las plataformas digitales en nuestra sociedad y economía ha puesto en duda la suficiencia de las normas actuales en materia de Derecho de la Competencia. Tal y como hemos indicado, el poder se encuentra concentrado en algunas de ellas, las denominadas guardianes de acceso y, por esta razón, a través de la PRMD se les imponen una serie de obligaciones, para evitar que su posición en el mercado les permita realizar una serie de prácticas desleales, que perjudicarían tanto a los usarios profesionales como a los finales.

La primera difcultad con la que nos encontramos en la aplicación de la PRMD es la delimitación de los denominados guardianes de acceso, ya no sólo porque se remite a otras normas en relación a los servicios que prestan sino porque deben cumplir una serie de condiciones, cuya determinación se hace aplicando unas presunciones de carácter *iuris tantum*, recogidas en la propuesta, que son una criterios de carácter cuantativo. Además, el peso para la determinación de la condición de guardianes de acceso recae sobre las empresas, que son las que deben analizar si cumplen los requisitos y, en caso afirmativo, comunciarlo a la Comisión en el plazo, relativamente corto, de tres meses. A pesar de que en la PRMD se anuncia que la Comisión revisará periódicamente el cumplimiento de los requistios por parte de los guardianes o bien si deben desingar nuevos o ajustar la lista de servicios básicos de plataforma, el plazo establecido es de dos años, que podría resultar excesivo teniendo en cuenta el tipo de mercado ante el que nos encontramos.

Una vez una empresa haya sido designada guardián de acceso debe cumplir con una serie de obligaciones, unas que serán directamente aplicables (artículo 5 PRMD) y otras que puede ser objeto de especificación por parte de la Comisión (artículo 6 PRMD). Estas obligaciones pueden ser objeto de revisión por parte la Comisión, medida que nos parece lógica para alcanzar la finalidad de la Propuesta.

Tal y como hemos podido ver, la PRMD pretende lograr unos mercados más disputables y equitativos y, por ello, se propone una actuación *ex ante*, a diferencia de las normas actuales de Derecho de la Competencia. En este sentido, se ha puesto en duda la necesidad de Propuesta y no hay una opinión unánime en las partes implicadas. Se ha apuntado que con las normas actuales no es posible adoptar medidas preventivas, hay dificultades para probar el daño al consumidor y resulta complicado definir los mercados relevantes. Sin embargo, en la actualidad ya se están trabajando en alguno de estos aspectos, pues se está evaluando la Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia (97/C 372/03).

La PRMD impone una obligación que afecta a las concentraciones económicas y, a pesar de que alude al RCC en cuanto al concepto de concentración económica, es una obligación paralela a la prevista en ese Reglamento. En el artículo 12 PRMD se impone la obligación a los guardianes de acceso de informar a la Comisión sobre cualquier concentración que implique a otro proveedor de servicios de plataforma básica o de cualquier otro servicio prestado en el sector digital, a pesar de que no deba ser objeto de notificación en aplicación del RCC. En nuestra opinión, la intención de esta obligación es alertar a la Comisión de la concentración y, por tanto, del cambio de situación del guardián de acceso que podrá tener efectos respecto a los umbrales establecidos en el artículo 3.2.b PRDM (más de 45 millones de usuarios activos mensuales establecidos o situados en la Unión y más de 10.000 usuarios profesionales activos anuales estableciddos en la Unión), pues en el caso de que lo servicios adicionales de las plataformas alcancen esos umbrales, el guardián de acceso debe facilitar a la Comisión la información establecida en el artículo 3.2 PRDM (volumen de negocios, capitalización bursátil media o valor justo de mercado) en el plazo de tres meses desde la realización de la concentración. Respecto a esta obligación, resultan criticables diversas cuestiones. En primer lugar, que recaiga en aquellos casos en los que la concentración implique a un proveedor de cualquier otro servicio prestado en el sector digital. Y en segundo lugar, en nuestra opinión, la información que debe ser objeto de notificación no está claramente determinada.

