Anuario de los mercados y la competencia 2025

CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

ANUARIO DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Alejandra de Iturriaga y Gandini, Alfonso Camba Crespo, Jesús Gabirondo Aramendi, José Manuel Bernabé Sánchez, Luis Padial Muñoz, Miguel Bordiu García-Ovies, Patricia Cordovilla González, Rocío Prieto González, Susana Campuzano Fernández, Vera Sopeña Blanco.

CONSEJO CIENTÍFICO

Andrea Marván Saltiel, Anna Matas Prats, Beatriz de Guindos Talavera, Iratxe Gurpegui Ballesteros, Javier Asensio Ruiz de Alda, Joan Ramón Borrell Arqué, Joaquín Almunia Amann, Joaquín García Bernaldo de Quirós, Joaquín López Vallés, José María Marín Quemada, José Mendoza Antezana, Juan Ignacio Signes de Mesa, Juan José Ganuza Fernández, Juan Luis Jiménez González, Juli Ponce Solé, Lluís Cases Pallarés, Lluís Saurí Romero, Luis Berenguer Fuster, María Elena Vasquez Taveras, María José Moral Rincón, Pablo Ibáñez Colomo, Paulo Burnier da Silveira, Xulia González Cerdeira.

DIRECTORA

Cani Fernández Vicién

EDICIÓN

Alfonso Camba Crespo, Pedro Hinojo González, Renata Sánchez de Lollano Caballero, Sergio Vela Ortiz, Soledad Robles Romero.

REDACCIÓN

C/Alcalá, 47, 28014 Madrid - anuariocompetencia@cnmc.es

Los análisis y opiniones en los artículos de esta publicación son los de los autores y no representan opiniones oficiales de la CNMC, con las que no tienen por qué coincidir.

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, especialmente imprenta, fotocopia, microfilm, offset o mimeógrafo, sin la previa autorización escrita del editor.

Editor: CNMC – Departamento de Promoción de la Competencia

Composición y maquetación: DiScript Preimpresión, S. L.

ISSN: 3101-3406

e-ISSN: 3101-3546

DL: M-23410-2025

Índice

Prólogo
Cani Fernández Vicién, Presidenta de la CNMC 3

In memoriam, María Álvarez San José 7

A fondo: transformación digital y política de competencia

Plataformas, *BigTech* y competencia digital
Xavier Vives 11

¿Debe la Unión Europea dar la batalla por el dominio de los microchips?
Judith Arnal Martínez 33

Los servicios de nube desde una perspectiva de promoción de la competencia
Renata Sánchez de Lollano Caballero y Javier Martín Alonso 57

Derecho y Economía del dato: Soluciones regulatorias y remedios de competencia
Eugenio Olmedo Peralta 75

Inteligencia artificial, competencia y regulación
Antonio Robles Martín-Laborda 95

Mercados digitales, economía conductual y consumidores
Alejandro González Fraga, Raquel Tárrega López y Sergio Vela Ortiz 111

Competition, contestability, and fairness in EU digital markets: an economic perspective on recent enforcement and challenges ahead
Philipp Dimakopoulos y Lluís Saurí-Romero 127

Desafíos digitales y respuesta institucional de Latinoamérica: la experiencia de COFECE y otras autoridades de competencia
Andrea Marván Saltiel 151

El control de concentraciones en la economía digital: retos y soluciones
Micaela Arias Domecq 167

Comentario a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0005/21 BOOKING
Francisco de Paula Roig Guerrero 187

Restricciones al comercio electrónico, a la publicidad y al marketing en línea: el caso *Brand Gating*
Pablo Velasco Sanzo 203

Evolución de la política regulatoria de las comunicaciones electrónicas ante la transformación digital
Daniel Ollé Oriol, Juan Diego Otero Martín y Virginia Rodríguez Serrano 221

En clave abierta

Recorrido y próximas paradas de la liberalización del ferrocarril de viajeros
Iván Santos Esteras y Andrés García Pereda 243

Liberalización del mercado de los derechos de propiedad intelectual y acceso regulado al repertorio gestionado por las entidades de gestión
Rafael Sánchez Aristi y María Álvarez San José 265

Reseñas

"Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento" (2015) y "Los directivos como beneficiarios del programa de clemencia: retos y oportunidades" (2018). 315

"La experiencia en la aplicación privada desde la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia" (2011) y "Las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones de cártel como elemento dinamizador del Programa de Clemencia" (2017). 321

"La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia" (2016) 325

"El riesgo de insolvencia como factor reductor de las multas impuestas por conductas anticompetitivas (inability to pay)" (2014). 329

Prólogo

Cani Fernández Vicién, Presidenta de la CNMC

Es un honor para mí presentar esta primera edición del *Anuario de los Mercados y la Competencia* editada y coordinada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Este Anuario recoge el testigo del *Anuario de la Competencia*, editado desde 1996 hasta 2023 y que, gracias al impulso de la Fundación ICO en colaboración con la Universidad Autónoma de Barcelona y con el excelente liderazgo de Lluís Cases, se ha convertido en una obra de referencia en el estudio y análisis del derecho y política de competencia. La CNMC asume con entusiasmo la responsabilidad de continuar con este proyecto, con el objetivo de seguir impulsando el éxito y la visibilidad de esta obra, de gran valor tanto para este organismo como para la Academia.

Cada año, el *Anuario de los Mercados y la Competencia* continuará ofreciendo análisis rigurosos y de actualidad sobre competencia y regulación eficiente. Para ello, contará con la participación de destacados especialistas que abordarán en sus artículos las novedades más destacadas. Como parte de nuestro compromiso con la difusión de la publicación, cada edición será de acceso libre y gratuito a través de la web del propio Anuario. En ella podrán consultarse las ediciones completas, artículos seleccionados o realizar búsquedas con su tesauro específico.

En esta primera edición, hemos querido centrar la atención en la economía digital. La creciente digitalización de los mercados y la consolidación del poder de las plataformas han generado retos regulatorios, económicos y jurídicos. Conscientes de su relevancia, hemos reunido en este volumen a destacados especialistas que, con distintas perspectivas, analizan las transformaciones y las implicaciones en términos de competencia y regulación sobre distintas áreas -desde los semiconductores, hasta los datos o la inteligencia artificial.

Xavier Vives, en su artículo sobre plataformas digitales, *big tech*, y competencia digital examina cómo la digitalización, el Big Data y la inteligencia artificial han transformado las estrategias de las empresas, generando economías de escala y efectos de red que favorecen la dominancia de *big tech*. Aborda asimismo las tensiones entre los objetivos de eficiencia, estabilidad y privacidad, y los desafíos para los reguladores y autoridades de competencia. La percepción general es que las normas actuales para la defensa de la competencia pueden no ser la herramienta adecuada, y que la regulación ex ante debería desempeñar un papel importante. No obstante, también se debe considerar que la intervención pública es propensa a errores, normalmente va a la zaga de la evolución del mercado y, cuando intenta mirar hacia el futuro, necesita anticipar acontecimientos muy inciertos. El artículo concluye que tanto la política como la regulación de la competencia deben estar a la altura de este desafío. En particular, deben garantizar que la capacidad disruptiva de la tecnología para mejorar el bienestar se materialice y, así, genere beneficios para los consumidores y la sociedad en general sin poner en peligro la privacidad, la seguridad de las transacciones y la integridad del mercado.

Judith Arnal examina en su artículo el papel estratégico de la industria de los microchips, que ha conducido a una carrera global por su dominio. Entre otros elementos, analiza las medidas de apoyo que se han adoptado por parte de distintos países para respaldar a esta industria a nivel nacional y también la respuesta de la UE. Concluye que la Europa debe enfrentarse al desafío estra-

tégico que representan los microchips con una visión clara y medidas bien orientadas, que le permitan reforzar aquellos eslabones donde ya posee una posición de fortaleza, y no tanto competir por una autosuficiencia inalcanzable en una cadena de valor globalizada. Incluye así una serie de recomendaciones de política para la UE y sus Estados miembros, algunas con importantes vínculos con la competencia, como sería el enfoque proporcionado por el régimen de ayudas de Estado.

Otro de los pilares básicos de la transformación digital son los servicios de nube. El artículo de Renata Sánchez Lollano y Javier Martín analiza este mercado desde una perspectiva de promoción de la competencia. Incluye un resumen de los principales resultados de la consulta pública abierta por la CNMC en el marco del estudio de los servicios de nube, que apuntan a la existencia de distintos retos de competencia en el mercado. El diagnóstico coincide en la existencia de dificultades al cambio de proveedor y al *multicloud*, como barreras técnicas o costes de salida. Dada la importancia de este sector, concluyen sobre la importancia de la realización de recomendaciones de promoción de la competencia que puedan contribuir de forma efectiva a la mejora de la eficiencia en el sector.

A continuación, Eugenio Olmedo examina la relación entre el derecho de la competencia y la economía del dato, abordando cómo el acceso a datos se ha convertido en un factor clave para la competencia. Explica que, en la actualidad, solo unas pocas empresas acaparan las principales fuentes de obtención de datos y, además, aplican estrategias para impedir que potenciales rivales puedan acceder a ellos. Expone que los fallos de mercado que se dan en los mercados de datos requieren complementar la aplicación del derecho de la competencia con un marco regulatorio *ex ante*. En este sentido, la solución regulatoria adoptada por la Unión Europea establece tres niveles graduales de obligaciones: la regulación específica dirigida a los guardianes de acceso por el Reglamento de los Mercados Digitales, las obligaciones de acceso impuestas por el Reglamento de Datos y el Reglamento de Gobernanza de Datos destinado a facilitar el acceso y la transparencia de datos.

Antonio Robles analiza en su artículo la relación entre la inteligencia artificial y la competencia desde tres perspectivas: el funcionamiento de la competencia en el sector de la inteligencia artificial generativa, el uso de la inteligencia artificial para facilitar posibles prácticas anticompetitivas, y la aplicación de la inteligencia artificial por parte de las autoridades de la competencia en su labor de supervisión del mantenimiento de la competencia en el mercado. Respecto al primer punto de vista, expone que la oferta de los insumos principales de la inteligencia artificial generativa se encuentra en la actualidad altamente concentrada, y los principales operadores están integrados verticalmente o, con frecuencia, vinculados por alianzas estratégicas. Por otro lado, menciona que la inteligencia artificial ha sido empleada en los mercados para facilitar conductas anticompetitivas. En consecuencia, plantea que corresponde a las autoridades de la competencia actuar y garantizar la competencia en el mercado y servirse de inteligencia artificial para facilitar la aplicación de las normas de la competencia, la investigación y el análisis de datos.

Alejandro González, Raquel Tárrega y Sergio Vela exploran en su artículo la intersección entre digitalización, economía conductual y consumidores. Analizan cómo los sesgos de comportamiento pueden ser utilizados por las plataformas digitales para diseñar estrategias comerciales (*dark patterns*) que influyan en las decisiones de los consumidores y afectan la competencia. Indican que existe margen para la intervención de las autoridades públicas, y si bien no está resuelto cual sería el enfoque más apropiado, consideran importante que, en todo caso, los poderes públicos y las autoridades supervisoras conozcan e incorporen las aportaciones procedentes de las ciencias conductuales para guiar al consumidor hacia decisiones más informadas (a través de *nudges* y mejoras en la transparencia).

Para proteger la competencia en beneficio de los consumidores, garantizando la contestabilidad y la equidad, en los últimos años la Comisión Europea ha sido pionera en las investigaciones antimonopolio en los mercados digitales y ha aprobado la Ley de Mercados Digitales (DMA). El artículo de Philipp Dimakopoulos y Lluís Saurí-Romero pretende ofrecer una visión general de estos esfuerzos, ya que la Comisión Europea ha investigado y multado a plataformas digitales por abusar de su posición dominante mediante prácticas anticompetitivas de autopreferenciación, vinculación, condiciones comerciales desleales, cláusulas de exclusividad y denegación de suministro. En este repaso los autores destacan la necesidad y el papel del análisis económico para identificar prácticas que pueden traducirse en efectos anticompetitivos y en perjuicios para el consumidor. El ejercicio en curso de la Comisión de elaborar nuevas directrices sobre exclusión forma parte del esfuerzo por hacer más eficaz la aplicación de las normas antimonopolio, basándose en la experiencia adquirida en los últimos años.

Desde una perspectiva latinoamericana, Andrea Marván Saltiel, presidenta de la COFECE de México, expone en detalle la respuesta de la COFECE frente a los retos y oportunidades de la transformación digital. Su artículo expone las iniciativas que ha liderado esta Comisión que, explica, van desde opiniones regulatorias innovadoras hasta el fortalecimiento institucional mediante la creación de áreas especializadas. El artículo destaca además la importancia de fortalecer la cooperación internacional para desarrollar enfoques regulatorios más efectivos. En este sentido, además de México, también se mencionan las iniciativas de otros países en América Latina como Brasil, Chile y Colombia, en los que también se han adoptado acciones innovadoras para modernizar sus marcos regulatorios y fortalecer la competencia económica.

Desde la perspectiva de defensa de la competencia, Micaela Arias, en su artículo sobre el control de concentraciones en la economía digital, detalla el reto que supone la aplicación del marco clásico a la economía digital. Por un lado, muchas concentraciones digitales escapan a los umbrales de notificación tradicionales, aunque puedan afectar significativamente a la competencia. Por otro lado, las autoridades de competencia han sido criticadas por subestimar los riesgos que suponían para la competencia en los casos en que sí se analizaron. Apunta que, para corregirlo, varias jurisdicciones han introducido nuevos umbrales que, sin embargo, para las empresas pueden suponer menor seguridad jurídica y mayores cargas. También se han impulsado desarrollos académicos para adaptar las teorías del daño a las singularidades de la economía digital y para suavizar el estándar de prueba. En definitiva, concluye que el análisis de concentraciones digitales requiere ir más allá de los enfoques tradicionales centrados en el impacto sobre precios, integrando parámetros como la calidad, la privacidad y la innovación.

Francisco Roig realiza un análisis sobre la resolución de la CNMC en el expediente sancionador de Booking. Tras exponer una descripción de la actividad de Booking en el sector hotelero español, el autor pone el foco sobre las conductas sancionadas por ser consideradas contrarias a la competencia, al tratarse de un abuso de posición dominante. Es un caso de especial relevancia, al ser la primera vez que la plataforma es sancionada por prácticas anticompetitivas y al derivar en la imposición de las multas más elevadas de la historia de la CNMC.

Pablo Velasco continúa con el análisis de las actuaciones de la CNMC frente a conductas anticompetitivas en el ámbito digital. Expone el caso Amazon/Apple Brandgating, en el que estas empresas acordaron determinadas prácticas en relación con el comercio en línea que se consideraron contrarias a la competencia. El autor expone que la CNMC estableció que se trataba de una

infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como el análisis que se realizó para llegar a esta conclusión.

Daniel Ollé, Juan Diego Otero y Virginia Rodríguez estudian la evolución de la política regulatoria de las comunicaciones electrónicas ante la transformación digital. Analizan cómo la convergencia tecnológica ha transformado la regulación del sector y cuáles son los desafíos actuales. Sostienen que el modelo regulador europeo de las telecomunicaciones ha funcionado correctamente y apuntan los elementos clave que deben tenerse en cuenta en las reformas regulatorias en discusión para asegurar su liderazgo en conectividad sin comprometer el modelo que ha permitido el desarrollo de redes de alta calidad y precios accesibles para los consumidores.

Por su parte, Iván Santos y Andrés García presentan un análisis sobre la liberalización del transporte ferroviario en España, siendo esta una de las reformas estructurales más significativas impulsadas por la Unión Europea. Examinan el impacto que ha tenido la liberalización de los servicios comerciales, la cual ha mejorado la eficiencia del sector, incrementado la demanda y promovido una alternativa sostenible frente a otros medios de transporte. Por otro lado, el artículo propone medidas para avanzar y mejorar la licitación de los servicios públicos ferroviarios, que ahondará en los beneficios expuestos, mejorando el bienestar de la sociedad en general.

Finalmente, Rafael Sánchez Aristi y María Álvarez San José examinan una propuesta de liberalización de los mercados de gestión de derechos de propiedad intelectual. Se inspiran para ello en mercados calificados tradicionalmente como monopolios naturales y en particular en dos industrias de red paradigmáticas, la de las telecomunicaciones y la de la energía. Los autores exponen los riesgos para la competencia efectiva derivados de la estructura de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, partiendo de las intervenciones sancionadoras de los abusos de posición de dominio cometidos por las entidades de gestión. Consideran que la regulación actual de los entes de gestión no es adecuada para mitigar esos riesgos, por lo que esbozan una propuesta de reforma de liberalización en estos mercados a partir de la inspiración de las antedichas industrias de red de telecomunicaciones y energía.

En definitiva, estas breves pinceladas sobre cada uno de los artículos resumen el valioso y enriquecedor contenido de la primera edición del Anuario. Desde la CNMC, agradecemos profundamente a todos los autores su contribución y compromiso con el estudio de la competencia. También a los miembros de la organización del Anuario, por su dedicación y esmero, haciendo posible esta publicación. Con esta edición lanzamos un proyecto ilusionante, que cuenta con nuestro máximo compromiso.

Queremos concluir esta primera edición con un reconocimiento muy especial a María Álvarez, a quien dedicamos este Anuario con enorme cariño y admiración. Compañera ejemplar y referente indiscutible del Derecho de la Competencia, ha dejado una huella profunda en la CNMC y en todos los que hemos tenido el privilegio de compartir con ella su trayectoria.

Te doy la bienvenida al Anuario de los Mercados y la Competencia. Esperamos que te resulte de interés y utilidad.

Cani Fernández Vicién
Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

IN MEMORIAM, Querida María
María Álvarez San José

El pasado 26 de diciembre nos dejó nuestra compañera y amiga María. Desde la CNMC queremos hacer un homenaje a su figura y trayectoria en esta edición del Anuario, Anuario al que María contribuyó en numerosas ocasiones durante su vida profesional, con la publicación del artículo en el que estaba trabajando junto con Rafael y, también, a través de las reseñas que muchos de sus compañeros han querido realizar de los artículos que María publicó en este Anuario.

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, Master en Derecho Comunitario por la misma Universidad y acreedora del título de Doctora en Derecho con una brillante tesis doctoral "*El poder de decisión de los acreedores en el concurso*", María dedicó la mayor parte de su carrera profesional a la defensa de la competencia. Miembro también del Cuerpo de Administradores Civiles del Estado, desde 2011 prestó servicios en la extinta Comisión Nacional de Competencia y posteriormente en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ocupando con gran solvencia y dedicación diversos puestos de responsabilidad en la Asesoría Jurídica y en la Dirección de Competencia. En junio de 2019 fue nombrada por el Pleno de la CNMC Subdirectora de la Sociedad de la Información. Su bagaje profesional no se agota en la disciplina de defensa de la competencia, sino que también prestó servicios durante cinco años en la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, conocimientos sectoriales que sin duda contribuyeron al excelente desempeño de María al frente de la Subdirección.

María destacó sobradamente en múltiples facetas: como investigadora, autora de múltiples publicaciones científicas, como docente, como ponente en foros altamente cualificados, como asesora jurídica y también como instructora de expedientes, labor que le atraía particularmente.

Condensar las cualidades de María en esta reseña es una tarea complicada, pues son demasiados los adjetivos que podemos encontrar en una persona que destacaba, no sólo en el ámbito profesional, sino también en el personal. Su inteligencia, junto con el compromiso y dedicación que tuvo para su carrera, en la cual demostró una entrega y una pasión envidiables en todo momento, le han valido un reconocimiento profesional unánime. A ello hay que añadir su calidad humana que nos hace recordarla con mayor admiración si cabe. Decir que fue

generosa con los demás, coherente con sus valores, positiva y empática, siempre dispuesta a ayudar sin escatimar una sonrisa es quedarse corto. Y es que su ejemplo de valentía, fuerza y serenidad, sin perder esa sonrisa, no es casualidad. Estas cualidades solo están reservadas para personas auténticas como ella, personas que brillaron al lado nuestro y cuya estela sigue brillando para todos aquellos que tuvimos la suerte de conocerla.

A fondo: transformación digital y política de competencia

Plataformas, *BigTech* y competencia digital

Autor[1]:

Xavier Vives, IESE Business School

Resumen:

El documento examina cómo la digitalización, el Big Data y la inteligencia artificial han transformado las estrategias de las empresas, generando economías de escala y efectos de red que favorecen la dominancia de BigTech. Proporciona un marco conceptual para el análisis, aborda las tensiones entre los objetivos de eficiencia, estabilidad y privacidad, y los desafíos para los reguladores y autoridades de competencia.

Palabras clave:

Big Data, IA, GAFAM, antitrust, DMA, innovación

Códigos JEL:

L1, L4, L5, K21

[1] Este artículo es una adaptación abreviada y actualizada del documento de Fedea 2024/01, "La Competencia en los Mercados Digitales". Agradezco a David Aliaga y Joan Freixa su excelente ayuda en la preparación del documento.

1. Introducción

Las oportunidades de negocio se están desplazando cada vez más hacia actividades vinculadas al procesamiento y manejo de *información* y la prestación de servicios a través de redes físicas y virtuales. La digitalización está omnipresente tanto desde el lado del productor como del consumidor y la pandemia del COVID-19 ha sido una fuerza impulsora para acelerar el proceso. El desarrollo y aplicación de la Inteligencia Artificial (IA) promete ser otro impulsor importante.

La competencia en aquellos mercados donde ya se ha producido la disrupción digital muestra algunas características diferentes en comparación con los mercados más tradicionales. Esto se debe a la presencia de efectos de red y economías de escala dinámicas. Las plataformas BigTech han sido fundamentales en el proceso de digitalización. Este proceso genera grandes ganancias en eficiencia y amplía la cobertura del mercado, pero también genera preocupaciones sobre un mayor poder de mercado, una posible discriminación del consumidor, falta de privacidad, desinformación y desigualdad. La economía de los mercados digitales tiende a la dominancia (por ejemplo, Microsoft con su plataforma Windows, Google con su motor de búsqueda, Facebook en las redes sociales, …).

La tecnología de la información plantea posibilidades de monopolización debido a la combinación de efectos de red y la explotación de economías de escala dinámicas debido a la acumulación de datos y el procesamiento eficiente por parte de las plataformas BigTech. Estas han crecido enormemente, alcanzando capitalizaciones en relación con el PIB mucho mayores que las principales empresas de la historia.[2] La tecnología de la información también ha permitido una discriminación más selectiva de los clientes, que puede utilizarse para ofrecer servicios más personalizados y también para discriminar en precios en un grado muy fino. La mayor transparencia que aporta la tecnología digital puede tener efectos dinámicos ambiguos en materia de fijación de precios ya que, por ejemplo, la fijación algorítmica puede facilitar la colusión. Una pregunta importante es también si el progreso en la tecnología digital hace que los mercados sean más competitivos, en el sentido de reducir las barreras de entrada y salida. El resultado es que las plataformas son cada vez más examinadas por las autoridades regulatorias y de competencia debido al poder de mercado y las inquietudes sobre la privacidad.

El plan del resto del artículo es el siguiente. La sección 2 proporciona una breve introducción a la economía de las plataformas, Big Data y la inteligencia artificial (IA). La sección 3 proporciona un marco analítico para el modelo de negocio BigTech. Finalmente, la sección 4 revisa los desafíos a los que se enfrentan la defensa de la competencia y la regulación en el entorno digital.

2. La economía de las plataformas, Big Data e inteligencia artificial (IA)

Esta sección señala algunas características de la economía digital: los efectos de la digitalización en la reducción de los costos de búsqueda, la transformación de los negocios hacia un

[2] Por ejemplo, antes de la pandemia, Apple estaba valorada en el 5% del PIB de EUA, mucho más que AT&T o Standard Oil en sus máximos de capitalización (ver Chen et al., 2023).

modelo de plataforma que explota los efectos de red, las economías de escala generadas por el Big Data, y el impacto de la inteligencia artificial.

Costos de búsqueda

La tecnología digital es la representación de información en *bits* y ha reducido el costo de búsqueda, almacenamiento, verificación, computación y transmisión de datos (Goldfarb y Tucker, 2019). La reducción de dichos costos tiene un profundo impacto en la economía. La reducción de los costos de búsqueda afecta la provisión de variedad de productos (a través del efecto de "cola larga" para productos especializados y el efecto de "superestrella" para los mejores productos o servicios), las actividades de emparejamiento (desde mercados laborales hasta actividades de citas) e influye en la organización de las empresas.

Plataformas y redes

Los negocios basados en plataformas digitales se han vuelto predominantes. Según la OCDE (2019) "una plataforma virtual es un servicio digital que facilita las interacciones entre dos o más conjuntos de usuarios (ya sean empresas o individuos) distintos pero interdependientes que interactúan a través del servicio por medio de Internet". Las plataformas están estrechamente vinculadas a *las externalidades de red*. Cuando la utilidad que cada consumidor obtiene del producto depende de cuántos otros consumidores hay que compran y/o utilizan el mismo producto, decimos que el producto presenta externalidades de red o efectos de red. Esto se conoce como *externalidad directa de red*. Las redes sociales y las plataformas de mensajería instantánea son ejemplos de plataformas virtuales con efectos directos. El valor de estas aplicaciones aumenta a medida que crece el número de otros usuarios. A medida que hay más agentes en la red, hay más oportunidades de comunicación y más incentivos para unirse a la red.

Los efectos de red indirectos ocurren cuando un grupo de usuarios (por ejemplo, vendedores externos en una plataforma de empresa a consumidor) se beneficia más a medida que aumenta el número de personas en otro grupo de usuarios (por ejemplo, compradores que usan la misma plataforma). Los sistemas operativos se pueden considerar como ejemplo de efectos indirectos de red. El beneficio de comprar un ordenador con sistema operativo *Windows* es mayor cuanto mayor sea el número de otros compradores del mismo sistema operativo, porque el hecho de que sean muchos implica que se desarrollará una gran variedad de *software* para la plataforma.

Las principales razones por las que los mercados digitales dan lugar a plataformas es que facilitan el emparejamiento (por ejemplo, en la economía colaborativa o de intercambio), aprovechando los efectos indirectos de red, y aumentan la eficiencia del comercio a través de menores costos de búsqueda, y de reproducción y verificación.

La interoperabilidad es un aspecto clave de las plataformas y el grado de *compatibilidad* entre dos bienes o productos de red sustituibles determina la naturaleza de la competencia entre sus patrocinadores. Con productos incompatibles, un producto eventualmente domina y hay

competencia *por* el mercado. Con productos compatibles, dando lugar a una única red, pueden coexistir varios y hay competencia *en* el mercado. En un mercado con dos redes competidoras (por ejemplo, cajeros automáticos de diferentes bancos), una mayor compatibilidad produce un efecto de expansión del mercado, lo que resulta en un mayor excedente del consumidor, reduce la diferenciación entre los competidores y es menos atractivo para una empresa grande que disfruta de una mayor base instalada de clientes.

Los mercados con efectos de red son propensos a puntos *de inflexión* y fenómenos de *winner-take-all* en los que las expectativas de los consumidores son clave para alcanzar una masa crítica. Esto hace que las salidas prontas y los precios de lanzamiento o los regalos sean muy importantes para provocar un efecto "bola de nieve" y hacer que el mercado se incline a favor del producto de la empresa. En resumen, los efectos de red generan economías de escala de oferta y demanda que llevan a dependencia de la trayectoria, puntos de inflexión y dominancia.

La fijación de precios en una plataforma tiene algunas características peculiares, ya que la plataforma debe atraer diferentes partes a la transacción. En un mercado con una única plataforma, el lado del mercado que ejerce el mayor beneficio externo sobre el otro tiende a enfrentar cuotas más bajas e incluso subsidios. Si los usuarios de ambos lados usan una sola plataforma, cada una proporciona a los usuarios de ambos lados acceso exclusivo a sus usuarios del otro lado. Usar más de una plataforma en un lado (*multihoming*) intensifica la competencia de precios por parte de las plataformas del otro lado para conseguir que los usuarios finales de este lado tengan una relación exclusiva. En las plataformas virtuales, los usuarios suelen obtener servicios gratuitos (búsqueda, redes sociales) a cambio de información personal.

Big Data y economías de escala

Ha habido una explosión en la producción de datos debido a la digitalización. Los volúmenes de datos globales aumentan a medida que disminuye su costo de almacenamiento. La información humana que antes era efímera ahora se puede almacenar en servidores de forma (supuestamente) indefinida a costos cada vez más bajos. Al mismo tiempo, hay una cantidad cada vez mayor de datos digitales disponibles de relevancia económica directa (por ejemplo, mediante el escaneo de precios).

Los datos son un bien de información basado en contenido que *no es rival*, se consume (casi) sin costo adicional y se produce con costo marginal cero, pero es *parcialmente excluible;* y producido bajo *rendimientos crecientes a escala*. El Big Data es parte de la transición secular hacia el capital *intangible* que puede dar una ventaja comparativa a las grandes empresas. La explotación de Big Data puede mejorar la eficiencia, crear una ventaja competitiva significativa para las empresas e impulsar la innovación y el crecimiento de la productividad.

La recopilación de datos detallados sobre las preferencias de los consumidores facilita el emparejamiento de empresas y consumidores y ayuda a aumentar la producción, la disposición a pagar y el consumo. Sin embargo, puede desencadenar precios discriminatorios a medida

que las empresas descubren cómo fijar los precios basándose en las características de los clientes. Esto abre la puerta a la discriminación de precios basada en el comportamiento pasado de un individuo. Es importante señalar que el uso esperado de la información revelada por el comportamiento del consumidor influye en la disposición del consumidor a revelar esa información (Bergemann y Bonatti, 2019). Por ejemplo, un consumidor puede desconfiar de comprar tabaco si la compra afecta la prima de su seguro médico. Las empresas pueden compensar indirectamente al consumidor en forma de mejores condiciones (por ejemplo, un precio de compra más bajo) por transacciones que se registrarán y posteriormente se pueden utilizar para extraer más excedente. Es fácil ver cómo en este contexto la transmisión de información puede beneficiar a un consumidor sofisticado, mientras perjudica a un consumidor más ingenuo (Taylor, 2004).

El impacto general de *la discriminación de precios* sobre el bienestar es ambiguo y depende de las características de los mercados en los que se implementa. En condiciones de monopolio, las empresas se benefician de la información adicional, pero en competencia la discriminación puede aumentar la intensidad de la competencia (Thisse y Vives, 1988). El bajo costo de recopilar información digital facilita que las empresas discriminen precios. Las reducciones en los costos de seguimiento permiten la personalización. Lo que puede servir a las empresas digitales para mostrar publicidad más adecuada, relevante, pero también más rentable. Normalmente, un intermediario de información fijará precios bajos para los consumidores, mientras que cobrará precios elevados a los anunciantes. De hecho, los clientes en línea suelen cambiar su atención por anuncios o información personal para acceder a productos gratuitos.

Efectos dinámicos de los datos. La cadena de valor de los datos consta de cuatro etapas diferentes: recopilación, almacenamiento y organización en bases de datos, análisis y procesamiento de datos, y uso. La competencia y las barreras de entrada pueden variar en las diferentes etapas de la cadena de valor. Existe un circuito de retroalimentación importante entre el uso y la recopilación, ya que un mayor uso conduce a una mayor recopilación de datos y esto induce una economía de escala dinámica. Una empresa que puede recopilar una gran cantidad de datos puede hacer un mejor uso de las técnicas de IA o aprendizaje automático (*machine learning*, ML) y atraer a más usuarios, quienes a su vez proporcionan más datos, lo que genera una curva de aprendizaje dinámica. Esto también induce economías de alcance, ya que el mismo algoritmo se puede utilizar para varias aplicaciones y la misma experiencia se puede utilizar para varias aplicaciones. De hecho, estas empresas también pueden contratar a los mejores científicos de datos y tener los recursos para comprar las mejores empresas emergentes de IA. Los efectos de red indirectos tienen el potencial de reforzar la posición de un operador establecido y generar dominancia (por ejemplo, aumentando la calidad del producto o servicio), pero también pueden estimular la competencia al permitir que los entrantes innovadores crezcan rápidamente y desplacen a los operadores establecidos.

El resultado es que los mercados basados en datos pueden estar dominados por unas pocas empresas. La actividad económica genera datos como subproducto de las transacciones. Las grandes empresas tienden a generar más datos, lo que induce economías de escala incluso

cuando la tecnología de producción física tiene rendimientos de escala constantes y genera efectos de red tanto directos como indirectos.

Inteligencia artificial, predicción y formación de precios

El valor de los datos está vinculado a la *predicción*. Los métodos de IA y ML buscan patrones y correlaciones para obtener información valiosa a partir de los datos. Más y mejores datos conducen a mejores predicciones. Una empresa u organización debe equilibrar el costo de adquisición de datos con el beneficio de una mayor precisión de predicción. En términos estadísticos, los datos tienen rendimientos decrecientes. Cada unidad de datos adicional normalmente mejora la predicción menos que los datos anteriores. Sin embargo, en términos económicos, la relación es ambigua. Agregar más datos a un gran stock de datos existente puede ser mejor que agregarlos a un stock pequeño; por ejemplo, si los datos adicionales permiten que el rendimiento del método de predicción cruce un umbral que permita vencer a un competidor.

La predicción también está en la base de los modelos de Inteligencia Artificial Generativa y Modelos Grandes de Lenguaje (Large Language Models, LLM, un conjunto de algoritmos capaces de generar contenido aparentemente nuevo y realista, como texto, imágenes o audio a partir de los datos de entrenamiento). Se basa en modelos básicos (*foundation models*) que se entrenan con una gran cantidad de datos sin etiquetar de forma auto-supervisada para identificar patrones subyacentes que se utilizarán en una amplia gama de tareas para mejorar la eficiencia, personalizar experiencias o crear contenido. Las plataformas BigTech (como Google, Meta o Amazon) tienen una gran cantidad de datos sobre las preferencias de los clientes y pueden combinar una predicción del tipo “este consumidor tiene valor para esta empresa” con una recomendación de producto (o espacio –*slot*– publicitario) (Agrawal et al., 2018 y Bergemann y Bonatti, 2019).

Precios algorítmicos y colusión. Una aplicación importante de la IA es la fijación algorítmica de precios. Las empresas pueden delegar la fijación de precios en algoritmos que pueden responder muy rápidamente a las noticias y a los precios de los rivales. Esto puede favorecer la colusión, ya que una respuesta rápida de represalia a un recorte de precios por parte de un rival es clave para mantener los precios altos. La colusión suele ser atacada por las autoridades de defensa de la competencia castigando la comunicación explícita de las empresas que diseñan una norma de conducta colusoria. En caso de colusión tácita, cuando no hay comunicación, es muy difícil determinar si los precios son colusorios o competitivos. El problema es que los algoritmos de IA pueden aprender a adoptar una regla de fijación de precios colusoria sin intervención ni supervisión humana. Esos algoritmos aprenden de forma autónoma mediante experimentación y en los mercados en línea los precios están disponibles continuamente y los cambios de precios pueden detectarse casi de inmediato. Existe evidencia experimental de algoritmos comúnmente utilizados que aprenden a fijar precios altos (muy por encima del nivel competitivo) una vez que se les indica maximizar las ganancias de una empresa. El resultado es que esos algoritmos inician y mantienen la colusión (Calvano et al., 2019 y 2020). Cuando un tercero proporciona el algoritmo de fijación de precios a las empresas, no es necesario que reduzca la competencia, pero hace que los precios sean más sensibles a la variación de la de-

manda, lo que disminuye el bienestar del consumidor y aumenta las ganancias de la industria (Harrington, 2022).

3. Competencia digital y BigTech: un marco conceptual

En esta sección analizaremos el modelo de negocio de plataforma BigTech y cuál es la base de su éxito proporcionando un marco de análisis, discutiendo posibles estrategias de los titulares y entrantes, y el impacto en la competencia y la concentración.

El marco de análisis

Proporcionamos primero un marco de análisis para comprender los diferentes modelos de negocio de GAFAM (siglas de las primeras iniciales de las cinco principales plataformas BigTech: Alphabet/**G**oogle, **A**mazon, Meta/**F**acebook, **A**pple y **M**icrosoft). Añadiendo Tesla y NVDIA tenemos a los "siete magníficos" de la bolsa mundial.

Consideremos una competencia en dos etapas donde en la primera las empresas eligen las variables estratégicas o la inversión en capacidades, y en la segunda, variables tácticas como las series de producción o los precios.[3] Las variables estratégicas son aquellas que son más difíciles de cambiar, como la inversión en capacidad de producción o las capacidades generales (*capabilities*), la publicidad o la I+D. Influyen en el resultado del mercado en la segunda etapa, donde se determinan las cantidades ofrecidas y los precios.

Una empresa ingresa a la primera etapa eligiendo una capacidad para reducir el costo y/o una capacidad que mejora el lado de la demanda (por ejemplo, una capacidad que mejora la calidad percibida). Estas capacidades pueden ser multidimensionales. Para ello, la empresa incurre en un coste fijo y hundido. Los costos hundidos no se pueden recuperar una vez que se han incurrido. Cualquier costo fijo de operación es, hasta cierto punto, hundido y, por lo general, hay un porcentaje de cualquier costo fijo que es hundido. Esos costos fijos no dependen de la escala de operación y sí dependen del nivel de las capacidades.

Ejemplos de una capacidad para reducir costos son las inversiones que mejoran la eficiencia, la curva de aprendizaje de la actividad económica de la empresa (por ejemplo, al mejorar un algoritmo de búsqueda mediante la acumulación de datos), o los productos o servicios ofrecidos de forma gratuita (en este caso incurriendo en un costo de oportunidad). Por ejemplo, cuando una empresa determinada ofrece algún servicio de forma gratuita, la empresa tiene un costo, pero la oferta le permite recaudar ingresos de servicios complementarios o de publicidad.

Ejemplos de una capacidad para aumentar la demanda son las inversiones en I+D para mejorar el producto o introducir nuevos productos; publicidad para ganar imagen de marca y fidelizar al consumidor; posicionar el producto estratégicamente para que otros no entren al mercado; y la explotación de los efectos de red para construir una base de clientes y lograr una masa crítica.

[3] Véase Sutton (1991) y Vives (2008) para el marco teórico, y Chen et al. (2023) para un análisis de la acumulación de capacidades en la era de la información.

Las variables estratégicas de la primera etapa intentan dar a la empresa una ventaja competitiva sobre sus rivales, ya sea por el lado de los costos o por el lado de la demanda. El hecho crucial es que la primera etapa influye en el resultado del mercado en la segunda etapa. Las variables de la primera etapa deben representar un compromiso (*commitment*) para influir en lo que sucede en la segunda etapa. Si lo que se hace en la primera etapa puede revertirse fácilmente en la segunda etapa, entonces no hay compromiso y un rival no consideraría creíbles las acciones. Microsoft y Apple, por ejemplo, anuncian previamente la introducción de un nuevo dispositivo o *software* de manera creíble porque se han ganado una reputación para cumplir con sus anuncios. De esta manera, pueden inducir a los consumidores a posponer sus decisiones de comprar otro artículo producido por alguna empresa rival o pueden inducir a los competidores a reducir sus esfuerzos.

Supongamos ahora que hay una etapa previa en la que las empresas deben decidir si entran en el mercado; de ser así, una empresa normalmente tendrá que pagar un costo fijo. Cuando la cuota de mercado es muy sensible a las inversiones de la primera etapa en I+D y/o publicidad, entonces el mercado puede ser un "oligopolio natural", es decir, donde sólo entran unas pocas empresas, aunque el costo fijo de entrada sea pequeño. Esto sucederá cuando la inversión endógena en I+D y/o publicidad genere rendimientos crecientes a escala lo suficientemente fuertes como para que un mayor tamaño del mercado o un menor costo de entrada no conduzcan a una menor concentración. Es decir, el mercado puede tener sólo unos pocos productores incluso si el costo fijo exógeno (no escalable) de entrada es bajo o el mercado es grande. Así un mercado grande atrae a unos pocos competidores a invertir más en I+D, creando una barrera de entrada endógena. La inversión en tecnología por parte de BigTech y la sensibilidad de la cuota de mercado a esta inversión pueden explicar por qué algunas de las plataformas, como Google con su algoritmo de búsqueda, tienen una posición dominante en sus mercados.

Modelo de negocio BigTech

Los ingresos por sector de actividad de las plataformas BigTech provienen mayoritariamente de información y tecnología, y de bienes de consumo, aunque las plataformas tienden a diversificar el negocio. ¿Cuál es el principal modelo de negocio de cada plataforma en GAFAM? ¿Qué tipo de gasto en I+D caracteriza a cada uno de ellos?

El principal modelo de negocio de Apple es la inversión en nuevos productos y en calidad que aumenta la disposición a pagar de los clientes. Esto requiere innovación constante y ampliación de la gama de productos que crean nuevas categorías de bienes y mercados (como el teléfono inteligente y el ecosistema de aplicaciones). Se suma a nuevos métodos de producción (como la llamada cadena de suministro Cupertino-China, ahora con sustitución parcial de China por Vietnam e India). Apple obtiene enormes beneficios con la tienda de aplicaciones al cobrar hasta un 30% de comisión por el gasto en aplicaciones. Apple intentará aprovechar su plataforma iPhone para incorporar herramientas de inteligencia artificial para mantener su liderazgo en teléfonos inteligentes.

Microsoft en sus comienzos se centró mucho en la facilidad de uso y la interfaz en la informática personal. La empresa aprovechó los efectos de red directos e indirectos (apertura a los desarrolladores de aplicaciones) para consolidar una posición dominante en los sistemas

operativos. Desarrolló capacidades tempranas en la nube, consolas de juego y juegos, y muy recientemente inteligencia artificial en alianza con OpenAI. Microsoft ha sido un *second mover* en desarrollar la IA y se ha adelantado a Google puesto que su desarrollo no canibalizaba un negocio principal en contraste con el motor de búsqueda para Google. Microsoft desarrolla, otorga licencias y brinda soporte a productos de software (Windows, Office), servicios y dispositivos.

Google aprovechó los efectos de red (*network*) en el motor de búsqueda y, junto con el Big Data, generó un bucle de retroalimentación positiva para perfeccionar el algoritmo de búsqueda y mantenerse por delante de sus rivales. La monetización proviene básicamente de la publicidad en línea (segunda etapa del modelo de competencia). También desarrolló capacidad en la nube y una ventaja en inteligencia artificial que ahora amenaza Microsoft. Muy probablemente, Google no introdujo las aplicaciones de IA primero por miedo a que desplazaran el negocio de búsqueda Google Search (se trata del conocido efecto de reemplazo de Arrow que limita el incentivo a innovar de un monopolio). Google se ha diversificado también con una plataforma de vídeos online (YouTube) y desarrollando el sistema operativo móvil más popular (Android).

Amazon fue pionero en el comercio electrónico con entrega rápida a domicilio para los clientes, beneficiándose también del Big Data y de un circuito de retroalimentación positiva. Amazon invirtió mucho y con pérdidas sostenidas para establecer su liderazgo en el comercio electrónico y crear una nueva categoría de servicio. También se benefició de los efectos de red con una amplia gama de productos y economías de búsqueda. Su modelo de negocio requiere una gran inversión en infraestructura (logística, almacenamiento, nube) y se ha diversificado con éxito hacia servicios en la nube (Amazon Web Services), servicios financieros, publicidad y *streaming* (Prime Video). Ahora está intentando integrar sus servicios (como comercio online y publicidad). Esta integración de sus negocios podría crear tensiones competitivas, por ejemplo, Netflix es uno de sus principales clientes en el uso de la nube y un gran competidor de Prime Video.[4] Como distribuidor, Amazon tiene poder de monopsonio afrontando precios más baratos al adquirir un bien para vender y como plataforma gana comisiones de intermediación. Además, Amazon se convirtió en un agregador de información, ya que los usuarios podían comparar información sobre precios y reseñar y calificar productos en línea. Así la plataforma puede actuar como un certificador o sistema de reputación al revelar información sobre la calidad del producto o la fiabilidad del vendedor.

Facebook (ahora Meta) fue pionera en la red de comunicación social con una gran base de usuarios y aprovechando un circuito de retroalimentación de datos. La monetización proviene de la venta de publicidad en línea (nuevamente la segunda etapa del modelo de competencia). Ahora intenta mantenerse a la vanguardia invirtiendo en el metaverso y la IA.

Las empresas que componen el acrónimo GAFAM comparten una característica común en sus negocios: la explotación de los efectos de red y las economías de datos para apalancar una ventaja inicial. El *poder de mercado* de las plataformas se origina en gran parte en su capacidad para crear un ecosistema donde los clientes pueden obtener una variedad de servicios y que está protegido por la presencia de costos de cambio a otros ecosistemas. Un ejemplo extremo de este fenómeno son las grandes plataformas chinas como Alibaba/Ant Financial.

[4] Véase https://www.economist.com/business/2024/07/01/what-next-for-amazon-as-it-turns-30

El ciclo de vida BigTech comienza atrayendo una masa crítica de usuarios a la plataforma, generalmente sin cargos para los clientes (para obtener una ventaja inicial –*early mover*– con efectos de red), agregando funcionalidades para mejorar la experiencia de los usuarios y creando un ecosistema para aumentar los costos de cambiar a otras plataformas. En una fase de crecimiento, explotan las economías de escala y las externalidades de red para alcanzar un punto de inflexión. Y en una fase madura, explotan las economías de alcance en todos los productos y servicios haciendo un uso intensivo del análisis de Big Data. Los servicios financieros pueden complementar y reforzar el modelo de negocio de la plataforma. Un primer paso en esta dirección es la oferta de servicios de pago. Una fuente de poder de mercado de las plataformas BigTech es un circuito de retroalimentación que genera grandes cantidades de datos (de propiedad privada) de los clientes con la actividad de la plataforma, procesa los datos con inteligencia artificial y técnicas de aprendizaje automático, explota las externalidades de red y genera, a su vez, más actividad y más datos (con economías de escala dinámicas, ya que más datos conducen a mejores algoritmos y capacidad de predicción). Este circuito de retroalimentación consolida un ecosistema con altos costos de cambio endógenos para que los clientes dejen la plataforma.

Estrategias de las empresas establecidas y de los entrantes

Las *estrategias* de los entrantes y los ya establecidos dependerán de si la inversión hace que una empresa sea dura o blanda frente a la competencia y de si la competencia en el mercado implica sustitutos o complementos estratégicos; es decir, si un aumento en la acción de un rival (por ejemplo, el precio) conduce a una disminución o un aumento, respectivamente, en la acción de la empresa. Por lo tanto, dependiendo de las características subyacentes de la industria, un operador establecido puede decidir acomodar o impedir la entrada. Un entrante puede acomodar a la empresa establecida con estrategias no agresivas, como el compromiso de permanecer pequeño o formar una sociedad con la misma. Para un operador establecido, el mejor compromiso para no ser agresivo puede ser tener una gran base de clientes instalados. Asimismo, los establecidos pueden intentar impedir la entrada cerrando o degradando la interconexión de los entrantes desde una infraestructura o instalación esencial que controlan.

Los operadores existentes (tradicionales o de plataforma) pueden facilitar la entrada en algunos segmentos del mercado y tratar de impedirla en otros. Con altos costos de cambio para los clientes, un operador establecido puede comportarse como un "*fat cat*" pacífico para proteger la rentabilidad de su gran base de clientes. Esto puede permitir que un entrante ingrese y atraiga, por ejemplo, clientes conocedores de la tecnología o incluso consumidores que antes no habían sido atendidos. En ocasiones, es posible que el entrante quiera comprometerse a permanecer pequeño para no provocar una respuesta agresiva por parte de la empresa establecida. Se pueden formar acuerdos (*partnerships*) entre el entrante y el ya establecido dado que los ya establecidos se benefician del conocimiento de la tecnología de la información de los entrantes, además de llegar a nuevos clientes. Al mismo tiempo, las nuevas empresas pueden beneficiarse de la marca establecida, las economías de escala y los canales de distribución de los tradicionales. Obviamente, los operadores tradicionales también pueden lanzar sus propias operaciones totalmente en línea. El cuadro 1 muestra una comparación de las posibles estrategias de las empresas establecidas y las nuevas entrantes.

Tabla 1. Estrategias de las empresas establecidas y las entrantes (*startups*)

Estrategias de las establecidas (Discriminar por segmento)	**Estrategias de las *startups***
Acomodar (*fat cat*) ■ En presencia de costos de cambio altos ■ Obtener las tasas de conexión que les pagan los nuevos operadores. ■ Realizar un acuerdo	Comprometerse a permanecer pequeño (*puppy dog ploy*) ■ Por ejemplo, con una plataforma que abastece a segmentos de población desatendidos ■ Realizar un acuerdo
Luchar, impedir la entrada (*top dog*) ■ Cerrar/degradar el acceso a la infraestructura esencial ■ Adquirir ■ Lanzar operador propio totalmente *online*	Competencia directa: ■ En nicho rentable/*cream-skimming* ■ Rango completo (más difícil, necesita escala) ■ Consolidar o vender a establecidas

Fuente: elaboración propia

BigTech puede utilizar una estrategia de "plataforma envolvente" para excluir a los competidores aprovechando su superioridad de datos (ya que tienen fuentes complementarias de datos sobre clientes de otras líneas de negocio). Esta estrategia es una versión de la estrategia de "adoptar y ampliar" utilizada inicialmente por Microsoft para controlar el negocio de los navegadores web haciendo todo lo que el rival (Netscape en este caso) podía hacer y más. Es más probable que la estrategia tenga éxito cuando los usuarios de la plataforma tienen una gran superposición con el competidor que quiere ser excluido y cuando las economías de alcance son altas. Es probable que los consumidores atendidos por una plataforma específica, por ejemplo, Android o iOS, utilicen la plataforma para muchas de sus necesidades. Esto significa que la plataforma será el guardián (*gatekeeper*) de una fracción de los clientes y que los proveedores de productos y servicios tendrán que estar presentes en las diferentes plataformas/ecosistemas competidores. Además, las plataformas BigTech pueden subvencionar productos (incluidos productos financieros) para obtener una ventaja competitiva.

Los operadores digitales establecidos no nativos tienen algunas vías para responder a una estrategia BigTech; sin embargo, igualar su estrategia de agrupación (*bundling*) y competir frontalmente no será fácil. Esto es así porque es muy difícil disputar las posiciones dominantes de una plataforma BigTech en productos y servicios que pueden combinarse con otros productos y servicios. La estrategia alternativa es cooperar con acuerdos y consorcios.[5] Los operadores establecidos podrían transformar su negocio en una plataforma abierta, compartida quizás con otras empresas para beneficiarse de las inversiones de todos los participantes de la plataforma.[6] Las plataformas pueden desviar el negocio de algunos vendedores para favorecer a otros que forman parte del mismo grupo empresarial o pueden pagar por destacar. Como no pueden imitar directamente la estrategia de agrupación de las bigtechs, pueden convertirse en plataformas abiertas que también ofrezcan productos de sus rivales. Es crucial

[5] En servicios financieros, ha habido acuerdos entre Amazon y JP Chase, Apple y Goldman Sachs en tarjetas de crédito, Citi y Google en depósitos, o Amazon y Bank of America en concesión de préstamos.

[6] Empresas tradicionales como Daimler, Nike y Unilever han lanzado sus propias plataformas.

quien controle la interfaz con los clientes; si se trata de bigtechs, entonces los operadores tradicionales experimentarán márgenes de ganancia reducidos al comercializar sus negocios como productos básicos (*commodities*) y se puede ver forzados a optar por especializarse en servicios específicos.

En resumen, las empresas establecidas pueden asociarse con los nuevos entrantes, comprarlos parcial o totalmente, o decidir luchar contra ellos. Los detalles de cada segmento del mercado serán importantes para la decisión, así como el alcance de las tecnologías heredadas en cada entidad. De hecho, es probable que la respuesta de las entidades sea heterogénea según su especificidad. Los nuevos participantes pueden decidir ingresar a pequeña escala y crecer a partir de ahí o pueden intentar, en particular las bigtech, una entrada a gran escala controlando la interfaz con los clientes. Las plataformas BigTech pueden aprovechar su dominio en ciertos segmentos, como la búsqueda o el comercio minorista en línea, vinculando otros servicios a su oferta principal. El cuadro 2 muestra las estrategias potenciales de las empresas establecidas y las bigtechs.

Tabla 2. Estrategias de los (grandes) operadores tradicionales y de las bigtechs

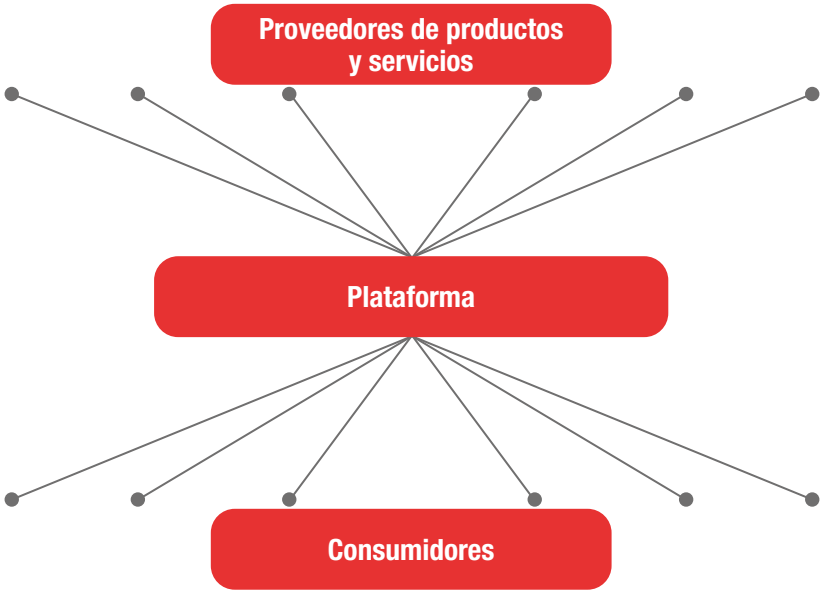
Grandes empresas establecidas	Bigtechs
Acomodar ■ Acuerdos y asociaciones ■ Proporcionar productos y servicios especializados	Acomodar ■ Acuerdos y asociaciones
Luchar/Competir frontalmente convirtiéndose en plataforma/mercado ■ Aprovechar la confianza superior de los clientes y de la seguridad de los datos ■ Mejores habilidades de navegación regulatoria y poder de lobby similar a BigTech ■ No igualar la estrategia BigTech de agrupación/subvención cruzada de productos complementarios de (a pesar de disfrutar de algunos efectos de red)	Competir frontalmente ■ Distribuidor que agrupa ofertas y explota economías de alcance ■ Plataforma multilateral (mercado) ■ Plataforma envolvente ■ *Gatekeeper*: monopoliza la interfaz con los clientes

Fuente: elaboración propia

Impacto en la competencia y la concentración de mercado

Las plataformas BigTech, cuando son dominantes, han discriminado a favor de sus propios afiliados aguas arriba o aguas abajo (*upstream* o *downstream*) de su plataforma central. Así lo ha afirmado la Comisión Europea en una serie de tres casos antimonopolio contra Google, por su abuso de posición dominante para favorecer su propio negocio (véase la sección 4). A través de la tecnología y una base de clientes ampliada, BigTech puede monopolizar la interfaz anclados en medio de los proveedores de productos/servicios y de los clientes (ver una representación esquemática en la Figura 1).

Figura 1. El futuro: ¿un oligopolio basado en plataformas?



Las bigtechs probablemente generen una mayor competencia en los segmentos de mercado en los que entran, pero a largo plazo este efecto podría anularse si dominan la interfaz del consumidor. En mercados con externalidades de red, una vez que un operador ha alcanzado una participación de mercado crítica, un punto de inflexión, esta empresa puede ser dominante. La historia ha demostrado que cuando las bigtech entran en industrias con cadenas de valor verticales largas, utilizan su ventaja comparativa para monopolizar los segmentos en los que operan y luego expandir su poder monopolístico a otras capas de negocios a través de efectos de red, como muestran los casos de abuso de posición dominante. Las demandas interpuestas por las autoridades de competencia (al principio en la UE, pero cada vez más en los EUA) contra Microsoft, Google y Apple y otras plataformas lo atestiguan. Una mayor cuota de mercado de BigTech se puede asociar con una concentración mayor o estable, junto con una pérdida de los operadores tradicionales.

El impacto general de la digitalización y del efecto "*winner-takes-all*" puede ser fomentar un cambio de empresas pequeñas a grandes, aumentando la concentración. Las empresas líderes son más productivas, más rentables, más innovadoras y pagan salarios más altos (las empresas "superestrella" favorecidas por el cambio tecnológico ganan cuota de mercado aumentando la concentración y los márgenes) (Autor et al., 2020). El aumento de la concentración industrial parece estar correlacionado con la adopción de la tecnología de la información (Bessen, 2017) y es un ejemplo de oligopolio natural donde la inversión en I+D crea una barrera de entrada endógena. La acumulación de datos puede favorecer a los grandes actores puesto que la actividad económica genera datos como subproducto de las transacciones (Farboodi et al., 2019). Las grandes empresas generan más datos y eso induce economías de escala incluso cuando la tecnología de producción física tiene rendimientos constantes. Los datos también ayudan a mejorar las previsiones y reducir los riesgos para las grandes empresas, obteniendo un menor coste de capital en los mercados financieros (Duffie et al., 2022 capítulo 3).

Es posible que estemos entrando en una fase de oligopolios basados en plataformas. El nivel de competencia dependerá del nivel de dificultad de los clientes y proveedores para cambiar de ecosistema y del grado de competencia entre las plataformas. Actualmente, las plataformas BigTech, aparte de sus actividades económicas principales (por ejemplo, Google como plataforma de búsqueda, Amazon en el comercio electrónico), están intentando entrar en los territorios de las demás incluyendo servicios financieros (De la Mano y Padilla, 2018 y Vives, 2019). Las plataformas BigTech pueden adquirir otras empresas para adquirir talento, tecnología y acceso de los consumidores para entrar en otros mercados. Los ejemplos abundan: Amazon compró Whole Foods y MGM, la alianza de Microsoft con OpenAI pretende utilizar la IA generativa para amenazar el dominio en busca de Google; Google, Meta y Amazon ya compiten en el mercado de la publicidad online. La entrada mutua en el mercado aumenta la competencia, dado que estas empresas son competidores creíbles. En China, por ejemplo, este tipo de competencia predomina entre las grandes plataformas.

¿Pueden las grandes plataformas verse amenazadas por *startups*? La Tabla 1 muestra posibles estrategias de las empresas ya establecidas y de las nuevas empresas. Cuando el operador actual es una plataforma BigTech, una estrategia es la adquisición preventiva de un competidor potencial. Un ejemplo destacado fue la adquisición por parte de Instagram en 2012 y Facebook de WhatsApp en 2014, el cual podría haberse convertido en una alternativa a Facebook. Esta estrategia de adquisiciones denominadas "asesinas" (*killer acquisitions*) ha sido utilizada profusamente por las plataformas. Google adquirió YouTube en 2006, Double Click en 2007, DeepMind en 2014; Microsoft adquirió LinkedIn en 2016 e invirtió en Open AI a partir de 2019.

Las bigtechs se enfrentan a amenazas que provienen de dos fuentes: de grandes disrupciones que pueden cambiar el mercado por completo (el iPhone fue una disrupción importante, como actualmente lo es el sistema de IA generativa que ha permitido a Microsoft, con ChatGPT de Open AI, plantear una amenaza al negocio principal de motor de búsqueda de Google) y, como hemos dicho, de la competencia de otras bigtech que entren en una línea de negocio competidora. Al final, el éxito dependerá principalmente de la capacidad de responder a las crisis externas o de adaptarse. Un determinante importante será la legislación antimonopolio y la regulación, que recientemente se han vuelto mucho más activas con respecto a BigTech.

4. Defensa de la competencia y regulación

En esta sección analizamos el desafío que la tecnología digital plantea a las autoridades regulatorias y de competencia. El posible lado oscuro de las plataformas BigTech plantea la pregunta de si GAFAM ha alcanzado el dominio por mérito o por exclusión de rivales. Ya hemos mencionado los problemas antimonopolio de Google en la UE, que favorece sus propias compras en línea e impone restricciones contractuales a los dispositivos móviles con Android y a los sitios web para excluir a los competidores de publicidad en línea. En un sentido similar, Amazon también ha sido acusada de favorecer sus propios productos en la plataforma y, más en general, de fijar precios predatorios para eliminar a los competidores minoristas (sobre todo por la abogada Lina Khan, presidenta de la FTC en la administración Biden). Facebook

(Meta) ha sufrido críticas por violaciones a la privacidad, filtración de datos y por tener un modelo de negocio que fomenta la polarización. Microsoft tuvo problemas desde el principio al exigir pagos de regalías por cada máquina vendida por un fabricante de computadoras independientemente de si estaba equipada con o sin Windows y con el caso histórico de combinar el navegador (Internet Explorer) con Windows para excluir al competidor y amenaza potencial Netscape en mediados de los años 1990. Apple tiene problemas para restringir el acceso a la App Store y cobrar de más a los desarrolladores de aplicaciones.

El nuevo activismo en los EUA y la UE

La principal cuestión para las autoridades de competencia y reguladoras es el control de las tendencias de monopolización inherentes cuando están presentes los efectos de red y las economías dinámicas de escala de la acumulación de datos. Ahora hay una reacción hacia BigTech en todas las jurisdicciones con propuestas para restringir sus actividades (e incluso amenazando con separaciones de negocios) con la UE como pionera y Estados Unidos, Reino Unido y China como principales ejemplos. Es más, la percepción es que las leyes antimonopolio actuales pueden no ser la herramienta adecuada para controlar el poder de mercado de las plataformas, dado que no han evolucionado con el progreso tecnológico, y que la regulación ex ante debería desempeñar un papel importante. Una cuestión relevante es que el modelo de negocio de las plataformas normalmente implica no cobrar a una de las partes (por ejemplo, a los consumidores, que implícitamente pagan por los servicios con datos personales) y, por lo tanto, es difícil mostrar una reducción de la producción o aumentos de precios que perjudiquen a los clientes.

En octubre de 2020, el Subcomité Antimonopolio de la Cámara de Representantes de los EUA emitió un extenso informe en el que alegaba que las plataformas BigTech ejercen un poder monopolístico, o un poder sustancial, y que han abusado de él, señalando a Google por mantener su monopolio de búsqueda mediante supuestos contratos anticompetitivos; a Amazon por asfixiar injustamente a los vendedores externos en su plataforma de mercado; Facebook por mantener su monopolio en redes sociales a través de una serie de prácticas comerciales anticompetitivas; y Apple por utilizar la posición dominante de su App Store para beneficiar sus propias aplicaciones y obstaculizar aquellas fabricadas por empresas rivales. El informe concluyó sugiriendo reformar el modelo antimonopolio (*antitrust*) estadounidense.

El Subcomité Antimonopolio apuntó a dos investigaciones en curso que pueden definir los límites de BigTech. Un caso en curso contra Google iniciado por el Departamento de Justicia en 2020 tiene similitudes con el caso Microsoft en los años 1990. Se acusa a Google de abusar de su posición dominante al participar en contratos para hacer que su servicio sea el motor de búsqueda predeterminado en diferentes dispositivos. Este caso amenaza un servicio que implica el 57% de los ingresos de Google, pero si estos contratos terminaran, también afectaría a las empresas involucradas que en el caso de Apple supone una cuarta parte de sus ingresos por servicios. Google también es acusado de abusar de su poder monopolístico en la publicidad digital.[7] El otro caso se refiere a Amazon, que fue acusado

[7] Véase https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies

finalmente en 2023 de abusar de su posición dominante como plataforma a través de cuatro prácticas diferentes, las principales por empaquetamiento (*bundling*) y una cláusula de paridad en precios (según la cual los proveedores no pueden tener precios más bajos en otras plataformas).

El presidente Biden firmó una orden ejecutiva en 2021 destinada a frenar el poder de las grandes empresas. Acusó a las grandes empresas de utilizar su poder de mercado para explotar a trabajadores y consumidores. La orden abarcó sectores que van desde la tecnología y el transporte hasta la atención sanitaria y la banca. Es parte de la estrategia más amplia de la administración Biden con relación al poder corporativo en varias industrias para abordar las concentraciones. Tras la orden, la Federal Trade Commission (FTC) y el Departamento de Justicia (DOJ) han revisado las directrices sobre fusiones de Estados Unidos. En las nuevas *Merger Guidelines* se quita énfasis en el poder de mercado y se pone en la estructura de mercado, se amplía el alcance de las medidas antimonopolio más allá del objetivo de bienestar del consumidor (por ejemplo, efectos en el mercado laboral), se reducen los umbrales de concentración para fusiones presuntamente ilegales (a un 30% de cuota combinada de mercado), se endurece el tratamiento de las fusiones verticales y de aquellas que amplían una posición dominante (examinando las participaciones minoritarias y las adquisiciones consecutivas).[8] Entre las preocupaciones están las ya mencionadas "adquisiciones asesinas". El Congreso de Estados Unidos tiene en discusión varios proyectos de ley bipartidistas para controlar BigTech.[9]

Las nuevas directrices estadounidenses sobre fusiones pueden ir en contra de los resultados del análisis económico. Según las nuevas directrices, las agencias pueden bloquear más fácilmente cualquier fusión en una industria con tendencia a la concentración. Sin embargo, si esta tendencia a la concentración surge de un cambio tecnológico que aumenta la importancia de los costos hundidos endógenos (en inversiones en I+D, por ejemplo), entonces la concentración puede ser eficiente.

El nuevo activismo de las autoridades de competencia estadounidenses ha sufrido derrotas en los tribunales (los casos de la FTC contra la adquisición de Activision por parte de Microsoft y de la *startup* de realidad virtual Within por parte de Meta han sido anulados).[10] Sin embargo, en el caso de Google planteado por el DOJ, un juez declaró a principios de agosto de 2024 que Google es un monopolio y que había abusado de su posición dominante en la búsqueda en línea (tiene más del 90% de cuota de mercado en los EUA) sobre todo a través de acuerdos exclusivos con el objetivo de negar a los competidores la escala necesaria.[11] Los remedios aún no han sido establecidos y Alphabet ha declarado que apelará la sentencia. La cuestión es si este caso no llega tarde dada la amenaza que la IA generativa y los *chatbots* representan para los motores de búsqueda tradicionales.

[8] Véase DOJ y FTC (2023).

[9] Platform Competition and Opportunity Act, Ending Platform Monopolies Act, Access Act, and Merger Filing Fee Modernization Act de 2021; Open App Markets Act y American Innovation and Choice Online Act de 2022.

[10] El Reino Unido también ha actuado activamente en materia antimonopolio, intentando bloquear la adquisición de Activision (a pesar de la aprobación de la CE) y obligando a Meta a vender con pérdidas la ya adquirida Giphy.

[11] https://www.texasattorneygeneral.gov/sites/default/files/images/press/Google%20Search%20Engine%20Monopoly%20Ruling.pdf

Abundan los casos de posición dominante por parte de plataformas dominantes. Apple tiene un caso pendiente en el que se le acusa de abusar de su poder en el mercado de los *smartphones* (el iPhone representa el 65% de los ingresos del mercado en los EUA) a través de la imposición de limitaciones contractuales a los desarrolladores, mientras dificulta que los usuarios cambien de dispositivo.[12] Las cuantiosas multas impuestas a Google por la CE en tres casos antimonopolio por abuso de posición dominante son paradigmáticas: por dominio en búsqueda para favorecer su propio negocio vertical en dos casos y por intentar proteger su dominio en búsqueda con su dominio en sistemas operativos Android en una tercera instancia.[13] La CE ha afirmado también que Amazon supuestamente utilizó datos no públicos sobre las ventas en su sitio web para impulsar sus productos y servicios de marca propia abusando de su posición dominante en el mercado en detrimento de sus rivales.

Tanto en los EUA (con el caso Epic Games) como en la UE también han aumentado los casos relacionados con pagos con móviles. La CE abrió una investigación antimonopolio sobre Apple Pay en junio de 2020. En julio del 2024 la CE aceptó los compromisos de Apple para abrir su tecnología Near Field Communication (NFC, "tap and go") en los iPhones a otras apps. Además, Apple ha sido sancionada por la CE en marzo de 2024 por primera vez en un caso antimonopolio con una multa de €1.8 mil millones ante una queja de Spotify por sus disposiciones contra la desviación de tráfico (*anti-steering*).

La UE ha estado a la vanguardia en la regulación de BigTech con la Ley de Servicios Digitales (DSA) y la Ley de Mercados Digitales (DMA). La DSA impone más responsabilidad a las grandes plataformas en línea para vigilar mejor Internet (por ejemplo, para prevenir comportamientos ilegales o información errónea). La DMA impone condiciones específicas para plataformas que tienen el estatus de "guardianes de acceso" (*gatekeepers*) con disposiciones regulatorias ex ante (por ejemplo, impidiendo excluir el acceso a su plataforma u obligando a depender del consentimiento del usuario para procesar sus datos) y una ampliación de los poderes de investigación de la CE. Estos guardianes de acceso son aquellas plataformas que tienen un impacto significativo en el mercado interno (por encima de ciertos umbrales de usuarios, ingresos o capitalización de mercado) y/o que tienen una posición arraigada y persistente en sus operaciones. La DMA impone obligaciones de intercambio de datos para reducir el control exclusivo de los guardianes, eliminando la auto-preferencia y las asimetrías de información entre la plataforma y sus usuarios empresariales. El objetivo general de la normativa es garantizar un mayor grado de competencia en los mercados digitales europeos, evitando el abuso de poder de mercado por parte de las grandes plataformas y fomentando la entrada de nuevos actores. Sin embargo, las situaciones que prevé son retrospectivas y se refieren implícitamente a problemas de competencia pasados con plataformas específicas. El enfoque del Reino Unido propone examinar el modelo de negocio de las plataformas dominantes y puede ser más flexible y adecuado para abordar cuestiones de competencia.

---

[12] Véase https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-apple-monopolizing-smartphone-markets

[13] Comisión Europea. Caso AT.39740, Búsqueda de Google (Compras). http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf; Comisión Europea. Caso AT.40099, Google Android. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm ; Comisión Europea. Caso AT.40411, Búsqueda de Google (AdSense). http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19- 1770_en.htm)

En 2023 la CE nombró a los primeros guardianes de acceso. La DMA afecta a algunas de las actividades principales de Alphabet/Google, Amazon, Apple, ByteDance (por su aplicación TikTok), Meta/Facebook y Microsoft, en los negocios de redes sociales, buscadores, publicidad online, sistemas operativos y navegadores entre otros mercados.[14] Google y Microsoft han anunciado públicamente que no impugnarán la decisión de la CE. Meta, Apple y ByteDance han alegado que la CE erró al considerar algunos de sus servicios como guardianes de acceso: iMessage y Messenger, iOS, TikTok y App Store y Meta Marketplace.[15] La apelación de ByteDance fue resuelta por el TGUE el 17 de julio de 2024 ratificando la decisión de la Comisión de designar a TikTok como guardián en redes sociales.

La DMA comenzó a aplicar las obligaciones de los guardianes de acceso el 7 de marzo de 2024 (excepto para Booking, que fue designada en una fase posterior). Esto ha provocado que las grandes empresas tecnológicas anuncien ajustes que harán en algunas de sus plataformas. Lo más destacado entre estas adaptaciones es el compromiso de Google de introducir una pantalla de elección (*choice screen*) para que los usuarios decidan qué servicio desean como predeterminado; Meta introduciendo interoperabilidad con otras plataformas (por lo que, teóricamente, se podría enviar un mensaje desde WhatsApp para ser recibido en Telegram); y Apple permitiendo que se descarguen tiendas de aplicaciones alternativas en el sistema iOS e introduciendo pantallas de elección.[16] Además, Apple reducirá su comisión en la App Store de un rango del 15% al 30% a un rango del 10% al 17% (tema clave en el caso de Epic Games).[17] A pesar de estos cambios, Meta, Microsoft y Spotify han argumentado ante la CE que las propuestas de Apple no cumplen con sus obligaciones bajo la DMA.

La dificultad de implementar una regulación tan compleja como la DMA en un entorno de cambio tecnológico rápido es evidente. No hay evidencia de que, por ejemplo, la introducción de una pantalla de elección acabe siendo efectiva y beneficiosa para los usuarios. La forma en que las empresas se adapten a la DMA podría incluso ayudar a mantener su dominio antes de que los reguladores puedan contrarrestarlo. El diablo está en los detalles.[18]

El desafío para los reguladores y autoridades de competencia

La intervención pública en las industrias de red y la economía digital plantea un desafío. Por un lado, los efectos de red y la dinámica del Big Data pueden causar fallos en el mercado: los usuarios pueden coordinarse con estándares inferiores, las empresas pueden no conseguir compatibilidad de sus productos y luchar por ecosistemas diferenciados para aumentar el poder de mercado, y puede surgir el dominio de la plataforma en importantes segmentos del mercado. Por otro lado, la intervención pública es propensa a errores, normalmente va a la

[14] Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328

[15] Véase ByteDance contra la Comisión (Caso T-1077/23), Meta Platforms contra la Comisión (Caso T-1078/23), Apple contra la Comisión (Caso T-1079/23) y Apple contra la Comisión (Caso T-1080/23).

[16] Todos estos cambios son complementarios a otros que son más explícitos en las obligaciones impuestas por la DMA, por ejemplo, permitir a usuarios decidir qué servicios pueden compartir datos entre ellos. Véase Espinoza y Waters https://www.ft.com/content/236ecc8c-7b2c-40d0-8af1-a7497f39c0a1

[17] Véase https://developer.apple.com/support/dma-and-apps-in-the-eu/#Introduction

[18] Véase Austin Carr: https://www.bloomberg.com/news/newsletters/2024-03-11/apple-s-iphone-choice-screen-unlikely-to-achieve-eu-competition-goal

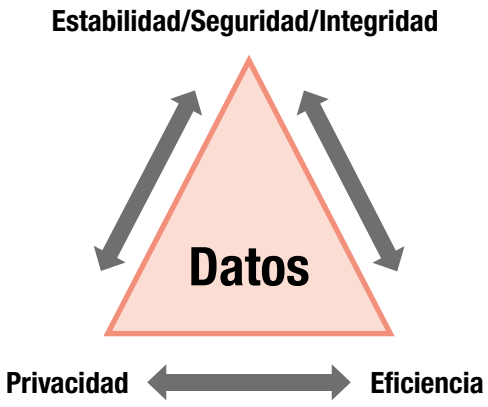
zaga de la evolución del mercado y, cuando intenta mirar hacia el futuro, necesita anticipar acontecimientos muy inciertos. Hay opiniones y movimientos para sustituir la intervención antimonopolio ex post en favor de una regulación ex ante.

Las tecnologías digitales plantean ciertamente un desafío formidable para los reguladores y las autoridades de competencia. Tomemos el caso de la inteligencia artificial. Hemos visto cómo los precios algorítmicos pueden sostener precios colusorios sin que las empresas se comuniquen. Esto es problemático para las autoridades antimonopolio, ya que éstas se centran precisamente en la comunicación para hacer frente a la colusión. En este caso, concentrarse en las normas de fijación de precios colusorios puede ser la clave para identificar, prevenir y perseguir la práctica anticompetitiva. Las reglas de fijación de precios, cruciales para sostener la colusión, pueden ser observables ya que los algoritmos de fijación de precios de las empresas pueden ser auditados y probados, pero esto requiere un alto grado de preparación técnica por parte de la autoridad de competencia.[19]

En términos más generales, surge la pregunta de cómo regular la IA. Norbert Wiener, el padre de la cibernética, advirtió en 1960 sobre los efectos no deseados del aprendizaje de las máquinas y que para evitar consecuencias perniciosas nuestra comprensión de la máquina debería evolucionar con su desempeño. La IA afectará la privacidad, la protección del consumidor, la propiedad intelectual y la política de competencia. Dado que la IA necesita una gran cantidad de datos, capacidad informática, experiencia y recursos, las bigtech están muy bien situadas para liderar su desarrollo y aplicación. Lo más probable es que la competencia oligopólica sea feroz y, por lo tanto, la cuestión central que deben enfrentar los reguladores es cómo alcanzar el nivel adecuado de intervención para que se fomente la innovación por el bien de la sociedad. En particular, para permitir el desarrollo de nuevos participantes innovadores que puedan desafiar a los existentes.

La economía digital plantea preocupaciones sobre la privacidad e introduce nuevas tensiones en las políticas de gestión de datos (ver la Figura 2).

Figura 2. Tensiones entre objetivos en la gestión de datos



[19] Véase Calvano et al. (2020). Recientemente la FTC y el DOJ han tomado medidas contra la colusión algorítmica en los alquileres en el mercado inmobiliario.

A las tradicionales tensiones (*tradeoffs*) entre estabilidad, seguridad o integridad de los mercados e intermediarios y eficiencia debemos agregar el vértice de la privacidad y sus posibles tensiones con eficiencia (acceso a los datos por parte de los proveedores versus anonimato de los clientes) y con estabilidad/seguridad/integridad (acceso a los datos con fines regulatorios versus anonimato de los clientes) (Carletti et al., 2020). Por ejemplo, la compartición de datos entre plataformas y operadores fomenta la interoperabilidad y la competencia pero puede perjudicar la privacidad y aumentar la exposición a ciberataques (este es uno de los puntos de fricción entre Apple y Meta).

La UE aprobó en 2024 un marco regulatorio para la IA con un enfoque basado en riesgos que será implementado en toda la UE[20], categorizando las aplicaciones de IA en cuatro grupos según sean de riesgo mínimo (como los filtros de spam), específicos (afectando la transparencia), alto o inaceptable por afectar derechos fundamentales. Además, se prevén ciertas obligaciones para proveedores de modelos de IA de propósito general (como los ChatGPT-3.5 o superiores) que varían según su capacidad computacional, desde requisitos de transparencia hasta la obligación de informar de todos los incidentes a la Comisión, así como realizar evaluaciones de riesgos sistémicos, eficiencia energética y ciberseguridad.

El conflicto potencial entre privacidad y seguridad se aprecia en esta regulación, ya que algunas normas impiden explícitamente a los actores acceder a la información del usuario, mientras que otras, como la creación de diferentes organismos expertos o los requerimientos de evaluaciones, otorgan poder a la UE y a los Estados Miembros para actuar y mitigar distorsiones en el sector.

El regulador debe ser cuidadoso para no ahogar la innovación con una regulación demasiado intrusiva. El acuerdo sobre la regulación de la IA exime a los sistemas en proceso de investigación y desarrollo de la mayoría de las obligaciones. Esta opción regulatoria permite la innovación experimental dentro de un entorno donde se controlan los riesgos y proporciona certeza legal a las empresas sobre lo que pueden y no pueden hacer. La Comisión reconoce que el potencial innovador de la IA es difícil de prever. Esta regulación supondrá costos relevantes, sobre todo para pequeños innovadores, no puede ser muy precisa por el carácter cambiante de la tecnología y por tanto puede generar incertidumbre jurídica.[21]

La consideración de la *innovación* es crucial para las autoridades antimonopolio, pero la tarea no es fácil. Los actores dominantes pueden no tener incentivos para implementar innovaciones disruptivas, ya que canibalizarían su negocio establecido, y este es un argumento para que las autoridades antimonopolio eviten adquisiciones de competidores potenciales que amenazarían el negocio. Sin embargo, la tendencia a imponer obligaciones regulatorias a las plataformas también puede sofocar la innovación. Es muy difícil para un regulador anticipar dónde se producirán los avances tecnológicos. Sin embargo, sí sabemos que una competencia insuficiente perjudicará la innovación. Fomentar la interoperabilidad y la portabilidad de los datos con una asignación adecuada de derechos de control sobre estos puede ser eficaz para aumentar la competencia entre los ecosistemas de diferentes plataformas. Esto reduce los costos de cambio entre plataformas y será favorable a la competencia. Cabe señalar que el progreso de la

[20] Véase https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689

[21] Véase Espinoza: https://www.ft.com/content/6cc7847a-2fc5-4df0-b113-a435d6426c81

tecnología de la información puede facilitar dicha interoperabilidad y portabilidad de datos sin obstaculizar la privacidad, aliviando una posible tensión. El gran debate se centra en si es mejor regular a las plataformas BigTech o si es mejor fomentar la competencia entre ellas.

En los servicios bancarios y financieros, la innovación ha eludido sistemáticamente la regulación, y la intervención antimonopolio ha estado sujeta a limitaciones debido al equilibrio entre competencia y estabilidad financiera.[22] Los avances en la tecnología de la información pueden exacerbar situaciones en las que la competencia es excesiva desde el punto de vista social, ya sea en forma de tipos de interés demasiado bajos en los préstamos bancarios o en forma de una proliferación excesiva de plataformas de trading en los mercados financieros (Vives, 2021).

Las autoridades antimonopolio deben preocuparse no sólo por el posible afianzamiento de las grandes plataformas sino también por las barreras de entrada para nuevos participantes. Un ejemplo lo proporciona la economía colaborativa (mercados donde compradores y vendedores se conectan en plataformas en línea para compartir activos o recursos subutilizados). Las regulaciones existentes pueden obstaculizar su desarrollo, y las autoridades de competencia atacadas, por influencia de lobbies de actores establecidos (por ejemplo, la industria del taxi que opera de facto como un cártel regulado en algunas jurisdicciones). Naturalmente, los nuevos entrantes deben respetar las regulaciones laborales de protección de los trabajadores para que su impacto sea positivo.

La protección del consumidor pasa a primer plano. Los reguladores deben, por ejemplo, establecer quién controla los datos (con la UE por delante con el GDPR) y garantizar la seguridad al realizar transacciones en las plataformas; deben considerar también que la tecnología digital permite una mayor capacidad de discriminación de precios. Se debe prestar especial atención a fomentar el uso de la tecnología digital de una manera transparente que atenúe los posibles sesgos de comportamiento de consumidores e inversores. Debe garantizarse la cooperación de las autoridades de competencia (sumadas a las prudenciales para la banca) con las unidades responsables de la protección del consumidor y la gestión de datos.

En conclusión, la política y regulación de la competencia deben estar a la altura del desafío de garantizar que la capacidad disruptiva de la tecnología y las plataformas digitales para mejorar el bienestar se materialice y, así, genere beneficios para los consumidores y la sociedad en general sin poner en peligro la privacidad, la seguridad de las transacciones y la integridad del mercado.

Bibliografía

AGRAWAL, A.; GANS, J.; GOLDFARB, A. *Prediction Machines*, Harvard Business Review Press, 2018.

AUTOR, D.; DORN, D.; KATZ, L. F.; PATTERSON, C.; VAN REENEN, J. The Fall of the Labor Share and the Rise of Superstar Firms, *The Quarterly Journal of Economics*, 2020, vol. 135, 2, p.645-709.

BERGEMANN, D.; Bonatti, A. Markets for Information: An Introduction, *Annual Review of Economics*, 2019, vol. 11, p.85-107.

[22] Cabe señalar que mantener una competencia vigorosa es sólo un objetivo intermedio para fomentar el bienestar social. Véase Vives (2016).

BESSEN, J. E. Information technology and industry concentration, Technical Report 41. Boston University School of Law, Boston, MA, 2017.

CALVANO, E.; CALZOLARI, G.; DENICOLÒ, V.; HARRINGTON, J.E.; PASTORELLO, S. Protecting consumers from collusive prices due to AI, *Science*, 2020, vol. 370, 6520, p.1040-1042.

CALVANO, E.; CALZOLARI, G.; DENICOLÒ, V.; PASTORELLO, S. Algorithmic Pricing: What Implications for Competition Policy, *Review of Industrial Organization*, 2019, vol. 55, p.155-171.

CARLETTI, E.; CLAESSENS, S.; FATÁS, A.; VIVES, X. The Bank Business Model in the post Covid-19 World, CEPR, 2020.

CHEN, J.; ELLIOTT, M.; KOH, A. Capability accumulation and conglomeratization in the information age, *Journal of Economic Theory*, 2023, vol. 210, 105647.

DE LA MANO, M.; PADILLA, J. Big Tech Banking, *Journal of Competition Law & Economics*, 2018, vol. 14, 4, p.494–526.

DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. Merger Guidelines. Antitrust Division. Draft Merger Guidelines for Public Comment Purposes, 2023.

DUFFIE, D.; FOUCAULT, T.; VELDKAMP, L.; VIVES, X. Technology and Finance, CEPR Report, 2022.

FARBOODI, M.; MIHET, R.; PHILIPPON, T.; VELDKAMP, L. Big Data and Firm Dynamics", *AER Papers and Proceedings,* 2019, vol. 109, p.38-42.

GOLDFARG, A.; TUCKER, C. Digital Economics, *Journal of Economic Literature*, 2019, vol. 57, 1, p.3-43.

OECD. An introduction to online platforms and their role in the digital transformation. Paris: OECD, 2019.

SUTTON, J. *Sunk Costs and Market Structure*, MIT Press, 1991.

TAYLOR, C. R. Consumer privacy and the market for customer information, *Rand Journal of Economics*, 2004, vol. 35, 4, p.631-650.

THISSE, J.F. ; VIVES, X. On the Strategic Choice of Spatial Price Policy, *American Economic Review*, 1988, vol. 78, 1, p.122-137.

VIVES, X. The antitrust FinTech challenge, *Concurrences*, 2021, Nº4, 21-26.

VIVES, X. Digital Disruption in Banking, *The Annual Review of Financial Economics*, 2019, vol. 11, p.243-272.

VIVES, X. *Competition and Stability in Banking: The Role of Competition Policy and Regulation*, NJ: Princeton University Press, 2016.

VIVES, X. Innovation and Competitive Pressure, *The Journal of Industrial Economics*, 2008, vol. 56, 3, p.419-469.

¿Debe la Unión Europea dar la batalla por el dominio de los microchips?

Autora:

Judith Arnal Martínez, Investigadora Principal en el Real Instituto Elcano y el Centre for European Policy Studies (CEPS)

Resumen:

En la actualidad, no hay digitalización posible sin microchips. Debido a la Ley de Moore, la industria de los microchips es muy difícil de abordar para los entrantes. La cadena de valor de los microchips es compleja y está fuertemente globalizada. Dadas las presentes tensiones geopolíticas, las interdependencias derivadas de la globalización están dando lugar a la adopción de medidas proteccionistas, especialmente por Estados Unidos, así como a una carrera global de subsidios públicos, que se ha extendido también a los Estados miembros de la UE, con efectos potencialmente dañinos para el mercado interior. Las competencias de la UE en materia de política industrial son de apoyo, lo que hace imprescindible la cooperación de los Estados miembros y su actuación coordinada y solidaria ante otras potencias geopolíticas. Asimismo, la UE debería fijar objetivos que permitan reducir las dependencias y que se adapten a las demandas de nuestro tejido industrial. Por último, la Comisión Europea debe emplear un enfoque proporcionado en materia de ayudas de Estado.