Y finalmente, tal y como hemos puesto de manfiesto, las concentraciones económicas pueden afectar a la competencia en el mercado, por esta razón, cuandos se superan ciertos umbrales deben ser objeto de notificación a la Comisión y tan sólo se podrán ejectuar cuando hayan sido autorizadas. En el caso de las plataformas digitales, la situación resulta compleja, ya no sólo por la dificultad de delimitar el mercado relevante sino también porque en el RCC se tiene en cuenta aspectos como la cuota de mercado pero no otros que pueden incidir en la esctructura de estos mercados. Sin embargo, de la evaluación de distintos aspectos del régimen de concentraciones económicas, cuyos resultados se han publicado en marzo del 2021, parece que la aplicación de la normativa actual ha sido satisfactoria. Se ha afirmado que la aplicación de los umbrales actuales, basados en el volumen de negocios, así como el procedimiento de remisión de las autoridades nacionales han sido eficaces para detectar aquellas concentraciones que podrían suponer algún impacto en la competencia.

Bibliografía

- BUNDESKARTELLAMT: La guía elaboradora conjuntamente por Alemania y Austria, «Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)», de julio de 2018, disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2

- COMISIÓN EUROPEA: «Commission Staff Working Document Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of UE Merger Control», disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf.
- «Shaping Europe's Digital Future», disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf
- «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales)», de 15 de diciembre de 2020, COM(2020) 842 final.
- «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE», de 15 de diciembre de 2020, COM(2020) 825 final.
- «Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the Evaluation of the Market Definition», disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_market_definition_notice/summary_of_contributions_NCA.pdf.
- «Factual summary of the contributions received in the context ofthe open public consultation on the New Competition Tool», disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/summary_stakeholder_consultation.pdf.
- «The new competition tool: its institutional set-up and procedural design», disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420574enn.pdf.
- «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03)», Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de febrero de 2004 (C 31/5).
- «Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 265/07)», Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de octubre de 2008 (C 265/6).
- «Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia», Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 9 de diciembre de 1997 (C372/5).
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: «Documento de posición de la CNMV sobre la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Digital Services Act (DSA) y la New Competition Tool (NCT)», disponible en https://www.cnmc.es/prensa/contribucion-cnmc-plataformas-digitales-comision-europea-consulta-publica-20201110.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: «Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas» («Reglamento comunitario de concentraciones», Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de enero de 2004 (L 24/1).
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: «Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios», en La Ley Unión Europea núm. 88, enero 2021 (consulta en línea).
- «La futura de Ley de Mercados digitales», disponible en https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2021/01/la-futura-ley-de-mercados-digitales-

de.html (fecha de consulta: 29 de marzo de 2021).

- Díaz Estella, F.: «La aplicación del derecho de la competencia en la era digital (caso Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019)», disponible en http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_(2019).pdf (fecha de consulta: 1 de abril de 2021).

- Ferrer Poggio, E. y Pol Cabezas, A.: «Próximas novedades en materia de concentraciones en España y en la Unión Europea», en Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, núm. 91/2020, pp. 147 a 165.

- Martínez Nadal, A.: «La propuesta de Reglamento de Mercados Digitales ("Digital Markets Act"): una aproximación jurídica», en *Plataformas Digitales: aspectos jurídicos,* Estudios Aranzadi, Thomson Reuters, 2021 (en prensa).

- Naciones Unidas: Conferencia de las Naciones Unidas de 1 de mayo de 2019 «Cuestiones de Competencia en la economía digital», en https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_es.pdf.

- Pina Sánchez, C. y Mesa Sánchez, C.: «Digital Services Act: La Comisión Europea propone un nuevo marco normativo para Internet», en https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-services-act-comision-europea-propone-nuevo-marco-normativo-internet (fecha de consulta: 15 de marzo de 2021).

- Robles Martín-Labora, A.: «Plataformas digitales y control de concentraciones: la relevancia de los efectos de red», disponible en https://almacendederecho.org/plataformas-digitales-control-concentraciones-la-relevancia-los-efectos-red (fecha de consulta: 20 de marzo de 2021).

- «Merger control and online platforms: the relevance of network effects», en Market and Competition Law Review, vol. 2 /2017 (consulta en línea).

- Troncoso Ferrer, M.: «La Comisión presenta sus normas sobre Mercados Digitales (Digital Markets Act)», en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/12/La_Comisio%CC%81n_presenta_DMA.pdf (fecha de consulta: 15 de marzo de 2021).

- «La ley de Mercados digitales (DMA), cuestiones abiertas», en https://www.ga-p.com/blog/la-ley-de-servicios-digitales-dma-cuestiones-abiertas/ (fecha de consulta: 15 de marzo de 2021).

---

(1) El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto «Plataformas de intercambio electrónico y nuevos modelos económicos disruptivos: problemática jurídica. En particular, el denominado alquiler turístico vacacional» (RTI2018-097225-B-I00), dentro del Programa Estatal de R+D+I Orientado a los Retos de la Sociedad, del que es investigadora principal la Dra. Apol•lònia Martínez Nadal, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Española de Investigación y Fondos FEDER.

Ver Texto

(2) Comisión Europea: «Shaping Europe's Digital Future», disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf

Ver Texto

(3) COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de 15 de diciembre de 2020. COM (2020) 825 final.

Ver Texto

(4) COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de 15 de diciembre de 2020. COM (2020) 842 final.

Ver Texto

(5) Entre las medidas podemos destacar: mecanismos para que los usuarios denuncien la existencia de bienes, servicios o contenidos ilícitos; normas para ayudar a identificar a los vendedores de bienes o servicios ilegales; garantías para los usuarios como la posibilidad de impugnar las decisiones de los moderadores de los contenidos de las plataformas; medidas de transparencia como las relativas a los algoritmos que se puedan utilizar; así como, obligaciones específicas para plataformas de grandes dimensiones con la intención de evitar abusos.

Ver Texto

(6) CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de enero de 2004.

Ver Texto

(7) COMISIÓN EUROPEA: «Commission Staff Working Document Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of UE Merger Control», de 26 de marzo de 2021, disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf.

Ver Texto

(8) Este un elemento claramente diferenciador respecto a otra normativa aplicable a todas las plataformas en línea con independencia de su tamaño, como el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

Ver Texto

(9) En este punto vamos a recoger las definiciones de cada uno de los servicios, acudiendo a la normativa señalada en el artículo 2 de la PRMD. 1) Servicios de intermediación en línea (artículo 2.2 Reglamento (UE) 2019/1150): los servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo (servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios); los que permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia; y los que se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores. 2) Motores de búsqueda en línea (artículo 2.5 Reglamento (UE) 2019/1150): servicio digital que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta oral, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado. 3) Servicios de redes sociales en línea: plataforma que permite que los usuarios finales se conecten, compartan, descubran y se comuniquen entre sí a través de múltiples dispositivos y, en particular, mediante chats, publicaciones, vídeos y recomendaciones. 4) Servicios de plataformas de intercambio de vídeos (artículo 1.1.a bis Directiva (UE) 2010/13): un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas tal como se definen en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE (sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluido Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada), y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios

con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación. 5) Servicios de comunicación interpersonales independientes de la numeración (artículo 2.7 Directiva (UE) 2018/1972): servicio de comunicaciones interpersonales que no conecta a través de recursos de numeración pública asignados, es decir, de un número o números de los planes de numeración nacional o internacional, o no permite la comunicación con un número o números de los planes de numeración nacional o internacional. 6) Sistemas operativos: software de sistema que controla las funciones básicas del hardware o del software y permite que los programas de aplicación se ejecuten en él. 7) Servicios de computación en nube (artículo 4.19 Directiva (UE) 2016/1148): un servicio digital que hace posible el acceso a un conjunto modulable y elástico de recursos informáticos que se pueden compartir. 8) Servicios de publicidad.

Ver Texto

(10) En este punto conviene decir que se ha considerado que es preferible que la determinación de la condición de guardián de acceso se haga sobre criterios cualitativos en lugar de cuantitativos, a pesar de la inseguridad jurídica que pueda comportar y la mayor duración de los procesos de investigación. Además, se ha vaticinado que, durante la tramitación de la propuesta, serán objeto de debate y, probablemente, de revisión los umbrales cuantitativos y la noción de usuarios activos. *Vid*. MARTÍNEZ NADAL, A.: «La propuesta de Reglamento de Mercados Digitales ("Digital Markets Act"): una aproximación jurídica», en *Plataformas Digitales: aspectos jurídicos,* Estudios Aranzadi, Thomson Reuters, 2021 (en prensa).

Ver Texto

(11) Por ejemplo: a cuántos meses equivale «la mayor parte del último ejercicio financiero» para el cómputo del número medio de usuarios finales activos mensuales o bien cómo se calcula el valor justo de mercado de la compañía (respecto a este punto, el considerando 17 determina que la Comisión deberá elaborar una metodología objetiva para calcular ese valor).

Ver Texto

(12) COMISIÓN EUROPEA: «The new competition tool: its institutional set-up and procedural design», disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420574enn.pdf.