Palabras clave:

Semiconductores, exportaciones, inversiones, industria, geopolítica.

Códigos JEL:

F15, F52, K21, L52.

1. Los microchips: en continua evolución, difícil para los entrantes y con una amplia taxonomía

Chips, microchips, semiconductores o circuitos integrados. Distintas maneras de referirse a uno de los elementos más revolucionarios de las últimas décadas, sin el cual no puede entenderse la digitalización. Un chip o microchip es una diminuta placa de material semiconductor, como el silicio[1] o el germanio, que integra un circuito electrónico. Contiene millones de componentes electrónicos microscópicos conocidos como transistores que transmiten señales de datos (Amazon Web Services, n.d.). Se trata de una tecnología de propósito general, presente en una muy amplia gama de productos. De hecho, en la actualidad, nuestro día a día no puede entenderse sin los microchips: desde la alarma con la que nos despertamos, el cepillo con el que nos lavamos los dientes, el medio de transporte con el que nos dirigimos al trabajo, el ordenador con el que preparamos nuestros informes, el microondas en el que calentamos nuestra comida, el móvil con el que hablamos con nuestra familia o amigos, la televisión en la que vemos el telediario a la hora de cenar o el libro electrónico en el que leemos una novela antes de dormir. Pero los microchips van mucho más allá de su uso civil y están también presentes en la industria armamentística de última generación.

Desde su invención hace unas pocas décadas, la innovación en la industria de los microchips ha sido muy notable. En efecto, con el paso del tiempo y la innovación, el tamaño de los microchips ha ido reduciéndose y su rendimiento aumentando, cumpliéndose o incluso superando así la Ley de Moore (Tardi, 2023). En 1965, el cofundador de Intel, Gordon Moore, predijo que el número de transistores en un chip se duplicaría aproximadamente cada dos años, con un aumento mínimo en el coste, dando así lugar a la conocida como Ley de Moore. Y precisamente, es el cumplimiento de la Ley de Moore lo que hace que la industria de los microchips sea terriblemente competitiva y difícil de abordar para los entrantes. El progreso tan rápido en producir chips cada vez más pequeños y eficientes refleja la acumulación de un *know how* muy vasto, específico y complejo por parte de unas pocas compañías. Para cuando una compañía entrante acumulara la tecnología y los conocimientos necesarios para replicar los procesos de las incumbentes, estas últimas ya habrían evolucionado a la siguiente fase, dejando a la empresa entrante permanentemente una generación por detrás. Un caso paradigmático es el de la ciudad rusa Zelenograd (Miller, 2022), un intento fallido por parte de la URSS de replicar el éxito estadounidense de Silicon Valley.

Pero bajo una misma palabra, microchip, se esconde una compleja taxonomía en función del propósito concreto que esté destinado a cumplir. Con arreglo a este criterio, pueden distinguirse seis tipos de microchips (Arnal, García y Jorge, 2023):

1. **Chips de memoria**, que incluyen memoria a corto plazo (DRAM), utilizada, por ejemplo, en computadoras personales, y memoria a largo plazo (NAND), que se encuentra en dispositivos de almacenamiento como unidades flash USB o cámaras digitales, así como en electrónica industrial. El mayor fabricante de chips de memoria con diferencia es Samsung Electronics.

[1] De ahí la referencia a *Silicon Valley*, el Valle del Silicio, en Estados Unidos, como ecosistema en el que nacieron los chips.

2. **Chips de microprocesador**, que abarcan unidades centrales de procesamiento (CPUs), unidades de procesamiento gráfico (GPUs), procesadores de señales digitales (DSPs) y microcontroladores (MCUs). Comercialmente, Intel es la compañía líder mundial en CPUs, aunque otras empresas como AMD, IBM y Qualcomm también tienen posiciones destacadas. En el caso de las GPUs, Intel, Nvidia y AMD son las principales compañías, mientras que Microchip, TI, AI y ARM son representativas en DSPs, y Renesas Electronics, NXP y ST son relevantes para MCUs.

3. **Chips de potencia**, que suministran energía, por ejemplo, a las CPUs y DSPs, entre otros. Las principales empresas fabricantes en este campo son Broadcom, Toshiba, Mitsubishi Electric, Renesas, Qualcomm, NXP e Infineon.

4. **Chips sensores**, que incluyen sensores de imagen CMOS (CIS), con cuotas significativas de empresas como Sony y Samsung, o chips táctiles.

5. **Chips de comunicación**, como los conocidos chips Bluetooth o chips inalámbricos (Wi-Fi).

6. **Chips de interfaz**, como los chips de interfaz multimedia de alta definición (HDMI), que son una interfaz de transmisión de video y sonido digital que puede conectarse mediante cable a laptops, televisores y otros dispositivos.

Otra forma de clasificar los microchips es en función de su tamaño. Al mencionar antes la Ley de Moore, se estaba haciendo referencia a la densidad de transistores en el microchip, que está estrechamente relacionada con el tamaño del nodo tecnológico, medido en nanómetros. Un nanómetro equivale a una millonésima parte de un milímetro, es decir, 0,000000001 metros. Este tamaño en nanómetros (nm) representa la distancia entre los transistores, y a medida que disminuye, permite incluir más transistores en la misma superficie, mejorando la potencia de procesamiento y facilitando así el cumplimiento de la Ley de Moore. Por ejemplo, los microchips fabricados con tecnologías de 5 nm o 3 nm son mucho más avanzados que los de generaciones anteriores, como los de 14 nm, ya que ofrecen mayor rendimiento y eficiencia. Esta miniaturización ha sido clave para el desarrollo de dispositivos electrónicos más potentes, compactos y energéticamente eficientes, como smartphones, computadoras y servidores. Sin embargo, también plantea retos significativos en términos de diseño, fabricación y costes de producción.

La empresa taiwanesa TSMC y la surcoreana Samsung son los principales fabricantes de chips de vanguardia, siendo esta última la que ha presentado una hoja de ruta para producir en masa chips de 2 nm para dispositivos móviles en 2025, en un intento por alcanzar a TSMC. Sin embargo, parece que TSMC no solo lleva un año de ventaja en la calidad de los productos de 2 nm, sino que la compañía taiwanesa también ha planeado comenzar la producción en masa de chips de 1,4 nm en 2027.

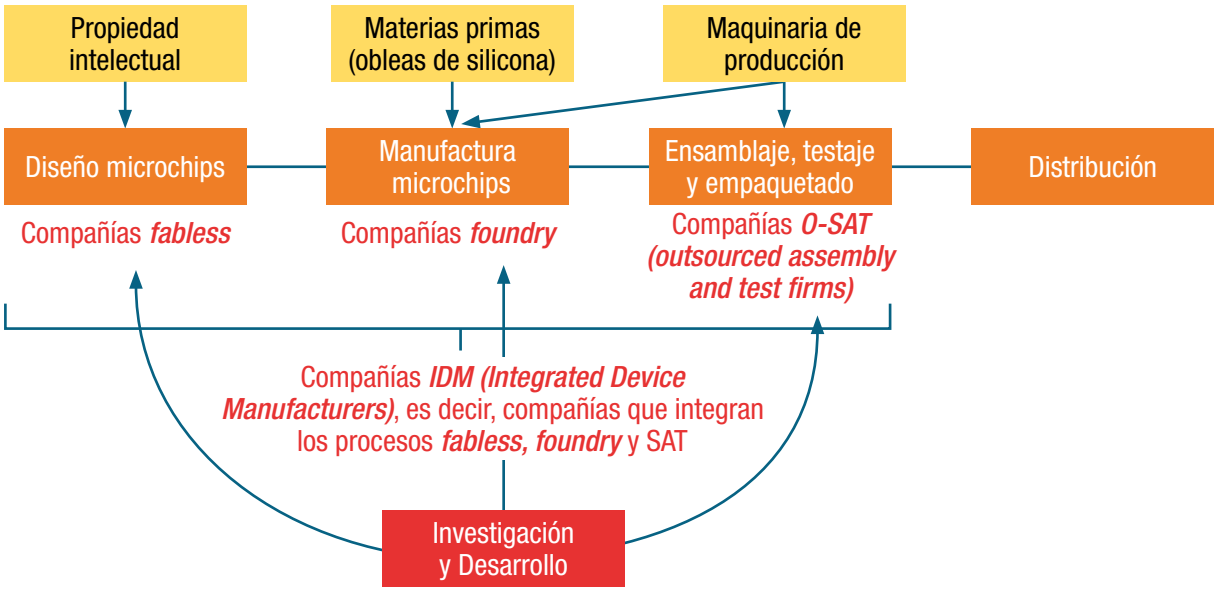
Entonces, ¿son las empresas asiáticas las que dominan el mercado mundial de semiconductores? ¿Se ha quedado la UE atrás y ya no merece la pena dar la batalla? En la sección segunda de este artículo, se hace un repaso de la cadena de valor de los microchips, mostrando las fuertes interdependencias que existen y su elevada fragmentación, que crecientemente está sujeta a vaivenes geopolíticos. En la sección tres, se explican las medidas, tanto

proteccionistas como de apoyo público a la industria nacional, que se están implementando en las jurisdicciones con mayor peso geoeconómico. La sección cuatro se centra en explicar los principales actores del ecosistema europeo de microchips, la respuesta reactiva de la UE con adopción del paquete del EU Chips Act y la competencia fiscal que está teniendo lugar entre los principales Estados miembros. El apartado cinco formula una serie de recomendaciones de políticas públicas a la UE y a sus Estados miembros, a la luz del análisis realizado. La sexta y última sección concluye, dando respuesta a la pregunta que este artículo lleva por título.

2. La cadena de valor de los microchips: fruto de la globalización, repleta de interdependencias y sujeta a vaivenes geopolíticos

En el imaginario colectivo, la producción de microchips se identifica más directamente con la fase de las manufacturas. Sin embargo, la cadena de valor de los microchips es mucho más compleja e interdependiente (Zaman, 2022), como se muestra en la Figura 1.

Figura 1. Cadena de valor de los microchips



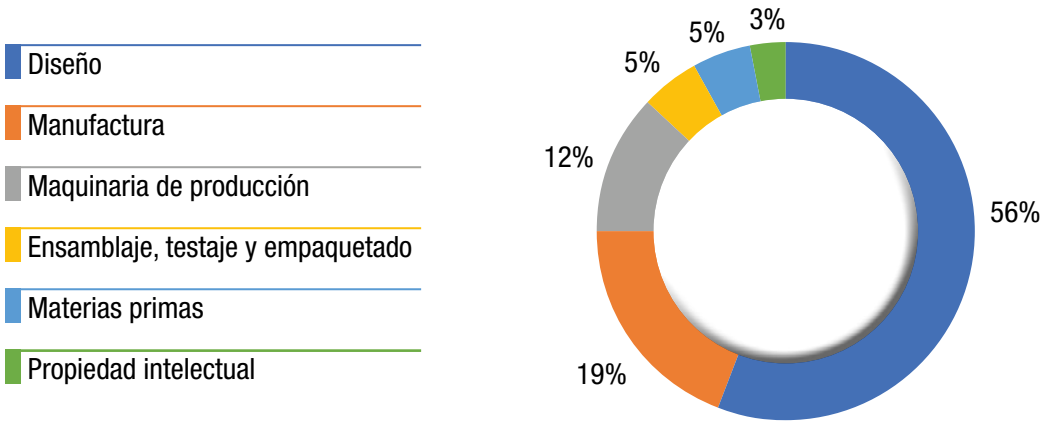
Fuente: Elaboración propia sobre la base de Comisión Europea, SWD (2021)352

Inicialmente, la práctica integridad de la cadena de valor de microchips se concentraba en Estados Unidos. Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XX, Estados Unidos lideró un movimiento estratégico para externalizar partes de la cadena de valor de los microchips, trasladando actividades como la manufactura y el ensamblaje a países de Asia (Miller, 2022). Este proceso, inicialmente motivado por razones económicas como la reducción de costes y la optimización de la producción, tuvo también un importante impacto geopolítico. Al fortalecer economías aliadas como Taiwán y Corea del Sur, la externalización contribuyó a crear empleos

mejor remunerados y a consolidar a estos países como socios clave en el bloque occidental, reduciendo su dependencia de potencias no alineadas como China. Así, en la actualidad, la empresa taiwanesa TSMC es la empresa manufacturera de microchips más avanzada del mundo y una de las diez de mayor capitalización bursátil a nivel global. La empresa coreana Samsung es otra de las grandes avanzadas en la manufactura de microchips, compitiendo directamente con TSMC.

Y es que no todas las partes de la cadena de valor de los microchips generan el mismo valor añadido. En efecto, la parte que mayor valor añadido genera, tal y como se recoge en la Figura 2, es precisamente el diseño, con un 56%. La manufactura, sin embargo, mucho más intensiva en Capex, no representa ni el 20% del valor añadido total.

Figura 2. Valor añadido de las distintas partes de la cadena de valor de los microchips en 2019



Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos de la Semiconductor Industry Association (2021)

Las elevadas inversiones necesarias para la manufactura de microchips motivaron un cambio en los modelos de negocio. Algunas compañías que integraban las fases de diseño, manufactura y ensamblaje de microchips, conocidas como Integrated Device Manufactures (IDM, por sus siglas en inglés), pasaron a separar la fase de diseño (fabless) de la de manufactura (foundry). Esto no quiere decir que las IDM hayan desaparecido por completo, con Intel o Samsung como casos de modelo híbrido. Pero lo cierto es que la separación entre fabless y foundry ha proliferado en los últimos años. Ejemplos claros son la escisión de GlobalFoundries con respecto de AMD en 2009 o la venta de la división de fabricación de IBM a GlobalFoundries en 2014.

Nvidia puede considerarse el ejemplo paradigmático de fabless y TSMC de foundry. Sus datos de Capex refuerzan la idea de que la manufactura de microchips es fuertemente intensiva en capital y genera menor valor añadido: el Capex de TSMC equivale aproximadamente al 50% de sus ingresos, frente únicamente al 8% en el caso de Nvidia.

La Tabla 1 muestra el peso relativo de las distintas jurisdicciones en cada una de las etapas de la cadena de valor de los semiconductores. Estados Unidos es la jurisdicción que

más recursos privados destina a la I+D y que, además, cuenta con especialización en el diseño de microchips, es decir en fabless. Por su parte, en Asia, sobre todo en Taiwán y Corea del Sur, se concentran las empresas manufactureras de microchips más avanzadas, las foundries. Fue la mayor abundancia de capital la que motivó la migración por parte de las empresas estadounidenses de las foundries a Asia (Gros, 2024), así como unos menores costes laborales y una importante batería de medidas de apoyo gubernamental. Por otro lado, equipos como las máquinas de litografía ultravioleta extrema (EUV, por sus siglas en inglés) son producidos por empresas de la Unión Europea, destacando especialmente la compañía neerlandesa ASML, aunque empresas japonesas y estadounidenses también son relevantes en otros procesos de manufactura. En cuanto a materiales y gases, las obleas de silicio provienen principalmente de Japón, mientras que otros elementos son suministrados por diversas empresas de los Estados Unidos, Alemania y Francia, entre otros. Finalmente, los servicios de pruebas y empaquetado de chips se subcontratan a jurisdicciones como Malasia y Taiwán.

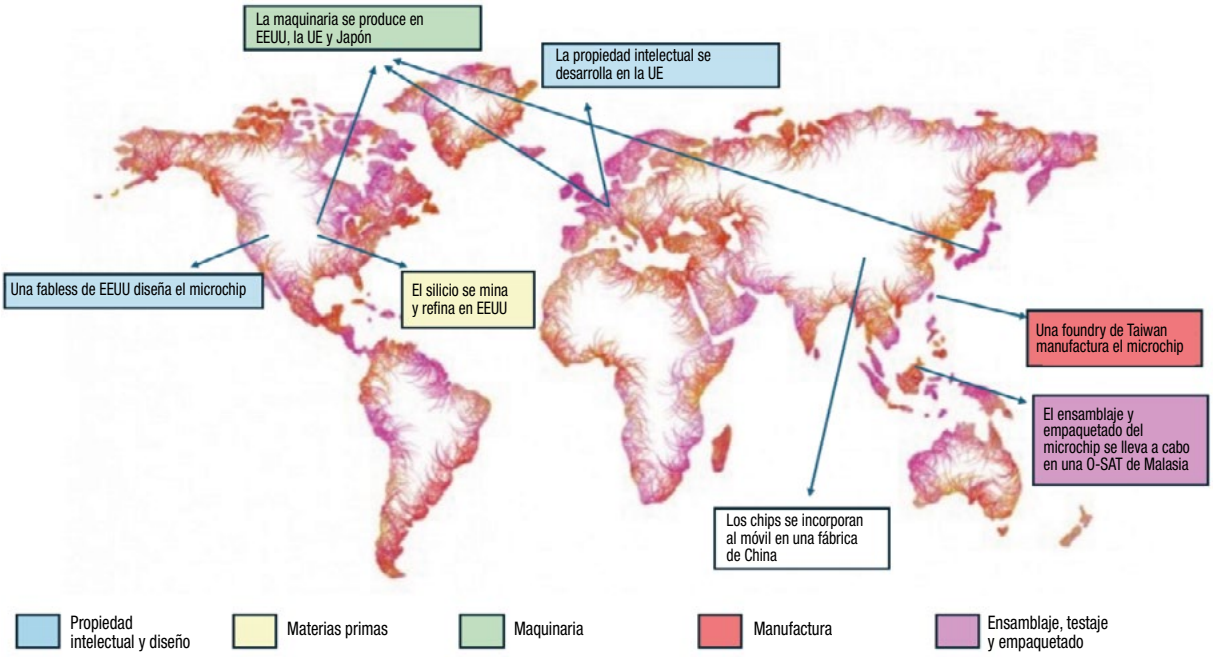
Tabla 1. Cuotas globales de semiconductores en 2020

Categoría	EEUU (%)	China (%)	Europa (%)	Taiwán (%)	Coreal del Sur (%)	Japón (%)	Resto del mundo (%)
Gasto privado en I+D	60	4	6	11	13	8	0
Manufacturación <10 nm	0	0	0	92	8	0	0
Manufacturación 10-22 nm	43	3	12	28	5	9	0
Manufacturación 28-45 nm	6	19	4	47	6	5	13
Manufacturación >45 nm	9	23	6	31	10	13	7
Equipamiento	41	2	18	0	4	32	3
Obleas	4	4	14	16	10	56	0

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos de la European Strategy and Policy Analysis System, 2020

De los datos anteriores, resulta evidente que la cadena global de microchips está altamente fragmentada. Un ejemplo ilustrativo es la cadena de valor de producción de un microchip para un teléfono inteligente. Como se observa en la Figura 3, la propiedad intelectual se desarrolla en la UE, mientras que el diseño del microchip corre a cargo de una fabless en Estados Unidos. El silicio necesario para la producción de obleas se mina y refina también en Estados Unidos. La maquinaria necesaria para la elaboración del microchip puede tener su origen en Estados Unidos, la UE o Japón, pero la manufactura corre a cargo de una foundry situada en Taiwán. El ensamblaje y empaquetado del microchip se lleva a cabo en una fábrica de Malasia. Finalmente, tras este proceso en el que el microchip ha dado la vuelta al mundo, es una fábrica situada en China la encargada de incorporar el microchip en el teléfono inteligente.

Figura 3. Cadena de valor de un microchip para un teléfono inteligente



Fuente: Elaboración propia sobre la base de ejemplo del Consejo de la UE

En tiempos geopolíticamente tranquilos, la fragmentación de la cadena de valor de microchips no ofrece ningún problema. De hecho, resulta eficiente desde el punto de vista económico, que es la razón principal por la que la cadena de valor, que inicialmente estaba concentrada sobre todo en los Estados Unidos, se fragmentó y repartió a lo largo del mundo. Sin embargo, en un mundo como el actual, con crecientes tensiones especialmente entre Estados Unidos y China y con el papel clave que juega Taiwán, bajo continua amenaza china, en la producción de los microchips más avanzados, esta fragmentación de la cadena de valor de microchips está dando lugar a continuas tensiones, tal y como se explica en el siguiente apartado.

3. La carrera global por el dominio de la industria de los microchips

La importancia de los microchips en la actividad cotidiana, así como para el avance tecnológico tanto en áreas militares como civiles, está provocando una sucesión de actuaciones, tanto proteccionistas como de apoyo a la industria nacional, por parte de los principales actores geopolíticos. Los microchips han pasado de ser una cuestión comercial, regida por principios económicos y de eficiencia que fomentaron la aparición de una cadena de valor global, a ser un tema de seguridad nacional, que por tanto atiende a consideraciones más políticas.

Una sucesión incremental de medidas de control de exportaciones e inversiones salientes por Estados Unidos, con presiones a países aliados

Son especialmente destacables las medidas de control de exportaciones introducidas por Estados Unidos. Este país ha implementado una serie de medidas restrictivas dirigidas a li-

mitar el acceso de China a tecnologías avanzadas relacionadas con los semiconductores y la inteligencia artificial. Estas restricciones han evolucionado en alcance, especificidad y rigor, pudiendo estructurarse en cuatro oleadas principales.

En octubre de 2022, el *Bureau of Industry and Security* de Estados Unidos (BIS, por sus siglas en inglés) adoptó un conjunto de medidas restrictivas destinadas a limitar el acceso de China a tecnologías avanzadas en los sectores de la inteligencia artificial y la supercomputación (BIS, 2022). Estas medidas prohibieron la exportación de semiconductores avanzados utilizados en estos campos, así como de maquinaria clave para la fabricación de chips avanzados, incluyendo equipos de litografía ultravioleta extrema (EUV) y otras herramientas esenciales. Las licencias de exportación para estas tecnologías comenzaron a denegarse de manera generalizada, salvo en casos excepcionales sujetos a criterios estrictos de seguridad nacional. Las restricciones, diseñadas para frenar el avance tecnológico de China, tuvieron un impacto significativo en el sector tecnológico chino en su conjunto, aunque también incluyeron la identificación de empresas específicas en listas de control. Si bien las medidas eran amplias, el documento no abordó explícitamente las estrategias de elusión, como el uso de intermediarios, que podrían emplearse para sortear estos controles.

En octubre de 2023, el BIS adoptó una segunda tanda de medidas para cerrar las brechas identificadas en los controles previos, particularmente en relación con el uso de intermediarios en terceros países para eludir las restricciones (BIS, 2023). Estas nuevas medidas ampliaron el alcance de los controles, incluyendo empresas y jurisdicciones estratégicas como Macao, así como países que podrían actuar como puntos de reexportación hacia China. Además, se endurecieron las restricciones a la exportación de maquinaria avanzada, estableciendo la necesidad de licencias estrictas incluso para aliados si existía un riesgo de desvío hacia China. Aunque el BIS no especificó un número concreto de empresas afectadas, los controles abarcaron un espectro más amplio de actores y actividades en la cadena de suministro tecnológica global, reforzando la supervisión de posibles flujos indirectos hacia el sector tecnológico chino.

Con el paso del tiempo, Estados Unidos comenzó a dirigir sus restricciones hacia actores específicos de alto impacto. La tercera oleada de medidas, adoptada en diciembre de 2024, representó el esfuerzo más contundente hasta la fecha, al incluir a 140 empresas chinas en la *Entity List* del Departamento de Comercio (BIS, 2024). Estas restricciones bloquearon el acceso de dichas empresas, entre las que destacan Piotech, SiCarrier Technology y Naura Technology Group, a semiconductores avanzados y maquinaria esencial para su fabricación. Las medidas también prohibieron exportaciones relacionadas con tecnologías críticas, especialmente aquellas vinculadas a inteligencia artificial y aplicaciones militares, reforzando así los esfuerzos para proteger la seguridad nacional de Estados Unidos y limitar el avance tecnológico chino en sectores estratégicos.

En enero de 2025, aún bajo Administración Biden, se introdujo un sistema escalonado de restricciones a nivel global, diseñado específicamente para controlar el acceso a chips avanzados de inteligencia artificial, conocido como *AI Diffusion Rule* (BIS, 2025). Se implementó así un sistema de tres niveles: nivel 1, otorgando acceso sin restricciones para países aliados como el G7, Australia, Corea del Sur y Taiwán; nivel 2, compuesto por más de 100 países que enfrentan límites en la cantidad de chips que pueden importar y requieren licencias especí-

ficas para volúmenes mayores; y nivel 3, con prohibición total para los países considerados adversarios estratégicos, como China, Rusia, Irán y Corea del Norte. Resultaba llamativo que no todos los países de la UE han sido clasificados bajo el nivel 1. España forma parte del nivel 1, pero otros, como Portugal, forman parte del nivel 2. Esto dio lugar a un comunicado de protesta oficial por parte de la Vicepresidenta Ejecutiva de la Comisión Europea Henna Virkkunen y el Comisario Maroš Šefčovič (Comisión Europea, 2025a). México, Israel y Suiza también fueron incorporados al nivel 2 de la lista. Esta última ronda de medidas también fue mal acogida por las propias empresas afectadas, destacando el caso de Nvidia, que incluso emitió un comunicado de protesta (Nvidia, 2025)[2] y cuyas acciones cayeron un 3% el día en que se anunciaron las medidas.

La llegada de Donald Trump a la presidencia en enero de 2025 marcó un cambio significativo en las políticas de exportación de chips de inteligencia artificial de Estados Unidos. Así, en mayo de 2025, la administración Trump rescindió la *AI Diffusion Rule* de Biden, que el Departamento de Comercio calificó como "excesivamente compleja y burocrática", argumentando que obstaculizaba la innovación estadounidense (Carnegie Endowment for International Peace, 2025). En su lugar, la administración Trump ha considerado priorizar acuerdos bilaterales gobierno-a-gobierno, aunque los detalles específicos de esta nueva política aún están en desarrollo. A pesar de este cambio de enfoque, Estados Unidos mantiene su postura restrictiva hacia China, continuando con controles sobre el acceso a tecnologías semiconductoras avanzadas.

A pesar de la sucesión y alcance de las medidas adoptadas por Estados Unidos, el influjo de la administración estadounidense ha ido más allá, presionando directamente a gobiernos o empresas de países aliados, como Países Bajos y Japón, para que introdujeran controles similares.

Especialmente destacable es el caso de la empresa neerlandesa ASML. La empresa suministraba a China maquinaria de litografía ultravioleta profunda (DUV) y buscaba expandir sus exportaciones de litografía ultravioleta extrema (EUV), la tecnología más avanzada del sector. Pero ya en 2019, el gobierno neerlandés bloqueó la exportación de equipos EUV de ASML a China. En junio de 2023, el gobierno de los Países Bajos dio un paso más bajo presión de los Estados Unidos, que incluso vinculó la adopción de medidas por el gobierno neerlandés a su apoyo a Ucrania, introduciendo restricciones que incluyeron ciertos modelos avanzados de equipos DUV que hasta entonces no requerirían de una licencia para su exportación (Van der Lugt, 2024). Al igual que Nvidia, ASML expresó su preocupación por el impacto de estas medidas en su mercado y su capacidad para operar libremente, señalando que las restricciones podrían afectar la innovación y la competitividad de la industria europea frente a otros actores globales. Pero el verdadero problema se dio cuando en octubre de 2023, el BIS aplicó medidas de restricción de las exportaciones a las máquinas DUV menos avanzadas, que son la verdadera fuente de ingresos de ASML y la que permite a la empresa seguir invirtiendo en I+D y ser

[2] Destacan especialmente, por su carga política, las siguientes palabras del comunicado de Nvidia: "*Como demostró la primera administración de Trump, Estados Unidos triunfa a través de la innovación, la competencia y compartiendo nuestras tecnologías con el mundo, no al retroceder detrás de un muro de excesiva intervención gubernamental. Esperamos un regreso a políticas que fortalezcan el liderazgo estadounidense, impulsen nuestra economía y preserven nuestra ventaja competitiva en inteligencia artificial y más allá*".

la empresa más puntera a nivel global en el sector, y pretendió que Países Bajos aplicara las mismas medidas. Países Bajos resistió la presión, pero en septiembre de 2024, adoptó nuevas medidas para ampliar la maquinaria sujeta a los controles de exportaciones nacionales (Gobierno de Países Bajos, 2024). En este caso, ASML realizó un comunicado público tranquilizando al mercado e indicando que las medidas adoptadas por el Gobierno de los Países Bajos estaban orientadas a la armonización de licencias de exportación y que, por tanto, eran de naturaleza estrictamente técnica y no tendrían impacto sobre su negocio (ASML, 2024). Aun así, las acciones de ASML cayeron un 1,5% ese día.

El efecto de la presión de Estados Unidos ha llegado incluso a afectar a la propia Comisión Europea. En efecto, el 15 de enero de 2024, la Comisión Europea adoptó una Recomendación ofreciendo orientaciones a los Estados miembros sobre cómo identificar y evaluar los posibles riesgos que plantean las inversiones exteriores en las áreas de semiconductores, inteligencia artificial y tecnologías cuánticas. A través de la Recomendación, se solicita a los Estados miembros que revisen las inversiones salientes en estas tres tecnologías clave en terceros países durante 15 meses. El resultado se reflejará en un informe exhaustivo sobre la aplicación de la Recomendación y de los riesgos detectados a más tardar el 31 de marzo de 2026 (Comisión Europea, 2025b). Esta medida sigue la filosofía de otras adoptadas previamente por la Administración estadounidense. En particular, el 9 de agosto de 2023, el presidente de los Estados Unidos, Joe Biden, emitió una orden ejecutiva para regular ciertas inversiones salientes estadounidenses en sectores como los semiconductores y microelectrónica, tecnologías de la información cuántica e inteligencia artificial, en países donde esas inversiones puedan presentar una amenaza para la seguridad nacional de los Estados Unidos. La orden ejecutiva implica que dichas inversiones podrán quedar sujetas a autorización. En julio de 2024, el Departamento del Tesoro de EE. UU. anunció nuevas disposiciones que fortalecerán el control sobre estas inversiones, con vigencia a partir de enero de 2025, y que estarán gestionadas por la Oficina de Transacciones Globales. Estas medidas también incluyen la supervisión de adquisiciones cercanas a infraestructuras críticas, como bases militares.

A pesar de las fuertes medidas adoptadas por la Administración estadounidense, las respuestas de China han sido moderadas, si bien se esperaba que China pudiera adoptar represalias por su papel dominante en materias primas fundamentales (Feás y Arnal, 2024), así como el gran tamaño de su mercado. La Autoridad China del Ciberespacio actuó abriendo una inspección de seguridad sobre la empresa fabricante de chips de memoria Micron. La investigación concluyó en mayo de 2023 con un veto al uso de los productos de la compañía en los proyectos de infraestructuras críticas. El impacto de esta medida ha sido muy limitado, ya que Micron es una de las compañías de microchips menos expuestas al mercado chino de todo el sector estadounidense, un 16% de sus ingresos frente a un 64% de Qualcomm o un 35% de Broadcom. Sin embargo, parece que China está adoptando represalias de naturaleza más subrepticia hacia otro tipo de tecnologías de la información, por ejemplo, instruyendo a los empleados públicos no emplear teléfonos de Apple y a los operadores de telecomunicaciones adquirir servidores de origen chino (García, 2024).

A pesar de que las medidas de represalia de China frente a Estados Unidos han sido moderadas, donde sí han destacado las autoridades chinas ha sido en el apoyo decidido a su industria nacional de microchips.

La carrera por el apoyo a la industria nacional de microchips

Estados Unidos adoptó su Chips Act en agosto de 2022. Tenía un componente claramente defensivo, que quedó de manifiesto en el propio comunicado de prensa de la Ley, que indicaba que "la Chips Act reducirá costos, creará empleos, fortalecerá las cadenas de suministro y contrarrestará a China." Esta Ley autorizó 39.000 millones de dólares en subvenciones, préstamos y garantías para la fabricación de chips en territorio estadounidense, así como un crédito fiscal del 25 %, valorado en 46.000 millones de dólares, para inversiones en instalaciones de fabricación de semiconductores. También asignó 13.000 millones de dólares para programas de investigación y desarrollo, incluyendo la creación de un Centro Nacional de Tecnología de Semiconductores (NSTC) y otros programas relacionados con tecnologías avanzadas de empaquetado y metrología en semiconductores. Además, reservó 2.000 millones de dólares para la producción de chips "heredados", empleados en sectores como el automotriz.

A lo largo de 2023 y 2024, se han otorgado subsidios multimillonarios para expandir la capacidad de fabricación de chips en Estados Unidos. Entre los beneficiarios destacan BAE Systems, Microchip Technology, GlobalFoundries, Intel, Micron Technology, TSMC y Samsung, quienes han recibido incentivos para construir o ampliar instalaciones de fabricación avanzada. Estas inversiones incluyen tecnologías de nodos por debajo de 2 nanómetros y empaquetado avanzado, áreas clave para la competitividad tecnológica de Estados Unidos (Miller y Stewart, 2024).

China ha reaccionado a las restricciones impuestas por Estados Unidos intensificando su estrategia para consolidarse en el sector de la microelectrónica. Desde 2015, la autosuficiencia en la producción de semiconductores, incluidos los de última generación, ha sido una prioridad política clave, enmarcada dentro de la ambiciosa iniciativa *Made in China 2025*. Este enfoque busca no solo garantizar la producción nacional, sino también fortalecer su posición en el mercado global, creando sinergias con su amplio mercado interno. Para 2030, China se ha propuesto alcanzar un valor de producción de 305.000 millones de dólares en la industria de semiconductores y cubrir el 80 % de su demanda interna. Los recursos públicos dedicados por China a apoyar su industria de semiconductores son ingentes, muy superiores a cualquier otra jurisdicción: entre 2014 y 2024, se han destinado 188.500 millones de dólares (García, 2024).

Los esfuerzos de China por lograr autosuficiencia tecnológica han mostrado avances significativos en 2025. SMIC logró producir chips de 5nm utilizando técnicas de litografía ultravioleta profunda (DUV) en lugar de los equipos EUV más avanzados, aunque con rendimientos del 30% comparado con el 90% de TSMC (SemiWiki, 2025). Paralelamente, China está desarrollando máquinas EUV domésticas utilizando tecnología de plasma de descarga inducida por láser (LDP), con producción piloto prevista para el tercer trimestre de 2025 (Wccftech, 2025). Estos desarrollos, aunque aún por detrás de la frontera tecnológica global, demuestran la capacidad de innovación de China bajo restricciones y su determinación de reducir la dependencia de tecnologías occidentales.

El caso de DeepSeek: volatilidad en el ecosistema de semiconductores

En enero de 2025, el ecosistema de semiconductores experimentó una sacudida inesperada con el lanzamiento del modelo de IA R1 de la startup china DeepSeek. Este modelo, que según la empresa fue desarrollado por aproximadamente 5,6 millones de dólares, demostró capaci-

dades comparables a los modelos más avanzados de OpenAI, pero con un coste significativamente menor. El anuncio provocó el 27 de enero la mayor pérdida de valor en un solo día en la historia del mercado de valores, con Nvidia perdiendo más del 17% de su valor y 600.000 millones de dólares en capitalización bursátil (CNBC, 2025). También se vieron afectadas otras empresas del sector, como TSMC (-13%), ASML (-6%) y Broadcom (-17%) (Investopedia, 2025). Este episodio ilustra la volatilidad del sector y cómo los avances tecnológicos inesperados pueden reconfigurar rápidamente las expectativas del mercado sobre la demanda de semiconductores avanzados, cuestionando las proyecciones de inversión masiva en infraestructura de IA que habían impulsado el auge de las acciones de semiconductores.

4. La situación en la UE: cuota de producción global decreciente, medidas reactivas y de competencia fiscal entre los Estados miembros

Una cuota de producción global decreciente, pero con algunos actores clave

La cuota de la UE en la fabricación de microchips ha disminuido de manera constante en las últimas décadas, pasando del 25 % en el año 2000 al 8 % en 2022 (Kearny, 2022). Por ello, como se explica en el siguiente apartado, la UE se ha fijado como objetivo estratégico más que duplicar su participación en la fabricación de semiconductores, alcanzando el 20 % para 2030.

A pesar de esta evolución, la UE cuenta con varios actores relevantes, incluso desde el punto de vista geopolítico como se ha explicado en el apartado anterior, a lo largo de la cadena de valor de los semiconductores. Las principales empresas son las siguientes (European Strategy and Policy Analysis System, 2022):

1. **Investigación y desarrollo.** Los institutos más importantes en el campo de la investigación en semiconductores son Imec en Lovaina (Bélgica), CEA-Leti en Grenoble (Francia) y Fraunhofer en Múnich (Alemania).

2. **Productos químicos.** Dos empresas alemanas lideran el suministro de productos químicos para la fabricación de semiconductores: BASF en Ludwigshafen y Merck en Darmstadt.

3. **Obleas.** Dos empresas alemanas desempeñan un papel clave en la producción de obleas: Siltronic en Múnich y GloFo.

4. **Equipos.** La empresa más importante de la UE en este ámbito, que también desempeña un papel clave a nivel global, es la empresa neerlandesa ASML, con sede en Eindhoven, que produce máquinas de litografía de luz ultravioleta extrema (EUV). La empresa alemana Zeiss SMT, con sede en Oberkochen, también produce equipos.

5. ***Foundries*.** La UE también cuenta con varias fundiciones. Las más importantes están ubicadas en Alemania: Bosch Semiconductors for Automotive en Gerlingen, Infineon en Neubiberg, AMS en Premstätten, X-Fab en Erfurt e Intel en Magdeburgo. También hay fundiciones en los Países Bajos, como NXP en Eindhoven y Nexperia, de propiedad china, en Maastricht. Las hay también en Francia, con Melexis en Ypres, e Irlanda, de la mano de Intel en Leixlip. Además, ST Microelectronics tiene su sede en Ginebra, con filiales en Francia (Tours, Grenoble y Rousset) e Italia (Milán y Catania).

De este modo, los Estados miembros con mayor participación en la cadena de valor de microchips son Alemania, Países Bajos, Francia, Italia e Irlanda. A pesar de que España ha dedicado un Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación de la Economía (PERTE) específico para los microchips, por un importe superior a 12.000 millones de euros, su impacto aún está siendo limitado y la presencia de España en la cadena de valor de microchips es más humilde. Pero esto no implica que en España no existan prometedores y pujantes proyectos en materia de microelectrónica, destacando, por ejemplo, el ámbito de la fotónica integrada, de la mano de instituciones como la Universidad Politécnica de Valencia, la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad de Vigo, la Universidad de Málaga, el Instituto de Ciencias Fotónicas (ICFO) o el Instituto de Microelectrónica de Barcelona (Capmany y Muñoz, 2024). De hecho, en noviembre de 2024, el ICFO fue seleccionado por la Comisión Europea para coordinar a nivel europeo la línea piloto europea de chips fotónicos (ICFO, 2024).

Medidas reactivas a nivel europeo

En marzo de 2020, apenas hace cinco años, la Estrategia Industrial de la Comisión Europea no hacía referencia alguna a los semiconductores o chips. El término "microelectrónica" solo se mencionaba de manera superficial, como una de las varias "tecnologías facilitadoras clave".

La primera vez que se introdujo el objetivo de que la UE aumentara para 2030 su cuota de producción global de microchips hasta el 20% fue en la Brújula Digital, en marzo de 2021 (Arnal, García y Jorge, 2024). Además, la Brújula Digital fijaba el objetivo de conseguir capacidad manufacturera en la UE por debajo de los 5 nm. En mayo de 2021, la Comisión Europea presentó una nueva estrategia industrial. En la documentación técnica de apoyo para la estrategia, en relación con los microchips, se establecía que "debido a los altos costos de entrada, el aumento de las tensiones comerciales y los subsidios a nivel global, la dependencia de Asia para la fabricación avanzada de chips y de Estados Unidos para las herramientas de diseño de chips deja cada vez más vulnerable la cadena de suministro de la UE. Europa necesita fortalecer su posición industrial para minimizar los riesgos de interrupciones comerciales y fomentar la innovación y la competitividad en los sectores de aplicación."

Y entonces, tuvieron lugar dos acontecimientos clave. Por un lado, en mayo de 2021, se presentó en Estados Unidos la propuesta para un *Chips Act*. Y por otro, conforme se iban levantando las restricciones derivadas de la pandemia, se registró una fuerte escasez de microchips, que sobre todo afectó a la industria de la automoción. En efecto, al inicio de la pandemia de COVID-19, las ventas de microchips para la industria de la automoción cayeron a nivel global. No obstante, esta caída fue más que compensada por una fuerte demanda de equipos informáticos y electrónicos debido al cambio hacia el teletrabajo y el aprendizaje a distancia. Con la reapertura de la economía, la producción de microchips no fue suficiente para satisfacer el aumento de la demanda de la industria de la automoción. A esto se sumaron varios eventos adversos, como incendios y sequías que afectaron grandes plantas de fabricación (Attinasi et al, 2021).

De este modo, en septiembre de 2021, con ocasión de su discurso sobre el estado de la Unión, la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, anunció la presentación

de una propuesta para un EU Chips Act. La Comisión Europea decidía así actuar de manera reactiva al movimiento iniciado en los Estados Unidos y a la escasez en el acceso a los microchips sufrida por la industria europea de la automoción. La Comisión Europea presentó en febrero de 2022 un paquete compuesto por (1) una Comunicación, (2) una propuesta de Reglamento, estableciendo un marco de medidas para reforzar el ecosistema de semiconductores de Europa (esto es lo que se corresponde con el denominado EU Chips Act), (3) una propuesta de Reglamento para establecer el *Chips Joint Undertaking* (CJU, por sus siglas en inglés) y (4) una Recomendación para establecer una caja de herramientas común para afrontar la escasez de microchips y un mecanismo europeo para controlar el ecosistema de semiconductores. La Recomendación establecía una serie de mecanismos de gobernanza de emergencia, que quedarían subsumidos bajo el EU Chips Act, una vez este hubiera sido aprobado.

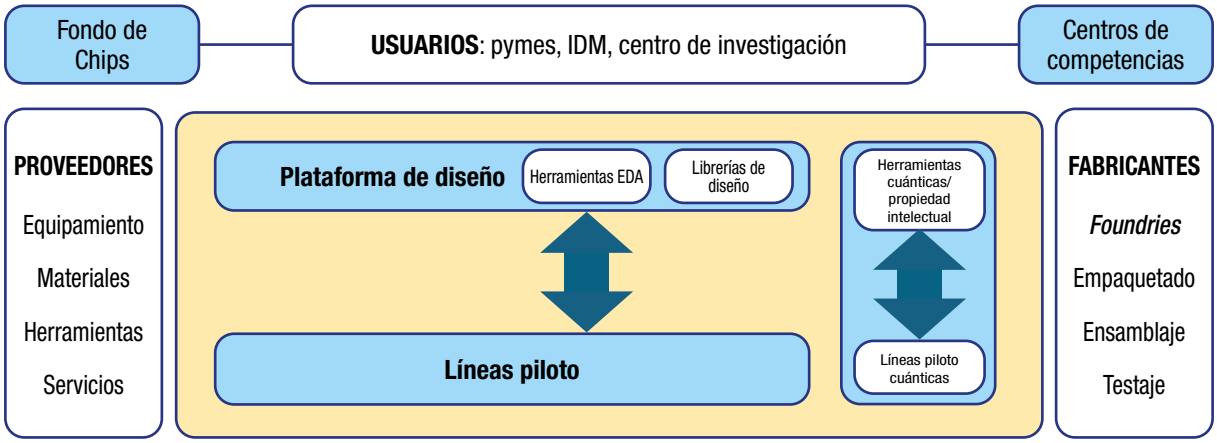
Finalmente, el EU Chips Act entró en vigor en septiembre de 2023. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, el EU Chips Act no aporta "dinero nuevo", sino que redirige fondos de otros programas ya financiados por la UE. De este modo, todo el dinero nuevo es aportado por los Estados miembros, como se explica en el siguiente subapartado. De los 4.200 millones de euros de recursos destinados al EU Chips Act, 2.700 millones de euros se están redirigiendo desde Horizon Europe, el programa marco de investigación e innovación de la Unión Europea, y 1.400 millones de euros del Programa Digital Europe, que busca fomentar el uso de tecnologías digitales por parte de empresas e instituciones públicas europeas.

Es relevante también tener en cuenta que la UE tiene únicamente un papel de apoyo, coordinación o complemento en materia de política industrial, a la luz de los artículos 6 y 173 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

El EU Chips Act es una iniciativa basada en tres pilares: (1) construcción de capacidades de innovación, a través de la *Chips for Europe Initiative* (2) seguridad del suministro y (3) coordinación y preparación en la cadena de suministro.

Los componentes del primer pilar aparecen recogidos en la Figura 4. En primer lugar, la plataforma de diseño, una herramienta virtual en la nube y de acceso abierto, integra bibliotecas de propiedad intelectual y herramientas de Automatización de Diseño Electrónico (EDA). Su objetivo es conectar a los usuarios (como pymes, IDM y centros de investigación) con proveedores de equipamiento, materiales, herramientas y servicios, promoviendo la cooperación en el diseño de chips. En segundo lugar, las líneas piloto facilitan la experimentación, el desarrollo de procesos y la producción a pequeña escala. El tercer componente es el enfoque en los chips cuánticos, que incluye nuevas líneas piloto, herramientas específicas, propiedad intelectual y espacios de fabricación y testaje avanzados, fundamentales para apoyar la creación y validación de estos chips. En cuarto lugar, los centros de competencias proporcionan soporte técnico y capacitación en semiconductores. Estos centros están diseñados para ayudar a fabricantes como *foundries* y empresas involucradas en el empaquetado, ensamblaje y testaje, especialmente pymes. Por último, el Fondo de Chips facilita el acceso a financiación para startups, empresas en expansión y pymes a través de instrumentos como el Fondo InvestEU, asegurando una cadena de valor sostenible en semiconductores.

Figura 4. Componentes del primer pilar del Reglamento de Chips de la UE



Fuente: Elaboración propia sobre la base de la Comisión Europea

El segundo pilar se centra en atraer inversiones y aumentar la capacidad de producción de semiconductores en la UE, con el objetivo de reducir la dependencia de proveedores extranjeros. Se establece un marco para la creación de "Instalaciones de Producción Integradas" y "Fundiciones Abiertas de la UE" que contribuyan a la seguridad del suministro y a un ecosistema resistente.

El tercer pilar se centra en la creación de mecanismos para monitorear el sector de semiconductores de la UE, prevenir crisis y responder a la escasez. Se establece un Consejo de Semiconductores para supervisar la cadena de valor y un mecanismo de respuesta a crisis que permite a la Comisión Europea tomar medidas en caso de interrupciones en el suministro.

Como se ve, el EU Chips Act promueve fundamentalmente la coordinación entre Estados miembros, no pudiendo la UE ir más allá, al tratarse únicamente de una competencia de apoyo de la Unión. Esto resalta el papel fundamental de los Estados miembros, generando potenciales problemas de descoordinación, relacionados también con la competencia que se da entre los propios Estados miembros por la captación de inversiones, tal y como se explica en el siguiente subapartado.

En respuesta a estos desafíos y a las cambiantes dinámicas geopolíticas, la industria europea está presionando por un "Chips Act 2.0" que complemente la legislación existente con medidas adicionales de apoyo a toda la cadena de suministro (The Register, 2025). En marzo de 2025, nueve Estados miembros de la UE (Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Polonia, España y Países Bajos) lanzaron la "Semiconductor Coalition" para reforzar su cooperación en el sector (European Chips Act, 2025), señalando un compromiso renovado con el fortalecimiento del ecosistema europeo de semiconductores ante la creciente competencia global y las incertidumbres geopolíticas.

Competencia fiscal entre Estados miembros

El artículo 107 del TFUE establece que las ayudas de Estado que distorsionen la competencia y afecten al comercio entre Estados miembros son, en principio, incompatibles con el

mercado interior. No obstante, los apartados 2 y 3 del mismo artículo contemplan excepciones que permiten estas ayudas bajo ciertas condiciones, como aquellas destinadas al desarrollo regional, la consecución de objetivos ambientales y climáticos, la promoción de la investigación e innovación, o la realización de Proyectos Importantes de Interés Común Europeo (IPCEI).

En el contexto del *EU Chips Act*, para que los fondos públicos sean compatibles con el marco de ayudas de Estado de la UE, deben destinarse a instalaciones de fabricación "sin precedentes" (*first of a kind*) que cumplan con los requisitos establecidos en alguna de las excepciones del artículo 107(3) del TFUE, especialmente aquellas relacionadas con IPCEI o con objetivos estratégicos de la Unión.

Tal y como se muestra en la Tabla 2, los principales países de la UE han puesto en marcha importantes medidas de apoyo público en el ámbito de los semiconductores, destacando claramente el caso de Alemania, país que cuenta con el mayor espacio fiscal.

Tabla 2. Principales inversiones en UE en semiconductores

País	Inversión Total (€ millones)	Empresa Inversora	Financiación Pública (€ millones)	Proporción Pública (%)	Descripción de la Inversión
Alemania	10.000	Intel	9.900	99%	Construcción de dos fábricas de chips de vanguardia en Magdeburgo.
Alemania	11.000	TSMC	5.000	45%	Construcción de una fábrica de chips en Dresde para la industria automotriz.
Francia	7.500	STMicroelectronics	2.900	39%	Construcción de una fábrica de chips en Crolles.
Italia	3.200	Silicon Box	1.300	41%	Construcción de una fábrica para IA y computación de alto rendimiento.
Polonia	4.600	Intel	1.720	37%	Planta de ensamblaje y prueba de chips.
Alemania	5.000	Infineon Technologies	1.000	20%	Nueva fábrica de chips de potencia en Dresde para transporte eléctrico y energías renovables.

Fuente: elaboración propia.

A pesar de estas elevadas inversiones con fondos públicos, en los últimos meses, algunas de las inversiones han enfrentado retrasos o cancelaciones que afectan significativamente la estrategia de la UE para fortalecer su autonomía tecnológica. En particular, Intel ha decidido interrumpir sus inversiones previstas en la UE, particularmente en Alemania y Polonia, para centrarse en su planta en Irlanda. El CEO de Intel, Pat Gelsinger, comunicó que los proyectos en Magdeburgo (Alemania) y en Miekina (Polonia) se detendrán durante aproximadamente dos años, dependiendo de la demanda del mercado. Además de los retrasos, también se han producido cancelaciones de proyectos. Wolfspeed, un fabricante estadounidense de chips de carburo de silicio, ha pospuesto indefinidamente la construcción de una planta de 3.000 millones de dólares en Saarland (Alemania). Esta decisión se debe a la débil demanda en el mercado de vehículos eléctricos, donde se utilizan principalmente estos chips, y a la necesidad de la empresa de centrarse en su producción en Nueva York.

Esta competencia fiscal entre Estados miembros corre el riesgo de crear un campo de juego desigual entre los Estados miembros, ya que, obviamente, aquellos con mayor espacio fiscal podrán ofrecer más fondos públicos y, por lo tanto, atraer más inversión privada. Pero esta situación no solo pone en desventaja a los Estados miembros de la UE con elevados niveles de deuda pública, sino que además resulta principalmente ineficiente y peligrosa para todo el bloque y para cada uno de sus países de forma individual.

Esta competencia fiscal entre Estados miembros no implica que no se estén registrando algunos proyectos conjuntos, como los dos Proyectos Importantes de Interés Común Europeo (IPCEI) sobre microelectrónica. El primer IPCEI sobre microelectrónica, aprobado en 2018, involucró a 29 empresas de varios Estados miembros, incluidas Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido (antes del Brexit), y permitió financiar proyectos estratégicos en áreas clave como semiconductores de eficiencia energética, sensores inteligentes y materiales avanzados. Este proyecto movilizó una inversión pública de más de 1.750 millones de euros, complementada con alrededor de 6.000 millones de euros de inversión privada. Entre sus logros destaca el impulso a la capacidad de fabricación europea de semiconductores y su contribución al desarrollo de tecnologías críticas utilizadas en sectores como la automoción, las telecomunicaciones y la industria médica.

El segundo IPCEI, aprobado en 2021, dio continuidad a estas iniciativas con una ambición ampliada. Este proyecto involucra a 14 Estados miembros y prevé inversiones públicas y privadas que superan los 10.000 millones de euros en total. Sus objetivos se centran en mejorar la capacidad de Europa para diseñar y fabricar chips avanzados, reforzando las cadenas de suministro locales y promoviendo la innovación en áreas como la inteligencia artificial, la conectividad 5G y las soluciones de computación de alto rendimiento.

A pesar de estos esfuerzos, los IPCEI también enfrentan desafíos significativos. Entre ellos destacan los largos plazos de implementación y la dificultad para alinear las prioridades nacionales con los objetivos estratégicos de la UE. Además, las estrictas reglas sobre ayudas estatales y el riesgo de duplicación de esfuerzos en las inversiones privadas podrían limitar su impacto en comparación con iniciativas más centralizadas o coordinadas como las de Estados Unidos y China.

5. Recomendaciones para la UE y sus Estados miembros

Fijar unos objetivos adecuados y realistas

Es imprescindible comenzar reconociendo la realidad: ni la UE ni ninguna otra jurisdicción tiene en la actualidad la capacidad de dominar toda la cadena de valor de los microchips. Es una cadena tan compleja y globalizada que resulta imposible e ineficiente controlarla íntegramente. Por tanto, esforzarse por dar la batalla por controlar los distintos elementos de la cadena de valor no es realista y muy probablemente dé lugar a una mala utilización de recursos públicos.

Tratar de reducir al máximo las dependencias y la posibilidad de que esas dependencias se utilicen en contra de la UE o de sus Estados miembros tiene todo el sentido. No obstante, el objetivo de aumentar el valor de producción de microchips en la UE hasta el 20% de la cuota global para 2030 difícilmente servirá para lograr este objetivo. Aun cuando la UE alcanzara o incluso superara este objetivo para 2030, seguiría mostrando fuertes vulnerabilidades que podrían ser empleadas por otras jurisdicciones.

Afortunadamente, la UE cuenta con elementos fuertes en su cadena de valor. A modo de ejemplo, la empresa neerlandesa ASML es un actor clave para la fabricación de los microchips más avanzados, gracias a sus máquinas EUV. Una forma alternativa de fijar objetivos que protejan la seguridad económica de la UE es precisamente garantizar que no se pierde la posición ventajosa en esta parte de la cadena de valor. Contando con un elemento tan valioso, las amenazas que otros actores puedan realizar se vuelven menos creíbles, ya que la UE dispone de un elemento de peso con el que negociar.

De este modo, a pesar de que el cumplimiento de un objetivo como el de aumentar la cuota de producción global al 20% es fácilmente verificable, la UE haría bien en identificar otros objetivos que le permitan mantener o incluso afianzar su posición en la cadena global de valor de los microchips. A modo de ejemplo, habría que seguir muy de cerca la demanda de maquinaria EUV fabricada en la UE y la posible emergencia de otros competidores en otras jurisdicciones.

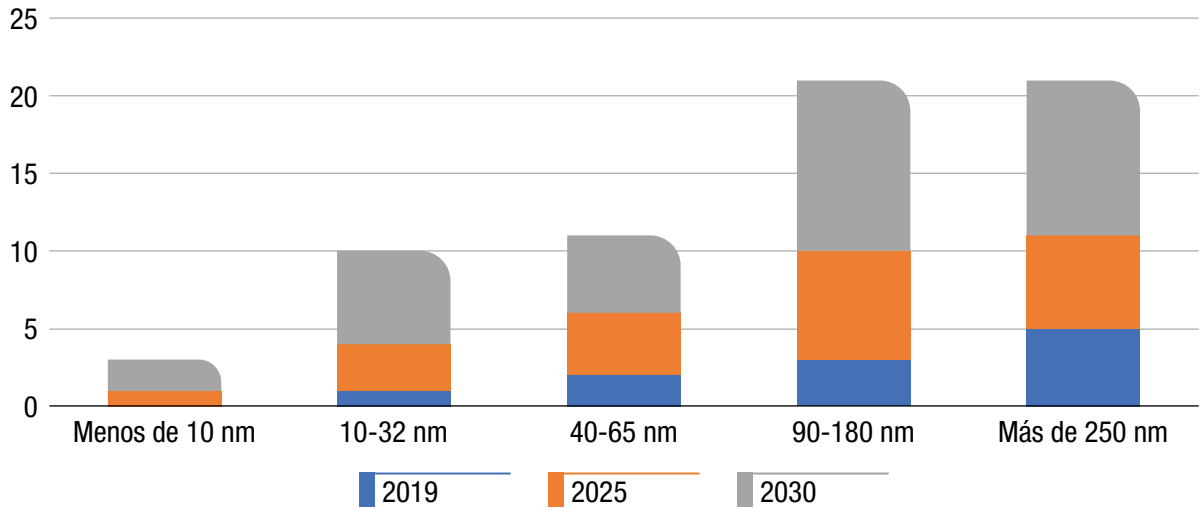
Priorizar la cobertura de las principales demandas industriales de la UE

Como se ha explicado, la UE no tiene *foundries* de vanguardia, y solo la planta de Intel en Leixlip (Irlanda) y STMicroelectronics en Crolles (Francia) fabrican microchips de 14 nm. En este contexto, el objetivo de llegar a albergar *foundries* capaces de producir microchips de 5 nm y menos es muy ambicioso. Pero no solo es ambicioso, sino que es probablemente innecesario dadas las demandas industriales de la UE (Arnal, 2023).

Los dispositivos electrónicos personales necesitan chips más avanzados, mientras que los vehículos se basan principalmente en los llamados chips heredados (*legacy chips*). Una de las industrias más dinámicas y que más chips consume en la UE es la industria de la automoción. Como se muestra en la Figura 5, la mayor parte de la demanda de obleas para el sector automotriz seguirá implicando en el futuro semiconductores de más de 90 nm.

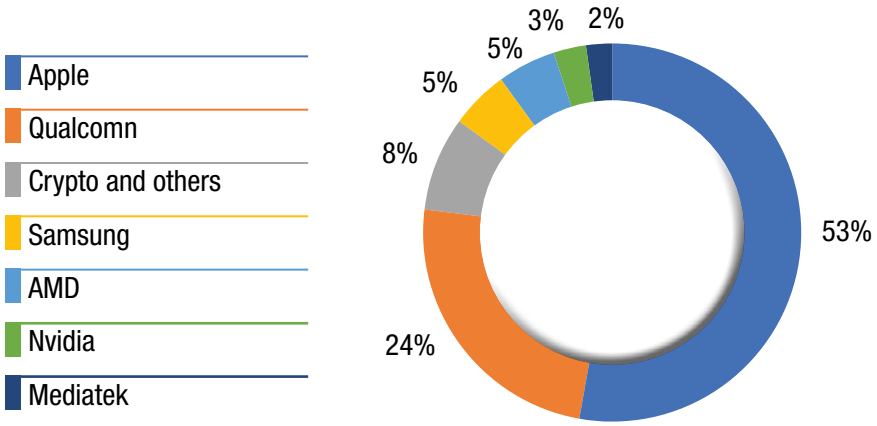
Además, la Figura 6 muestra que, en 2021, Apple, Qualcomm, Samsung, AMD y Nvidia demandaron el 90% de los chips de 5 nm. Ninguna de ellas es una empresa de la UE.

Figura 5. Demanda anual de microchips por la industria de la automoción en nanómetros



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos de Mckinsey (2020)

Figura 6. Desglose de Desglose de los envíos de obleas de 5 nanómetros por cliente, 2021



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos de Counterpoint Research (2021)

Por lo tanto, incluso si la Brújula Digital presentada por la Comisión Europea en 2021 indica que la UE debería esforzarse por albergar capacidad de fabricación por debajo del nodo de 5 nm, a la luz de la estructura y las necesidades de la industria de la UE, así como la gran cantidad de dependencias que la Unión necesita abordar en varios ámbitos, sería más aconsejable que la UE priorizara y pusiera más esfuerzo en los chips heredados, al menos inicialmente.

Estrechar la colaboración de los Estados miembros con la Comisión Europea

Las competencias en materia industrial son competencias de acompañamiento para la UE, a la luz de los artículos 6 y 173 del TFUE. En un contexto geopolíticamente complejo como el actual, resulta atractivo considerar que la UE debería tener más peso en materia de política

industrial. Sin embargo, la modificación del TFUE resulta políticamente compleja, por lo que es necesario pensar en soluciones de implementación más rápida.

Sin lugar a dudas, una de estas soluciones pasa por estrechar la colaboración de los Estados miembros con la UE. La UE, y en particular la Comisión Europea, requiere de mayor colaboración por parte de los Estados miembros para llevar a cabo un mapeo adecuado de sus distintas capacidades. Sobre la base de este análisis detallado, deberían adoptarse decisiones de manera coordinada.

Operar con arreglo a los intereses geopolíticos de la UE y no de potencias extranjeras, apoyando a Estados miembros individuales

El control de exportaciones es competencia nacional. No obstante, es fundamental trazar una línea clara entre lo que constituye seguridad nacional, que efectivamente es competencia nacional, y lo que es política comercial, que es competencia exclusiva de la UE. Las presiones ejercidas por el gobierno de Estados Unidos al gobierno neerlandés para que restringieran sus exportaciones de máquinas EUV y máquinas DUV avanzadas entraban dentro del ámbito de la seguridad nacional. Sin embargo, cuando se trata de máquinas DUV menos avanzadas, el elemento de seguridad nacional desaparece, para pasar a ser una cuestión puramente comercial: la presión de una potencia extranjera para asfixiar financieramente a una empresa clave de la UE, hacerla perder su ventaja comparativa y así dejar de ser dependiente de la UE en esta parte de la cadena de valor. Ni la UE ni sus Estados miembros deben permitir situaciones así y deberían prestar todo su apoyo al país concernido, evitando conseguir otros favores de la potencia extranjera que ejerce la presión a cambio de ceder. A estos efectos, la UE se ha dotado en los últimos años de un importante arsenal de defensa comercial, destacando por ejemplo el Instrumento Anti-Coerción, que la UE no debería dudar en emplear si fuera necesario.

Un enfoque proporcionado en las Ayudas de Estado

En un momento en el que otras jurisdicciones, fundamentalmente China y Estados Unidos, están dopando a sus respectivas empresas de ayudas públicas, algunas voces en la UE abogan por la necesidad de responder con la adopción de medidas similares. Como se ha explicado, unas ayudas de Estado más flexibles no harían sino desequilibrar el terreno de juego entre los Estados miembros, afectando sobre todo a los que tienen menor espacio fiscal, y dañar el mercado interior, una de las principales fuentes de prosperidad de la Unión Europea. Por ello, la Presidenta de la Comisión Europea ha propuesto la creación del Fondo Europeo de Competitividad, con el fin de apoyar los IPCEI. Se trata de una idea potencialmente prometedora, pero los detalles son fundamentales. A cuestiones como el volumen de fondos de los que dispondría el Fondo o la gobernanza para la liberación de los recursos, se unen aspectos capitales como el calendario para la entrada en vigor del Fondo. Una posible relajación selectiva del marco de ayudas de Estado debería ser proporcional a los detalles específicos del Fondo de Competitividad e ir de la mano de su entrada en vigor. Este equilibrio temporal puede ser garantizado directamente por la Comisión Europea, que es la responsable de la revisión de la normativa de ayudas de Estado.

6. Conclusiones: la UE debe dar la batalla, pero de manera estratégica

La UE debe enfrentarse al desafío estratégico que representan los microchips con una visión clara y medidas bien orientadas. No se trata de competir por una autosuficiencia inalcanzable en una cadena de valor globalizada, sino de reforzar aquellos eslabones donde ya posee una posición de fortaleza, como la producción de maquinaria avanzada. Este enfoque no solo protegería su soberanía tecnológica, sino que también serviría como elemento de negociación en un entorno geopolítico cada vez más tenso. Priorizar las demandas industriales reales de la Unión, como los chips heredados para la industria de la automoción, y fomentar una coordinación eficaz entre Estados miembros y la Comisión Europea son pasos esenciales para evitar la fragmentación interna y maximizar el impacto de los recursos públicos. Al adoptar una estrategia basada en la cooperación, el pragmatismo y el aprovechamiento de sus ventajas comparativas, la UE puede posicionarse no solo como un actor resiliente en la cadena de valor de los semiconductores, sino también como un referente en la defensa de un sistema comercial global equilibrado y sostenible.

Los recientes desarrollos, como el impacto del modelo DeepSeek en los mercados financieros y los retrasos en las inversiones europeas de Intel, refuerzan la importancia de esta aproximación estratégica. La volatilidad demostrada en el sector ante innovaciones inesperadas subraya que la UE debe centrarse en consolidar sus fortalezas existentes en lugar de perseguir objetivos cuantitativos que pueden resultar tanto inalcanzables como inadecuados para sus necesidades industriales reales.

Bibliografía

AMAZON WEB SERVICES. (n.d.). *What is a computer chip?*. Disponible en: https://aws.amazon.com/es/what-is/computer-chip/

ARNAL, J. (2023). *Ten guiding principles to help cover the EU's investment needs*. Real Instituto Elcano. Disponible en: https://www.realinstitutoelcano.org/en/analyses/ten-guiding-principles-to-help-cover-the-eus-investment-needs/

ARNAL, J., García, E., & Jorge, R. (2023). *Policies and tools for strengthening the European semiconductor ecosystem*. Real Instituto Elcano. Disponible en: https://www.realinstitutoelcano.org/en/policy-paper/policies-and-tools-for-strengthening-the-european-semiconductor-ecosystem/

ARNAL, J., García García, E., & Jorge Ricart, R. (2024). ¿Están España y la UE progresando adecuadamente hacia los objetivos europeos de la Década Digital 2030? Real Instituto Elcano. Disponible en: https://www.realinstitutoelcano.org/policy-paper/estan-espana-y-la-ue-progresando-adecuadamente-hacia-los-objetivos-europeos-de-la-decada-digital-2030/

ASML. (2024). *Dutch government's updated export license requirement*. Disponible en: https://www.asml.com/en/news/press-releases/2024/dutch-governments-updated-export-license-requirement

ATTINASI, M. G., DE STEFANI, R., FROHM, E., GUNNELLA, V., KOESTER, G., MELEMENIDIS, A., & TÓTH, M. (2021). *The impact of global value chain disruptions on euro area inflation*. *Economic Bulletin*, 4. European Central Bank (ECB). Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/press/economic-bulletin/focus/2021/html/ecb.ebbox202104_06~780de2a8fb.en.html

BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY (BIS). (2022). *Advanced computing and semiconductor manufacturing controls final*. Departamento de Comercio de los Estados Unidos. Dispo-

nible en: https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/newsroom/press-releases/3158-2022-10-07-bis-press-release-advanced-computing-and-semiconductor-manufacturing-controls-final/file

BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY (BIS). (2023). *ACS and SME rules final*. Departamento de Comercio de los Estados Unidos. Disponible en: https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/newsroom/press-releases/3355-2023-10-17-bis-press-release-acs-and-sme-rules-final-js/file

BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY (BIS). (2024). *Commerce strengthens export controls to restrict China's capability to produce advanced*. Departamento de Comercio de los Estados Unidos. Disponible en: https://www.bis.gov/press-release/commerce-strengthens-export-controls-restrict-chinas-capability-produce-advanced

BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY (BIS). (2025). *Biden-Harris administration announces regulatory framework for responsible diffusion*. Departamento de Comercio de los Estados Unidos. Recuperado de https://www.bis.gov/press-release/biden-harris-administration-announces-regulatory-framework-responsible-diffusion

Carnegie Endowment For International Peace. (2025). The Trump Administration May Be About to Repeal the AI Diffusion Rule. *Carnegie Endowment for International Peace*. https://carnegieendowment.org/research/2025/05/ai-diffusion-rule-repeal-trump

CAPMANY FRANCOY, J., & MUÑOZ MUÑOZ, P. (s. f.). *España cuenta con capacidades destacadas y liderazgo internacional en fotónica integrada*. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación (COIT). Disponible en: https://bit.coit.es/espana-cuenta-con-capacidades-destacadas-y-liderazgo-internacional-en-fotonica-integrada/

CNBC. (2025). Nvidia drops nearly 17% as China's cheaper AI model DeepSeek sparks global tech sell-off. *CNBC*. https://www.cnbc.com/2025/01/27/nvidia-falls-10percent-in-premarket-trading-as-chinas-deepseek-triggers-global-tech-sell-off.html

COMISIÓN EUROPEA. (2021). *Impact assessment report accompanying the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework of measures for strengthening Europe's semiconductor ecosystem (Chips Act)* (SWD/2021/352 final). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0352

COMISIÓN EUROPEA. (2025a). *Joint Statement by Executive Vice-President Henna Virkkunen and Commissioner Maroš Šefčovič on US measures restricting AI chip exports to EU Member States*. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_25_255

COMISIÓN EUROPEA. (2025b). *Recomendación (UE) 2025/63 de la Comisión de 15 de enero de 2025 sobre la revisión de las inversiones salientes en ámbitos tecnológicos críticos para la seguridad económica de la Unión.* Diario Oficial de la Unión Europea, L 63. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202500063

Consejo de la Unión Europea. (2022). *The semiconductor ecosystem: Global features and Europe's position*. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/media/58112/220712-the-semiconductor-ecosystem-global-features-and-europe-s-position.pdf

European Chips Act. (2025). Nine EU Member States have launched the Semiconductor Coalition. *European Chips Act*. https://www.european-chips-act.com/

European Strategy and Policy Analysis System (2022). Global Semiconductor Trends and the Future of EU Chip Capabilities. Disponible en: Global-Semiconductor-Trends-and-the-Future-of-EU-Chip-Capabilities-2022.pdf

GOBIERNO DE PAÍSES BAJOS. (2024). *The Netherlands expands export control measure: Advanced semiconductor manufacturing equipment*. Disponible en: https://www.government.nl/latest/

news/2024/09/06/the-netherlands-expands-export-control-measure-advanced-semiconductor-manufacturing-equipment

ICFO. (2024). *La Comisión Europea confía en España para liderar la línea piloto europea de chips fotónicos*. Recuperado de https://www.icfo.eu/es/noticias/2436/la-comision-europea-confia-en-espana-para-liderar-la-linea-piloto-europea-de-chips-fotonicos-/

Investopedia. (2025). Nvidia, Broadcom Among Tech Stocks to Sink on DeepSeek Threat. *Investopedia*. https://www.investopedia.com/tech-stocks-sinking-on-deepseek-threat-8780706

Feás, E., & ARNAL, J. (2024). *Materias primas fundamentales en la Unión Europea: 10 recomendaciones para mejorar la contribución de la industria española*. Real Instituto Elcano. Disponible en: https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/materias-primas-fundamentales-en-la-union-europea/

GARCÍA GARCÍA, E. (2024). *La respuesta de China ante las restricciones comerciales de Estados Unidos: avances estratégicos y siguientes pasos*. Real Instituto Elcano. Disponible en: https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-respuesta-de-china-ante-las-restricciones-comerciales-de-estados-unidos-avances-estrategicos-y-siguientes-pasos/

GROS, D. (2024). *The global supply chain: Chips and the European supply chain*. Joint Research Centre (JRC). Disponible en : https://static.casadomo.com/media/2024/12/20241203-the-global-supply-chain-chips-europea-suplly-chain.pdf

KEARNY (2022). Europe's urgent need to invest in a leading-edge semiconductor ecosystem. Europe's urgent need to invest in a leading-edge semiconductor ecosystem

TARDI, C. (2023). What Is Moore's Law and Is It Still True? Investopedia. Disponible en: https://www.investopedia.com/terms/m/mooreslaw.asp

MILLER, C. (2022). *Chip war: The fight for the world's most critical technology*. Scribner.

MILLER, C., & Stewart, A. (2024). *The World of Chips Acts: The Future of U.S.-EU Semiconductor Collaboration.* Center for Strategic and International Studies (CSIS). Disponible en: https://www.csis.org/analysis/world-chips-acts-future-us-eu-semiconductor-collaboration

NVIDIA. (2025). *NVIDIA statement on the Biden administration's misguided "AI diffusion" rule*. *AI Policy Blog*. Recuperado de https://blogs.nvidia.com/blog/ai-policy/

SemiWiki. (2025). Huawei, the leader in Chinese semiconductor development… 'Life or death' for SMIC 5nm mass production next year. *SemiWiki*. https://semiwiki.com/forum/threads/huawei-the-leader-in-chinese-semiconductor-development…-'life-or-death'-for-smic-5nm-mass-production-next-year.22690/

The Register. (2025). Euro semiconductor firms push for 'Chips Act 2.0'. *The Register*. https://www.theregister.com/2025/03/20/european_chips_act_2/

VAN DER LUGT, S. (2024). *Why ASML is the EU's most important bargaining chip*. Bocconi Institute for European Policy (IEP). Disponible en: https://iep.unibocconi.eu/why-asml-eus-most-important-bargaining-chip

WCCFTECH. (2025). China's In-House EUV Machines Reportedly Entering Trial Production In Q3 2025. *Wccftech*. Disponible en: https://wccftech.com/china-in-house-euv-machines-entering-trial-production-in-q3-2025/

ZAMAN, R. (2022). Semiconductor Value Chain - globally distributed ecosystem - THE WAVES. Disponible en: https://www.the-waves.org/2022/03/17/semiconductor-value-chain-globally-distributed-ecosystem/

Los servicios de nube desde una perspectiva de promoción de la competencia

Autores[1]:

Renata Sánchez de Lollano Caballero, Subdirección de Estudios e Informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Javier Martín Alonso, Subdirección de Estudios e Informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

Los servicios de nube han adquirido una creciente importancia en los últimos años y presentan un elevado potencial de crecimiento. Numerosas autoridades de competencia han analizado el sector, alcanzado conclusiones similares sobre elementos que suponen barreras a la competencia, especialmente relacionados con el cambio de proveedor y el *multicloud*. La implementación de sus recomendaciones contribuirá a un mejor funcionamiento del mercado.

Palabras clave:

Nube, IaaS (*Infrastructure as a Service*), PaaS *(Platform as a Service*), SaaS *(Software as a Service*), *multicloud*, hiperescaladores.

Códigos JEL:

D49, O38, O39, L86.

[1] Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forman parte.

1. Introducción

La digitalización ha creado nuevos mercados y transformado otros existentes. En los últimos años, se han realizado importantes avances en el análisis de la dinámica competitiva de los mercados digitales y su regulación. Se trata de un análisis complejo, entre otras razones por las características particulares que presentan y por la velocidad de cambio.

El mercado de los servicios de nube es uno de los pilares de la transformación digital y ha experimentado un fuerte crecimiento, pero su funcionamiento es un buen ejemplo de los retos que pueden presentar estos mercados y que dificultan su funcionamiento eficiente.

Frente a estos retos y por su importancia en el proceso de transformación digital y por su potencial para el desarrollo de herramientas como la Inteligencia Artificial (IA) o el Internet de las cosas (IoT), el sector de servicios de nube ha sido amplio objeto de estudio por varias autoridades de competencia. Estos trabajos han tratado de comprender mejor su regulación y estructura para servir de base a posibles recomendaciones de mejora. En este sentido, cabe destacar los estudios realizados por las autoridades de competencia holandesa, francesa, japonesa y el regulador de telecomunicaciones británico, entre otros.

En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se ha sumado a estos trabajos y está elaborando actualmente un estudio sobre el mercado de los servicios de nube desde una perspectiva de promoción de la competencia.

El análisis de los servicios de nube desde esta perspectiva debe separarse de otras funciones de la CNMC. Así, de conformidad con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, las funciones de la CNMC se pueden agrupar, de forma general, en dos grandes grupos: (i) las relacionadas con la defensa de la competencia y (ii) las destinadas a la promoción de la competencia en los mercados.

En el marco del segundo grupo, se elaboran estudios e informes sectoriales que promueven el funcionamiento competitivo de los mercados. Estos estudios incluyen una caracterización jurídica y económica de un sector, identifican potenciales barreras a la competencia efectiva y proponen recomendaciones para mejorar el funcionamiento de los mercados.

La CNMC ha elaborado varios estudios en el sector digital, entre los que podemos destacar el estudio de publicidad online (2021) y el estudio sobre Fintech (2018). En 2023 se inició la elaboración del estudio relativo a los servicios de computación en la nube y más tarde se realizó una consulta pública, que estuvo abierta del 7 de mayo al 21 de junio de 2024.

En el estudio se están analizando los elementos estructurales, regulatorios y de otra índole que pueden afectar al funcionamiento eficiente y la competencia del mercado de servicios de nube. En base a las conclusiones obtenidas, el estudio formulará recomendaciones que favorezcan un entorno procompetitivo, proclive a la innovación y una asignación eficiente de recursos.

El objetivo de este artículo es proporcionar una visión general del funcionamiento del sector de los servicios de nube centrada en los aspectos más relevantes para la promoción de la

competencia. Para ofrecer una panorámica lo más completa posible, se ha considerado conveniente incluir referencias a la visión de partes interesadas en el sector y de otras autoridades de competencia. Por ello, el artículo incluye también un resumen de los resultados de la consulta pública realizada por la CNMC en el marco del estudio y un análisis de los principales resultados obtenidos en los estudios de otras autoridades de competencia.

2. Los servicios de nube

En la literatura se pueden encontrar diversas definiciones de los servicios de nube, aunque la más ampliamente aceptada es la desarrollada por el denominado NIST (Instituto Americano de Estándares y Tecnología). Así, éste define los servicios de nube como "*un modelo que permite el acceso ubicuo, cómodo y a la carta a un conjunto compartido de recursos informáticos configurables (por ejemplo, redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente aprovisionados y liberados con un mínimo esfuerzo o interacción del proveedor de servicios.*"

Se puede decir que el mercado de servicios de nube surgió en 2006 con la aparición de Amazon Web Services (AWS). Habiendo desarrollado una amplia arquitectura de servicios informáticos para gestionar la demanda de los productos de Amazon (altamente cíclica), Amazon decidió poner la capacidad excedentaria de computación a disposición de otras empresas a través de AWS.

Tradicionalmente, las empresas tenían que crear y gestionar un sistema informático adaptado a sus necesidades, lo que implicaba procesos largos y costosos de adquisición de infraestructuras (servidores físicos, centros de datos, hardware, etc.) y personal informático capaz de mantener, operar y actualizar este sistema informático in situ (*on premise*). Con la aparición de la nube, lo que se consigue es externalizar todo esto: permite el uso de servidores informáticos remotos para almacenar datos, acceder a software o movilizar de forma inmediata potencia de computación.

Respecto al sistema tradicional, las principales ventajas asociadas al uso de servicios de nube son las siguientes:

- **Escalabilidad:** pueden escalarse rápidamente recursos y volumen de almacenamiento para satisfacer las necesidades porque no hay que invertir en una infraestructura física. Esto es, junto con la flexibilidad, especialmente relevante para empresas con un elevado nivel de estacionalidad.

- **Flexibilidad:** las empresas no tienen que pagar ni crear la infraestructura necesaria para mantener los niveles de carga en su nivel más alto. De igual forma, si no se utilizan recursos, se pueden reducir con rapidez. Permite pasar de un modelo tradicional de costes fijos a un modelo de costes variables.

- **Resiliencia**: almacenar datos en la nube en vez de hacerlo de forma local puede ayudar a evitar que se pierdan datos en caso de emergencia y reduce las vulnerabilidades de los sistemas *on premise*.

- **Mejor colaboración**: el almacenamiento en la nube permite acceder a los datos en cualquier momento y lugar. En lugar de estar vinculados a una ubicación o a un dispositivo concretos, los usuarios pueden acceder a los datos desde cualquier ubicación y en cualquier dispositivo, siempre que tenga conexión a internet.

- **Seguridad**: los proveedores de servicios de nube pueden actualizar de forma continua la seguridad de sus sistemas y cuentan con numerosos expertos en seguridad.

No obstante, el uso de servicios de nube puede presentar una serie de desventajas respecto al sistema tradicional, entre las que destacan las siguientes:

- **Riesgo de excesiva dependencia del proveedor de servicios de nube**: este riesgo se puede reducir en la medida que el usuario pueda desarrollar una estrategia *multicloud* y se minimicen las restricciones a la interoperabilidad entre diferentes proveedores de servicios.

- **Menor control sobre la infraestructura subyacente**: es el proveedor de servicios de nube el que gestiona y controla la infraestructura, sobre la que el consumidor no tiene ningún control.

- **Preocupaciones sobre los riesgos de seguridad**, como la privacidad de los datos (y en algunos casos su ubicación) y las amenazas online.

- **Costes imprevistos y gastos inesperados**: en algunos casos puede ser difícil para el usuario estimar el coste final de los servicios de nube.

Profundizando en el estudio de los servicios de nube, las autoridades de competencia utilizan distintas clasificaciones, en la práctica se pueden agrupar bajo tres grandes modelos de servicio:

- *Infrastructure as a Service* (IaaS): es la capa más sencilla, en la que el proveedor ofrece servicios de almacenamiento, procesamiento o redes sobre las que ejecutar software. En este caso, la infraestructura es gestionada por el proveedor del servicio de nube.

- *Platform as a Service* (PaaS): esta capa, además de las funcionalidades del modelo anterior, permite al consumidor desarrollar sus propias aplicaciones usando herramientas desarrolladas por el proveedor de servicios de nube.

- *Software as a Service* (SaaS): es la capa más completa, en la que se ofrecen al consumidor aplicaciones desarrolladas por el proveedor de servicios que se ejecutan en la nube.

Mientras que los servicios de nube de la capa IaaS son más homogéneos, existe un mayor grado de diferenciación para los productos de las capas PaaS y SaaS (en términos de innovación, especialización sectorial, etc).

Algunos autores apuntan a capas adicionales, como pueden ser *Network as a Service* (NaaS, modelo en el que los proveedores ofrecen redes virtuales), *Container as a Service* (CaaS, que

permite el desarrollo de aplicaciones en contenedores) o *Function as a service* (FaaS, en el que las aplicaciones se desarrollan mediante el uso de microservicios).

Los diferentes estudios distinguen principalmente entre tres formas de despliegue de los servicios de nube:

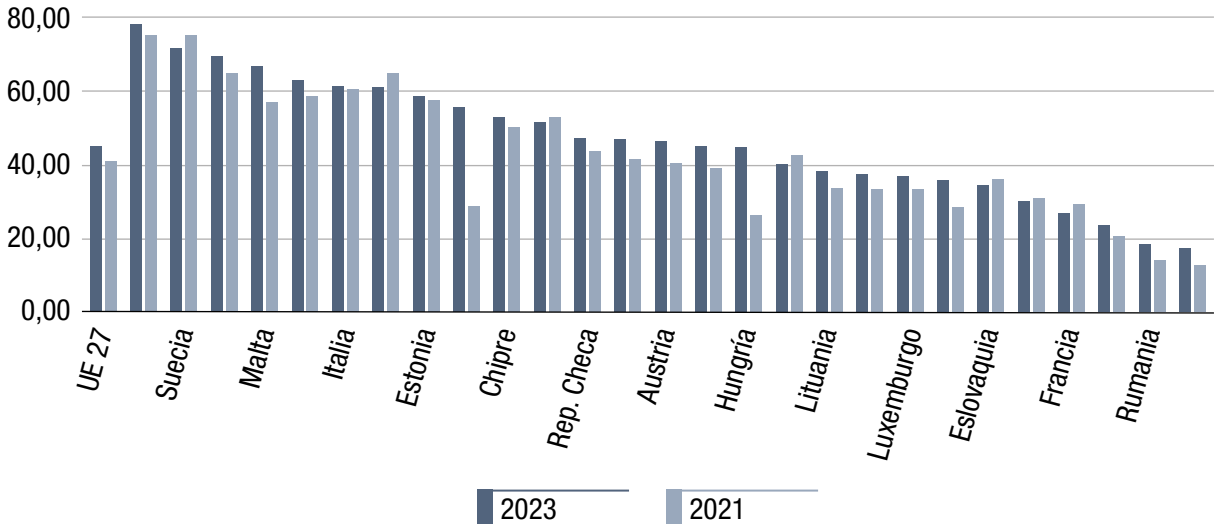
- Nube privada, en la que la infraestructura se destina exclusivamente a un único usuario.
- Nube pública, en la que diferentes usuarios comparten la misma infraestructura asociada a los servicios de nube.
- Nube híbrida, que es una combinación de las anteriores.

La mayor parte de los estudios de nube destacan el crecimiento exponencial del mercado de servicios de nube en los últimos años. Según datos de Gartner, el tamaño del mercado alcanzó a nivel global en 2023 un volumen de 561.000 millones de dólares. Gartner estima que el volumen de mercado aumente hasta 675.000 millones de dólares en 2024. Para 2027, Gartner espera que más del 70% de las empresas utilicen servicios de nube, lo que supone un incremento exponencial (desde alrededor de un 15% de uso en 2023).

Para el caso español, según datos de Statista, se estima un tamaño de mercado de servicios de nube en 2025 de alrededor de 11.150 millones de euros. La capa más demandada en España es la de servicios PaaS.

En relación con otros países de la Unión Europea, las empresas españolas se encuentran a la cola de compra de servicios de nube, por debajo de la media europea (45,2% en 2023):

Gráfico 1. Porcentaje de empresas que adquirieron servicios de nube en la UE en 2021 y 2023



Fuente: Eurostat

De acuerdo con datos de Eurostat, en 2023 el 30% de las empresas españolas utilizaron algún tipo de servicios de nube (principalmente servicios de correo electrónico, almacenamiento de archivos y software de oficina).

Por el lado de la demanda, se distingue entre dos categorías de usuarios finales de servicios de nube:

- Los denominados "usuarios nativos", que son aquellas empresas (tradicionalmente *start-ups* o empresas de reciente creación) que han desarrollado todos sus sistemas y aplicaciones desde un principio en la nube.

- Los usuarios que tradicionalmente tenían sus sistemas en su propia infraestructura (*on premise*) y deciden migrar sus cargas de trabajo a la nube.

Desde la perspectiva de la oferta, los diversos estudios existentes realizan diferentes clasificaciones de proveedores de servicio de nube. No obstante, se pueden diferenciar principalmente tres tipos:

- Proveedores de servicios de nube presentes en otros segmentos del mercado digital, entre los que destacan los denominados "hiperescaladores", así llamados por su cuota de mercado. Entre ellos, destacan empresas como Amazon, Google o Microsoft.

- Vendedores independientes de software, que suelen ser compañías que ofrecen servicios de nube tradicionalmente asociados a las capas PaaS y SaaS en los *marketplaces* y no disponen de infraestructura de red.

- Proveedores profesionales de servicios de nube, que venden o integran soluciones de nube bajo servicios de consultoría o soporte.

La oferta de servicios de nube se caracteriza por los siguientes factores, que pueden limitar la entrada y expansión de proveedores entrantes:

- Presencia de elevados costes fijos, relacionados con las inversiones para el despliegue de las infraestructuras y tecnología necesarias para la provisión de servicios. Estos costes fijos conllevan economías de escala, que favorece que exista una elevada concentración el mercado.

- Existencia de economías de alcance en la prestación conjunta de varios servicios de nube, que motiva la existencia de grandes proveedores que son conglomerados.

- Externalidades de red, de forma que cuanto mayor es el número de usuarios que utilizan un servicio, los propios usuarios obtienen mayor utilidad.

Los estudios destacan que la decisión de contratación de servicios de nube suele ser una decisión one-off, derivada de la existencia de altos costes hundidos, limitaciones técnicas a la

interoperabilidad y costes relacionados con el cambio de proveedor de servicios de nube (los denominados “egress fees”).

Existen principalmente dos formas de facturación de los servicios de nube:

- Pago por uso, cuyas condiciones se recogen en contratos estandarizados, de duración indeterminada accesibles en las páginas web de los proveedores. Los precios pueden definirse por variables como volumen de almacenamiento (GB) o tiempo de capacidad de procesamiento.

- Pago fijo por volumen mínimo de servicios contratado, utilizado principalmente para grandes clientes por periodos determinados (1-3 años), que suelen incluir descuentos por volumen.

Además, los grandes proveedores suelen utilizar algunas prácticas comerciales como, por ejemplo, los conocidos como “cloud credits”, que pueden adoptar dos formas: pruebas gratuitas o soporte para usuarios (fundamentalmente para start-ups). Estas prácticas suelen estar al alcance de los hiperescaladores con mayor músculo financiero.

Por otra parte, el marco regulatorio que rige el sector digital a nivel europeo está compuesto por el paquete de servicios digitales y la Estrategia Europea de datos. El primero está formado por dos normas:

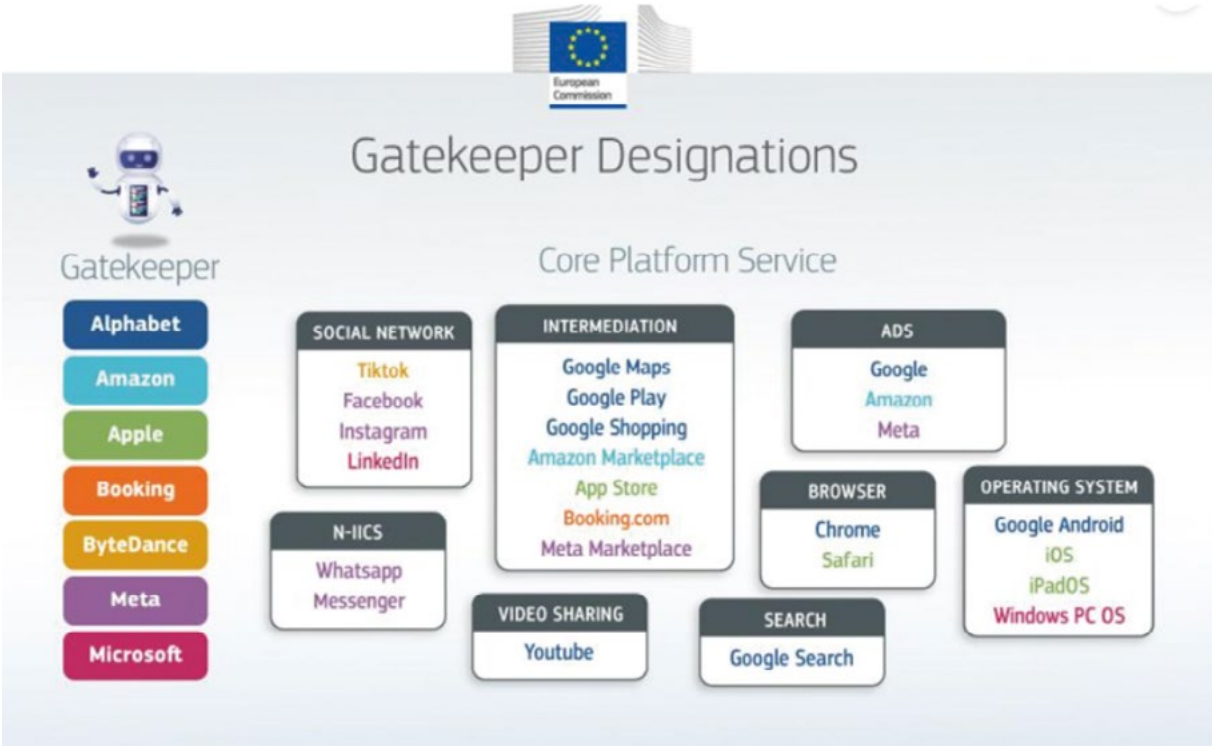
- El Reglamento de servicios digitales (*Digital Services Act*), con aplicación desde febrero de 2024. Su principal objetivo es contribuir a una mayor seguridad y fiabilidad para los usuarios de plataformas y motores de búsqueda en línea, previniendo actividades ilegales y la desinformación.

- El Reglamento de mercados digitales (*Digital Markets Act*), aplicable desde mayo de 2023. El Reglamento establece una serie de prohibiciones y obligaciones genéricas para los principales proveedores de servicios básicos de plataforma (los denominados “*gatekeepers*”)[2]. Entre las prohibiciones, cabe destacar la imposibilidad de combinar (sin consentimiento) datos personales de servicios de plataforma con datos de otros servicios, el requerimiento a los usuarios de suscribirse a servicios adicionales de plataforma para tener acceso a un determinado servicio o la utilización de datos generados por los usuarios. Las obligaciones más destacables se refieren a la obligatoriedad de facilitar la portabilidad efectiva de datos a los usuarios o la provisión de acceso a los usuarios a los datos generados en el uso de los servicios de plataforma. Ninguna de las obligaciones mencionadas en el Reglamento es específica para los servicios de nube.

  El Reglamento establece una serie de requisitos para la designación de un proveedor como “*gatekeeper*” (guardianes). Actualmente, la Comisión Europea ha designado 7 proveedores como *gatekeepers* para los siguientes servicios de plataforma:

[2] Los servicios básicos de plataforma incluyen varias categorías, desde servicios de nube hasta redes sociales.

Figura 1. Designaciones de gatekeepers de la Comisión Europea



Para los servicios de nube no se ha designado ningún "*gatekeeper*" hasta la fecha. Precisamente, uno de los debates existentes se centra en la posible necesidad de modificar esa norma para facilitar la inclusión de los servicios de nube.

Por su parte, la Estrategia Europea de datos está compuesta por dos Reglamentos:

- El Reglamento de datos (*Data Act*), que será aplicable a partir de septiembre de 2025. Su objetivo último es garantizar una distribución justa del valor de los datos, para lo que establece reglas de acceso y uso de los mismos. Son especialmente relevantes para los servicios de nube los requerimientos relativos a la eliminación de cualquier barrera de índole comercial, contractual, organizativa o técnica que dificulte el cambio entre diferentes proveedores de servicios de nube. Esto incluye la obligación de eliminar los "*egress fees*" a partir de 2027 o el establecimiento de estándares armonizados que favorezcan la interoperabilidad entre diferentes proveedores. Con relación a la armonización, no hay ningún desarrollo sobre especificaciones por parte de la Comisión Europea hasta la fecha.

- El Reglamento de gobernanza de datos (*Governance Data Act*), aplicable desde septiembre de 2023. El principal objetivo del Reglamento es fomentar, de forma altruista y segura, el intercambio de datos de propiedad pública (tanto de carácter personal como no personal). La norma incluye salvaguardas para el tratamiento de los datos personales que refuerzan los recogidos en el Reglamento General de Protección de Datos.

A nivel nacional no existe normativa específica para los servicios de nube. No obstante, teniendo en cuenta el peso relativo del sector público como demandante de servicios de nube,

son importantes las posibles rigideces en la contratación pública que pueden afectar al correcto funcionamiento y desarrollo del mercado de servicios de nube en España. Estas rigideces incluyen la consideración de los servicios de nube como contratos de suministro a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público o la inadecuación de los requerimientos de compra pública a la naturaleza de los servicios de nube, entre otros.

3. El diagnóstico de las partes interesadas: la consulta pública de la CNMC

Un elemento esencial de los estudios de mercado de la CNMC es la recopilación de información de las partes interesadas en los sectores objeto de análisis. Para ello, se recurre normalmente a las reuniones, los requerimientos de información o las consultas públicas.

El primer gran hito en la elaboración del estudio de los servicios de nube ha sido la publicación de los resultados de la consulta pública de este estudio en septiembre de 2024. La consulta pública ha buscado llegar al mayor número de agentes involucrados en este sector y el análisis de las respuestas aportadas servirá para identificar elementos susceptibles de mejora de los niveles de competencia y eficiencia en el sector de servicios de nube.

En total, la CNMC recibió 36 respuestas a la consulta pública, principalmente de proveedores de servicios de nube (33%) y asociaciones (33%) pero también de académicos, usuarios finales y otros agentes interesados. La mayor parte de las respuestas se recibieron de empresas de gran tamaño. Se resumen a continuación los resultados principales de la consulta.

Uno de los objetivos del análisis económico del estudio de la CNMC es determinar si existen características diferenciales del mercado de los servicios de nube en España respecto a otros países de nuestro entorno. Las respuestas destacan que no parecen existir grandes diferencias y que en España, al igual que en otros países, el mercado cuenta con unas pocas empresas líderes (los llamados hiperescaladores). No obstante, varios participantes indican que España cuenta con un importante potencial de crecimiento por presentar una adopción inferior a la media europea.

Las respuestas de la consulta pública han apuntado además a varias tendencias destacables en el mercado español como son: el aumento de la inversión en seguridad, el mayor foco en la sostenibilidad, el crecimiento del multicloud, la apertura de regiones cloud por parte de los hiperescaladores en nuestro país y la disponibilidad de energía renovable a menor coste como elemento impulsor del despliegue de la nube.

Por el lado de la demanda, la consulta se interesa por los distintos factores que determinan la decisión de contratación de un proveedor por parte de los clientes. De los resultados se desprende que el precio no parece ser el principal factor que determina las decisiones de contratación de los servicios de nube. En cambio, los clientes parecen priorizar las relaciones históricas con el proveedor, la facilidad de uso, la calidad técnica y la seguridad.

En cuanto a los precios, algunas respuestas aluden a que los proveedores que ofrecen servicios a precios inicialmente más bajos son los que usualmente capturan la mayor cuota del mercado. Apuntan a que los proveedores pueden ofrecen descuentos por volumen o precios

más competitivos al contratar múltiples servicios juntos, ventajas que se pierden con contratos individuales y refuerzan la posición de los hiperescaladores.

Para contribuir a la identificación de las barreras a la competencia en el mercado, la consulta pública incluye varias preguntas relativas a las barreras de entradas en el mercado de los servicios de nube y a las barreras al cambio de proveedor.

En relación con las barreras de entrada, las respuestas mencionan los siguientes elementos que actúan como tal: los costes de inversión en infraestructura (mayores en el caso de los proveedores de centros de datos y de la capa IaaS) o en I+D (mayores en PaaS y SaaS), la escasez de personal cualificado, y las barreras regulatorias, en especial en lo que se refiere a la legislación sobre datos personales o a los estándares de seguridad informática.

Por su parte, la información de las respuestas alude a la existencia de múltiples factores que podrían estar actuando como barreras al cambio de proveedor de servicios de nube. Cabe destacar los siguientes:

- Problemas de interoperabilidad, que afectan tanto a la combinación de aplicaciones en distintas capas de la nube como a la comunicación entre aplicaciones dentro de la misma capa de nube y al formato de los datos.
- Restricciones relativas a la política comercial de los proveedores de servicios de nube, con descuentos y bonificaciones del operador anterior a cambio de compromisos de gasto o de permanencia, que reducirían los incentivos al cambio de proveedor ya que ello implicaría la pérdida del descuento.
- Restricciones al uso de licencias impuestas por el proveedor.
- Pérdida de funcionalidades específicas a un proveedor no disponibles en otro.
- No disponibilidad de información necesaria del proveedor para poder asegurar la interoperabilidad de las aplicaciones.
- Elevado coste del traslado (reprogramación) o de mantener un entorno multicloud con múltiples esquemas de tarificación y sistemas de control de costes.
- Problemas de interoperabilidad, de forma que muchos operadores se han mostrado favorables a la adopción de estándares para solucionarlos. No obstante, las respuestas recogen importantes matices, ya que se mencionan posibles problemas relativos al proceso de adopción del estándar, al posible impacto que pueda tener en la innovación (menores incentivos a innovar o el riesgo de obsolescencia del estándar adoptado). Los principales operadores del mercado parecen encontrarse divididos al respecto, ya que algunos se muestran partidarios de los estándares mientras otros consideran que no hay problemas de interoperabilidad.
- Falta de transparencia y posibles cambios unilaterales en las condiciones contractuales, con preavisos no suficientes para reprogramar las aplicaciones o interrupciones y retirada del soporte de servicios utilizados por los usuarios. Aunque en principio una de las ventajas

de los servicios de nube frente al *on premise* es la escalabilidad y el ahorro de costes que ello pueda suponer, algunas respuestas han aludido a la dificultad de estimar los costes del servicio, al basarse en métricas de uso de los sistemas informáticos que no pueden preverse por los usuarios. Ello haría necesaria la gestión de los costes con aplicaciones especializadas o su externalización. También se ha mencionado que la carta de servicios de los proveedores no siempre ofrece información sobre cuáles de los servicios están vinculados entre sí, de manera que los usuarios no pueden prever cuáles tendrán que contratar para satisfacer una necesidad.

Aunque en el enfoque de los estudios de promoción de la competencia se analiza el funcionamiento competitivo del sector desde un punto de vista general (sin analizar conductas de empresas específicas, que se abordan desde la defensa de la competencia) algunas respuestas a la consulta han mencionado la posible existencia de conductas anticompetitivas en el mercado de los servicios de nube.

La consulta también se interesaba por posibles barreras a la competencia en la contratación pública de los servicios de nube. Algunas respuestas aluden al retraso en la publicación del acuerdo marco de contratación centralizada de IaaS y PaaS y se han recopilado recomendaciones como la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas.

Por último, en la consulta pública también se han recibido respuestas que aluden a la importancia de hacer seguimiento de otros mercados conexos al de servicios de nube. Se menciona por ejemplo la Inteligencia Artificial, ya que el uso creciente de la misma y de la analítica de datos está impulsando la demanda de servicios en la nube que ofrecen capacidades de procesamiento y almacenamiento escalables. Algunas respuestas también aluden al papel de los operadores de telecomunicaciones, que están realizando inversiones en centros de datos y servicios de nube.

En definitiva, la consulta pública ha proporcionado una visión panorámica de las partes interesadas en el sector sobre los posibles retos a la competencia que presenta el mercado de servicios de nube en España. Esta información proporciona una base útil para la elaboración del estudio de la CNMC y, como se expone a continuación, se encuentra alineado con la visión de otros estudios de promoción de la competencia sobre este mercado.

4. El diagnóstico de las autoridades de competencia que han estudiado el mercado de servicios de nube desde el punto de vista de la promoción de la competencia

Además de las aportaciones recibidas de las partes interesadas, otra fuente de información interesante para conocer los retos de competencia que presenta el sector es el diagnóstico que han realizado las autoridades de competencia de otros países.

La importancia del mercado de los servicios de nube en la transformación digital y los retos de competencia que presenta el sector han impulsado la realización de estudios de promoción de la competencia por varias autoridades de competencia a nivel internacional. A fecha de enero de 2025 se han realizado o están en marcha seis estudios por parte de autoridades

de competencia de otros países, a los que se suma la consulta realizada por la Federal Trade Commission en Estados Unidos.

A grandes rasgos, el diagnóstico de las autoridades de competencia a nivel internacional es compartido. Coinciden en la existencia de retos para la competencia en este sector e insisten particularmente las dificultades al cambio de proveedor y el multicloud. En concreto, el diagnóstico realizado hasta ahora apunta a la existencia de distintas barreras a la competencia, que se resumen a continuación.

1. **Ofertas para captar nuevos clientes potencialmente estructuradas para reforzar efectos '*lock-in*':** estas ofertas de entrada pueden beneficiar a los usuarios en el momento de la contratación inicial, pero a largo plazo también puede perjudicar a los usuarios y al nivel de competencia.

2. **Uso discriminatorio de los productos del propio grupo para la obtención de ventajas competitivas**. Los grandes operadores pueden obtener ventajas al ofrecer otros servicios como el software de productividad (Office 365) o los sistemas de administración de bases de datos. Estas ventajas, en algunos casos, podrían restringir excesiva o injustificadamente la competencia, en particular en el caso de grandes operadores y prácticas de: (i) *bundling* (descuentos por utilizar servicios de nube e incluso ajenos a la nube del mismo proveedor), (ii) vinculación (obligación legal o técnica de utilizar el software en los servicios de nube del mismo proveedor), (iii) aumento de costes a la competencia (aumento de los requisitos de licencias de software, actualizaciones más frecuentes).

3. **Restricciones técnicas y de costes al cambio de proveedor (efecto "*lock-in*").** Muy pocas empresas cambian de proveedor de servicios de nube una vez han efectuado su elección. Esto puede ser perjudicial en tanto que puede permitir a los proveedores principales cobrar mayores precios o rebajar la calidad sin perder clientes, dificulta que nuevos entrantes puedan competir en el mercado y desincentiva la innovación. La falta de movilidad de los usuarios podría ser consecuencia de, entre otros aspectos:

   - **Falta de interoperabilidad y barreras técnicas:** las dificultades o imposibilidad de transferir datos o software entre proveedores de servicios de nube limita la posibilidad de cambiar de proveedor o de utilizar varios proveedores.

   - **Ecosistemas cerrados e integración vertical:** la complejidad técnica, costes de aprendizaje y los problemas de interoperabilidad que pueden surgir al utilizar los servicios de proveedores distintos incentivan la contratación de los servicios de nube de un único proveedor capaz de proporcionar los servicios de las distintas capas de nube.

   - **Costes y dificultades operativas en los procesos de cambio de proveedor:** pueden existir diversos costes relevantes, algunos de ellos directamente ligados a la migración de datos (*egress fees*) y software y otros de carácter indirecto, como posibles retrasos, cortes del servicio u otras incidencias.

   - **Problemas de información y limitaciones de transparencia:** puede resultar complejo recabar información sobre los costes, condiciones y problemas de realizar una migración

a otro operador, así como obtener información sobre las condiciones reales del servicio y precios de un nuevo operador.

A pesar del diagnóstico compartido, los informes de las distintas autoridades de competencia presentan distintas particularidades. Por ello, se presentan a continuación los elementos más destacados de cada uno de ellos.

- El estudio de la autoridad de competencia holandesa (2022) analiza el concepto de servicios de nube, el mercado por el lado de la oferta y la demanda e identifica distintas barreras a la competencia. Alude a la existencia de barreras técnicas, organizativas y financieras al cambio de proveedor. Además, considera que la mala interoperabilidad restringe el cambio de proveedor y la libertad para combinar los servicios de distintos proveedores. Asimismo, el estudio se refiere a la creciente consolidación en el sector y los riesgos de dependencia en unos pocos proveedores integrados verticalmente. Advierte de que, debido al efecto *lock-in*, las decisiones iniciales de elección de proveedor tiene consecuencias importantes y recomienda que los usuarios de los servicios de nube ponderen adecuadamente el valor añadido de un determinado servicio de nube y el efecto *lock-in* asociado, y que sólo acepten el *lock-in* si el servicio tiene realmente más ventajas frente a otros. Finalmente, incluye unas recomendaciones para mejorar la competencia en este mercado como la rebaja de las barreras a los cambios de proveedor o la mejora de interoperabilidad y de la portabilidad de los datos.

- El estudio de la autoridad de competencia francesa (2023) analiza la competencia en la provisión de servicios de nube basados en los modelos IaaS y PaaS. El estudio destaca una serie de factores que favorecen la concentración, como son las elevadas inversiones necesarias para poder ofrecer estos servicios, así como las economías de escala, de alcance y los efectos de red. Las barreras al cambio de proveedor favorecen a las grandes plataformas digitales (hiperescaladores), que cuentan con ecosistemas que pueden atender las necesidades presentes y futuras de los clientes, lo que a su vez reduce la competencia *en* el mercado de clientes de los servicios de nube y la sustituye por una dinámica de competencia *por* el mercado de clientes futuros. La autoridad de competencia francesa también destaca varios riesgos para la competencia en el mercado que clasifica en dos categorías:

  - Riesgos competitivos transversales: incluye aquí prácticas que generan un efecto *lock-in* y dificultan el cambio de proveedor, como los créditos *cloud* y los costes de transferencia de datos (*egress fees*).

  - Riesgos competitivos específicos: (i) riesgos a la migración (cláusulas contractuales restrictivas, *tying*, ventajas tarifarias, restricciones técnicas), (ii) riesgos competitivos al cambio de proveedor (frenos tecnológicos como la interconexión de los servicios informáticos o la falta portabilidad de los datos) y (iii) riesgos asociados a barreras a la expansión de los competidores de los hiperescaladores (barreras a la interoperabilidad, condiciones comerciales o técnicas más favorables para los productos del proveedor, acceso privilegiado a datos difícilmente reproducibles por los competidores, entre otros).

  La autoridad francesa considera que existe un riesgo de concentración del sector en torno a unos pocos operadores y una reducción de la intensidad competitiva. Alude además a las

modificaciones futuras en el equilibrio competitivo del mercado de servicios de nube que potencialmente se pueden derivar de nuevas tecnologías como la Inteligencia Artificial, el *edge computing* y el *cloud gaming*.

Frente a este diagnóstico, la Autoridad expresa en el estudio su posición favorable de la Data Act europea, al considerar que pueda modificar positivamente el funcionamiento competitivo en el sector. No obstante, considera que es importante realizar un ejercicio de seguimiento de tres aspectos: la distinción del régimen aplicable a las *egress fees* de otros costes de migración, la realización de un estudio de impacto de los *cloud credits* y la especificación de medidas para fomentar la portabilidad y la interoperabilidad.

Además, en mayo de 2023 la autoridad francesa de competencia emitió una opinión sobre tres artículos del proyecto de ley reguladora del espacio digital, con cinco recomendaciones relacionadas con los servicios de nube, entre ellas, asegurar la coherencia entre el régimen transitorio previsto en el proyecto de ley y las disposiciones de la *Data Act* de la UE y garantizar que las medidas relativas a la interoperabilidad y la portabilidad estén debidamente vinculadas a la *Data Act*.

- La encuesta de la autoridad de competencia japonesa (2022) se lanzó con el objetivo de identificar prácticas en el sector de los servicios de nube y obtener información sobre la situación competitiva en el sector. Entre los resultados, cabe destacar: (i) la concentración creciente del sector, (ii) la existencia de una tendencia por parte de los usuarios a no cambiar de proveedor y, (iii) como resultado de ambos factores, la posibilidad de que el mercado se vuelva no competitivo en el futuro. La encuesta también concluye que existe asimetría de información entre los proveedores y clientes de los servicios de nube y que la dificultad para escoger los servicios de nube basados en la calidad puede dificultar la competencia en el mercado. Finalmente, se identifican una serie de prácticas (*self-preferencing* de licencias de software, *egress fees*, etc) que pueden afectar negativamente a la competencia en el mercado de servicios en la nube y se formulan una serie de recomendaciones para proveedores y clientes.

- La Federal Trade Commission lanzó en 2023 una consulta sobre el mercado de servicios de nube sobre la que ha recibido distintas aportaciones. Los temas más recurrentes en ellas son determinadas prácticas de licencias de software que restringirían el uso de cierto software en la infraestructura de otros proveedores de servicios de nube, el posible efecto *lock-in* derivado de los *egress fees*, y los incentivos a consolidar el uso de un solo proveedor que pueden derivarse de los contratos con gasto mínimo. Con ellos, el cliente compromete un gasto mínimo durante un periodo y recibe un descuento sobre el gasto en ese periodo. Algunas aportaciones también aluden a la importante relación entre la Inteligencia Artificial Generativa y el mercado de servicios de nube.

- El estudio del regulador de las comunicaciones de Reino Unido (2023) analiza también la situación competitiva del mercado de servicios de nube en Reino Unido. Considera que la competencia entre proveedores de servicios de nube está principalmente centrada en atraer nuevos consumidores a la hora de migrar a la nube, pero hay determinados aspectos que hacen que la competencia sea más limitada a la hora de la hora de cambiar de proveedor.

Los aspectos que más preocupan son, por una parte, los *egress fees* y las barreras técnicas (falta de interoperabilidad y portabilidad), por poder desincentivar el *muticloud* y el cambio de proveedor y, por otra parte, los descuentos por gastos comprometidos, al considerar que la forma en la que están estructurados puede incentivar a los consumidores a utilizar un único proveedor. En base a este diagnóstico, consideró que hay indicadores de que el mercado de servicios de nube no está funcionando adecuadamente y que hay determinados rasgos que pueden acabar contribuyendo a un mayor deterioro de la competencia en este mercado. Por ello, refirió el mercado de infraestructura de nube a la *Competition and Markets Authority* (CMA) para que llevara a cabo una investigación de mercado en profundidad para decidir si hay efectos adversos sobre la competencia.

- La investigación de mercado de la *Competition and Markets Authority* de Reino Unido sigue en marcha y se espera que finalice en verano de 2025. Una particularidad de las investigaciones de mercado de la CMA respecto a las labores de promoción de la competencia de otras autoridades es que la CMA puede aplicar medidas vinculantes (*remedies*). Como parte de la investigación, la CMA ha ido publicando diversos documentos (*working papers*) temáticos, que resumen el análisis preliminar sobre distintos elementos específicos del mercado. Resulta interesante el grado de detalle del análisis y la consideración de posibles recomendaciones. Por su interés, se resume brevemente a continuación el contenido de los que abordan aspectos más generales:

  – El *working paper* sobre la situación competitiva del mercado de servicios de nube en Reino Unido. Refleja el crecimiento de los servicios de nube de los últimos años y las perspectivas, que indican que la demanda en Reino Unido seguirá creciendo debido principalmente a clientes existentes (aumentarán las cargas de trabajo que ya tienen o añadirán nuevas) y no tanto a la captación de nuevos clientes. Incluye posibles parámetros de competencia (formas en las que los proveedores varían sus ofertas para adaptarse a las preferencias de los consumidores), como el precio, la facilidad de migración, la seguridad y la protección de datos, las elecciones históricas de proveedores, el apoyo técnico, entre otros. Se analizan también el *multicloud* y el proceso de cambio de proveedor, ya que ambos son clave para mantener la presión competitiva en este mercado, especialmente en un contexto en el que el futuro crecimiento no se prevé que proceda de nuevos clientes. En base a un análisis preliminar, se considera que ambos parecen ser limitados. En cuanto a la relación entre la IA y la nube, indica que los proveedores de servicios de nube parecen ser una fuente importante de capacidad de computación acelerada para los desarrolladores de modelos fundacionales y que las alianzas entre los grandes proveedores de nube y estos desarrolladores probablemente jueguen un papel importante en el futuro.

  – El *working paper* sobre un posible paquete de medidas (*remedies*). Se trata de un análisis preliminar en el que se consideran distintos tipos de medidas y los riesgos asociados a cada uno de ellos. En concreto, el documento valora la posibilidad de adoptar medidas estructurales (desinversiones) pero, dado sus posibles riesgos, concluye que no se va a priorizar su consideración por parte de la CMA. Asimismo, valora preliminarmente la posibilidad de adoptar medidas conductuales para abordar: (i) las barreras técnicas (aumentar el grado de estandarización de los servicios de nube, mejorar la

interoperabilidad de los servicios de nube a través del uso de capas de abstracción, mejorar la transparencia sobre la interoperabilidad de los servicios, etc), (ii) los *egress fees* (prohibiéndolos o limitándolos), (iii) los acuerdos por gastos comprometidos (prohibirlos, establecer restricciones sobre su estructura, establecer una duración mínima o aumentar la transparencia sobre su estructura), y (iv) las prácticas de licencias de software (precios no discriminatorios por parte de Microsoft de sus productos de software, independientemente de la infraestructura de nube en la que se alojen, permitir a los clientes transferir productos de software de Microsoft previamente adquiridos a la infraestructura de nube que deseen sin costes adicionales, aumentar la transparencia sobre el uso de los productos de software de Microsoft en la nube de Microsoft y en otras nubes, requerir la paridad y la funcionalidad de uso de los productos de software de Microsoft en su nube y en la de otros).

- La autoridad de Competencia danesa ha sido la última en anunciar el inicio de un estudio de mercado sobre los servicios de nube hasta la fecha. El objetivo del análisis que sigue en marcha será comprender el funcionamiento del mercado y los posibles problemas de competencia a los que puedan enfrentarse las empresas e instituciones públicas danesas.

5. Conclusión

Los servicios de nube se han convertido en una pieza clave de la transformación digital, sin la cual muchos de los servicios digitales no podrían funcionar de la manera en la que hoy lo hacen.

La importancia de este mercado, su potencial de crecimiento y su funcionamiento, lo han convertido en un área de interés para la promoción de la competencia en numerosos países. Por el momento, el diagnóstico hasta ahora realizado coincide en la existencia de importantes retos a la competencia, con elementos que dificultan especialmente el cambio de proveedor y el multicloud y en la necesidad de realizar un seguimiento de este mercado.

En España, la CNMC está actualmente elaborando un estudio de promoción de la competencia sobre los servicios de nube. Por el momento, los resultados de la consulta pública, el primer hito del estudio, apuntan en la misma dirección que otros estudios: los retos de competencia a los que se enfrenta el sector en España no parecen diferir mucho del diagnóstico en otros países. Frente a estos retos ya identificados, dentro de la labor de promoción de la competencia cobra cada vez más importancia la realización de recomendaciones que puedan contribuir de forma efectiva a la mejora de la eficiencia en el sector.

Bibliografía

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Avis 23-A-05 du 20 avril 2023 concernant le projet de loi visant a sécuriser et réguler l'espace numérique*, 2023. Disponible en: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2023-05/23a05.pdf

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Opinion 23-A-08 of 29 June 2023 on competition in the cloud sector*, 2023. Disponible en: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/opinion/competition-cloud-sector

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Cloud services market investigation: competitive landscape working paper*, 2024. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/664f1917bd01f5ed3279411c/240520_Competitive_Landscape_WP_2_.pdf

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Cloud services market investigation: initial views on selecting a potential remedy package*, 2024. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/66618caec703062f7b8c869b/Potential_remedies.pdf

DANISH COMPETITION AND CONSUMER AUTHORITY. *News*. Danish Competition and Consumer Authority webpage, 2025 [consulta 15-01-2025]. Disponible en: https://en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/news/2024/20240712-the-danish-competition-and-consumer-authority-is-examining-the-market-for-cloud-services-for-businesses-and-the-public-sector

EUROPEAN COMMISSION. *Gatekeepers*. European Commission webpage, 2023 [consulta 15-01-2025]. Disponible en: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en

EUROSTAT. *Cloud computing – statistics on the use by enterprises*. Eurostat webpage, 2023 [consulta 15-01-2025].

Federal Trade Commission. *Cloud computing RFI*. Federal Trade Commission webpage, 2023 [consulta 15-01-2025]. Disponible en: https://www.ftc.gov/policy/advocacy-research/tech-at-ftc/2023/11/cloud-computing-rfi-what-we-heard-learned

GARTNER. *Gartner Forecasts Worldwide Public Cloud End-User Spending to Surpass $675 Billion in 2024*. Gartner webpage, 2024 [consulta 15-01-2025]. Disponible en: https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2024-05-20-gartner-forecasts-worldwide-public-cloud-end-user-spending-to-surpass-675-billion-in-2024#:~:text=Worldwide%20end%2Duser%20spending%20on,(GenAI)%20and%20application%20modernization.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION, *Report on Trade Practices in Cloud Services Sector,* June 2022. Disponible en: https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2022/June/221102EN.pdf

MELL, P; GRANCE, T. *The NIST definition of cloud computing*. NIST Special Publication 800-145, September 2011. Disponible en: https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/legacy/sp/nistspecialpublication800-145.pdf

NETHERLANDS AUTHORITY FOR CONSUMERS AND MARKETS. *Market Study Cloud Services*. Document no. ACM/INT/440323, 2023. Disponible en: https://www.acm.nl/system/files/documents/public-market-study-cloud-services.pdf

OFCOM. Cloud services market study, 5 October 2023. Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/siteassets/resources/documents/consultations/category-3-4-weeks/244808-cloud-services-market-study/associated-documents/cloud-services-market-study-final-report.pdf?v=330228

STATISTA. *Market Insights-Technology-Public Cloud Spain*. Statista webpage, 2025 [consulta 15-01-2025]. Disponible en: https://www.statista.com/outlook/tmo/public-cloud/spain

UNIÓN EUROPEA. *Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales)*. Boletín Oficial de la Unión Europea, número 265, 12 de octubre de 2022. Disponible en: Reglamento - 2022/1925 - EN - EUR-Lex

UNIÓN EUROPEA. *Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/EC (Reglamento de Servicios Digitales)*. Boletín Oficial de la Unión Europea, número 277, 27 de octubre de 2022. Disponible en: Reglamento - 2022/2065 - EN - EUR-Lex

UNIÓN EUROPEA. *Reglamento (UE) 2022/868 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Ley de Gobernanza de Datos)*. Boletín Oficial de la Unión Europea, número 152, 3 de junio de 2022. Disponible en: Reglamento - 2022/868 - EN - EUR-Lex

Unión Europea. *Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos)*. Boletín Oficial de la Unión Europea, Serie L, 22 de diciembre de 2023. Disponible en: Reglamento - UE - 2023/2854 - EN - EUR-Lex

Derecho y Economía del dato: Soluciones regulatorias y remedios de competencia

Autor:

Eugenio Olmedo Peralta, Catedrático ac. de Derecho mercantil en la Universidad de Málaga

Resumen:

Disponer de un acceso suficiente a datos, en términos de calidad y cantidad, resulta crítico para que las empresas puedan competir en el mercado digital. Sin embargo, son pocas las empresas que acaparan las principales fuentes de obtención de datos y que, además, implementan estrategias para impedir que potenciales rivales puedan acceder a ellos. Para conseguir mercados de datos competitivos y eficientes es necesario abordar la situación combinando las soluciones regulatorias y los remedios de competencia.

Palabras clave:

Datos, Interoperabilidad, Reglamento de Datos, killer acquisitions, remedios, guardianes de acceso (gatekeepers)

Códigos JEL:

K21, K24, L41, L51

1. Introducción: los fallos de mercado del sector de los datos

Es un postulado básico –y pacífico– de política económica que el sector público sólo debe intervenir en el funcionamiento del mercado ante fallos de éste. Como primera derivada de esta premisa se desprende que, a la hora de elegir entre instrumentos de intervención para corregir tales fallos de mercado, se deba optar por la solución menos intervencionista. En nuestro ámbito esto se concreta en que para solucionar problemas provocados por la falta de competencia en el mercado se deba preferir la aplicación ordinaria de las normas de defensa de la competencia sobre la regulación del mercado. Sin embargo, en ciertas ocasiones, el propio funcionamiento del mercado y la dinámica aplicativa de las normas antitrust hacen preferible la segunda opción sobre la primera. Las notas propias del mercado de captación de datos corroboran esta afirmación. El principal valor de los datos es el de servir como insumo en el proceso de producción de bienes y servicios digitales. Determinados mercados, como los de publicidad digital o la prestación de contenidos audiovisuales, requieren del procesamiento de datos sobre los usuarios para poder prestar sus servicios en condiciones de eficiencia. Cuanto mayor sea la cantidad de datos a los que una empresa pueda acceder y pueda procesar, mejor será el producto que ofrezca y mayor será su competitividad. Nos encontramos, así, ante un mercado de demanda, donde la competencia gira en torno a la captación de datos como factor productivo clave. Por ello el foco de atención del regulador y de las agencias de competencia se ha de poner sobre las estrategias empresariales dirigidas a su captación y utilización de los datos.

En el ecosistema digital, la maximización del beneficio ha dejado de ser el objetivo prioritario e inmediato de las empresas, al menos en el corto y medio plazo, y su solidez ya no se fundamenta únicamente en la acumulación de activos. La estrategia central de las empresas digitales radica en la captación y posterior consolidación de una posición hegemónica dentro del mercado, explotando la ventaja del pionero (*first mover advantage*) para imponerse como el ganador que domine un determinado negocio (*market tipping*). La rentabilidad puede quedar relegada a una fase posterior. En este escenario de competencia dinámica exacerbada y una presión innovadora sin precedentes, las empresas digitales no dudan en sacrificar sus resultados financieros, incluso de manera prolongada, a cambio de poder emprender estrategias comerciales agresivas con el único propósito de afianzar su control estructural sobre el mercado[1].

[1] Probablemente la narrativa más paradigmática de este fenómeno siga siendo la ofrecida por KHAN, Lina M., "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, 126, 3, esp. pp. 746 y ss. En su aportación, la antigua presidenta de la FTC pone de manifiesto cómo durante décadas el gigante digital Amazon ha sacrificado sus beneficios a cambio de llevar a cabo prácticas comerciales agresivas en la distribución y comercialización de productos (precios predatorios, integración vertical, explotación de datos, condiciones contractuales no equitativas…), conductas que le han permitido convertirse en el gestor y regulador del mercado de compras online, levantando importantes barreras que impiden (o, al menos, dificultan en gran medida) la entrada de competidores. Conseguida esa posición de dominio en el mercado, el gigante digital puede echar sus redes a otros mercados valiéndose del dominio de fuentes de datos desde su posición de *gatekeeper* (*market leverage*). Khan no es la única que ha advertido los efectos de esta dinámica sobre la competencia y, por contagio, sobre el funcionamiento de la economía en general. Otros autores destacados, como BAKER, Jonathan B., *The Antitrust Paradigm: Restoring a competitive economy*, Harvard University Press, 2019, esp. pp. 11 y ss. han puesto de manifiesto cómo esta tendencia se generaliza en la conducta de los gigantes digitales, dando lugar a una situación a la que se ha llamado –con originalidad y acierto– un escenario «moligopólico», *vid*. PETIT, Nicolas, *Big Tech & the Digital Economy, the Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, Oxford, 2020, esp. pp. 93 y ss.

Los datos se caracterizan por ser un recurso no fungible y por su gran versatilidad, en tanto que los mismos datos pueden utilizarse simultáneamente para el desarrollo de los más variados productos y servicios digitales. La utilidad de los datos se incrementa a medida que se acumulan en cantidades mayores, se diversifican sus fuentes de obtención y se refieren a variables diferenciadas. Además, no hay rivalidad en su obtención y utilización, en tanto que un mismo dato puede ser captado por diversas empresas y, una vez registrado, puede ser utilizado en cualquier proceso del ámbito digital. No obstante, aunque un mismo dato pueda ser utilizado paralelamente por diversas empresas para distintos servicios y procesos digitales, éstas son conocedoras de la ventaja que puede derivar de su acaparación y uso exclusivo, por lo que se mostrarán reacias a compartirlos voluntariamente con otras empresas –rivales o no– y desarrollarán estrategias agresivas para ser los primeros en implantar (y poder monopolizar) sistemas de captación de datos (plataformas digitales, dispositivos de Internet de las Cosas, etc.). Esta dinámica da origen a potenciales posiciones de dominio sobre las que se pueden promover prácticas abusivas, especialmente de carácter exclusionario.

No todas las iniciativas empresariales dirigidas a implantar sistemas de captación de datos son ilícitas o anticompetitivas. En muchos casos, las empresas digitales crean sus propios sistemas de obtención de datos desarrollando dispositivos o prestando servicios digitales gratuitos y atractivos para muchos usuarios. En este caso, nos enfrentamos a una obtención lícita de los datos fruto del esfuerzo empresarial (*competition on the merits*). En otros casos, en cambio, los datos se consiguen de forma mediata, parasitando la información que otras empresas consiguen y que ceden a una empresa con mayor poder relativo en sus relaciones comerciales [2]. Finalmente, las empresas pueden desarrollar políticas agresivas de concentraciones para incrementar su poder de captación de datos. Para ello, plantean un programa de compra de otras empresas –sobre todo emergentes– que manifiestan una especial capacidad de captar datos en un determinado sector. Estas conductas son especialmente lesivas cuando esconden prácticas de *killer acquisitions*[3].

[2] Es el caso, por ejemplo, de plataformas operadoras de sistemas operativos o de tiendas de aplicaciones (App Stores) que amplían su espectro de captación de datos mediante el acceso obligatorio a los datos que obtienen los desarrolladores de aplicaciones que se ejecutan a través de este sistema operativo o utilizando ese canal de distribución. *Vid*. OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Entornos informáticos: sistemas operativos, tiendas de aplicaciones, asistentes virtuales y aplicaciones", en *La regulación de los servicios digitales*, dir. Montero Pascual, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 349-406. Con carácter general, 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 (Reglamento B2P), DOUE L 186/57-79, de 11.7.2019 trata de dar respuesta a las conductas desleales construidas a partir del desequilibrio de poder de negociación entre plataformas digitales y los usuarios profesionales que precisan el acceso a éstas para el desarrollo de parte de su actividad. En particular, su artículo 9 hace referencia al acceso a datos, estableciendo una serie de obligaciones de información que los operadores de las plataformas han de ofrecer a sus usuarios profesionales.

[3] El ejemplo más palmario es el de Alphabet, gigante que hasta la fecha ha perfeccionado más de 250 adquisiciones de empresas, algunas de ellas dirigidas claramente a hacerse con el control de una fuente relevante de datos, como fueron los casos de mergers con YouTube, DoubleClick, Android, Motorola Mobility, Fitbit o Waze. *Vid*. REGIBEAU, Pierre; LIANOS, Ioannis, "Digital Mergers: A Primer", *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series* 3/2021; HOFFMANN, Jörg / JOHANNSEN, Germán O., "EU-Merger Control & Big Data On Data-Specific Theories of Harm and Remedies", *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* No. 19-05, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364792; CHIRITA, Anca D., "Data-Driven Mergers Under EU Competition Law", en *The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation*, Linarelli, Akseli (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 147-183.

Buena parte de los mencionados fallos de mercado debidos a una competencia imperfecta, a situaciones próximas a monopolios naturales y a la acaparación de recursos no admite fácil solución por los cauces generales del Derecho de la competencia. Por ello, se ha hecho preciso recurrir a la vía regulatoria, arbitrando obligaciones y prohibiciones sobre el uso y comercialización de los datos.

2. Un marco regulatorio asimétrico para un uso competitivo de los datos

El reparto del control sobre las fuentes de datos es muy irregular. Unos pocos gigantes conglomerados concentran las principales fuentes de obtención de datos mientras que otras empresas ven cómo la dificultad para acceder a datos suficientes y de calidad lastra sus posibilidades reales de éxito en el mercado. No resulta de extrañar que el mayor flujo cuantitativo y cualitativo de datos esté concentrado en manos de las grandes plataformas que han sido designadas como guardianes de acceso en aplicación del Reglamento de Mercados Digitales[4]. La solución regulatoria adoptada en la Unión Europea establece tres niveles graduales de obligaciones: las impuestas a los guardianes de acceso por su condición de tales, las derivadas de la regulación específica del Reglamento de Datos y las que pudieran resultar de prácticas comerciales desleales entre plataformas y usuarios profesionales.

Obligaciones y prohibiciones relativas a los datos impuestas a los guardianes de acceso por el Reglamento de Mercados Digitales

El principal objetivo del RMD es el de implementar medidas para superar el principal fallo de mercado del sector digital: la consolidación de posiciones de dominio indisputables por parte de ciertas plataformas digitales. Para ello se establece un procedimiento de designación de plataformas como guardianes de acceso a las que se les somete a una serie de obligaciones y prohibiciones[5] dirigidas a potenciar la equidad en el funcionamiento de estos mercados y su disputabilidad (Schweitzer, 2021). El objetivo perseguido es doble. En sentido negativo, la regulación trata de frenar el incremento de poder de mercado de estas empresas que resulta de la concentración y combinación de datos. En sentido positivo, se trata de introducir obligaciones de portabilidad y de reconocer derechos de acceso a datos para permitir que potenciales rivales puedan participar en ellos, como requerimiento para abrir los mercados digitales a una competencia efectiva.

Entre las previsiones específicas del RMD para evitar que se puedan alcanzar posiciones de dominio indisputables basadas en los datos, destacan las prohibiciones del art. 5.2. Este pre-

[4] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales), DOUE L-265/1-66, de 12.10.2022, en lo sucesivo RMD. Sobre el marco conceptual de la designación como gatekeepers nos remitimos a OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?", en *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, dirs. Tato Plaza, Costas Comesaña, Fernández Carballo-Calero, Torres Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 87-115; de forma monográfica y más ambiciosa, PODSZUN, Rupprecht, *Digital Markets Act, Article-by-Article Commentary*, Nomos, 2024.

[5] *Cfr*. Arts. 5, 6 y 7 RMD.

cepto se dirige a evitar que los guardianes de acceso combinen y procesen datos personales de los usuarios sin su consentimiento, garantizando una mayor privacidad y autonomía en el uso de sus servicios. En primer lugar, se prohíbe el tratamiento de datos personales de usuarios finales que utilizan servicios de terceros con el objetivo de ofrecer publicidad en línea. También se restringe la combinación de datos personales obtenidos de distintos servicios básicos de la plataforma con aquellos procedentes de otros servicios adicionales proporcionados por el guardián de acceso o por terceros. Además, se impide el cruce de datos personales entre diferentes servicios de la misma empresa, incluyendo otros servicios básicos de plataforma. Y, por último, se prohíbe que el guardián de acceso imponga una obligación de iniciar la sesión de los usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales.

Junto a ello, se imponen obligaciones positivas de compartir datos con los anunciantes y editores, debiendo proporcionarle a cada anunciante o editor que preste servicios de publicidad en línea (o a terceros autorizados) información diaria y gratuita sobre cada anuncio del anunciante en relación con distintos parámetros (precio y comisiones pagados, remuneración recibida por el editor, medidas a partir de las que se calculan precios, comisiones y remuneraciones)[6].

En el ámbito de las relaciones entre la plataforma y usuarios profesionales de la misma, se impone al guardián de acceso la prohibición de utilizar ningún dato que no sea públicamente accesible generado o proporcionado por dichos usuarios profesionales en el contexto de su uso de los servicios básicos de plataforma pertinentes o de los servicios prestados junto con ellos o en apoyo de estos servicios, incluso los datos generados o proporcionados por los clientes de dichos usuarios profesionales[7].

Para tratar de solucionar el cierre de mercado derivado del dominio y monopolización de datos, el RMD impone a los gatekeepers obligaciones de conceder acceso a datos y compartir información crítica, al mismo tiempo que reconoce ciertos derechos de portabilidad de datos. Así, los anunciantes y editores, o los terceros autorizados por ellos, tienen derecho a acceder de manera gratuita a los instrumentos de medición del rendimiento del guardián de acceso. También pueden disponer de los datos necesarios para realizar una verificación independiente del inventario de anuncios, lo que permite una mayor transparencia en el mercado publicitario. Los usuarios finales y los terceros autorizados han de poder ejercer su derecho a la portabilidad de los datos de manera efectiva y sin coste. Esto incluye tanto la información proporcionada directamente por el usuario final como los datos generados a partir de su actividad dentro del servicio básico de la plataforma. Los usuarios profesionales y los terceros que estos autoricen deben recibir acceso continuo, de calidad y en tiempo real a datos agregados o desagregados generados en el contexto del uso de los servicios básicos de plataforma. Este acceso incluye datos personales siempre que estén directamente relacionados con la interacción del usuario final con los productos o servicios del usuario profesional y que se haya dado consentimiento expreso para dicho intercambio. Las empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea pueden acceder a datos sobre

[6] *Cfr*. Art. 5.9 y 10 RMD.
[7] *Cfr*. Art. 6.2 RMD.

clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones generados por los usuarios en los motores de búsqueda en condiciones justas, razonables y no discriminatorias (FRAND). Cuando estos datos incluyan información personal, se aplicarán mecanismos de anonimización para garantizar la privacidad de los usuarios.

Obligación de informar sobre operaciones de concentración

El control de concentraciones tradicional, basado en umbrales de facturación o cuotas de mercado, puede resultar insuficiente en el entorno digital, donde el valor competitivo de una empresa no siempre se refleja en estos parámetros cuantitativos. Esto puede generar un riesgo significativo de falsos negativos, al excluir del análisis operaciones que, pese a no superar los requisitos tradicionales de control, pueden restringir sustancialmente la competencia.

Para mitigar este riesgo, el artículo 14 del RMD amplía las obligaciones de notificación de concentraciones a los guardianes de acceso. Estos deberán informar a la Comisión Europea sobre cualquier operación en el sector digital que implique servicios básicos de plataforma o facilite la recopilación de datos, independientemente de que la transacción sea formalmente notificable según la normativa de control de concentraciones de la UE o de los Estados miembros. La notificación incluirá detalles sobre las empresas involucradas, su volumen de negocio global y en la Unión, la naturaleza de la operación y su posible impacto en los mercados afectados.

Sin embargo, la norma requiere una consideración crítica. Resulta importante advertir que este precepto impone el deber de notificación a la Comisión a efectos meramente informativos, pero no establece un verdadero procedimiento de control de la operación. Esto es, recibida la información, no se dispone que la Comisión Europea haya de entrar en un análisis sustantivo de la misma dirigido a determinar su compatibilidad con el funcionamiento del mercado y que implique la suspensión de la operación hasta su autorización. Si la concentración no alcanza dimensión comunitaria, la Comisión no desarrollará tales poderes. En cambio, sí se fija que la Comisión transmitirá la información recibida sobre la concentración a los Estados miembros para que sus autoridades de competencia –que someten el control de las operaciones de concentración a umbrales más reducidos– puedan utilizar dicha información para instruir los correspondientes procedimientos nacionales de control de la operación o para que, en su caso, puedan solicitar a la Comisión que examine la concentración, haciendo uso de la cláusula holandesa prevista en el artículo 22 del Reglamento 139/2004. Entiendo esta última opción más razonable por el potencial impacto que pueden producir estas concentraciones en el ámbito digital sobre el mercado europeo. Así, aunque inicialmente una operación de estas características pueda impactar exclusivamente sobre el mercado de algún Estado miembro, los productos o servicios digitales afectados por el servicio básico de plataforma tendrán una gran potencialidad para extender su ámbito de comercialización a otros territorios de la Unión sin necesidad de incurrir en grandes inversiones.

Obligaciones de acceso impuestas por el Reglamento de Datos (Data Act)

Las obligaciones impuestas a los gatekeepers por el RMD pueden no ser suficientes para lograr un marco competitivo adecuado en el ámbito digital. Se hace preciso, también, arbi-

trar mecanismos que faciliten la disponibilidad de datos a empresas digitales que tienen una posición más modesta en el mercado, pero potencialidad para ejercer presión competitiva si disponen de los recursos suficientes para desarrollar su actividad en el mercado de forma eficiente. Para fomentar la innovación y la competencia efectiva, se ha de diseñar un régimen adecuado que facilite el acceso, la transferencia y el intercambio de datos, evitando su concentración en un número reducido de agentes. En última instancia, la consecución de este objetivo pasa por la creación de mercados de datos y el reconocimiento a los usuarios de derechos de acceso y portabilidad de datos.

Con este objetivo el 13 de diciembre de 2023 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron el Reglamento (UE) 2023/2854 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización[8]. Este instrumento normativo forma parte de la Estrategia Europea de Datos[9], cuyos principios fundamentales fueron esbozados en febrero de 2020 con el objetivo de construir un mercado único de datos y posicionar a Europa como un líder global en la economía digital. A tal fin, la estrategia contempla medidas para facilitar el acceso a datos, fomentar la creación de espacios de datos europeos y reforzar los derechos de acceso y portabilidad de datos generados por el uso de un producto conectado o de un servicio relacionado[10]. El proceso legislativo del Data Act ha estado acompañado de otras iniciativas regulatorias complementarias, como la aprobación del Reglamento de Gobernanza de Datos (*Data Governance Act*)[11].

El Reglamento de Datos proporciona un marco legal para garantizar que las empresas que no son guardianes de acceso puedan acceder a datos generados por dispositivos, plataformas, aplicaciones y software en función del uso que hacen los usuarios (Lundqvist, 2023). Estos datos constituyen una de las principales fuentes de Big Data, y se encuentran bajo el dominio excluyente de las grandes plataformas. Su generación proviene tanto de productos y dispositivos conectados al Internet de las Cosas (IoT) o asistentes virtuales, como de servicios digitales relacionados, que incluyen cualquier servicio digital, como software, que esté integrado o interconectado con el producto, de manera que su ausencia impida el correcto funcionamiento de algunas de sus funcionalidades (Drexl ,2018).

Dado que el acceso a ellos es fundamental para poder competir tanto en el mercado primario como en mercados derivados, el Reglamento de Datos establece la obligación de que estos datos estén disponibles para los agentes económicos pertinentes y, cuando sea necesario, resulten también accesibles para organismos públicos con fines de interés general (Podszun, Offergeld, 2022). Para garantizar su disponibilidad y evitar prácticas exclusionarias, el Reglamento impone un conjunto de obligaciones y derechos de portabilidad que garantizan el acceso a estos datos en condiciones justas, razonables, no discriminatorias y transparentes

[8] DOUE L, 22.12.2023. En adelante, Reglamento de Datos.

[9] Comunicación de la Comisión Europea, *A European Strategy for Data*, COM(2020) 66 final.

[10] Se trata de facilitar el acceso a datos que se generan en la economía digital, bien mediante el uso de productos conectados (como pudieran ser los dispositivos de internet de las cosas, dispositivos móviles, altavoces inteligentes…) o de servicios relacionados (como tiendas de distribución de aplicaciones, redes sociales, motores de búsqueda online…).

[11] Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (DOUE L, 3.6.2022).

(Habich, 2022)[12]. Asimismo, introduce medidas específicas para fomentar la reutilización de datos generados por el sector público con el objetivo de promover la innovación y facilitar el desarrollo de nuevos productos y servicios. Su regulación ha de alinearse con las normas sobre protección de datos, privacidad y seguridad, promoviendo un entorno de confianza que favorezca el uso y la transferencia de datos dentro de la economía digital.

La solución del Reglamento de Datos trata de corregir fallos del mercado relacionados con la acaparación de datos y el bloqueo de su uso por potenciales competidores. El tratamiento del problema previsto por el Reglamento pasa por el desarrollo de un mercado de datos eficiente en el que se facilite su intercambio y uso compartido (Olmedo, 2023). Para ello es necesario establecer un régimen contractual adecuado, así como la creación de pools de datos, es decir, repositorios privados o públicos que permitan la agregación, combinación y transferencia de datos entre diferentes actores del mercado (Picht, 2022).

El ámbito de aplicación del Reglamento de Datos abarca tanto los intercambios de datos entre empresas y consumidores (B2C) como entre empresas (B2B). Impone a los fabricantes y diseñadores de productos y servicios digitales la obligación de garantizar que los usuarios puedan acceder fácilmente a los datos generados por su uso, así como ejercer su derecho a la portabilidad de los datos a favor de terceros. Para ello, se establecen dos mecanismos clave. En primer lugar, se imponen obligaciones de información previa a la compra a los usuarios profesionales sobre el producto o servicio relacionado. Posteriormente, se reconoce el derecho de acceso y uso de los datos generados, otorgando a los usuarios la capacidad de compartir estos datos con terceros, ya sean particulares o empresas, sin retrasos ni costes. Las empresas receptoras de datos se comprometen a garantizar un uso justo y legítimo, tratándolos exclusivamente para los fines y bajo las condiciones pactadas con los usuarios, además de estar sujetas a una serie de restricciones[13].

Estas normas han de interpretarse de forma conjunta con el RMD, en particular, en lo relativo a las obligaciones impuestas a las plataformas designadas como guardianes de acceso para garantizar una portabilidad efectiva de los datos generados (Vezzoso, 2020). Dado su especial poder de mercado, se prohíbe que los gatekeepers puedan beneficiarse del derecho a la portabilidad de datos previsto en Reglamento de Datos, que no los considera terceros

[12] Se añade así la exigencia de la transparencia a las clásicas obligaciones FRAND, en lo que podemos empezar a considerar como condiciones FRANDT o FRAND+. El requerimiento de la transparencia no es baladí, en tanto que resulta fundamental para tener un conocimiento de las condiciones económicas de los intercambios y reducir los costes de información en aras a permitir la construcción de mercados de datos.

[13] Previstas en el art. 6 del Reglamento, que establece que los datos que se pongan a disposición sólo podrán ser tratados para los fines y bajo las condiciones acordadas con sus usuarios. En particular, en el cumplimiento con las obligaciones de portabilidad y transferencia se prohíbe: ejercer coerción, engaño o manipulación sobre el usuario que afecte su autonomía o capacidad de decisión, ni utilizar interfaces digitales para inducir a tales comportamientos; usar los datos para la elaboración de perfiles individuales, salvo que sea estrictamente necesario para la prestación del servicio solicitado; compartir los datos con terceros en su formato original, agregado o derivado, salvo que sea imprescindible para la prestación del servicio; poner los datos a disposición de empresas que presten servicios básicos de plataforma, cuando alguna de ellas haya sido designada como guardián de acceso en virtud del Reglamento de Mercados Digitales; utilizar los datos para desarrollar productos que compitan con el producto del que se originan los datos ni compartirlos con terceros con dicho propósito; o impedir a los usuarios compartir los datos con otras partes mediante cláusulas contractuales restrictivas u otras barreras.

elegibles[14]. A resultas de esta exclusión, los guardianes de acceso tienen prohibido inducir o incentivar comercialmente a los usuarios, bajo cualquier modalidad, para que les otorguen acceso a datos obtenidos a través del ejercicio de su derecho de acceso y portabilidad. Tampoco pueden incentivar a los usuarios a solicitar al titular de los datos que los transfiera a sus servicios ni recibir datos previamente obtenidos por el usuario en el ejercicio de estos derechos.

El acceso a los datos regulado por este Reglamento no es, en términos generales, gratuito. Dado que la recopilación y el procesamiento inicial de los datos requieren inversiones significativas, su titular tiene derecho a recibir una compensación económica razonable por su puesta a disposición. No obstante, con el objetivo de evitar barreras de acceso a los pequeños operadores, se establece una limitación específica para las microempresas y pymes, de modo que la compensación exigible en estos casos no podrá superar los costes directamente asociados al proceso de provisión de datos.

Con todo, se aprecia otro obstáculo significativo para el adecuado funcionamiento contractual del mercado de datos. Y es que las relaciones comerciales entre los agentes titulares y demandantes de datos suelen producirse en contextos de desequilibrio de poder, lo que puede derivar en prácticas abusivas. Para mitigar estos riesgos, el Reglamento incorpora una serie de medidas destinadas a evitar abusos derivados de desequilibrios en el poder negociador, con un enfoque alineado con las normas de competencia desleal. En este sentido, se establece un listado de cláusulas contractuales consideradas abusivas cuando se imponen de manera unilateral a microempresas o pymes. Su ámbito de aplicación es restringido, pues protege exclusivamente a las pequeñas empresas. En los casos en que el desequilibrio de poder de negociación afecte a compañías de mayor tamaño, por ejemplo, cuando una gran empresa interactúa con una plataforma digital con estatus de gatekeeper, el control de posibles abusos se regirá por la normativa general sobre prácticas comerciales desleales.

En línea con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales[15], el Reglamento de Datos parte de una cláusula general prohibitiva, que considera abusiva cualquier disposición contractual que se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales en materia de acceso y uso de datos, y que contravenga los principios de buena fe y lealtad comercial. Y a partir de esta cláusula general, se introduce un doble listado de cláusulas abusivas: cláusulas negras –que siempre serán consideradas abusivas–[16] y cláusulas grises –cuya abusividad se presumirá salvo prueba en contrario–[17].

Finalmente, para garantizar un flujo eficiente de datos en los mercados digitales no sólo se requiere un marco normativo sólido, sino también la eliminación de barreras técnicas que

[14] Así, el art. 5.3 del Reglamento prevé que «Ninguna empresa designada como guardián de acceso, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925, podrá ser un tercero admisible (…)».

[15] Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

[16] Art. 13.4 Reglamento de Datos.

[17] Art. 13.5 del Reglamento.

puedan dificultar la movilidad de los datos. Para ello, el Reglamento promueve la creación de estándares sectoriales y el desarrollo de protocolos industriales, al objeto de conseguir una mayor interoperabilidad en el ecosistema digital. En esta labor, los intermediarios y servicios de procesamiento de datos en la nube desempeñan un rol clave en la configuración de un entorno que facilite el acceso, el intercambio y la movilidad de datos entre empresas. Con ello se trata de eliminar cualquier barrera material que pueda obstaculizar el ejercicio efectivo del derecho de portabilidad de datos, permitiendo un ecosistema digital más abierto, interoperable y competitivo.

El Reglamento de Gobernanza de Datos

Con el mismo objetivo de contribuir a la creación de un mercado de datos operativo, el Reglamento de Gobernanza de Datos dirige su regulación a facilitar el acceso y transferencia de datos en la Unión Europea, promoviendo la colaboración entre empresas, organismos públicos y otras entidades. Se trata, por tanto, de optimizar la reutilización de determinadas categorías de datos del sector público, regular la actividad de los intermediarios de datos y fomentar el uso altruista de la información mediante un sistema de registro voluntario. Además, introduce la creación del Comité Europeo de Innovación en Datos, encargado de supervisar la evolución del ecosistema de datos en la UE.

En el ámbito de las relaciones interempresariales, el Reglamento destaca por la regulación de los servicios de intermediación de datos, con el propósito de garantizar seguridad jurídica y estructurar normativamente la interacción entre titulares y destinatarios de datos. A través de este marco, se incentiva la creación de espacios y mercados de datos, así como la consolidación de brokers de datos y cooperativas de información. Los prestadores de servicios de intermediación están sujetos a restricciones específicas, incluyendo la prohibición de utilizar los datos con fines distintos a su mera transferencia a los usuarios finales. Para evitar prácticas comerciales restrictivas, se prohíben las cláusulas de tying, impidiendo que las condiciones contractuales, incluyendo las tarifas, dependan de la contratación de servicios adicionales del mismo proveedor o de empresas vinculadas.

Asimismo, la normativa impone obligaciones en materia de confidencialidad, interoperabilidad y equidad en la prestación del servicio. Los datos deben ofrecerse en formatos exportables y utilizables por distintos agentes, garantizando su accesibilidad. La prestación de servicios de intermediación debe efectuarse bajo criterios de transparencia, equidad y no discriminación, consolidando así un entorno normativo que fomente la eficiencia y competitividad del mercado de datos en la UE.

Regulación sobre transferencia de datos en las relaciones *Platform-to-Business* (P2B)

Si descendemos al ámbito de las relaciones empresariales entre empresarios y plataformas se aprecia que las grandes plataformas digitales utilizan de ordinario su mayor poder negociador para imponer condiciones contractuales desequilibradas en sus contratos con usuarios profesionales que, en muchos casos, conducen a una captación abusiva de los datos generados por éstos en el desarrollo de su actividad. Para abordar esta situación, más allá de las

obligaciones específicas impuestas a los gatekeepers por el RMD y las obligaciones específicas del Reglamento de Datos, la regulación general de las relaciones comerciales entre plataformas digitales y los agentes que dependen de su intermediación recae en el Reglamento *Platform to Business* (P2B)[18].

Este Reglamento tiene como finalidad garantizar la transparencia, equidad y capacidad de reclamación de los usuarios profesionales que utilizan servicios de intermediación digital, incluyendo plataformas en línea y motores de búsqueda, cuya función intermediadora impacta significativamente en la visibilidad y acceso al mercado de estos operadores. Su ámbito de aplicación complementa las disposiciones generales sobre lealtad comercial recogidas en la normativa comunitaria y nacional. Para cumplir sus objetivos, se establecen requerimientos de transparencia e información respecto a las condiciones contractuales impuestas por las plataformas a sus usuarios profesionales. Dada la relación de dependencia económica que se genera entre ambos, se introducen reglas específicas que regulan la restricción, suspensión y terminación de relaciones comerciales. Estas medidas obligan a las plataformas a justificar y comunicar con antelación suficiente cualquier decisión de rescisión contractual, con el fin de mitigar los riesgos de abuso de posición dominante y el efecto disuasorio que el temor a represalias podría generar en los usuarios profesionales.

Uno de los aspectos más relevantes en el ámbito de la intermediación digital operada a partir del procesamiento de datos es la clasificación de los usuarios profesionales en los resultados de búsqueda. En este sentido, el Reglamento obliga a las plataformas y a los motores de búsqueda a detallar en sus condiciones generales los criterios de posicionamiento y los factores que determinan la relevancia de los resultados. En los casos en que la clasificación pueda ser influenciada mediante compensaciones económicas, el intermediario deberá especificar con claridad los mecanismos de pago y los efectos de dicha influencia en la visibilidad de los resultados. Del mismo modo, el Reglamento también regula el trato preferente que las plataformas puedan otorgar a sus propios productos o servicios en detrimento de terceros. Aunque sus exigencias son menos estrictas que las del RMD, las plataformas que no hayan sido designadas como guardianes de acceso deberán explicar en sus condiciones generales cualquier diferenciación en el tratamiento de sus propios productos o los de determinados usuarios profesionales, justificando sus fundamentos económicos, comerciales o jurídicos. En caso de que la plataforma haya sido designada como gatekeeper (por ejemplo, Amazon, Google o Booking.com), se aplicarían restricciones adicionales, incluyendo la prohibición expresa del *self-preferencing*.

Por lo que respecta a los datos que se originan en un entorno de plataforma, el Reglamento incluye disposiciones que disciplinan el acceso que la plataforma pueda tener a los datos generados por los usuarios profesionales y consumidores en su relación con ésta. En particular, se impone a las plataformas y motores de búsqueda la obligación de explicitar en sus condiciones generales los términos en que acceden a dichos datos, incluyendo la naturaleza y tratamiento de los datos personales, la delimitación del acceso a datos derivados del uso de la plataforma y la identificación de los agentes que pueden acceder a esta información y con qué propósito.

[18] 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.

El Reglamento P2B abarca, además, otros aspectos clave de las relaciones contractuales entre plataformas y usuarios profesionales, incluyendo la regulación de cláusulas de exclusividad, la implementación de mecanismos internos de resolución de disputas, la obligación de someterse a procedimientos de mediación en caso de conflicto y la posibilidad de que asociaciones representativas y organismos públicos interpongan acciones judiciales para proteger los derechos de los usuarios profesionales. Del mismo modo, se promueve la adopción de códigos de conducta por parte de los proveedores de servicios de intermediación digital con el objetivo de reforzar la equidad en sus prácticas comerciales.

3. El Derecho de la competencia ante los datos

Las medidas regulatorias que acabamos de considerar prevén una solución *ex ante* a la aparición de los referidos fallos de mercado. Si la virtualidad de estas normas fuera perfecta, esto es, si se pudieran prever todas las situaciones conflictivas derivadas del uso de datos y la aplicación de las normas las solucionase de forma satisfactoria, se habría conseguido un mercado de datos de competencia perfecta. Siendo realistas, este nivel de perfección supera las posibilidades reales del legislador y de las agencias, por lo que sigue resultando imprescindible completar este enfoque con la aplicación *ex post* del Derecho de la competencia (Kerber, 2023). Por lo que respecta a las conductas restrictivas de la competencia, las autoridades antitrust deberán actuar ante dos tipos de infracciones de las empresas: de un lado, aquellas que restrinjan la competencia en el mercado de los datos y, de otro lado, aquellas conductas de empresas que basando su poder de mercado en un dominio relevante de datos o de fuentes de éstos, desarrollen conductas anticompetitivas en otros mercados conexos. El correcto control de operaciones de concentración entre empresas digitales resultará también crucial para el adecuado funcionamiento de los mercados vinculados con los datos.

La aproximación regulatoria trata de solucionar las situaciones más claras y radicales de usos de datos que pueden generar problemas de mercado, especialmente cuando las empresas que los acaparan son las grandes plataformas que merecen la calificación de guardianes de acceso. Para solventarlos, se imponen obligaciones de portabilidad y se conceden derechos de acceso (Krämer, Schnurr, 2022). Corresponde ahora considerar qué función ha de desempeñar en este ámbito el Derecho de la competencia en sentido tradicional.

Principales infracciones antitrust mediante el uso de datos

Abuso de posición dominante

El principal tipo de infracción antitrust que suele cometerse a partir del uso de datos es el desarrollo de conductas de abuso de posición de dominio, especialmente de carácter exclusionario. Son muchos los mercados en los que el acceso exclusivo a datos puede suponer una barrera de entrada que dificulte la competencia efectiva o en los que el acceso a determinadas categorías de datos suponga un recurso esencial (*essential facility*) para la competencia (Graef,3026). La doctrina de los recursos esenciales tiene largo recorrido en la aplicación del Derecho de la competencia, coligiéndose con facilidad que las autoridades antitrust, ante este

tipo de infracciones, pueden imponer la obligación de compartir el recurso (los datos) si resulta indispensable para la competencia y no existen alternativas viables[19].

Las empresas pueden utilizar anticompetitivamente los datos que acaparan para llevar a cabo conductas abusivas que pueden encuadrarse en distintas teorías del daño. Probablemente, la más típica sea la conducta excluyente de denegar el acceso a datos esenciales generados en el marco de un servicio de plataformas. Al impedirse conseguir datos imprescindibles para desarrollar una actividad competidora, esta negativa permite levantar una barrera de entrada difícilmente superable, consolidando el poder monopolístico de la plataforma. La gravedad de esta conducta ha llevado a que sea considerada por la vía regulatoria, tanto imponiendo obligaciones especialmente severas a los gatekeepers, como con carácter general en el Reglamento de Datos. Además de la negativa, también podrá ser abusiva la concesión de acceso a dichos datos sometida a tarifas excesivas o términos contractuales desequilibrados, de ahí la relevancia de garantizar que el acceso a los mismos se produzca en condiciones FRANDT.

Pero los datos también pueden utilizarse de forma abusiva por otras vías. Su procesamiento monopolístico o preferente por las plataformas que los controlan permiten llevar a cabo conductas de autopreferenciación o servir como base para un tratamiento discriminatorio de los competidores (Hernández, 2023) (Herrero, 2024) (Ruíz, 2021).

---

[19] En nuestra doctrina *vid*. CALVO CARAVACA, Alfonso L. / RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, *La doctrina de las facilidades esenciales en derecho antitrust europeo*, Monografías de la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 6, La Ley, Madrid, 2012, esp. pp. 191 y ss.; VILLAR ROJAS, Francisco J., *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004, esp. pp. 13 y ss. En la jurisprudencia comunitaria, esta doctrina comenzó a fraguarse a partir del asunto *Commercial Solvents* –STJUE asuntos acumulados 6-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 6 de marzo de 1974–. Le siguió a dicha sentencia el asunto *United Brands* –STJUE asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 14 de febrero de 1978–, sobre la negativa de venta de plátanos por parte de una empresa dominante en la distribución de estas frutas; y el asunto *Télémarketing* –STJUE (Sala Quinta) asunto 311/84, SA Centre Belge d'Études de Marché –Télémarketing (CBEM) contra SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) y SA Information Publicité Benelux (IPB), de 3 de octubre de 1985–, caso en el que el objeto del abuso era la negativa a la venta de tiempos de antena en la cadena de televisión RTL para el desarrollo de operaciones de márketing telefónico. El desarrollo jurisprudencial posterior pasaría por las sentencias STJUE asunto C-353/95 P, *Tiercé Ladbroke* SA conta Comisión de las Comunidades Europeas, de 9 de diciembre de 1997 (acceso a los derechos de retransmisión de carreras de caballos por parte de una casa de apuestas); asunto T-111/96, *ITT Promedia* NV contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 17 de julio de 1998 (edición de guías telefónicas); asuntos acumulados T-374-388/94, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anteriormente *European Passenger Services* Ltd (EPS), Union Internationale des Chemins de Fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) y Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF) contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 15 de septiembre de 1998 (operación de servicios ferroviarios en el Canal de la Mancha); asunto C-636/01, *Flughafen Hannover-Langenhagen* contra Deutsche Lufthansa AG de 16 de octubre de 2003 (acceso a servicios de handling aeroportuario); STJCE asunto 238/87, AB *Volvo* contra Erik Veng (UK) Ltd., de 5 de octubre de 1988; STJCE asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 6 de abril de 1995; STJUE asunto C-418/01, *IMS Health* GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG, de 29 de abril de 2004; STJUE (sala 6ª) asunto C-7/97, *Oscar Bronner* GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG., de 26 de noviembre de 1998; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) asunto T-201/04, *Microsoft* Copr. contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2007; o STJUE (sala 5ª) asunto C-170/13, *Huawei* Technologies Co. Ltd contra ZTE Corp. y ZTE Deutschland GmbH, de 16 de julio de 2015.

Prácticas colusorias

Los datos pueden ser el objeto sobre el que se promuevan acuerdos anticompetitivos cuando su intercambio se produzca con el objetivo de restringir la competencia, particularmente mediante la limitación de la innovación o impidiendo la entrada en el mercado de nuevos competidores.

Una primera forma de colusión es la que se ejecuta a través de acuerdos de exclusividad y restricciones de acceso a datos. Las plataformas con un cierto poder de mercado pueden concertar acuerdos de exclusividad con proveedores de datos, impidiendo que estos puedan compartir información con competidores[20]. A modo de ejemplo, una plataforma digital que opere un Marketplace puede firmar acuerdos con proveedores de datos que le impidan compartir información con otras plataformas emergentes, limitando su capacidad de competir en igualdad de condiciones. Igualmente, en el ámbito de los dispositivos conectados que usan la tecnología de Internet de las Cosas, un fabricante de un determinado producto (por ejemplo, automóviles o electrodomésticos) puede acordar con un proveedor de software que los datos de sus dispositivos sólo sean accesibles a través de su propia plataforma, excluyendo a terceros que quieran ofrecer servicios complementarios. Con estas prácticas se impide la interoperabilidad y se limita la capacidad de terceros para desarrollar innovaciones sobre la base de los datos generados por los usuarios.

El intercambio de datos también puede utilizarse para coordinar estrategias de mercado. El acceso a grandes volúmenes de datos permite a las empresas monitorizar de manera más precisa las dinámicas del mercado. Especialmente peligrosos serán los intercambios de datos sobre clientes, precios o demanda con el objetivo de coordinar sus estrategias comerciales de forma tácita o explícita. Son ya numerosos los estudios sobre los riesgos derivados de la colusión algorítmica (Pastrana, 2024) (Díez, 2023) (Becerril, 2023) (Robles, 2018) o de los intercambios de datos en mercados oligopólicos, especialmente cuando la mayor transparencia ofrecida por los datos permita predecir y reaccionar a los comportamientos de los competidores (Olmedo, 2024).

Finalmente, las empresas pueden tratar de restringir la competencia limitando la portabilidad e interoperabilidad de datos, de modo que se dificulte la transferencia de datos entre empresas o plataformas. Además de la imposición de cláusulas contractuales que limiten la posibilidad real de transmisión de datos, este tipo de conductas puede llevarse a cabo de formas más sutiles como la falta de estandarización, cuando las empresas eviten adoptar estándares abiertos para el intercambio de datos, obstaculizando la capacidad real de los usuarios para migrar entre servicios (incluso en los casos en que tengan reconocido dicho derecho por normas como el Reglamento de Datos).

[20] Un ejemplo de ello es el (ya eliminado) acuerdo de exclusiva que hacía que el buscador web por defecto de Apple fuera Google. A través de él se impedía a los competidores de Google que sus motores fueran utilizados en la mayoría de uso de servicios de búsqueda web, pero, al mismo tiempo, se les impedía también acceder a fuentes de datos (historial de búsquedas) de los consumidores usuarios del sistema operativo IOS. La situación se replica en el Marketplace de Amazon, vid. los casos de la Comisión en los asuntos AT.40703, *Amazon – Buy Box* y AT.40462, *Amazon Marketplace*.

Control de concentraciones

El control de concentraciones a nivel europeo y de los distintos Estados miembros se basa en umbrales de notificación determinados principalmente por el volumen de negocios de las empresas involucradas. Como hemos apuntado, este criterio puede ser insuficiente en mercados digitales y basados en datos, donde las empresas emergentes pueden tener un bajo volumen de negocio pero un alto valor estratégico debido a su acceso a grandes volúmenes de datos o a tecnologías innovadoras.

Este problema *de lege lata* ha sido puesto de manifiesto recientemente en la jurisprudencia del TJUE en la que se ha revelado que, bajo la configuración positiva actual del control de concentraciones, la Comisión Europea ve limitada su capacidad de actuación ante concentraciones con un efecto potencialmente significativo sobre la competencia pero que no superan los umbrales de notificación[21]. Ante esta situación las autoridades de competencia han empezado a considerar la necesidad de promover una reforma del régimen actual. Destaca la actuación de la *Autorité de la Concurrence* francesa que ha promovido una consulta pública para analizar una potencial reforma del marco de control de concentraciones, orientada a actualizar su papel en la prevención de infracciones basadas en datos[22]. Se parte de la identificación de operaciones de concentración que afectan la competencia pero que escapan al control debido a que las empresas adquiridas no alcanzan los umbrales de notificación, situación especialmente relevante en el contexto digital, donde grandes plataformas pueden adquirir startups con valiosos activos de datos antes de que alcancen una presencia de mercado significativa.

La primera opción que baraja la Autorité de la Concurrence es la de modificar los criterios que se emplean para someter a evaluación las concentraciones incluyendo elementos tanto cuantitativos como cualitativos. Esto permitiría a la autoridad analizar concentraciones que no cumplen con los umbrales cuantitativos de notificación pero que podrían afectar significativamente la competencia. En concreto, se prevé que la agencia podría solicitar la notificación de estas operaciones antes o inmediatamente después de su ejecución, dentro de un plazo determinado cuando se prevea que puede derivar de ella un efecto pernicioso para la competencia por sus efectos. Se altera así el carácter necesariamente previo del control de concentraciones.

Una segunda opción que considera la Autorité sería introducir un nuevo umbral de notificación obligatoria para empresas con antecedentes en materia de competencia. Ello implicaría la notificación obligatoria de cualquier operación de concentración cuando al menos una de las partes involucradas haya sido previamente sancionada o sometida a compromisos en control de concentraciones por la Comisión Europea o la Autorité de la Concurrence, sancionada por cualquier tipo de infracción de la normativa nacional o europea de la competencia o designa-

[21] STJUE de 3 de septiembre de 2024, asunto C-625/22-P, *Illumina/Grail* v. Comisión Europea. En ella se pone de manifiesto que la vía del art. 22 del Reglamento 139/2004, que permite a las autoridades nacionales de competencia remitir ciertas fusiones a la Comisión Europea, no puede ser utilizada cuando las autoridades nacionales no son competentes bajo su propio marco legal.

[22] Autorité de la Concurence, *Consultation publique sur les modalités d'introduction d'un système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur*.

da como gatekeeper bajo el Reglamento de Mercados Digitales. En este caso, el umbral se aplicaría sólo a las operaciones que pudieran afectar a mercados específicos previamente identificados en decisiones anteriores. Con ello se conseguiría prevenir que empresas con un historial previo de conductas anticompetitivas usen las concentraciones para consolidar su poder de mercado y restringir la competencia en sectores estratégicos[23].

La tercera opción planteada sería mantener el enfoque normativo actual, pero fortaleciendo la aplicación de las normas de competencia posterior a la operación. Bajo esta opción, no se ampliaría el poder de revisión de las concentraciones, sino que se reforzaría la aplicación de las prohibiciones de abuso de posición de dominio y de prácticas colusorias después de que las operaciones concentrativas hayan tenido lugar. Ello llevaría a un mayor control de los posibles abusos de posición dominante o acuerdos anticompetitivos que se implementen como efectos unilaterales de la concentración. Con todo, esta medida podría ser menos efectiva, ya que implicaría una intervención de la autoridad sólo cuando el daño a la competencia ya se hubiera consumado.

Remedios

Al igual que se pretendía con las soluciones regulatorias, cuando las autoridades de competencia aborden las restricciones derivadas del uso de datos, promoverán la adopción de remedios que faciliten el acceso a datos por parte de los competidores o que permitan eliminar los obstáculos que dificulten injustificadamente su acceso o utilización.

Desde la perspectiva punitiva, las decisiones sancionadoras que adopten las autoridades de competencia deben resultar suficientemente disuasorias, consistiendo en multas de cuantía lo suficientemente elevada como para representar el daño real infligido a la competencia. Pero más relevantes serán los remedios que se impongan en las decisiones para poner fin a los problemas de competencia detectados y promover el funcionamiento competitivo del mercado (Lancieri, 2021).

Con carácter general, las decisiones en estos asuntos han de imponer obligaciones de transparencia, disponiendo que las empresas implicadas hayan de informar sobre los términos en los que comparten datos con terceros y eviten restricciones injustificadas. En este plano informativo, también se puede imponer la monitorización de los datos compartidos, exigiendo a las empresas que mantengan registros detallados sobre el acceso y uso de datos para prevenir prácticas colusorias.

En cualquier caso, parece claro que los remedios más efectivos serán los relativos a la portabilidad de datos y a su interoperabilidad[24]. Así, las autoridades de competencia han de exigir a las empresas que permitan la portabilidad de datos entre servicios y que adopten estándares abiertos para la interoperabilidad. Entre estas actuaciones pueden destacar el establecimien-

[23] Una propuesta más radical sobre esta opción consistiría en introducir una prohibición preventiva de las concentraciones verticales que puedan resultar en la toma de control sobre una fuente importante de datos. *Vid*. KHAN, Lina M., "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, 126, 2017, p. 792.

[24] Un magistral análisis de estas medidas desde la *theory of the firm* es ofrecido por HOVENKAMP, H., "Antitrust Interoperability Remedies", *Columbia Law Review Forum*, 123, 2023, pp. 1-36.

to de interfaces de programación de aplicaciones (APIs) abiertas, requiriéndose que las grandes plataformas concedan acceso a APIs estándar para facilitar la transferencia de datos. Igualmente, se deben imponer obligaciones de neutralidad en el acceso a datos, de modo que se impida que las plataformas favorezcan sus propios servicios restringiendo el acceso a los datos de los usuarios. La apertura de los mercados a la competencia pasa por la existencia de una verdadera libertad de circulación de datos, construida a partir de derechos de portabilidad y canales simples para la migración de datos. Para conseguirlo es preciso imponer a las grandes empresas dominantes de datos la obligación de permitir la transferencia segura y sencilla de datos entre servicios competidores.

Ante conductas abusivas, los remedios han de dirigirse a evitar que las empresas que acaparan datos continúen concentrándolos. Entre las medidas que se han propuesto destacan las obligaciones de estanquidad, mediante la construcción de silos de datos y la prohibición de combinación de datos procedentes de distintas fuentes. Esta medida se topa con el problema de la facilidad de eludir la prohibición y buscar alternativas técnicamente viables que permitan la combinación de datos de forma subrepticia.

También se ha propuesto el establecimiento de un tiempo máximo durante el cual se admite la conservación de datos, remedio que tampoco consideramos idóneo puesto que a la postre limita que los datos puedan crecer cumulativamente, restringiendo de forma general la creación de un recurso que pudiera resultar en una mayor innovación en el mercado.

Las soluciones basadas en la división de empresas (*break up*) tampoco pueden resultar la panacea, ya que de su implementación puede derivar la paradoja de la estrella de mar: las partes resultantes de la división pueden mantener la inercia acaparativa de los datos y mantener el problema[25].

En el caso de las concertaciones, las autoridades de competencia pueden adoptar medidas concretas para evitar que las operaciones restrinjan más las posibilidades de acceso a datos. En concreto, se puede imponer a las empresas participantes en la operación la obligación de permitir el acceso a ciertos conjuntos de datos a terceros potenciales competidores.

Como cuestión de política legislativa debería considerarse particularmente la posibilidad de bloquear adquisiciones estratégicas, de modo que se prohíba que empresas con gran poder de mercado puedan comprar startups innovadoras o con gran potencialidad para captar datos con el único objetivo de eliminar la competencia potencial que pudieran suponer (*killer acquisitions*).

Bibliografía

BAKER, Jonathan B., *The Antitrust Paradigm: Restoring a competitive economy*, Harvard University Press, 2019.

BECERRIL FERNÁNDEZ, Ester, "Colusión algorítmica: análisis y propuesta legislativa", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 33, 2023.

[25] En la doctrina una excepcional aportación sobre eventuales –y originales– remedios ante infracciones de la competencia derivadas de los datos es ofrecida por GAL, Michal S. y

CALVO CARAVACA, Alfonso L. / RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, *La doctrina de las facilidades esenciales en derecho antitrust europeo*, Monografías de la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 6, La Ley, Madrid, 2012.

CHIRITA, Anca D., "Data-Driven Mergers Under EU Competition Law", en *The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation*, Linarelli, Akseli (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 147-183.

DÍEZ ESTELLA, Fernando, "La colusión algorítmica: dificultades y retos de su regulación antitrust", *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la competencia*, 100, 2023, pp. 285-301.

DREXL, Josef, "Data Access and Control in the Era of Connected Devices", *Study on behalf of the European Consumer Association BEUC*, 2018.

GAL, Michal S.; PETIT, Nicolas, "Radical Restorative Remedies for Digital Markets", *Berkeley Technology Law Journal*, 36(2), 2021, pp. 617-674.

GRAEF, Inge, *Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms*, PhD Thesis, KU Leuven, 2016.

HABICH, Erik, "FRAND Access to Data: Perspectives from the FRAND Licensing of Standard-Essential Patents for the Data Act Proposal and the Digital Markets Act", *IIC*, 53, 2022, pp. 1343-1373.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, "Integración vertical y self preferencing en los mercados digitales", en *Cooperación y mercados digitales*, Dir Ruiz Peris, Estevan de Quesada, Atelier, 2023, pp. 241-258.

HERRERO SUÁREZ, Carmen, "Posibilidades jurídicas de actuación frente al self-preferencing. ¿Un escenario nuevo par aun conflicto de intereses clásico?", en *Derecho digital y mercado*, Dir. Carbajo Cascón, Curto Polo, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 177-203.

HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán O., "EU-Merger Control & Big Data On Data-Specific Theories of Harm and Remedies", *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* No. 19-05.

HOVENKAMP, H., "Antitrust Interoperability Remedies", *Columbia Law Review Forum*, 123, 2023, pp. 1-36.

KERBER, Wolfgang, "Data Act and Competition: An Ambivalent Relationship", *Concurrences*, 1/2023, pp. 30-36

KHAN, Lina M., "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, 126, 3, pp. 710-805.