Ver Texto

(13) COMISIÓN EUROPEA: «Factual summary of the contributions received in the context ofthe open public consultation on the New Competition Tool», disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/summary_stakeholder_consultation.pdf.

Ver Texto

(14) *Vid*. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: «Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios», en La Ley Unión Europea núm. 88, enero 2021 (consulta en línea).

Ver Texto

(15) *Vid*. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADO Y LA COMPETENCIA: «Documento de posición de la CNMV sobre la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Digital Services Act (DSA) y la New Competition Tool (NCT)», disponible en https://www.cnmc.es/prensa/contribucion-cnmc-plataformas-digitales-comision-europea-consulta-publica-20201110.

Ver Texto

(16) *Vid.* TRONCOSO FERRER, M.: «La ley de Mercados digitales (DMA), cuestiones abiertas», disponible en https://www.ga-p.com/blog/la-ley-de-servicios-digitales-dma-cuestiones-abiertas/ (fecha de consulta: 15 de marzo 2021).

Ver Texto

(17) COMISIÓN EUROPEA: «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03)», Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de febrero de 2004 (C 31/5). Según estas Directrices, con el control de las concentraciones se impide el denominado «poder de mercado incrementado», que es la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la

gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia.

Ver Texto

(18) En este sentido, la Comisión ha publicado unas Directrices para las concentraciones, distinguiendo según sean horizontales o no horizontales, en las que se determinan algunas de esas eficiencias y en qué contexto se pueden dar.

Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03) (citadas en la nota al pie anterior).

COMISIÓN EUROPEA: «Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 265/07)», Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de octubre de 2008 (C 265/6).

Ver Texto

(19) *Vid.* ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: «Merger control and online platforms: the relevance of network effects», en Market and Competition Law Review, vol. 2 /2017 (consulta en línea).

Ver Texto

(20) *Vid*. ROBLES MARTÍN-LABORA, A.: «Plataformas digitales y control de concentraciones: la relevancia de los efectos de red», disponible en https://almacendederecho.org/plataformas-digitales-control-concentraciones-la-relevancia-los-efectos-red (fecha de consulta: 20 de marzo de 2021).

Ver Texto

(21) COMISIÓN EUROPEA: «Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia», Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 9 de diciembre de 1997 (C372/5).

Ver Texto

(22) COMISIÓN EUROPEA: «Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the Evaluation of the Market Definition Notice», publicado el 22 de diciembre de 2020, disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_market_definition_notice/summary_of_contributions_NCA.pdf

Ver Texto

(23) NACIONES UNIDAS: Conferencia de las Naciones Unidas de 1 de mayo de 2019 «Cuestiones de Competencia en la economía digital», disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_es.pdf

Vid. DÍAZ ESTELLA, F.: «La aplicación del derecho de la competencia en la era digital (caso Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019)», disponible en http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_(2019).pdf (fecha de consulta: 1 de abril de 2021). Este autor dedica un apartado a las operaciones de concentraciones digitales y, en concreto, analiza el caso Apple/Shazam. Respecto a este caso, señala que la Comisión Europea autorizó, el día 6 de septiembre de 2018, sin condiciones la operación de concentración. Esta operación fue analizada por la Comisión a pesar de no llegar a los umbrales previstos en el Reglamento núm. 139/2004, pero así lo solicitaron diversas autoridades de la competencia nacionales. En su análisis la Comisión puso atención en el impacto de los datos como elemento clave del estudio de la competencia.

Ver Texto

(24) El artículo 22 del RCC regula el denominado procedimiento de remisión a la Comisión, que consiste en la solicitud que hacen uno o varios Estados Miembros a la Comisión para que examine cualquier concentración que se ajuste a la definición de concentración económica, prevista en el artículo 3, y que no tenga dimensión comunitaria, pero que afecte al comercio entre Estados Miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado Miembro o de los Estados Miembros que prestan la solicitud.

Ver Texto

(25) Tal y como se pone de manifiesto en el Informe, Austria y Alemania han introducido, en el año 2017, umbrales basados en el valor de la transacción.

Ver Texto

(26) *Vid*. BUNDESKARTELLAMT: La guía elaboradora conjuntamente por Alemania y Austria, lleva por título «Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)», de julio de 2018, disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Ver Texto

(27) *Vid*. FERRER POGGIO, E. Y POL CABEZAS, A.: «Próximas novedades en materia de concentraciones en España y en la Unión Europea», en Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, núm. 91/2020, pp. 158 a 160.

Ver Texto