KRÄMER, Jan; SCHNURR, Daniel, "Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies", *JCL&E*, vol. 18, 2, pp. 255-322.

LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio M.S., "Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation", *Journal of Competition Law and Economics*, 2021, pp. 613-669.

LUNDQVIST, Björn, *Regulating Access and Transfer of Data*, Cambridge University Press, 2023.

OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Entornos informáticos: sistemas operativos, tiendas de aplicaciones, asistentes virtuales y aplicaciones", en *La regulación de los servicios digitales*, dir. Montero Pascual, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 349-406.

OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Fallos en el mercado de intercambio de datos entre empresas (B2B9 y medidas para abordarlos desde la regulación y los remedios de competencia: una perspectiva europea de lege lata y de lege ferenda", *Revista Jurídica Digital UANDES* 7/2, 2023, pp. 30-59.

OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?", en *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, dirs. Tato Plaza, Costas Comesaña, Fernández Carballo-Calero, Torres Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 87-115.

OLMEDO PERALTA, Eugenio, "The Creation of Data Pools as Information Exchanges: Antitrust Concerns", *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 17 (29), 2024, pp. 49-88.

PASTRANA ESPÁRRAGA, María, *Restricciones a la competencia mediante algoritmos*, 2024.

PETIT, Nicolas, *Big Tech & the Digital Economy, the Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020.

PETIT, Nicolas, "Radical Restorative Remedies for Digital Markets", *Berkeley Technology Law Journal*, 36(2), 2021, pp. 617-674.

PICHT, Peter G., "Caught in the Acts: Framing Mandatory Data Access Transactions under the Data Act, further EU Digital Regulation Acts, and Competition Law", *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* No. 22-12.

PODSZUN, Rupprecht, *Digital Markets Act, Article-by-Article Commentary*, Nomos, 2024.

PODSZUN, Rupprecht; OFFERGELD, Philipp, "The EU Data Act and the Access to Secondary Markets", *Study for the Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenshaften*, 2022.

REGIBEAU, Pierre; LIANOS, Ioannis, "Digital Mergers: A Primer", *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series* 3/2021

ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio, "Cuando el cartelista es un robot: colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 38, 2018, pp. 77-103

RUIZ PERIS, Juan Ignacio, "Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: La nueva propuesta europea de Digital Markets Act", en *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, dir. Martí Miravalls, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-64.

SCHWEITZER, Heike, "The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know what is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, núm. 3, 2021, pp. 503-544.

VEZZOSO, Simonetta, "The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU" *European Competition Journal*, 17(2), 2021, pp. 1-16.

VILLAR ROJAS, Francisco J., *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004.

Inteligencia artificial, competencia y regulación

Autor:

Antonio Robles Martín-Laborda, Universidad Carlos III de Madrid

Resumen:

En este trabajo se pretende describir resumidamente la estructura y funcionamiento competitivo del sector de la IA generativa, las posibles restricciones de la competencia facilitadas por el uso de tales sistemas y las posibilidades que éstos ofrecen a las autoridades de competencia para supervisar el mantenimiento de la competencia en los mercados.

Palabras clave:

Inteligencia artificial, algoritmo, computación, competencia, regulación.

Códigos JEL:

C63, K21, K23, L86.

1. Introducción

La inteligencia artificial (IA) es la habilidad que presentan los sistemas tecnológicos entrenados para recibir datos de entrada (preparados al efecto o recopilados a través de sus propios sensores), procesarlos y, con cierto grado de autonomía, responder a ellos con un objetivo específico mediante el suministro de resultados de salida y adaptarse mientras están en uso (capacidad de autoaprendizaje)[1].

El incremento de la potencia informática, la disponibilidad de enormes cantidades de datos y el diseño de nuevos algoritmos cada vez más complejos, han permitido grandes avances en su desarrollo, especialmente en el ámbito de la IA generativa[2]. Tales sistemas presentan un gran potencial para multiplicar la automatización y la productividad, favorecer la entrada de nuevas empresas en el mercado, posibilitar la aparición de nuevos productos y servicios y, como resultado, provocar una rápida transformación de la economía en general[3]. A pesar de su reciente introducción en el mercado[4], su rápida expansión está ya modificando las formas de producción y consumo de numerosos sectores (OECD, 2019) (OECD, 2024).

Tales sistemas pueden, además, facilitar la ejecución de conductas restrictivas de la competencia, lo que ha provocado el interés de reguladores, organismos internacionales y académicos. Más recientemente, el interés se ha extendido a la posibilidad de que, dadas las características de los mercados relacionados con los sistemas de IA, los modelos de negocio adoptados por las empresas participantes restrinjan la competencia en el sector, por ejemplo, favoreciendo el afianzamiento o la extensión a mercados relacionados del poder de mercado de las grandes empresas tecnológicas ya establecidas en mercados digitales, la concentración del control de insumos esenciales en pocas empresas o la cooperación

[1] El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación del Plan Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad "Empresa y Mercados: (r)evolución digital, integridad y sostenibilidad, y su asimilación por el Derecho privado, regulatorio y de la Competencia" (PID2020-114549RB-I00).
El artículo 3.1) del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 *(Reglamento de Inteligencia Artificial)* define sistema de IA como *"un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales"*. Pueden encontrarse diferentes definiciones adicionales en S. SAMOILI; M. LÓPEZ COBO; B. DELIPETREV, F. MARTINEZ-PLUMED: E. GÓMEZ GUTIÉRREZ: G. DE PRATO: *AI Watch. Defining Artificial Intelligence 2.0,* Publications Office of the European Union (Luxembourg, 2021).

[2] A diferencia de los modelos predictivos, que pueden distinguir entre categorías o realizar predicciones partir de datos existentes (por ejemplo, clasificar una pintura como "retrato" o "paisaje"), los modelos de IA generativa –más complejos y costosos de entrenar– pueden producir contenido original en forma de texto, audio, video o imagen (por ejemplo, generar una nueva pintura con un estilo determinado). Sobre la definición y el funcionamiento de la IA generativa, vid. UNESCO: *Guía para el uso de IA generativa en educación e investigación* (2024), págs. 8-13.

[3] Sobre la posibilidad de que los sistemas de IA, junto con otras nuevas tecnologías de uso general, reestructuren la economía de manera tan fundamental que supriman los presupuestos mismos del Derecho de la competencia, vid. D. CRANE: Competition Policy after the Coming Wave of General Purpose Technologies", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs págs. 303-320.

[4] *Vid. Introducing ChatGPT* (30 de noviembre de 2022), disponible en https://openai.com/index/chatgpt/.

entre éstas para alcanzar beneficios privados a expensas de los consumidores (European Commission, 2024)[5].

En este trabajo se pretende describir resumidamente la estructura y funcionamiento competitivo del sector de la IA generativa (apartado 2), las posibles restricciones de la competencia facilitadas por el uso de tales sistemas (apartado 3) y las posibilidades que éstos ofrecen a las autoridades de competencia para supervisar el mantenimiento de la competencia (apartado 4), con el fin de alcanzar unas breves conclusiones (apartado 5).

2. Competencia en el sector de la IA generativa

El sector de la IA generativa

La puesta a disposición de los usuarios de los sistemas de IA generativa (despliegue) requiere, generalmente, la creación y el entrenamiento de un modelo fundacional que proporcione unas funcionalidades generales básicas y la posterior adaptación del modelo para un fin específico mediante su refinamiento y ajuste. Los datos generados mediante su uso, a su vez, pueden ser empleados para realizar ajustes adicionales (Autoridade da Concorrência, 2023) (CMA, 2024).

Los insumos principales de la cadena de valor de la IA generativa, por lo tanto, son los modelos de IA, los datos con los que entrenarlos y alimentarlos, y los recursos informáticos necesarios para procesar dichos datos. El despliegue requiere, además, que el usuario esté conectado a un dispositivo capaz de ejecutar el modelo[6].

Los modelos de IA son programas entrenados sobre un conjunto de datos con el fin de realizar tareas basadas en los patrones encontrados. Puesto que los modelos son cada vez más complejos (incluyen un mayor número de parámetros), su entrenamiento y ejecución exigen cantidades cada vez mayores de datos y de potencia informática. El consecuente incremento del coste ha provocado la aparición, junto a modelos diseñados para ejecutar tareas específicas en un único dominio, de los llamados modelos fundacionales, que son entrenados en grandes conjuntos de datos para aprender características y patrones generales y son capaces de una amplia gama de aplicaciones. Los modelos fundacionales pueden ser posteriormente afinados o adaptados para tareas más específicas (Schneider, Meske, Kuss, 2024) [7].

---

[5] Para un seguimiento de las iniciativas relacionadas con la IA en general, *vid.* https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/national-initiatives. En el ámbito de la UE, la Comisión Europea publicó una convocatoria sobre la competencia en los mundos virtuales y la IA generativa, cuyas contribuciones están disponibles en https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/16154c89-f773-48de-8d54-236c4dea4d41_en?filename=20240918_submissions_to_the_call-for-contributions_virtual-worlds_and_generative-AI.zip.

[6] Sobre los operadores presentes en el sector, vid. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE: *Opinion 24-A-05 on the competitive functioning of the generative artificial intelligence sector* (2024), págs. 24-34.

[7] Aunque no son conceptos exactamente coincidentes, los modelos fundacionales son también denominados modelos de uso general. Vid. D. FERNÁNDEZ-LLORCA *et al.*: "An interdisciplinary account of the terminological choices by EU policymakers ahead of the fnal agreement on the AI Act: AI system, general purpose AI system, foundation model, and generative AI", *Artifcial Intelligence and Law* (2004).

Los sistemas de IA complejos suelen emplear varios modelos simultáneamente, que pueden ser de código cerrado o de código abierto. Los modelos de código abierto permiten el libre acceso al código subyacente, a la arquitectura del modelo y a los datos empleados para el entrenamiento. De acuerdo con los términos de la correspondiente licencia, en ocasiones los terceros también pueden utilizarlos o realizar en ellos ajustes adicionales para sus propios fines comerciales o de investigación. Los modelos de código cerrado son desplegados dentro de la empresa que los desarrolla para su uso exclusivo sin divulgarlos externamente, permitiendo el acceso, en su caso, de manera limitada (CMA, 2023)[8].

Para diseñar y entrenar un modelo de IA son necesarios también conocimientos técnicos muy avanzados y una financiación considerable. Como consecuencia del incremento de la inversión realizada en el sector en los últimos años, no parece que los operadores estén encontrando dificultades de acceso al mercado de capitales ni a personal cualificado suficiente. De hecho, numerosos modelos fundacionales –tanto nuevos como versiones mejoradas de los existentes– son continuamente desarrollados y desplegados, la mayoría de los cuales, además, son de código abierto (CMA, 2023) (Maslej et al., 2024)[9].

Los modelos fundacionales se entrenan aplicando técnicas de aprendizaje automático a enormes cantidades de datos que son introducidos en forma de textos, imágenes, vídeos o audio. Para desarrollar modelos de IA generativa cada vez más grandes es necesario tener acceso a cantidades crecientes de datos relevantes suficientemente fiables. Sin embargo, no parece que esa disponibilidad esté atribuyendo una ventaja competitiva significativa a las grandes plataformas digitales ya establecidas. Por una parte, los datos proporcionan un rendimiento marginal decreciente, por lo que han comenzado a ser desarrollados modelos más pequeños con menos parámetros y menos costosos que ofrecen un rendimiento similar. Por otra, la mayoría de los datos utilizados para entrenar los modelos fundacionales se obtienen de fuentes de acceso público[10]. Los datos sintéticos generados por la IA y los datos exclusivos proporcionados por terceros –mediante una licencia del propietario de la fuente (editores, foros en línea, etc.) o mediante acuerdos de cooperación con empresas digitales establecidas en mercados relacionados– parecen ser empleados, principalmente, en la fase posterior de afinamiento y ajuste (CMA, 2023) (CMA, 2024) (OECD, 2024) (Autorité de la Concurrence, 2024) (Autoridade da Concorrência, 2023)[11].

Para entrenar y ejecutar un modelo de IA es necesario, además, disponer de recursos informáticos con potencia de procesamiento y capacidad de almacenamiento suficientes que resultan muy costosos. Debido a su capacidad de procesamiento paralelo, las unidades de procesamiento gráfico (GPU) ofrecen más potencia que las unidades centrales de proce-

[8] Una clasificación más precisa en T. SCHREPEL; A. PENTLAND: "Competition Between AI Foundation Models: Dynamics and Policy Recommendations", *MIT Connection Science Working Paper* (2024), págs. 3-4; *T. Schrepel; J. Potts:* "Measuring the Openness of AI Foundation Models: Competition and Policy Implications", *Sciences Po Digital, Governance and Sovereignty Chair, Working Paper* (2024).

[9] En diciembre de 2024, había más de un millón de modelos de código abierto accesibles en https://huggingface.co/models.

[10] En diciembre de 2024, había más de doscientos cincuenta mil conjuntos de datos *(datasets)* libremente accesibles en https://huggingface.co/datasets.

[11] Sobre los acuerdos existentes entre desarrolladores de IA y proveedores de datos, vid. *AI Partnership Tracker,* disponible en: https://petebrown.quarto.pub/pnp-aipartnerships/.

samiento en serie secuencial (CPU). Para tratar los enormes conjuntos de datos y la complejidad matemática de los modelos de IA generativa son necesarias miles de unidades. Debido a la expansión de la demanda producida estos últimos años, existen en la actualidad dificultades de suministro. Excepto en el caso de las pocas empresas que cuentan con recursos informáticos suficientes, el acceso de los desarrolladores de modelos de IA a las infraestructuras y la potencia y capacidad de cálculo necesarias para entrenar y desplegar modelos de IA generativa se produce principalmente a través de servicios computación en la nube. La destacada presencia de las empresas que los ofrecen en otros ámbitos de la economía digital les permite no sólo disponer de grandes cantidades de datos sino también aprovechar las economías de escala y alcance ligadas a los variados servicios que ya ofrecen dentro de sus propios ecosistemas. Además, algunos proveedores han celebrado alianzas con desarrolladores de modelos, concediéndoles acceso a recursos informáticos a cambio de alojar los modelos en sus plataformas y utilizarlos para la prestación de servicios relacionados (Autorité de la Concurrence, 2023) (Autoridade da Concorrência, 2023) (OFCOM, 2023) (European Commission, 2024) (OECD, 2024) (Autorité de la Concurrence, 2024) (CMA, 2024).

La oferta de los recursos informáticos necesarios para el entrenamiento y ejecución de los sistemas de IA, ciertamente concentrada en la actualidad (Autorité de la Concurrence, 2023) (CMA, 2024)[12], se encuentra sometida a una rápida evolución, favorecida por las grandes inversiones realizadas en capacidad de producción y en innovación (Shen, 2024). Además, las mejoras en el diseño y entrenamiento de los modelos, junto con el empleo de técnicas de optimización de los recursos, están permitiendo avances significativos en la eficiencia y rendimiento junto con sustanciales reducciones de costes (Deepseek, 2025).

Para el despliegue, finalmente, el usuario debe estar conectado a un sistema capaz de acceder al modelo ya afinado y ejecutarlo, como un ordenador personal, un dispositivo portátil o un dispositivo específico para la IA. Por su parte, el proveedor tendrá que gestionar sus propios servidores y redes o recurrir a un proveedor de servicios en la nube. Aunque, a diferencia de otros productos o servicios digitales, los costes variables no son insignificantes, algunos servicios de IA son prestados de manera gratuita. Las versiones de pago pueden comercializarse mediante distintos métodos, como la concesión de licencias de uso de un modelo fundacional –en su caso, ya afinado– para incorporarlo a los sistemas del licenciatario o la prestación de los servicios de IA mediante suscripción, tanto de forma independiente como integrado en un producto o conjunto de productos diferentes (OECD, 2024).

Las eventuales dificultades de acceso a alguno de estos insumos podrían obstaculizar el mantenimiento de la competencia en el sector, pero, sin perjuicio de las incertidumbres sobre su evolución (CMA, 2023), no parece que por ahora tales barreras de entrada sean insuperables (Autorité de la Concurrence, 2024) (CMA, 2023).

[12] Las respuestas a la Consulta pública de la CNMC sobre los servicios de nube están disponibles en https://www.cnmc.es/consulta-publica-de-la-cnmc-sobre-los-servicios-de-nube-0. Vid. también F. DÍEZ ESTELLA: "El sector *cloud* ante el Derecho de la Competencia. El próximo reto regulatorio de los ecosistemas digitales", *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review, núm*. 20 (2024).

Regulación aplicable

Los mercados que integran el sector de la IA generativa están sometidos a las normas de defensa de la competencia. Son aplicables, por lo tanto, las prohibiciones de cualquier restricción de la competencia de forma concertada (artículos 101 TFUE y 1 LDC) o desde una posición dominante (artículos 102 TFUE y 2 LDC), así como las normas sobre control de concentraciones (Reglamento CE 139/2004, artículos 7-10 LDC).

Por lo tanto, sin perjuicio de su aplicación privada, corresponde a las autoridades de competencia impedir que las empresas que controlen alguno de los insumos esenciales –principalmente, grandes empresas tecnológicas ya establecidas– puedan obstaculizar el mantenimiento de la competencia en el mercado[13], restringiendo el acceso al mismo para dificultar la entrada o expansión de sus competidores, explotando ese control para extenderlo a mercados relacionados o reforzando su poder de mercado mediante operaciones de concentración o alianzas con empresas que controlen algún otro elemento esencial (CMA, 2024) (Oeyen, Yargici, 2024) (Spulber, 2024) (Schrepel, 2024) (Groza, Wierzbicka, 2024) (Maggiolino, Zooboli, 2024)[14].

El funcionamiento de los mercados relacionados con la inteligencia artificial, sin embargo, resulta también afectado por las normas que regulan otros aspectos, como, por ejemplo, la seguridad de los sistemas de IA, los servicios básicos de plataforma, la privacidad o los derechos de autor.

En este sentido, los sistemas de gestión de riesgos y demás obligaciones impuestas en el *Reglamento de Inteligencia Artificial* pueden afectar tanto al acceso al mercado europeo como a la aplicación de las normas de competencia de la Unión[15]. En relación con ésta, el Reglamento establece determinados requisitos de transparencia entre los participantes en el mercado susceptibles de facilitar comportamientos colusorios y, al mismo tiempo, amplía indirectamente las facultades de investigación de las autoridades de competencia (Schrepel , 2024).

Además, los intereses protegidos por el *Reglamento de Mercados Digitales* –la equidad y la disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso– son distintos que los protegidos por las normas sobre competencia. Con independencia de los efectos reales, probables o presuntos de la conducta en el mercado y en el bienestar de los consumidores, aquellos son garantizados mediante la imposición de obligaciones específicas a los guardianes de acceso designados en relación con una lista predefinida de servicios básicos de plataforma. Dichas obligaciones son aplicables, por lo tanto, a los operadores del

---

[13] Sobre la delimitación del mercado relevante en los procedimientos de aplicación de las normas de competencia en el sector de la IA, vid. European Commission: "Competition in Generative AI and Virtual Worlds", *Competition Policy Brief,* núm. 3 (2024), págs. 6-7; L. RADIC; K. STOUT: "What is the Relevant Product Market in AI", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.):*Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 107-131; S. DNES: "Defining AI Markets: Who is Afraid of Digital Ghosts", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.):*Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 133-149.

[14] Vid. también la Decisión de la CMA de 27 de septiembre de 2024 (ME 7100/24 - *Amazon.com Inc.'s partnership with Anthropic PBC).*

[15] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 *(Reglamento de Inteligencia Artificial),* DOUE núm. L 1689, de 12 de julio de 2024, págs. 1-144.

sector de la IA generativa que ofrezcan tales servicios –y los que puedan ser añadidos en el futuro– y sean designados guardianes de acceso[16].

Por otra parte, el empleo de datos de carácter personal para el entrenamiento de los modelos puede constituir una infracción de las normas del *Reglamento General de Protección de Datos*[17]. También en relación con éstos, teniendo en cuenta que las tecnologías digitales permiten nuevos tipos de usos que pueden comportar actos protegidos por las normas sobre propiedad intelectual, la *Directiva sobre derechos de autor* pretende subsanar la inseguridad jurídica en materia de minería de textos y datos, estableciendo una excepción obligatoria para los centros de investigación respecto del derecho exclusivo de reproducción y del derecho de prohibir la extracción de una base de datos[18]. Finalmente, el *Reglamento de Gobernanza de Datos* establece, entre otros aspectos, las condiciones para la reutilización de determinadas categorías de datos que obren en poder de organismos del sector público dentro de la Unión[19], mientras que el *Reglamento de Datos* regula aspectos como el intercambio de datos de empresa a consumidor y de empresa a empresa, las condiciones en las que los titulares de datos ponen datos a disposición de los destinatarios de datos y las cláusulas contractuales abusivas entre empresas en relación con el acceso a los datos y su utilización[20].

3. Restricciones de la competencia mediante IA

Mediante programas de inteligencia de precios, las empresas pueden analizar casi en tiempo real los datos masivos que proporciona la economía digital y predecir la demanda estimada, las preferencias de los consumidores o las variaciones de los precios[21], optimizando los pro-

[16] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales), DOUE núm. 265, de 12 de octubre de 2022, págs. 1-66. Vid. A. Ribera: *Generative AI in Check: Gatekeeper Power and Policy Under the DMA,* Working Paper (2024).

[17] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE *(Reglamento general de protección de datos),* DOUE núm. L 119 de 4 de mayo de 2016, pags. 1-88.

[18] Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DOUE núm. L 130 de 17 de mayo de 2019, págs. 92–125. Vid. K. DE LA DURANTAYE: "Control and Compensation. A Comparative Analysis of Copyright Exceptions for Training Generative AI", *Working Paper (*2025). Entre los muchos asuntos sobre el tema en Estados Unidos, vid. el Auto de 20 de noviembre de 2023, *Kadrey v. Meta Platforms, Inc.*, 23-cv-03417-VC (N.D. Cal. Nov. 20, 2023). Vid. también Q. SCHÄFER: "AI, IP, and Competition Policy: Adjusting Policy Levers to a New GPT", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.):*Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 359-379.

[19] Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 *(Reglamento de Gobernanza de Datos),* DOUE núm. 152, de 3 de junio de 2022, págs. 1-44.

[20] Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 *(Reglamento de Datos),* DOUE núm. 2854, de 22 de diciembre de 2023, págs. 1-71.

[21] *Vid. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Artificial Intelligence for Europe* {SWD(2018) 137 final}; OECD, *Algorithms and Collusion – Note from the European Union* (2017), pág. 3.

cesos productivos, reduciendo los costes de producción y de transacción, segmentando grupos de consumidores y adaptando el precio a las circunstancias del mercado (precios dinámicos)[22]. Dichos programas, sin embargo, también pueden facilitar determinadas conductas restrictivas de la competencia, tanto coordinadas (artículos 101 TFUE y 1 LDC) como abusivas (artículos 102 TFUE y 2 LDC). Estas últimas puede ser también facilitadas por otros tipos de algoritmos, como los de búsqueda, clasificación o asignación.

Restricciones coordinadas

La generalización de los programas de inteligencia de precios puede facilitar la colusión entre empresas competidoras o el establecimiento de restricciones verticales[23].

En primer lugar, dichos programas pueden ser utilizados para facilitar la ejecución y supervisión de una concertación preexistente. Por una parte, la aplicación automatizada del precio previamente acordado o impuesto facilita su ejecución. Por otra, la certeza de que cualquier desviación de dicho precio será detectada –y, en su caso, sancionada– casi instantáneamente por las demás partes reduce los incentivos para abandonar la concertación. La difusión de los programas de inteligencia de precios, por lo tanto, podría favorecer la formación de cárteles o la imposición de precios de reventa y reforzar su estabilidad.

Dichos programas podrían ser empleados, además, para el establecimiento de los términos de la concertación. Por una parte, el uso del mismo programa de precios por varias empresas competidoras da lugar a una red radial *(hub & spoke)* que facilita el intercambio de información confidencial entre los competidores, así como la recomendación de precios calculados por el proveedor común empleando la información confidencial recibida de cada uno de ellos. Por otra, los propios programas podrían coordinar su comportamiento competitivo de manera autónoma, señalizando el nivel de precios propuesto o el procedimiento para fijarlo. No parece que existan dificultades para reprimir tales formas de colusión mediante las prohibiciones existentes en el Derecho de la competencia español y de la UE (OECD, 2017) (OECD, 2023)[24].

---

[22] Sobre los distintos fines para los que son empleados los algoritmos en los mercados digitales, vid. OECD: "Algorithms and Collusion – Note from the United Kingdom", DAF/COMP/WD(2017)19, págs. 3 y ss; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT: *Algorithms and Competition* (2019); OECD: *Algorithmic Competition.* OECD Competition Policy Roundtable Background Note (2023), págs. 7-11.

[23] Vid. por ejemplo, S. MEHRA: "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms", *Minnesota Law Review*, vol. 100 (2016), págs. 1323-1375; A. EZRACHI; M. STUCKE: *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy* (2016)*;* ÍD., "Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition", *University of Illinois Law Review,* no. 5 (2017), págs. 1775-1810; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT: *Competition Law and* Data (2016); OECD, *Algorithms and Collusion. Competition Policy in the Digital Age* (2017); A. ITTOO; N. PETIT: "Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective", en *Hervé JACQUEMIN, H.; DE STREEL, A.* (eds): *L'intelligence artificielle et le Droit (2017),* pág. 241-256; A. ROBLES: "Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios", *Actas de Derecho Industrial, vol.* 38 (2017-2018), págs. 77-103; OECD: *Algorithmic Competition.* OECD Competition Policy Roundtable Background Note (2023), págs. 12-16.

[24] Vid. M. OHLHAUSEN et al.: "What About Bob: Revisiting the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing in 2024", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 201-213; C. BERGQVIST; C. RINGELING: "Finding the Ghost in the Shell: EU and US Antitrust Enforcement of AI Collusion", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.):*Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 151-186. Entre los casos sobre el tema en Estados Unidos, vid. *In re RealPage, Inc., Rental Software*

Finalmente, se ha planteado la posibilidad de que, también de manera autónoma, los propios programas puedan evitar resultados competitivos sin compartir información ni coordinarse de manera explícita. La transparencia de los mercados digitales, así como la posibilidad de adaptar casi instantáneamente el precio ante cualquier cambio de las condiciones de la oferta o la demanda, incrementan el riesgo de colusión tácita incluso en mercados en los que no habría sido posible sin el empleo generalizado de programas de inteligencia de precios. Dicho riesgo ha sido empleado para justificar la necesidad de modificar la interpretación o la tipificación de las conductas colusorias prohibidas para incluir entre ellas la colusión tácita facilitada por los algoritmos de precios, si bien no existe constancia de que la colusión tácita constituya en la práctica un problema significativo[25].

Restricciones abusivas

Los programas de inteligencia de precios también podrían ser empleados por empresas con poder de mercado para analizar la información disponible sobre la conducta y las características personales de los clientes con la finalidad de diferenciar las características de la oferta (discriminación) o, incluso, de estimar su predisposición a pagar presunta y fijar un precio específico para cada uno en función de aquélla (precios personalizados). Esta segmentación de la clientela podría permitir que dichas empresas abusaran de su posición en el mercado mediante conductas tanto excluyentes como explotadoras (OECD, 2023).

En relación con las primeras, los algoritmos de búsqueda, clasificación o asignación facilitan las prácticas de auto-preferencia, mediante las cuales la empresa dominante favorece sus propios productos y servicios frente a los de sus rivales de tal forma que la clasificación no se basa en la competencia por méritos[26].

Además, la segmentación de la clientela facilita la ejecución de prácticas comerciales excluyentes como, por ejemplo, la imposición de precios predatorios, los descuentos y las ventas vinculadas o combinadas. Los algoritmos facilitan el establecimiento de precios predatorios o la concesión de descuentos al permitir a las empresas identificar y dirigirse a los clientes marginales (aquellos con una demanda más elástica y en riesgo de cambiar de proveedor) con rebajas de precios –incluso por debajo del coste–, sin incurrir, como sucedería con un precio único, en pérdidas en los clientes inframarginales (aquellos con demanda inelástica que no corren el riesgo de cambiar de proveedor). De la misma forma, la segmentación algorítmica puede facilitar también que una empresa ofrezca a los clientes inframarginales el producto que desean, y en el que la empresa es dominante (producto vinculante), únicamente en un

Antitrust Litig. (No. II), 709 F. Supp. 3d 478 (M.D. Tenn. 2023); *Gibson v. MGM Resort Int'l*, No. 2:23-cv-00140-MMD-DJA (D. Nev. Oct. 24, 2023); *Cornish-Adebiyi v. Caesars Entertainment, Inc.*, 1:23-cv-02536 (D.N.J. Sept. 30, 2024). Tales casos han provocado la existencia de propuestas legislativas como la *Preventing Algorithmic Collusion Act of 2024,* disponible en https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/3686.

[25] Por todos, vid. OECD, *Algorithms and Collusion. Competition Policy in the Digital Age* (2017), págs. 18-24, 31-32; OECD: *Algorithmic Competition,* OECD Competition Policy Roundtable Background Note (2023), págs.12, 15-16.

[26] Vid. CMA: Algorithms: *How they can reduce competition and harm consumers* (2021), págs. 25-28; Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, C-48/22 P, *Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping);* Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2022, AT.40462 - *Amazon Marketplace* y AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

paquete junto con otro producto que el cliente se ve obligado a comprar y en el que la empresa no es dominante (producto vinculado), y utilizar esos beneficios adicionales para ofrecer descuentos a los clientes marginales con el fin de impedir que se cambien a un competidor (Cheng, Nowag , 2023) (Pullen, 2024).

En relación con las –más raras y menos perseguidas– prácticas de explotación, la segmentación podría facilitar la imposición de condiciones comerciales injustas o precios excesivos. Estos pueden ser no monetarios, como sucede, por ejemplo, cuando una empresa dominante reduce la calidad de su algoritmo, bien aumentando la exposición publicitaria, bien imponiendo condiciones contractuales que permitan una extracción excesiva de datos o que obliguen al cliente a pagar una tarifa para no ser perjudicado por clasificaciones segadas (Bougette, 2022).

Los programas de inteligencia de precios, además, podrían ser configurados no solo para segmentar grupos de clientes, sino incluso para establecer un precio específico para cada consumidor en función de su predisposición a pagar presunta (precios personalizados). Los efectos económicos de la discriminación de precios en general, sin embargo, dependen de las características del mercado y de la posición de la empresa que los aplica. Al reducir los precios aplicados a los consumidores con menor predisposición a pagar (algunos de los cuales no habrían podido, sin dicha reducción, adquirir el bien), la discriminación puede provocar un aumento de la producción y del bienestar general, definido como la suma del excedente de productores y consumidores. Al mismo tiempo, la discriminación produce también efectos redistributivos entre los propios consumidores y entre productores y consumidores. Así, mientras en todo caso unos consumidores subvencionan el precio aplicado a otros, los precios medios y la distribución del excedente total entre la empresa dominante y sus clientes dependen de la capacidad de aquella para discriminar y de las condiciones competitivas del mercado en el caso concreto[27]. Aunque la evidencia empírica sobre la existencia de precios personalizados es, por el momento, muy escasa (OECD, 2023), la discriminación de precios resulta lícita, excepto en aquellos casos en los que produzca una desventaja que afecte a la posición competitiva de algunos de sus compradores frente a la de otros[28].

---

[27] Vid. H. R. VARIAN: "Price Discrimination and Social Welfare", *The American Economic Review,* vol. 75, núm. 4 (1985), págs. 870-875; C. TOWNLEY; E. MORRISON; K. YEUNG: "Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law", *Yearbook of European Law,* vol. 36 (2017), págs. 683–748; M. MAGGIOLINO: "Personalized Prices in European Competition Law", *Bocconi Legal Studies Research Paper* núm. 2984840 (2017); M. T. AKON: "Personalized Pricing Using Payment Data: Legality and Limits under European Union and Luxembourg Law", *European Business Law Review,* vol. 31, núm. 5 (2020), págs. 947 – 976; OFT: *Personalised Pricing, Increasing Transparency to Improve Trust,* OFT 1489 (2013), pág. 13; OECD: "Personalised Pricing in the Digital Era. Background Note by the Secretariat", (2018); OECD: "Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the European Union" (2018); CMA:*Pricing Algorithms* (2018), págs.36-46; A. SCHOFIELD: "Personalized pricing in the digital era", *Competition Law Journal,* vol. 18, núm. 1 (2019), págs. 35-44; J.J. GANUZA; G. LLOBET: "Precios personalizados en la economía digital", *Papeles de Economía Española*, núm. 157 (2018), págs. 70-84; A. ROBLES: "Inteligencia artificial y personalización de precios", en M. CUENA; J. W. IBÁÑEZ (dirs.): *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech* (2021), págs. 573-598; CMA: Algorithms: *How they can reduce competition and harm consumers* (2021), págs. 10-14; OECD: *Algorithmic Competition,* OECD Competition Policy Roundtable Background Note (2023), pág. 23.

[28] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2018 (C-525/16, *MEO),* apdos. 26 y 27.

4. Protección de la competencia mediante IA

Los sistemas de IA también pueden ser empleados para facilitar la aplicación de las normas de competencia a las conductas prohibidas y las transacciones sometidas a control, proporcionando nuevas capacidades de investigación y análisis de datos (Schrepel, 2021) (Lianos, 2021)[29].

En primer lugar, las autoridades de competencia pueden emplear técnicas computacionales para monitorizar el comportamiento comercial de las empresas e incrementar la detección de conductas prohibidas[30]. En particular, el empleo de herramientas de inteligencia artificial puede facilitar el análisis económico y econométrico de los indicadores de carácter estructural (características del mercado, número de oferentes) o conductual (patrones de precios, cantidades u otros aspectos del comportamiento del mercado) que permiten identificar las empresas que pudieran estar operando de manera concertada *(screeninng),* principalmente en el ámbito de la contratación pública (OECD, 2017) (Wieting, Sapi, 2021) (Coglianese, Lai, 2022) (Harrington Jr, Imhof, 2022) (Nazzini, Henderson, 2024)[31]. La detección de las conductas prohibidas resulta más difícil cuando son cometidas mediante sistemas de IA, especialmente cuando no se tiene acceso a los modelos de IA y los datos empleados para entrenarlos (CMA, 2021) (OECD, 2023).

Por otra parte, dichas técnicas computacionales pueden ser también empleadas en los procedimientos de control de concentraciones, tanto para seleccionar los casos sometidos a control como para predecir los efectos sobre la competencia de una operación concreta (Noskova, Budzinski, 2024).

En consecuencia, las autoridades de competencia están reforzando su capacidad técnica, creando unidades especializadas y desarrollando herramientas de inteligencia artificial para investigar, analizar y detectar posibles infracciones y mantener la competencia en el mercado (OECD, 2023) (International Competition Network, 2024)[32].

---

[29] Sobre el impacto del Reglamento de Inteligencia Artificial en este ámbito, vid. T. SCHREPEL: "Decoding the AI Act. A Critical Guide for Competition Experts", *Amsterdam Law & Technology Institute Working Paper Series* (2024), págs. 6-7.

[30] Vid. OECD, *Algorithms and Collusion. Competition Policy in the Digital Age,* (2017), págs. 13-14; H. HOFMANN; I. LORENZONI: "Future Challenges for Automation in Competition Law Enforcement", *Stanford Computational Antitrust,* vol. III (2023), págs. 36-54.

[31] Sobre la aplicación de técnicas computacionales para identificar indicios de la existencia de colusión en concursos públicos, *vid.,* VADÁSZ, P.; BENCZÚR, A.; FÜZESI, G.; MUNK, S., "Identifying Illegal Cartel Activities from Open Sources", en AKHGAR, B.; BAYERL, P.S.; SAMPSON, F., *Open Source Intelligence Investigation From Strategy to Implementation* (2016) págs. 251-273.

[32] Sobre la creación de la Unidad de Inteligencia Económica de la CNMC, vid. T. SCHREPEL; T. GROZA (eds.): "The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2nd Annual Report", *Stanford Computational Antitrust,* vol. III (2023), págs. 143-147; en relación con la herramienta de inteligencia artificial desarrollada (BRAVA), vid. T. SCHREPEL; T. GROZA (eds.):"The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2021 Report", *Stanford Computational Antitrust,* vol. IV (2024), págs. 102-106. Sobre la herramienta de inteligencia artificial desarrollada por la Autoridad Catalana de Competencia (ERICCA), vid. T. SCHREPEL; T. GROZA (eds.):"The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2021 Report", *Stanford Computational Antitrust,* vol. II (2022), págs. 108-111.

5. Conclusiones

Los insumos principales de la cadena de valor de la IA generativa son los modelos de IA, los datos con los que entrenarlos y alimentarlos, y los recursos informáticos necesarios para procesar dichos datos. La oferta, en especial en el caso de estos últimos, se encuentra en la actualidad fuertemente concentrada, y los operadores más relevantes con frecuencia están integrados verticalmente o vinculados por alianzas estratégicas. Sin embargo, y sin perjuicio de las incertidumbres generadas por la rápida evolución tecnológica a la que está sometido el sector, no parece que en la actualidad existan barreras de entrada insuperables.

Por otra parte, la IA ha sido empleada en otros mercados para facilitar determinadas conductas restrictivas de la competencia de manera concertada. Aunque la evidencia empírica es, por el momento, casi inexistente, no cabe descartar que pudiera ser empleada también para facilitar determinadas conductas abusivas.

En consecuencia, corresponde a las autoridades de competencia, por una parte, garantizar el mantenimiento de la competencia en el mercado e impedir que las empresas que tengan el control sobre alguno de los insumos esenciales dificulten la entrada o expansión de sus competidores, o que lo conserven o refuercen mediante operaciones de concentración o mediante alianzas con empresas que controlen algún otro elemento esencial; por otra, reforzar su especialización en el ámbito tecnológico y adquirir la capacidad técnica necesaria para monitorizar los mercados, comprender el funcionamiento de los sistemas de IA, detectar posibles infracciones y, en su caso, proponer y aplicar las medidas regulatorias adecuadas para el mantenimiento de la competencia.

Bibliografía

ABBOT, A.; SCHREPEL, T. (eds.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024).

AKON, M. T.: "Personalized Pricing Using Payment Data: Legality and Limits under European Union and Luxembourg Law", *European Business Law Review,* vol. 31, núm. 5 (2020), págs. 947-97.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA: *Competition and Generative Artificial Intelligence* (2023).

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE: *Opinion 24-A-05 on the competitive functioning of the generative artificial intelligence sector* (2024).

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE: *Opinion 23-A-08 on competition in the cloud sector* (2023).

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and* Data (2016).

BERGQVIST, C.; RINGELING, C.: "Finding the Ghost in the Shell: EU and US Antitrust Enforcement of AI Collusion", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 151-186.

BOUGETTE, P. *et al.*: "Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses"., *The Antitrust Bulletin*, vol.67 (2022), págs. 190-207.

CHENG, T.K.; NOWAG, J.: "Algorithmic Predation and Exclusion", *University of Pennsylvania Journal of Business Law,* vol. 25 (2023), págs. 41-101.

CMA: *Pricing Algorithms* (2018).

CMA: *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers* (2021).

CMA: *AI Foundation Models Initial Report* (2023).

CMA: *AI Foundation Models Technical update report* (2024).

CMA: *Cloud Services Market Investigation. Competitive Landscape Working Paper* (2024).

COGLIANESE, C.; LAI, A.: "Antitrust by Algorithm", *Stanford Computational Antitrust,* vol. II (2022), págs. 1-22.

CRANE, D.: Competition Policy after the Coming Wave of General Purpose Technologies", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (eds.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs págs. 303-320.

DE LA DURANTAYE, K.: "Control and Compensation. A Comparative Analysis of Copyright Exceptions for Training Generative AI", *Working Paper (*2025).

DÍEZ ESTELLA, F.: "El sector *cloud* ante el Derecho de la Competencia. El próximo reto regulatorio de los ecosistemas digitales", *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review, núm*. 20 (2024).

DNES, S.: "Defining AI Markets: Who is Afraid of Digital Ghosts", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (eds.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 133-149.

EUROPEAN COMMISSION: "Competition in Generative AI and Virtual Worlds", *Competition Policy Brief,* núm. 3 (2024).

EUROPEAN COMMISSION; COMPETITION & MARKETS AUTHORITY; DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION: *Joint Statement on Competition in Generative AI Foundation Models and AI Products* (2024).

EZRACHI, A.; STUCKE, M., *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy* (2016).

EZRACHI, A.; STUCKE, M.,"Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition", *University of Illinois Law Review,* no. 5 (2017), págs. 1775-1810.

FERNÁNDEZ-LLORCA, D. *et al.*: "An interdisciplinary account of the terminological choices by EU policymakers ahead of the fnal agreement on the AI Act: AI system, general purpose AI system, foundation model, and generative AI", *Artifcial Intelligence and Law* (2004).

GANUZA, J.J.; LLOBET, G.: "Precios personalizados en la economía digital", *Papeles de Economía Española*, núm. 157 (2018), págs. 70-84.

GROZA, T.; WIERZBICKA, A.: "Mergers by other Means? AI Partnerships and the Frontiers of (Post-) Industrial Organization", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 47-63.

HARRINGTON Jr, J. E; IMHOF, D.: "Cartel Screening and Machine Learning", *Stanford Computational Antitrust,* vol. II (2022), págs. 133-154.

HOFMANN, H.; LORENZONI, I.: "Future Challenges for Automation in Competition Law Enforcement", *Stanford Computational Antitrust,* vol. III (2023), págs. 36-54.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Technologist Forum statement on building agency digital capacity*, Joint Statement, 26 March 2024.

ITTOO, A.; PETIT, N., "Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective", en *Hervé JACQUEMIN, H.; DE STREEL, A.* (eds): *L'intelligence artificielle et le Droit (2017),* pág. 241-256.

LIANOS, I. (dir.): *Computational Competition Law and Economics. An Inception Report* (2021).

MAGGIOLINO, M.: "Personalized Prices in European Competition Law", *Bocconi Legal Studies Research Paper* núm. 2984840 (2017).

MAGGIOLINO, M.; ZOOBOLI, L.: "Preserving Competition in Generative AI: Addressing the Merger Conundrum", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 65-81.

MASLEJ, N. et al.: "The AI Index 2024 Annual Report," *AI Index Steering Committee, Institute for Human-Centered AI* (2024)

MEHRA, S.K., "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms", *Minnesota Law Review*, vol. 100 (2016), págs. 1323-1375.

NAZZINI. R.; HENDERSON, J.: "Overcoming the Current Knowledge Gap of Algorithmic "Collusion" and the Role of Computational Antitrust", *Stanford Computational Antitrust,* vol. IV (2024), págs. 1-32.

NOSKOVA, V.; BUDZINSKI, O.: "Computacional Methods in the Evaluation of Mergers and Acquisitions, en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 231-243.

OECD, *Algorithms and Collusion. Competition Policy in the Digital Age* (2017).

OECD: "Artificial intelligence, data and competition", *OECD Artificial Intelligence Papers*, núm. 18 (2024).

OECD: *Algorithmic Competition.* OECD Competition Policy Roundtable Background Note (2023).

OECD: Algorithms and Collusion – Note from the United Kingdom (2017)

OECD: *Artificial Intelligence in Society* (2019).

OEYEN, T.; YARGICI, Y.: "Unchartered territories: Generative AI, merger control and the Microsoft-Open AI saga", en *Artificial Intelligence and antitrust. Revue de Droits de la Concurrence /Competition Law Review,* núm. 2 (2024), págs. 17-22;

OFCOM: *Cloud services market study. Final report* (2023).

OFT: *Personalised Pricing, Increasing Transparency to Improve Trust,* OFT 1489 (2013).

OHLHAUSEN, M. et al.: "What About Bob: Revisiting the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing in 2024", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 201-213.

OpenAI: *Introducing ChatGPT* (30 de noviembre de 2022), disponible en https://openai.com/index/chatgpt/.

PULLEN, P.: "The Recoupment Conundrum: Rethinking Predatory Pricing", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 215-229.

RADIC, L.; STOUT, K.: "What is the Relevant Product Market in AI", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (eds.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 107-131.

RIBERA, A.: *Generative AI in Check: Gatekeeper Power and Policy Under the DMA,* Working Paper (2024).

ROBLES, A.: "Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios", *Actas de Derecho Industrial, vol.* 38 (2017-2018), págs. 77-103.

SAMOILI, S. et al: *AI Watch. Defining Artificial Intelligence 2.0,* Publications Office of the European Union (Luxembourg, 2021).

SCHÄFER, Q.: "AI, IP, and Competition Policy: Adjusting Policy Levers to a New GPT", en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 359-379.

SCHNEIDER, J.; MESKE, C.; KUSS, P.: *Foundation Models A New Paradigm for Artificial Intelligence,* Business & Information Systems Engineering, vol.66, núm. 2 (2024), págs. 221–231.

SCHOFIELD, A.: "Personalized pricing in the digital era", *Competition Law Journal,* vol. 18, núm. 1 (2019), págs. 35-44.

SCHREPEL, T.: "Computational Antitrust: An Introduction and Research Agenda", *Stanford Computational Antitrust,* vol. I (2021), págs. 1-15.

SCHREPEL, T.: "Decoding the AI Act. A Critical Guide for Competition Experts", *Amsterdam Law & Technology Institute Working Paper Series* (2024).

SCHREPEL, T.; GROZA, T. (eds.): "The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2021 Report", *Stanford Computational Antitrust,* vol. II (2022), págs. 108-111.

SCHREPEL, T.; GROZA, T. (eds.): "The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2nd Annual Report", *Stanford Computational Antitrust,* vol. III (2023), págs. 143-147.

SCHREPEL, T.; GROZA, T. (eds.): "The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2023 Report", *Stanford Computational Antitrust,* vol. IV (2024), págs. 102-106.

SCHREPEL, T.; PENTLAND, A.: "Competition Between AI Foundation Models: Dynamics and Policy Recommendations", *MIT Connection Science Working Paper* (2024).

SCHREPEL, T.; POTTS, J.: "Measuring the Openness of AI Foundation Models: Competition and Policy Implications", *Sciences Po Digital, Governance and Sovereignty Chair, Working Paper* (2024).

SHEN, K.: "Research on the Application of Quantum Computing in Artificial Intelligence", 13(1) *Journal of Computing and Electronic Information Management* (2024), págs. 38-42.

SPULBER, D.: Antitrust and Innovation Competition: Investments and Partnerships in Artificial Intelligence, en A. ABBOT; T. SCHREPEL (EDS.): *Artificial Intelligence and Competition Policy.* Concurrences (2024), págs. 35-46.

TOWNLEY, C. et al.: "Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law", *Yearbook of European Law,* vol. 36 (2017), págs. 683–748.

UNESCO: *Guía para el uso de IA generativa en educación e investigación* (2024).

VADÁSZ, P. *et al.:* "Identifying Illegal Cartel Activities from Open Sources", en AKHGAR, B.; BAYERL, P.S.; SAMPSON, F.: *Open Source Intelligence Investigation From Strategy to Implementation* (2016) págs. 251-273.

VARIAN, H. R.: "Price Discrimination and Social Welfare", *The American Economic Review,* vol. 75, núm. 4 (1985), págs. 870-875.

WIETING, M.; SAPI, G.: "Algorithms in the Marketplace: An Empirical Analysis of Automated Pricing in E-Commerce", NET Institute Working Papers 21-06 (2021).

Mercados digitales, economía conductual y consumidores

Autores[1]:

Alejandro González Fraga, Subdirección de Estudios e Informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Raquel Tárrega López, Subdirección de Estudios e Informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Sergio Vela Ortiz, Subdirección de Estudios e Informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

Este artículo analiza cómo los sesgos cognitivos influyen en los mercados digitales, afectando frecuentemente a las decisiones de los consumidores. En este sentido se abordan los *dark patterns*, unas estrategias de diseño que permiten manipular las decisiones de los consumidores, y la necesidad de regulaciones para proteger la transparencia y la competencia justa. Finalmente, se propone el uso de *nudges* y principios de economía conductual para equilibrar el poder de las plataformas digitales y mejorar la toma de decisiones de los usuarios.

Palabras clave:

Sesgos cognitivos, *dark patterns, nudges*.

Códigos JEL:

D9, K21, O33.

[1] Subdirección de Estudios e Informes del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC. Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forman parte.

1. Introducción

Antecedentes de la digitalización

En la última década, el mundo digital ha experimentado una transformación acelerada, impulsada por innovaciones tecnológicas y una creciente interconexión entre los consumidores, las empresas y los dispositivos. El avance de tecnologías como el *big data*, la inteligencia artificial (IA) y la personalización han redefinido la forma en que los consumidores interactúan con los productos y servicios, así como la manera en que las empresas compiten en el mercado.

El *big data* ha sido uno de los elementos clave en este cambio. La capacidad de recopilar, almacenar y analizar grandes volúmenes de datos permite a las empresas identificar patrones de consumo, anticiparse a las necesidades de los clientes y personalizar sus ofertas. Las plataformas digitales como Amazon, Google y Facebook han liderado este enfoque, recopilando datos de usuarios a una escala sin precedentes. Estos datos incluyen no solo información básica como las preferencias de compra, sino también datos contextuales como la ubicación, el comportamiento de navegación, la hora del día en la que se conectan y más. Gracias a estas enormes bases de datos, las empresas pueden crear perfiles detallados de sus clientes y ofrecer productos y servicios altamente personalizados, lo que resulta en una experiencia de usuario más atractiva y en una capacidad de influencia considerable en las decisiones de compra.

La inteligencia artificial ha potenciado el uso del *big data* al proporcionar herramientas analíticas avanzadas que permiten a las empresas interpretar estos datos de forma rápida y eficiente. Algoritmos de aprendizaje automático, por ejemplo, pueden identificar patrones de comportamiento complejos y anticipar las decisiones de los consumidores antes de que estos las tomen. Plataformas como Netflix o Spotify usan estos algoritmos para recomendar contenido de acuerdo con los gustos y hábitos de consumo previos de cada usuario, lo cual no solo aumenta la retención del cliente, sino que también minimiza la posibilidad de que los consumidores busquen alternativas en otros servicios.

La personalización es otro de los cambios destacados en el entorno digital[2]. Gracias al *big data* y la IA, las empresas pueden adaptar sus mensajes y ofertas para satisfacer las necesidades individuales de cada consumidor, generando una relación casi única y personalizada con cada usuario. Esta estrategia de personalización se observa en múltiples sectores: desde anuncios personalizados en redes sociales hasta recomendaciones de productos en *e-commerce*, pasando por la personalización de los resultados de búsqueda y el contenido que se muestra en plataformas de noticias y entretenimiento.

Sin embargo, el desarrollo de los mercados digitales también plantea desafíos para la competencia. Por sus características estructurales (grandes economías de escala y de alcance, efectos de red), favorecen la aparición de grandes empresas dominantes que son capaces de consolidar su posición y de hacer complicada la entrada en el mercado de nuevos competidores. Así, la digitalización ha permitido la creación de plataformas que dominan la cadena de valor en

[2] Cabe señalar que esta personalización no suele ser visible para los consumidores. Los consumidores no tienen forma fácil de saber si la información que reciben es la misma que la que reciben los demás, ni en qué se diferencia o cuáles son los criterios de personalización.

sectores como el comercio electrónico, la publicidad en línea y el entretenimiento digital. Estos "ecosistemas cerrados" ofrecen a los consumidores múltiples servicios en un solo lugar, lo que aumenta su dependencia y reduce la posibilidad de que busquen alternativas en el mercado.

Si bien la aparición de estos gigantes tecnológicos se ha debido principalmente a su capacidad para ofrecer servicios mejores y más baratos que los de sus competidores, lo que se ha traducido en importantes beneficios para los consumidores, trabajos recientes sugieren que la digitalización de la economía podría estar contribuyendo al deterioro observado de la competencia en los mercados a lo largo de las últimas décadas, lo que a su vez podría dar lugar a una serie de consecuencias negativas, como mayores precios, una peor asignación de los recursos y una menor productividad de la economía, o una reducción de la innovación y la inversión en mejoras tecnológicas por parte de las empresas[3].

Economía conductual en el entorno digital

La economía conductual es un campo que explora cómo los factores psicológicos, sociales y emocionales influyen en la toma de decisiones de los individuos. A diferencia de la economía clásica, que analiza el funcionamiento de la economía partiendo de unas premisas axiomáticas sobre el comportamiento de los agentes y asume que los consumidores son racionales y maximizan su bienestar de manera lógica, la economía conductual basa sus conclusiones fundamentalmente en evidencia experimental sobre la manera en que los individuos toman realmente sus decisiones y considera que los consumidores son susceptibles a una serie de sesgos cognitivos que pueden llevarlos a tomar decisiones subóptimas (de acuerdo con las predicciones de la teoría tradicional). Una de las claves de la economía conductual es la idea de que los sesgos cognitivos son sistemáticos, es decir, casi todos los individuos están sujetos al mismo tipo de sesgos y responden de manera similar en situaciones parecidas: somos "predeciblemente irracionales".

Uno de los principios clave de la economía conductual es el "exceso de confianza", que se manifiesta cuando los consumidores sobreestiman su capacidad para tomar decisiones informadas. En plataformas digitales, esto puede llevar a que los consumidores ignoren advertencias o desestimen la necesidad de investigar más antes de realizar una compra. Un ejemplo clásico, en el comercio de productos financieros en línea, es que el exceso de confianza puede hacer que los consumidores subestimen los riesgos asociados a ciertas inversiones o que crean que pueden gestionar productos complejos sin contar con la experiencia o el conocimiento necesarios. Este sesgo es particularmente relevante en el mercado digital, ya que los consumidores se enfrentan a una gran cantidad de información y opciones que pueden reforzar la falsa creencia de que están tomando decisiones plenamente informadas cuando, en realidad, están influidos por lo que las plataformas les presentan.

Otro sesgo común en el entorno digital es la "aversión a la pérdida", que hace que los consumidores valoren más evitar pérdidas que obtener ganancias equivalentes. Este sesgo es explotado por muchas plataformas a través de técnicas de diseño que buscan hacer que los

[3] Para una discusión de las implicaciones de la digitalización sobre la política de la competencia puede consultarse el trabajo de la Comisión Europea (2019). Puede encontrarse un repaso de la evidencia empírica reciente sobre las dinámicas competitivas en la Unión Europea en Comisión Europea (2024).

usuarios mantengan sus suscripciones o realicen compras adicionales para evitar una "pérdida" percibida. Por ejemplo, los avisos de "oferta por tiempo limitado" o "quedan pocas unidades" generan una urgencia que impulsa al consumidor a comprar, incluso cuando esa decisión podría no ser la mejor para su situación. La aversión a la pérdida es un factor que puede inhibir la competencia, ya que los consumidores son más propensos a quedarse con un proveedor actual en lugar de explorar alternativas que podrían resultar más ventajosas por miedo a que el cambio implique costes adicionales o peores resultados.

El "sesgo de confirmación" es otro sesgo relevante en la economía conductual digital, el cual lleva a las personas a buscar y valorar más la información que confirma sus creencias previas. En el entorno digital, los algoritmos de personalización refuerzan este sesgo al mostrar al consumidor contenido y productos que están alineados con sus preferencias previas. Esto crea una especie de "burbuja informativa," donde el usuario ve solo lo que le resulta familiar o cómodo, sin exponerse a opciones que podrían desafiar sus ideas o preferencias. Desde el punto de vista de la competencia, el sesgo de confirmación puede ser una barrera, ya que el consumidor, al no exponerse a productos o servicios de la competencia, reduce sus opciones y queda atado a ciertas marcas o plataformas.

Además de estos sesgos, la economía conductual identifica otros factores que influyen en la toma de decisiones de los consumidores, como el "efecto de encuadre" (cómo la presentación de una opción puede influir en la percepción de su valor), el "anclaje" (la tendencia a depender en exceso de la primera información recibida, como un precio inicial) y la "inercia" (la propensión a mantener las decisiones previas para evitar el esfuerzo de cambiar). En el contexto digital, estos sesgos son amplificados por el diseño de las plataformas y por los algoritmos de recomendación, lo cual tiene un impacto significativo en la competencia. Por ejemplo, una plataforma de comercio electrónico que utiliza precios de referencia o productos destacados como "mejor vendidos" puede influir en la percepción de los consumidores, inclinándolos hacia decisiones que no necesariamente reflejan sus necesidades reales.

Estos sesgos se manifiestan en cualquier ámbito de decisión, pero pueden ser particularmente relevantes en entornos digitales. Por una parte, diversos trabajos sugieren que cuando tomamos decisiones a través de interfaces digitales actuamos de manera más rápida, prestamos menos atención y tendemos a confiar más en desconocidos (por ejemplo, cuando se trata de compartir información personal) (CMA, 2022). Por otro lado, dada la gran cantidad de información generada y la facilidad para controlar el diseño de las interfaces y la estructuración de la información por parte de los operadores, la influencia de estos sesgos se amplifica, afectando a las decisiones de los consumidores de maneras que no tienen por qué ser beneficiosas para ellos.

La economía conductual en el entorno digital, por lo tanto, es un campo crucial para comprender cómo los consumidores son influenciados por factores que escapan a su control racional y consciente. Las empresas digitales, conscientes de estos sesgos, los integran en sus estrategias de marketing y diseño para influir en las decisiones de los consumidores, lo que plantea un reto para las autoridades de competencia y de protección de los consumidores. Si bien estas estrategias pueden mejorar la experiencia del usuario, también pueden limitar su libertad de elección, lo que representa una barrera para una competencia justa y transparente en el mercado digital.

2. La economía conductual en el ámbito de la competencia digital

El papel de los sesgos cognitivos

El comportamiento de los consumidores en entornos digitales no solo depende de sus preferencias o necesidades, sino que está influenciado por una serie de sesgos cognitivos. Estos sesgos, explorados en profundidad por la economía conductual, afectan el proceso de toma de decisiones al distorsionar la percepción de los consumidores y llevarlos a tomar decisiones que, en algunos casos, no son las óptimas o van en contra de sus propios intereses económicos. La digitalización ha exacerbado estos efectos, ya que las plataformas utilizan herramientas sofisticadas para conocer e influir en el comportamiento de los usuarios, aprovechando los sesgos de formas que pueden influir significativamente sobre la dinámica competitiva de los mercados y el bienestar del consumidor.

1. Sesgo de disponibilidad y efecto de "burbuja"

Uno de los sesgos más comunes en entornos digitales es el sesgo de disponibilidad. Este fenómeno ocurre cuando las personas evalúan la probabilidad de eventos o la importancia de ciertos productos o servicios basándose en la facilidad con la que pueden recordar ejemplos o en la frecuencia con la que encuentran cierta información. En plataformas digitales, los consumidores a menudo solo ven lo que el algoritmo selecciona para ellos, creando una "burbuja informativa" en la que se les muestra una visión limitada del mercado.

En el contexto de la competencia, el sesgo de disponibilidad puede favorecer a ciertas empresas o productos. Por ejemplo, cuando una plataforma de comercio electrónico recomienda productos populares o destacados en la primera página de resultados, los consumidores tienden a elegir entre esos primeros productos y rara vez exploran opciones adicionales. Así, las empresas que pueden posicionarse mejor (a menudo debido a la inversión en publicidad o a relaciones comerciales con la plataforma) obtienen una ventaja competitiva desproporcionada. La falta de exposición a opciones alternativas puede reducir la competencia efectiva en el mercado.

2. Sesgo de anclaje y precios de referencia

El sesgo de anclaje ocurre cuando las personas dependen en exceso de la primera información que reciben al tomar decisiones. En plataformas de venta digital, los precios de referencia y las estrategias de "precio tachado" son ejemplos de cómo las empresas usan este sesgo para influir en las decisiones de compra de los consumidores. Cuando un producto se presenta junto a un precio de referencia elevado, el consumidor percibe el precio actual como una oferta o descuento, incluso si el producto en cuestión no tiene un descuento real.

Desde el punto de vista de la competencia, el sesgo de anclaje puede crear barreras para otras empresas que no utilizan precios de referencia, ya que los consumidores en ocasiones pueden tender a valorar más un "descuento" percibido que un precio simplemente bajo. Las políticas de partición de precios también pueden reducir la competencia efectiva en los mercados si los consumidores se fijan exclusivamente en los precios de referencia (por ejemplo,

ignorando cargos o comisiones adicionales que se presentan en un momento posterior), lo que da a las empresas la capacidad de evitar la competencia en aquellos componentes del precio que resultan menos visibles en el momento de tomar la decisión inicial de compra (Oxera, 2013).

3. Exceso de confianza y productos digitales

En el ámbito digital, la tendencia humana a sobreestimar sus propias capacidades, conocida como exceso de confianza, lleva a los consumidores a subestimar los riesgos asociados a ciertas decisiones. Las plataformas que comercializan productos financieros, por ejemplo, a menudo muestran mensajes que sugieren que cualquiera puede operar con éxito en bolsa o en criptomonedas, aprovechándose de la inclinación del usuario a confiar en sus propias habilidades.

Desde la perspectiva de la competencia, las empresas que saben explotar el exceso de confianza pueden dominar el mercado de ciertos productos de riesgo al captar consumidores que, de otro modo, buscarían asesoramiento especializado o productos de menor riesgo. La falta de transparencia y el aprovechamiento de este sesgo pueden resultar en una concentración del mercado, en detrimento de aquellas empresas que siguen prácticas comerciales más transparentes.

4. Sesgo de presente y consumo inmediato

El sesgo de presente, o preferencia por la gratificación inmediata sobre la futura, es otro sesgo que algunas plataformas digitales han aprendido a explotar eficazmente. Este sesgo impulsa a los consumidores a elegir opciones que ofrecen beneficios inmediatos, aun cuando estas decisiones pueden ser perjudiciales a largo plazo. Por ejemplo, en el comercio electrónico, la opción de “compra con un clic” o las promociones de “envío rápido” explotan este sesgo al proporcionar un beneficio inmediato que lleva al consumidor a comprar sin comparar opciones.

Este sesgo representa un reto, ya que las plataformas que pueden ofrecer estos beneficios inmediatos ganan una ventaja sobre aquellas que, por limitaciones logísticas o de recursos, no pueden ofrecer el mismo nivel de servicio. Además, esta preferencia por la gratificación inmediata desincentiva al consumidor de explorar alternativas, reduciendo así la competencia.

Tabla 1. Ejemplos de Sesgos Cognitivos y su Influencia en el Entorno Digital

Sesgo cognitivo	Descripción	Ejemplo en el entorno digital
Disponibilidad	Las personas evalúan la probabilidad o importancia de algo basándose en la facilidad o frecuencia con la que encuentran información.	Oferta limitada de opciones por algoritmos, creando una burbuja.
Anclaje	Dependencia de la primera información que se recibe, como un precio de referencia.	Muestra de precios tachados como “antes” en plataformas de comercio para sugerir un descuento.

Sesgo cognitivo	Descripción	Ejemplo en el entorno digital
Exceso de confianza	Los consumidores sobreestiman su capacidad de tomar decisiones informadas.	Un usuario asume que puede gestionar productos financieros complejos sin asesoramiento.
Sesgo de presente	Preferencia por la gratificación inmediata frente a beneficios futuros.	Botones de "compra con un clic" que facilitan las compras impulsivas en plataformas de *e-commerce*.
Aversión a la pérdida	Los consumidores prefieren evitar pérdidas que obtener ganancias equivalentes.	Ofertas "por tiempo limitado" que impulsan a comprar rápidamente para evitar "perder la oferta".
Sesgo de confirmación	Los consumidores buscan información que confirme sus creencias previas.	Algoritmos que muestran contenido alineado con preferencias previas, reforzando la "burbuja".

Fuente: elaboración propia

Dark patterns y su regulación

Los *dark patterns* o patrones oscuros son estrategias de diseño de interfaces digitales que buscan manipular el comportamiento del usuario para que tome decisiones que no tomaría de manera racional y deliberada. Estos patrones se han vuelto más comunes en el ámbito digital y han sido objeto de análisis y preocupación tanto desde el punto de vista de la economía conductual como de la regulación de la competencia. Por ejemplo, en una publicación reciente la Comisión Europea (2022) analizó las aplicaciones móviles y las páginas web más populares de la Unión Europea, hallando alguna forma de patrón oscuro (y a menudo multitud de ellos simultáneamente) en el 97% de ellas.

1. Ejemplos de dark patterns en plataformas digitales

Los *dark patterns* pueden manifestarse de diversas formas en las interfaces de usuario de las plataformas digitales. Algunos ejemplos destacados incluyen:

- *Confirmshaming*: esta táctica utiliza mensajes que avergüenzan o culpabilizan al usuario para evitar que abandone una suscripción o rechace una oferta. Por ejemplo, cuando una opción para rechazar un descuento o un boletín aparece con frases como "No, gracias, prefiero perderme las mejores ofertas."

- *Interrupciones forzadas*: estas ocurren cuando las plataformas obligan a los usuarios a ver anuncios o a interactuar con contenido no solicitado antes de completar una tarea. En algunos casos, el botón para cerrar la interrupción es deliberadamente difícil de encontrar, impulsando al usuario a hacer clic en el anuncio.

- *Suscripciones automáticas y pagos recurrentes*: las plataformas suelen ofrecer pruebas gratuitas que se convierten automáticamente en suscripciones pagadas sin una notificación

clara. Este patrón se basa en el olvido, o la falta de conocimiento del usuario, para cobrarle periódicamente.

- *Desigualdad de opciones visuales*: las opciones que benefician a la plataforma, como aceptar cookies o contratar un servicio, se muestran de forma destacada, mientras que las opciones para rechazarlas aparecen con menor visibilidad, en colores menos atractivos o en letras pequeñas.

Estos patrones oscuros pueden reducir la competencia, ya que una plataforma que utiliza *dark patterns* puede mantener a los usuarios "cautivos" sin permitirles explorar otras opciones o dificultándoles cancelar sus servicios. Además, al manipular el comportamiento del usuario, estos patrones pueden llevar a decisiones que no se alinean con los intereses o con las necesidades reales del consumidor, promoviendo una falta de transparencia y competencia justa.

2. *Impacto en la competencia y la regulación de los dark patterns*

Los *dark patterns* no solo afectan la toma de decisiones del consumidor, sino que también plantean desafíos significativos para las autoridades de competencia y de protección del consumidor. La manipulación de los usuarios mediante *dark patterns* puede permitir a ciertas plataformas digitales acumular una cuota de mercado mayor al aprovechar la inercia y los sesgos del consumidor para mantener su lealtad y evitar la búsqueda o la comparación con sus competidores. También puede dar lugar a un fenómeno de "competencia a la baja" (*race to the bottom*), por el cual una mayor competencia en los mercados no se traduce en mayores esfuerzos de las empresas por ofrecer los productos más económicos y atractivos, sino por explotar los sesgos de los consumidores de la manera más efectiva para manipular sus decisiones de compra (Gabaix y Laibson, 2006). Ambos casos son problemáticos porque plantean la posibilidad de que, en presencia de consumidores que no se comportan de manera perfectamente racional, la propia dinámica de los mercados podría no ser suficiente para eliminar el poder de mercado de algunas empresas y reestablecer la competencia en el largo plazo.

En respuesta a estas prácticas, algunas jurisdicciones han comenzado a desarrollar marcos regulatorios para abordar los dark patterns. En la Unión Europea, la Comisión Europea publicó en 2021 una guía actualizada (C/2021/9320) para la interpretación y aplicación de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales[4], una de las normas horizontales básicas en materia de protección de los consumidores, que contiene una sección sobre la aplicación de la Directiva a los patrones oscuros. Asimismo, en los últimos años se han aprobado diversas normas que regulan o afectan especialmente a los mercados digitales y que contienen referencias expresas a los patrones oscuros o a otras consideraciones "conductuales", con el

[4] Directiva 2005/29/CE. Una cuestión que ha cobrado relevancia recientemente a raíz de las aportaciones de las ciencias conductuales ha sido la interpretación del criterio del "consumidor medio" (art. 5(2)(b)) o del "consumidor vulnerable" (art. 5(3)) a la hora de evaluar el cumplimiento con los requisitos establecidos por la norma, en la medida en que el comportamiento de los consumidores puede verse afectado en gran medida por factores contextuales (por ejemplo, un mismo consumidor puede ser más o menos propenso a caer en un engaño en función de la situación en que se presente la decisión).

objetivo de dotar de mayor transparencia a los mercados y favorecer que los consumidores puedan tomar decisiones informadas y alineadas con sus intereses. Entre otras normas, se puede mencionar la Directiva sobre los Derechos de los Consumidores, el Reglamento de Mercados Digitales[5] (*Digital Markets Act,* DMA), el Reglamento de Servicios Digitales[6] (*Digital Services Act,* DSA), el Reglamento de Datos[7] (*Data Act*), o el Reglamento de Inteligencia Artificial[8] (*AI Act*).

No obstante, la regulación de los *dark patterns* plantea desafíos, ya que muchas de estas prácticas se encuentran en una zona gris y no siempre se perciben como manipuladoras a primera vista. Para que las autoridades de competencia puedan actuar de manera efectiva, es necesario definir con precisión qué constituye un *dark pattern* y en qué circunstancias estos afectan la competencia y los derechos de los consumidores. Asimismo, la regulación debe ser flexible para adaptarse a las nuevas estrategias y diseños que surgen constantemente en el entorno digital.

3. El papel de la economía conductual en la regulación de los dark patterns

La economía conductual juega un rol esencial en la identificación y regulación de los *dark patterns*, ya que proporciona un marco para comprender cómo las diferentes estrategias de diseño pueden explotar los sesgos cognitivos de los consumidores. Los reguladores han comenzado a tener en cuenta las aportaciones procedentes de las ciencias del comportamiento para analizar los efectos de estas prácticas y proponer intervenciones que mitiguen el impacto de los *dark patterns*. Por ejemplo, la aplicación de "*nudges"* permite contrarrestar los efectos negativos de los patrones oscuros, al guiar al consumidor hacia decisiones más informadas y alineadas con sus intereses.

Al adoptar un enfoque basado en la economía conductual, las autoridades de competencia y de protección de los consumidores pueden desarrollar directrices que no solo prohíban y persigan los *dark patterns,* sino que también promuevan el diseño de interfaces transparentes y amigables para el usuario. Esto contribuiría a crear un entorno competitivo más justo en el que los consumidores puedan tomar decisiones informadas sin verse sujetos a manipulaciones innecesarias.

---

[5] Reglamento (UE) 2022/1925. Aunque su objetivo principal es fomentar la competencia y la contestabilidad de los mercados digitales, contiene varias disposiciones que hacen referencia al diseño de las interfaces para los usuarios finales, incluyendo obligaciones de decisión activa (art. 6(3)) o menciones expresas a la sencillez o a la ausencia de manipulación o dificultades innecesarias (arts. 6(3), 6(4), 6(6), 6(9), 6(13), 13).

[6] Reglamento (UE) 2022/2065. Prohíbe expresamente que los prestadores de plataformas en línea diseñen sus interfaces de manera engañosa o distorsionadora de las decisiones de los consumidores (art. 25(1)). Asimismo, obliga a los operadores de mayor tamaño a realizar evaluaciones de los "riesgos sistémicos" que pueden derivarse del diseño o funcionamiento de sus servicios.

[7] Reglamento (UE) 2023/2854. Obliga a los poseedores de datos y a los terceros (de acuerdo con las definiciones del Reglamento) a diseñar sus interfaces digitales de manera que los usuarios puedan ejercer sus derechos y su capacidad de decisión de manera efectiva (arts. 4(4) y 6(2)).

[8] Reglamento (UE) 2024/1689. Contiene una prohibición expresa de los sistemas de IA que empleen técnicas para (o con el efecto de) distorsionar el comportamiento individual de una manera perjudicial para las personas que toman la decisión o para terceros (art. 5(1)).

Tabla 2. Ejemplos de Dark Patterns en Plataformas Digitales

Tipo de ***dark pattern***	Descripción	Ejemplo
Confirmshaming	Culpa al usuario por no aceptar una oferta o suscripción.	"No, gracias, prefiero perderme las mejores ofertas".
Suscripciones automáticas	Transforma una prueba gratuita en suscripción sin aviso claro.	Pruebas de suscripción a servicios de *streaming* o apps.
Desigualdad de opciones visuales	Muestra opciones no deseadas de forma menos visible.	El botón de "rechazar cookies" aparece en color gris y en pequeño, mientras que "aceptar" es llamativo.
Interrupciones forzadas	Inserta anuncios o elementos que bloquean la navegación.	*Pop-ups* que ocultan el contenido hasta que se interactúa con ellos.
Descuentos falsos	Ofrece precios de referencia engañosos que sugieren un descuento inexistente.	Precios tachados o "antes" que nunca fueron aplicados.

Fuente: elaboración propia

3. Herramientas digitales y su impacto en las decisiones de los consumidores

El entorno digital ofrece múltiples herramientas que pueden influir en las decisiones de los consumidores. Desde el diseño de las interfaces hasta los algoritmos que personalizan la experiencia del usuario, cada elemento de las plataformas digitales está cuidadosamente configurado para guiar al consumidor hacia ciertos comportamientos. Este poder de influencia plantea interrogantes significativas para la competencia, ya que algunas empresas pueden monopolizar el mercado si logran captar la atención y el compromiso de los consumidores de manera más efectiva que sus competidores.

Diseño de plataformas para el usuario

El diseño de la interfaz y de la experiencia de usuario (UI/UX) en las plataformas digitales tiene un impacto directo en la manera en que los consumidores perciben sus opciones y en las decisiones que finalmente toman. Cada elemento visual, como el tamaño de los botones, el color y el orden de los productos, influye en la conducta del consumidor de manera sutil pero apreciable y, en ocasiones, muy significativa.

1. Diseños que facilitan la elección de ciertos productos

Uno de los efectos más comunes del diseño de interfaces es la inclinación del consumidor hacia productos o servicios destacados. Las plataformas digitales suelen destacar ciertos productos en posiciones estratégicas, como en la página de inicio o en los primeros resultados de búsqueda. Este enfoque no es neutral, ya que el consumidor puede llegar a asumir que estos productos son los mejores o más recomendables. En los mercados de comercio electrónico, donde el catálogo es vasto, los consumidores tienden a decidir con rapidez y basándose en las primeras opciones que visualizan.

Este efecto se vuelve aún más pronunciado cuando se combinan estrategias de "personalización". Por ejemplo, los sitios de comercio electrónico pueden mostrar productos en función de la ubicación geográfica, el historial de compras o el perfil demográfico del usuario. Si bien esto puede mejorar la experiencia del usuario, también puede crear un efecto de "túnel" en el que los consumidores ven solo un subconjunto de opciones. En consecuencia, aquellos productos o servicios que no logran posicionarse de forma destacada tienen menos visibilidad y, en última instancia, menos probabilidades de competir eficazmente en el mercado.

2. Influencia del diseño visual en la percepción de precios y calidad

El diseño visual de una plataforma también puede influir en la percepción de los precios y la calidad de los productos. En un entorno digital, el precio no es solo un número; está influenciado por el contexto visual en el que aparece. La disposición de los precios, junto con otros elementos visuales como descuentos en colores brillantes o la ubicación de los productos dentro de una categoría de "más vendidos," afecta la percepción de valor del consumidor. Así, el diseño de la plataforma digital puede motivar al usuario a tomar decisiones que beneficien más a la plataforma que a sus propias necesidades.

Algunos estudios han demostrado que, en la interfaz de usuario, la inclusión de "etiquetas de recomendación" o "valoraciones destacadas" puede llevar al consumidor a comprar productos que son más rentables para la plataforma, aunque no necesariamente sean los de mejor calidad o los más adecuados para el usuario. Este tipo de diseño de la interfaz visual reduce la transparencia y puede impactar negativamente en la competencia al concentrar las ventas en unos pocos productos.

3. Simplicidad vs. Complejidad: el impacto de la fricción digital

La fricción digital se refiere a la facilidad o dificultad con la que el usuario puede completar una acción en la plataforma. Cuando un diseño es intencionadamente sencillo (por ejemplo, el "compra con un clic"), reduce el tiempo y esfuerzo necesario para tomar decisiones, fomentando la compra impulsiva. En cambio, cuando una plataforma introduce pasos adicionales o barreras de salida en procesos como la cancelación de suscripciones, puede llevar a que el usuario permanezca en el servicio, aun si no es su deseo.

La eliminación de fricción en el proceso de compra ha sido clave en el éxito de empresas como Amazon, donde la opción de compra con un clic elimina casi todos los pasos previos a la compra. No obstante, desde el punto de vista de la competencia, estas estrategias pueden reducir la posibilidad de que el consumidor evalúe otras opciones, creando una ventaja competitiva difícil de superar para otras empresas que no pueden replicar este nivel de conveniencia.

Los algoritmos y la automatización

Los algoritmos son herramientas potentes para personalizar la experiencia del usuario en plataformas digitales, pero también pueden reforzar ciertos sesgos y limitar la exposición de los consumidores a una gama completa de opciones. Las herramientas automáticas pueden influir de manera significativa en las decisiones de compra y en la competencia del mercado.

1. Algoritmos de recomendación y la creación de "burbujas informativas"

Los algoritmos de recomendación son un componente fundamental de la mayoría de plataformas digitales, desde redes sociales hasta sitios de comercio electrónico. Estos algoritmos están diseñados para mostrar productos o contenidos que se ajusten a los intereses percibidos de los usuarios, basándose en su historial de interacciones. Sin embargo, este enfoque también puede crear una "burbuja informativa", donde el usuario solo ve productos que se alinean con sus preferencias previas y, en consecuencia, no explora otras opciones.

Este efecto no solo influye en las decisiones individuales del consumidor, sino que también afecta la competencia al hacer que ciertos productos tengan más visibilidad que otros, independientemente de su calidad o precio. Empresas que invierten en algoritmos sofisticados pueden lograr que sus productos aparezcan de forma preferente en las búsquedas, mientras que otras empresas más pequeñas, que no cuentan con estos recursos, ven limitada su capacidad de competir en igualdad de condiciones.

2. Personalización y privacidad: un equilibrio complejo

La personalización basada en algoritmos también plantea problemas relacionados con la privacidad del consumidor. Para crear recomendaciones precisas, las plataformas necesitan recopilar grandes cantidades de datos sobre los usuarios, incluyendo sus preferencias, historial de navegación y patrones de consumo. Si bien esto permite ofrecer una experiencia personalizada, también puede llevar a la explotación de datos privados para maximizar las ventas.

Desde el punto de vista de la competencia, la capacidad de recopilar y procesar grandes volúmenes de datos se convierte en una ventaja para las plataformas más grandes, que pueden financiar y desarrollar sistemas complejos de análisis de datos. Esto crea una barrera de entrada para nuevas empresas y limita la diversidad de opciones disponibles para el consumidor.

3. Impacto de los algoritmos en la fijación de precios

Otra función importante de los algoritmos es la fijación de precios dinámicos, donde los precios se ajustan en tiempo real según la demanda, el perfil del usuario o la competencia en el mercado. Esta práctica es común en sectores como el turismo y el comercio electrónico, donde los precios pueden variar drásticamente en función de la información recopilada.

Aunque la fijación de precios dinámica puede beneficiar al consumidor en ciertos casos, también puede llevar a prácticas anticompetitivas. Las empresas que dominan el uso de algoritmos avanzados pueden ajustar sus precios para atraer a los consumidores de manera más efectiva que sus competidores, sin que estos últimos tengan la capacidad de responder con la misma agilidad.

Nudges en el entorno digital

Mientras que los sesgos y la manipulación pueden tener efectos negativos en la toma de decisiones del consumidor, la economía conductual también proporciona herramientas para guiar

a los consumidores hacia decisiones más beneficiosas, por ejemplo, mediante el diseño de "*nudges*". Estos *nudges* pueden aplicarse en el entorno digital para fomentar una competencia efectiva y un comportamiento del consumidor más saludable.

1. Diseño para la toma de decisiones informada

Los *nudges* pueden ayudar a los consumidores a tomar decisiones más informadas, especialmente en plataformas donde la cantidad de opciones disponibles puede ser abrumadora. Un ejemplo de *nudge* es la creación de herramientas de comparación de productos, que permiten evaluar de manera sencilla las diferentes ofertas disponibles en función de características relevantes para el consumidor, como el precio, la calidad o la sostenibilidad. Estas herramientas no solo facilitan la decisión del consumidor, sino que también fomentan una competencia más justa entre productos.

Algunos sitios de comparación de precios implementan filtros para que el consumidor pueda ordenar los productos según los criterios que más se ajusten a sus preferencias personales, como el precio o las valoraciones. Esto reduce la probabilidad de que el consumidor tome decisiones impulsivas y permite que las empresas compitan en función de sus méritos.

2. Transparencia y simplificación en la recopilación de datos

Un enfoque clave para proteger al consumidor es mejorar la transparencia en la recopilación y el uso de datos. Las plataformas digitales pueden implementar *nudges* para que los consumidores comprendan mejor qué información se recopila y cómo se utilizará. Por ejemplo, un *nudge* puede incluir una notificación clara que obligue a tomar una decisión activa (por ejemplo, frente a una opción por defecto escogida por la empresa) y permita al consumidor ajustar sus preferencias de privacidad de forma sencilla y sin interferencias.

La transparencia en la recopilación de datos no solo fortalece la confianza del consumidor, sino que también establece una competencia justa al garantizar que las empresas no obtengan ventaja mediante la explotación de datos de manera poco ética.

3. Fomentar decisiones de compra sostenibles

En el contexto de la competencia digital, los *nudges* también pueden usarse para fomentar decisiones de compra que beneficien tanto al consumidor como al medio ambiente. Por ejemplo, algunas plataformas de comercio electrónico destacan productos con etiquetas de sostenibilidad o muestran recordatorios sobre los impactos medioambientales de ciertas decisiones de consumo, como la opción de elegir envíos agrupados.

Estos *nudges* no solo guían al consumidor hacia opciones más sostenibles, sino que también nivelan el campo de juego al permitir que empresas sostenibles se posicionen de manera más visible en la plataforma. Esto beneficia a las empresas que invierten en prácticas responsables y ofrece a los consumidores una alternativa informada.

4. La regulación de los nudges: límites y posibilidades

A pesar de sus beneficios, el uso de *nudges* también plantea desafíos regulatorios, ya que no todos los *nudges* son necesariamente transparentes ni están diseñados para beneficiar al consumidor. La implementación de *nudges* debe basarse en principios éticos, asegurando que el objetivo sea realmente mejorar la toma de decisiones del consumidor sin manipularlo en favor de intereses comerciales específicos.

En este sentido, la regulación puede establecer pautas para que los *nudges* se utilicen de manera justa y transparente, garantizando que las decisiones del consumidor no se vean indebidamente sesgadas. Las autoridades de competencia pueden desempeñar un rol importante en el monitoreo del uso de *nudges* y en la promoción de buenas prácticas que prioricen el interés del consumidor.

4. Conclusión

La transformación digital ha cambiado radicalmente la forma en que los consumidores toman decisiones y cómo las empresas compiten en los mercados. El uso del *big data*, la inteligencia artificial y las estrategias de personalización han creado oportunidades sin precedentes para mejorar la experiencia del usuario, pero también ha planteado desafíos significativos para la competencia y la protección del consumidor.

La economía conductual, al explorar los sesgos que afectan a la toma de decisiones, ha demostrado ser una herramienta clave para comprender cómo las empresas pueden influir en los consumidores. Desde el exceso de confianza hasta la aversión a la pérdida, estos sesgos son explotados por diseños intencionados y algoritmos que, si bien optimizan los beneficios empresariales, pueden restringir la libertad de elección del consumidor y generar barreras para la competencia efectiva.

En el caso de los mercados digitales, existe el riesgo de que las fuerzas del mercado y la competencia no sean por sí misma suficientes para corregir este tipo de prácticas perjudiciales para los usuarios, por lo que la intervención de las autoridades públicas parece justificada. Si bien la cuestión de cuál es el enfoque más apropiado se encuentra abierta, es importante en todo caso que los poderes públicos y las autoridades supervisoras conozcan las aportaciones procedentes de las ciencias conductuales e incorporen consideraciones de este tipo en sus actuaciones.

Las autoridades públicas en los ámbitos de la regulación y la supervisión de los mercados pueden jugar un papel fundamental para equilibrar el panorama digital. El uso de instrumentos regulatorios basados en aportaciones conductuales para guiar al consumidor hacia decisiones más informadas (a través de *nudges* y mejoras en la transparencia) puede mitigar los efectos negativos de las prácticas como los *dark patterns* y garantizar un entorno competitivo más justo.

La integración de la economía conductual en la política de competencia y la regulación digital no solo protege al consumidor, sino que también fomenta la innovación y la equidad en los mercados. Las autoridades públicas, incluida la CNMC, tienen la oportunidad de liderar este cambio, estableciendo directrices que promuevan la transparencia, la sostenibilidad y una competencia saludable en el entorno digital en constante evolución.

Bibliografía

ARIELY, D. (2008). Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions. HarperCollins Publishers.

BUNDESKARTELLAMT. (2019). Guidance on the prohibition of abusive practices in the digital economy. Bonn: Bundeskartellamt.

CMA (2022). Online Choice Architecture: How digital design can harm competition and consumers. Discussion Paper.

EUROPEAN COMMISSION (2019). Competition policy for the digital era. European Union.

EUROPEAN COMMISSION. (2020). Digital Services Act: Ensuring a safe and accountable online environment. European Union.

EUROPEAN COMMISSION (2022). Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation. European Union.

EUROPEAN COMMISSION (2024). Protecting competition in a changing world: Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years. European Union.

FEDERAL TRADE COMMISSION. (2021). Bringing Dark Patterns to Light: The Role of the FTC in Combatting Deceptive Design. Washington D.C.: Federal Trade Commission.

GABAIX, X., LAIBSON, D. (2006). Shrouded attributes, consumer myopia, and information suppression in competitive markets. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 121/2, 505-540.

KAHNEMAN, D. (2011). Thinking, Fast and Slow. Farrar, Straus and Giroux.

MAYER-SCHÖNBERGER, V., & CUKIER, K. (2013). Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think. Houghton Mifflin Harcourt.

NETFLIX. (2020). How Netflix's Recommendations System Works. Disponible en: https://about.netflix.com.

OECD. (2019). Challenges to Consumer Policy in the Digital Age. OECD Digital Economy Papers, No. 287, OECD Publishing.

OXERA (2013). Behavioural economics and its impact on competition policy, a practical assessment with illustrative examples from financial services. Prepared for The Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM).

THALER, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. Yale University Press.

TVERSKY, A., & KAHNEMAN, D. (1974). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Science, 185(4157), 1124–1131.

Competition, contestability, and fairness in EU digital markets: an economic perspective on recent enforcement and challenges ahead

Authors[1]**:**

Philipp Dimakopoulos, Economist at Chief Economist Team, DG Competition, European Commission.

Lluís Saurí-Romero, Deputy Chief Competition Economist, DG Competition, European Commission.

Abstract:

Network effects and data feedback in digital markets, increasingly complex business models and anti-competitive behaviour by dominant players have resulted in entrenched market power, where a few large incumbent platforms can set unfair trading conditions and abuse their market power. To protect competition to the benefit of consumers, ensuring contestability and fairness, over the last years the European Commission has pioneered antitrust investigations in digital markets and adopted the Digital Markets Act (DMA). This article aims at providing an overview of these efforts, highlighting the need and role for economic analysis.

Keywords:

Competition policy, EU digital markets, contestability, fairness, DMA.

Códigos JEL:

K21L10, L40, L51, L86, K21.

[1] The views expressed in this article are those of the authors and may not in any circumstances be regarded as stating an official position of DG Competition or of the European Commission. For their comments and feedback, we thank Rossitza Kotzeva, David Kovo, Carlota Reyners Fontana and Carlo Toffolon.

1. Introduction: Competition and digital markets

There is a prominent and growing literature on the rising trends in industry concentration, markups, and profits, presenting evidence of increased exercise of market power and reduced market contestability.[2] These developments can be partly attributed to globalisation, technological progress and digitalisation.

Globalization has expanded markets, enabled complementarities, and generated allocative efficiencies. Technological progress has delivered great value to firms and consumers, creating new processes, services and products that have contributed to increasing productivity and welfare. As such, concentration and rising markups could be seen as manifestation of efficiency and superior technology.[3] However, they can also be related to evolving market features and business conduct, notably in digital markets, characterised by steep scale economies, network effects and data feedback:[4]

- Steep economies of scale occur when the average cost of providing services declines rapidly as the number of customers increases. While the concept of economies of scale is not new, these effects can be particularly pronounced in the digital economy. Here, the cost reductions associated with scaling up are often much more significant due to the low marginal cost of replicating digital products or services once they are developed. This can lead to substantial advantages for incumbent firms, as they can serve larger user bases without meaningful increases in costs, creating a strong competitive advantage.
- Network effects occur where the value and convenience of using an online service or product increase as more users adopt it. For digital platforms, these externalities exist not only among users on the same side of a platform but also across different sides, such as between business users and consumers. This can create significant barriers to entry, making it difficult for entrants to compete, even if they are more efficient or offer higher quality. The incumbent platform's large user base and the associated benefits through network effects can solidify its entrenched market power, limiting the success of new entrants.
- Further, the role of data and data feedback loops has become increasingly significant in the digital economy. With advancements in technology, companies are now able to collect and analyse vast amounts of data. Such data can be useful for optimizing online services and processes, for developing innovative products as well as more generally for informing business decisions, thus presenting an important competitive advantage. As data-driven business models continue to evolve, the importance of leveraging this resource to improve digital products and services will likely grow further.

A consequence of such market characteristics are winner-takes-most dynamics, where digital markets can tip towards one or a few platforms that gain large market shares, markets be-

[2] See European Commission (2024) that explore the state of competition in the EU.

[3] Miller (2024) reviews industry studies that examine market power over long time horizons, showing that a common theme emerging from these studies is that technological advancements matter a great deal for the evolution of economic outcomes. By contrast, the studies do not point to weak antitrust enforcement as contributing to greater market power.

[4] Crémer (2019)'s report for the European Commission on *"Competition policy for the digital era"* discusses these characteristics in more detail.

come less contestable, and market power gets entrenched. As these winning platforms grow, it becomes increasingly difficult for new entrants to compete unless they offer considerably different value or innovation.

While market power appears to have increased not only in the digital sector, but also in more traditional sectors that are not driven by technological progress, digital platforms are today amongst the largest companies globally with an exceptional ability to set trading conditions on other market operators and exercise market power. Some authors view growing market power as one of the main reasons for increased profit margins and the concomitant decrease in labour's share of GDP,[5] while others have illustrated the connection between entrenched market power, economic power and political power, where corporate lobbying can inefficiently and unfairly interfere in public policy making to favour their private interests.[6]

In this context, it has been ever more important to have effective tools to protect competition and prevent the abuse and entrenchment of market power, to the benefit of consumers and as an integral part of a competitiveness strategy for the EU.[7] Antitrust enforcement over the last decade has been confronted with significant challenges due to the complexity of new business models and new types of non-pricing conducts,[8] the asymmetries of information and resources between large industrial players and competition authorities, and the speed of technological progress compared with the duration of antitrust investigations. The European Commission (EC) has pioneered bringing forward numerous antitrust investigations in digital markets, developing new theories of harm, adopting the Digital Markets Act and launching an

[5] Gutiérrez and Philippon (2023) and Grullon, Larkin, and Michaely (2019) view rising concentration as the result of a lack of antitrust enforcement implying higher margins and more profitable M&As, with no evidence of increased efficiency. De Loecker, Eeckhout and Unger (2020) and De Loecker and Eeckhout (2018), and Calvino et al. (2018) report large heterogeneity in concentration trends (increases driven by firms at the top of the distribution, and higher in digital-intensive sectors), but also view market power as one of the main reasons for increased margins.

[6] The influence of special interest groups on public policy and regulation has long been studied in the field of political economy. The work by Grossman and Helpman (2005) provides a framework to analyze how special interest groups seek to influence the policy-making process, with concrete applications to trade policy. Zingales (2017) and Cowgill, Prat, and Valletti (2022) show how increase industrial concentration can increase political power on top of market power, where the latter investigates the effect of mergers on the political activity of merging firms. Related to this is the recent work of Akcigit, Baslandze, and Lotti (2023) studying the impact political connections on economy's business dynamism and innovation, showing that market leaders are much more likely to be politically connected, but much less likely to innovate.

[7] Effective competition in domestic markets contributes to the global competitiveness of firms, by incentivizing them to be more efficient and innovative. Preventing inefficient exercise of market power benefits final consumers as well as firms that have access to inputs of higher quality at lower costs. ro-competitive industrial policies are required to realize the competitive potential of EU firms, notably in the areas of innovation, technological adoption, and decarbonization, characterized by externalities, miscoordination, public goods, and uncertainty. Effective competition enforcement in digital markets and pro-competitive industrial policies are complementary in fostering competitiveness and economic growth. See Piechucka, Sauri and Smulders (2024) for a discussion of the complementary nature of competition and industrial policies.

[8] Network effects and data feedback loops facilitate a strategy of pricing at zero to maximize user acquisition and engagement. At the same time, digital platforms can monetize on the business user side through revenues such as for advertising, fuelled by data collected on the consumer side, but without directly charging the consumers. Dimakopoulos and Sudaric (2018) analyse platform competition where user data is collected to improve ad-targeting, showing that the equilibrium level of data collection can be distorted.

ongoing reflection about improved guidance on antitrust enforcement against exclusionary conduct.[9] This article aims at providing an economic overview of these efforts.

The remainder of this article is structured as follows: Chapter 2 discusses the antitrust enforcement by the EC in digital markets, focussing on the economics of recent antitrust cases in digital, challenges in digital antitrust enforcement, and the draft guidelines on exclusionary abuses. Chapter 3 covers the Digital Market Act, discussing from an economic perspective its objectives, complementarities with antitrust enforcement, compliance, first cases, and potential enforcement challenges. Chapter 4 concludes, highlighting the role of economics in digital antitrust and DMA enforcement.

2. Recent antitrust enforcement by the EC in digital markets

Antitrust enforcement has evolved remarkably over the last decade, especially in digital markets, with new theories of harm that capture the exclusionary and exploitative behaviours of dominant firms in settings where network effects and non-price competition are prevalent. The EC has taken a pioneering role worldwide in the enforcement of competition law to digital markets, contributing remarkably in at least three ways:

- First, by leading the way on an area in which today the question is no longer whether to enforce, but how to enforce.
- Second, by contributing to identify problematic business conducts in digital markets that call for public intervention.
- Third, by showing that we needed better, complementary tools to protect competition, contestability and fairness in digital markets.

The EC responded to this need, on the one hand, with the launch of new guidelines on exclusionary abuse of dominance and, on the other hand, with the new Digital Markets Act.

In this section we provide an overview of digital antitrust cases of the EC over the last decade, describe some common features of those cases, and spell out the most salient aspects of the new guidelines on exclusionary abuse of dominance.

Recent antitrust cases in digital markets

Self-preferencing in the Google Shopping case

On the 27 June 2017, the EC fined Google €2.42 billion for abusing its market dominance as a search engine through a self-preferencing strategy that gave an illegal advantage to another

[9] The new draft guidelines on exclusionary abuses elaborated by the European Commission respond to this need, keeping an effects-based approach aimed at protecting competition and consumer welfare, while building on the experience of the last years to improve the effectiveness of antitrust enforcement. This includes looking at potential effects of conducts from a dynamic perspective, establishing rebuttable presumptions informed by economics, recognizing the limits of price–cost tests in nonprice-based conducts, and providing better guidance on legal tests considering the recent jurisprudence of the EU Courts. See https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en, accessed on 1 August 2024.

Google product, its comparison shopping service.[10] This strategy leveraged Google's dominance in general internet search to gain a competitive advantage in shopping markets:

Google systematically gave prominent placement to its own comparison shopping service: when a consumer entered a query into the Google search, results from Google's comparison shopping service were displayed at or near the top. Google demoted rival comparison shopping services through Google's generic search algorithms, that included criteria disfavouring rival comparison shopping services. Google's comparison shopping service was much more visible to consumers than rival comparison shopping services.

Evidence showed that consumers click far more often on results that are ranked on top and on the first pages, and hence more visible. Evidence showed that this could not just be explained by the fact that the first result was more relevant. This meant that by giving prominent placement only to its own comparison shopping service and by demoting competitors, Google gave its own comparison shopping service a significant competitive advantage compared to rivals. As Google's search engine was an important source of traffic given its dominant position, the self-preferencing strategy resulted in an increase in traffic to Google's comparison shopping service, whilst rivals suffered substantial losses of traffic on a lasting basis, reducing choice and incentives to innovate, to the detriment of consumers' welfare in the EU.

On this basis, the EC concluded that Google's practices amounted to an abuse of Google's dominant position in general internet search that undermined competition in comparison shopping markets in the EU.

On the 10 November 2021, the EU General Court upheld the decision of the EC, dismissing for the most part the appeal by Google.[11] The General Court recognised the anticompetitive nature of Google's practices, considered that the EC correctly found harmful effects and ruled out any objective justifications for Google's conduct.

On the 10 September 2024, the European Court of Justice upheld the judgement of the General Court and dismissed Google's appeal.[12] In particular, the Court of Justice explained that while self-preferencing cannot be considered as abusive irrespective of the circumstances of the case, the General Court correctly established that, in the light of the characteristics of the market and the specific circumstances of the case, Google's conduct constituted an abuse.[13]

---

[10] Case AT.39740—Google Search (Shopping)—Commission decision of 27 June 2017. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_17_1784 (last accessed on 3 February 2025).

[11] Case T-616/17—Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)—Judgment of the General Court of 10 November 2021. See https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210197en.pdf (last accessed on 3 February 2025).

[12] Case C48/22T—Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)—Judgment of the Court of Justice of 10 September 2024. See https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-09/cp240135en.pdf (last accessed on 3 February 2025).

[13] The judgement also clarifies a number of relevant aspects regarding the inapplicability of the conditions in Bronner where a dominant undertaking gives access to its infrastructure but makes that access subject to unfair conditions, the fact that competition on the merits may lead to the disappearance or marginalisation of less efficient undertakings, the use of counterfactual analysis for the establishment of a casual link, or that the as-efficient competitor test was not mandatory and, in the circumstances of the present case, not relevant.

Tying in the Google Android case

On the 18 July 2018, the EC fined Google €4.34 billion for imposing illegal restrictions on Android device manufacturers and mobile network operators to consolidate its dominant position in general internet search.[14] In particular, Google engaged in three types of practice that were assessed by the EC:

- Tying of Google's search and browser apps

  Google offered its mobile apps and services to device manufacturers as a bundle, which included the Google Play Store, the Google Search app and the Google Chrome browser. Google's licensing conditions made it impossible for manufacturers to pre-install some apps but not others. Device manufacturers confirmed that the Play Store was a "must-have" app that users expected to find pre-installed on their devices. By tying its Google Search app and the Google Chrome browser to the Play Store, Google ensured that its search app and browser were pre-installed on practically all Android devices sold in the EEA. Pre-installation can create a status quo bias, with users sticking to pre-installed apps, as the available evidence confirmed. The EC considered that these practices of tying reduced the incentives of manufacturers to pre-install competing search and browser apps, as well as the incentives of users to download such apps. This hampered rivals' ability to compete effectively with Google.

- Payments conditional on exclusive pre-installation of Google Search

  Google granted significant financial incentives to large device manufacturers as well as mobile network operators on condition that they exclusively pre-installed the Google Search app across their entire portfolio of Android devices. The EC considered, amongst other factors, the conditions under which the incentives were granted, their amount, the share of the market covered by these agreements and their duration. Evidence showed that a rival search engine would have been unable to profitably compensate a device manufacturer or mobile network operator for the loss of the revenue share from Google across all devices.

- Obstruction of development and distribution of competing Android operating systems

  Google made the pre-installation of Google's proprietary apps conditional on the commitment by device manufacturers not to use any alternative version of Android that was not approved by Google, so-called Android forks. This practice reduced the opportunity for devices running on Android forks to be developed and sold, and allowed Google to close off an important channel for competitors to introduce apps and services, in particular general search services, which could be pre-installed on Android forks.

The EC considered that Google's practices harmed competition and innovation by reducing incentives to pre-instal rival search engines and mobile browsers and obstructing the development of Android forks, which could have provided a platform for rival search engines to gain traffic and access to data. Hence, the EC concluded that each of these three practices

[14] Case AT.40099—Google Android—Commission decision of 18 July 2018. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_18_4581 (last accessed on 3 February 2025).

constituted an abuse of Google's dominant position and were part of an overall strategy by Google to consolidate its dominance in general internet search, at a time when mobile internet was growing significantly.

On the 14 September 2022, the EU General Court largely confirmed the EC's decision that Google imposed unlawful restrictions on manufacturers of Android mobile devices and mobile network operators in order to consolidate the dominant position of its search engine.[15] In particular, the General Court confirmed the findings of the EC that the tying through pre-installation conditions was abusive and that the clauses restricting the use of Android forks strengthened Google's dominant position, limiting variety and deterring innovation. The General Court confirmed that the conditional payments constituted exclusivity agreements but concluded that the as-efficient-competitor test did not support the finding of an abuse and annulled this part of the EC decision.

Google appealed the judgement of the General Court to the European Court of Justice in September 2022.[16]

Exclusive dealing in the Google AdSense case

On the 20 March 2019, the EC fined Google €1.49 billion for imposing restrictive clauses in contracts with third-party websites which prevented Google's rivals from placing their search adverts on these websites.[17]

When users use the search function embedded in many websites, the search engine delivers both search results and search adverts, generating revenues for owners of websites. Through AdSense for Search, Google provides these search adverts to owners of websites, acting as an intermediary between them and advertisers. The EC found that Google had a dominant position in online search advertising intermediation in the EEA, with market shares above 70% from 2006 to 2016.

It is not possible for competitors in online search advertising such as Microsoft and Yahoo to sell advertising space in Google's own search engine results pages. Therefore, third-party websites represent an important entry point for these other suppliers of online search advertising intermediation services to grow their business and try to compete with Google.

The EC reviewed many individual agreements between Google and owners of websites and found that Google initially included exclusivity clauses prohibiting owners of websites from placing any search adverts from competitors on their search results pages. Later Google gradually replaced the exclusivity clauses with alternative restrictive clauses reserving the most profitable space on the websites for Google's adverts and requesting a minimum number

[15] Case T-604/18—Google and Alphabet v Commission (Google Android)—Judgment of the General Court of 14 September 2022. See https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/cp220147en.pdf (last accessed on 3 February 2025).

[16] See https://www.mlex.com/mlex/articles/2087347/google-pursues-appeal-against-android-sanction-at-top-eu-court (last accessed on 3 February 2025).

[17] Case AT.40411—Google Search (AdSense)—Commission decision of 20 March 2019. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_1770 (last accessed on 3 February 2025).

of Google adverts, as well as clauses requiring written approval from Google before making changes to the way in which any rival adverts were displayed. The EC found that Google's restrictive clauses covered over half the market by turnover throughout most of the period under investigation, and that Google's rivals were not able to effectively compete.

The EC concluded that Google's restrictive clauses through AdSense amounted to an abuse of its dominant position in the online search advertising intermediation market that undermined competition, stifled innovation and harmed consumers. Google's rivals were unable to grow and offer alternative services, while owners of websites had limited options and were exposed to Google's abusive exercise of market power. The EC concluded that Google did not demonstrate that the clauses were justified by any efficiencies.

On the 18 September 2024, the EU General Court annulled the EC decision, Although the General Court confirmed most of the EC's findings, it ultimately concluded that the EC failed to take into consideration all the relevant circumstances in its assessment of the duration of the contract clauses deemed abusive and concluded it had not been established that those clauses could have produced a foreclosure effect.

The EC appealed the judgement of the General Court to the European Court of Justice in December 2024.[18]

Self-preferencing and unfair trading conditions in the Amazon Marketplace and Buy Box / Prime cases

On the 20 December 2022, the EC Commission accepted commitments by Amazon to refrain from anticompetitive use of marketplace seller data and to ensure equal access to Buy Box and Prime.[19] These commitments put an end to two parallel investigations:

- First, the EC opened in July 2019 a formal investigation that led to the adoption of the Statement of Objections of November 2020 in which the EC preliminarily found that Amazon took advantage of its dominant position in the provision of online marketplace services to third-party sellers to use marketplace sellers' non-public business data to calibrate its retail decisions, distorting fair competition on its platform and preventing effective competition.
- Second, the EC opened in November 2020 a formal investigation to assess whether the criteria that Amazon set to select the winner of the Buy Box and to enable sellers to offer products under its Prime programme led to preferential treatment of Amazon's retail business or of the sellers that use Amazon's logistics and delivery services. The EC preliminarily found that Amazon's rules and criteria for the Buy Box and Prime unduly favoured its own retail business, as well as marketplace sellers that used Amazon's logistics and delivery services.

[18] See https://www.mlex.com/mlex/articles/2289071/eu-commission-s-appeal-of-google-s-win-in-adsense-case-published-by-top-eu-court (last accessed on 3 February 2025).

[19] Case AT.40462—Amazon Marketplace—Commission decision of 20 December 2022 and Case AT.40703—Amazon—Buy Box—Commission decision of 20 December 2022. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7777 (last accessed on 3 February 2025).

To address the EC's competition concerns in relation to both investigations, Amazon initially offered commitments that were later strengthened upon request by the EC following market testing and consultation with all interested third parties. The final commitments included specific measures to ensure that Amazon no longer uses non-public data from independent sellers' activities on its marketplace to gain an undue competitive advantage, changes to the Buy Box ranking and interface to ensure that alternative offers gain prominence, modification of the Prime terms and conditions to allow Prime sellers to freely choose and negotiate with any carrier for their logistics and delivery services, amongst others.

The EC concluded that these final commitments addressed its competitive concerns and made them legally binding for Amazon under EU antitrust rules. The final commitments cover all Amazon's current and future marketplaces in the EEA and will remain in force for seven years in relation to Prime and the display of the second competing Buy Box offer, and five years for the remaining parts of the commitments. Under supervision of the EC, an independent trustee is in charge of monitoring the implementation and compliance with the commitments.

Unfair trading conditions in the Apple Store Practices (music streaming) case

On the 4 March 2024, the EC fined Apple over €1.8 billion for abusing its dominant position on the market for the distribution of music streaming apps to iPhone and iPad users ('iOS users'). Apple did so through the application of restrictions on app developers preventing them from informing iOS users via in-app communication about alternative and cheaper music subscription services available outside of Apple's App store.[20]

These contractual restrictions are called 'anti-steering provisions' and included several bans: on informing iOS users about the prices of subscription offers available on the internet outside of Apple's App store, on informing them about the price differences between in-app subscriptions sold through Apple's App store and elsewhere, and on including links to websites on which alternative subscriptions could be bought. The EC found that Apple, as sole provider of an App Store for distribution of apps to iOS users, could set the terms and conditions for developers to be present on the App Store and reach iOS users, and hence was able to impose such anti-steering provisions.

The EC considered that these anti-steering provisions where not necessary and proportionate for the protection of Apple's legitimate commercial interests and that they were contrary to the interest of iOS users, because they prevented them from making informed choices about their music streaming services. Consequently, Apple's anti-steering provisions may have led many iOS users to pay significantly higher prices for music streaming subscriptions and degraded user experience by increasing search costs and possibly preventing iOS users from making optimal choices according to their preferences.

[20] Case AT.40437—Apple – App Store Practices (music streaming)—Commission decision of 04 March 2024. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1161 (last accessed on 3 February 2025).

Hence, the EC concluded that Apple's anti-steering provisions constituted an abuse of dominant position and amounted to unfair trading conditions. Apple appealed the EC decision to the EU General Court in May 2024.[21]

Refusal to supply in the Apple Mobile Payments case

On the 11 July 2024 the EC accepted commitments by Apple to provide rivals adequate access to standard technology used for contactless payments with iPhones in stores.[22] These commitments put an end to the formal investigation opened in June 2020 and that led to the adoption of the Statement of Objections of May 2022 in which the EC preliminarily found that Apple abused its dominant position on the in-store mobile wallet market on iOS by refusing to supply the Near-Field-Communication (NFC) input on iOS to competing mobile wallet developers, while reserving such access only to its own mobile wallet, Apple Pay. The EC preliminarily concluded that Apple's refusal excluded Apple Pay's rivals from the market and led to less innovation and choice for iPhone mobile wallets users.

To address the EC's competition concerns in relation to both investigations, Apple initially offered commitments that were later strengthened upon request by the EC following market testing and consultation with all interested third parties. The final commitments included specific measures to allow third-party wallet providers access to the NFC input on iOS devices free of charge[23], to apply a fair, objective, transparent and non-discriminatory procedure and eligibility criteria to grant NFC access to third-party mobile wallet app developers, to enable users to easily set an HCE payment app as their default app for payments in stores and to use relevant functionalities (such as Field Detect, Double-click, Touch ID, Face ID, and device passcode), to extend the possibility to initiate payments with HCE payment apps at other industry-certified terminals, to remove the requirement for developers to have a licence as a Payment Service Provider ('PSP') or a binding agreement with a PSP to access the NFC input, to allow NFC access for developers to pre-build payment apps for third party mobile wallet providers, to update the HCE architecture to comply with evolving industry standards, amongst others.

The EC concluded that these final commitments addressed its competitive concerns and made them legally binding for Apple under EU antitrust rules. The final commitments apply throughout the EEA and will remain in force for ten years. Under supervision by the EC, an independent trustee is in charge of monitoring the implementation and compliance with the commitments.

Tying in the Facebook Marketplace case

On the 14 November 2024, the EC fined Meta €797.72 million for abusing its dominant position by tying its online classified ads service Facebook Marketplace to its personal social network

[21] See https://www.mlex.com/mlex/articles/2174181/apple-files-eu-court-appeal-over-eur1-8-billion-music-streaming-antitrust-fine (last accessed on 3 February 2025).

[22] Case AT.40452—Apple Mobile Payments—Commission decision of 11 July 2024. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/fin/ip_24_3706/IP_24_3706_EN.pdf (last accessed on 3 February 2025).

[23] Apple committed to enable access to NFC in Host Card Emulation mode ('HCE'). HCE allows to securely store payment credentials and complete transactions using NFC, without relying on an in-device secure element.

Facebook and by imposing unfair trading conditions on other online classified ads service providers.[24]

The EC found that Meta is dominant in the market for personal social networks in the EEA, as well as in the national markets for online display advertising on social media, and that it abused this dominance in two ways:

- By tying its online classified ads service Facebook Marketplace to its personal social network Facebook, Meta ensured that all Facebook users automatically have access and get regularly exposed to Facebook Marketplace. The EC found that this automatic exposure gave Facebook Marketplace a substantial distribution advantage which competitors could not match and that, given the importance of the link between the tying and tied markets, could lead to their foreclosure.

- By unilaterally imposing unfair trading conditions on other online classified ads service providers who advertise on Meta's platforms, in particular on its social networks Facebook and Instagram. Meta used ads-related data generated by other advertisers for the sole benefit of Facebook Marketplace.

Consequently, the EC concluded that Meta abused its dominant position through tying and unfair trading conditions. Meta appealed the EC decision to the EU General Court in January 2025.[25]

Self-preferencing in the Google Adtech and Data-related practices case

On 14 June 2023, the EC sent a Statement of Objections to Google informing of its preliminary view that the company breached EU antitrust rules by distorting competition in the advertising technology industry ('adtech').[26]

The EC observed that Google's main source of revenue comes from online advertising activities, including the sale of advertising space on its own websites and apps, and intermediation between advertisers and online publishers (for instance, third-party websites and apps) that can supply such space. Online advertisers and publishers rely on the adtech industry for the placement of real time ads not linked to a search query, such as banner ads in websites of newspapers ('display ads'). Three digital tools are relevant in this context: publisher ad servers used by publishers to manage the advertising space on their websites and apps; ad buying tools used by advertisers to manage their automated advertising campaigns; and ad exchanges where publishers and advertisers meet in real time, typically via auctions, to buy and sell

[24] Case AT.40684—Facebook Marketplace—Commission decision of 14 November 2024. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_5801 (last accessed on 3 February 2025).

[25] See https://www.mlex.com/mlex/antitrust/articles/2290370/meta-files-broad-appeal-to-eu-court-over-facebook-marketplace-fine (last accessed 3 February 2025).

[26] Case AT.40670—Google Adtech and Data-related practices—Commission Statement of Objections of 14 July 2024. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (last accessed on 3 February 2025).

display adds. Google provides each of these three digital tools, including a publisher ad server, "DoubleClick For Publishers" or "DFP"; two ad buying tools, "Google Ads" and "DV 360"; and an ad exchange, "AdX".

In the Statement of Objections, the EC preliminarily found that Google is dominant in the EEA markets for publisher ad servers with its service 'DFP'; and for programmatic ad buying tools for the open web with its services 'Google Ads' and 'DV360'. The EC also preliminarily found that Google systematically favoured its own ad exchange AdX. For instance, through its publisher ad server DFP, by informing AdX in advance of the value of the best bid from competitors which it had to beat to win the auction; or through its ad buying tools Google Ads and DV360, by avoiding competing ad exchanges and mainly placing bids on AdX.

The EC preliminarily concluded that Google's conduct gave AdX a competitive advantage and may have foreclosed rival ad exchanges, resulting in a reinforced market position of Google's AdX and ability to charge higher fees for its service, to the detriment of competing providers of advertising technology services, advertisers and online publishers. The EC also preliminarily concluded that, in this case, a behavioural remedy is likely to be ineffective to address the competitive concerns, and that only the mandatory divestment by Google of part of its services would effectively address such concerns.

Tying in the Microsoft Teams case

On the 25 June 2024, the EC sent a Statement of Objections to Microsoft informing of its preliminary view that the company breached EU antitrust rules by tying its communication and collaboration product Teams to its popular productivity applications included in its suites for businesses Office 365 and Microsoft 365.[27]

The EC preliminarily found that Microsoft is dominant worldwide in the market for productivity applications for professional use offered as Software as a Service (SaaS). The EC also preliminarily found that, at least since 2019, Microsoft tied Teams with its core SaaS productivity applications, leveraging its dominant position in the latter to the former, ensuring a competitive advantage for Teams compared to rival communication and collaboration products. This advantage may have been strengthened by interoperability limitations between Teams' rivals and Microsoft's productivity applications. The EC is concerned that this tying conduct may have prevented Teams' rivals from competing, and in turn innovating, to the detriment of customers in the EEA.

After the EC opened proceedings in July 2023, Microsoft started offering some productivity suites without Teams. The Commission preliminarily found that these changes were insufficient to address its concerns.

[27] Case AT.40721—Microsoft Teams and Case AT.40873—Microsoft Teams II—Commission Statement of Objections of 25 June 2024. See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3446 (last accessed on 3 February 2025).

Challenges in digital antitrust enforcement

The overview of recent digital antitrust cases illustrates how the features of digital markets shape the business strategies as well as the abusive practices of digital dominant players. Out of ten digital antitrust cases summarised in the previous section: three cases refer to self-preferencing practices (Google Shopping, Amazon Buy Box/Prime, and Google Adtech), another three cases refer to tying practices (Google Android, Facebook Marketplace, and Microsoft Teams), two cases refer to unfair trading conditions (Amazon Marketplace, Apple Store and Facebook Marketplace), one case refers mainly to refusal to supply (Apple Pay), while another one refers mainly to exclusive dealing (Google AdSense). All of them refer mainly to non-price-based conducts, reflecting that during the past decade price competition appears to have become less focal in digital markets, where network effects and data feedback loops facilitate zero-pricing on the consumer side, and the access to and use of user data becomes a crucial dimension of competition.

The role of the largest digital incumbents that often both control intermediation platforms and offer services or products on these, with privileged access to private data of business and non-business users, is the enabler of the abusive non-price-based conducts observed. The use of data obtained by dominant digital firms as intermediaries is often a key element of anticompetitive strategies, like self-preferencing and unfair trading. The imposition of unfair trading conditions, refusal to supply and exclusivity clauses by dominant digital firms is facilitated by their ability to set the rules of the game on the platforms that they manage. These situations are characterised by extreme asymmetries between platform owners and users, in terms of access to crucial inputs like data and of bargaining power.

The pervasiveness of digital technologies, with potential to generate efficiencies and added value across many products and services, has led to increasing complementarities across products and services that before were seen as independent (for example, online communication and office products). While this has created new opportunities to better satisfy the needs and preferences of business and non-business users, it has also increased the opportunities to leverage market power across markets, for instance through tying, as well as the risks to produce situations of entrenched market power in broader digital ecosystems. These contexts generate opportunities for multi-dimensional anticompetitive strategies where market power is abused through a combination of practices at different points of the ecosystem.

Moreover, the rapid evolution of digital technologies, markets and business strategies, imposes the need for tools allowing for timely and effective enforcement. This means speeding-up antitrust enforcement but also anticipating potential anticompetitive effects before they take place irreversibly, especially before markets tip and market power is further entrenched.

Consumer welfare remains at the heart of antitrust enforcement. Especially in digital markets, where innovation and dynamic efficiency are so relevant, antitrust enforcement needs to be able to distinguish when a conduct can effectively harm consumer welfare and when not. At the same time, this notion of consumer welfare must encompass all dimensions that are valued by consumers, including price, quality, variety, and innovation, with a dynamic perspective on the relation between such dimensions over time, not just the short-term impacts.

The experience from the last years has also shown that, in order to prevent rather than regret anticompetitive effects, antitrust enforcement must take an ex-ante perspective on effects, not just ex-post. Enforcers must be able to intervene based on the capability of a conduct to produce anticompetitive effects in the specific context in which it takes place. At the same time, such capability of effects and the subsequent consumer harm should not be merely hypothetically or negligible.

Assessing the capability of conducts to produce anticompetitive effects requires identifying the incentives at play and understanding the mechanism through which these incentives can translate into anticompetitive effects and consumer harm. This understanding improves progressively through case practice and in the interaction between practitioners and scholars, leading to the formulation of new theories of harm that are rooted in sound economics and on the facts of the case, with an ability to explain the competitive interactions at play in specific settings.

The increasing relevance of non-price-based conducts means that a broader set of evidence must be considered in the assessment of potential effects, including qualitative evidence like documentary evidence, business strategies and consumer surveys, as well as interviews and behavioural experiments. In this context, traditional tools like price-cost tests are less likely to be sufficiently informative about the anticompetitive nature of such non-price-based, multi-dimensional conducts.

Draft guidelines on exclusionary abuses of dominance

Already in 2008, the Guidance paper clearly set the path for a consumer-welfare, effects-based approach to antitrust enforcement on exclusionary abuse of dominance.[28] Since then, the EC and national competition agencies have adopted numerous decisions, and the Courts have exercised the necessary judicial review. The case law has developed, increasingly taking on board economic insight and thinking in terms of effects on consumers' welfare.

On the 1 August 2024, the EC launched a public consultation inviting all interested parties to comment on draft Guidelines on exclusionary abuses of dominance. These draft Guidelines aim at taking stock, bringing together the learnings from the last 15 years, notably reflecting the EC's interpretation of the EU case law on exclusionary abuses, the application of economic analysis to antitrust cases, and the EC's case practice. Competition policy is about law and economics, by its very nature, and the draft Guidelines aim at reflecting this. They also aim at making antitrust enforcement timelier and more effective, notably in view of the new challenges posed by digital markets.

In particular, the draft Guidelines provide guidance on various key issues, including:[29]

- The purpose of antitrust enforcement and the concept of consumer welfare in relation to exclusionary abuses.

[28] Official Journal C 45, 24.2.2009, p. 7–20: "Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings."

[29] European Commission (2024): "Draft Guidelines on the application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings." See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3623 (last accessed on 3 February 2025).

- The application of general principles to determine if a conduct by a dominant company is likely to constitute an abuse and, in particular, on the concepts of "competition on the merits" and "exclusionary effects".
- The evidence necessary to show whether a conduct is not competition on the merits and capable of producing exclusionary effects.
- The analytical framework applicable to certain types of conduct by dominant companies, distinguishing between conduct subject to a specific legal test set out in EU case law and conduct not subject to a specific legal test.
- The general principles applicable to the assessment of objective justifications.

3. The Digital Markets Act

Objectives of the DMA

The Digital Markets Act (DMA) aims at ensuring contestability and fairness on digital markets. It entered into force in November 2022 and targets large online platforms that control access to digital markets (gatekeepers), imposing on them a set of stricter rules (obligations). The DMA is the outcome of an extensive reflection process initiated in response to the growing concerns about insufficient competition in digital markets and systemic practices that may arise in digital markets, manifesting in several ways which the DMA aims to address.

The first issue is the absence of contestability in certain digital markets. Contestable markets are those in which new entrants can effectively compete with incumbents, ensuring that competition remains strong, and market outcomes are favourable for both consumers and business users. Contestability tends to stimulate long-term positive effects, notably sustained incentives to innovate. When contestability is lacking, these benefits are diminished. For example, the incentives for incumbent platforms to improve their quality are weaker, as they face little to no pressure from potential competitors.

A second issue is the prevalence of unfair practices by platforms that have entrenched market power, particularly towards business users and end users who rely on these platforms as gateways to their economic activity. In many cases, these dominant platforms use their control over access to essential services or markets to impose terms that can be detrimental to users. Whether through excessive fees, restrictive terms, or biased ranking and visibility practices, these platforms can undermine the competitive dynamics that are crucial for innovation and fairness.

It is important to note that contestability and fairness are deeply intertwined. The lack of contestability in a market often enables a platform to engage in unfair practices, as it faces no substantial threat from potential entrants. Conversely, unfair practices by a platform can reduce the ability of new competitors to challenge the incumbent's dominance, thereby further entrenching its position in the market. As such, these two issues are mutually reinforcing and require a comprehensive regulatory approach that addresses both simultaneously.

The DMA ultimately seeks also to promote innovation as well as high quality and choice of digital products and services. Through more contestability and fairness, incentives to innovate are strengthened. On the one hand, creating opportunities for new entrants to succeed by innovating and providing better solutions. These entrants are more likely to thrive in a market where barriers to entry are lowered and fair conditions are established. On the other hand, as new competitors enter the market, incumbent platforms must continuously innovate and enhance their services to remain competitive.[30]

Complementarity between the DMA and antitrust enforcement

Entrenched market power and unfair practices can be the result of inherent digital market characteristics, but they can also stem from strategic anti-competitive conduct that distorts competition and reinforces the market power of dominant players. This understanding has formed the basis for shaping the EU's regulatory response in the form of the DMA, as a complement to its antitrust enforcement.

As discussed in section 2, the EC's antitrust enforcement in the digital sector over the past years has pioneered in identifying problematic behaviours as well as in showing the scope for complementary tools such as regulatory measures. In this sense, the DMA must be seen as a complement to antitrust enforcement, addressing the need for a quicker, more proactive and *ex-ante* approach.

While both tools aim to achieve similar policy objectives, they operate through different mechanisms. Antitrust enforcement typically involves case-by-case assessments of potential effects of past (and on-going) practices on market outcomes and consumer welfare. This approach relies on investigating specific instances of anti-competitive conduct and determining their potential impact on market outcomes. While this method can be effective in addressing specific cases, it often requires significant time and resources to gather evidence and establish a clear link between conduct, competition and potential consumer harm. On the other hand, regulation, as exemplified by the DMA, operates more on an ex-ante basis, setting out clear rules and obligations for market participants, ideally before any potential harm occurs. This aims at quicker intervention, particularly in fast-moving digital markets where the pace of innovation and the risk of market distortions are high.

The complementarity of antitrust enforcement and regulation is not new and has already proven useful in other sectors, such as energy or telecoms. In energy markets, issues like capacity withholding have raised concerns about potential market manipulation by dominant players to artificially inflate prices. The EU has implemented the REMIT[31], which provides for regulatory

[30] It is important to note that market power rents in themselves are not a reliable source of incentives to innovate. In cases where market power results from anti-competitive conduct or is shielded by significant barriers to entry, the incentives to innovate are severely limited. While the original innovation effort may have been remarkable, the current entrenched market power may no longer be conducive to further innovation. Instead, it can lead to a situation where dominant players exploit their position to the detriment of consumers and competitors alike.

[31] Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency.

intervention to prevent such conduct. Also in telecom markets, regulatory obligations such as for access to networks or charges aim to address potential competition concerns ex-ante. At the same time, competition law continues to apply, and companies can and have been prosecuted for anti-competitive practices such as capacity withholding or margin squeeze. This dual approach, combining regulatory oversight with competition law enforcement, is hence not unique to the digital sector.

Scope of the DMA and gatekeeper designation

Next, we turn to the implementation of the DMA. The first step is the definition of its scope. The DMA applies only to certain digital services, specifically those that qualify as core platform services. This targeted approach ensures that the DMA addresses the platforms and services that have the most significant impact on competition and market fairness within the digital economy, such as online intermediation services (e.g., marketplaces), online search engines, online social network services or operating systems.

The next step is the designation of so-called gatekeepers, which must comply with the specific obligations foreseen by the DMA. The main path for undertakings to be designated as gatekeepers is based on three quantitative criteria, which are used as a proxy for market power, and which typically facilitate the creation of entrenched market positions as well as unfair business practices.

- The first criterion for gatekeeper designation is about significant impact on the internal market. For this, a quantitative threshold based on turnover or market capitalisation is used. High turnover typically reflects economic relevance of the platforms, making them more capable of affecting market dynamics and of individually setting commercial terms and conditions as well as controlling access to their ecosystems.

- The second criterion considers whether a core platform is an important gateway for business users to reach end users. This is measured through the number of business users and end users. Large platforms with many users often function as intermediaries, controlling essential channels through which businesses and customers connect, as well as flows of information.

- The third criterion is whether a core platform service enjoys an entrenched and durable position. For this, it matters whether the above two thresholds have been continuously met over three years. Hence, there is a focus on services that demonstrate a sustained, longer-term ability to maintain their entrenched position and are more likely to have sustained market power, which can distort competition.

While some core platform services may not meet all the quantitative thresholds, they can still be designated as gatekeepers on a qualitative basis. For this process, the EC is empowered to conduct a market investigation and consider various qualitative factors that are closely related to the previously discussed market characteristics, such as network effects, scale and scope effects or behavioural biases.

The first six gatekeepers were designated by the EC under the DMA in September 2023 – Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, and Microsoft.[32] Further extending the gatekeeper list, Booking was designated in May 2024.[33] In total, 23 core platform services provided by these gatekeepers have now been designated.

Compliance with the DMA obligations

The DMA sets out a clear obligation framework of "dos" and "don'ts" for gatekeepers, which reflect the core objectives of facilitating market contestability and fairness, while preventing conduct that undermines such contestability and fairness. On the one hand, the obligations encourage actions that enable greater competition, such as promoting interoperability or enabling multi-homing (i.e. allowing users to engage with multiple platforms simultaneously). On the other hand, the obligations aim to curb practices that harm contestability and unfair behaviours such as self-preferencing, where gatekeepers favour their own services over those of competitors, or the use of business user data for competing own services.

The obligations are defined ex ante, reflecting the economics of the business practices they refer to. In fact, the principles of the obligations are grounded in solid understanding of the economics of digital markets and the potential of certain conducts to undermine contestability and fairness, also drawing on the EC's accumulated experience with antitrust cases. By focusing on the compliance of gatekeepers' conduct with clear ex-ante rules informed by law and economics, the DMA reduces the case-by-case evidence gathering and assessment required in antitrust proceedings, hence allowing for a more efficient enforcement.

When it comes to the burden of proof, the DMA is clear that gatekeepers must ensure and demonstrate compliance. The EC is monitoring the compliance and is actively engaging with gatekeepers to guide their compliance efforts. To facilitate compliance implementation, gatekeepers are required to submit detailed compliance reports covering each applicable obligation. These reports must include comprehensive explanations and supporting information on how the gatekeeper meets the obligations, including for example internal documents, details on measures taken, or market analyses. The EC scrutinises these reports to verify whether the gatekeeper successfully complies with the obligations. In addition to the full compliance report, gatekeepers must provide a detailed and non-confidential summary. These public reports help third parties operating within the same markets to provide feedback and offer valuable insights. All these inputs are crucial for monitoring compliance and detecting potential non-compliance.[34]

Continuous compliance and monitoring address the need for timely and effective intervention in digital markets. In this sense, the DMA complements antitrust enforcement and embraces a more continuous and ex-ante market monitoring approach, improving legal certainty for stake-

[32] See EC press release from 6 September 2023: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-six-gatekeepers-under-digital-markets-act-2023-09-06_en (last accessed 3 February 2025).

[33] See EC press release from 13 May 2024: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-booking-gatekeeper-and-opens-market-investigation-x-2024-05-13_en (last accessed 3 February 2025).

[34] Crémer et al. (2023) discuss the important role of the gatekeeper's compliance reports and how to incentivize gatekeepers to write useful reports.

holders. Such approach is consistent with the regulatory nature of the DMA, which is designed to be more forward-looking and preventive than competition law.

First EC decisions and preliminary findings under the DMA

Gatekeeper designations and openings of non-compliance investigations

Since March 7, 2024, the first six gatekeepers, designated in September 2023, must fully comply with the specific obligations of the DMA (the seventh gatekeeper, Booking, designated in May 2024, must fully comply as of November 2024). So far, the EC initiated multiple non-compliance investigations vis-a-vis certain gatekeepers, namely Alphabet, Apple, and Meta, regarding several of their core platform services. The EC is concerned that certain measures that these gatekeepers put in place fall short of effective compliance with their obligations under the DMA, such as those on anti-steering, self-preferencing, choice screens, and user consent for the combination or cross-use of users' personal data.[35]

Apple: steering rules

In June 2024, the EC informed Apple of its preliminary findings that the company's App Store rules are in breach of the DMA.[36] The EC preliminarily found that Apple's App Store anti-steering rules prevent app developers from freely steering consumers to alternative channels for offers and content[37]. In April 2025, the EC adopted a non-compliance decision finding that Apple breached its anti-steering obligation under the DMA, and fined Apple with €500 million. The EC found that due to a number of restrictions imposed by Apple, app developers cannot fully benefit from the advantages of alternative distribution channels outside the App Store. Similarly, consumers cannot fully benefit from alternative and cheaper offers as Apple prevents app developers from directly informing consumers of such offers. As part of the decision, the EC ordered Apple to remove the technical and commercial restrictions on steering and to refrain from perpetuating the non-compliant conduct in the future, which includes adopting conduct with an equivalent object or effect.[38]

Apple: contract terms

Further in June 2024, the EC opened a non-compliance investigation against Apple over concerns that its new contractual requirements for third-party app developers and app stores, including Apple's new 'Core Technology Fee', fall short of ensuring effective compliance with Apple's obli-

[35] See EC press release from 25 March 2024: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-opens-non-compliance-investigations-against-alphabet-apple-and-meta-under-digital-markets-2024-03-25_en (last accessed 3 February 2025).

[36] See EC press release from 24 June 2024: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-sends-preliminary-findings-apple-and-opens-additional-non-compliance-investigation-2024-06-24_en (last accessed 3 February 2025).

[37] In March 2024, the EC had already fined Apple over EUR 1.8 billion for similar behaviour, tackled under EU antitrust rules, with regard to music streaming apps. See section 2.

[38] See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1085 (last accessed 7 July 2025).

gations under the DMA. In April 2025, the EC informed Apple of its preliminary view that Apple's contract terms concerning alternative app distribution breach the DMA. The EC took the preliminary view that Apple failed to comply with the obligation to allow third party app stores on iOS and apps to be downloaded to the iPhone directly from the web, in view of the conditions it imposes on app (and app store) developers. According to the EC's preliminary findings, developers wanting to use alternative app distribution channels on iOS are disincentivised from doing so as this requires them to opt for business terms which include a new fee (Apple's Core Technology Fee).[39]

Apple: interoperability

In September 2024, the EC initiated two specification proceedings to assist Apple in complying with its obligations under Article 6(7) of the DMA to provide free and effective interoperability to third party developers and businesses with hardware and software features controlled by Apple's operating systems iOS and iPadOS.[40] In the context of these specification proceedings, in December 2024, the EC addressed its preliminary findings to Apple, including proposed measures for Apple.[41] In March 2025, the EC adopted two decisions under the DMA specifying the measures that Apple has to take to comply with certain aspects of its interoperability obligation.[42]

Apple: user choice

In April 2025, the EC decided to close its investigation into Apple's user choice obligations under the DMA. Following a constructive dialogue between the EC and Apple, Apple changed its browser choice screen, streamlining the user experience of selecting and setting a new default browser on iPhone. Apple also made it easier for users to change default settings for calling, messaging, call filtering, keyboards, password managers, and translation services on iPhones. A new menu now allows users to adjust their default settings in one centralised location, streamlining the customisation process.[43]

Meta: 'consent or pay' model

In July 2024, the EC sent preliminary findings to Meta regarding its 'consent or pay' advertising model.[44] The EC's preliminary view is that this model fails to comply with the DMA's requirements

[39] See https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-closes-investigation-apples-user-choice-obligations-and-issues-preliminary-findings-rules-2025-04-23_en (last accessed 7 July 2025).

[40] See EC press release from 19 September 2024: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-starts-first-proceedings-specify-apples-interoperability-obligations-under-digital-2024-09-19_en (last accessed 9 February 2025).

[41] See https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-seeks-feedback-measures-apple-should-take-ensure-interoperability-under-digital-markets-2024-12-19_en (last accessed 9 February 2025).

[42] See https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-provides-guidance-under-digital-markets-act-facilitate-development-innovative-products-2025-03-19_en (last accessed 7 July 2025).

[43] See https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-closes-investigation-apples-user-choice-obligations-and-issues-preliminary-findings-rules-2025-04-23_en (last accessed 7 July 2025).

[44] See EC press release from 1 July 2024: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-sends-preliminary-findings-meta-over-its-pay-or-consent-model-breach-digital-markets-act-2024-07-01_en (last accessed 3 February 2025).

under Article 5(2) because it does not allow users to opt for a service that uses less of their personal data but is otherwise equivalent to the 'personalised ads' based service and does not allow users to exercise their right to freely consent to the combination of their personal data. In April 2025, the EC adopted a non-compliance decision, finding that Meta breached the DMA obligation to give consumers the choice of a service that uses less of their personal data, and fined Meta with €200 million. Under Meta's binary 'consent or pay' advertising model, introduced in November 2023, EU users of Facebook and Instagram had a choice between consenting to personal data combination for personalised advertising or paying a monthly subscription for an ad-free service. The EC found that this model is not compliant with the DMA, as it did not give users the required specific choice to opt for a service that uses less of their personal data but is otherwise equivalent to the 'personalised ads' service, and it also did not allow users to exercise their right to freely consent to the combination of their personal data.[45]

Alphabet: Google Search and Google Play

In March 2025, the EC sent two sets of preliminary findings to Alphabet for failing to comply with the DMA, regarding two of their services. Firstly, the EC took the preliminary view that certain features and functionalities of Google Search treat Alphabet's own services more favourably compared to rival ones, thus not ensuring the transparent, fair and non-discriminatory treatment of third-party services as required by the DMA. The EC took the preliminary view that, in particular, Alphabet treats its own services, such as shopping, hotel booking, transport, or financial and sports results, more favourably in Google Search results than similar services offered by third parties.

Secondly, the EC preliminarily found that Alphabet's app marketplace Google Play does not comply with the DMA, as app developers are prevented from freely steering consumers to other channels for better offers. The EC expressed concerns that Alphabet technically prevents certain aspects of steering, for instance, by preventing app developers from steering customers to the offers and distribution channels of their choice. Further, the EC expressed concerns that whilst Alphabet can receive a fee for facilitating the initial acquisition of a new customer by an app developer via Google Play, the fees charged by Alphabet go beyond what is justified.[46]

Potential enforcement challenges for the DMA

Enforcing the DMA can present several challenges related to specific aspects of its implementation, such as the assessment of compliance and the proportionality of its enforcement. We discuss some of these challenges and point to the role economics can play in potentially addressing them.[47]

[45] See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1085 (last accessed 7 July 2025). Further note that, in November 2024, Meta introduced another version of the free personalised ads model, offering a new option that allegedly uses less personal data to display advertisements. The EC is currently assessing this new option.

[46] See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_811 (last accessed 7 July 2025).

[47] For further background on the effective use of economics in the DMA, see Fletcher et al. (2024).

First, despite the precise and directly applicable obligations set out by the DMA, operationalising and enforcing its provisions requires careful assessment. There is a risk that gatekeepers may employ subtle techniques to circumvent the intent of the regulation and frustrate its objectives. In such cases, the role of economic analysis can become particularly important, within the conduct-based approach of the DMA. When conduct is complex or potentially disguised as compliant, assessing its alignment with the DMA obligations may require economic and financial analysis to assess whether the solutions proposed by the gatekeepers are effective in ensuring compliance.

Second, another challenge in enforcing the DMA could arise from the fact that several of its obligations may directly affect the business models of gatekeepers, to the extent that these are built on practices that the DMA seeks to regulate. For example, DMA provisions affecting data usage, self-preferencing or facilitation of third-party services can impact monetization strategies of gatekeepers. The gatekeepers' business models are often based on platform practices that create competitive advantages, which may be difficult to be dismantled without impacting the gatekeepers' processes of profit creation. Consequently, enforcing effective compliance with the DMA may trigger questions about whether certain measures might undermine gatekeepers' ability to extract profits and affect incentives to innovate. This balance between achieving the regulatory objectives of promoting contestability and fairness while ensuring overall proportionality of the enforcement can raise economically and financially interesting questions and trade-offs.[48]

Third, the full effects of the DMA on digital market structures will materialize gradually. The DMA primarily creates opportunities for market participants, rather than prescribing specific market outcomes. The scale of the DMA's impact will depend on how effectively these newly created opportunities are embraced by market players and how users respond, potentially shifting to alternative services. As such, the regulatory process initiated by the DMA is still in the early stages of its implementation and its full transformative impact cannot yet be observed. Approaches to measure and assess the effective impact of the DMA in terms of market outcomes will require careful consideration of the appropriate outcome variables, identification strategies and data requirements – to mention just a few examples.

Finally, the DMA has been one of the first regulatory frameworks of its kind in the global digital economy, setting a pioneering precedent for other jurisdictions. In this regard, it is critical not only to ensure the complementarity between the DMA regulation and antitrust enforcement within the EU, but also to continue collaborating with competition and regulatory authorities globally. The increasing trend towards the introduction of ex-ante digital regulation (for example, in the UK or Japan) reflects a broader international dialogue and growing consensus across jurisdictions on the high-level principles of digital market oversight. While the frameworks are distinct across jurisdictions, this evolution is a promising sign of a more coordinated global approach to regulating digital markets, which will be essential for addressing the complex and transnational nature of digital ecosystems.

[48] In Article 9, the DMA explicitly foresees the possibility for the EC to suspend, in whole or in part, specific obligations, if the gatekeepers demonstrate that compliance would endanger the economic viability of its operations in the EU.

4. Conclusion

Scale economies, network effects and data feedback in digital markets lead to winner-takes-most dynamics, where digital markets can tip towards one or a few platforms that gain large market shares, markets become less contestable, and market power gets entrenched. As these winning platforms grow, it becomes increasingly difficult for new entrants to compete unless they offer considerably different value or innovation. Anticompetitive practices by dominant platforms further aggravate this, resulting in entrenched market power, where a few large incumbent platforms can set unfair trading conditions and abuse their market power. To protect competition to the benefit of consumers, ensuring contestability and fairness, over the last years the European Commission has pioneered by leading the way on an area in which today the question is no longer whether to enforce, but how to enforce; by contributing to identify problematic business conducts in digital markets that call for public intervention; and by showing the need for complementary tools to protect competition, contestability and fairness in digital markets.

Antitrust enforcement in digital markets has evolved remarkably over the last decade, with new theories of harm that capture the exclusionary and exploitative behaviours of dominant digital platforms. The EC has investigated and fined digital platforms for abusing their dominant position through anticompetitive self-preferencing, tying, unfair trading conditions, exclusivity clauses, and refusal to supply. When assessing these practices, antitrust enforcement needs to be able to distinguish when a conduct can effectively harm consumer welfare and when not. Case investigations and the interaction between practitioners and scholars has contributed to identify the economic mechanism through which these practices can translate into anticompetitive effects and consumer harm. An effects-based, timely antitrust enforcement oriented to protect competition and consumer welfare is ever more necessary in a context of increased concentration and market power. The ongoing exercise of the EC to produce new guidelines on exclusionary abuses of dominance is part of the effort to make antitrust enforcement more effective, based on the experience gained over the last years.

The implementation of the DMA complements antitrust enforcement by providing clear rules and obligations for digital gatekeepers. Its targeted approach focusses on the platforms and services that have the most significant impact on competition and market fairness within the digital economy. On the one hand, the obligations encourage actions that enable greater competition. On the other hand, the obligations aim to curb practices that harm contestability and fairness. Despite the precise and directly applicable obligations set out by the DMA, operationalising and enforcing its provisions require careful economic assessment, notably regarding compliance, circumvention and viability.

The rapid evolution of digital technologies, markets, and business models continuously pose new economic questions and challenges. Economic analysis has contributed, both through theories of harm and empirical evidence, to digital antitrust enforcement and to the design and early implementation of the DMA and is called to continue doing so.

Bibliography

AKCIGIT, U., BASLANDZE, S., LOTTI, F. 2023. Connecting to power: Political connections, innovation, and firm dynamics. *Econometrica*, 91(2): 529–64.

CALVINO, F., CRISCUOLO, C., MARCOLIN, L., SQUICCIARINI, M. 2018. A taxonomy of digital intensive sectors. *OECD Science, Technology and Industry Working Papers*, No. 2018/14, OECD Publishing, Paris.

COWGILL, B., PRAT, A., VALLETTI, T. 2022. DP17178 Political Power and Market Power. *CEPR Discussion Paper*, No. 17178. CEPR Press, Paris & London.

CRÉMER, JACQUES. 2019. Competition policy for the digital era. *Publications Office of the European Union*.

CRÉMER, JACQUES, et al. 2023. Enforcing the Digital Markets Act: institutional choices, compliance, and antitrust. *Journal of Antitrust Enforcement* 11.3: 315-349.

DE LOECKER, J., EECKHOUT, J. 2018. Global market power. *NBER Working Paper*, No. 24768.

DE LOECKER, J., EECKHOUT, J., UNGER, G. 2020. The rise of market power and the macroeconomic implications. *The Quarterly Journal of Economics*, 135(2): 561–644.

DIMAKOPOULOS, Philipp D., SLOBODAN, Sudaric. "Privacy and platform competition." *International Journal of Industrial Organization* 61 (2018): 686-713.

EUROPEAN COMMISSION. 2024. Protecting competition in a changing world - Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years. *Publications Office of the European Union*

FLETCHER, Amelia, et al. 2024. The Effective Use of Economics in the EU Digital Markets Act. *Journal of Competition Law & Economics* 20.1-2 (2024): 1-19.

GROSSMAN, G.M., HELPMAN, E. 2005. Outsourcing in a global economy. *Review of Economic Studies*, 72: 135–59.

GRULLON, G., LARKIN, Y., MICHAELY, R. 2019. Are US industries becoming more concentrated? *Review of Finance*, 23(4): 697–743.

GUTIÉRREZ, G., PHILIPPON, T. 2023. How European Markets Became Free: A Study of Institutional Drift. *Journal of the European Economic Association*, 21(1): 251–92.

MILLER, N. 2024. Industrial Organization and The Rise of Market Power. *NBER Working Paper*, No. 32627.

PIECHUCKA, J., SAURI-ROMERO, L., SMULDERS, B. 2024. Competition and Industrial Policies: Complementary Action for EU Competitiveness. *Journal of Competition Law & Economics*, 20(4): 384–408.

ZINGALES, L. 2017. Towards a political theory of the firm. *Journal of Economic Perspectives*, 31(3): 113–30.

Desafíos digitales y respuesta institucional de Latinoamérica: la experiencia de COFECE y otras autoridades de competencia

Autora:

Andrea Marván Saltiel, Presidenta de la Comisión Federal de Competencia Económica, México.

Resumen:

La economía digital ha transformado profundamente los mercados, exigiendo a las autoridades de competencia una constante adaptación. Este texto recorre la trayectoria de la COFECE en el análisis y regulación de mercados digitales, desde los primeros casos relevantes hasta su consolidación como referente en la materia. Asimismo, resalta cómo la interacción con países como Brasil, Chile y Colombia ha enriquecido las estrategias regionales, subrayando la importancia de herramientas avanzadas, cooperación internacional y enfoques innovadores para garantizar mercados más equitativos e inclusivos.

Palabras clave:

Economía digital, competencia económica, innovación, regulación, colaboración regional.

Códigos JEL:

K21 Antitrust Law, L49 Other.

Introducción

La transformación digital ha reconfigurado la economía global, planteando nuevos desafíos y oportunidades para los mercados y las autoridades de competencia. México, a través de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión), ha liderado iniciativas clave que van desde opiniones regulatorias innovadoras hasta el fortalecimiento institucional mediante la creación de áreas especializadas. Este camino ha consolidado a la Comisión como un referente en la promoción de competencia en mercados digitales, destacando su capacidad para identificar barreras, fomentar la innovación y proteger a los consumidores en un entorno en constante evolución.

Al mismo tiempo, países como Brasil, Chile y Colombia han desarrollado enfoques complementarios que enriquecen el panorama regional. Estas naciones no solo han implementado marcos regulatorios pioneros, como las leyes Fintech y de inteligencia artificial, sino que también han demostrado el valor de la innovación tecnológica en la supervisión de mercados digitales. Este texto analiza cómo la experiencia de la COFECE se entrelaza con estas iniciativas regionales, subrayando que la cooperación y el aprendizaje mutuo son esenciales para enfrentar los retos compartidos de la economía digital.

1. 2013-2019: Actividad general de COFECE en Mercados Digitales

La actual autoridad de competencia en México surgió de diversos cambios constitucionales en 2013. Con un incremento en sus atribuciones, la Comisión está a cargo de la competencia y libre concurrencia en todos los mercados con excepción de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, respecto de los cuales se otorgó atribuciones al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).

Desde su creación, la Comisión ha analizado diversas concentraciones relevantes en sectores digitales y tecnológicos, emitido opiniones clave para promover la competencia en entornos digitales, investigado posibles prácticas anticompetitivas y realizado actividades de abogacía y promoción a la competencia sobre la economía digital. A continuación, abordaremos los principales esfuerzos durante el periodo comprendido entre 2013 y 2019, que sentaron las bases para su especialización técnica.

Opinión sobre Empresas de Redes de Transporte (ERT)

En 2015, la COFECE emitió una opinión recomendando al gobierno de la Ciudad de México regular los servicios de ERT, como Uber y Didi, de manera que se priorizara la seguridad y competencia económica. Estas recomendaciones subrayaron que una regulación restrictiva podría eliminar los beneficios de innovación y movilidad que ofrecen estos servicios, destacando la importancia de promover la libre concurrencia (Pleno de la COFECE, 2015).

La relevancia de esta opinión trascendió el ámbito local, ya que se convirtió en una guía para otros gobiernos subnacionales en su esfuerzo por integrar los servicios de ERT frente a medios de transporte tradicionales como los taxis. Este enfoque permitió que un mayor número de regiones ofrecieran a los pasajeros una alternativa adicional, fomentando la competencia

en los méritos y beneficiando a los consumidores. Además, la opinión recomendaba establecer una regulación mínima y reconsiderar los requisitos regulatorios impuestos a los taxis, sugiriendo la reducción de cargas innecesarias para lograr condiciones más equilibradas y justas en el mercado del transporte (OCDE, 2018).

Opinión sobre la Ley Fintech

En 2017, en el marco de las discusiones para la emisión de la Ley Fintech –la primera en su tipo en América Latina–, la COFECE emitió diversas recomendaciones en materia de competencia, enfatizando principios como la neutralidad tecnológica y la flexibilidad regulatoria. Propuso medidas para garantizar la competencia y facilitar la entrada de nuevos participantes al mercado, destacando la importancia de proteger los derechos de los usuarios sobre su información (COFECE, 2017).

Repensar la Competencia en la Economía Digital

En 2018 y como parte de sus labores de promoción a la competencia, la COFECE publicó el documento *Repensar la Competencia en la Economía Digital,* en el que se delinean los retos en mercados digitales que ya comenzaban a ser parte de las discusiones internacionales. Temas como el efecto "el ganador se lo lleva todo", las barreras de entrada asociadas al Big Data, las *killer acquisitions* o las colusiones algorítmicas, dejaban ver cuáles eran las principales preocupaciones en materia digital que en años venideros serían parte de los desafíos para la autoridad de competencia. El documento también identificó la necesidad de adaptar herramientas de competencia tradicionales para enfrentar desafíos específicos de la economía digital (COFECE, 2018).

Análisis de Concentraciones Relevantes en Mercados Digitales

Si bien la experiencia de la Comisión en materia de concentración en mercados digitales ha sido continua y constante, durante el periodo 2013 a 2019 diversas operaciones permitieron a la COFECE fortalecer su análisis en mercados sumamente diversos, como el desarrollo de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TICs), hardware, software, plataformas de comercio electrónico (como el surgimiento de startups y unicornios mexicanos), sector fintech, así como casos emblemáticos como Walmart–Cornershop, que analizaremos más adelante.

El tipo de mercados y actividades que fueron objeto de análisis en esta época fortalecieron la capacidad técnica de la Comisión, pues representaron los primeros acercamientos a los nuevos desafíos que planteaba el surgimiento de los mercados digitales.

El proceso de especialización técnica de la DGIntM

La creación de la COFECE en 2013 trajo consigo la formación de la Dirección General de Inteligencia de Mercados (DGIntM), un área dentro de la Autoridad Investigadora encargada de fortalecer las capacidades técnicas y estratégicas de investigación de la Comisión. Desde su

inicio, la DGIntM ha jugado un papel clave al proporcionar información de carácter estratégico para el desarrollo de líneas de investigación sobre posibles prácticas anticompetitivas y barreras al acceso a los mercados. Su labor incluye análisis forenses de información digital[1] y el uso de tecnologías avanzadas para enfrentar los retos de los mercados digitales.

Inicialmente, la DGIntM se enfocó en recolectar datos forenses durante las visitas de verificación, utilizando herramientas básicas. Sin embargo, su evolución ha sido notable, desarrollando una unidad forense y de inteligencia que integra metodologías de vanguardia. Por un lado, la unidad forense analiza evidencia digital recuperada en investigaciones, mientras que la unidad de inteligencia se especializa en la detección temprana de conductas anticompetitivas a través de procesos de *screening (*Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia. Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles. COFECE, 2020).

Herramientas Avanzadas para Screening e Inteligencia Operativa

La DGIntM ha adoptado tecnologías de última generación para el desarrollo de herramientas de screening que permiten identificar posibles cárteles y patrones de conductas sospechosas en mercados tradicionales y digitales. Entre las tecnologías utilizadas destacan:

- **Computación en clúster.** Plataformas como Apache Spark para el procesamiento masivo de datos.
- **Web scraping.** Herramientas automatizadas para extraer información relevante de sitios web.
- **Análisis econométrico y estadístico.** Uso de programas especializados para identificar tendencias y rupturas en datos.
- **Cómputo en paralelo y en la nube.** Métodos que incrementan la capacidad y velocidad de procesamiento de grandes volúmenes de información.
- **Algoritmos de machine learning.** Aplicados para detectar patrones anómalos o comportamientos anticompetitivos en licitaciones públicas y mercados digitales.

Estas tecnologías han permitido construir evidencia económica indirecta mediante la identificación de patrones sospechosos, como estabilidad atípica en precios, rupturas no asociadas a cambios de mercado, inconsistencias en ciclos de contratación o variaciones inusuales en tendencias de insumos.

Retos Operativos y Soluciones Innovadoras

El trabajo de la DGIntM no ha estado exento de desafíos. En el ámbito de las licitaciones públicas, la falta de una base de datos centralizada y consistente en México ha dificultado el análisis exhaustivo, lo que ha llevado a la DGIntM a implementar estrategias para mitigar estas deficiencias. Además, el procesamiento de pruebas digitales durante las visitas de verificación presentó retos relacionados con la velocidad y capacidad de copiado. La adquisición

[1] Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica (2014).

de hardware avanzado permitió reducir en un tercio los tiempos requeridos para esta tarea, optimizando significativamente los procesos.

Otro reto importante ha sido el manejo de comunicaciones cliente-abogado recuperadas durante las investigaciones. En respuesta a decisiones judiciales que limitan el uso de estas comunicaciones como evidencia, la COFECE emitió en 2019 *Disposiciones Regulatorias para la Calificación de Información Derivada de la Asesoría Legal*. Estas disposiciones establecen procedimientos técnicos específicos para excluir de manera segura información protegida, garantizando el cumplimiento de los derechos legales de los agentes económicos.

Impacto en la Eficiencia y Modernización

La DGIntM ha sido fundamental en el fortalecimiento de las capacidades de la COFECE para enfrentar los desafíos de la economía digital. Su enfoque en el desarrollo y adopción de herramientas tecnológicas avanzadas, combinado con la implementación de regulaciones innovadoras, ha incrementado la precisión y efectividad de las investigaciones de la Comisión. Esto ha permitido no solo identificar conductas anticompetitivas en mercados tradicionales, sino también en mercados digitales en constante transformación, posicionando a la DGIntM como un referente en inteligencia operativa y análisis de datos.

Saga Cornershop

Entre 2018 y 2020 se analizaron dos operaciones relacionadas con plataformas de múltiples lados en comercio electrónico. En septiembre de 2018, Walmart –la tienda de autoservicios más grande de México– anunció su intención de adquirir, a través de Walmart de México (Walmex), a Cornershop MX, una empresa dedicada a la logística de exhibición, compra y entrega de productos ofrecidos por diversas tiendas de autoservicio, clubes de precio y otros comercios. Cornershop operaba como una plataforma de varios lados, atendiendo tanto a consumidores que compran y reciben mercancías como a comercios que comercializan sus productos a través de la aplicación[2] [3].

La operación planteó desafíos significativos, particularmente en la definición del mercado relevante, que se delimitó como aquel donde participan exclusivamente plataformas de varios lados. Las relaciones verticales entre Cornershop y Walmex generaron preocupaciones, ya que Walmart, como líder en ventas minoristas en diversos mercados geográficos, tendría incentivos para aprovechar su posición dominante y restringir la competencia.

En septiembre de 2019, la COFECE resolvió no autorizar la concentración, destacando los siguientes riesgos:

1. Walmart podría excluir a competidores de Cornershop al priorizar sus productos y utilizar la plataforma para desplazar a rivales.

[2] *CNT-161-2018.* s.l. : Comisión Federal de Competencia Económica, 2019.

[3] *Sobre el análisis de concentraciones con modelos de negocios innovadores. Operación no autorizada Walmart-Cornershop.* Comisión Federal de Competencia Económica. 2019. Análisis de Casos.

2. Los datos generados por los usuarios de Cornershop podrían emplearse indebidamente para diseñar estrategias comerciales que favorecieran a Walmart.

3. La integración vertical podría impedir a otros comercios acceder a Cornershop, afectando la diversidad de oferta para los consumidores.

4. La confianza de los consumidores en el uso de sus datos podría verse comprometida, afectando la credibilidad de la plataforma.

Este caso paradigmático subrayó la importancia de salvaguardar la competencia en mercados digitales y estableció un precedente para futuros análisis de concentraciones en sectores innovadores.

Posteriormente, en octubre de 2019, la COFECE analizó una segunda operación en la que Cornershop sería adquirida por Uber Technologies, Inc. (Uber). En este caso, se evaluó que las actividades principales de Uber (transporte y entrega de alimentos) y Cornershop (entrega de abarrotes) no coincidían, lo que reducía el riesgo de afectaciones competitivas[4] [5].

El análisis incluyó la evaluación de los posibles efectos adversos de la entrada de Uber al mercado de abarrotes mediante adquisición, considerando riesgos por tenencias accionarias comunes y efectos de conglomerado, como la transferencia de los efectos de red entre los servicios provistos por Uber. Tras una revisión exhaustiva, la Comisión concluyó que:

1. Otros agentes ejercían suficiente presión competitiva en el mercado de abarrotes.

2. Existían competidores potenciales capaces de ingresar rápidamente al mercado.

3. No se identificaron indicios de que Uber pudiera empaquetar sus servicios de manera rentable para desplazar a competidores o bloquear nuevas entradas.

Con base en estos hallazgos, la operación fue autorizada, destacándose como un ejemplo de cómo la autoridad de competencia puede equilibrar los riesgos competitivos con los beneficios potenciales de las integraciones en mercados dinámicos.

2. 2020-2022: Especialización técnica y enfoque estratégico en economía digital

Si bien la discusión internacional sobre los mercados digitales y competencia tenía antecedentes desde inicios de la primera década del siglo XXI, no fue sino hasta los años 2010 que cobró mayor relevancia. En 2019, diversos análisis internacionales, como el reporte Furman en Reino Unido (COFECE, 2020) y el reporte del Centro Stigler de la Universidad de Chicago (Expert Panel, 2019), destacaron cómo ciertos elementos de los mercados digitales pueden reducir la competencia. Aspectos como la concentración de mercado, los modelos de negocio con precios cero, los sesgos en el comportamiento del consumidor y las adquisiciones estratégicas (*killer acquisitions*) fueron identificados como áreas críticas.

[4] *CNT-111-2019*. s.l. : Comisión Federal de Competencia Económica, 2020.
[5] *Concentración Uber-Cornershop.* Comisión Federal de Competencia Económica. 2021. Análisis de Casos.

Por otra parte, en 2020 surgieron los primeros planteamientos de regulación de los mercados digitales a nivel institucional en la Unión Europea, resultando en los actuales regímenes regulatorios de Alemania, Europa y el Reino Unido. En este contexto internacional, la COFECE fortalece su especialización técnica en mercados digitales.

Estrategia Digital COFECE

La experiencia acumulada en mercados digitales, junto con las discusiones internacionales sobre el alcance de las legislaciones tradicionales de competencia, permitió que, en 2020, la Comisión identificara tanto los beneficios como los retos asociados a la digitalización de actividades económicas. Entre los principales desafíos, se destacaron preocupaciones relacionadas con la ciberseguridad, la difusión de noticias falsas y el funcionamiento eficiente de los mercados.

En este contexto, la COFECE adoptó su *Estrategia Digital*, un plan integral diseñado para fortalecer sus capacidades técnicas y abordar eficazmente los desafíos únicos de los mercados digitales[6]. Este enfoque representó un paso decisivo hacia la especialización técnica, permitiendo a la Comisión aplicar un marco regulatorio más adaptado a las características particulares de estos mercados. La *Estrategia Digital COFECE* incluyó cinco acciones clave:

1. Elaborar propuestas de política pública para fomentar mercados digitales más competitivos.
2. Realizar foros internacionales que impulsaran el intercambio de mejores prácticas regulatorias.
3. Modernizar la infraestructura tecnológica de la Comisión.
4. Crear la Dirección General de Mercados Digitales (DGMD) como área especializada en estos temas.
5. Fortalecer la cooperación institucional para un abordaje integral de los desafíos digitales.

Este plan focalizado sentó las bases para una aproximación más ágil y efectiva en la gestión de los retos asociados con los mercados digitales, consolidando a la COFECE como un referente en la materia.

Creación de la Dirección General de Mercados Digitales (DGMD)

En julio de 2020, la COFECE consolidó su Estrategia Digital con la creación de la Dirección General de Mercados Digitales (DGMD), un área especializada destinada a fortalecer la capacidad de la Comisión para enfrentar los retos de la economía digital. Este hito marcó un avance significativo al integrar una visión estratégica en mercados digitales dentro de las operaciones de la Comisión[7].

[6] Diario Oficial de la Federación. Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica reforma y adiciona diversas disposiciones del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica.

[7] Diario Oficial de la Federación. Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica reforma y adiciona diversas disposiciones del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica.

La DGMD se estableció con el propósito de proporcionar apoyo técnico a las áreas responsables de investigaciones por prácticas anticompetitivas, análisis de concentraciones y barreras a la competencia. También busca estandarizar el conocimiento sobre mercados digitales y mejores prácticas internacionales, promoviendo así una aproximación más ágil y efectiva a los desafíos regulatorios.

Desde su creación, la DGMD ha impulsado la comprensión de fenómenos como la inteligencia artificial, los algoritmos y el Big Data, aportando herramientas analíticas que fortalecen la capacidad de la COFECE para actuar frente a los retos que plantean los mercados digitales en constante evolución.

Investigaciones de posibles prácticas anticompetitivas en el ámbito digital

Entre 2020 y 2022, la COFECE inició 25 investigaciones por posibles prácticas anticompetitivas, de las cuales 6 involucraron mercados digitales, es decir, casi el 24%. Estas investigaciones se han enfocado en detectar conductas de abuso de poder de mercado y barreras a la competencia en diversos mercados digitales, tales como *marketplaces,* tiendas de aplicaciones y servicios de procesamiento de pago.

Uno de los casos más destacados que se encuentran aún en análisis ha analizado posibles barreras en *marketplaces* de comercio electrónico. Como parte del dictamen preliminar emitido en la etapa de investigación, se identificaron problemas relacionados con:

- **Programas de lealtad**: la inclusión de servicios no relacionados, como streaming, influía artificialmente en el comportamiento de los compradores.
- **Falta de transparencia**: los algoritmos que gestionan ofertas destacadas no explicaban claramente los criterios utilizados, lo que afectaba la confianza de vendedores y consumidores.
- **Preferencias logísticas**: algunas plataformas favorecían sus propios servicios de logística, limitando la elección de los vendedores.

Como respuesta, la Autoridad Investigadora ha propuesto medidas correctivas, incluyendo:

1. Desasociar servicios no relacionados de los programas de lealtad.
2. Transparentar los criterios de los algoritmos de gestión de ofertas.
3. Permitir a los vendedores elegir libremente servicios logísticos bajo estándares claros.

Si bien este asunto se encuentra aún en trámite, el análisis realizado de forma preliminar nos permite ver la complejidad de los mercados digitales, el uso de herramientas tradicionales y los desafíos que representa restaurar el proceso de competencia.

Plan Estratégico 2022-2025

El Plan Estratégico 2022-2025 marcó un paso fundamental en la adaptación de las acciones y estrategias de la Comisión a los retos de la economía digital, identificando a los mercados

digitales como uno de sus sectores prioritarios. Este enfoque reflejó el reconocimiento de que los cambios tecnológicos han transformado profundamente múltiples industrias, demandando una política de competencia capaz de enfrentar estas nuevas dinámicas.

La inclusión de los mercados digitales como sector estratégico permitió a la COFECE consolidar una visión institucional que articula innovación, protección al consumidor y promoción de la competencia. Esta estrategia no solo fortaleció las capacidades técnicas de la Comisión, sino que también facilitó la implementación de medidas específicas para garantizar mercados más abiertos y equitativos. A través de este plan, la COFECE reafirmó su papel como líder en el diseño de políticas regulatorias que aborden los desafíos emergentes de la economía digital.

Las acciones de este periodo dan cuenta del compromiso de la COFECE por garantizar condiciones de competencia efectiva y proteger tanto a consumidores como a empresas en un entorno digital dinámico.

3. 2023-2024: Nueva fase de la política de competencia

A partir de marzo de 2023, la COFECE puso en marcha su nueva fase de la política de competencia, con una renovada visión estratégica que orienta sus esfuerzos a sectores estratégicos para el bienestar de la población mexicana. Entre ellos, destaca el sector de mercados digitales por su dinamismo y los retos que plantea su singularidad en materia regulatoria.

La Comisión ha buscado fortalecer su relevancia tanto a nivel nacional como internacional, promoviendo estándares más altos de competencia económica y colaborando estrechamente con autoridades nacionales e internacionales para abordar desafíos como los algoritmos, las concentraciones digitales y la inteligencia artificial. Esta nueva fase reafirma el compromiso de la COFECE por mantenerse a la vanguardia en la regulación de mercados digitales y por garantizar un entorno competitivo que beneficie tanto a los consumidores como a las empresas.

Participación Internacional

Durante 2023 y 2024, la Comisión participó en foros internacionales clave, como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y el Technologist Forum de la International Competition Network (ICN). En estas contribuciones, la COFECE compartió su posición en torno a diversos temas, entre ellos:

- **Algoritmos y competencia**: destacando la importancia de analizar dinámicas algorítmicas para identificar posibles prácticas anticompetitivas (COFECE, 2023).
- **Concentraciones digitales**: proponiendo teorías de daño que consideran la eliminación de competencia potencial, el uso estratégico de datos y la creación de ecosistemas difíciles de replicar.

Otra de las iniciativas más destacadas durante esta nueva etapa fue la participación de la DGMD y la DGIntM en el Grupo de Agencias de Competencia de América (GRACA). Ambas áreas colideraron, con miembros del CADE de Brasil, los grupos de trabajo sobre mercados di-

gitales y digitalización, respectivamente. Este esfuerzo no solo consolidó el liderazgo técnico de la COFECE en la región, sino que también permitió establecer un diálogo continuo sobre los retos y oportunidades de la economía digital en América Latina.

A través de estos grupos, la Comisión organizó diversos foros y sesiones donde se abordaron temas de relevancia para la economía nacional y regional. Estas actividades fomentaron un intercambio de perspectivas entre las agencias de competencia de la región, fortaleciendo la cooperación interinstitucional y promoviendo un entendimiento más profundo de los desafíos específicos que enfrentan los países latinoamericanos. La DGMD y la DGIntM desempeñaron un papel fundamental al articular la postura de México y destacar las mejores prácticas regulatorias, posicionando a la COFECE como un referente en temas de digitalización y competencia económica en mercados digitales.

Estas iniciativas reforzaron la cooperación con otras autoridades y permitieron a la COFECE adoptar mejores prácticas internacionales para abordar desafíos complejos en mercados digitales.

Sector bancario y servicios financieros digitales

En marzo de 2023, la COFECE concluyó un procedimiento relacionado con el mercado de servicios de procesamiento de pagos con tarjeta, identificando barreras a la competencia COFECE (Dictamen Preliminar IEBC-005-2018 COFECE 2020 y Resolución IEBC-005-2018 COFECE 2023). Entre estas se destacaron la excesiva concentración del mercado, con solo dos proveedores principales, y un ecosistema regulatorio que favorecía el *status quo*, inhibiendo la entrada de nuevos competidores. Además, la propiedad de las Cámaras de Compensación por los mismos bancos que emiten tarjetas y proveen Terminales de Punto de Venta (TPVs) representó un riesgo de conductas anticompetitivas en mercados relacionados. Como respuesta, la Comisión emitió recomendaciones específicas para fomentar la innovación y promover la competencia efectiva.

Por otra parte, en octubre de 2024, la Comisión publicó el *Estudio de Competencia y Libre Concurrencia en los Servicios Financieros Digitales*, una investigación de mercado realizada por la Dirección General de Estudios Económicos y la DGMD. Este estudio analizó el impacto de los servicios financieros digitales (SFD), identificando riesgos y obstáculos para la competencia en mercados de ahorro, crédito y pago. Con base en sus hallazgos, el estudio presentó 21 recomendaciones que incluyen la regulación proporcional al riesgo, la reducción de costos de cambio para los consumidores y la promoción de medios de pago alternativos. Estas acciones subrayan el compromiso de la COFECE por facilitar un entorno competitivo en el sector Fintech.

Cuadernos Digitales

Durante 2024, la Comisión lanzó una serie de cuatro Cuadernos Digitales que destacan temas cruciales en la intersección entre tecnología y competencia. Estas publicaciones, desarrolladas por la DGMD, buscan informar y sensibilizar a la población en general sobre los desafíos y oportunidades en los mercados digitales:

1. **Conceptos Básicos de Competencia en la Economía Digital**: proporciona una introducción clara a las diferencias entre mercados digitales y tradicionales, explorando cómo estas afectan la competencia.

2. **Datos y Competencia Económica en el Entorno Digital**: analiza el valor estratégico de los datos, sus usos y riesgos, así como recomendaciones para mitigar estos últimos.

3. **Algoritmos y Competencia Económica en el Entorno Digital**: examina los beneficios y riesgos asociados con el uso de algoritmos en mercados digitales.

4. **Inteligencia Artificial y Competencia Económica en el Entorno Digital**: explora cómo la inteligencia artificial puede beneficiar a consumidores y empresas, al tiempo que advierte sobre riesgos regulatorios y competitivos.

Avances en materia de Inteligencia Artificial

La COFECE también ha demostrado liderazgo en la discusión de la inteligencia artificial (IA) como parte de su estrategia para abordar retos emergentes. Bajo el proyecto de la Alianza Nacional de Inteligencia Artificial (ANIA) y la Academia Mexicana de Ciberseguridad y Derecho Digital (AMCID), la Comisión participó en conversatorios y actividades que dieron lugar al informe *Panorama de la Inteligencia Artificial en México: Hacia una estrategia nacional y la relevancia del sandbox*. Este documento destacó el estado actual de la IA en México, abordando aspectos como el uso de sandboxes regulatorios para promover la innovación y garantizar la seguridad en su implementación. La colaboración con organismos internacionales y la promoción de espacios de prueba regulatoria posicionan a la COFECE como un actor clave en el desarrollo de políticas públicas para la economía digital.

4. Actividad relevante en América Latina

La economía digital ha motivado a diversos países en América Latina a desarrollar iniciativas destacadas para enfrentar los retos y aprovechar las oportunidades que presenta. Ya hemos dado un breve recorrido por la actividad de COFECE, pero en este esfuerzo colectivo, Brasil, Chile y Colombia han desempeñado un papel clave con acciones innovadoras que reflejan su compromiso con la modernización de sus marcos regulatorios y el fortalecimiento de la competencia económica. Estas experiencias enriquecen el panorama regional, destacando avances en temas como fintech, inteligencia artificial y comercio electrónico, y subrayando la importancia de una cooperación activa para abordar los desafíos de un entorno digital en constante evolución.

Brasil

Brasil ha tenido una destacada labor en la política de competencia económica en los mercados digitales, implementado varias iniciativas destacadas en el ámbito de la economía digital y la competencia económica. Entre las más relevantes están:

- **Desarrollo tecnológico.** El Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) creó "Cerebro", una interfaz de minería de datos que automatiza el análisis utilizando algoritmos avanzados.
- **Fintech y pagos digitales**. Brasil cuenta con un marco normativo robusto que incluye regulaciones sobre instituciones de pago y fintechs para otorgar créditos sin intermediación bancaria. Además, el Banco Central implementó el sistema de pagos instantáneos PIX (2020) y estableció principios para el Open Banking en 2021.
- **Regulación de plataformas digitales.** En 2022, se presentó el Proyecto de Ley 2768/2022 para regular plataformas digitales con requisitos de transparencia y no discriminación, inspirado en la Digital Markets Act (DMA) europea.
- **Ley de Inteligencia Artificial.** En 2023, Brasil avanzó con una legislación basada en el modelo de la AIA europea, estableciendo regulaciones específicas para sistemas de IA de alto riesgo y proponiendo la creación del Sistema Nacional de Regulación y Gobernanza de Inteligencia Artificial.

Chile

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) de Chile ha sido proactiva en abordar los retos de los mercados digitales a través de:

- **La Unidad de Inteligencia**, creada para mejorar la investigación de cárteles mediante técnicas de ciencia de datos.
- **La Ley Fintech,** aprobada en 2022, busca aumentar la competencia y la inclusión financiera en el mercado.
- **La Guía de Operaciones de Concentración Horizontales**, publicada en 2022, incluye lineamientos específicos para mercados digitales, considerando efectos de red y uso de datos en la evaluación de concentraciones.

Colombia

Colombia ha avanzado significativamente en la regulación de los mercados digitales y la promoción de la innovación financiera:

- **Regulación Fintech**: en 2020, se presentó una propuesta de regulación para el sector Fintech, tomando como referencia modelos de México y Brasil. La Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) creó "InnovaSFC", un grupo de trabajo dedicado a fomentar la innovación en el sector financiero, brindando orientación a emprendedores y proponiendo regulaciones específicas para mantener la estabilidad financiera y proteger a los consumidores.
- **Sandbox regulatorio**: a través de su "Arenera", la SFC proporciona un entorno seguro para que las empresas prueben innovaciones tecnológicas y financieras, permitiendo exenciones normativas cuando sea necesario.

- **Tecnología para supervisión**: herramientas como "Sabueso", que utiliza aprendizaje automático para monitorear precios y detectar conductas anticompetitivas, han sido fundamentales para la supervisión en mercados digitales.
- **Revisión de casos**: entre 2015 y 2022, la Superintendencia lideró investigaciones en sectores como comercio electrónico, turismo y servicios de identificación digital, revisando concentraciones clave y emitiendo opiniones regulatorias sobre plataformas digitales.

Reflexiones Finales

La experiencia acumulada por la COFECE y otros países de América Latina en los mercados digitales destaca la necesidad de evolucionar continuamente frente a un entorno económico dinámico.

La experiencia de la Comisión en los mercados digitales ha generado aprendizajes clave que han fortalecido su capacidad para adaptarse a un entorno económico en constante transformación. Entre las principales lecciones destacan:

- La necesidad de actualizar las herramientas tradicionales de análisis para abordar dinámicas únicas de los mercados digitales, como los efectos de red y la integración vertical.
- La importancia de fortalecer la cooperación internacional para desarrollar enfoques regulatorios más efectivos.
- El valor de fomentar la innovación y la competencia, evitando regulaciones que puedan inhibir la entrada de nuevos participantes.

Este proceso de aprendizaje ha impulsado un fortalecimiento institucional significativo. La creación de la DGMD y el desarrollo de capacidades avanzadas en la DGIntM han permitido a la COFECE actuar con mayor precisión y rapidez frente a los complejos desafíos del entorno digital.

De cara al futuro, la autoridad de competencia se encuentra en una posición estratégica para liderar la discusión sobre la regulación de mercados digitales en la región. Entre sus prioridades estarán:

- Consolidar el análisis de algoritmos y datos como elementos centrales en las investigaciones.
- Promover la educación e información sobre la importancia de la competencia en el entorno digital.
- Establecer colaboraciones con sectores clave para anticipar desafíos regulatorios emergentes.

En México, los avances como la creación de la DGMD y la adopción de una Estrategia Digital han sido fundamentales para fortalecer las capacidades técnicas y regulatorias de la Comisión. Estas iniciativas, sumadas al análisis de casos paradigmáticos y la generación de conocimiento

a través de publicaciones como el Estudio Fintech y los Cuadernos Digitales, han posicionado a la COFECE como un actor clave en la región y un modelo a seguir para otras jurisdicciones.

Por su parte, las acciones innovadoras de Brasil, Chile y Colombia reflejan un esfuerzo colectivo por transformar los mercados digitales en espacios más competitivos y accesibles. Estas iniciativas, como el desarrollo de sistemas de pagos instantáneos, la creación de sandboxes regulatorios y la adopción de herramientas tecnológicas avanzadas para la supervisión, demuestran el compromiso regional con la modernización y la inclusión. La cooperación internacional, ejemplificada por el trabajo conjunto en el GRACA, ha sido un factor decisivo para el intercambio de mejores prácticas y la construcción de marcos regulatorios más sólidos.

De cara al futuro, será fundamental consolidar una visión regional que fomente tanto la innovación como la competencia, promoviendo mercados digitales dinámicos y equitativos. Esto requerirá una mayor integración de herramientas tecnológicas y una colaboración continua entre las autoridades de la región. Al hacerlo, América Latina no solo fortalecerá sus economías locales, sino que también posicionará a sus instituciones como líderes en el diseño de políticas para una economía digital global.

Bibliografía

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Algoritmos y competencia económica en el entorno digital.* 2024.

ALIANZA NACIONAL DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. *Panorama de la Inteligencia Artificial en México: Hacia una estrategia nacional y la relevancia del sandbox*. 2024.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *CNT-161-2018.* s.l. 2019.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *CNT-111-2019.* s.l. 2020.

COFECE. *OPN-008-2015.* Ciudad de México: Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, 2015.

COFECE. *Plan Estratégico 2022-2025.* Comisión Federal de Competencia Económica. 2022.

COFECE. *Algorithmic competition – Note by Mexico.* Comisión Federal de Competencia Económica. s.l. : OECD, 2023.

COFECE. *IEBC-005-2018.* Dictamen Preliminar, s.l.: Comisión Federal de Competencia Económica, 2020.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Concentración Uber-Cornershop.* 2021. Análisis de Casos.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Conceptos básicos de competencia en la economía digital.* 2024.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para la clasificación de información derivada de la asesoría legal proporcionada a los agentes económicos.* 2019.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *DATOS y competencia económica en el entorno digital.* 2024.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica reforma y adiciona diversas disposiciones del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica. *Diario Oficial de la Federación.* 2020.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica. 2014.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Estrategia Digital*. 2020.

EXPERT PANEL. Unlocking digital competition. 2019.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Estudio de competencia y libre concurrencia en los servicios financieros digitales*. 2024.

OECD. *Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia. Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles.* Comisión Federal de Competencia Económica. s.l. : OECD, 2020.

ICN. ICN Technologist Group. [En línea] [Citado el: 10 de enero de 2025.] https://www.international-competitionnetwork.org/working-groups/icn-operations/technologists/.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Inteligencia artificial y competencia económica en el entorno digital,* 2024.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *OPN-007-2017,* 2017.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Repensar la competencia en la Economía Digital,* 2018.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Resolución IEBC-005-2018.* s.l., 2023.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Sobre el análisis de concentraciones con modelos de negocios innovadores. Operación no autorizada Walmart-Cornershop.*. 2019. Análisis de Casos.

STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms. Final Report.* Stigler Center for the Study of the Economy and the State. 2019.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. *Taxi, ride-sourcing and ride-sharing services - Note by Mexico. Working Party No. 2 on Competition and Regulation.* s.l. : OECD, 2018.

El control de concentraciones en la economía digital: retos y soluciones

Autora[1]:

Micaela Arias Domecq, Vocal Asesora en la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

La aplicación del marco clásico de control de concentraciones a la economía digital presenta retos de tal calado que se ha cuestionado su efectividad.

Muchas concentraciones digitales escapan a los umbrales de notificación tradicionales, aunque puedan afectar significativamente a la competencia. Para corregirlo varias jurisdicciones han introducido nuevos umbrales que sin embargo para las empresas pueden suponer menor seguridad jurídica y mayores cargas.

Además, en algunas operaciones digitales que sí fueron analizadas, las autoridades de competencia han sido criticadas por subestimar los riesgos que suponían para la competencia. Por un lado, esto ha impulsado desarrollos académicos y mejores prácticas para adaptar las teorías del daño a las singularidades de la economía digital. Por otro lado, ante la dificultad de acreditar riesgos para la competencia en entornos tan dinámicos se han propuesto reformas para suavizar el estándar de prueba.

Palabras clave:

Concentraciones, economía digital, umbrales de notificación, teorías del daño.

Códigos JEL:

K21, L40.

[1] Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autora y no representan las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

1. Introducción

La transformación de la economía digital ha generado retos sin precedentes en el control de concentraciones. Las características de los mercados digitales, como las economías de escala extremas, las economías de red o la centralidad de los datos, los hacen tender naturalmente hacia la concentración. Estas dinámicas estructurales han favorecido consolidación de un reducido número de actores con gran poder de mercado, planteando desafíos significativos para las autoridades de competencia.

En este contexto, las operaciones de concentración, especialmente las adquisiciones de empresas innovadoras o emergentes (*start ups*) por parte de grandes plataformas tecnológicas, se han convertido en un fenómeno recurrente. Sin embargo, muchas de estas operaciones han escapado al control de concentraciones por no alcanzar los umbrales de notificación. Incluso en los casos en que estas operaciones han sido analizadas, las autoridades han tendido a autorizarlas sin condiciones.

Durante años predominó la idea de que los mercados digitales podían autorregularse y que una aplicación muy rigurosa de la política de competencia, y singularmente del control de concentraciones, podría desincentivar la innovación con consecuencias negativas para el bienestar y el crecimiento. No obstante, esta visión ha cambiado. Actualmente, existe una mayor preocupación por los efectos de la concentración de poder económico en un pequeño grupo de operadores, y las autoridades de competencia han sido criticadas por contribuir a esta concentración mediante una aplicación laxa del control de concentraciones a las operaciones digitales.

Este cambio de tendencia ha tenido también su reflejo en la regulación sectorial. Si hasta hace poco tiempo las grandes tecnológicas operaban en un marco fundamentalmente desregulado, en los últimos años, muy particularmente en la Unión Europea (UE), asistimos a una creciente regulación de los sectores digitales. Resultan destacables el Reglamento de Mercados Digitales[2] (en adelante DMA por sus siglas en inglés), el Reglamento de Servicios Digitales[3] y el de Inteligencia Artificial[4]. Estas normas han transformado el panorama digital, imponiendo nuevas obligaciones que no solo afectan a los modelos de negocio digitales y a su operativa diaria sino también a la supervisión de las concentraciones económicas.

Ahora bien, aplicar el marco tradicional de control de concentraciones a los mercados digitales plantea importantes dificultades. Por un lado, muchas operaciones que podrían tener un impacto relevante en la competencia no están sujetas a análisis por no superar los umbrales de notificación, ya que las empresas adquiridas suelen tener escasos ingresos iniciales. Por otro lado, alcanzar el estándar de prueba requerido para prohibir una concentración o autori-

[2] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

[3] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

[4] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

zarla sujeta a condiciones reviste una especial complejidad en la economía, pues es necesario realizar análisis prospectivos complejos en sectores dinámicos en los que la innovación disruptiva desempeña un papel importante. Asimismo, las teorías del daño tradicionales, esto es, las que abordan el modo en que una concentración puede dañar la competencia, a menudo se adaptan mal a las realidades digitales y requieren una adaptación específica.

Este artículo explora las particularidades de la economía digital y los desafíos que plantea para el control de concentraciones. En primer lugar, se analizan las características estructurales de estos mercados que favorecen la concentración.

En segundo lugar, se abordan los retos jurisdiccionales asociados al control de concentraciones en estos mercados, destacando las limitaciones de los umbrales tradicionales de notificación, que a menudo no captan operaciones. También se abordan respuestas que buscan cubrir estas lagunas como los *call-in powers* y los renvíos del artículo 22 del Reglamento de Concentraciones así como los desafíos que plantean en términos de previsibilidad y seguridad jurídica. Por último, se analizan los retos sustantivos que surgen en la evaluación de concentraciones digitales, las propuestas de reforma de los estándares de prueba y la evolución de las teorías del daño aplicadas a estas realidades económicas.

2. Características de la economía digital

Hay ciertos rasgos que caracterizan a la mayoría de operadores de la economía digital que condicionan su regulación y supervisión (Cremer et al., 2019 pág 7; y Vives, 2024 pág 3).

Economías de escala extremas

Las economías de escala tienen lugar cuando el coste de producir un bien cae según aumentan las cantidades producidas. Es un fenómeno muy habitual. Lo que distingue a los mercados digitales es la magnitud de estas economías de escala que determinan que una vez se alcanza determinada escala el coste de ofrecer el servicio a un nuevo cliente sea prácticamente cero. Esto tiene implicaciones relevantes porque da a los primeros entrantes en mercados digitales una gran ventaja.

Externalidades de red

Un producto presenta externalidades de red directas cuando la utilidad que el consumidor obtiene del producto crece al hacerlo el número de consumidores. Dicho de otra manera, los efectos de red surgen cuando un producto o servicio es más atractivo para un consumidor cuanto mayor es la base de usuarios, como en el caso de las redes sociales.

Esta característica explica por ejemplo que las empresas tengan incentivos a ofrecer, al menos durante un tiempo, servicios a precio monetario muy bajo (cero o incluso negativo) hasta alcanzar un volumen suficiente de usuarios. Así, es frecuente que nuevas empresas tengan planes de negocios en los que no prevén ingresos por ventas a medio plazo; se trata de estrategias de monetización diferidas, también llamadas de crecimiento antes de rentabilidad.

Hay otro tipo de externalidad de red que caracteriza a las empresas digitales: las indirectas. Éstas tienen lugar cuando la empresa en cuestión atiende a distintos tipos de demandantes. Siguiendo el ejemplo de las redes sociales, es frecuente que las mismas no impongan un precio monetario por el uso de sus servicios pues rentabilizan a través de la publicidad personalizada. Las economías de red indirectas suponen que cuantos más usuarios finales tenga la red social más interesante será para los anunciantes.

Estos efectos de red generan una tendencia natural hacia la concentración ya que las plataformas que logran alcanzar una masa crítica de usuarios adquieren una ventaja competitiva significativa.

Importancia de los datos

Los datos son un activo crítico en los mercados digitales. El acceso a grandes volúmenes de datos y la creciente capacidad para procesarlos y almacenarlos a un coste cada vez menor (Vives, 2024 pág 4-6) permiten a las empresas entrenar algoritmos e inteligencia artificial y con ello personalizar servicios, mejorar la experiencia del usuario, ofrecer nuevas y mejores soluciones, etc.

La combinación de economías de escala y red, junto con el valor estratégico de los datos en la economía digital da también lugar a economías de alcance (al resultar menos costoso proveer conjuntamente varios bienes o servicios que por separado) y genera una tendencia natural hacia la concentración (Vives, 2024 pág. 19). Las economías de escala y red refuerzan la posición de las empresas líderes, mientras que el acceso a datos masivos y una gran capacidad de procesamiento permite mejorar continuamente los servicios ofrecidos y ofrecer servicios adicionales con un bajo coste relativo. Esta dinámica genera barreras de entrada y expansión significativas y consolida la posición de mercado de unos pocos actores, favoreciendo la concentración y planteando retos para la política de competencia y la regulación.

3. Los retos jurisdiccionales

Las limitaciones de los umbrales de notificación tradicionales

La mayoría de los sistemas de control de concentraciones de nuestro entorno se basan en la obligatoriedad de notificar operaciones[5] de concentración que superan cierto umbral establecido en la norma. Así, las empresas no podrán ejecutar una operación de concentración notificable sin la previa aprobación de la autoridad de competencia competente.

Al establecer estos umbrales el legislador pondera por una parte la seguridad jurídica que reporta a las empresas poder determinar si las concentraciones económicas están sujetas al régimen de control de concentraciones, lo cual facilita tomar decisiones de inversión. Por otra parte, ha de valorarse la relevancia del umbral como indicador del posible impacto de una concentración en la competencia, pues someter a control operaciones que no tienen aptitud para

[5] No obstante, en el ámbito anglosajón existen sistemas en que la notificación es voluntaria si bien la autoridad la puede requerir.

afectar a la competencia genera ineficiencias tanto para empresas como para las autoridades de competencia. Por último, corresponde evaluar las cargas que genera tanto para la administración como para las empresas su aplicación efectiva (Delgado Ruíz Gallardón, 2019).

En prácticamente todas las jurisdicciones existe un umbral de notificación basado en la cifra de negocios de las partes de la concentración[6] y en la mayoría, hasta hace relativamente poco tiempo, éste era el único umbral. La cifra de negocios tiene la ventaja de dar seguridad jurídica a las empresas pues es un umbral objetivo, claro y resulta sencillo para las partes de una operación comprobar si se supera. También supone que no se examinan las concentraciones entre empresas de menor tamaño liberando de cargas administrativas tanto a empresas como a autoridades de competencia. Sin embargo, se trata de un umbral que no guarda relación directa con los eventuales problemas de competencia que puedan surgir de una concentración.

Su aplicación a los mercados digitales presenta una dificultad añadida puesto que muchas de las empresas adquiridas parten de modelos de negocio en los que los servicios ofrecidos no se rentabilizan del modo tradicional al ser habitual postponer la monetización hasta haber logrado una base de clientes suficiente. Esto es particularmente frecuente cuando una gran tecnológica adquiere una nueva empresa de alto potencial (*start up)* que tiene una cifra de negocio aún escasa o incluso inexistente pero que puede suponer una amenaza competitiva significativa para la adquirente.

Por tanto, el primer reto es que las concentraciones digitales que puedan afectar a la competencia estén sujetas al control de concentraciones por superar los umbrales de notificación.

La excepción angloibérica: el umbral de cuota de mercado

Otras jurisdicciones tradicionalmente han complementado el umbral de cifra de negocios con un umbral de cuota de mercado que supone que han de notificarles operaciones si como consecuencia de las mismas se adquiere o incrementa una cuota de mercado superior a cierto umbral. Cuentan con este umbral Reino Unido, España y Portugal[7].

El umbral de cuota de mercado puede considerarse un indicador indirecto de la relevancia de una operación de concentración para la competencia pues las concentraciones que dan lugar a tasas de concentración elevadas pueden indiciariamente tener efectos negativos sobre la competencia. Así, en el caso español entre 2008 y 2024 el 90% de las operaciones que han dado lugar a la imposición de compromisos o condiciones han superado este umbral.

Desde la perspectiva del ámbito digital estos umbrales presentan una ventaja adicional puesto que permiten someter a control operaciones en las que existe adición de cuota, aunque la empresa objetivo carezca de volumen de negocio puesto que las cuotas de mercado pueden medirse en términos de volumen (como el número de usuarios o el tráfico).

[6] Art. 8. 1 b) de la LDC y art. 1 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones").

[7] En el caso de España 30% (que se eleva a 50% si la sociedad o los activos adquiridos facturan menos de 10 millones de euros), 50% en el caso de Portugal y 25% en el caso de Reino Unido.

Así, en el caso español más del 60% de las concentraciones analizadas en el periodo 2008-2024 sólo superaba el umbral de cuota de mercado. Esto ha sido más acusado si cabe en el caso de las concentraciones digitales donde más del 75% de las 30 concentraciones analizadas en los últimos 6 años únicamente alcanzaban este umbral.

Sin embargo, si se compara con el umbral de cifra de negocios resulta menos inmediato determinar si una concentración está o no sujeta a control pues requiere determinar el mercado en el cual calcular la cuota de mercado y estimar las de los competidores. Por otra parte, puede haber adquisiciones digitales relevantes que no alcancen el umbral, lo cual explica la reciente reforma del régimen del Reino Unido[8] que flexibiliza la aplicación de este umbral.

El umbral de valor de la transacción

En 2017 Alemania y Austria incorporaron umbrales de notificación adicionales basados en el valor de la transacción para complementar los tradicionales de cifra de negocios. Este enfoque busca garantizar el control de concentraciones en casos donde las empresas objetivo generen ingresos limitados, pero exista una desproporción significativa entre su cifra de negocio y el precio pagado, lo que podría reflejar el interés del comprador por eliminar un competidor potencial, reforzar su posición de mercado o adquirir activos estratégicos.

En Alemania, este umbral se estableció en 400 millones de euros, con requisitos adicionales de que la empresa objetivo tenga una actividad significativa en el país, que al menos una de las partes genere más de 50 millones de euros en Alemania y que el volumen de negocio global combinado supere los 500 millones de euros. Austria adoptó un esquema similar, aunque con umbrales algo más bajos.

Este umbral parte de un criterio objetivo aunque menos sencillo de aplicar que el de cifra de negocios pero tampoco permite capturar todas las concentraciones potencialmente relevantes para la competencia efectiva.

Los call in powers: ventajas y retos

En un número creciente de estados miembros de la UE (EM) la respuesta a la problemática de concentraciones relevantes que escapan al control de concentraciones ha sido aprobar los conocidos como "*call in powers*" que permiten requerir información sobre estas transacciones que no superan los umbrales y someterlas a revisión formal si se anticipan riesgos para la competencia.

Dentro de la UE en algunos países como Italia, Suecia, Hungría o Dinamarca estos *call in powers* se acompañan de unos requisitos mínimos de cifras de negocio. En otros, como Letonia o Eslovenia, se emplean junto con un criterio de cuota de mercado mientras que Irlanda y Lituania no requieren ningún requisito adicional en términos de cifra de negocio o cuota de mercado. Además, son varios los EM que están considerando la adopción de este tipo de umbrales.

[8] En 2025 ha entrado en vigor la Digital Markets, Competition and Consumers Act que prevé que pueda solicitarse la notificación de operaciones que superen un umbral de cuota del 33% (sin necesidad de que se alcance o incremente, luego bastaría que la adquirente dispusiera previamente de presencia significativa en algún mercado) si se cumplen otros requisitos (volumen de negocios de una de las partes superior a 350 millones de libras y nexo local de la adquirida).

Sin embargo, esta solución introduce una elevada inseguridad jurídica que se traduce en una mayor carga para las empresas.

El art. 22 del Reglamento de Concentraciones y el caso Illumina Grail

En el sistema comunitario de control de concentraciones, si la cifra de negocios de las partes de la operación excede de los umbrales de cifra de negocios del Reglamento de Concentraciones, la Comisión Europea (CE) adquiere competencia exclusiva para analizarla. Sin embargo, este sistema incluye mecanismos de flexibilidad que permiten adaptar la competencia jurisdiccional a las características particulares de cada caso. Por un lado, el artículo 22 permite que los EM soliciten a la CE el análisis de operaciones que, aunque no alcancen los umbrales comunitarios, puedan afectar al comercio entre EM y amenacen con obstaculizar significativamente la competencia. Por otro lado, el artículo 9 ofrece flexibilidad en sentido contrario, ya que permite a los EM reclamar el análisis de una operación notificada a la CE si sus efectos competitivos se limitan a un mercado nacional concreto o a una parte sustancial del mismo.

Tradicionalmente, el artículo 22 se utilizaba solo en casos en que la operación no alcanzaba los umbrales comunitarios, pero o bien era notificable en uno o más EM o bien el EM que solicitaba el renvío carecía de régimen de control de concentraciones.

Sin embargo, en 2021, con objeto de hacer frente a las lagunas Cremer, 2019 página 111) detectadas en control de concentraciones la CE adoptó una nueva interpretación del artículo 22[9] de acuerdo con la cual aceptaría renvíos incluso en casos donde la operación no fuese notificable en los países solicitantes.

Aplicando esta nueva interpretación la CE instó a los EM a solicitar el renvío de la operación por la que por la que Illumina, que elabora sistemas de nueva generación de secuencias genéticas (NGS) adquiría el control de la empresa de tests de detección de cáncer Grail que empleaba los sistemas de la adquirente. Esta operación no cumplía con los umbrales de notificación comunitarios pues Grail no tenía volumen de negocios ni en la UE ni a nivel mundial y tampoco cumplía los umbrales de notificación de ningún EM.

Francia solicitó el renvío de la concentración a la CE y varios EM se adhirieron a su solicitud. Tras analizar el caso[10] la CE prohibió la operación porque podría dar lugar a una reducción en el nivel de innovación y en la capacidad de elección de los consumidores[11].

Esta interpretación del art. 22 no fue confirmadas por los tribunales. En relación con esta concentración el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)[12] estableció que la CE no está autorizada a promover o aceptar que se le remitan proyectos de concentración sin dimensión europea por

[9] Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos.

[10] M.10939.

[11] La CE consideró que la entidad resultante tendrá la capacidad y el incentivo para cerrar el acceso a los sistemas NGS de Ilumina, que es un insumo necesario para ciertos tipos de test de detección de cáncer, a competidores de la adquirida.

[12] Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2024 en los asuntos C-611/22P y C-625/22 P (*Illumina Grail),* ECLI:EU-:C:2024:677 (STJUE C-611/22P).

parte de autoridades nacionales de defensa de la competencia cuando éstas no sean competentes para examinar dichos proyectos en virtud de su propia legislación nacional. El TJUE indica que el objetivo del art. 22 no es actuar como mecanismo corrector de las deficiencias del umbral comunitario de cifra de negocios[13] y destaca la importancia de la seguridad jurídica y la previsibilidad (Frediani, Simas y Jalil 2024) como objetivos del Reglamento de concentraciones que determina que las empresas afectadas han de poder determinar fácilmente si su proyecto de operación está sujeto al régimen de control de concentraciones y en caso afirmativo por parte de qué autoridad y con arreglo a qué requisitos procedimentales[14]. En consecuencia, el TJUE anuló las decisiones de la CE en relación con el renvío de la concentración.

Tras esta sentencia la CE ha continuado haciendo uso del art. 22 para analizar casos digitales que no cumplían los umbrales comunitarios, pero sí los de al menos un EM. Así, el 20 de diciembre de 2024 la CE aprobó sin condiciones la adquisición por parte de Nvidia de la *start up* Run:ai Labs[15] proveedora de software que permite a los clientes corporativos programar, gestionar y optimizar su infraestructura de computación para inteligencia artificial. Esta concentración fue notificada en Italia que hizo uso de sus *call in powers* y solicitó el renvío a la CE. Ahora bien, Nvidia ha recurrido la aceptación del renvío por parte de la CE.

Tras la STJUE *Illumina Grail*, los *call in powers* de los EM han ganado importancia. De hecho, para algunos, quizás una consecuencia de la sentencia sea incrementar la incertidumbre para las empresas que se enfrentan a una constelación de regímenes nacionales que pueden solicitar la notificación de concentraciones que no superan umbrales.[16]

Por otra parte, la sentencia puede limitar la capacidad de los EM de sumarse a las solicitudes de renvío de operaciones que no superan los umbrales nacionales y con ello la posibilidad de que la CE, en caso de aceptar el renvío, estudie efectos circunscritos a esas jurisdicciones cuando los mercados afectados no sean de ámbito al menos europeo. Consecuentemente, podría incluso llegar a incentivar que más EM adopten *call in powers* con los correspondientes aumentos de cargas e inseguridad jurídica para las empresas.

---

[13] El párrafo 200 de la STJUE C-611/22P establece que "*no se ha acreditado que dicho mecanismo estuviera destinado a remediar las deficiencias del sistema de control que resultaban inherentes a una normativa basada principalmente en umbrales de volumen de negocios, la cual, por definición, no puede abarcar todas las operaciones de concentración potencialmente problemáticas*."

[14] Párrafos 206, 208 y 209 STJUE C-611/22P reproducidos a continuación:

"206 En particular, esa interpretación pone en peligro la eficacia, la previsibilidad y la seguridad jurídica que deben garantizárseles a las partes de una concentración.

208 (…) los umbrales fijados para definir si una operación debe o no notificarse tienen una importancia capital. En efecto, las empresas potencialmente sujetas a obligaciones de notificación y suspensión deben poder determinar fácilmente si su proyecto de operación debe ser objeto de examen previo y, en caso afirmativo, por parte de qué autoridad y en qué fecha cabe esperar una resolución de dicha autoridad sobre dicha operación.

209 La determinación de la competencia de las autoridades nacionales de defensa de la competencia por referencia a criterios vinculados con el volumen de negocios es una importante garantía de previsibilidad y seguridad jurídica para las empresas afectadas, que deben poder identificar fácil y rápidamente a qué autoridad deben dirigirse y en qué plazo y en qué forma, en particular en lo que respecta a la lengua y al contenido de la información requerida, deben someter la cuestión a dicha autoridad cuando se embarcan en una operación de concentración."

[15] Nota de prensa disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_6548.

[16] Artículo de SURA, M y WIESE, E de 2025 disponible en el siguiente enlace: https://www.hoganlovells.com/en/publications/call-in-the-merger-cavalry-how-new-intervention-powers-are-transforming-merger-control.

Estas implicaciones podrían parecer paradójicas toda vez que la mencionada sentencia subraya la importancia de la previsibilidad y la seguridad jurídica. No obstante, los tribunales europeos tendrán ocasión de pronunciarse al respecto en relación con el caso Nvidia.

La regulación sectorial

La DMA es sin duda una de las regulaciones más ambiciosas que la UE ha aprobado en los últimos años en el ámbito digital. Se trata de una normativa asimétrica que impone obligaciones de hacer y no hacer únicamente a ciertos grandes operadores tecnológicos designados como guardianes de acceso[17] y en relación con ciertos servicios.

Este Reglamento contine previsiones específicas que afectan a las concentraciones empresariales de los guardianes de acceso. Por un lado, el art. 14 de la DMA obliga a comunicar a la CE las adquisiciones cuando (i) las partes o la entidad resultante presten servicios básicos de plataforma en el sector digital o (ii) cuando permitan la recogida de datos antes de su ejecución. El artículo prevé que la CE de traslado de esta información a los EM y haga público anualmente un listado de estas adquisiciones. Con ello se da transparencia a la política de adquisiciones de los guardianes de acceso. A su vez, en conexión con los *call in powers* y con el art. 22 del Reglamento de concentraciones esta previsión puede contribuir a someter a control estas adquisiciones.

Por otro lado, el art. 18.2 de la DMA establece que en el caso de vulneraciones sistemáticas de la DMA pueden prohibirse a los guardianes de acceso las concentraciones económicas por un tiempo determinado.

Finalmente, en tanto el marco normativo es relevante al analizar la estructura y el funcionamiento de un sector, el mismo deberá necesariamente tenerse en cuenta en el análisis sustantivo.

4. Los retos sustantivos

Una vez notificada una operación de concentración económica, el siguiente desafío consiste en llevar a cabo un análisis riguroso sobre su impacto en la competencia. Es un análisis prospectivo o *ex ante*, cuyo objetivo es determinar si la ejecución de la concentración podría generar efectos negativos para la competencia en el futuro.

El criterio sustantivo empleado para analizar las operaciones de concentración sometidas a examen está contenido en el art. 10 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que recoge la "*posible obstaculización de una competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional*". A su vez, en el ámbito comunitario adopta la forma del test de obstaculización significativa de la competencia efectiva (*Significant Impediment to Effective Competition*, SEIC, por sus siglas en inglés) [18], y es el empleado en la práctica. Es un test flexible y formulado en

[17] Los criterios para la designación se incluyen en el art. 3 DMA. Hasta la fecha han sido designados Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft y Booking.

[18] Art. 2 del Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas.

términos muy amplios que no se circunscribe a teorías del daño ni parámetros de competencias concretos. Como consecuencia de este análisis, pueden prohibirse aquellas concentraciones económicas que puedan restringir significativamente la competencia.

En la UE, corresponde a las autoridades de competencia demostrar que una concentración plantea riesgos significativos para la competencia, lo que implica que la carga de la prueba recae sobre dichas autoridades. Debido al carácter prospectivo del análisis, estas gozan de un cierto margen de discrecionalidad para evaluar los posibles efectos de la operación[19].

Sin embargo, una concentración económica no solo puede acarrear riesgos para la competencia, sino también generar eficiencias que podrían contrarrestar dichos riesgos. En estos casos, las empresas tienen la posibilidad de alegar tales eficiencias, pero recae sobre ellas la responsabilidad de demostrar que éstas cumplen con los estándares legales establecidos para su aceptación.

Muchos consideran que una aplicación excesivamente laxa del control de concentraciones en mercados digitales ha favorecido un exceso de concentración con efectos perniciosos sobre el bienestar (Crandall y Hazlett, 2022). De ahí que a ambos lados del atlántico haya propuestas para endurecer el régimen de control de concentraciones si bien no existe unanimidad al respecto (Crandall y Hazlett, 2022).

Cabe destacar que en el ámbito europeo las críticas no se han dirigido al test sustantivo en sí, sino a su aplicación práctica por parte de las autoridades de competencia (Schmidt, 2020).

El estándar de prueba en la UE y las voces que abogan por el cambio

Una vez establecido cuál es el test sustantivo que aplican las autoridades de competencia, SEIC en nuestro caso, es necesario conocer el estándar de prueba que ha de alcanzarse para prohibir una concentración.

Esta cuestión generó controversia en el caso comunitario HUTCHINSON 3G (THREE)/TELEFÓNICA (O2)[20], una concentración que habría reducido de cuatro a tres el número de operadores de comunicaciones móviles en el Reino Unido. La CE prohibió la operación en 2016, pero en 2020 el Tribunal General anuló esta decisión al considerar que la CE no había demostrado, con el estándar de prueba requerido[21] que la concentración restringiera significativamente la competencia.

Sin embargo, en 2023, en una sentencia clave para el control de concentraciones, el TJUE anuló la sentencia del tribunal de instancia y aclaró que el estándar de prueba aplicable al con-

[19] Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de julio de 2023 en el asunto C-376/20 P, ECLI:EU:C:2023:561, párrafos 82-87.

[20] COMP/M.7612- Hutchinson 3 G UK/ Telefónica UK.

[21] En el párrafo 118 de su sentencia de 28 de mayo de 2020 en el asunto T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 el Tribunal General consideró que para prohibir una concentración que daba lugar a efectos no coordinados en un mercado oligopolístico en el que no había una posición de dominio que se reforzase había que probar que tales efectos se daban con una "probabilidad seria" (que en la versión inglesa corresponde a "strong probability") que va más allá de la ponderación de probabilidades sin llegar al estándar de más allá de toda duda razonable.

trol de concentraciones es el de ponderación de probabilidades[22]. Esto quiere decir que para prohibir una concentración las autoridades de competencia tienen que probar que es más probable que improbable que la misma restrinja significativamente la competencia efectiva. Esto requiere un análisis detallado de cómo la concentración podría afectar los parámetros de competencia relevantes evaluando escenarios posibles mediante elementos de prueba suficientes y concordantes para determinar cuál es el más probable. Como ha recordado el TJUE estos parámetros van más allá del precio[23].

En la práctica para hacer este análisis se comparan las condiciones competitivas que resultarían de la concentración con las que prevalecerían en ausencia de la misma[24] (el denominado escenario contrafactual).

Otro aspecto relevante de la mencionada sentencia del TJUE[25] es que establece que el estándar de prueba no es más elevado para teorías del daño complejas ni novedosas, aunque la complejidad pueda incidir en la probabilidad de los diversos escenarios. Precisamente por la elevada dificultad del análisis de concentraciones digitales que pueden requerir una adaptación de las teorías del daño tradicionales o incluso el desarrollo de nuevas teorías del daño, la clarificación de que ni la complejidad ni la novedad de la teoría del daño exigen un estándar de prueba más alto reviste una especial importancia.

Muchas voces autorizadas abogan por modificar este estándar de prueba, ya sea invirtiendo la carga de la prueba o introduciendo la cuantía del daño esperado a la competencia en el estándar. Estas propuestas obedecen a la dificultad que reviste probar la nocividad de una concentración digital para la competencia por tratarse de mercados complejos y muy dinámicos en los que la innovación, a menudo disruptiva, desempeña un papel clave. A su vez, los efectos son más difíciles de medir pues con frecuencia se proyectan sobre parámetros de competencia distintos del precio que son los que han sido tradicionalmente objeto de estudio; además, pueden materializarse a largo plazo. Esta combinación hace que exista una elevada incertidumbre sobre cómo evolucionarán los mercados, lo cual dificulta la labor de las autoridades de competencia que cuentan con un tiempo tasado para su análisis.

El informe Crèmer planteó la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando ciertas estrategias restrictivas en el ámbito digital fueran plausibles (Cremer et al., 2019 pág 11 y 51) porque el coste en términos de bienestar de aprobar concentraciones que dañan la competencia resultaría aún mayor en el caso de concentraciones digitales (Bourreau y de Streel, 2020 pág 20). El cambio propuesto supondría que en ciertos casos correspondiese a las partes de la concentración probar que la misma es beneficiosa para la competencia.

En esta misma línea Motta (Motta, 2020 pág 35) considera con carácter general (esto es, no solo para los sectores digitales, pero *a fortiori* en estos casos) que en concentraciones horizontales en los que de acuerdo con la experiencia económica los efectos solo pueden com-

[22] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 (C/376/20 P), párrafo 87.

[23] La propia sentencia en su párrafo 165 establece que para analizar la dinámica competitiva la innovación y la calidad pueden ser decisivos.

[24] Párrafo 9 de las 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).

[25] Párrafos 78, 79, 84.

pensarse con eficiencias significativas debe invertirse la carga de la prueba de forma que sean las partes las que hayan de probar las eficiencias de la concentración, también las dinámicas, y que las mismas superan los efectos negativos.

Valetti (Valetti, 2021) también defiende una inversión de la carga de la prueba asimétrica para los grandes operadores digitales que tengan un impacto sistémico. Concretamente aboga por una presunción *iuris tantum* (esto es, que admite prueba en contrario) de que las adquisiciones por parte de estos operadores dañan la competencia. Considera que la asimetría de información y de medios entre las grandes empresas digitales y las autoridades de competencia determinan que sea extremadamente difícil alcanzar el estándar de prueba requerido en el ámbito digital. [26]

La inversión de la carga de la prueba, si bien ciertamente facilitaría la labor de las autoridades de competencia, podría compadecerse mal con principios como la libertad de empresa o la presunción de inocencia. Con todo, podría argumentarse que en la medida en que el control de concentraciones no es un procedimiento sancionador no hay derechos de defensa susceptibles de ser lesionados y no cabe invocar la presunción de inocencia. De otra parte, la inversión de la carga de la prueba podría desincentivar transacciones eficientes por la dificultad de probar su carácter procompetitivo.

Por su parte, el informe Furman (Furman, 2019 pág 13) defiende pasar de una ponderación de probabilidades a una ponderación de daños, de suerte que se haga una ponderación del efecto esperado en el bienestar. Así, podría prohibirse una operación que acarree un riesgo menor de un daño elevado.[27] Considera que sería desproporcionado invertir la carga de la prueba en relación con todas las adquisiciones de las grandes tecnológicas pues muchas de ellas no tendrían efectos nocivos sobre la competencia.

Cabral (Cabral, 2024) plantea un modelo de acuerdo con el cual pasar del estándar de ponderación de probabilidades a ponderación de daños supondría un incremento de las concentraciones digitales prohibidas (que pasarían de prácticamente cero actualmente al 25%) que a su vez incrementaría el bienestar en un 15%.

Las teorías del daño

Las teorías clásicas de cómo una concentración puede restringir la competencia se basan fundamentalmente en el impacto esperado en precios de una concentración. Como se ha señalado, en muchos modelos de negocio digitales no se fija un precio monetario por los servicios que presta el operador, ya sea por tratarse de una estrategia de monetización diferida hasta alcanzar una base de clientes suficientes o porque se monetiza a través de publicidad. Esto implica que los precios monetarios no son un parámetro de competencia relevante en muchos mercados digitales. Sí lo son sin embargo otros parámetros relacionados con la calidad como la experiencia de usuario, la amplitud de la gama de servicios o la innovación.

[26] BOURREAU y DE STREEL (2020) también señalan que las asimetrías de información probablemente sean más elevadas en los mercados digitales que en otros mercados.

[27] MOTTA coincide con esta aproximación.

También resultan muy relevante, particularmente en modelos de negocio que se basan en la publicidad personalizada, el acceso a datos y la capacidad para procesarlos.

Por otro lado, en las concentraciones digitales el ámbito temporal relevante puede ser más amplio que el habitual (dos o tres años) pues los efectos restrictivos de la competencia pueden materializarse a más largo plazo (por ejemplo en el caso de la innovación) (Crandall y Hazlett, 2022 pag S501). En consecuencia, el informe Lear (Argentesi et al, 2019) propone ampliar el horizonte temporal más allá de los dos años. No obstante, la cuestión no es pacífica ya que al ampliar el horizonte temporal también crece la incertidumbre (Cabral, 2021).

Los datos y la privacidad

Como se ha señalado, en la economía digital los datos desempeñan un papel central. Incluso si no se trata de datos de carácter exclusivo la posibilidad y capacidad de combinar los datos de las partes y emplearlos para reforzarse en aquellos sectores en los que opere la entidad resultante o para entrar en otros puede suponer un riesgo claro pues fortalecerá al operador resultante de la operación y hará más difícil la expansión y entrada de sus rivales (OCDE, 2023). Así, habrá de analizarse no solo el valor de acceder a más datos sino también la capacidad de procesarlos y cómo ello puede afianzar posiciones preexistentes y favorecer la expansión a nuevos ámbitos.

GOOGLE/FITBIT[28] es un caso en el que la CE analizó riesgos para la competencia derivados de la acumulación y combinación de datos. Concretamente, se valoró, entre otras cuestiones, si GOOGLE podía usar los datos relacionados con actividad y salud de la compañía de relojes inteligentes y rastreadores de actividad Fitbit para unirlos con sus propios datos y fortalecer su posición en los mercados de publicidad en línea. De acuerdo con la CE los datos de Fitbit son muy relevantes y valiosos al referirse a cuestiones de salud y ningún rival de Google tenía acceso a datos de esta naturaleza. Finalmente, la operación se aprobó sujeta a compromisos que incluían (i) no usar los datos de salud de Fitbit para publicidad en el Espacio Económico Europeo y (ii) mantener los datos de Fitbit separados (*data silo*) y (iii) garantizar a los usuarios el control sobre cómo se utilizan sus datos.

Otro aspecto muy estrechamente relacionado con los datos es la privacidad, que puede considerarse un parámetro de competencia similar a la calidad. Así, un riesgo para la competencia puede ser una reducción de la privacidad o de la elección entre distintos niveles de privacidad. Ahora bien, en la medida en que existe una normativa específica destinada a la protección de la privacidad, el análisis necesariamente habrá de tener en cuenta el marco normativo (Reglamento general de protección de datos[29] y desarrollos nacionales). Así, por ejemplo, en el caso GOOGLE/FITBIT la CE consideró que el Reglamento general de protección de datos garantizaba suficientemente la privacidad y no se incluyeron compromisos adicionales en este sentido.

[28] M. 9660. Decisión de 17 de diciembre de 2020.

[29] Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Killer Acquisitions

Las autoridades de competencia prestan cada vez más atención al impacto de las concentraciones en la innovación, pero esto no ha sido siempre así. Puede argumentarse que el artículo *"Killer acquisitions"* publicado por primera vez en 2018 por Cunningham *et al* supuso una llamada de atención para las autoridades que a su vez inspiró muchos trabajos académicos centrados en el impacto de las concentraciones en la innovación en el ámbito digital.

El artículo muestra que entre un 5 y un 7% de las adquisiciones consideradas en la industria farmacéutica resultaron en la "muerte" de un medicamento en desarrollo y que en su gran mayoría no superaban umbrales. Con ello se reducían la innovación y la competencia en el mercado. Si bien el estudio se centra en la industria farmacéutica el mismo señala la oportunidad de analizar si también en el entorno digital se dan operaciones de este tipo.

El concepto hace por tanto referencia a la adquisición de una empresa naciente por parte de un operador asentado con el objeto de que el producto de la empresa naciente o bien no llegue a ser comercializado o bien sea retirado del mercado para evitar así la competencia futura que el producto de la empresa naciente ejercería sobre la adquirente. Por tanto, se trata de un caso específico de una teoría del daño tradicional, la desaparición de un competidor potencial.

En el entorno digital se han venido produciendo muchas adquisiciones de empresas nacientes o *start ups* que aún no han empezado a monetizar un determinado producto o servicio por parte de empresas que gozan de poder de mercado.

El análisis de este tipo de transacción en el entorno digital desde el punto de vista de la competencia supone todo un desafío. De una parte, el dinamismo de estos mercados y el ritmo de la innovación hace muy difícil determinar cuál sería el escenario en el que se desarrollaría la competencia en ausencia de la transacción analizada. La determinación del contrafactual supone responder a preguntas como cuál sería el grado de presión competitiva que ejercería la empresa objetivo sobre la adquirente en ausencia de la transacción y esto es particularmente difícil en entornos muy dinámicos y cuando existe incertidumbre sobre el éxito y las aplicaciones de la innovación o el desarrollo del producto por parte de la empresa objetivo. De otra parte, las operaciones en el sector digital pueden comportar eficiencias de difícil cuantificación.

Si bien este concepto ha tenido una enorme repercusión, las *killer acquisitions* que suponen la desaparición del producto que está desarrollando un competidor potencial son poco frecuentes (Padilla, 2024). En el ámbito digital son más habituales las denominadas *reverse killer acquistions* (Caffarra, 2020) en las que la adquirente puede, o bien continuar el desarrollo del producto pero de un modo menos agresivo, o bien incorporarlo como insumo a su propio ecosistema o plataforma.

En general este tipo de transacciones suponen que la empresa adquirente en lugar de innovar adquiere la tecnología de la nueva empresa. Luego, en muchas transacciones que puedan considerarse *"reverse killer acquisitions"* no se aprecia una pérdida directa de bienestar y se puede argüir que una innovación de una pequeña empresa al ser adquirida por una gran plataforma con notables recursos financieros acelerará la comercialización de un nuevo producto

o la incorporación de un insumo o proceso a la comercialización de un producto ya existente mejorándolo. No obstante, en el medio plazo puede suponer que innovación de la *start up* no competirá con la de la adquirente lo cual reduce los incentivos a innovar, el esfuerzo en innovación y la intensidad en la misma con el consiguiente efecto negativo sobre el bienestar.

Por otra parte, este tipo de operaciones de concentración puede también dar lugar a eficiencias, por ejemplo, al posibilitar acceder a datos más ricos. En tanto puede ser difícil llegar a distinguir los efectos pro competitivos de los restrictivos o comparar el impacto de cada uno de estos dos efectos de sentido opuesto el análisis de este tipo de operaciones puede llegar a ser particularmente complejo.

La teoría del daño de las *reverse killer acquisitions* fue explorada por la CE al analizar la adquisición por parte de Adobe[30], si bien las partes desistieron de la transacción. La CE estudió el riesgo de que se tras la operación se discontinuase un producto con los consiguientes efectos nocivos sobre la innovación y la capacidad de elección. Concretamente se valoró si tras la transacción se discontinuaría la herramienta interactiva de diseño de Adobe, al ser Figma un competidor dinámico con un producto atractivo, o se dejaría de invertir en la misma no ofreciendo nuevas versiones.

El análisis de la innovación en la práctica

La importancia relativa de la innovación en el ámbito digital en comparación con otros sectores se refleja en el cociente entre la inversión en I+D y la cifra de ventas (también conocido como ratio de intensidad de la inversión). Padilla (Padilla, 2024 p18) muestra como esta inversión es sustancialmente más elevada en el ámbito digital que en otros sectores económicos y que es también es comparativamente más alta entre las grandes tecnológicas. Señala que a pesar de las múltiples adquisiciones las GAFAM[31] han mantenido su inversión en innovación.

Otros indicadores que se han empleado se refieren a la proporción de recursos humanos dedicados a la innovación o el número de patentes, pues pueden ilustrar la importancia relativa de la innovación para la empresa.

En los últimos años las autoridades de competencia vienen haciendo un uso creciente de la documentación interna de las partes; por ejemplo, la relativa a planes de negocio y de inversión en I+D+i puede permitir conocer la intención de la adquirente al comprar a la empresa naciente, y si considera que la empresa objetivo ejerce una verdadera presión competitiva pues dispone de innovaciones prometedoras.

La práctica de la CNMC en los últimos años muestra que en las concentraciones digitales se analiza sistemáticamente el impacto en innovación. Un ejemplo de ello es el caso C/1263/22 NORTON/AVAST que afectaba al sector de la ciberseguridad. En este caso se compararon las ratios de intensidad en I+D de ambas empresas y se analizó cómo los incentivos a invertir podían verse afectados por la concentración. Tras estudiar tanto las respuestas al test de mercado como documentación interna de las partes se concluyó que la operación no com-

[30] M.11033. Este caso también fue renviado a la CE en virtud del art. 22 del Reglamento de concentraciones.
[31] Google, Apple, Facebook (ahora Meta), Amazon y Microsoft.

portaba un riesgo apreciable de disminución de la innovación en el mercado. Los propios avances en ciberdelincuencia hacen necesario un esfuerzo sostenido en investigación a lo que se unen las soluciones gratuitas y eficientes. En este sentido varias grandes tecnológicas añaden sin coste adicional a sus productos soluciones de ciberseguridad dada la importancia de una experiencia de usuario segura. El test de mercado mostró que los incentivos a invertir en innovación de operadores que ejercían presión competitiva sobre las partes no se verían negativamente afectados.

De modo similar en el caso C/1295/22 KARNOV, en relación con soluciones de software jurídico, tras analizar documentación interna, ratios de innovación y respuestas al test de mercado, se consideró que tras la operación no se verían negativamente afectados los incentivos a innovar. Más recientemente en el caso C/1426/23 JCDECAUX/CLEAR CHANNEL se analizó si la desaparición de la presión competitiva ejercida por Clear Channel y que habría contribuido a la digitalización de soportes de publicidad comercial exterior podría haber resultado en una reducción de la innovación. No obstante, las partes desistieron de la operación.

Los ecosistemas digitales

Tradicionalmente las autoridades de competencia se han centrado en teorías del daño horizontales y en menor medida en las verticales y conglomerales. Las horizontales[32] se centran en los problemas de competencia que provocan las concentraciones entre partes que son competidores reales o potenciales porque la concentración elimina la presión competitiva que una de las partes ejerce sobre la otra.

En cuanto a las teorías del daño verticales, estas se enfocan en los riesgos derivados de concentrar actores presentes en distintos eslabones de la cadena de valor. A su vez, las teorías del daño conglomerales se centran en los problemas de competencia que pueden surgir cuando una empresa se apalanca en su poder en un mercado para reforzarse en un mercado distinto pero relacionado con el primero.

Los efectos horizontales han sido tradicionalmente considerados los más perniciosos para la competencia por existir más margen para las eficiencias en los efectos verticales y conglomerales[33], por ejemplo, en términos de reducción de costes de transacción.

En los mercados digitales distintas plataformas compiten por la atención de los consumidores, el tiempo que dedican a la plataforma y su nivel de interacción (*engagement*) pues cuanto más tiempo pasen en su ecosistema más oportunidades de generar ingresos tendrá la plataforma, sea mediante suscripción (pues el usuario estará dispuesto a pagar más por su suscripción) o sea a través de la publicidad (habrá más oportunidades para mostrar anuncios y estos podrán ser más personalizados ya que la plataforma dispondrá más datos del usuario). Asimismo, cuanto más tiempo dedique el usuario a la plataforma mejor se conocerán sus preferencias lo que permitirá mejorar y personalizar la oferta de productos, servicios y la publicidad.

[32] 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).

[33] Párrafos 11 y siguientes de las 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).

A ello se añade la relevancia de las economías de alcance y el hecho de que muchos de los activos y capacidades de las grandes plataformas pueden emplearse en muy diversos mercados (Caffarra et al., 2023).. En este contexto, los operadores ya instalados tienen incentivos a incluir nuevos productos y servicios en su plataforma pues disponen de una amplia base de usuarios y al ampliar su oferta se posibilita que el usuario pase más tiempo en su ecosistema. De este modo, en el mundo digital las fronteras entre horizontal, vertical y conglomeral se desdibujan y existen múltiples interacciones entre sectores muy distintos a los que puede aplicarse esa constelación de activos y capacidades. En consecuencia, el concepto de ecosistemas va ganando tracción tanto en el mundo académico como entre las autoridades de competencia.

Así, la OCDE (OCDE, 2023) define los ecosistemas digitales como líneas de productos o servicios ligadas por sus funcionalidades compartidas que generan beneficios a los consumidores cuando se usan conjuntamente.

Por lo que respecta a su impacto en el funcionamiento de los mercados, los ecosistemas presentan ventajas para los usuarios que disfrutan de un amplio abanico de servicios en una plataforma que conocen. No obstante, a medio plazo pueden elevar las barreras de entrada y expansión al atraer tráfico y retenerlo entre otras cuestiones por los costes que supone para el usuario cambiar de ecosistema.

Un buen ejemplo de las teorías del daño ligadas a ecosistemas es la operación por la que Booking proyectaba comprar la plataforma Etraveli que fue prohibida por la CE en 2023[34]. Booking es una agencia de viajes en línea enfocada en las reservas hoteleras que notificó la adquisición de una agencia de viaje en línea especializada en las reservas de vuelos. La CE consideró que la operación dificultaría gravemente la competencia efectiva porque reforzaría la posición de dominio de Booking en el mercado de las reservas hoteleras en línea, lo cual habría acarreado mayores costes para los hoteles y eventualmente para los consumidores.

De acuerdo con la CE la transacción habría permitido a Booking hacerse con un canal relevante para la adquisición de clientes pues los vuelos son complementarios de los alojamientos hoteleros, generan un volumen de tráfico relevante y suelen ser el primer paso al planear un viaje. Por ello la transacción habría permitido a Booking apalancarse en el mercado conexo de agencias de viaje en línea para vuelos para fortalecer su posición en alojamiento y ampliar su ecosistema de servicios de viaje. En la decisión el ecosistema de servicios de Booking comprende a la amplia gama de servicios ofrecidos que cubre múltiples aspectos de la experiencia de viaje como distintos tipos de alojamientos, vuelos, taxis o entradas para atracciones[35]. En la medida en que la operación fortalecería la posición de dominio de Booking al incrementar el tráfico a su plataforma y las ventas, la transacción reforzaría sus economías de red y las barreras de entrada y expansión, haciendo más difícil que otras agencias de viaje en línea pudiesen desarrollar una base de clientes suficiente.

En estos casos el marco de análisis tradicional (cómo incide la concentración en los incentivos y la capacidad de la entidad resultante de afectar negativamente a la competencia) tam-

[34] Decisión de la CE de 25 de septiembre de 2023 en el asunto M.10615 BOOKING HOLDINGS/ETRAVELI GROUP.
[35] Nota al pie 229 de la decisión BOOKING/ETRAVELI.

bién se desdibuja (Caffarra et al, 2023). La clave radica en cómo la concentración afecta directamente a la estructura de mercado: a la conducta de los consumidores y a la contestabilidad de los mercados afectados (Batra, 2024). Así, ha de tenerse en cuenta que los consumidores tienen tendencia a permanecer en un ecosistema que conocen para evitar costes de cambio y aprendizaje (efecto *lock in)*. En paralelo, como se ha señalado, el crecimiento del tráfico en los ecosistemas incrementa los efectos de red y su combinación con los efectos *lock in* amplifica las barreras de entrada.

5. Conclusiones

El control de concentraciones desempeña un papel esencial para garantizar el buen funcionamiento de los mercados, preservando la competitividad y fomentando la innovación. Tradicionalmente este instrumento se ha aplicado de manera horizontal a todos los sectores, incluidos aquellos con altos niveles de concentración y barreras de entrada significativas, utilizando umbrales de notificación claros que ofrecían seguridad jurídica. Sin embargo, el enfoque tradicional ha resultado insuficiente en la economía digital, donde muchas operaciones, especialmente aquellas relacionadas con empresas emergentes, no se han analizado o sus riesgos no se han evaluado correctamente.

En los últimos años, ha habido una creciente toma de conciencia sobre las singularidades de la economía digital y sus implicaciones para la competencia. Características como las economías de red, las economías de escala extremas y el papel estratégico de los datos generan dinámicas que favorecen la concentración y presentan desafíos significativos para el control de concentraciones. Este cambio de enfoque ha impulsado el desarrollo de investigaciones académicas, modificaciones normativas que amplían las obligaciones de notificación, y debates sobre la posible reformulación del estándar y la carga de la prueba.

El análisis de concentraciones digitales requiere ir más allá de los enfoques tradicionales centrados en el impacto sobre precios, integrando parámetros como la calidad, la privacidad y la innovación. Ciertamente la velocidad del cambio tecnológico y la incertidumbre inherente al análisis prospectivo complican este proceso. Sin embargo, esta complejidad no debe ser una excusa para la inacción. Por el contrario, demanda creatividad y rigor en el empleo de las herramientas disponibles para aplicar un marco sólido y adaptado a las dinámicas digitales.

Por su parte, las autoridades de competencia han creado equipos especializados en economía digital que conocen estos modelos de negocio y sus dinámicas competitivas. Se están analizado con mayor profundidad las concentraciones digitales notificadas, estudiando el impacto en parámetros de competencia distintos del precio y aplicando desarrollos recientes de teorías del daño tradicionales. En este contexto, el test sustantivo SEIC ha demostrado ser una herramienta flexible y adecuada para integrar nuevas teorías del daño, permitiendo un análisis ajustado a las especificidades de los mercados digitales.

El objetivo del control de concentraciones no es frenar la innovación ni limitar el crecimiento de las empresas, sino garantizar el funcionamiento competitivo del mercado, evitando que las barreras de entrada se vuelvan insuperables y preservando la diversidad y calidad en pro-

ductos y servicios. En última instancia, el éxito del control de concentraciones en la economía digital dependerá de su capacidad para identificar las dinámicas competitivas propias de la economía digital y su evolución.

Para que los mercados digitales sean abiertos y dinámicos es fundamental garantizar la competencia efectiva y el fomento de la innovación; en este contexto el control de concentraciones sigue siendo una herramienta clave.

Bibliografía

ALLENDE SALAZAR, R. *Plataformas digitales y Big Data. Retos para el derecho de la competencia, Especial referencia al control de concentraciones.* Anuario de derecho de la competencia 2020. Thomsons civitas.

ÁLVAREZ, I. VELASCO, P. *Digital mergers under review*.

ARGENTESI, E; BUCCIROSSI, E; DUSO, T; MARASSO, A; NAVA, S. *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets.* 2019. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3501501

BATRA, M; DE BIJL, P; KLEIN, T.*Ecosystem theories of harm in EU merger control: analysing competitive constraints and entrenchment.* Journal of European Competition Law & Practice, Volume 15, Issue 6. 2024, https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae061

BOURREAU, M.; DE STREEL, A. *Big Tech acquisitions. Competition and innovation effects and EU Merger Control.* Issue Paper, Centre on Regulation Europe, 2020.

CABRAL, L. *Big Tech Acquisitions*. International Journal of Industrial Organization. 2024. https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2024.103127

CABRAL, L. *Merger policy in digital industries.* Information Economics and Policy. 2021. https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100866

CAFFARRA, C; ELLIOTT, M., GALEOTTI, A. *"Ecosystem" theories of harm in digital mergers: New Insights from network economics. Parts 1 and 2 2023* https://cepr.org/voxeu/columns/ecosystem-theories-harm-digital-mergers-new-insights-network-economics-part-1 https://cepr.org/voxeu/columns/ecosystem-theories-harm-digital-mergers-new-insights-network-economics-part-2

CAFFARRA, C; CRAWFORD, G; VALLETTI, T. *How tech rolls': Potential competition and 'reverse' killer acquisitions"* VoxEU.org, 2020.

CHAVONNAND-VALADES, N; FABRE, G; THOMAS, B. *Concentrations in the digital sector: Interplays between the DMA and EU merger control.* Concurrences N° 3-2024. 2024

CRANDALL, R; HAZLETT, T. *Antitrust in the Information Economy: Digital Platform Mergers.* Journal of Law and Economics, vol. 65. University of Chicago. 2022.

COLINO, S; CHUNG, K. *Reshaping EU Merger Control: from Harm Detection to Harm Control.* Journal of European Competition Law & Practice, Volume 15, Issue 6, (páginas 409–418). 2024. https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae052

CUNNINGHAM, C; EDERER, F., MA, S. *Killer Acquisitions.* 2021. Journal of Political Economy. https://doi.org/10.1086/712506

DELGADO RUÍZ GALLARDÓN, I. *Umbrales de notificación: análisis comparative entre España y la Unión Europea y los retos de la era digital.* 2019. Anuario de Competencia CNMC.

D'AMICO, A. *Closing the tech acquisition enforcement gap: from article 22 to article 102.* European Competition Journal. 2023

DE STEFANO, G; IBÁÑEZ COLOMO, P. *EU merger control: quo vadis?* Journal of European Competition Law & Practice, Volume 15, Issue 6. 2024. https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae064

EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION; MONTJOYE, Y; SCHWEITZER, H; CRÉMER, J., *Competition policy for the digital era,* Publications Office. 2019. https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537

EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, *Competition merger brief. Issue 2/2024, September*, European Commission, 2024, https://data.europa.eu/doi/10.2763/7278586

FREDIANI, Z; SIMAS. L; JALIL, H. *Gun-jumping Enforcement and the Effect of Illumina Grail* . EUROPEAN COMPETITION AND REGULATORY LAW REVIEW (CoRe). 2024 OI: 10.21552/core/2024/3/6

FURMAN et al. *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel.* HM Treasury. 2019. https://doi.org/10.17639/wjcs-jc14

GAUTIER, A; LAMESCH, J. *Mergers in the digital economy.* Information Economics and Policy. 2020.

MOTTA, M; PEITZ, M. *Big Tech Mergers.* Barcelona GSE Working Paper Series, Working Paper nº 1198, 2020.

MOTTA, M; PEITZ, M. *Big Tech Mergers.* Information Economics and Policy volume 54, 2021. https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100868

OCDE. *Theories of Harm for Digital Mergers*. OECD Roundtables on Competition Policy Papers 293, OECD Publishing, 2023.

PADILLA, J; GINSBURG, D; WONG-ERVIN, K. *Dynamic competition and antitrust: quick-look inferences from the analysis of big tech's R&D expenditure ratios.* 2024. Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=4721216

ROBERTSON, V. *Merger review in digital and technology markets: Insights from national case law.* Directorate for Competition, European Commission. 2022

ROBERTSON, V *Digital merger control: adapting theories of harm.*

European Competition Journal. 2024. DOI: 10.1080/17441056.2024.2307163

ROBERTSON, V. *The Future of Digital Mergers in a Post DMA_World.* 2023

SCHMIDT, H. *Merger regulation in the digital economy and the forgotten goal of innovation.* Journal of Antitrust Enforcement. 2023

VALETTI, T. *How to tame the Tech Giants: Reverse the burden of proof in merger reviews.* Concurrences. 2021.

VIVES, X. *La competencia en los mercados digitales.* Fedea. 2024.

Comentario a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0005/21 BOOKING

Autor[1]:

Francisco de Paula Roig Guerrero, Técnico Comercial y Economista del Estado en la Subdirección de Sociedad de la Información de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

En el presente artículo se ofrece una síntesis de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador S/0005/21 BOOKING, por prácticas restrictivas de la competencia, con un especial énfasis en el análisis de las conductas sancionadas, habida cuenta de su carácter novedoso dentro de la práctica de las autoridades de competencia.

Palabras clave:

Defensa de la competencia, abuso de posición dominante, plataformas digitales, OTAs.

Códigos JEL:

K21, L41.

[1] El autor fue instructor del expediente sancionador de referencia, si bien el contenido del artículo se basa exclusivamente en el contenido de la resolución e información pública. Este modesto artículo está dedicado a la memoria de María Álvarez San José, quien participó de forma destacada en la instrucción de este expediente.

1. Introducción

(1) Con fecha 29 de julio de 2024 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adoptó su resolución en el expediente sancionador con número de referencia S/0005/21 BOOKING (en adelante, la resolución). En dicha resolución la CNMC consideró acreditada la comisión por parte de Booking.com B.V. (Booking.com) de dos infracciones por abuso de posición dominante, tanto del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), como del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por ello, la CNMC sancionó a Booking.com cada infracción con sendas multas de 206.620.000 de euros (por lo que el total de la sanción recibida ascendió a 413,24 millones), le impuso una serie de obligaciones de comportamiento en el mercado y declaró la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas para Booking.com, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).

(2) El propósito del presente artículo es ofrecer una síntesis de dicha resolución, con especial énfasis en las conductas sancionadas, habida cuenta de que atañen prácticas comerciales que hasta la fecha no habían sido objeto de sanción por parte de ninguna autoridad de la competencia en el mundo. La relevancia que ha cobrado Booking.com en el turismo nacional justifica también la oportunidad de un análisis detenido de dicha resolución.

(3) Cabe recordar que Booking.com es una empresa cuya actividad principal reside en ofrecer, a través de su sitio web www.booking.com (y las variantes regionales de dicho sitio web), un servicio de reserva en línea de alojamientos (hoteles, hostales, alquiler de apartamentos, albergues juveniles…) en el cual los alojamientos participantes ofrecen la reserva de habitaciones y los visitantes pueden reservar en línea en dichos alojamientos (párrafo 23 de la resolución).

(4) Asimismo, resulta preciso destacar desde un principio que la resolución de la CNMC se circunscribe a los servicios de intermediación online de reservas que Booking.com presta a los hoteles situados en España, excluyendo, por tanto, cualquier otro tipo de alojamiento o servicio cuya contratación Booking.com ofrezca también en su sitio web.

(5) En lo que resta del presente artículo se seguirá el siguiente esquema expositivo: en primer lugar, se describirá la actividad de Booking.com en el sector hotelero, lo cual dará paso a la delimitación de los mercados relevantes afectados por las prácticas comerciales objeto del expediente, con arreglo a lo recogido en la resolución. A continuación, se describirán los hechos considerados acreditados por la resolución, que sirven de marco para la valoración jurídica de las conductas objeto del expediente. Tras ello, se analizará la posición dominante de Booking.com en el mercado relevante de la prestación de servicios de intermediación online de reservas a hoteles en España, así como las dos infracciones por abuso de posición dominante que la CNMC considera acreditadas en su resolución. Acto seguido, nos detendremos en la sanción recogida en la resolución. Finalmente, el artículo concluirá con una valoración del alcance de la resolución y su posible impacto en el mercado.

2. Descripción de la actividad de Booking.com en el sector hotelero español y definición de los mercados relevantes afectados

Como se ha señalado anteriormente, resulta conveniente describir someramente la actividad del sector hotelero en España, de modo a una mejor comprensión de las prácticas comerciales de Booking.com objeto del expediente, siguiendo el texto de la resolución (epígrafe 3 de la resolución).

En este sentido, cabe destacar la existencia de distintos canales de distribución o comercialización mediante los cuales los hoteles pueden hacer llegar su oferta a los clientes finales (párrafo 32):

- una primera clasificación de dichos canales distingue entre canales directos e indirectos en función de la existencia de intermediarios entre el cliente final y el hotel (párrafo 33). Así, la reserva por teléfono en el propio hotel constituiría un canal directo.
- una segunda clasificación atiende al empleo de medios electrónicos para hacer llegar la oferta del hotel al cliente final, distinguiendo entre canales fuera de línea (*offline*) y en línea (*online*) (párrafo 34). Con arreglo a esta clasificación, la contratación en una agenda de viajes física constituye un canal fuera de línea.

Siguiendo las clasificaciones señaladas, Booking.com puede catalogarse como un canal indirecto en línea, al tratarse de una agencia de viajes en línea (u OTA, por sus siglas en inglés –*online travel agency*–) en la que los clientes finales pueden reservar habitaciones en hoteles situados en España (párrafo 35).

Sin embargo, no todas las OTAs son iguales desde el punto de vista de la fuente de su inventario hotelero. Tal y como recoge la resolución de la CNMC (párrafo 40), cabe distinguir los siguientes tipos de OTAs en función de la fuente de su inventario hotelero:

- OTAs, como Booking.com y Expedia, que cuentan con inventario hotelero propio en virtud de contratos de colaboración firmados directamente con los hoteles;
- OTAs, como es el caso de eDreams, cuyo inventario hotelero es provisto por otra OTA con inventario hotelero propio, en el marco de un acuerdo de asociación comercial;
- OTAs, como es el caso de Logitravel, cuyo inventario hotelero es provisto por un mayorista.

Asimismo, la resolución destaca (párrafo 45) que, por lo general, la retribución de las OTAs proviene de una comisión calculada sobre el importe de las reservas intermediadas. A continuación, la resolución señala la existencia de dos tipos de modelos de negocios seguidos por las OTAs en función de cuando se produzca el pago de la reserva y a quién se realice:

- en el primer modelo, conocido como *retail*, de agencia o al por menor, el hotel establece su tarifa en la plataforma de la OTA, tarifa que ésta usará como precio de venta al público. La ganancia de la OTA es una comisión calculada sobre el importe de la reserva, comisión que el hotel le abonará tras el pago y la estancia del consumidor final. Booking.com es un ejemplo de OTA que ha seguido tradicionalmente este modelo, si bien, con posterioridad, ha pasado a ofrecer a los hoteles la posibilidad de emplear el otro modelo que se expone a continuación (bajo el programa conocido como 'Pago facilitado');

- en el segundo modelo, conocido como *merchant* o de comerciante, el cliente paga a la OTA en el momento de reservar el alojamiento y la OTA liquida la tarifa al establecimiento hotelero una vez que se ha producido la estancia del cliente. En este caso, el establecimiento hotelero otorga a la OTA una tarifa neta a la que se le suele aplicar un margen para determinar el precio de venta al público. El margen de beneficio para la OTA o la comisión se determina en el acuerdo de asociación de distribución entre el hotel y la OTA.11 Expedia es una OTA que emplea este tipo de modelo.

Partiendo de la descripción precedente, la resolución llega a la conclusión de que la provisión de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de agencias de viajes en línea (OTAs), en España, constituye un mercado relevante a efectos del expediente (epígrafe 4.2.1 de la resolución).

Obsérvese que, con arreglo a la clasificación anterior, este tipo de servicios de intermediación de reservas vienen prestados exclusivamente por OTAs con inventario hotelero propio, OTAs que, además, se ajustan a lo que en la literatura económica se conoce como una plataforma de dos lados (párrafo 57), ya que, a través de su sitio web, ponen en contacto a dos grupos de usuarios diferentes, que demandan sus servicios:

- por un lado, los *hoteles* demandan los servicios de intermediación de reservas que ofrecen las OTAs para llegar al cliente final;
- por otro lado, los *consumidores finales* demandan los servicios de búsqueda, comparación y reserva de hoteles que ofrecen las OTAs.

Para llegar a la anteriormente mencionada definición de mercado, la resolución se apoya principalmente en los siguientes elementos:

- el alojamiento de tipo hotelero constituye un mercado de producto diferente, a efectos del consumidor final, de otros tipos de servicios de viaje (sección 4.2.1.1.1), en especial, de los alquileres de alojamientos turísticos de corta duración, lo cual ha sido refrendado, para el caso español, por la decisión de la CE en la concentración M.10615 *Booking Holdings/ Etraveli Group*;
- las OTAs y los llamados metabuscadores (o MSS, por sus siglas en inglés –*metasearch sites*–) (epígrafe 4.2.1.1.3), tales como KAYAK, Trivago.es, Tripadvisor o Google Hotels,[2] operan en mercados de producto distintos, debido fundamentalmente a que los MSS no permiten reservar directamente habitaciones de hotel (a diferencia de lo que ocurre con las OTAs), sino que redirigen para ello al consumidor al sitio web del hotel o de la OTA;
- el servicio de intermediación de reservas ofrecido por una OTA con inventario hotelero propio constituye un mercado de producto diferente de otros canales de distribución en línea que puede emplear un hotel situado en España y, en especial, del canal directo del hotel (epígrafe 4.2.1.1.4). El motivo principal aportado en la resolución para alcanzar dicha conclusión son los resultados de un test del monopolista hipotético realizado a una muestra

[2] Un metabuscador puede definirse como un sitio web que agrega información relacionada con uno o más tipos de servicios de viaje.

representativa de hoteles situados en España[3] (párrafos 176 a 193). De acuerdo con este ejercicio, un aumento permanente del 5-10% en la comisión que cobran todas las OTAs con inventario hotelero propio a los hoteles situados en España, resultaría rentable para estas OTAs, tal y como se recoge en la tabla siguiente, que resume las respuestas recibidas en el marco del mencionado test del monopolista hipotético:

Tabla 1. Resultados del test del monopolista hipotético a una muestra de hoteles en España

Tipo de hotel	Continuaría empleando el canal OTA en sentido que haría rentable el aumento de la comisión	Continuaría empleando el canal OTA si bien no queda claro si el aumento de la comisión sería rentable	Abandono del canal OTA	Total respuestas
Independiente	3	1	1	5
Cadena hotelera española	2	1	0	3
Cadena hotelera internacional	3	0	1	4
Total	**8 (66,6%)**	**2 (16,6%)**	**2 (16,6%)**	**12**

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la resolución (párrafos 187 y 188)

- finalmente, en base al párrafo 95 de la Comunicación sobre definición del mercado relevante de la Comisión Europea, cabe descartar que los dos grupos de usuarios que atiende una OTA (hoteles y consumidores finales) formen parte de un mismo mercado de producto, ya que las empresas que compiten en cada lado de la plataforma son distintas:

  - mientras que, de cara a atraer hoteles, Booking.com solo compite con otras OTAs con inventario hotelero propio,

  - por el lado del cliente final Booking.com compite con todo tipo de OTAs (eDreams, Logitravel…) y no solo con OTAs con inventario hotelero propio (párrafo 58 en conexión con los párrafos 201 y 204).

Por tanto, definir un único mercado que englobe ambos lados de una plataforma en el presente caso no permitiría capturar convenientemente las dinámicas competitivas en liza.

Cabe destacar que la resolución también se apoya, a la hora de llegar a dicha definición de mercado, en que otras autoridades de competencia de la UE que han analizado prácticas comerciales de OTAs con los hoteles (de Alemania, Francia y Suecia), definieron el mismo mercado de producto que en el presente caso (párrafos 126 a 134).

[3] Concretamente, la CNMC se dirigió a una muestra de 17 hoteles que representaban a hoteles independientes (8), cadenas hoteleras nacionales (5) y cadenas hoteleras internacionales (4), dividiendo la muestra en dos zonas geográficas que pudieran dar cabida a la variedad de hoteles existente en España: un destino urbano (para lo cual se eligió Madrid) y un destino de costa (en este caso, la isla de Mallorca).

Por lo que se refiere a la dimensión geográfica del mercado de servicios de intermediación de reservas en línea prestado a hoteles por OTAs, la resolución también se detiene, de forma detallada, en los motivos que permiten sostener su ámbito nacional (epígrafe 4.2.1.2).

Con carácter adicional, la resolución considera que existe un mercado relativo a la venta minorista en línea de reservas de alojamiento hotelero en España (epígrafe 4.2.2). No obstante, la resolución señala que la delimitación precisa del mercado de venta minorista en línea de reservas de tipo hotelero a través de OTAs no afecta el análisis llevado a cabo en el expediente, en la medida en que el mismo se centra en prácticas comerciales de Booking.com con los hoteles (es decir, llevadas a cabo en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea prestado por las OTAs a los hoteles).

3. Hechos considerados acreditados por la resolución

Para una correcta comprensión de las conductas sancionadas resulta preciso ofrecer un resumen de los hechos que la resolución considera acreditados de cara a la valoración jurídica de la existencia de infracciones de la LDC (epígrafe 5):

1. hecho acreditado 1: los hoteles situados en España no pueden negociar los contratos que suscriben con Booking.com (en particular, no pueden negociar las llamadas Condiciones Generales de Entrega -o GDT, por sus siglas en inglés: *General Delivery Terms*-). Solo cabría exceptuar de ello un número reducido de cadenas hoteleras.

2. hecho acreditado 2: dentro de la versión de las GDT aplicable a los hoteles situados en España, Booking.com establece una cláusula de "*paridad de precios y condiciones*" conforme a la cual los hoteles firmantes no pueden fijar un precio más barato de sus habitaciones en su canal directo *online* que en el sitio web de Booking.com (paridad conocida como de naturaleza 'estrecha');

3. hecho acreditado 3: de acuerdo con las GDT aplicables a los hoteles situados en España, Booking.com tiene la posibilidad de rebajar unilateralmente, en su sitio web, el precio de venta final de un hotel situado en España, lo cual Booking.com lleva a cabo través del programa conocido como '*Booking Sponsored Benefits*' (BSB);

4. hecho acreditado 4: la versión vinculante de las GDT para los hoteles situados en España es aquella en lengua inglesa;

5. hecho acreditado 5: la versión de las GDT aplicable a los hoteles situados en España se rige exclusivamente por la legislación neerlandesa y, en caso de conflicto entre las partes acerca de las GDT, los tribunales competentes son aquellos situados en Ámsterdam;

6. hecho acreditado 6: Booking.com muestra la clasificación de resultados de hoteles, tras una consulta introducida por un usuario, con arreglo a distintas formas:

   - la primera clasificación que muestra Booking.com tras una consulta se conoce como predeterminada o por defecto, y se rige por criterios decididos unilateralmente por Booking.com,

- tras mostrar Booking.com su clasificación predeterminada de resultados, el usuario tiene la posibilidad de
  - o bien aplicar filtros a los resultados de la clasificación, para reducir el número de resultados mostrados en la clasificación predeterminada, por ejemplo, conforme a un determinado presupuesto, tipo de alojamiento o precio de la habitación;
  - o bien de emplear métodos alternativos de clasificación, que ordenan los resultados ofrecidos por la clasificación predeterminada con arreglo a otros criterios (por ejemplo, precio creciente…).

7. hecho acreditado 7: los principales criterios que emplea Booking.com para ofrecer su clasificación predeterminada de hoteles son
   - la tasa de clics desde la página de búsqueda a la página del hotel (*click-through rate*);
   - la tasa de conversión del hotel en Booking.com (i.e., el número de reservas en relación con el número de visitas a la página del hotel en Booking.com;
   - las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) del hotel.
8. hechos acreditados 8 y 9: una posición más alta del hotel en la clasificación de resultados de Booking.com redunda, de forma relevante, en que el hotel obtenga un mayor número de visitas y reservas que un hotel con peor posición en la clasificación de resultados, de acuerdo con evidencia recogida en la resolución como, por ejemplo, las siguientes declaraciones de unos ingenieros informáticos de Booking.com en una publicación académica:

   "los clientes tienden a hacer clic y reservar alojamientos que están situados en posiciones más altas en los resultados de búsqueda, dado que existe un sesgo inherente a que los artículos más cerca de la parte superior son "mejores".
9. hechos acreditados 10 a 13: existen distintos programas/herramientas que los hoteles pueden contratar con Booking.com de modo a mejorar su posición en la clasificación predeterminada de resultados de hoteles que ofrece Booking.com en su sitio web:
   - el programa Preferente en virtud del cual aquellos hoteles que cumplan unos requisitos determinados fijados por Booking.com, y suscriban el programa, ven mejorada su posición en la clasificación predeterminada de resultados a cambio de pagar a Booking.com una comisión adicional a la estándar por reserva intermediada;
   - el programa Preferente Plus, que es simplemente una versión reforzada del programa Preferente, en la medida en que los requisitos para poder acceder a él (y permanecer en él) son más exigentes, ofreciendo una mayor mejora de posición en la clasificación predeterminada de resultados que bajo el programa Preferente, pero también a cambio de una comisión más alta para Booking.com que bajo el programa Preferente;
   - la herramienta 'Visibilidad Extra' permite al hotel, a cambio del pago de una comisión más alta a Booking.com que la estándar (comisión que puede elegir el hotel), mejorar

proporcionalmente a dicha comisión suplementaria su posición en la clasificación predeterminada de resultados en el sitio web de Booking.com;

- el programa Genius permite también al hotel mejorar su posición en la clasificación predeterminada de resultados de Booking.com a cambio de ofrecer, a un grupo cerrado de usuarios de Booking.com (los miembros del programa *Genius*), un descuento del 10% en la tarifa de la habitación más vendida y también en la más barata del hotel que tenga en Booking.com.

4. La posición dominante de Booking.com

Una vez fijados los hechos acreditados, la resolución se detiene en analizar la existencia de una posición dominante de Booking.com en el mercado relevante previamente definido, relativo a la prestación de servicios de intermediación online de reservas a hoteles en España (epígrafe 6.5.2.1.1), llegando a la conclusión que esta posición se desprende de forma clara tanto de la cuota de mercado de Booking.com, como de las barreras a la entrada y expansión existentes en el mismo, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de la resolución.

Por lo que se refiere a la cuota de Booking.com en dicho mercado, esta osciló entre el 70% y el 90%, tanto en ingresos (importe de las comisiones por intermediación de reservas), como en valor de las reservas intermediadas y número de reservas intermediadas, de acuerdo con las tablas 6, 7 y 8 de la resolución.

Asimismo, la resolución desgrana la existencia de barreras a la entrada y expansión muy elevadas derivadas de (i) los significativos efectos de red indirectos presentes en el mercado, (ii) el relevante papel que juegan los datos generados en la plataforma (y su interacción con los anteriormente mencionados efectos de red) y (iii) los cuantiosos costes fijos en materia de marketing en los que es necesario incurrir de modo a operar en el mercado (párrafos 477 y siguientes).[4]

Por lo que respecta a la primera barrera señalada, al operar Booking.com una plataforma de dos lados, se producen los llamados efectos de red indirectos:

- un mayor número de hoteles en la plataforma hace más atractivo su uso para un consumidor,
- mientras que un mayor número de consumidores que la consulten hacen más atractiva la plataforma para un hotel.

Como observa la resolución (párrafo 442), esta característica conduce a que los mercados donde se producen estos efectos de red tiendan a una mayor concentración que en ausencia de ellos y a que un entrante deba alcanzar una determinada cuota de mercado (masa crítica)

[4] Así, de acuerdo con la resolución (párrafo 478), Booking.com gastó en 2021 el 43% de sus ingresos (y Expedia el 60%) en este concepto. El gasto anual en marketing de Booking.com pasó de 5.000 millones de dólares en 2019 a 6.000 millones de dólares en 2022 (en 2020 y 2021 totalizó respectivamente 2.200 y 3.800 millones de dólares).

para que dichos efectos puedan entrar en juego y que un operador pueda hacerse hueco en el mercado atrayendo hoteles y consumidores.

A juicio de la CNMC, al ser Booking.com la empresa con una mayor cuota de mercado, se trata del operador que claramente más se beneficia de estos efectos de red, fortaleciendo su preminencia en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles *ceteris paribus*, lo cual fue refrendado por la decisión de la CE en la concentración M.10615 *Booking Holdings/Etraveli Group* (párrafos 452 y 453).

Además, la resolución constata la existencia de economías de escala en el mercado[5] (párrafo 466), fruto de los elevados costes fijos necesarios para operar en el mismo y el tamaño reducido de los costes variables.

De acuerdo con la resolución (párrafo 468 y siguientes), la relevancia de los efectos de red en el mercado se ve magnificada, a su vez, por el papel que juegan los datos en el mismo: los datos recopilados por las plataformas sobre la actividad de hoteles y usuarios finales les permiten ofrecer mejores servicios tanto a unos como a otros, aumentando su atractivo comercial como plataforma, dinámica que beneficia especialmente a aquellas plataformas con una mayor cuota de mercado, al poder recopilar más datos.

Por lo que se refiere a los elevados costes fijos en marketing presentes en el mercado, la resolución observa, en su párrafo 482, que una empresa líder en reconocimiento en el mercado, como es el caso de Booking.com, tiene necesidad de invertir relativamente menos en flujo anual de publicidad, para mantener su nivel de reconocimiento, que lo que tiene que invertir una empresa con un menor nivel de reconocimiento con el fin de alcanzar el nivel de reconocimiento de una empresa líder como Booking.com. Asimismo, siguiendo a la resolución, Booking.com, como líder del mercado, tiene mayores recursos que sus competidores, con lo que puede invertir más en términos absolutos e impactar más en la visibilidad con un menor coste en términos relativos que operadores con un tamaño inferior.

Por último, en su análisis de la posición de dominio de Booking.com, la resolución también constata la ausencia de poder compensador por parte de la demanda (epígrafe 6.5.2.1.1.3).

5. Abusos de posición dominante por parte de Booking.com

Como se indicó en la introducción, la resolución considera acreditada la comisión por parte de Booking.com de dos infracciones por abuso de posición dominante, tanto del artículo 2 de la LDC, como del artículo 102 del TFUE. A continuación, se abordan separadamente cada una de estas infracciones, una por abuso de carácter explotativo y otra por abuso de carácter exclusionario, ambas amparadas en la posición dominante de Booking.com en el mercado relativo a la prestación de servicios de intermediación online de reservas a hoteles en España durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de la resolución, posición dominante que hemos tenido oportunidad de analizar previamente.

[5] Las economías de escala se definen como un coste medio decreciente con el nivel de producción.

Infracción por abuso explotativo

En primer lugar, la resolución considera (epígrafe 6.5.2.1.2.2.1) que Booking.com incurrió en una infracción única y continuadas del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la fecha de la resolución, como resultado de la comisión de las tres conductas anticompetitivas siguientes que suponen la imposición de condiciones comerciales no equitativas (abusos explotativos):

1. la simultánea aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha y del programa BSB, por el cual, como hemos visto, Booking.com se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en el sitio web de Booking.com;

2. la versión en inglés de las GDT como vinculante; el derecho de los Países Bajos como aplicable a las GDT; y el fuero de los tribunales competentes de Ámsterdam en caso de disputa entre las partes en relación con las GDT;

3. una falta de transparencia en la información que ofrece Booking.com a los hoteles sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y Genius en el número adicional de visitas y de reservas que los hoteles tienen en el sitio web de Booking.com.

Cabe destacar que el carácter explotativo de estas conductas abusivas se deriva de que las mismas afectan directamente a los clientes (en este caso, los hoteles) y no se producen, por tanto, sobre los competidores (como ocurriría bajo una conducta abusiva de carácter exclusionario).

Para analizar el carácter abusivo de cada una de las prácticas señaladas, la resolución sigue un test en tres pasos que valora si se reúnen los siguientes requisitos, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria en casos de abuso explotativo (párrafo 526):

- tratarse de condiciones impuestas por un operador dominante a sus socios comerciales;
- resultar desfavorables a los intereses del socio comercial o de terceros; y
- no ser necesarias para alcanzar un objetivo legítimo o no proporcionadas en tanto van más allá de lo estrictamente necesario.

Por lo que se refiere a la primera conducta explotativa (la imposición simultánea a los hoteles de la cláusula de paridad de precios estrecha y del programa BSB) (epígrafe 6.5.2.1.2.2.1.1), la resolución recuerda que la justificación aducida por Booking.com para imponer la paridad de precios estrecha reside en evitar el parasitismo del hotel: en ausencia de dicha paridad, el hotel podría fijar un precio más bajo de las habitaciones en su sitio web que en Booking.com, desviando así la contratación de la habitación hacia su sitio web una vez el usuario final ha conocido la oferta del hotel a través de Booking.com. Partiendo de esta justificación, la resolución considera desproporcionada la imposición simultánea de paridad estrecha y el programa BSB (párrafos 567 y 580) dado que

- a raíz de la paridad estrecha, el hotel no puede competir en precio con Booking.com a nivel minorista con su canal directo,

- mientras que, en virtud del programa BSB, Booking.com sí puede competir con el canal directo del hotel que emplea sus servicios de intermediación, dejando así vacía de contenido la justificación de Booking.com para imponer la paridad estrecha.

Por lo que respecta a la segunda conducta explotativa considerada (epígrafe 6.5.2.1.2.2.1.2), la resolución estima que dichos términos (versión inglesa como vinculante, Derecho aplicable de los Países Bajos y fuero de los tribunales de Ámsterdam) suponen una ventaja injustificada y no necesaria en favor de Booking.com, que tiene un efecto disuasorio a la hora de que los hoteles hagan valer sus derechos, como resultado de los costes en que deben incurrir para ello (párrafos 585 y 617). La resolución pone en relación estas condiciones con el trato que Booking.com dispensa comercialmente a los hoteles situados en España, pues Booking.com les atiende en castellano con equipos comerciales también situados en España (párrafos 586 y 608). La resolución subraya que el impacto de estas condiciones se acrecienta si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los hoteles situados en España que emplean los servicios de Booking.com son independientes (i.e., pymes) (párrafo 587).

Por último, en lo que se refiere a la tercera conducta abusiva de carácter explotativo (epígrafe 6.5.2.1.2.2.1.3), ésta se deriva de que Booking.com sólo ofrezca una estimación agregada/genérica (no individualizada) del impacto que va a tener o han tenido los programas Preferente, Preferente Plus y Genius para el hotel en términos de visitas o reservas adicionales. Sin embargo, la resolución señala distintos elementos que, a juicio de la CNMC, permiten concluir que Booking.com se encuentra en condiciones de ofrecer a los hoteles una estimación individualizada del impacto de dichos programas (párrafo 632):

- así, en el marco de la herramienta "Visibilidad Extra", Booking.com ha ofrecido a los hoteles, con carácter previo a su suscripción, una estimación del número de visitas y reservas que un hotel va a obtener con su empleo;

- desde marzo de 2023 (esto es, una vez incoado el expediente), Booking.com pasó a ofrecer una estimación individualizada del impacto que tiene el Programa Preferente al hotel en términos de reservas adicionales (si bien ello no se ha hecho extensible a los programas Preferente Plus y Genius);

- Booking.com, como empresa netamente digital, atesora un elevado volumen de datos que emplea, entre otros fines, para estimar el número de reservas que va a tener un hotel, en el marco de las estimaciones que realiza sobre la tasa de conversión futura que tiene un hotel.[6]

Además, la resolución pone en relación esta falta de transparencia sobre el desempeño que han supuesto estos programas para los hoteles, con la importancia que tienen estos programas para los hoteles, dada la mejora de posicionamiento en la clasificación predeterminada que entrañan y su suscripción extendida entre los hoteles (párrafo 628).

[6] Como se ha señalado en el hecho acreditado número 7, Booking.com emplea primordialmente esta tasa de conversión como criterio para posicionar a los hoteles en su clasificación predeterminada de resultados.

Infracción por abuso exclusionario

En segundo lugar, la resolución considera (epígrafe 6.5.2.1.2.2.2) que Booking.com incurrió en una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la fecha de la resolución, como resultado de la comisión de las dos conductas anticompetitivas siguientes (abusos exclusionarios):

1. el empleo de las reservas que un hotel ha tenido en el sitio web de Booking.com como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados; y

2. el empleo de la rentabilidad que un hotel ha supuesto para Booking.com (o rendimiento, en la terminología empleada por Booking.com) como criterio para que dicho hotel pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de Booking.com.

De acuerdo con la resolución, el carácter exclusionario de ambas conductas abusivas se deriva de que las mismas excluyen a los competidores de Booking.com (OTAs con inventario hotelero propio) del mercado, puesto que inducen a los hoteles a no ofrecer condiciones comerciales más favorables (en términos de precios y disponibilidad de habitaciones) en otras OTAs competidoras que en Booking.com, ya que, de otro modo, los hoteles se exponen a acabar relegados en la clasificación predeterminada de resultados de Booking.com y perder reservas en esta plataforma (párrafo 677), que, como se ha visto, es con gran diferencia la principal fuente de reservas para los hoteles en este mercado.

En este sentido, resulta muy ilustrativa una cita, recogida en la resolución (párrafo 736), del Estudio de Mercado sobre las prácticas de distribución hotelera en la UE realizado por la Comisión Europea, estudio que engloba a hoteles situados en España y el periodo cubierto por la resolución:

> *"los hoteles sostienen que la clasificación y la visibilidad son incentivos (o desincentivos) indirectos, pero muy relevantes, que emplean las OTAs para influir activamente en la política de precios o de disponibilidad de habitaciones de los hoteles en las OTAs"* (página 59 del dicho estudio).

Para analizar el carácter abusivo de las dos conductas señaladas, la resolución sigue un test en tres pasos que valora si se reúnen los siguientes requisitos, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria en casos de abuso exclusionario (párrafo 677):

- tratarse de competencia no basada en los méritos,
- tener aptitud para restringir la competencia, y
- ausencia de justificación objetiva.

En relación con la primera conducta que la resolución considera abusiva de carácter exclusionario (epígrafe 6.5.2.1.2.2.2.1), ésta atañe el empleo de las reservas que un hotel ha tenido en el sitio web de Booking.com como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados, criterio que, como se ha visto en el hecho acreditado 7, constituye uno de los principales que emplea Booking.com en su clasificación predeterminada de resultados. En su análisis, la resolución recuerda la importancia que tiene la clasificación

predeterminada de resultados para los hoteles, en términos de atracción de visitas y reservas dentro de Booking.com, tal y como atestiguan los hechos acreditados 8 y 9. Partiendo de este hecho, la resolución considera que un hotel tratará de mejorar su posicionamiento en la clasificación predeterminada de resultados influyendo en los criterios principales que determinan su posición en la clasificación predeterminada. En el caso del criterio de posicionamiento basado en las reservas que ha tenido el hotel en Booking.com, la resolución señala (párrafos 683 y 684) que un hotel tiene las siguientes vías para aumentar sus ventas/reservas en el sitio web de Booking.com (y así mejorar su posición en la clasificación predeterminada de resultados):

- a través del precio de sus habitaciones en el sitio Booking.com, no fijando un precio más barato de las mismas en las OTAs competidoras que en Booking.com, y
- a través de la disponibilidad/cantidad de habitaciones ofrecida en el sitio web de Booking.com, no teniendo una mayor disponibilidad de habitaciones en las OTAs competidoras que en Booking.com.

Con carácter adicional, la resolución subraya que el empleo, en la clasificación predeterminada de resultados, del criterio basado en reservas no constituye competencia basada en los méritos porque no se traduce en ofrecer una mejor comisión o servicio a los hoteles.

En cuanto a la segunda conducta que la resolución considera abusiva de carácter exclusionario (epígrafe 6.5.2.1.2.2.2.2), ésta se refiere al empleo de la rentabilidad que un hotel ha supuesto para Booking.com, como criterio para que dicho hotel pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de Booking.com. Basándose en los hechos acreditados 10 y 11, la resolución recuerda (párrafos 752 y 753) que:

- ambos programas permiten a los hoteles participantes influir en su posición dentro de los resultados de la clasificación predeterminada a cambio del pago a Booking.com de una comisión superior a la estándar;
- se trata de programas muy relevantes en términos de ingresos para Booking.com, como queda recogido en la tabla 15 de la resolución.

Partiendo de estas premisas, la resolución sostiene que el empleo de la rentabilidad como criterio de acceso y permanencia en dichos programas conlleva las mismas consecuencias anticompetitivas que la conducta abusiva previamente analizada: de modo a ser más rentable para Booking.com, el hotel debe tener más ventas/reservas en esta plataforma, lo cual se obtiene principalmente a través del precio y disponibilidad de las habitaciones que el hotel establece en Booking.com en relación con otras OTAs competidoras, lo cual desvía las ventas/reservas de los hoteles hacia Booking.com en detrimento de sus OTAs competidoras, tal y como se ha expuesto anteriormente (párrafos 731 y 732).

Como apoyo de estos efectos anticompetitivos, la resolución cita la experiencia de hoteles españoles consultados en el marco del test del monopolista hipotético: así, distintos hoteles en cada uno de los segmentos a los que se dirigió la CNMC (hoteles independientes, cadenas hoteleras nacionales y cadenas hoteleras internacionales) indicaron que, para poder satisfacer el criterio de rentabilidad/rendimiento del Programa Preferente, redujeron o recomen-

daron reducir la diferencia de precios entre Booking.com y otras OTAs, observándose una mayor proporción de afectación en el segmento de hoteles independientes, segmento que es aquél que cuenta con un mayor número de hoteles en nuestro país (párrafos 740 a 748 de la resolución).[7]

Acerca de la posible existencia de una sola infracción única y continuada en el expediente

Por último, por lo que respecta a la calificación jurídica de las conductas anticompetitivas anteriormente desgranadas, merece mención separada en la resolución la alegación sostenida por Booking.com según la cual se le debería haber sancionado, en todo caso, por una sola infracción única y continuada, que englobaría los citados abusos explotativo y exclusionario (párrafo 806).

La resolución rechaza esta pretensión de Booking.com (párrafos 807 a 810) basándose, de modo resumido, en que dichos abusos explotativo y exclusionario tienen distinta naturaleza y afectan a grupos de empresas diferentes. Así, la distinta naturaleza de ambos abusos se desprende de que cada tipo de abuso tiene una dinámica distinta, por mucho que se produzca una coincidencia temporal entre ambos tipos de abusos, ya que uno (el abuso explotativo) se comete directamente sobre los hoteles, mientras que el otro (el abuso exclusionario) va dirigido a mermar la capacidad de las OTAs competidoras de Booking.com a la hora de atraer hoteles.

6. Sanción

Como se señaló en la introducción, la resolución sanciona a Booking.com, por cada infracción de abuso reseñada, con sendas multas de 206.620.000 de euros (por lo que el total de la sanción recibida asciende a 413,24 millones de euros), le impone una serie de obligaciones de comportamiento en el mercado y declara la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas para Booking.com, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.1.b) de la LCSP.

Cabe destacar que, como se indica en el párrafo 857 de la resolución, durante el periodo de comisión de las infracciones, entró en vigor una modificación de la LDC por la que la infracción del artículo 2 de la LDC pasó de grave a muy grave (en virtud del Real Decreto-ley 7/2021). Por ello, en el cálculo de la multa (epígrafe 6.5.2.1.4 de la resolución), la CNMC tiene en cuenta dicha circunstancia:

- durante el periodo comprendido desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta el 28 de abril de 2021, la CNMC considera la existencia de dos infracciones graves (de acuerdo con el artículo 62.3.b de la LDC previo a la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2021), cada una de las cuales puede ser sancionada con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios

[7] Concretamente, de acuerdo con la resolución (párrafo 748), señalaron haber reducido o recomendado reducir la diferencia de precios entre Booking.com y otras OTAs (i) dos hoteles independientes de los cinco que respondieron a la pregunta, (ii) una cadena hotelera nacional de las cuatro que respondieron a la pregunta y (iii) una cadena hotelera internacional de las tres que respondieron a la consulta.

total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.b);

- durante el periodo comprendido entre el 29 de abril de 2021 (fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2021) y la actualidad, se trata de dos infracciones muy graves (de acuerdo con el artículo 62.4.b de la LDC), cada una de las cuales puede ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

Por lo que se refiere a las obligaciones de comportamiento en el mercado impuestas a Booking.com, estas se corresponden directamente con las cinco conductas abusivas identificadas en la resolución (como se ha visto, tres conductas de carácter explotativo y otras dos de carácter exclusionario), con el fin declarado en la propia resolución de que "*las conductas que dieron lugar a las infracciones, u otras que puedan producir un efecto equivalente, no prosigan en el futuro*" (párrafo 905).[8]

Por último, en relación con la declaración de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, cabe recordar que esta es una consecuencia que se desprende directamente del artículo 71.1.b) de la LCSP en el caso de sujetos sancionados por infracciones a la normativa de competencia. Como viene siendo constante hasta la fecha, la resolución de la CNMC no fija la duración y alcance de dicha prohibición. En su lugar, señala que tales extremos deberán determinarse mediante el procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP, por lo que acuerda remitir una certificación de la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

7. Conclusión

Como se señalado en la introducción, la resolución de la CNMC resulta pionera en la medida en que sanciona prácticas comerciales por parte de una plataforma digital que no lo habían sido hasta la fecha por parte de ninguna autoridad de competencia en el mundo. Además, las multas impuestas por la CNMC han sido las más abultadas en su historia.[9] Queda por ver, no obstante, si los tribunales españoles respaldan la consideración como abusivas de las prácticas señaladas. Mientras se dilucida ante la Audiencia Nacional el recurso presentado por Booking.com contra la resolución, cabe señalar que el caso español ha servido de inspiración para

[8] Cabe señalar que poco antes de que se adoptase la resolución, el 1 de julio de 2024, Booking.com modificó sus contratos con los hoteles situados en España, de modo que dio cumplimiento a dos de las obligaciones de comportamiento de carácter sustantivo que luego vendrían recogidas en la resolución:

- en primer lugar, Booking.com suprimió la paridad estrecha de precios de sus contratos, por lo que daba cumplimiento a la primera obligación que luego vendría recogida en la resolución (relativa a la supresión en su política comercial de, bien la paridad estrecha de precios, o bien la posibilidad que tiene Booking.com de rebajar unilateralmente el precio que fija el hotel de sus habitaciones en Booking.com);
- en segundo lugar, Booking.com pasó a someter las GDT a la jurisdicción de los tribunales españoles, a regir las GDT bajo la legislación española, y a considerar como vinculante la versión española de las GDTs, dando así cumplimiento a la segunda obligación que luego vendría recogida en la resolución.

[9] La multa total en este expediente más que dobla la anterior más alta, de 203,6 millones de euros, recaída en el expediente S/0021/20 OBRA CIVIL 2.

la apertura de una investigación formal por parte de la autoridad italiana de la competencia, que analiza distintas prácticas comerciales de Booking.com como potencialmente abusivas de carácter exclusionario.[10]

Asimismo, del análisis del texto de la resolución de la CNMC, cabe realizar dos consideraciones sobre su posible impacto en la actividad de las plataformas digitales dominantes.

En primer lugar, la resolución pone de manifiesto que la figura de los abusos de posición dominante de carácter explotativo está llamada a jugar un papel más destacado en la lucha contra las prácticas comerciales anticompetitivas de dichas plataformas. En este sentido, la resolución analizada muestra que las autoridades de competencia tienen margen para analizar los términos contractuales a los que se tienen que adherir los usuarios profesionales de las plataformas digitales dominantes para poder emplear sus servicios. Este es el camino también seguido por la CNMC en su expediente incoado contra Apple (expediente S/0005/24) por la imposición de posibles condiciones comerciales inequitativas a los desarrolladores que utilizan las tiendas de aplicaciones del grupo Apple (Apple App Store) para distribuir aplicaciones a los usuarios de productos de dicha empresa. Cabe señalar que, a diferencia de los consumidores finales, que gozan de la protección otorgada por la legislación de protección del consumidor, las empresas usuarias de los servicios provistos por estas plataformas, a menudo pymes, no gozan de dicha protección a la hora de luchar contra los desequilibrios que puedan establecer las plataformas dominantes a su favor en dicha relación comercial.

En segundo lugar, la resolución de la CNMC muestra cómo las plataformas digitales pueden utilizar los criterios de posicionamiento de resultados en su clasificación predeterminada, que, al fin y al cabo, es la puerta principal del usuario para la contratación del servicio intermediado, como vía para condicionar la política comercial de los usuarios profesionales y así poder excluir a competidores del mercado. Por tanto, cabe vaticinar que la forma en cómo las plataformas digitales clasifican los resultados va a suponer un área de escrutinio creciente por parte de las autoridades de competencia en la medida en que supongan una exclusión de sus competidores del mercado.

Finalmente, con independencia del efecto disuasorio que pueda tener la resolución en otras plataformas digitales, cabe pronosticar que la resolución tendrá un impacto directo en la forma en que Booking.com diseña su relación comercial con los hoteles. Así, con las obligaciones de comportamiento impuestas a Booking.com por la resolución, la CNMC parece buscar que los hoteles situados en España, así como las OTAs competidoras de Booking.com, se beneficien de unas condiciones comerciales y un funcionamiento de la plataforma más ajustados a la libre competencia, lo cual redundaría, en último término, en beneficio de los consumidores finales en términos de mejores precios y calidad del servicio.

[10] Véase la nota a pie de página nº 6 del acuerdo por el que se inicia la investigación formal de la autoridad de competencia italiana, disponible en https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A558%20avvio.pdf

Restricciones al comercio electrónico, a la publicidad y al marketing en línea: el caso *Brand Gating*

Autor[1]:

Pablo Velasco Sanzo, Subdirección de Sociedad de la Información de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

El presente artículo analizará la decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el caso S/0013/21 – Amazon/Apple Brandgating, en la que se evaluaron determinadas restricciones pactadas entre los grupos Amazon y Apple en relación con el comercio electrónico, la publicidad y el marketing en línea que se consideraron anticompetitivas por la autoridad.

Palabras clave:

Amazon, Apple, comercio electrónico, publicidad en línea. publicidad online.

Códigos JEL:

K21, K23, L4, L5.

[1] Todas las opiniones son personales y solo la decisión publicada de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia representa la versión oficial.

1. Introducción

El 12 de julio de 2023 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**") publicó su decisión en el expediente S/0013/21 – *Amazon/Apple Brandgating* (la "Decisión"), en la que sancionó con 143,6 millones de euros a Apple INC y varias de sus filiales ("**Apple**") y con 50,5 millones de euros a Amazon.com Services, Inc. (ahora Amazon.com Services LLC) y varias de sus filiales ("**Amazon**") por restringir la competencia respecto a la venta de productos Apple en el mercado en línea de Amazon en España en contra del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("**LDC**") y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("**TFUE**").

Se trata de la tercera multa más alta impuesta por la CNMC hasta la fecha, al ascender en su conjunto a 194 millones de euros, solo superada por la multa de 203,6 millones de euros impuesta a varias constructoras[2] y la reciente multa de 413,24 millones de euros impuesta a Booking[3].

Además, la CNMC ordenó a las empresas que tomaran las medidas necesarias para cesar con las conductas sancionadas y se abstuvieran de realizar conductas similares en el futuro.

Por último, la CNMC también impuso a ambas empresas la prohibición de contratar con la administración pública, aunque se remitió a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que fuera ésta quién determinara la duración y el alcance de dicha prohibición.

En la actualidad, la decisión se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional que, de forma cautelar hasta que se pronuncie sobre el fondo del asunto, ha dejado en suspenso temporalmente tanto la obligación de las empresas de pagar las multas de forma inmediata a cambio de que presentaran un aval bancario, como la prohibición de contratar[4]. Lo anterior no afecta al cese de las conductas sancionadas, de manera que las empresas sí tienen que cumplir con este extremo de la Decisión mientras no recaiga una resolución sobre el fondo.

La Decisión se enmarca dentro de las prioridades que la CNMC estableció en su Plan Estratégico para el período 2021-2026[5] y en el Plan de Actuaciones de 2021-2022[6]. Así, la CNMC estableció, en el primero, que se seguiría prestando atención "*a la identificación de riesgos para la competencia derivados de* […] *conductas potencialmente anticompetitivas en los mercados digitales*" y, en el segundo, que se potenciarían "*los mecanismos para garantizar que existe una competencia efectiva en los mercados y que ésta beneficia a los consumidores, con especial atención a los mercados digitales*".

El presente artículo resumirá los principales elementos de la Decisión, analizará cuáles fueron las conductas sancionadas y el análisis legal que se hizo de las mismas, así como los principales argumentos utilizados por las partes para defenderse.

---

[2] Expediente S/0021/20 - OBRA CIVIL 2.
[3] Expediente S/0005/21 – BOOKING.
[4] Auto de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2023 (Auto 01669/2023).
[5] Plan Estratégico (2021-2026), que puede ser consultado aquí.
[6] Plan de Actuaciones de 2021-2022, que puede ser consultado aquí.

2. Las partes

Para entender las conclusiones alcanzadas por la CNMC en su Decisión, es necesario realizar antes una descripción de las empresas implicadas y de las actividades que realizan.

En sus orígenes, Amazon era la única empresa que operaba en su mercado en línea. Sin embargo, en los años 2000 comenzó a abrir dicho mercado en Estados Unidos a terceros vendedores, estrategia que tuvo mucho éxito en la medida en que cuando se adoptó la Decisión alrededor del 60% de las ventas que se producían en los mercados en línea de Amazon provenían de terceros vendedores, mientras que la propia Amazon representaba el 40% restante. En el año 2009, empezó a fabricar y comercializar sus propios productos (ropa, productos electrónicos, etc.) que representaban entre un 5 y un 10% de las mencionadas ventas realizadas por la propia empresa.

Por tanto, en la actualidad Amazon es una empresa que tiene un triple rol: (i) un rol principal de prestador de servicios de intermediación en mercados en línea (a través de sus páginas web donde los consumidores buscan los productos que quieren comprar y los vendedores ofrecen los productos que quieren vender); (ii) un rol secundario de distribuidor minorista (Amazon también vende productos de terceros fabricantes compitiendo directamente con los terceros vendedores que utilizan su mercado en línea); y (iii) un rol terciario, de fabricante y vendedor de productos de marca propia (Amazon fabrica y vende sus propios productos para completar la oferta de productos que compra de terceros fabricantes).

Por otro lado, opera mercados en línea en varias jurisdicciones en Sur y Norteamérica, Asia, Australia, y Europa (y, en este último continente, en Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, España, Países Bajos, Suecia y Polonia). En concreto, el mercado en línea en España (www.amazon.es) se lanzó en septiembre de 2011.

Por su parte, Apple es un conocido fabricante y vendedor de productos electrónicos (su producto más conocido es el iPhone, un teléfono inteligente).

Es importante señalar para el análisis posterior que utiliza un sistema de distribución abierto (en inglés, *Open Distribution System*, "**ODS**") para distribuir casi todos sus productos[7], lo que significa que cualquier revendedor puede comprar y vender sus productos libremente sin ninguna restricción. Apple optó por este sistema abierto frente a otros sistemas de distribución como el selectivo o exclusivo en el que el número de revendedores es limitado y generalmente elegido por el propio fabricante, lo que le otorgaría a dicho fabricante un mayor control sobre el número e identidad de los revendedores que quiere que formen parte de su sistema de distribución.

Dentro de su ODS se distinguen dos grandes grupos, los revendedores autorizados u oficiales (que tienen una relación comercial directa con Apple) y que incluyen a cuatro tipos de revendedores y los revendedores no autorizados o no oficiales (que no tienen ninguna relación comercial directa con Apple pero que compran sus productos a mayoristas u otros revendedores de Apple y los revenden en el mercado):

[7] Sólo para una categoría de ellos utiliza un sistema de distribución selectiva.

Revendedores autorizados u oficiales	Distribuidores Autorizados de Apple (son los que operan a nivel mayorista, denominados "**Mayoristas**)
	Revendedores Premium de Apple (que operan a nivel minorista y ofrecen una experiencia premium al cliente, los denominados en inglés *Apple Premium Resellers*, los "**APR**")
	Revendedores Autorizados de Apple (que operan a nivel minorista, los denominados en inglés *Apple Authorised Resellers*, "**AAR**")
	Revendedores Minoristas (que operan a nivel minorista, pero que son comerciantes de gran tamaño, grandes minoristas online, etc., los "**Minoristas**")
Los revendedores no autorizados o no oficiales (que como se ha explicado operan en todos los niveles sin tener una relación contractual directa con APPLE, los denominados en inglés *Non-Authorised Resellers*, "**NAR**")	

También es importante señalar que Apple incentiva a sus mayoristas a distribuir los productos de Apple no solo a los revendedores autorizados, sino también a los no autorizados (a los NAR).

3. Los mercados

Los mercados en los que operan las partes

Aunque no es un paso obligatorio en todas las valoraciones de competencia[8], la definición del mercado es una herramienta que estructura y facilita la valoración de la competencia y permite, entre otros, calcular las cuotas de mercado que se pueden utilizar para, por ejemplo, evaluar la posición competitiva de una empresa en el mercado en el que opera.

En su Decisión, la CNMC consideró los siguientes mercados:

- En relación con Amazon: el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España (i.e. la prestación de un servicio que pone en contacto a vendedores, que ofrecen sus productos, y a compradores, que quieren comprarlos, en el caso de Amazon a través de una página web). La CNMC consideró también la otra cara de este mercado, la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a los consumidores, pero dejó abierta la cuestión de si este lado constituía un mercado en sí mismo en la medida en que las conductas analizadas solo afectaban a la cara de los vendedores.

  Esta definición de mercado ha sido utilizada por otras autoridades de competencia de nuestro entorno: (i) por la Comisión Europea en los casos AT.40462 – *Amazon Marketplace* y AT.40703 – *Amazon Buy Box*); (ii) la autoridad alemana de la competencia en su decisión sobre Amazon en relación con la sección 19.a) de su ley; y (iii) la autoridad italiana de la competencia en su caso A528.

[8] La jurisprudencia ha establecido que no es necesario definir el mercado de referencia cuando se evalúan acuerdos que tengan por objeto impedir, restringir o distorsionar la competencia (ver, por ejemplo, Sentencia de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, EU:T:2004:218, apartado 132).

El enfoque anterior llevado a cabo por la CNMC también ha sido recientemente confirmado por la Comunicación sobre definición de mercado[9] aprobada por la Comisión Europea que, en el caso de plataformas multilaterales como Amazon, indica que se puede definir un mercado que abarque todos los lados de una plataforma o definir varios mercados independientes para cada lado, dependiendo de los hechos del caso.

- En relación con Apple: (i) un potencial mercado de fabricación y venta de productos electrónicos de, al menos, dimensión Espacio Económico Europeo ("EEE"); (ii) un potencial mercado de distribución mayorista de productos electrónicos de dimensión EEE o nacional; y (iii) un potencial mercado de distribución minorista de productos electrónicos de dimensión nacional, regional o local.

Las cuotas de mercado

La CNMC utilizó distintas variables para calcular las cuotas de mercado de las partes:

- En el caso de Amazon: se utilizaron tres variables para calcular las cuotas de mercado: (i) el volumen de negocio derivado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores teniendo en cuenta a) servicios básicos y b) servicios básicos y adicionales (como los de transporte); y (ii) volumen de negocio generado por los terceros vendedores en el mercado en línea.

  Para calcular las cuotas de mercado se realizaron requerimientos de información a los principales mercados en línea en España y la CNMC concluyó que Amazon tenía, en el escenario más conservador, una cuota de mercado del 60-70% en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores en España en 2021 (en torno al 70-80% o incluso 80-90% según algunas de las distintas variables elegidas e indicadas arriba). Dichas cuotas de mercado fueron similares a lo largo de todo el periodo investigado (2017-2021).

- Apple tuvo una cuota de mercado del 30-40% en un potencial mercado de la fabricación y venta de productos electrónicos de dimensión EEE durante todo el periodo investigado (incluidas todas las categorías de producto, es decir, ordenadores de escritorio, portátiles, reproductores multimedia, dispositivos que permiten reproducir en la TV contenido desde otro dispositivo, auriculares, teléfonos inteligentes, tabletas, relojes inteligentes y accesorios).

  Si se hubiera sub-segmentado el mercado por categorías de productos, Apple tendría una cuota de mercado de entre el 40-50% en teléfonos inteligentes y tabletas y de entre el 60-70% en relojes inteligentes durante casi todo el periodo investigado (disminuyendo ligeramente en algunos de los años investigados) en el EEE.

  No se pudo identificar información sobre cuotas de mercado en los mercados mayorista y minorista previamente mencionados.

[9] Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, publicada el 8 de febrero de 2024.

El mercado afectado por las conductas investigadas

Además, la CNMC consideró que las conductas afectaban a la comercialización de productos electrónicos en el mercado en línea de Amazon en España (www.amazon.es). Por tanto, la CNMC consideró el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España como el mercado en el que las conductas analizadas desplegaron sus efectos, que se trataría de un subsegmento dentro del mencionado potencial mercado de la distribución minorista de productos electrónicos.

Aunque las partes alegaron que las ventas en línea y fuera de línea debían tenerse en cuenta de manera conjunta (lo que claramente tenía el efecto de diluir de forma drástica sus cuotas), el razonamiento empleado por la CNMC no era nuevo y también estaba en línea con varias decisiones de otras autoridades de competencia que también habían considerado diferentes mercados para la venta en línea y fuera de línea. Además, esta información sólo se utilizó por la CNMC como parte del contexto jurídico y económico en el que analizar el comportamiento de las partes y la aptitud de las conductas para afectar a la competencia en el mercado.

En el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España, Amazon tenía una cuota de mercado por volumen de negocio de entre el 35-40% y Apple de entre el 5-10% en 2021 (según datos de ecommerceDB y Statista, siendo el siguiente competidor PcComponentes.com con también una cuota de mercado del 5-10%). Por tanto, según estos datos, Amazon y Apple conjuntamente representaban casi la mitad de este segmento del mercado (entre un 40 y un 50% del mismo). Además, en el mercado de la venta minorista en línea en general (incluyendo todas las categorías de productos y no solo productos electrónicos) en España, Amazon: (i) tenía una cuota de mercado del 50-60% por tráfico en 2020; y (ii) tenía una cuota de mercado del 10-20% por volumen de negocio (ingresos) en 2019.

Por último, la CNMC también consideró el relevante papel de Amazon como puerta de entrada al mercado de la venta en línea de productos electrónicos, en la medida en que su web en España es el lugar de referencia a la hora de buscar productos de electrónica (de acuerdo con fuentes citadas en la Decisión, el 67% de los consumidores en España utilizaban Amazon como primera opción de búsqueda para este tipo de productos).

Todo esto en un contexto en el que el comercio electrónico y la venta en línea no ha parado de crecer en España, configurándose como un sector cada vez más importante para los consumidores y la economía en general.

4. Las conductas investigadas

La investigación de la CNMC se centró en determinadas cláusulas de dos acuerdos suscritos entre las partes el 31 de octubre de 2018 que regulaban sus relaciones comerciales y que establecían lo siguiente:

- Que Apple identificaría a una serie de revendedores oficiales que serían los únicos autorizados para vender sus productos en los mercados en línea de Amazon, en este caso, en www.amazon.es (las denominadas "**Cláusulas de exclusión o Brand Gating**"). Inicialmente, de los mencionados revendedores oficiales y no oficiales de Apple sólo estaban autorizados

determinados APR (los revendedores premium oficiales de Apple de determinadas jurisdicciones[10]).

Sin embargo, el 16 de noviembre de 2021, tras el inicio de la investigación de la CNMC, Apple comunicó a la autoridad que a partir de ese momento autorizaría también a todos los revendedores oficiales (esto es, también al resto de APR no selecciones inicialmente y a todos los AAR y Minoristas) a utilizar los mercados en línea de Amazon para vender sus productos (quedando teóricamente excluidos desde esa fecha solo los revendedores no autorizados o no oficiales, los NAR).

En la práctica esto significaba que, cuando se firmaron los acuerdos entre Amazon y Apple, la mayor parte de los revendedores de productos Apple que venían utilizando Amazon recibieron una comunicación por parte de Amazon en la que se les informaba de que dejarían de poder vender esos productos en su plataforma (de acuerdo con datos de la CNMC esta política afectó al 95-100% de los revendedores). Incluso con posterioridad a la mencionada comunicación del 16 de noviembre de 2021, en la que Apple abrió la posibilidad a que entraran más revendedores tras el inicio de la investigación por parte de la CNMC, y asumiendo que todos los revendedores con independencia de la jurisdicción en la que estuvieran establecidos estaban autorizados, el porcentaje de revendedores que habría dejado de estar habilitado para vender en Amazon seguía siendo muy elevado (del 60-65%).

Esto se debe a que el principal grupo de operadores que dejó de estar autorizado para vender productos de la marca Apple en Amazon son los NAR (los distribuidores no oficiales), que eran el grupo de revendedores que introducía más competencia y dinamismo en el canal y que, a día de hoy, siguen sin poder utilizar Amazon como canal de ventas.

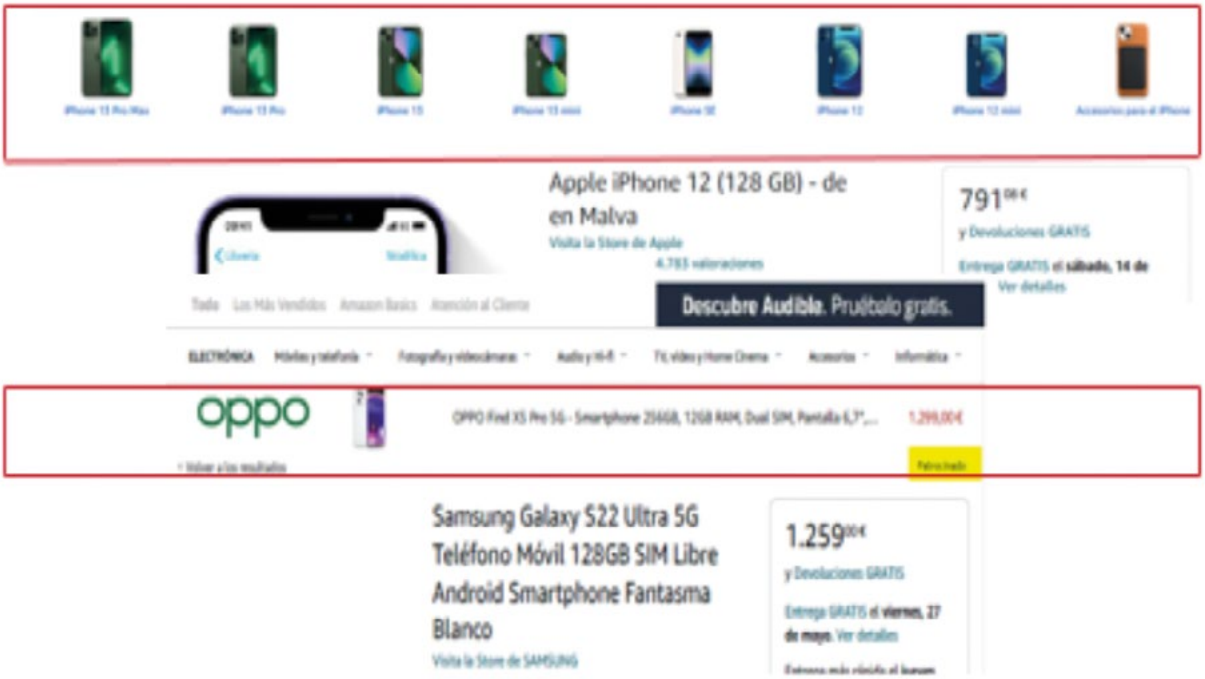
- Que cuando se buscara un producto de Apple en la web de Amazon, el espacio publicitario o *banner* superior y los dos primeros espacios de productos patrocinados de la página de resultados de búsqueda sólo mostrarían anuncios de productos de Apple.

  Además, cuando las búsquedas se realizaran utilizando una lista de palabras clave elegidas por Apple (relacionadas con productos Apple), Amazon se comprometía a no mostrar en la primera página de resultados de búsqueda y en las páginas de detalle de producto anuncios de una lista de productos competidores elegidos por Apple. Por último, en las páginas de compra y pago que contuvieran productos de Apple, los anunciantes no podrían pujar por anuncios que contengan los productos de la competencia identificados por Apple (las denominadas "**Cláusulas de publicidad**"). También existen restricciones similares durante el periodo de lanzamiento de nuevos productos de Apple.

  En la práctica esto significaba que, por ejemplo, en la página de resultados, cuando se había seleccionado un producto Apple, el espacio superior solo podía anunciar productos Apple (primera imagen que se ve a continuación, marcado en un recuadro rojo), pero cuando se

[10] Por tanto, si se atiende a clasificación de sus revendedores, no quedaban autorizados a vender productos de la marca Apple en Amazon todo el resto de revendedores, esto es, los APR de otros Estados miembros distintos de los incluidos en una lista elaborada por Apple, los AAR y los Minoristas con independencia del Estado miembro de la Unión Europea en el que estuvieran establecidos, y los NAR.

buscaba un producto de otra empresa como Samsung, el espacio superior sí que contenía publicidad de otro competidor que había tenido la oportunidad, al contrario que el caso de cuando se busca un producto Apple, de pujar por aparecer en dicho espacio publicitario (segunda imagen, en la que aparece Oppo, otro fabricante de teléfonos inteligentes competidor de Samsung, marcado en rojo):



Fuente: comparativa propia realizada en www.amazon.es

Además, la elección de una lista de competidores que no podían aparecer en ningún caso cuando se buscaba un producto Apple hacía que determinadas marcas competidoras seleccionadas por la propia Apple nunca pudiesen aparecer como publicidad cuando se buscaba un producto Apple en la primera página de resultados y en la de producto de Amazon.

- Que durante la vigencia de los acuerdos y durante los dos años siguientes a su expiración, Amazon no podría poner en marcha ninguna campaña de marketing o similar dirigida específicamente a los clientes que hubieran adquirido productos Apple en Amazon con el objetivo de fomentar que dichos clientes cambiaran un producto de Apple por otro de la competencia (no Apple). Esto no impedía que Amazon llevara a cabo cualquier campaña de marketing general que pudiera llegar a los clientes de productos Apple como parte de un público más amplio (las "**Cláusulas de limitaciones al marketing**").

  En la práctica esto significaba que, durante dos años tras la expiración de los acuerdos, Amazon no podría enviar una comunicación comercial (por ejemplo, un email) a un consumidor que hubiera comprado un producto Apple en Amazon (por ejemplo, un iPhone) anunciado una oferta de un competidor (por ejemplo, un teléfono inteligente de Samsung), aunque sí podría enviarle comunicaciones generales no específicas.

5. El análisis legal de las conductas investigadas

El acuerdo suscrito entre las partes

Para que exista una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE es necesario que exista un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.

Centrándonos en la categoría de los acuerdos, el ejemplo más claro de la existencia de un acuerdo entre dos o más partes sería un contrato (como el firmado entre Amazon y Apple que contiene las cláusulas controvertidas).

De forma muy resumida y en general, los acuerdos desde el punto de vista del Derecho de la competencia se pueden clasificar en acuerdos horizontales (entre empresas que operan en el mismo nivel de la cadena de producción y distribución, por ejemplo, dos fabricantes de teléfonos inteligentes) o verticales (entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción y distribución, por ejemplo, un fabricante de teléfonos inteligentes y un distribuidor/revendedor de dichos productos, siempre y cuando los acuerdos se refieran a las condiciones de compraventa de los bienes y servicios objeto del contrato).

La naturaleza y clasificación del acuerdo entre las partes

La CNMC consideró que en el caso concurrían elementos horizontales y verticales: (i) por un lado, ambas empresas competían a nivel de fabricación y distribución de productos electrónicos, en la medida en que Amazon fabrica y vende productos electrónicos marca propia como tabletas[11], dispositivos para transmitir contenido a televisores, auriculares, etc. que compiten directamente con los productos de Apple (elemento horizontal: empresas competidoras); y (ii) por otro lado, los acuerdos regulaban, entre otros, los términos y condiciones de una relación de suministro y distribución, en la medida en que regulaban que Amazon podía suministrarse directamente Apple de todos sus productos para venderlos en sus mercados en línea (elemento vertical: fabricante y distribuidor).

En este sentido, la clasificación de los acuerdos entre las partes como horizontal o vertical era importante porque, si se consideraba vertical, podía ser aplicable el Reglamento 330/2010[12] (“**RECAV 2010**[13]”) y, de acuerdo con este reglamento, las restricciones incluidas en un acuerdo vertical y relacionadas con las condiciones de compra y venta podrían estar exentas (i.e.

[11] Por ejemplo, ver la oferta marca propia de tabletas de Amazon aquí.

[12] REGLAMENTO (UE) N o 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

[13] Que en mayo de 2022 fue sustituido y modificado por el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Aunque este reglamento fue aprobado durante la fase de investigación, contenía un periodo transitorio de no aplicación, por lo que la CNMC aplicó en su análisis el RECAV 2010, aunque también indicó que el resultado del análisis jurídico sería idéntico aplicando las nuevas normas. Además, también indicó que las aclaraciones (más que los cambios sustantivos) de la nueva normativa -reglamento y directrices- serían aplicables en todo caso.

no prohibidas en principio) siempre que se cumplan dos condiciones: (i) que las cuotas de mercado de las partes, en los respectivos mercados de compra y venta de los bienes contractuales, fueran inferiores a un 30%; y (ii) que no existan cláusulas negras de las previstas en los artículos 4 y 5 de los mencionados reglamentos (donde se recogen determinados tipos de conductas que se consideran problemáticas en base a la experiencia y que, por tanto, no se pueden beneficiar de la exención).

El reglamento funciona como un puerto seguro, de manera que, si no se cumplen sus condiciones, ello no quiere decir que las conductas estén automáticamente prohibidas, sino que sería necesario realizar un análisis individual para determinar si lo están.

Teniendo en cuenta la definición de acuerdos verticales prevista en el RECAV 2010 (i.e. empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción y distribución y que se refieran a las condiciones de compraventa de los bienes y servicios contractuales) y dado que: (i) a efectos de los acuerdos, Amazon y Apple operan en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución (regulaban la relación de Apple como fabricante que vende sus productos a Amazon para que los distribuya); y (ii) que ambos acuerdos, en general, se refieren a las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios (regulaban las condiciones de suministro de Apple a Amazon); la CNMC consideró que los acuerdos podían ser calificados como verticales.

La no aplicación del RECAV 2010

A pesar de ser calificado como vertical, un acuerdo puede tener cláusulas no relacionadas con las condiciones de compraventa que, por tanto, queden fuera del ámbito de aplicación del RECAV 2010.

En este sentido, el apartado 26 de las Directrices verticales de 2010 que acompañaban al RECAV 2010 establecen específicamente que el mencionado reglamento no cubre las restricciones u obligaciones que no estén relacionadas con las condiciones de compra, venta y reventa y proporciona un ejemplo de una obligación que no estaría cubierta por el RECAV 2010 y que debería ser evaluada individualmente (i.e. una obligación que impida a las partes de un acuerdo vertical llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo)[14].

En el presente caso, aunque en general los contratos firmados regulaban las condiciones de compra y venta de los productos de Apple por parte de Amazon y por ello fueron calificados como verticales, la CNMC consideró que las tres cláusulas investigadas no estaban relacionadas con estas condiciones porque se referían a la autorización de determinados revendedores para utilizar el mercado en línea de Amazon y determinadas restricciones a la publicidad y al marketing, pero no a las condiciones en las que Amazon podía comprar y revender los productos de Apple, por lo que la CNMC consideró que se trataba de obligaciones incluidas en un acuerdo vertical pero que no estaban cubiertas por el reglamento y que, por tanto, debían ser evaluadas individualmente.

[14] El mismo razonamiento está incluido en el apartado 61 de las Directrices verticales aprobadas en 2022.

La no aplicación de la exención del RECAV 2010 en cualquier caso

Para cerrar toda la cadena de posibles argumentos que pudieran presentar las partes, la CNMC consideró que incluso si el RECAV 2010 hubiera sido aplicable, las cláusulas en cuestión no podrían beneficiarse de la exención prevista en el mismo por los siguientes motivos:

- La exención no resulta aplicable cuando dos empresas compiten directamente y, en este caso y como se ha argumentado, Apple y Amazon compiten en la fabricación y venta de algunos productos electrónicos.
- Aun así, la exención se puede aplicar a empresas competidoras cuando una de ellas está presente en el mercado ascendente (fabricación) y descendente (venta) y la otra solo está activa en el descendente (venta), la denominada excepción de la distribución dual. Sin embargo, en este caso, la CNMC consideró que esta excepción no era aplicable en la medida en que ambas empresas estaban presenten en ambos niveles (ambas fabrican y venden productos electrónicos).
- Para que la exención del RECAV 2010 resulte aplicable, como se ha explicado, es necesario que las cuotas de ambas empresas estén por debajo del 30% y, en este caso, tanto la cuota de Amazon en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea para terceros vendedores como la de Apple en el potencial mercado de fabricación y venta de productos electrónicos de dimensión EEE eran superiores a dicha cifra.

Conclusión

Por tanto, la CNMC consideró que las obligaciones pactadas entre las partes eran cláusulas incluidas en un acuerdo vertical al que no le resultaba de aplicación el RECAV 2010 y que, incluso si éste hubiera resultado de aplicación al presente caso, la exención prevista en el mismo no habría resultado aplicable a las partes en cualquier caso. Ahora bien, lo anterior no supone que las cláusulas analizadas sean automáticamente anticompetitivas, sino que se tiene que realizar un análisis sustantivo de las mismas para alcanzar esta conclusión, tal y como se expone a continuación.

Análisis individual de las cláusulas controvertidas

Los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE prohíben los acuerdos que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado.

De acuerdo con la jurisprudencia, las restricciones por objeto son aquellas que presentan un grado de nocividad suficiente para la competencia ya que, por su propia naturaleza y en base a la experiencia, se consideran perjudiciales (como, por ejemplo, la fijación de precios entre competidores).

Para apreciar si un acuerdo presenta un grado de nocividad suficiente para la competencia como para ser considerado una restricción de la competencia por objeto hay que analizar tres elementos: (i) el contenido de sus disposiciones; (ii) los objetivos que pretende alcanzar; y (iii) el contexto económico y jurídico en el que se inscriben las prácticas.

Si tras este análisis se llega a la conclusión de que una conducta es una restricción por objeto, no es necesario analizar sus efectos en el mercado para sancionarla (aunque nada impide que la autoridad realice ese examen si quiere). En caso contrario, sería necesario demostrar los efectos contrarios a la competencia del acuerdo para que el mismo pudiera ser sancionado.

A continuación se detallará el análisis en este sentido realizado por la CNMC en la Decisión.

Las Cláusulas de exclusión o Brand Gating

Análisis legal de la CNMC

La CNMC consideró que esta cláusula constituía una restricción de la competencia por objeto tras analizar su contenido, sus objetivos y el contexto jurídico y económico, que restringía la competencia intramarca (aquella que afecta a los productos de una misma marca, en este caso a los productos de la marca Apple), sin perjuicio de su contribución a la consecución de un plan global que perseguía un objetivo común que se analizará más adelante.

En cuanto a su contenido, la CNMC consideró que las cláusulas de Brand Gating suponían: (i) una discriminación de acceso al principal mercado en línea en España (líder a indiscutible distancia del siguiente operador en términos de tráfico e ingresos en el mercado de venta minorista en línea de productos electrónicos) entre los revendedores de Apple colocando a algunos competidores (i.es decir, los no autorizados a utilizar el mercado en línea de Amazon para vender productos de Apple) en desventaja frente a otros (es decir, los revendedores que sí estaban autorizados para utilizarlo); (ii) una limitación o control de la distribución de los productos de Apple en el mercado; y (iii) una compartimentación del mercado interior; reduciendo en los tres casos la competencia intra-marca.

Aunque tras el mencionado comunicado de Apple de 16 de noviembre de 2021, los NAR eran los únicos revendedores no autorizados a utilizar el mercado en línea de Amazon para vender productos Apple, la CNMC acreditó que este tipo de revendedores eran los que principalmente vendían productos Apple en el mercado en línea de Amazon en España y, por tanto, la principal fuerza competitiva dentro del mismo (siendo residual el papel del resto de revendedores oficiales: los APR, los AAR y Minoristas).

En cuanto a sus objetivos, aunque Apple alegó que las cláusulas Brand Gating tienen como principal objetivo la reducción de productos falsificados en Amazon, la CNMC consideró que Apple quería monitorizar fácilmente su canal de distribución y reducir sus costes de vigilancia sobre los revendedores de sus productos. En este sentido Apple prefirió optar por la vía drástica del Brand Gating, expulsando al grueso de revendedores que utilizaban Amazon para vender sus productos y autorizando solo a usar dicha web a un reducido número de revendedores con los que tenía una relación contractual directa y podía controlar fácilmente porque ello resultaba más cómodo y más barato que invertir esfuerzos, tiempo y dinero en otras herramientas para la lucha contra la falsificación, como las que ofrece la propia Amazon, conocida como *Brand Registry*, pero que requieren un esfuerzo adicional de vigilancia por parte de los fabricantes para detectar los casos que se le escapen a la herramienta. Por su parte, desde 2014 Amazon sólo era revendedor autorizado de los productos menos demandados de Apple

y no tenía acceso directo a comprar productos de la propia Apple y la firma de los acuerdos de 2018 que contienen las cláusulas investigadas le permitió conseguir un suministro completo y directo de productos Apple, así como mejores condiciones de compra.

En cuanto al contexto jurídico y económico, la CNMC consideró que: (i) dadas las altas cuotas de mercado de Amazon tanto en el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores como en el de la venta minorista en línea de productos electrónicos; (ii) el hecho de que los productos de Apple fueran los más demandados de su categoría en el mercado (de hecho, es el primer fabricante de productos electrónicos por cuota de mercado en valor); y (iii) el hecho de que la propia Amazon reconociera el liderazgo de los productos de la marca Apple y la propia Apple del mercado en línea de Amazon, se podía concluir que tanto Amazon como Apple son empresas cuyas conductas eran aptas para restringir y/o afectar a la competencia en el mercado.

Principal alegación de las partes

En relación con estas cláusulas, la principal alegación de las partes era que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**TJUE**") en el asunto Coty[15], las limitaciones para utilizar los mercados en línea nunca pueden calificarse de restricción de la competencia por el objeto. Sin embargo, la CNMC consideró que el caso de Coty no era aplicable al presente caso por las siguientes razones:

- En primer lugar, el fabricante Coty utilizaba un sistema de distribución selectivo que, por definición, busca que los productos del fabricante solo se asocien y puedan ser vendidos por determinados distribuidores seleccionados, por lo que el TJUE consideró que en estos casos la limitación impuesta a los revendedores de utilizar un mercado en línea como el de Amazon podía ser coherente con el sistema de distribución utilizado. Sin embargo, a diferencia de ese caso y como se ha explicado, Apple utiliza un sistema de distribución abierto en el que existen distribuidores no autorizados/oficiales a los que la propia Apple anima a sus mayoristas a distribuirles sus productos por lo que, a diferencia de Coty, Apple no busca que sus productos solo estén asociados y sean vendidos por determinados distribuidores.

- En segundo lugar, en el caso de Coty las cláusulas que prohibían utilizar Amazon a sus distribuidores estaban incluidas en los contratos que el fabricante había firmado con los mismos mientras que, en el caso de Apple, no se introdujeron en los contratos entre Apple y sus distribuidores, sino en los contratos entre Apple y Amazon como proveedor de servicios de intermediación en su mercado en línea que afectaban a terceros ajenos a dicho acuerdo.

- En tercer lugar, Coty vendía productos de lujo y el TJUE consideró que la prohibición de usar Amazon contribuía a mantener la imagen de lujo de sus productos, dado que plataformas como Amazon constituyen un canal de venta generalista de todo tipo de bienes que podía perjudicar esa imagen de lujo. Sin embargo, este no era el caso de Apple, ya que, a diferencia del caso de Coty, que prohibió a cualquiera utilizar dicho canal para no comprometer su

[15] Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2017 Caso C-230/16, Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH; ECLI:EU:C:2017:941

imagen de marca, en el presente caso la propia Apple y algunos de sus distribuidores sí que estaban autorizados a utilizar Amazon para vender productos de Apple, no tratándose de una prohibición general como en el caso de Coty sino selectiva por parte de Apple (los que quería Apple podían vender y el resto no).

Efectos de las cláusulas en el mercado

Aunque cuando una restricción de la competencia es calificada como por objeto no es necesario demostrar sus efectos en el mercado para que esté prohibida, la CNMC consideró que en el presente caso, además, las Cláusulas de Brand Gating habían producido los siguientes efectos:

- Más del 90% de los revendedores que venían utilizando el mercado en línea de Amazon en España para la venta de productos Apple pasaron a no estar autorizados para seguir vendiendo estos productos en el principal mercado en línea de España (recordemos que Amazon tenía una cuota del 35-40% en el mercado de la venta en línea de productos electrónicos y muy por encima del siguiente competidor que tenía un 5-10% de cuota de mercado).
- Los revendedores no autorizados por Apple para vender sus productos en el mercado en línea de Amazon en España perdieron un importante canal de ventas, ya que la mayoría de las ventas en línea de productos electrónicos en España se realizan en este mercado en línea.
- Las ventas de productos Apple en el mercado en línea de Amazon se concentraron en la propia Amazon, reduciendo drásticamente la competencia intramarca (entre vendedores de productos Apple) en esta plataforma.
- Se produjo una reducción de las ventas de productos Apple a través del mercado en línea de Amazon en España por parte de revendedores ubicados en otros países de la UE, lo que limita el comercio entre los Estados miembros y dificulta la interpenetración de los mercados nacionales (que es uno de los objetivos perseguidos por los Tratados y la política de competencia europea y es considerado una infracción en si misma).
- La CNMC realizó su propio estudio económico de los precios de los productos Apple en el mercado en línea de Amazon y concluyó que se había producido un aumento de los precios relativos pagados por los consumidores por la compra de productos Apple en la plataforma de Amazon en España como consecuencia de los acuerdos.

Las Cláusulas de publicidad

La CNMC consideró que esta cláusula constituía una restricción de la competencia por objeto tras analizar su contenido, sus objetivos y el contexto jurídico y económico, que restringía la competencia inter-marca (i.e. entre los productos Apple y los de otros fabricantes competidores de productos electrónicos), sin perjuicio de su contribución a la consecución de un plan global que perseguía un objetivo común que se analizará más adelante.

En cuanto a su contenido, la CNMC consideró que: (i) al buscar un producto Apple, los consumidores no podían ver anuncios de productos de la competencia en los supuestos descritos, lo que les impedía o dificultaba la toma de decisiones informadas; y (ii) reducían, en general, la capacidad de las marcas competidoras de mostrar anuncios a los potenciales consumidores.

En cuanto a los objetivos, la CNMC se basó en evidencias internas de las partes conseguidas durante la instrucción para concluir que el objetivo de Apple era limitar la competencia que las marcas competidoras podían ejercer sobre ella, mientras que el objetivo de Amazon era, de nuevo, lograr un suministro completo y directo de los productos de Apple que antes de suscribir los acuerdos de 2018 que contienen las cláusulas investigadas no tenían.

En cuanto al contexto jurídico y económico, además de lo ya mencionado anteriormente, la CNMC se basó en su "Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España" (publicado el 7 de julio de 2021) para concluir que aunque el papel de Amazon era menor que el de Google y Facebook en el mercado de la publicidad en línea, podía convertirse en una fuerza muy competitiva en este campo en base al fuerte crecimiento de sus ingresos publicitarios derivados de su propio inventario junto con el auge del comercio electrónico acelerado por la pandemia. De hecho, esta previsión ha sido recientemente confirmada con la designación de Amazon el 6 de septiembre de 2023 (ni dos meses después de la adopción y publicación de la Decisión) como guardián de acceso en el sector de la publicidad en línea en aplicación de la Ley de Mercados Digitales o *Digital Markets Act*, una regulación adoptada en Europa para regular a grandes plataformas digitales a las que se le imponen una serie de obligaciones una vez son designadas como guardianes de acceso para lo que tienen que cumplir unos requisitos muy exigentes en términos de ingresos, número de usuarios, etc.

Las Cláusulas de limitaciones al marketing

La CNMC consideró que esta cláusula constituía una restricción de la competencia por objeto tras analizar su contenido, sus objetivos y el contexto jurídico y económico, que restringía la competencia inter-marca (i.e. entre los productos Apple y los de otros fabricantes competidores de productos electrónicos), sin perjuicio de su contribución a la consecución de un plan global que perseguía un objetivo común que se analizará más adelante.

En cuanto a su contenido, la CNMC consideró que estas cláusulas tienen un efecto similar a una cláusula de no competencia en el sentido de que limitaban la capacidad de Amazon de dirigirse a sus propios clientes para implementar una campaña de marketing animándoles a cambiar a un producto de la competencia (no Apple). Aunque esto podría estar justificado en base al RECAV 2010 durante la vigencia del contrato (si procediese su aplicación), no es así durante los dos años posteriores a su vencimiento.

En cuanto a los objetivos, la CNMC se basó en pruebas internas de las partes para concluir que el objetivo de Apple era evitar que Amazon pudiera dirigirse a sus propios clientes para poner en marcha una campaña de marketing que les animara a cambiar a un producto de la competencia (no Apple) y el objetivo de Amazon era, de nuevo, conseguir un suministro completo y directo de productos Apple.

En cuanto al contexto jurídico y económico, además de lo ya mencionado en las Cláusulas de Brand Gating, la CNMC consideró que cada venta de un producto de Apple en Amazon podía dar lugar a una campaña de marketing pero que esta posibilidad quedaba anulada debido al acuerdo entre las partes.

6. Infracción única y continuada

La infracción única y continuada es una figura jurídica que permite sancionar la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión[16].

De acuerdo con la jurisprudencia[17], no es necesario que todas y cada una de las conductas analizadas y sancionadas sean consideradas una infracción en si misma de manera individual (aunque podrían serlo), sino que todas, analizadas en su conjunto, constituyan una infracción.

En este caso, la CNMC consideró que las tres cláusulas constituían una infracción única y continuada al haber sido negociadas conjuntamente para la consecución de un plan global que perseguía un objetivo común (esto es, modificar de forma anticompetitiva la venta de productos Apple en el mercado en línea de Amazon en España).

En este sentido, consideró que las Cláusulas de Brand Gating restringían la competencia intra-marca (entre productos Apple) en la web de Amazon en España, mediante la expulsión de la mayor parte de los vendedores de productos Apple en dicho mercado en línea, mientras que las Cláusulas de Publicidad y las Cláusulas de Limitaciones al Marketing restringían la competencia inter-marca (entre los productos Apple y productos de marcas competidoras) al limitar la posibilidad de que marcas competidoras de Apple pudieran anunciarse en determinados espacios de la web de Amazon en España cuando un consumidor buscaba un producto marca Apple o pudieran beneficiarse, en el futuro, de campañas de marketing de conquista llevadas a cabo por Amazon dirigidas a clientes de Apple.

Al calificarlas de este modo, no era necesario demostrar o verificar que cada una de la cláusulas controvertidas de forma aislada constituía efectivamente una infracción del Derecho de la competencia porque eran las tres en su conjunto las que constituían una infracción única y continuada aunque, como se ha explicado, la CNMC también consideró en este caso que cada una de las cláusulas de forma individual constituía una restricción de la competencia por el objeto de los artículos 1 LDC y 101 TFUE (y en el caso de las Cláusulas de Brand Gating, también por el efecto).

7. Eficiencias y justificaciones

Aunque un acuerdo sea anticompetitivo, de acuerdo con los arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE, las partes siempre pueden alegar que el mismo presenta eficiencias que compensan sus efectos negativos en el mercado y que hacen que, globalmente considerado, el acuerdo sea beneficioso.

[16] Artículo 29.6 de la Ley 40/2015.

[17] Ver sentencia del TJUE en el asunto C-699/19 - Quanta Storage Inc. (ECLI:EU:C:2022:483), párrafo 59.

Para ello, las partes tienen que demostrar que los acuerdos en cuestión cumplen cuatro condiciones cumulativas: (i) que contribuyen a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico; (ii) que permiten a los consumidores o usuarios beneficiarse de sus ventajas; (iii) que no imponen restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos perseguidos; y (iv) que no eliminan la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Tanto Amazon como Apple sostenían que se cumplían todos los requisitos previstos en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, de tal modo que las cláusulas controvertidas deberían quedar exentas de la prohibición de los artículos 1.1. de la LDC y 101.1 del TFUE.

Por un lado, la principal alegación de Amazon era que los acuerdos habían aumentado significativamente la cartera y la disponibilidad de productos Apple en su mercado en línea (junto con mejoras en la entrega y la presentación de los productos en el sitio web y una reducción de los precios derivada de los mayores descuentos conseguidos de Apple). Por otro lado, Apple alegaba que los acuerdos habían contribuido a luchar contra la venta de productos falsificados de Apple en Amazon.

Sin embargo, la CNMC consideró que en el presente caso no se cumplían las condiciones de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, especialmente el criterio de indispensabilidad.

En este sentido, en relación con las alegaciones de Amazon, la CNMC explicó que no existía un nexo causal entre las supuestas eficiencias y las cláusulas en cuestión. El aumento de la cartera y disponibilidad de los productos de Apple se derivaba del suministro directo por parte de Apple a Amazon, lo que podría haberse logrado sin incluir las cláusulas en cuestión en los acuerdos. Y se consideró que lo mismo sucedía con el resto de supuestas eficiencias.

En cuanto a la lucha contra la falsificación de productos, la CNMC estimó que si Apple consideraba que algunos revendedores estaban vendiendo productos falsificados, debería haber adoptado medidas correctoras o presentar una denuncia ante las autoridades competentes. Además, existían varios indicios de que había formas más proporcionadas de actuar al respecto, entre otros, el hecho de que Apple decidiera en noviembre de 2021 (tras el inicio de la investigación) autorizar a todos los revendedores oficiales a vender en Amazon. Por último, según los propios datos de Amazon, menos del 0-5% de los productos de Apple vendidos en Amazon recibían una reclamación por falsificación.

Por las razones anteriores, la CNMC rechazó las alegaciones realizadas por las partes y consideró que no existían eficiencias que compensaran los efectos negativos para la competencia derivados de las cláusulas controvertidas.

8. Conclusión

La CNMC consideró que las Cláusulas de Brand Gating, las Cláusulas de publicidad y las Cláusulas de limitaciones al marketing constituían una infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE que tenían por objeto (y, en el primer caso, también por efecto) de impedir, restringir y/o falsear la competencia inter e intramarca en la venta de productos Apple en el mercado en línea de Amazon en España, lo que benefició a ambas empresas.

Por un lado, Apple: (i) a través de las Cláusulas de Brand Gating habría conseguido un aumento significativo de sus ventas al por mayor a Amazon y un mejor control de su canal de distribución que, como consecuencia, habría llevado a una reducción de la competencia intra-marca (es decir, entre revendedores autorizados y no autorizados de productos Apple) en el mercado en línea de Amazon en España; y (ii) a través de las Cláusulas de publicidad y las Cláusulas de limitaciones al marketing habría reducido la competencia inter-marca (es decir, entre Apple y las marcas competidoras) en el mercado en línea de Amazon en España.

Por otro lado, Amazon, al aceptar estas cláusulas, se aseguraba para sí el suministro de la cartera completa de productos de Apple (accediendo a sus productos más demandados a los que no tenía acceso antes de firmar los contratos de 2018) y aumentaba sus ingresos derivados de la venta de productos Apple (debido a la concentración de ventas de productos Apple en sí misma tras la no autorización de la mayoría de revendedores a utilizar esta plataforma para vender productos Apple).

Bibliografía

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, 8 de febrero de 2024.

AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA. Auto de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2023 (Auto 01669/2023).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Plan de Actuaciones de la CNMC (2021-2022).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Plan Estratégico de la CNMC (2021-2026).

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA. Sentencia de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/ Comisión, T-44/00, EU:T:2004:218.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2017 Caso C-230/16, Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH; ECLI:EU:C:2017:941.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del TJUE en el asunto C-699/19 - Quanta Storage Inc., ECLI:EU:C:2022:483.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

UNIÓN EUROPEA. REGLAMENTO (UE) N o 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Evolución de la política regulatoria de las comunicaciones electrónicas ante la transformación digital

Autores:

Daniel Ollé Oriol, Subdirector de la Subdirección Técnica de las Comunicaciones Electrónicas de la CNMC

Juan Diego Otero Martín, Subdirector de la Subdirección de Análisis de Mercados de las Comunicaciones Electrónicas de la CNMC

Virginia Rodríguez Serrano, Subdirectora de la Subdirección de Regulación de las Comunicaciones Electrónicas de la CNMC

Resumen:

La regulación de las comunicaciones electrónicas en Europa ha evolucionado significativamente desde la liberalización del sector en los años 90. A medida que la transformación digital se acelera, surgen nuevos desafíos relacionados con la consecución de una conectividad lo más universal posible, la inversión en infraestructuras y la fragmentación del mercado único europeo. Este artículo analiza la evolución del marco regulador, desde el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas hasta las iniciativas más recientes, como la estrategia de la Década Digital y el conocido y reciente Libro Blanco de la Comisión Europea. Se examinan los principales problemas regulatorios, incluyendo el acceso a infraestructuras, la financiación de redes y la seguridad de las infraestructuras críticas. Finalmente, se evalúa el futuro de la regulación en el contexto de una posible Digital Networks Act, anunciada por la Comisión Europea, y de la próxima revisión del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas.

Palabras clave:

Regulación, telecomunicaciones, conectividad de gigabit, estrategia europea, Década digital.

Códigos JEL:

L51, L96, K23, L40, L86.

1. Introducción

El sector de las telecomunicaciones europeo está en un momento de especial complejidad. Tras pasar varios años sometido a unas reglas de funcionamiento claras y estables, distintos factores han motivado que las bases para su regulación estén analizándose con bastante profundidad. Entre tales factores está la necesidad de elevadas inversiones para el despliegue de redes de alta y muy alta capacidad[1] –toda vez que se considera esencial para la economía en su conjunto que haya infraestructuras digitales de gran calidad a partir de estas redes–, la transformación de las redes digitales –con la convergencia con las capacidades y sectores "*cloud*" (en la nube[2]) y de la tecnología computacional–, y la necesidad de fortalecer la industria europea ante la existencia de ciertas tensiones geopolíticas mundiales.

En este artículo se presentará una breve radiografía de la evolución del sector tradicional de las telecomunicaciones hasta el momento presente y se analizarán las propuestas para la modificación de la regulación de las telecomunicaciones que se están debatiendo a nivel europeo y sus implicaciones más relevantes. Asistimos a un momento de elevada profusión normativa o regulatoria, toda vez que se han dictado varios reglamentos y recomendaciones comunitarios que inciden en la regulación de las telecomunicaciones y los mercados digitales.

2. Evolución del sector de las comunicaciones electrónicas y situación de Europa frente a otras regiones

Pocos sectores han experimentado una transformación tan rápida en los últimos 30 años como el de las telecomunicaciones. A pesar de todos los avances, es inevitable pensar también que la transformación digital no ha hecho más que empezar.

Operadas históricamente por monopolios públicos o privados, las redes de comunicaciones electrónicas se han abierto gradualmente a la competencia en Europa desde la década de 1990. A partir de los años 90, la Unión Europea (UE) estableció un marco regulatorio para organizar esta introducción de la competencia y garantizar que los monopolios establecidos no abusaran de su posición frente a los entrantes.

[1] En esencia, una red de alta velocidad debe ofrecer al menos 30 Mb/s de velocidad, mientras que una red de muy alta velocidad es una red de fibra óptica (o de una tecnología con prestaciones equivalentes) que permite velocidades mucho mayores. En España, con la red de fibra actual los operadores ofrecen velocidades de 600Mb/s y de 1Gb/s. La Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), define esos términos en su Anexo II.

[2] Modelo de prestación de servicios informáticos que permite el acceso remoto a recursos como almacenamiento, computación y aplicaciones a través de internet, sin necesidad de infraestructura física propia por parte del usuario. Este mercado está dominado por grandes proveedores como Amazon (AWS), Microsoft (Azure) y Alphabet (Google Cloud), que ofrecen plataformas escalables y de alto rendimiento a empresas y administraciones públicas.

La apertura de las redes de telecomunicaciones a la competencia ha sido en general un éxito a nivel global y, en especial, en Europa. La intervención regulatoria en las telecomunicaciones se ha basado en la imposición de obligaciones asimétricas (es decir, impuestas solo a determinadas empresas) sobre los operadores con peso significativo en el mercado (PSM). Con ello, se buscaba facilitar la entrada en un mercado caracterizado por operadores históricos (en España, Telefónica) que contaban con importantes ventajas derivadas de amplias economías de escala y alcance y el control de una infraestructura no replicable fácilmente, entre otras.

La regulación del sector ha debido adaptarse a (i) un cambio tecnológico acelerado (introducción de la banda ancha fija/móvil, paso de cobre a fibra, etc.) y (ii) el incremento progresivo de la competencia, que ha hecho necesario ir suprimiendo o suavizando las obligaciones regulatorias.

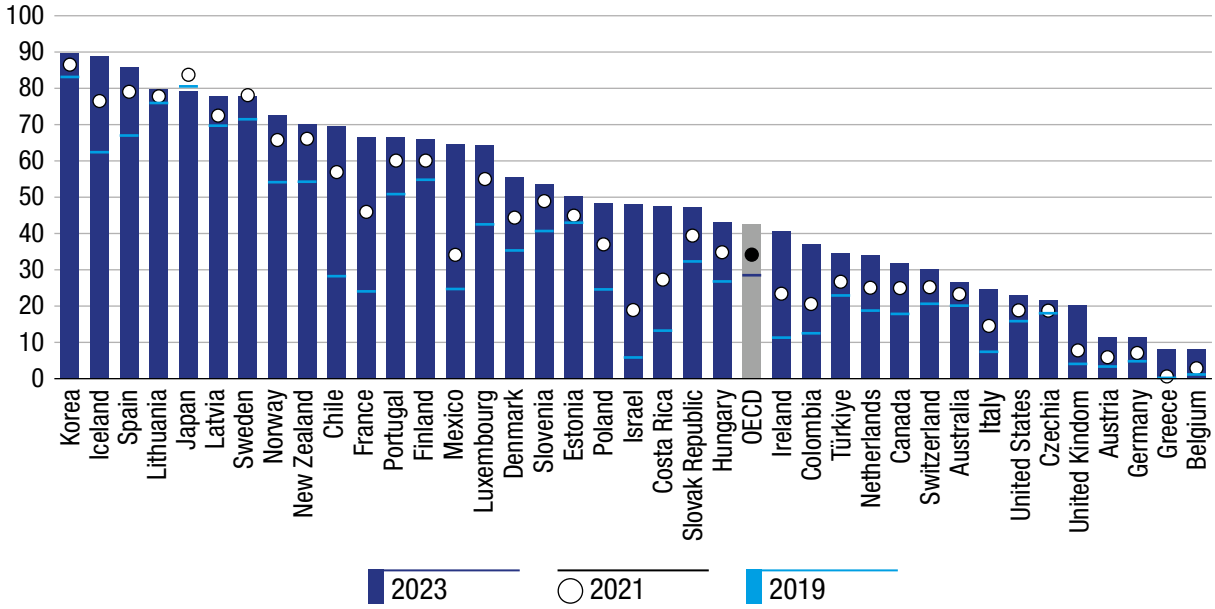
Un ejemplo paradigmático es la regulación del mercado de acceso y originación móvil[3], que permitió la entrada de los operadores móviles virtuales (OMV) en España: en 2006, la CMT[4] demostró que el mercado móvil era poco competitivo, con precios altos y poco transparentes. La CMT concluyó que Telefónica, Vodafone y Orange poseían PSM de manera conjunta e impuso a estos tres operadores la obligación de ofrecer acceso mayorista a terceros. Esta decisión fue un hito histórico de la regulación de las telecomunicaciones en España, pues permitió la entrada en el mercado de los OMV, con modelos de negocio y estrategias diferentes. Esto provocó un aumento de la competencia en todo el mercado. Como consecuencia, la CNMC consideró en 2017 que el mercado de acceso a redes móviles tendía hacia la competencia efectiva y retiró la regulación de acceso a los OMV. Es decir, desde 2017 los acuerdos entre los OMV y los operadores móviles de red se firman en condiciones comerciales.

Si el decenio transcurrido entre 2003 y 2013 tuvo como principal exponente la regulación en los mercados de telefonía móvil, el decenio posterior se ha caracterizado por el profundo cambio tecnológico en la red fija de telecomunicaciones, con el despliegue de redes de fibra hasta el hogar. Asimismo, la regulación de estas nuevas redes se ha caracterizado por un mayor énfasis en la competencia en infraestructuras, con el objetivo de lograr un despliegue masivo. Para ello, la CNMC dio preminencia al acceso regulado a la infraestructura civil de Telefónica y a las obligaciones simétricas de acceso a la fibra desplegada en el interior de los edificios. De hecho, España es un caso de éxito de aplicación de este tipo de regulación, con resultados muy satisfactorios en los despliegues de redes de nueva generación: España es el tercer país de la OCDE con un mayor porcentaje de conexiones de fibra en relación con el total de conexiones de banda ancha, solo por detrás de Corea e Islandia, como muestra el siguiente gráfico.

[3] Mercado que engloba los servicios mayoristas que un operador móvil de red presta a otros operadores para que estos comercialicen servicios de comunicaciones electrónicas móviles a sus clientes (llamadas, mensajes SMS y MMS, acceso de banda ancha móvil, etc.).

[4] Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, organismo integrado en 2013 en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

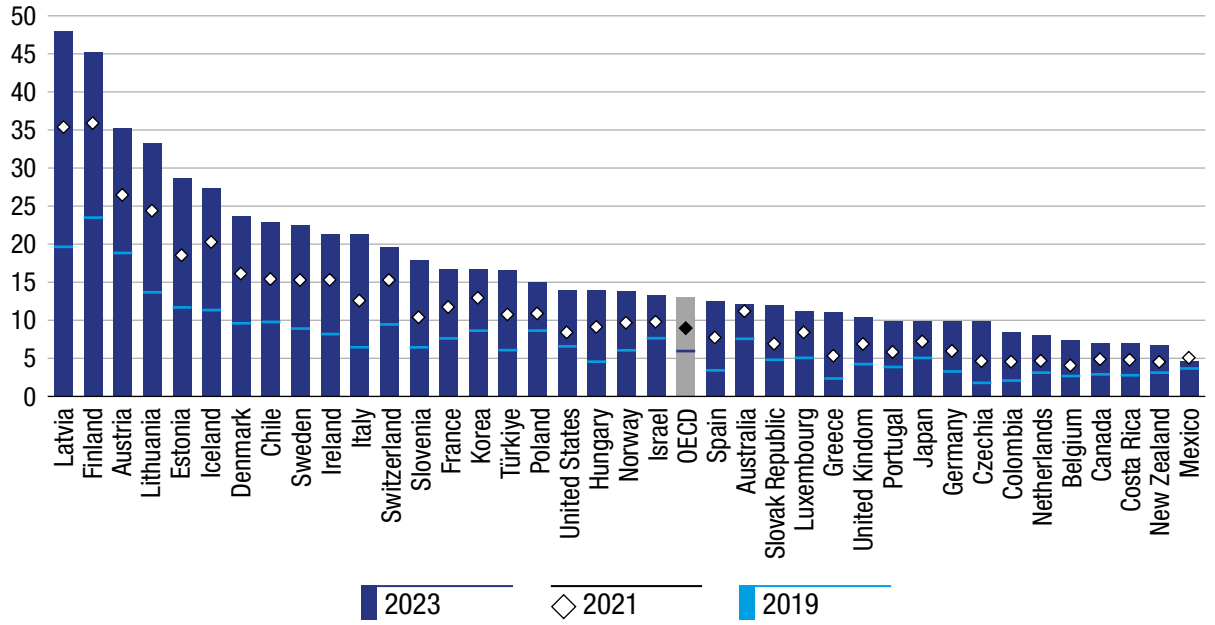
Gráfico 1. % de conexiones de fibra sobre total de banda ancha. Diciembre 2023



Fuente: *OCDE broadband portal*

Los datos anteriores muestran que, con el mismo marco normativo en la UE, hay una gran variabilidad de resultados en este territorio. Hay países líderes en penetración, como España o Lituania, y otros a la cola de la OCDE, como Grecia y Bélgica. En todo caso, la penetración media de los países de la UE en la OCDE asciende al 47,1%[5], superior a la media de la OCDE (42,5%) y algo más del doble que la penetración de la fibra en Estados Unidos (23,1%).

Gráfico 2. Consumo mensual de datos móviles (GB). Diciembre 2023



Fuente: *OCDE broadband portal*

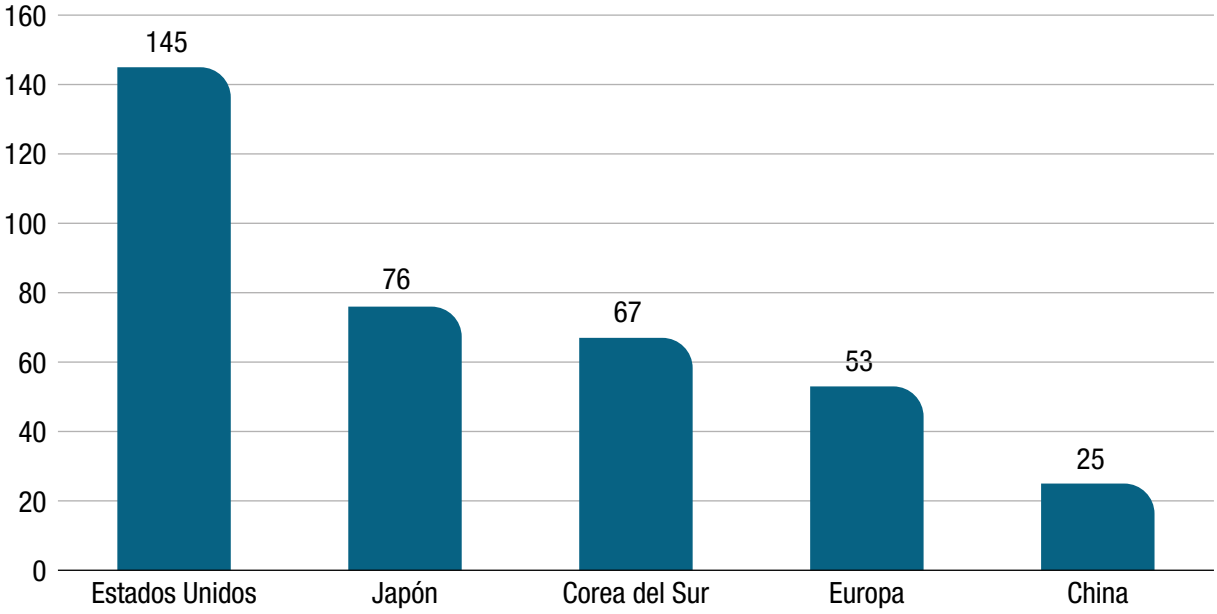
[5] Calculada como la media simple de la penetración de los 22 países de la Unión Europea que forman parte de la OCDE.

Atendiendo a los datos de conectividad móvil, la situación es parecida, hay mucha variabilidad, pero hay varios países europeos entre los líderes mundiales. La siguiente gráfica de la OCDE muestra el consumo medio por línea de banda ancha móvil expresado en Gigabytes (GB), que es un buen indicador de la calidad de la conectividad móvil en el país.

Los cinco primeros países de la OCDE en consumo móvil son miembros de la UE. El consumo medio de la UE está en 19,7 GB/mes, mientras que el consumo medio en Estados Unidos es de 14 GB/mes y la media de la OCDE se sitúa en 13,1 GB/mes.

En cuanto a los precios, Estados Unidos es una región considerablemente cara. El gasto por hogar está en torno a los 150 euros/mes, frente a los algo más de 50 en Europa y 25 en China.

Gráfico 3. Estimación gasto por hogar en telecomunicaciones[6] (€/mes)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de ETNO 2023

En términos de inversión, Estados Unidos lidera con una inversión ajustada por habitante de 174 €, en comparación con los 109 € de Europa y los 83 € de China. Aunque la inversión per cápita de Estados Unidos supera tanto a la de Europa como a la de China, es crucial evaluar no solo el monto invertido, sino también los resultados obtenidos. Como se ha visto, Europa supera a Estados Unidos tanto en penetración de las redes de fibra como en consumo medio móvil.

3. Adaptación de estos últimos años de la regulación a las necesidades y complejidad de la transformación digital

Conviene sintetizar brevemente las fuentes principales de la regulación actual de las comunicaciones electrónicas.

[6] El gasto por hogar se ha estimado a partir de los datos ARPU de móvil y fijo de ETNO del informe Draghi, asumiendo un consumo medio de una línea fija con banda ancha y dos líneas móviles.

La LGTel y el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas

En 2002, la UE aprobó el conocido "paquete de telecomunicaciones", que configuró el marco regulador de las telecomunicaciones en Europa durante muchos años. Este marco, compuesto por una serie de directivas[7], estableció un sistema de regulación de redes y servicios de telecomunicaciones basado en los principios del Derecho de la competencia.

Tras una revisión intermedia en 2009, las directivas anteriores fueron derogadas en 2018 por el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas[8] (el Código). Esta directiva –que se transpuso en España a través de la Ley General de Telecomunicaciones –LGTel– (vid. nota al pie 1)– se acompaña de otras normas, algunas de ellas de directa aplicación en los Estados Miembros (EE. MM.) de la UE, al tratarse de reglamentos comunitarios.

Por poner contexto al propósito del presente trabajo, ha de recordarse cuales son los principios básicos de la regulación de las telecomunicaciones, refiriéndonos en este artículo a la explotación de las redes de comunicaciones electrónicas y a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, sus recursos y servicios asociados. Las telecomunicaciones son servicios de interés general (art. 2 LGTel), que se prestan en régimen de libre competencia, siendo únicamente necesaria una notificación a la Autoridad Nacional de Reglamentación (ANR) española (la CNMC), para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

Para la prestación de determinados servicios es necesaria la obtención de derechos de uso de recursos limitados de telecomunicaciones, como la numeración (que se asignará posteriormente a los usuarios) y el espectro radioeléctrico, cuyo uso está sujeto a autorización o concesión administrativa y tiene reguladas sus condiciones específicas.

Por otro lado, únicamente ciertos servicios están sometidos a obligaciones de servicio público. El principal es el servicio universal de telecomunicaciones[9], pero existen otras obligaciones de servicio público que pueden ser impuestas por el Gobierno por necesidades de seguridad nacional u otras.

Además de lo anterior, al tratarse de servicios de interés general, las telecomunicaciones están sometidas a determinada regulación. Sin ser exhaustivos, existe todo un conjunto de obligaciones de carácter público en la normativa, dirigidas en algunos casos a establecer derechos para los operadores (a la ocupación del dominio público) y, en otros casos, a establecer determinadas obligaciones para algunos operadores y derechos para los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones.

Asimismo, es relevante citar la regulación aplicable a la interconexión y acceso mayorista a recursos de red y servicios de los operadores, dirigida a establecer ciertas reglas para garan-

[7] Las principales normativas son la Directiva Marco (2002/21/CE), la Directiva de Acceso (2002/19/CE), la Directiva de Servicio Universal (2002/22/CE) y la Directiva de Autorización (2002/20/CE), todas del 7 de marzo de 2002 y relativas a la regulación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

[8] Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre.

[9] El servicio universal es el "*conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los consumidores con independencia de su localización geográfica, en condiciones de neutralidad tecnológica, con una calidad determinada y a un precio asequible*" (artículo 37.1 LGTel).

tizar la conexión de redes entre sí y el acceso a recursos fundamentales para garantizar la interoperabilidad y la prestación de servicios a los consumidores y usuarios. Parte relevante de esta regulación de acceso –pero no la única– es la regulación *ex ante* de mercados de comunicaciones electrónicas que en determinados supuestos pueden dictar las ANR –se hacía alusión a ello en el apartado anterior–, imponiendo a través de un procedimiento regulado obligaciones específicas a los operadores con PSM, en el caso de que sea necesario para garantizar la competencia[10].

En otro orden de cosas, el Código introdujo en el marco regulador un objetivo esencial y adicional a los objetivos existentes hasta el momento –la promoción de la competencia, la consolidación del mercado interior y la defensa de los intereses o derechos de los usuarios finales–, consistente en un objetivo de "conectividad", concretamente, en perseguir el acceso generalizado a redes de muy alta capacidad por la ciudadanía[11].

El programa estratégico de la Década Digital para 2030

El foco que puso el Código en la conectividad se vio explicitado y concretado en diciembre de 2022 en el programa estratégico de la Década Digital para 2030 ("*Path to the Digital Decade*")[12], que combina objetivos de conectividad con otros objetivos relacionados con la transformación digital de la economía y la sociedad y justifican el impulso de las instituciones comunitarias a varias iniciativas.

Las "metas digitales" de la Década Digital a alcanzar en 2030 en toda la Unión son las siguientes, en cuanto a conectividad:

- que todos los usuarios finales en una ubicación fija estén cubiertos por una "red de gigabit" (es decir, que ofrezca una velocidad de 1Gbit/s, 1.000 Mb/s); y
- que todas las zonas pobladas estén cubiertas por redes inalámbricas de alta velocidad de próxima generación con un rendimiento equivalente, como mínimo, al de la 5G.

Dichos objetivos de conectividad se acompañan de diversos objetivos de transformación digital, que abarcan diversos ámbitos, desde la capacitación de la población y de especialistas en TIC hasta el despliegue de «nodos de proximidad» (*edge nodes*), pasando por la digitalización de los servicios públicos y los medios de identificación.

Los objetivos señalados son la base para la definición de los indicadores que son objeto de seguimiento desde 2023 en los informes anuales de la Comisión Europea (la Comisión) sobre la Década Digital, sucesores de los informes que de 2014 a 2022 se realizaron bajo la denominación de informes sobre el Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI).

[10] Capítulo IV del Título II de la LGTel. Una explicación del régimen de las obligaciones de acceso mayorista que se pueden imponer se puede encontrar en el apartado 5 de la Comunicación 2/2024, de 2 de julio, de la CNMC, por la que se publican directrices relativas a la resolución de los conflictos en materia de impagos de servicios mayoristas de acceso a redes, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos asociados. Disponible en: https://www.cnmc.es/expedientes/comunicaciondtsa00323

[11] Ver el Considerando (23) del Código.

[12] Decisión 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022.

Reglamento de la infraestructura de gigabit

En febrero de 2023, la Comisión lanzó su "paquete de conectividad", dirigido a fomentar el despliegue de redes del Gigabit[13]. Como resultado de las iniciativas que contenía este paquete, en febrero de 2024 se aprobó la Recomendación Gigabit[14], cuyo objetivo es orientar a las ANR en sus cometidos de regulación de mercados de banda ancha.

Otro elemento de este paquete era una propuesta legislativa que, tras el pertinente proceso legislativo, cristalizó en el Reglamento de la Infraestructura de Gigabit (conocido como el GIA, *Gigabit Infrastructure Act)*[15], que precisamente se basa en la necesidad de garantizar la coherencia en la aplicación de las normas de la Unión y en el desarrollo de un mercado interior para el uso y despliegue de infraestructuras físicas –destinadas a las redes de muy alta capacidad–, para tomar la forma de reglamento (Considerando (10) del reglamento) y sustituir a la Directiva de Reducción de costes al despliegue de 2014.

Esta norma refuerza y/o desarrolla las medidas que se establecieron en la citada directiva, dirigidas a regular el derecho de las empresas que explotan redes de comunicaciones electrónicas (de alta y muy alta capacidad) a acceder a las infraestructuras físicas de un gran número de agentes –incluidas las Administraciones públicas o las empresas que prestan servicios de electricidad, gas y agua– y los procedimientos para dicho acceso. Asimismo, comprende medidas para hacer posible la coordinación de obras civiles y la reducción de la carga administrativa para las empresas, a través de ciertas reglas concernientes a los permisos administrativos, y regula el acceso a las infraestructuras físicas en el interior del edificio adaptadas a la fibra y el cableado de fibra en el interior del edificio. Esta norma ha de aplicarse en los EE. MM. con carácter general a partir del 12 de noviembre de 2025 –con algunas excepciones–.

Acceso abierto a internet

Como aspecto detraído del Código, es fundamental asimismo detenernos en el Reglamento sobre el acceso abierto a internet[16] (Reglamento de OI). El acceso a internet es una herramienta esencial para el ejercicio de derechos fundamentales[17], como el derecho a la libertad de expresión o de información, o los derechos a la educación, al trabajo y a la libertad de empresa. Aunque es un servicio que se presta en régimen de libre competencia, como todos los servicios de telecomunicaciones, es un servicio sometido a obligaciones de servicio público –a través del servicio universal[18]–.

---

[13] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_985

[14] Recomendación (UE) 2024/539 de la Comisión, de 6 de febrero de 2024, sobre la promoción por vía normativa de la conectividad de gigabit.

[15] Reglamento (UE) 2024/1309, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, por el que se establecen medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de gigabit, se modifica el Reglamento (UE) 2015/2120 y se deroga la Directiva 2014/61/UE.

[16] 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 y tarifas al por menor para comunicaciones intracomunitarias reguladas.

[17] Considerados como tales, en nuestro contexto jurídico más cercano, por la Constitución española.

[18] Es un elemento del servicio universal el servicio de acceso adecuado a una internet de banda ancha prestado a través de una conexión en una ubicación fija, que permita soportar un conjunto mínimo de servicios referidos en el anexo III de la LGTel.

El acceso abierto a internet –o el derecho a la neutralidad de la red– se puede describir como el derecho de los usuarios finales a acceder, a través de su servicio de acceso a internet, a la información y contenidos de su elección y a distribuirlos, usar y suministrar aplicaciones y servicios, sin discriminación, restricciones o interferencias y prácticas de gestión del tráfico del operador de acceso a internet.

La LGTel (art. 76) incorpora literalmente el contenido del Reglamento de OI de 2015. Esta regulación tiene dos objetivos, la protección de los derechos de elección de los usuarios finales (y con ello su libertad de expresión), y la protección de la libre competencia entre proveedores de servicios de acceso a internet y proveedores de contenidos o de otros servicios a través de Internet, así como garantizar un entorno que favorezca la innovación (así se declara desde el Considerando (1) del reglamento). Como luego se analizará, el equilibrio entre estos dos agentes (operadores de servicios de acceso a Internet y proveedores de servicios a través de internet, y la posible afectación al acceso abierto a Internet, ha adquirido una relevancia fundamental los últimos años, por el poder de mercado que tienen algunos de estos proveedores de servicios[19].

Los derechos de acceso universal a internet y a la neutralidad de internet han sido reconocidos como "derechos digitales" por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Asimismo, el Gobierno de España promulgó en julio de 2021 una Carta de Derechos digitales que, aunque no tiene valor normativo, configura el derecho a la neutralidad de internet como un derecho de la ciudadanía de participación y de conformación del espacio público[20].

El ORECE (el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas) ha emitido y actualiza periódicamente sus directrices con la interpretación sobre esta regulación[21].

Mercado de itinerancia

Otro mercado que las instituciones comunitarias consideraron necesario regular directamente desde 2006 es el mercado de itinerancia móvil. La itinerancia móvil (conocida como *roaming*) permite a los usuarios conectarse a redes móviles fuera de su país. Los precios que los operadores móviles han cobrado (y siguen cobrando fuera de Europa) por este servicio suelen ser muy elevados. El 30 de junio de 2007 entraba en vigor la primera regulación europea de las tarifas y condiciones de la itinerancia móvil dentro de Europa[22], que justifica desde sus considerandos la intervención directa en este mercado: por un lado, es preciso avanzar en la creación de un mercado interior de las comunicaciones electrónicas y hay una necesidad de minorar los precios del tráfico transfronterizo de telefonía móvil de los ciudadanos comunitarios y, por otro lado, el marco regulador –basado en la identificación de operadores con PSM– no dota de instrumentos suficientes a las ANR ante las circunstancias específicas de los mercados de itinerancia internacional.

[19] Principalmente, Google, Apple, Meta, Amazon y Microsoft.

[20] https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

[21] Las últimas directrices del ORECE, de junio de 2022, están disponibles aquí: https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/regulatory-best-practices/guidelines/berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation-0

[22] Reglamento (CE) nº 717/2007del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio.

La regulación de la itinerancia ha sido muy efectiva. El citado reglamento estableció distintas reglas en relación con las tarifas que podían aplicar los operadores móviles a la prestación de servicios de itinerancia internacional para las llamadas que se originaran y terminasen dentro de la UE, reglas aplicables tanto a las tarifas al por mayor entre operadores como a las tarifas al por menor a cobrar a los usuarios (límites conocidos como Eurotarifas).

El Reglamento de Itinerancia posterior[23] amplió la regulación a las tarifas de los servicios de provisión de acceso a internet (datos) en itinerancia –inclusión fundamental para los usuarios–. Posteriormente (a partir del 15 de junio de 2017), a través del Reglamento de OI, se suprimieron los recargos por itinerancia al por menor, implementándose en Europa el régimen de «*itinerancia como en casa*», del que se disfruta actualmente[24] –salvo excepciones reguladas–.

ORECE

Es relevante mencionar el papel en la aplicación del marco regulador de comunicaciones electrónicas que a nivel europeo tienen la Comisión, con funciones básicas de impulso y supervisión de ciertas medidas establecidas en las normas comunitarias, y el ORECE (en inglés, BEREC[25]).

El ORECE reúne a las ANR europeas desde 2009 y tiene como objetivo principal contribuir al desarrollo y mejora del funcionamiento del mercado interior de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y velar por la aplicación coherente del marco reglamentario de las comunicaciones electrónicas, así como ser un foro para la cooperación entre las ANR y entre estas y la Comisión[26]. Por ejemplo, el ORECE tiene encomendado –por el Código y otras normas comunitarias– el desarrollo de directrices (*guidelines*) para la interpretación de determinadas disposiciones comunitarias o dar input periódico a la Comisión, para la revisión periódica del marco regulador comunitario.

Otras normas relevantes para el ecosistema digital

La UE ha aprobado varias normas recientemente que no son analizadas en el presente artículo, pero que afectan a los mercados digitales en su conjunto. Podemos destacar en especial el Reglamento de Datos[27] –cuya aplicación está prevista de forma general a partir del 12 de septiembre de 2025", el Reglamento de Mercados Digitales[28], el Reglamento de Servicios Digitales[29] y el Reglamento de Inteligencia Artificial (IA)[30].

[23] Reglamento (UE) nº 531/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio.

[24] Actualmente está en vigor el Reglamento (UE) 2022/612, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de abril de 2022, relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

[25] Body of European Regulators for Electronic Communications.

[26] La norma que regula su funcionamiento y funciones actualmente es el Reglamento (UE) 2018/1971 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, por el que se establecen el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Agencia de apoyo al ORECE (Oficina del ORECE).

[27] Reglamento (UE) 2023/2854 de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización.

[28] Reglamento (UE) 2022/1925 de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.

[29] Reglamento (UE) 2022/2065 de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales.

[30] Reglamento (UE) 2024/1689 de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

Aunque estas normas no incluyen en su ámbito de aplicación directamente al sector tradicional de las telecomunicaciones, les afecta por la interrelación creciente en la industria digital. En estas normas se plantean medidas de interoperabilidad y portabilidad similares a las del sector de las comunicaciones electrónicas y muchas ANR de los EE. MM. están siendo encargadas de su aplicación en algunos aspectos.

4. Iniciativas actuales para la revisión del marco regulador y diagnóstico presentado

Otro de los elementos del paquete de conectividad de la Comisión de febrero de 2023, que se comentaba en el apartado anterior, fue el lanzamiento de una consulta exploratoria sobre el futuro del sector de las comunicaciones electrónicas[31]. Hay tres aspectos principales en los que hay cierta convergencia en las respuestas[32]:

- la necesidad de un volumen muy significativo de inversiones para hacer frente a las necesidades de la industria para alcanzar los objetivos de conectividad mencionados y llevar a cabo la transformación digital. Las respuestas destacan el impacto que tendrán determinadas nuevas tecnologías en el sector –virtualización de las redes, la inteligencia artificial, las redes abiertas, los servicios cloud o el edge computing (el tratamiento de datos en los extremos de la red)[33]–;
- la necesidad de conseguir la plena integración del mercado único de las telecomunicaciones y de eliminar o simplificar determinadas regulaciones, para reducir costes y barreras a la industria;
- la relevancia de la seguridad en un sector estratégico como las comunicaciones electrónicas y la necesidad de asegurar que la infraestructura de conectividad europea está protegida de interferencias perjudiciales.

En febrero de 2024, la CE presentó nuevas iniciativas para fomentar la innovación, la seguridad y la resiliencia de las infraestructuras digitales europeas, a través de otro "paquete de conectividad sobre redes e infraestructuras digitales", compuesto por:

- una **Recomendación relativa a la seguridad y resiliencia de las infraestructuras de cable submarino**[34] –que establece una serie de medidas para mejorar la seguridad y resiliencia de las infraestructuras de cables submarinos identificadas como infraestructuras críticas de gran importancia estratégica,

[31] https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/consultations/future-electronic-communications-sector-and-its-infrastructure

[32] Fueron publicadas en octubre de 2023 junto con un resumen: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/results-exploratory-consultation-future-electronic-communications-sector-and-its-infrastructure

[33] Para profundizar en la naturaleza de estos servicios y en su evolución en Europa, y en cómo están transformando la industria de telecomunicaciones, se recomienda acudir al reciente informe sobre los servicios de la nube y computación en el borde de BEREC: *Report on Cloud and Edge Computing Services.* https://www.berec.europa.eu/en/all-documents/berec/reports/berec-report-on-cloud-and-edge-computing-services

[34] Recomendación (UE) 2024/779 de la Comisión, de 26 de febrero de 2024, sobre unas infraestructuras de cables submarinos seguras y resilientes.

- el **Libro Blanco** titulado *¿Cómo abordar con éxito las necesidades de infraestructura digital de Europa?*[35] (el Libro Blanco).

El Libro Blanco es un documento de reflexión que la Comisión sometió a consulta pública hasta junio de 2024, pretendiendo tener un amplio debate con los EE. MM., los reguladores, la industria y la sociedad civil sobre los retos a los que se enfrenta actualmente Europa. Este documento refleja el debate que actualmente está teniendo Europa sobre su competitividad frente a Asia y EE. UU.

El fin último de la Comisión es plantear acciones de política regulatoria, tal como una futura Ley de Redes Digitales (*Digital Networks Act* o DNA). El Libro Blanco plantea 12 escenarios, a partir de las ideas ya esbozadas en la consulta exploratoria anterior, algunos de los cuales se analizarán en el capítulo siguiente.

Este proceso lo inicia el equipo de la Comisión anterior y, tras las elecciones al Parlamento Europeo celebradas en junio de 2024, la nueva Comisión (nombrada por el Consejo Europeo el 28 de noviembre de 2024) debe recoger las ideas del Libro Blanco y de las respuestas a la consulta pública y formular sus recomendaciones.

Y este ejercicio ha de hacerse pronto, por la urgencia imperante en Europa y porque la Comisión debe revisar este año el funcionamiento de las medidas establecidas en el Código y presentar un informe al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar el 21 de diciembre de 2025[36].

Junto al Libro Blanco hemos de mencionar dos informes especialmente relevantes:

- Previa solicitud del Consejo Europeo, en abril de 2024 se publicó el **"informe Letta"** –bajo el título "Mucho más que un mercado[37]"–. Este informe analiza cómo el mercado único de la UE no está preparado para un mundo en el que su peso económico global está disminuyendo y donde los competidores son menos propensos a seguir normas globales. Letta presenta propuestas transversales sobre cómo avanzar en el mercado único europeo en varios sectores, pero se centra en tres específicos, uno de los cuáles es el de telecomunicaciones.
- La Comisión también había encargado a Mario Draghi un análisis sobre la competitividad europea. El "**informe Draghi**" se publicó el 9 de septiembre de 2024[38]. Este informe examina los desafíos que enfrenta la industria y las empresas dentro del mercado único europeo, destacando la necesidad de políticas que fortalezcan la competitividad europea en un entorno global cada vez más competitivo. Asimismo, el informe presenta propuestas específicas para el sector de las telecomunicaciones.

El Libro Blanco, el informe Letta y el informe Draghi presentan un diagnóstico de la competitividad europea muy similar:

---

[35] https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/white-paper-how-master-europes-digital-infrastructure-needs

[36] Como establece el artículo 122 del Código.
Según el mismo artículo, también a más tardar el 21 de diciembre de 2025, la Comisión ha de revisar el alcance del servicio universal, a fin de proponer al Parlamento Europeo y al Consejo la modificación o la redefinición de su ámbito de aplicación.

[37] https://institutdelors.eu/en/publications/much-more-than-a-market/

[38] https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en#paragraph_47059

- **La infraestructura digital actual de la UE no está preparada para los desafíos futuros**. La cobertura de fibra y el despliegue de redes 5G *standalone* son limitados en comparación con otras regiones líderes como EE. UU., Corea del Sur y China.
- **Europa se enfrenta a una transformación tecnológica**. La convergencia de la conectividad con la computación en la nube y en el borde (*edge*) está impulsando nuevos modelos de negocio y mercados, como la economía de las aplicaciones, el IoT, el análisis de datos y la IA.
- **Se necesitan inversiones masivas para la transformación digital.** Se estima que se necesitan más de 200.000 millones de euros para alcanzar los objetivos de conectividad de la Década Digital, incluyendo la cobertura de fibra y 5G y la integración de servicios satelitales.
- **La situación financiera del sector europeo de las comunicaciones electrónicas es preocupante**. Los bajos ingresos medios por usuario (ARPU), la disminución del retorno sobre el capital empleado (ROCE) y el aumento de la deuda dificultan la financiación de las inversiones necesarias.
- **La fragmentación del mercado único es un obstáculo relevante**. Las diferencias en las condiciones de oferta y demanda, los procedimientos de autorización del espectro y los distintos enfoques regulatorios de los EE. MM. impiden que los operadores alcancen la escala necesaria para invertir en redes de próxima generación.
- **La falta de un level playing field entre los proveedores tradicionales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los nuevos actores digitales**. La convergencia de las redes de comunicaciones electrónicas con la nube difumina las líneas entre los diferentes tipos de proveedores, lo que plantea interrogantes sobre la necesidad de un marco regulatorio más coherente.

La DNA forma parte del programa de trabajo para 2025 de la Comisión (el programa de trabajo es una Comunicación anual que establece la lista de las nuevas iniciativas políticas y legislativas más importantes del año). La Comisión apunta que será una iniciativa legislativa que irá acompañada de los estudios de impacto correspondientes y está prevista para el cuarto trimestre de 2025.

Por otro lado, es necesario referirse brevemente a las posiciones de otras instituciones comunitarias.

En su **reunión extraordinaria de 17 y 18 de abril de 2024, el Consejo Europeo** "*acoge con satisfacción*" la presentación del informe Letta. En estas conclusiones, el Consejo Europeo declara necesario un nuevo pacto para la competitividad europea y solicita a las Presidencias del Consejo actual y futura que impulsen los trabajos relevantes para analizar las recomendaciones que contiene el informe Letta.

Posteriormente, el **21 de mayo de 2024, el Consejo de la UE** (el Consejo) publicó, como conclusiones de la sesión celebrada en dicha fecha, su documento "**El futuro de la política digital de la UE"**[39]. Este documento también se hace eco de las propuestas y recomendaciones presentadas anteriormente.

[39] https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/21/eu-digital-policy-council-identifies-main-priorities-for-the-next-legislative-cycle/

Los últimos hitos comunitarios están representados por:

- **La respuesta del ORECE al Libro Blanco**[40]. El 28 de junio de 2024 el ORECE participó en la consulta pública del Libro Blanco mediante un documento detallado de respuesta y otro más breve de alto nivel. Se centra naturalmente en los aspectos que son competencia de los reguladores que lo forman y su respuesta constituye una valoración técnica de gran interés.

- **La Declaración de Budapest sobre el Nuevo Acuerdo de Competitividad Europeo**[41], adoptada el 8 de noviembre de 2024 por los jefes de Estado y de Gobierno de la UE, destaca tres prioridades: garantizar un mercado único plenamente operativo, simplificar la regulación y reducir cargas administrativas, especialmente para las PyME, y fortalecer las capacidades tecnológicas de la UE, impulsando la transformación digital y la economía de los datos con garantías de privacidad.

- **Las conclusiones del Consejo sobre el Libro Blanco**, de 6 de diciembre de 2024[42]. El Consejo comparte los objetivos de la CE de reforzar la inversión, la innovación, la seguridad y resiliencia de la infraestructura digital en la UE como elemento clave para reforzar la competitividad de la economía europea –esto es compartido por todos los agentes– y la necesidad de reducir la carga administrativa de las empresas, pero es algo más crítico con la Comisión en una serie de aspectos; considera que hay que tener más en cuenta el impacto de las medidas en los usuarios; que hace falta un análisis de impacto de las soluciones propuestas, o que la seguridad jurídica es fundamental.

- **La Comunicación sobre la "Brújula para la Competitividad" en la UE (la Brújula)**, de 29 de enero de 2025[43]. La Comisión establece la brújula que guiará su trabajo los próximos cinco años, señalándose el cierre de la brecha en innovación como uno de los tres motores trasformadores esenciales para acelerar la competitividad. Este objetivo requerirá invertir en infraestructuras digitales de última generación, y de nuevo se hace referencia a la DNA. La brújula también menciona otras iniciativas relevantes para el ecosistema digital, como una Ley de desarrollo de la computación en la nube y la inteligencia artificial de la UE o una Ley del Espacio. En este documento, la simplificación de la regulación y la eliminación de obstáculos al mercado único se presentan como "facilitadores horizontales" para todos los sectores.

5. Análisis de las propuestas planteadas para la reforma del sector

Para afrontar los problemas anteriores y centrándonos en las posibles soluciones apuntadas en el Libro Blanco, es procedente destacar las siguientes propuestas:

[40] https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/others/berecs-input-to-the-ec-public-consultation-on-the-white-paper-how-to-master-europes-digital-infrastructure-needs
[41] https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/11/08/the-budapest-declaration/
[42] https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/12/06/digital-infrastructure-council-approves-conclusions-on-the-commission-s-white-paper/
[43] https://commission.europa.eu/document/download/10017eb1-4722-4333-add2-e0ed18105a34_en

Ámbito de aplicación del marco regulador

El Libro Blanco pone el acento en la convergencia de las redes de comunicaciones electrónicas con las infraestructuras y servicios de la nube, y en la relevancia de nuevos servicios, como las redes de distribución de contenidos o CDN[44]. Dicha convergencia está desdibujando las fronteras entre los proveedores tradicionales y los nuevos actores digitales y esto plantea a su juicio la necesidad de repensar el **ámbito del marco regulatorio, que sea coherente y aborde la provisión de servicios en la nube y nuevos componentes de la prestación de servicios, y garantice la protección de los usuarios finales**.

El informe Draghi resalta la relevancia que tiene para la competitividad europea y para defender la soberanía de los datos que los operadores de telecomunicaciones desarrollen capacidades de computación en el borde (*edge computing*) y que haya coordinación de estándares (para fomentar las API[45] que den acceso a las capacidades de las redes), pero no propone medidas en cuanto al ámbito de la regulación.

El sector de las telecomunicaciones es hoy día una parte de una cadena de suministro o de un ecosistema digital más amplio, mucho más complejo, y hay que analizar con prudencia cómo los servicios *cloud* y las nuevas tecnologías impactarán en la estructura de la industria de telecomunicaciones[46] y qué papel tendrán los proveedores de *cloud* en las redes de telecomunicaciones.

Es cierto que los servicios *cloud* y de comunicaciones electrónicas se relacionan en áreas que justifican reexaminar el ámbito de aplicación del Código: la conectividad requerida para la provisión de los servicios de *cloud*; la migración de las funciones del núcleo de red al *cloud*; la provisión de nuevos servicios de comunicaciones electrónicas por medio de servicios de red basados en el *cloud* o el suministro empaquetado de servicios informáticos y de comunicaciones electrónicas integrados con el *cloud*.

Debe en cualquier caso recordarse que los servicios c*loud* ya están regulados en el Reglamento de datos y de que existe la posibilidad de que se designe a los mayores prestadores de los servicios de *cloud* como *gatekeepers* (guardianes de acceso) en el contexto del Reglamento de Mercados Digitales; en ese caso se verían sometidos a relevantes obligaciones ex ante.

Como parte del debate en torno a la ampliación del ámbito de aplicación, la Comisión afronta el problema existente desde hace años conocido como **contribución justa o *fair share***. El Libro Blanco hace alusión a los cambios en la arquitectura de internet y de interconexión causados o motivados por la expansión de infraestructuras propias de los proveedores de contenidos y aplicaciones (CAP, siglas en inglés)[47], y a la mayor necesidad de alcanzar acuerdos sobre

[44] *Content Delivery Neworks*: sistemas de servidores distribuidos geográficamente que entregan contenidos por Internet (páginas web, archivos, vídeos, audios) a los usuarios.

[45] *Application Programming Interfaces*. Se trata de interfaces que permiten la comunicación entre componentes de software para compartir información y funcionalidades. Destacan las API de la iniciativa *Open Gateway* de los principales operadores móviles del mundo, que ofrecen a los desarrolladores de aplicaciones una plataforma de interfaces estandarizadas para que puedan acceder a capacidades de las redes de todos los operadores adheridos.

[46] Informe CERRE, página 25. Ver también a este respecto el informe de BEREC citado en la nota al pie 39.

[47] Ver también el *BEREC Report on the entry of large content and application providers into the markets for electronic communications networks and services*.

aspectos técnicos y comerciales, planteando la posibilidad de establecer un mecanismo de resolución de disputas de las ANR (o del ORECE, en función del ámbito geográfico), por si las negociaciones comerciales fracasasen.

El informe Draghi también aboga por esta contribución justa. Considera que se deben fomentar los acuerdos comerciales para la terminación del tráfico de datos y el reparto de costes entre los operadores de telecomunicaciones que poseen la infraestructura y las grandes plataformas digitales que la utilizan, aventurando sin embargo la salvaguarda de un arbitraje final obligatorio de las autoridades nacionales de competencia en caso de que las negociaciones no lleguen a un acuerdo en un plazo razonable.

El ORECE siempre ha mostrado una postura escéptica respecto a la necesidad de intervención en este ámbito (que asocia a la interconexión). Sin embargo, en su contribución al Libro Blanco, recuerda la capacidad de las ANR para resolver los eventuales conflictos entre los operadores y las entidades que se benefician del acceso y la interconexión (art. 28 LGTel) y para recopilar datos sobre estos mercados. Pero señala que sería conveniente clarificar el papel de las ANR en las disputas de los operadores con los CAP, apuntando a que el ORECE podría tener un papel para fomentar medidas consistentes en toda la Unión.

En otro orden de cosas, al abordar la posible ampliación del ámbito de aplicación del marco, el ORECE apunta a los sistemas operativos de los smartphones, ya que ha identificado problemas con impacto en los mercados de comunicaciones electrónicas. Por ejemplo, los operadores podrían no tener un control total sobre la segmentación de su red (*network slicing),* sino que fuera solo el proveedor del sistema operativo quien lo determinara. También se han detectado dificultades de los operadores de menor escala (virtuales, principalmente) a la hora de configurar funcionalidades avanzadas de los smartphones, dificultades que atentan contra la capacidad de los usuarios de elegir sus dispositivos y servicios.

Simplificación del régimen de autorización

La Comisión sugiere que el régimen de autorización en cada Estado Miembro puede no ser necesario para los proveedores de redes “centrales” (*core*) o la provisión de servicios de red central, debido a que la *cloudificación* y *softwarización* de la red (definir las redes en la nube o a través del software) resulta en que el suministro de la red esté cada vez menos ligado con su localización geográfica.

Por ello, plantea que para estos supuestos podría operar un régimen basado en el principio de país de origen “propio de los servicios de sociedad de la información o audiovisuales”, conforme al cual los proveedores solo tendrían que notificar a un Estado miembro. Esta medida podría permitir que operadores paneuropeos alcanzasen mayor escala y redujeran costes. Sin embargo, se mantendría el régimen de autorización general nacional para regular el acceso a la red y los servicios minoristas; en estos casos, el derecho aplicable y la autoridad competentes seguirían siendo los del país de provisión de servicios, para garantizar la protección de los derechos de los usuarios finales.

Esta propuesta necesita un análisis mucho más detallado, en primer lugar, por la dificultad de definir qué es exactamente la provisión de servicios de red central y, en segundo lugar, porque

los operadores de telecomunicaciones normalmente están integrados y prestan también servicios minoristas, y habría que ver cuál es la ventaja de este sistema dual (especialmente, si como ha apuntado el ORECE, muchos proveedores explotan también red de acceso y por esta actividad estarán de todos modos sujetos a diversas jurisdicciones). Como ha señalado el ORECE, no está claro que la modificación del régimen de autorización resultase en la aparición de más operadores de escala europea y habría otras medidas a examinar, como asegurar la interoperabilidad entre las infraestructuras de cloud y desarrollar los estándares necesarios para garantizar un acceso abierto.

Además, tanto el ORECE como el Consejo han advertido del riesgo del *"forum shopping"* –o selección estratégica de la jurisdicción más favorable por parte de los prestadores–.

Creación de un mercado único digital real. El espectro radioeléctrico

Para fomentar la inversión y la innovación en las infraestructuras digitales es fundamental eliminar las barreras que fragmentan el mercado único. El Libro Blanco se refiere a la necesidad de analizar los diferentes regímenes existentes en los EE. MM. en materia de incidentes de seguridad, interceptación legal, conservación de datos, privacidad o requerimientos de ciberseguridad. El ORECE comparte que hay ciertas diferencias, por ejemplo, en las obligaciones de seguridad nacional.

Estos son ámbitos tradicionalmente de soberanía de los EE. MM., que a veces tienen su origen en regulaciones ajenas a las de telecomunicaciones, y tendrán que analizarse cuidadosamente. En la Brújula, la Comisión ha anunciado una Estrategia para el Mercado Único para suprimir barreras intra-comunitarias de manera horizontal, así como un esfuerzo de simplificar cargas a las empresas "sin precedentes".

El objetivo de armonización incluye la promoción de **un enfoque más coordinado de la gestión del espectro a nivel de la UE** o incluso la administración a nivel comunitario de ciertas bandas.

En este aspecto, la Comisión va a encontrar la oposición del Consejo. El marco actual en ocasiones fija fechas objetivo para poner determinadas bandas a disposición del mercado, pero las decisiones son tomadas a nivel nacional con un calendario particular de cada Estado Miembro. Existe solamente un mecanismo de revisión por pares *(peer review)* en el que los organismos competentes exponen sus proyectos de decisión y explican las razones que les llevan a proponer la medida. Se trata de un mero foro de discusión prácticamente informal, pero es un esquema en el que los EE. MM. se encuentran cómodos.

Al respecto, tanto el RSPG (*Radio Spectrum Policy Group*) o Grupo de Política del Espectro Radioeléctrico que agrupa a las autoridades competentes en esta materia, como el ORECE, en su respuesta al Libro Blanco, han hecho hincapié en los inconvenientes que plantearía aplicar en el ámbito del espectro, en lugar del *peer review*, un procedimiento de notificación a la Comisión como el del artículo 32 del Código, que se aplica al análisis de mercados e imposición de obligaciones.

En su revisión del Libro Blanco el Consejo se reafirma en la importancia de que esta sea una regulación a nivel nacional que tenga en cuenta la situación de cada Estado miembro y aboga

por mantener el esquema actual donde la regulación técnica se hace en la Conferencia europea de correos y telecomunicaciones (CEPT) y los aspectos de estrategia regulatoria se comentan en el RSPG. Solo para ámbitos muy concretos como determinadas bandas para servicios de satélite apunta el Consejo que cabría pensar en soluciones a nivel de toda la Unión. Ya adelantó meses antes, en junio de 2024, esta línea de pensamiento el RSPG en su dictamen sobre el Libro Blanco, al indicar: *"Los Estados miembros deberán seguir desempeñando un papel fundamental en la gestión del espectro para abordar adecuadamente las circunstancias nacionales."*

También el ORECE concluyó que las adjudicaciones paneuropeas de espectro pueden no tener en cuenta las circunstancias nacionales y dar lugar a un uso ineficiente del espectro, y que existen otros medios para incentivar la inversión en redes móviles.

Simplificación de la regulación del acceso

De acuerdo con el Libro Blanco y el informe Draghi, la situación financiera actual del sector europeo de las comunicaciones electrónicas es un obstáculo para la inversión. Se necesitan medidas para mejorar la rentabilidad de las inversiones en redes de próxima generación, como la **aceleración del apagado del cobre y la simplificación (es decir, reducción) de la regulación del acceso.**

El Libro Blanco aboga por privilegiar la intervención ex post frente a la intervención ex ante propia del marco vigente, y para ello el instrumento sería la eliminación de todos los mercados de la Recomendación que identifica los mercados susceptibles de regulación ex ante a nivel de la UE. De este modo la regulación ex ante se presumiría innecesaria en todo el sector, y los reguladores deberían asumir la carga de la prueba de la necesidad de la regulación justificando la concurrencia de los denominados tres criterios[48].

A este respecto el ORECE ha manifestado que no está suficientemente justificada la eliminación de todos los mercados de la Recomendación, a la vista de la situación de los mercados. A su vez, el Consejo de forma taxativa *"hace hincapié en que debe mantenerse la posibilidad de realizar un control ex ante de determinados mercados de acceso"* y plantea que se siga profundizando en las posibles repercusiones que basarse únicamente en el control ex post tendría para la competencia y los consumidores.

Cabe apuntar además que la progresiva reducción de la regulación de acceso a medida que aumenta la competencia es intrínseca a la regulación de telecomunicaciones, que se actualiza continuamente. La Recomendación de mercados relevantes ha pasado de 18 a 2 mercados. Cada cinco años como máximo, las ANR deben revisar cada uno de los mercados donde todavía mantienen regulación y solo pueden mantenerla si demuestran a la Comisión que el mercado sigue sin ser competitivo. Por tanto, para lograr este objetivo de reducción de la regulación ex ante no son necesarios grandes cambios, sino que la Comisión debe asegurar que los análisis de mercados se realicen cumpliendo los plazos máximos establecidos y que las ANR vayan suprimiendo las obligaciones impuestas que no estén justificadas por la situación competitiva.

[48] El artículo 17 LGTel (art. 67 Código) establece tres criterios: la existencia de barreras de entrada significativas y duraderas, una estructura de mercado que no evoluciona hacia una competencia efectiva y la insuficiencia del derecho de la competencia para corregir las deficiencias del mercado.

Consolidación

El informe Draghi aboga por facilitar la consolidación en el sector de las telecomunicaciones para aumentar la inversión en conectividad. Propone cambiar la postura de la UE sobre el tamaño y la concentración de los operadores para lograr un verdadero mercado único sin perjudicar a los consumidores ni la calidad del servicio. Para ello, recomienda definir los mercados de telecomunicaciones a nivel de la UE en lugar de a nivel nacional, dar más peso a la innovación y las inversiones en las normas de fusiones, y reducir la regulación ex ante en favor de la aplicación ex post de la normativa de competencia.

Algunas voces matizan el diagnóstico tan crítico que contienen el Libro Blanco y los informes Letta y Draghi. El propio ORECE apunta que no puede encontrar ninguna evidencia convincente del supuesto desempeño inferior de Europa. Por su parte, la Brújula anuncia una revisión de las Directrices de concentraciones horizontales.

Como se ha visto en los datos mostrados en el apartado de este artículo, varios países de la UE son de los mejor dotados del mundo en redes FTTH, y varios EE. MM. presentan mercados móviles competitivos y sofisticados, ofreciendo a consumidores y empresas servicios de gran calidad a precios asequibles. Esos precios ventajosos para consumidores y empresas son interpretados en el Libro Blanco como unos bajos ingresos por cliente y por ende un riesgo para las inversiones futuras. Pero los ingresos por cliente de la UE inferiores a los de otras partes del mundo como los EE. UU. parecen el resultado precisamente del alto nivel de competencia que se ha conseguido en muchos EE. MM.

Cabe señalar que la política de competencia no es un obstáculo para las fusiones transfronterizas en la UE. No obstante, se apunta que primero deben permitirse las fusiones intrapaís para que los operadores ganen músculo financiero y luego puedan abordar las fusiones transfronterizas. Sobre este plan, debe tenerse en cuenta que hay una serie de factores (heterogeneidad de los países de la UE, economías de escala no claras, carácter estratégico de los operadores históricos[49]) que dificultan lograr grandes operadores paneuropeos. Estos factores seguirán presentes tras un hipotético proceso de consolidación intrapaís, por lo que debe evitarse que el único resultado de este proceso sea una disminución de la competencia en cada uno de los mercados europeos.

Garantizar la seguridad y la resiliencia

La seguridad de las infraestructuras digitales es clave en un contexto geopolítico incierto. La futura regulación deberá reforzar la ciberseguridad, la resiliencia y la protección de infraestructuras críticas, incluyendo redes de telecomunicaciones y cables submarinos. El Libro Blanco destaca la necesidad de proveedores fiables y diversificados para evitar vulnerabilidades y dependencias que afecten al ecosistema industrial, subrayando la creciente interdependencia entre infraestructuras físicas y digitales.

[49] No solo los operadores históricos. En Francia, el segundo mayor país de la Unión Europea, los cuatro principales operadores del mercado (France Telecom, SFR, Bouygues Telecom e Iliad) son franceses y no se ha producido la entrada de ningún operador relevante del resto de Europa.

Las infraestructuras no están exentas de riesgos, como se ha evidenciado con las incidencias en cables submarinos en el Mar Báltico. Es cierto que muchos aspectos de ciberseguridad ya han sido abordados en la Directiva NIS2[50], recién entrada en vigor, por lo que no debería revisarse en profundidad este marco de ciberseguridad precisamente cuando se están implantando medidas de gran alcance. Pero existe un consenso en la UE en complementar las medidas ya en curso con medidas adicionales de protección de las infraestructuras digitales.

Además, el Libro Blanco echa en falta (i) un mapeo preciso de las infraestructuras de cable existentes, (ii) una gobernanza común de estas infraestructuras, y (iii) la identificación y financiación de proyectos de cable críticos dentro de la UE y globales. Por ello plantea medidas que se plasman asimismo en la Recomendación de cables submarinos, antes mencionada, como establecer una lista de Proyectos de Cable de Interés Europeo (CPEI), revisar los instrumentos de financiación disponibles[51], de cara a aprovechar la inversión privada para apoyar a los CPEI y proponer un sistema de gobernanza conjunto de la UE sobre infraestructuras de cables submarinos.

6. Conclusión

El debate sobre el futuro de la regulación de las telecomunicaciones en Europa está marcado por la revisión del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas y la posible aprobación de una Ley de Redes Digitales (DNA). Esta reforma debe basarse en un diagnóstico preciso del sector, reconociendo tanto los logros alcanzados como los desafíos pendientes.

Los datos muestran que el modelo regulador europeo de las telecomunicaciones ha funcionado correctamente: Europa cuenta con algunos de los países líderes en conectividad mundial, tanto en redes fijas (España, Lituania, Suecia) como en móviles (Letonia, Finlandia, Austria). Además, los precios en Europa son notablemente inferiores a los de EE. UU., lo que supone un beneficio directo para usuarios y empresas. Sin embargo, esto no implica ignorar los retos que enfrenta el sector, especialmente la necesidad de movilizar inversiones masivas para la transformación digital y la baja rentabilidad que actualmente afrontan muchos operadores europeos. La regulación debe encontrar un equilibrio que mantenga la competencia y la asequibilidad sin comprometer la capacidad de inversión en infraestructuras clave para el futuro.

Las reformas regulatorias en discusión deben tener en cuenta varios elementos clave, entre los cuales:

1. **Equilibrio en la regulación de la infraestructura digital**: la convergencia entre telecomunicaciones y servicios cloud y la propia transformación del sector plantean desafíos regulatorios. Se debe evitar un modelo normativo que imponga barreras desproporcionadas a las operadoras mientras se permite una regulación más laxa a otros actores digitales.

[50] Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión.

[51] Ya se han convocado procedimientos de licitación europeos para estos CPEI.

2. **Regulación de acceso y competencia**: la evolución natural del sector ha llevado a una reducción progresiva de la regulación ex ante. Sin embargo, eliminar de forma generalizada los mercados de la Recomendación sin un análisis detallado podría comprometer la competencia efectiva en ciertos segmentos.

3. **Mercado único y espectro radioeléctrico**: es preciso analizar cuidadosamente las particularidades de los regímenes nacionales para determinar si se pueden armonizar algunas obligaciones. Si bien una mayor coordinación del espectro a nivel europeo puede ser beneficiosa, debe respetar las particularidades nacionales.

4. **Fair Share y sostenibilidad del modelo de inversión**: la cuestión de la "contribución justa" de las grandes plataformas digitales sigue abierta. La regulación debe garantizar que las inversiones en redes sean sostenibles sin perjudicar la competencia ni la neutralidad de la red.

5. **Resiliencia y seguridad de la infraestructura digital**: la protección de redes estratégicas, en particular los cables submarinos y las infraestructuras críticas, requiere medidas adicionales de seguridad y gobernanza coordinada. La propuesta de una lista de Proyectos de Cable de Interés Europeo (CPEI) es un primer paso en esta dirección.

La coincidencia en el tiempo de la evaluación del Código y la propuesta de la DNA en el último trimestre de 2025 representa un desafío significativo. Aunque ambas iniciativas abordan áreas parcialmente distintas (con el Código enfocado en la protección de los usuarios y la DNA explorando nuevos ámbitos regulatorios) su campo de estudio es ampliamente común. La Comisión deberá evaluar los resultados del marco actual mientras desarrolla propuestas que podrían modificarlo o sustituirlo, todo ello acompañado de consultas públicas para medir su impacto.

En este ejercicio, no han de perderse de vista los objetivos que la propia Comisión señala como prioritarios, como el de la simplificación regulatoria. La UE ha dictado un gran número de normas recientemente –ver apartado 3 del artículo–, sustituyendo en algunos casos las regulaciones nacionales, y todavía están por verse sus efectos.

El precedente de la GIA, cuya elaboración tras la evaluación de la Directiva de reducción de costes de despliegue tomó más de dos años, sugiere que completar en el plazo estipulado el análisis del Código y la DNA será un reto considerable. En este contexto de competencia global, es esencial que cualquier reforma se base en datos sólidos y en un debate equilibrado entre industria, reguladores y responsables políticos. Europa debe asegurar su liderazgo en conectividad sin comprometer el modelo que ha permitido el desarrollo de redes de alta calidad y precios accesibles para los consumidores.

Bibliografía

BEREC. BEREC's input to the EC public consultation on the White Paper "How to master Europe's digital infrastructure needs?", Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), (BoR (24) 100_1), 2024.

BEREC. Report on cloud and edge computing services, Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), (BoR (24) 136), 2024.

BEREC. *Report on the IP Interconnection Ecosystem,* Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), 2024.

BEREC *Report on the entry of large content and application providers into the markets for electronic communications networks and services*, (BoR (24) 139), 2024.

CAVE, Martin. *The achievement of digitalisation in the EU and its reliance on gigabit connectivity.* Telecommunications Policy 47 (2023) 102592.

COMISIÓN EUROPEA, *White Paper - How to master Europe's digital infrastructure needs?* (COM(2024) 81 final), 21 de febrero de 2024.

COMISIÓN EUROPEA, "*A Competitiveness Compass for the EU*" (COM(2025) 30 final), 29 de enero de 2025.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusiones sobre el Libro Blanco titulado «¿Cómo gestionar las necesidades de infraestructura digital de Europa?» - Conclusiones del Consejo (6 de diciembre de 2024),* Consejo de la Unión Europea, 2024.

DRAGHI, Mario: *"The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe",* 2024.

FEASEY, Richard, ALEXIADIS, Peter, BOURREAU, Marc, CAVE, Martin, GODLOVITCH, Ilsa, MANGANELLI, Antonio, MONTI, Giorgio, SHORTALL, Tony, DE STREEL, Alexander, TIMMERS, Paul, *Ideas for the future of European Telecommunications Regulations*, Centre on Regulation in Europe (CERRE), 2024.

FUERTES, Mercedes, "*Asentar la neutralidad de la Red en la Carta de Derechos Digitales*", Derecho Digital e Innovación, nº 7, octubre-diciembre 2020, editorial Wolters Kluwer.

IBAÑEZ, Pablo. *Future-Proof Regulation against the Test of Time: The Evolution of European Telecommunications Regulation.* Oxford Journal of Legal Studies (2022) 42(4), 1170-1194.

LETTA, Enrico: *"Much more than a market – Speed, Security, Solidarity",* 2024.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MÚÑOZ MACHADO, Santiago, Los itinerarios de la libertad de palabra, Real Academia Española, 2013.

OTERO, Juan Diego. *Competencia y regulación en los mercados de comunicaciones electrónicas: banda ancha y despliegues de nueva generación.* Boletín Económico de ICE, 2019, no 3111.

OTERO, Juan Diego. *Regulación del sector de las comunicaciones electrónicas y de los mercados digitales: pasado, presente y futuro.* FEDEA, 2023.

RODRÍGUEZ, Diego. *Trece cuestiones sobre regulación en telecomunicaciones*. FEDEA, 2021.

RSPG, *Opinion on "How to master Europe's digital infrastructure needs?",* Radio Spectrum Policy Group (RSPG), 2024.

En clave abierta

Recorrido y próximas paradas de la liberalización del ferrocarril de viajeros

Autores[1]:

Iván Santos Esteras, Subdirector de Sector Ferroviario en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Andrés García Pereda, Jefe de Servicio en la Subdirección de Estudios e Informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

La liberalización del transporte ferroviario de pasajeros es una de las reformas más significativas del siglo XXI en España, destacando por su impacto económico, social y ambiental. Este artículo examina el impacto que ha tenido la liberalización de los servicios comerciales y propone mejoras para avanzar en la licitación de los servicios públicos. La liberalización de los servicios comerciales ha mejorado la eficiencia del sector, incrementado la demanda y promovido una alternativa sostenible frente a otros medios de transporte. La próxima licitación de servicios públicos promete ahondar en estos beneficios para los usuarios y la sociedad en general.

Palabras clave:

Liberalización, licitación, competencia, competencia por el mercado, ferrocarril, OSP.

Códigos JEL:

H57, K23, L43, L92, R49.

[1] Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forman parte.

1. Introducción

De las reformas impulsadas por la Unión Europea en la historia reciente, la liberalización del transporte ferroviario de viajeros constituye una de las más tangibles y de mayor calado. Este transporte ferroviario de pasajeros cuenta con una importante implantación en España, con 533,6 millones de usuarios en 2023. Además, es más sostenible y seguro que otros medios de transporte, por lo que su buen funcionamiento es imprescindible para la cohesión territorial y la consecución de los objetivos medioambientales.

La liberalización del transporte ferroviario de viajeros es el resultado de un proceso de cerca de 20 años de reformas y colaboración entre instituciones, en los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha desempeñado un papel fundamental. A través de numerosos informes y recomendaciones, muchas de las cuales se han puesto en práctica, la CNMC ha contribuido a fomentar la competencia, impulsar el empleo y beneficiar a los usuarios del ferrocarril.

La liberalización se inició en 2005 con la separación entre el operador del servicio (Renfe) y el administrador de la infraestructura (ADIF), seguida de la introducción de la competencia en el transporte de mercancías. En 2020 siguió la apertura de los servicios comerciales de alta velocidad y larga distancia. El proceso de liberalización culminará con la introducción de competencia por los servicios públicos ferroviarios tras la caducidad del contrato actual de Renfe.

El objetivo de este artículo es describir el pasado, presente y futuro de la liberalización del ferrocarril de viajeros en España, de la mano de las principales actuaciones de la CNMC en la materia, tanto como autoridad de competencia como regulador sectorial. Así, el artículo consta de tres apartados, además de la introducción: un segundo apartado sobre la liberalización de los servicios comerciales, un tercer apartado sobre la liberalización de los servicios públicos y un cuarto apartado de conclusión.

2. La liberalización de los servicios comerciales

El proceso de apertura a la competencia

La liberalización ferroviaria en España viene marcada por las reformas emprendidas por las instituciones de la UE para la consecución de un espacio ferroviario único europeo. En total, se han aprobado cuatro “Paquetes Ferroviarios”, esto es, conjuntos de reglamentos y directivas que han reorientado el tradicional modelo de monopolio histórico hacia uno basado en la competencia en el mercado.

El primero de los Paquetes Ferroviarios fue aprobado en 2001, concluyendo el proceso con la adopción del Cuarto Paquete Ferroviario en 2016. Este último liberalizó los servicios comerciales de transporte ferroviario de viajeros, entendiendo como tales todos aquellos no sujetos a Obligaciones de Servicio Público (OSP). Así, se otorgó a las empresas ferroviarias el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias de todos los Estados miembros en 2020.

Ante la inminente liberalización de los servicios comerciales de viajeros, la CNMC elaboró un estudio (CNMC, 2019), con el objeto de identificar los principales obstáculos y proponer

soluciones para garantizar una competencia efectiva. El estudio identificó barreras como las dificultades de acceso a la infraestructura, al material rodante y a los talleres de mantenimiento, la escasez de maquinistas y las ventajas de Renfe como operador histórico y operador monopolista de los servicios públicos.

Para abordar estas barreras, la CNMC propuso medidas como:

- Mantener la separación estructural entre ADIF y Renfe, y asegurar su autonomía respecto al Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible (MTMS).
- Garantizar un acceso adecuado a la infraestructura e instalaciones de servicio.
- Reformar el sistema de cánones ferroviarios para incentivar la entrada de nuevos operadores.
- Facilitar el acceso a activos esenciales para prestar el servicio, como los talleres de mantenimiento, el material rodante o los maquinistas.

No prorrogar el Contrato de Servicio Público (CSP) adjudicado directamente a Renfe y garantizar la separación jurídica y funcional entre los servicios comerciales y los sujetos a obligaciones de servicio público (OSP).

La entrada de nuevos operadores

El 22 de julio de 2019, ADIF publicó la versión definitiva de la declaración sobre la red que incluía la oferta de capacidad marco en los corredores Madrid-Barcelona, Madrid-Levante y Madrid-Sur y el procedimiento de solicitud. A través de este sistema, que otorgaba a los operadores un derecho de acceso sobre la infraestructura ferroviaria durante diez años, ADIF daba certidumbre a los operadores para realizar sus inversiones, garantizando la pluralidad de la oferta. Esta capacidad se otorgaría al operador que garantizase un mayor aprovechamiento de la infraestructura.

Para ello, ADIF estructuró las ofertas en tres paquetes de capacidad de distintos tamaños (paquete A, con un 65% de la capacidad total, B, con un 30%, y C, con un 5%). El 27 de noviembre de 2019, ADIF acordó asignar provisionalmente la capacidad marco a Renfe, Iryo (consorcio de Airnostrum con Trenitalia) y Ouigo (filial de SNCF), firmándose los acuerdos marco el 13 de mayo de 2020 tras recibir el visto bueno de la CNMC[2].

Así, el primer operador en entrar fue Ouigo, que comenzó a prestar servicios entre Madrid y Barcelona el 11 de mayo de 2021. Más tarde el mismo año abrió la ruta Madrid-Valencia, en abril de 2023 la ruta Madrid-Alicante y en 2024 entre Madrid y Valladolid. Iryo comenzó a operar el 25 de noviembre de 2022 entre Madrid y Barcelona, expandiéndose a Madrid-Valencia más tarde ese año, y a Madrid-Sevilla/Málaga y Madrid-Alicante en marzo y junio de 2023, respectivamente.

[2] Resoluciones de 6 de abril y 6 de mayo sobre los acuerdos marco para la reserva de capacidad entre la Entidad Pública Empresarial Adif-Alta Velocidad y Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., Intermodalidad del Levante, S.A. y Rielsfera, S.A.U. (actualmente, Ouigo, S.A.U.).

Efectos de la liberalización

En mayo de 2024 la CNMC publicó un informe que analiza el impacto de la liberalización de los servicios comerciales (CNMC, 2024). Este análisis está influenciado por el contexto en el que tuvo lugar la liberalización. El 14 de diciembre de 2020, fecha en la que debían abrirse a la competencia los servicios comerciales de viajeros por ferrocarril, la movilidad en España no había recuperado sus niveles normales debido a las restricciones implementadas para controlar la COVID-19.

Asimismo, los costes de la energía se incrementaron sustancialmente a finales de 2021 y, aunque han disminuido desde el segundo trimestre de 2023, aún no han regresado a los niveles vigentes cuando las empresas ferroviarias solicitaron la capacidad marco.

Por otro lado, la red ferroviaria española de alta velocidad facilitaba la entrada de competidores. La red española cuenta con ciertas ventajas respecto a otras redes europeas, siendo una infraestructura nueva diseñada para ser interoperable con las redes europeas (por ejemplo, se optó por el ancho de vía internacional y todos los corredores, excepto en el Sur, cuentan con el sistema europeo de gestión de tráfico ferroviario –ERTMS–), lo que ha permitido que trenes que circulan en otras redes puedan prestar sus servicios en España sin modificaciones relevantes ni largos procesos de homologación.

Además, la infraestructura disponía de capacidad excedentaria, de modo que ADIF pudo ofrecer capacidad garantizando los servicios prestados por Renfe en monopolio.

Ganancia de cuota modal

En 2023 se realizaron casi 75 millones de viajes en tren, autobús y avión, un 23% más que en 2022 y un 10% más que en 2019. El aumento se debe principalmente al crecimiento del ferrocarril de alta velocidad, que ha ganado 5 puntos porcentuales de cuota modal.

En 2024, el ferrocarril de alta velocidad creció hasta noviembre con 6.678 millones más de viajeros que en 2023, alcanzando una cuota del 56,2%. En rutas con servicios de alta velocidad, el tren es el modo preferido, incluso entre Madrid y Barcelona, donde su cuota aumentó a más del 82%, similar a otros trayectos de alta velocidad.

Para trayectos de más de 180 minutos, la cuota del tren baja del 50%, incluso con infraestructura de alta velocidad, como Barcelona-Sevilla o Barcelona-Málaga. La introducción de los trenes de alta velocidad de rodadura desplazable (AVRIL) por Renfe en 2024 en los corredores de Galicia y Asturias ha reducido algo los tiempos de los trayectos, lo que podría mejorar la cuota actual del 20% y 47% respectivamente.

Cambios en la oferta de los servicios

La entrada de nuevos operadores en los corredores de alta velocidad Madrid-Barcelona y Madrid-Levante ha incrementado la oferta tanto en plazas (+60%) como en frecuencias (+55%). Este incremento facilita la atracción de nuevos viajeros al modo ferroviario porque aseguran la disponibilidad de asientos en horarios que se ajustan mejor a sus necesidades.

Además, los nuevos operadores han incrementado las opciones comerciales para los usuarios, con nuevas tarifas, incluyendo tarifas más competitivas para niños en Ouigo y AVLO (la marca de bajo coste lanzada por Renfe como reacción a la entrada de competidores), clases *premium* en los trenes, con diferentes calidades de asientos y opciones gastronómicas ofrecidas en el asiento, así como precios diferentes según la flexibilidad del billete en las fechas del viaje.

En cualquier caso, el impacto más relevante de la entrada de nuevos operadores ha sido en los precios. En las rutas donde la competencia entre tres operadores y cuatro marcas comenzó en 2022, la reducción en el ingreso medio de las empresas en 2023 se situó alrededor del 40%. En el corredor Sur, donde la competencia entró en marzo de 2023 y hay dos empresas compitiendo (con tres marcas), la reducción fue de entre el 10% y el 24% en función de las rutas.

Según un reciente estudio publicado por la Comisión Europea (Comisión Europea, 2024b), las reducciones de precios en Italia, Suecia o Austria tras la entrada de nuevos operadores superó el 30%. De acuerdo con este estudio, las reducciones de precios en España oscilan entre el 43% del Madrid-Barcelona y el 16% del Madrid-Málaga.

Las empresas se comportan de forma estratégica en los diferentes horarios en función de la demanda y la presión competitiva de otros operadores. Entre Madrid y Barcelona, en las horas de menor demanda, los precios de los billetes se situaron entre 25 y 40 euros, mientras que en los picos de demanda se incrementaron hasta los 85 euros. También se observó que la circulación de un tren en un horario similar a otro existente bien reduce de forma considerable el precio medio de los billetes o bien acaba con la modificación del horario de uno de ellos, para reducir la competencia en precios.

El análisis de los precios en 2024 muestra que esta tendencia de reducciones de precios se mantiene en las rutas donde entró la competencia más tarde. De acuerdo con la recogida de precios que realiza la CNMC[3], entre el tercer trimestre de 2023 y de 2024, los precios medios del billete básico habían bajado casi un 20% en los trayectos donde hace un año se inició la competencia: Madrid-Sevilla (–17,3%), Madrid-Málaga (–18,2%) y Madrid-Alicante (–18,6%). Por el contrario, en los trayectos donde la competencia entró antes (Madrid-Valencia (+0,7%) y Madrid-Barcelona (+0,4%)) el precio se ha estabilizado.

Los precios muestran que la marca AVE de Renfe consigue mantener unos precios superiores a los de sus competidores. Por ejemplo, entre Madrid y Barcelona, el precio medio del AVE era de 62,28 euros mientras que la media del corredor era de 51,47 euros.

Incremento de la demanda

En 2023, el número total de viajeros de servicios comerciales por ferrocarril superó los 41 millones. La reducción de los precios y la mejora en la oferta sumaron 10 millones de pasajeros a los servicios de alta velocidad en comparación con 2019, hasta los 31,63 millones de viajeros, representando más del 75% del total.

[3] Ver informes trimestrales de la CNMC.

En los tres primeros trimestres de 2024 la demanda ha seguido creciendo con más de 5,2 millones de pasajeros adicionales con respecto a 2023 (+23%). Los servicios comerciales transportaron a más de 35,5 millones de pasajeros de los que 28,4 millones fueron de alta velocidad (80%).

En las rutas donde se introdujo la competencia antes y ya hay tres operadores, como Madrid-Barcelona o Madrid-Valencia, el número de viajeros casi se ha duplicado. En el corredor Sur, donde la competencia se incorporó más tarde y hay dos competidores, los incrementos han sido menores, entre el 11% y el 25%. De hecho, los viajeros del Madrid-Valencia superan a los del Madrid-Sevilla, tradicionalmente la segunda ruta con más pasajeros en España.

Los operadores firmantes de los acuerdos marco, Iryo y Ouigo, han iniciado sus operaciones en los diferentes corredores. En 2023, el 48% de los viajeros contaba con tres alternativas (y cuatro marcas) para viajar en ferrocarril de alta velocidad, un 19% con dos empresas (y tres marcas) y un 10% con solo una empresa –Renfe– (y dos marcas), además del 23% de viajeros de servicios de larga distancia convencional.

En 2024, la prestación de los servicios de larga distancia convencional en los corredores del norte ha cambiado gracias al lanzamiento de los servicios AVLO de Renfe en dichos corredores utilizando los nuevos trenes AVRIL de Talgo y a la entrada de Ouigo con servicios a Valladolid desde Madrid, extendiéndose a Valencia y Alicante, y entre Madrid y Murcia.

Del total de los 41 millones de viajeros comerciales en 2023, las empresas alternativas captaron un total de 10,6 millones (26%). Iryo alcanzó una cuota del 14,8% y Ouigo del 11,2%. En las rutas con las tres empresas compitiendo, como Madrid-Barcelona o Madrid-Valencia, la cuota de mercado de Renfe baja hasta el 54%. La reacción de Renfe a través de su marca AVLO es también más intensa donde hay otras dos empresas compitiendo, alcanzando una cuota del 11,67%, mientras que donde solo compite con Iryo, la oferta de AVLO es más reducida y su cuota se reduce al 3,9%.

Sostenibilidad del proceso

Las empresas ferroviarias sufren pérdidas debido a la liberalización. En 2023, Renfe perdió, en la prestación de los servicios comerciales, 70 millones de euros, Iryo 79 millones y Ouigo 43 millones. Las altas inversiones iniciales y costes fijos dificultan la amortización temprana. En el caso de 2023, los factores coyunturales, como los costes de la energía, explican parte de estas pérdidas.

Consolidación del mercado

El diseño de la liberalización resultó en una reducción significativa de los precios. Por un lado, la entrada de tres operadores intensificó la presión competitiva. Por otro lado, los criterios de priorización de ADIF para la adjudicación de la capacidad marco incentivaron la entrada simultánea de los operadores, lo que provocó un shock de oferta en un breve periodo. Para incentivar la demanda, se debieron reducir los precios de manera más intensa.

El Estudio de la Comisión Europea (Comisión Europea, 2024b) indica que, tras las bajadas iniciales de precios necesarias para dar a conocer a los nuevos competidores, estos tienden a estabilizarse o incluso revertirse paulatinamente a medida que el mercado se consolida. Por ejemplo, en Austria, el competidor WestBahn pudo incrementar ligeramente sus precios en el primer y segundo año tras su entrada, y prácticamente ha equiparado sus precios con los del operador histórico en 2023, doce años después de su entrada en 2011.

Es necesario analizar la tendencia en España, que cuenta con características particulares, especialmente la competencia entre tres operadores, para comprobar si la consolidación del proceso de liberalización derivará en un incremento de los precios para los usuarios finales.

Cánones ferroviarios

En el caso italiano, esta consolidación se favoreció regulatoriamente a través de una reducción significativa de los cánones ferroviarios, que suponen un elemento muy relevante de los costes de los operadores. Según el Informe Anual de la CNMC de 2023 (CNMC, 2024b), los ingresos por venta de billetes en el corredor Madrid-Barcelona superaron los 538 millones de euros mientras que los cánones satisfechos por los operadores ascendieron a 310 millones de euros (el 57%). En el corredor Madrid-Valencia los ingresos por venta de billetes han sido de 139 millones de euros y en concepto de cánones se recaudó algo menos de 48 millones de euros (el 35%).

Los cánones ferroviarios han experimentado una modificación tanto legal como estructural. La Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, redefine la naturaleza jurídica de los cánones ferroviarios como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario y desvincula su determinación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, los administradores determinarán los cánones ferroviarios a través de una decisión aprobada por el Consejo de Administración, que deberá ser publicada en el BOE e incorporada a la declaración sobre la red.

En cuanto a la determinación de los cánones ferroviarios, la CNMC aprobó la Comunicación 1/2024 estableciendo los principios y criterios que utilizará para la supervisión de los cánones ferroviarios. De acuerdo con la Ley del Sector Ferroviario (LSF), los cánones se componen principalmente de dos partes: el canon propiamente dicho, que debe reflejar los costes variables con el tráfico ferroviario (coste directo), y el recargo, que puede añadirse sólo cuando el mercado puede aceptarlo, para recuperar otros costes asumidos por los administradores de infraestructuras.

El coste directo calculado por ADIF es considerablemente superior al calculado por otros administradores europeos. La CNMC ha desarrollado un modelo econométrico, que sigue los estándares internacionales, para su correcta estimación. Así se obtienen unos cánones comparables a los de otros países europeos.

En relación con los recargos, la Comunicación requiere, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, que se justifiquen mediante un análisis de mercado. Para supervisar la legalidad de los recargos de los administradores de infraestructuras, se aplicará un test de

eficiencia para determinar si el reparto entre los diferentes segmentos del mercado ferroviario del coste a recuperar mediante los recargos es eficiente. Es decir, que aquellos segmentos con una demanda menos sensible al precio soporten una mayor proporción de los costes que aquellos con una demanda más sensible al precio. Además, se aplicará un test de mercado para garantizar que los recargos no reduzcan la demanda de los segmentos, salvo circunstancias excepcionales como la pandemia de COVID-19.

En la primera revisión de los cánones tras la adopción de la Comunicación, se comprobará si los recargos permitirían a un operador eficiente medio ofrecer de forma rentable los servicios necesarios para satisfacer la demanda de movilidad óptima de cada segmento, determinada en el estudio de mercado que deben elaborar los administradores de infraestructuras.

Los administradores de infraestructuras iniciaron el proceso de modificación del Reglamento de cánones el 16 de diciembre de 2024 con el trámite de consulta pública. En este Reglamento deberán implementarse los principios anteriores, lo que debería facilitar la consolidación del mercado.

Entrada de competencia en los corredores de ancho variable

La entrada de nuevos competidores ha demostrado ser una estrategia eficaz para aumentar la demanda de los servicios ferroviarios de alta velocidad y promover el cambio hacia el ferrocarril. Por tanto, resulta imprescindible facilitar este proceso en corredores de ancho variable, donde actualmente no existe competencia y la demanda permanece estancada a pesar de las significativas inversiones en mejoras de infraestructura.

El 29 de octubre de 2024, ADIF anunció la segunda oferta de capacidad marco, que incluye 32 surcos por sentido al día entre Madrid y Galicia, 24 entre Madrid y Asturias/Cantabria, y 16 entre Madrid y Cádiz/Huelva. Según la información disponible, durante el primer trimestre de 2025 se establecerá el procedimiento para adjudicar esta capacidad con el objetivo de concluir el proceso a finales de 2026. A partir de ese momento, los operadores deberán adquirir el material rodante que deberán fabricarse, lo que dilatará la entrada efectiva.

La extensión de la liberalización a estas líneas presenta retos adicionales. En primer lugar, el mercado es más limitado, ya que las provincias cubiertas por esta oferta de capacidad albergan a 7,5 millones de habitantes en comparación con los 25,5 millones de la primera oferta. Además, la prestación de servicios en estas líneas requiere material rodante desplazable, cuya disponibilidad está limitada a un único proveedor (Talgo).

Comparación con los corredores sin competencia

Los corredores sin competencia combinan relaciones de alta velocidad y de red convencional, alcanzando 10,185 millones de pasajeros en 2023. Sin embargo, el número de pasajeros sigue siendo un 22% inferior al nivel prepandemia a pesar de las inversiones realizadas (más de 12.490 millones de euros) y las nuevas infraestructuras puestas en servicio (622,5 km) desde 2019, incluyendo la conclusión de la línea a Galicia en 2021, la conexión a Burgos en 2022 o la variante de Pajares en 2023.

Las líneas del norte han visto un incremento del 5% en pasajeros, mientras que las del sur y transversales han disminuido un 45% y un 32%, respectivamente, debido a la reducción del 50% y 39% de plazas ofertadas por Renfe.

Los ingresos medios en estos corredores han aumentado un 21% desde 2019, gracias a la mejora de servicios con nuevas infraestructuras de alta velocidad, como el Madrid-Galicia, y al aumento de los precios.

Balance de la liberalización

La liberación de los servicios comerciales de transporte de viajeros por ferrocarril es una reforma estructural que tiene un amplio impacto económico y social. La CNMC ha comenzado su estudio en base a su impacto en los agentes del sector y en la sostenibilidad del transporte.

El sector ferroviario se compone de tres tipos de agentes: viajeros, administrador de infraestructuras (ADIF) y empresas ferroviarias.

El efecto de la liberalización en los viajeros se puede evaluar comparando el excedente del consumidor en 2023 con respecto a 2019. Este excedente es la diferencia entre la utilidad total obtenida por los consumidores y el precio pagado. Los viajeros anteriores han visto incrementado su excedente gracias a precios más bajos. Además, las políticas comerciales (precios reducidos, mayor oferta, tarifas especiales para niños) han atraído a nuevos usuarios al servicio ferroviario de alta velocidad. Los 10 millones de nuevos viajeros generan un excedente significativo que debe tenerse en cuenta en el análisis del impacto de la liberalización en los consumidores.

La liberalización ha incrementado el tráfico en la red de alta velocidad, lo que ha resultado en un aumento en la recaudación por cánones ferroviarios de ADIF. Adicionalmente, los servicios han pasado de ser prestados por una única empresa en monopolio a ser proporcionados por dos o tres empresas en competencia. Este efecto de la entrada de competidores se puede estimar a partir de la variación en los ingresos por venta de billetes.

El proceso de liberalización ha beneficiado principalmente a los consumidores, quienes han visto un aumento en su excedente estimado en 343 millones de euros, principalmente por la reducción de precios. En los corredores Madrid-Barcelona y Madrid-Levante, el 25-30% del aumento se debe a la nueva demanda. Los usuarios del corredor Madrid-Barcelona han sido los mayores beneficiarios debido a la alta demanda y la significativa disminución de precios.

ADIF también ha ganado con la liberalización, aumentando sus ingresos en casi 150 millones de euros (un 52% más que en 2019) gracias a los cánones en los corredores liberalizados.

Las empresas ferroviarias no han superado el 110% de los ingresos de Renfe en 2019, a pesar de un aumento del 60% en la oferta. Este modesto crecimiento de ingresos y el aumento de costes, especialmente por la energía, explican sus resultados negativos. El corredor Madrid-Barcelona ha visto una mayor oferta y caída de precios, con cánones que superan el 40% de los costes.

La sostenibilidad del transporte es un factor a considerar al evaluar el impacto de la liberalización, ya que el avión y el coche privado generan costes externos significativamente mayores en comparación con el ferrocarril[4]. El cambio de usuarios del avión al ferrocarril de alta velocidad entre 2019 y 2023 en el trayecto Madrid-Barcelona ha resultado en un ahorro superior a 8,9 millones de euros en externalidades.

Este monto no incluye los ahorros en los costes externos derivados del aumento neto de los usuarios de los servicios de alta velocidad. Si la movilidad entre Madrid y Barcelona en 2023 se hubiera mantenido con el reparto modal observado en 2019 (aplicando las cuotas que tenían el ferrocarril y el avión en 2019), el ahorro en externalidades con la cuota modal actual sería de 27,4 millones de euros. Además, debido al incremento del tráfico ferroviario, es probable que algunos viajeros que anteriormente utilizaban el coche hayan optado por el tren, facilitados por tarifas especiales para niños. Por lo tanto, el ahorro en costes externos sería aún mayor.

3. La liberalización de los servicios públicos

Aspectos destacables del marco jurídico sobre las OSP ferroviarias

En España, los servicios ferroviarios sujetos a OSP representan un importante segmento del sector ferroviario español, ya que suponen el 92% de los viajes realizados en 2023 en ferrocarril, y cerca de un 42% de los viajeros-kilómetro transportados en este modo (CNMC, 2024b) (CNMC, 2024d).

La regulación de la UE de los servicios públicos ferroviarios viene determinada por el Reglamento (CE) 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 sobre servicios públicos de transporte por ferrocarril y carretera (en adelante, Reglamento 1370/2007).

Así, el Cuarto Paquete Ferroviario modificó el Reglamento 1370/2007 para establecer la licitación competitiva como la regla general para la adjudicación de los contratos de servicios públicos de transporte de viajeros. Sin embargo, el Reglamento continuó permitiendo la adjudicación directa a medios propios, en contratos de menor tamaño, o en circunstancias excepcionales, entre otras.

Además, el Reglamento estableció un periodo transitorio en el que se admitía la adjudicación directa sin condiciones de los contratos de servicio público ferroviarios hasta el 24 de diciembre de 2023, "a fin de que el sector pueda prepararse para la apertura del mercado" (Comunicación de la Comisión Europea 2023/C 222/01). Los contratos adjudicados directamente hasta esta fecha conviven con los contratos adjudicados de manera competitiva, siempre que su duración no exceda de diez años[5].

[4] De acuerdo con Van Essen et al. (2020), el ferrocarril de alta velocidad en España genera un impacto externo de 0,38 céntimos de euro por viajero.km frente a los 3,35 del avión y los 11,91 de la carretera, tomando en cuenta únicamente los costes externos que varían con el tráfico (sin contar los costes generados al hábitat natural por el impacto de la infraestructura). Es decir, el avión y el coche privado generan unos costes externos que son nueve y treinta y dos veces mayores que los generados por el ferrocarril.

[5] El art. 8.2 bis del Reglamento 1370/2007 admite la prórroga de los contratos adjudicados entre el 24 de diciembre de 2017 y el 2 de diciembre de 2019, bajo los límites establecidos en el artículo 4.4 del mismo Reglamento.

En lo que respecta a la **regulación nacional**, el artículo 59.2 de la LSF exige contar con una autorización del MTMS para poder prestar servicios ferroviarios sujetos a OSP. Esta autorización debe obtenerse a través de un procedimiento de licitación o de una adjudicación directa en los términos del Reglamento 1370/2007. La declaración de OSP sobre servicios ferroviarios de competencia estatal corresponde al Consejo de Ministros o al órgano equivalente de las CC.AA., según el artículo 59.1 de la LSF[6]. A este respecto, desde el Ministerio se han mostrado abiertos a transferir los servicios de cercanías a las CC.AA.[7].

Así, en España los servicios ferroviarios sujetos a OSP son los servicios de cercanías y media distancia, establecidos por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, y sus modificaciones posteriores[8]. Este Acuerdo establece una serie de criterios de eficiencia para determinar la sujeción a OSP de los servicios de media distancia, basados en un estudio previo[9]. Sin embargo, los criterios fijados no consideran la posibilidad de que los servicios declarados pudieran ser atractivos desde el punto de vista comercial.

A pesar de que la LSF prevé la posibilidad de licitar los servicios públicos de ferrocarril, el Ministerio los adjudicó de forma directa a Renfe en 2018 por un plazo de 10 años prorrogable, agotando casi en su totalidad el periodo transitorio previsto en el Reglamento 1370/2007. De esta manera, el contrato actual vence el 1 de enero de 2028 y es prorrogable por cinco años adicionales (cláusula Tercera del contrato).

Por último, el contrato establece la licitación de algunos servicios que supongan en torno al 3% del contrato (cláusula Tercera bis del contrato). En consecuencia, para desarrollar el régimen de acceso y características de las autorizaciones para prestar OSP, el Ministerio de Transportes está tramitando un Proyecto de Orden[10]. De aprobarse, la Orden establecería el procedimiento de adjudicación de autorizaciones a través de licitación y de adjudicación directa, regulando el contenido del pliego de licitación, las condiciones de adjudicación y el contenido de la autorización. La CNMC informó favorablemente este proyecto, señalando la necesidad de poner en marcha la liberalización de los servicios públicos ferroviarios (CNMC, 2024d).

---

[6] De acuerdo con el reparto constitucional en materia de transporte terrestre, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias sobre el transporte terrestre que discurra en el interior de su territorio (art. 148.1.5ª de la Constitución Española).

[7] "Transportes abre la puerta a transferir los cercanías de Renfe a otras comunidades" (El País, 1 de diciembre de 2023).

[8] Se trata de los servicios de "Cercanías", "Media Distancia Convencional", "Alta Velocidad Media Distancia (AVANT)" y "Ancho Métrico", establecidos en el Acuerdo por el que se establecen las obligaciones de servicio público correspondientes a los servicios de transporte ferroviario de viajeros competencia de la Administración General del Estado en la Red Ferroviaria de interés general (disponible aquí), y el Acuerdo complementario nº 1 por el que se amplían y modifican las obligaciones de servicio público contemplados en el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se establecen las obligaciones de servicio público correspondientes a los servicios de transporte ferroviario de viajeros competencia de la Administración General del Estado en la Red Ferroviaria de interés general (disponible aquí).

[9] Estudio previo realizado por INECO (2017) (disponible aquí). En concreto, el Acuerdo declara sujetos a OSP los servicios de media distancia convencional con un índice de aprovechamiento superior al 15% (o aquellos con "cobertura razonable", "recurrencia considerable", u otras razones sociales, de orografía, climatológicas, o de cohesión territorial) y los servicios AVANT con un índice de aprovechamiento superior al 30% (o aquellos con una "recurrencia considerable").

[10] Proyecto de Orden sobre el régimen de las autorizaciones para prestar servicios ferroviarios de transporte de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público (disponible aquí).

Las experiencias europeas en la licitación competitiva de los servicios públicos ferroviarios

La situación en España contrasta con la de otros países europeos que ya han abierto sus mercados o están en proceso de hacerlo:

- En Alemania, la licitación de los servicios OSP empezó a mediados de los años 90 del siglo pasado. En 2023, el operador histórico nacional (DB AG) tuvo una cuota, en términos de tren-km, del 59% en los servicios sujetos a OSP. En este año, el 81% de los trenes-km adjudicados lo fueron a través de procesos competitivos (BNetzA, 2024).
- En Suecia, la primera licitación y entrada de un operador alternativo se produjo en 1990. Las primeras rondas de licitaciones produjeron un importante ahorro en el coste del servicio para las administraciones públicas y un aumento del tráfico (Alexandersson & Hultén, 2007). En el año 2020, la cuota de los nuevos entrantes ascendió al 73% del mercado (Comisión Europea, 2024a).
- En Italia, la apertura de los servicios públicos ferroviarios se inició en 2001 (CER, 2019). En 2024, el operador histórico (Trenitalia) era el único operador solo en 5 de las 21 regiones (Autorità di Regolazione dei Trasporti, 2024).
- Francia se encuentra actualmente abriendo sus servicios públicos regionales. En 2023, cuatro regiones habían concluido los procesos de licitación, cinco habían publicado su intención de licitar en 2024 y tres habían prorrogado sus contratos con el operador histórico (SNCF) (Autorità di Regolazione dei Trasporti, 2024).

Las experiencias europeas sugieren que la licitación de los servicios públicos ferroviarios podría traer los siguientes beneficios:

- Una reducción del coste unitario del servicio para las administraciones públicas. Esto permitiría a las autoridades incrementar los servicios y frecuencias ofertadas al mismo coste que el servicio actual, o mantener el servicio existente a un coste menor[11]. Estos ahorros beneficiarían al contribuyente o al usuario del servicio, según la política tarifaria que adopte la autoridad de transporte.
- Una mejora de la calidad del servicio, en aspectos como la antigüedad del material rodante[12].
- Un aumento de la demanda, gracias a las mejoras anteriores[13].

Sin embargo, los países que han liberalizado sus servicios públicos también han enfrentado algunos obstáculos que han limitado el alcance de la reforma. Entre estos se encuentran las

[11] Las autoridades de transporte participantes en el Workshop *"The tendering of Public Service Contracts for rail passengers transport: Meeting the challenge"* organizado por la Comisión Europea estiman que la licitación permite reducir en más de un 20% el coste unitario de las compensaciones, si bien los beneficios suelen ser reinvertidos en ampliar y mejorar los servicios.

[12] En Alemania la antigüedad media del material rodante se redujo desde los 17,3 años a 7,5 como consecuencia de la licitación de los servicios (Link, 2016).

[13] En Alemania, el número de pasajeros se ha incrementado un 48% entre 1996 y 2014 (Link, 2016). En Reino Unido el volumen de pasajeros-km se más que duplicó desde el comienzo de la liberalización hasta 2015 (Smith, 2016).

ventajas del operador histórico, las dificultades en el acceso a infraestructura y activos esenciales para la prestación del servicio o la ausencia de un regulador sectorial que supervise el proceso (Comisión Europea, 2024b).

A continuación, se proponen algunas medidas que se podrían adoptar para asegurar que la licitación de los servicios beneficia a los usuarios y la sociedad en su conjunto.

Medidas para mitigar los obstáculos a la licitación efectiva de los servicios

Retos pendientes en el marco normativo relativo a la declaración y licitación de los servicios públicos

1. La definición de las OSP y el diseño de la intervención

La legislación comunitaria requiere que la intervención pública en el sector complemente y no sustituya a los servicios comerciales ofertados por los operadores ferroviarios[14]. Por tanto, para declarar una OSP, sería necesario que el Ministerio o la autoridad competente defina el nivel de servicio ferroviario que considere apropiado y constate que este no resulta de interés para los operadores de servicios comerciales.

A este respecto, la intervención necesaria no tiene por qué suponer la adjudicación de una concesión exclusiva. Así, en otros sectores, como el aéreo, resulta habitual que se impongan OSP en régimen de libre competencia, que permiten la entrada a cualquier operador que cumpla con los requisitos de la OSP (en materia de continuidad, frecuencia, capacidad o precios) (CNMC, 2020). El diseño e intensidad de la intervención debería modularse en función de las características de la concesión.

Además, el perímetro de los servicios sujetos a OSP debería definirse de manera clara y abarcar únicamente aquellos servicios de interés público no cubiertos por el mercado. La declaración de la OSP debería precisar no solo los tráficos origen-destino cubiertos, como actualmente está previsto en los artículos 4 y 10 del Proyecto de orden en tramitación, sino también sus horarios y frecuencias, e incluso el tipo de viajero o billete objeto de la intervención[15].

Por último, en otros ámbitos del transporte terrestre resulta habitual que las autoridades públicas agrupen servicios sin interés comercial con otros de mayor rentabilidad para reducir la cuantía de los subsidios necesarios. Esta práctica limita la oferta de servicios comerciales competitivos y hace recaer el coste de prestación del servicio sobre los usuarios del servicio rentable en lugar del conjunto de la ciudadanía, lo que puede tener carácter

[14] El Reglamento 1370/2007 habilita a las autoridades públicas a intervenir en el sector del transporte terrestre de viajeros *"para garantizar la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar."*

[15] Así lo solicitó la CNMC en su Resolución STP/DTSP/048/23 por la que se aprueba la prueba de equilibrio económico en relación con el nuevo servicio entre Sevilla y Córdoba notificado por Ouigo España, S.A.U. La CNMC recomendaba limitar el alcance de la OSP a los bonos multiviaje para viajeros frecuentes, ya que *"para los viajeros ocasiones los servicios comerciales son más baratos que los públicos y tienen suficientes frecuencias"* (CNMC, 2024e).

regresivo. Por este motivo, aunque está amparada por la normativa comunitaria, las Directrices de la Comisión Europea de 2023[16] exigen que las autoridades públicas justifiquen esta medida, que "deberá ser necesaria y proporcionada" y "reflejar el objetivo de garantizar un sistema de transporte coherente, en particular a nivel geográfico, y de aprovechar los beneficios de los efectos positivos de red, en lugar de simplemente limitar el importe de la compensación".

2. Las excepciones a la obligación de licitar

Para que la liberalización de los servicios públicos beneficie a los usuarios y consiga las esperadas reducciones en el coste de prestación del servicio, es necesario que el contrato se otorgue al operador más eficiente. La licitación competitiva es la mejor herramienta a disposición de las autoridades para alcanzar este objetivo.

Si bien el Reglamento 1370/2007 contiene varias excepciones a la obligación de licitar, su redacción permite al legislador nacional inaplicar la mayor parte de estas excepciones. Su aplicación tampoco es obligatoria para las autoridades de transporte, que deberán valorar su adecuación a los principios de buena regulación[17]. Además, algunas de las excepciones previstas tienen una interpretación amplia, por lo que su alcance debería ser precisado por la regulación nacional. En general, el recurso a la adjudicación directa debería limitarse a situaciones de constatación de la falta de interés del mercado en el servicio, para evitar un uso generalizado que cierre a la competencia partes significativas del mercado.

3. El diseño institucional y la intervención del regulador independiente

La existencia de un vínculo entre estos operadores históricos y las autoridades encargadas de definir las OSP y adjudicar los contratos puede dar lugar a situaciones anticompetitivas, incertidumbre y, en última instancia, suponer una barrera de entrada al mercado para nuevos operadores.

Por este motivo, el diseño institucional del proceso de adjudicación de los CSP ferroviarios debe proporcionar unas garantías adecuadas a los nuevos entrantes, como puede ser la supervisión por un órgano independiente que resuelva los conflictos que pudieran surgir. Actualmente, el artículo 5.7 del Reglamento y el Proyecto de Orden en tramitación prevén que la CNMC emita un informe sobre si está justificada la decisión de la autoridad de transporte de recurrir a la adjudicación directa. Se podría explorar la posibilidad de que esta labor de supervisión se extendiera al paso previo de la declaración OSP o al proceso de licitación[18]. Todo ello sin perjuicio de las competencias que ya ostenta la CNMC como regulador y autoridad de competencia en relación con el acceso a los activos esenciales.

[16] Comunicación de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) nº 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (2023/C 222/01).

[17] Art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[18] El regulador francés ART emitió opiniones no vinculantes sobre la transferencia de personal entre el operador histórico y los adjudicatarios. En Dinamarca, el regulador se pronunció sobre la exclusión del operador histórico del proceso de licitación por formular una oferta anormalmente baja (Comisión Europea, 2024b).

Retos pendientes en el acceso a los activos esenciales para prestar el servicio

1. El acceso a la infraestructura

Es necesario clarificar el procedimiento de acceso a la infraestructura ferroviaria de los adjudicatarios de un CSP. Así, el artículo 2 del Proyecto de Orden en tramitación prevé que el Ministerio de Transportes solicite un informe a ADIF sobre la capacidad de la infraestructura disponible durante el plazo de vigencia de la autorización. Sin embargo, sería necesario clarificar qué derechos de acceso obtiene el adjudicatario tras la firma del contrato y en qué medida pueden modularse en caso de entrar en conflicto con otros servicios coincidentes (tanto servicios comerciales como de mercancías).

2. El acceso al material rodante y talleres de mantenimiento

La adquisición de material rodante y puesta en funcionamiento de talleres de mantenimiento es uno de los principales obstáculos a la entrada en el mercado ferroviario, a causa de su elevado coste y dilatado plazo de puesta a disposición. Las características físicas de la infraestructura sobre la que discurren los servicios de cercanías y media distancia (ancho métrico, menor tensión de la red o ausencia de electrificación, distinto sistema de señalización) agravan este problema. Esto juega en ventaja del operador histórico, que ya posee todo el material rodante y los talleres necesarios para prestar el servicio.

Por otro lado, la vida útil del material y los talleres (30 o más años) (Nash & Wolanski, 2010), son superiores a la duración máxima del contrato prevista por la normativa europea (15 años con posibilidad de prórroga, según el art. 4.3 del Reglamento 1370/2007), por lo que resulta más eficiente que sea la autoridad la que gestione el acceso a estos activos y organice la transición entre el operador saliente y el nuevo adjudicatario.

Por ello, es necesario que las autoridades de transporte garanticen el acceso a estos activos esenciales a los adjudicatarios. Esto podría asegurarse mediante el traspaso del material rodante y los talleres existentes (adquiridos con financiación pública) a las autoridades de transporte, que gestionarían el acceso de los adjudicatarios. Otra alternativa seguida en países como Reino Unido sería traspasar el material rodante y los talleres a entidades independientes de Renfe (los llamados ROSCOS). Cualquiera de estas alternativas sería más garantista con los nuevos entrantes que la opción seguida por el Proyecto de Orden en tramitación, que se limita a establecer el derecho del adjudicatario de acceder a los talleres y servicios de mantenimiento del operador saliente en condiciones "transparentes, objetivas y no discriminatorias" (art. 13.1.c)[19].

3. El acceso a los maquinistas

El acceso a una bolsa de maquinistas formados es otro de los activos esenciales para la prestación de servicios ferroviarios. Renfe emplea el 90% de los maquinistas de España, bajo condiciones laborales que provocan un "efecto llamada" sobre los empleados de otros operadores cuando publica sus convocatorias de empleo. Esto ha llevado a la CNMC a imponer obligaciones de información previa a Renfe en lo relativo a sus convocatorias de empleo para garantizar la competencia en el mercado (CNMC, 2024f).

[19] El CSP prevé que Renfe transmita el material rodante adscrito a la OSP al nuevo prestador del servicio público.

Para asegurar el acceso a los maquinistas, el Proyecto de Orden en tramitación prevé que el adjudicatario se subrogue en las relaciones laborales del operador saliente (arts. 4.ñ) y 10.1 k), si bien este es un derecho del trabajador y no del adjudicatario. A su vez, el art. 12 del Proyecto prevé que el operador saliente facilite la formación del nuevo personal del adjudicatario, con un plazo que fue juzgado suficiente por la CNMC, si bien el pliego debería concretar esta obligación.

4. El acceso a la información y asimetrías de información

La necesidad de obtener una autorización para la operación de servicios ferroviarios proporciona a los adjudicatarios información de primera mano sobre las características del servicio que está vedada al resto de agentes, tanto empresas como administraciones públicas. Esta información es de gran relevancia para la planificación del servicio y para la formulación de ofertas en los concursos. Por ello, es necesario garantizar que tanto los nuevos entrantes como la administración obtienen esta información para su toma de decisiones.

El Proyecto de Orden en tramitación contiene obligaciones de información sobre aspectos de interés (demanda, tarifas, costes e ingresos), pero no asegura que esta información se proporciona con suficiente detalle (a nivel de relación origen-destino, frecuencia diaria o mensual) o en un formato tratable. El traspaso de información relevante es una actividad costosa para el operador histórico, por lo que la regulación debería detallar el alcance de su obligación.

Diseño procompetitivo de los pliegos y del contrato

1. El tamaño del contrato

El tamaño del contrato puede convertirse en una barrera de entrada significativa para los nuevos entrantes en el sector. Los contratos de mayor tamaño pueden ser más complejos de operar[20], y pueden conllevar la imposición de requisitos de solvencia técnica y experiencia previa más exigentes por el órgano de contratación. Por otro lado, los contratos de menor tamaño pueden impedir a los operadores aprovechar las economías de densidad de la operación, o recuperar las inversiones realizadas.

La evidencia disponible de otros países sugiere que existe un tamaño óptimo del contrato de entre 1,5 millones y 3 millones de trenes-kilómetro, que permite rentabilizar la entrada sin suponer una barrera significativa. El tamaño podría incrementarse hasta los 3-5 millones de trenes-kilómetro tras los primeros años de liberalización, una vez que el mercado madure (Perennes, 2020) (Montero-Pascual, Finger, & Serafimova, 2022).

2. Duración del contrato

La duración del contrato debe equilibrar la necesidad de amortizar las inversiones realizadas con la necesidad de renovar periódicamente el contrato para actualizarlo a la demanda de servicios y mantener la intensidad competitiva en el sector.

[20] Nash, Crozet, Nilsson, & Link (2016) encuentran evidencia de deseconomías de escala en los mayores contratos de Alemania y Reino Unido, que podrían ser demasiado grandes para un solo operador.

La normativa comunitaria establece un límite máximo de 15 años (art. 4.3 del Reglamento 1370/2007), con la posibilidad de prórroga durante, como máximo, la mitad del período original si el operador aporta activos significativos. Sin embargo, este plazo máximo podría acortarse cuando el adjudicatario del contrato no deba aportar el material rodante (por ejemplo, si se lo proporciona la autoridad de transporte). Así, la literatura económica fija la duración óptima del contrato entre los 8 y los 12 años (Nash & Wolanski, 2010).

La reducción de la duración de los contratos, respetando su equilibrio económico, puede ser deseable desde la perspectiva de competencia y de la eficiencia. En los primeros años de la liberalización, impulsaría la convocatoria regular de licitaciones que permitiría la entrada de nuevos operadores, evitando cerrar el mercado durante largos periodos de tiempo. Además, esto permitiría a las autoridades de transporte actualizar frecuentemente sus servicios para adaptarlos a la demanda.

3. Valoración de la oferta económica

En una licitación, la oferta económica es aquella que resulta de mayor interés para los usuarios y que refleja en mayor medida la eficiencia del licitador. Una valoración adecuada de la oferta económica debe incentivar a los operadores a formular ofertas competitivas. Para ello, es necesario que la puntuación asignada a este criterio sea suficiente y decisiva y que las fórmulas de puntuación incentiven las ofertas competitivas.

En el caso de los servicios de transporte ferroviario, el coste de prestación viene determinado por tres elementos que deben valorarse, según el tipo de contrato: i) el coste unitario de remuneración por tren y kilómetro ofertado; ii) el precio a pagar por el usuario (en su caso) por kilómetro recorrido y; iii) el número de kilómetros recorridos (y su distribución según las frecuencias y el calendario).

Retos en la gestión de las licitaciones y contratos por las autoridades de transporte

1. La publicación de un calendario de licitaciones

Para poder presentarse a las licitaciones, los operadores ferroviarios deben formular ofertas. Sin embargo, no todos los operadores cuentan con los recursos financieros o humanos necesarios para mantener a los equipos necesarios para poder formular ofertas competitivas.

Así, la Autorité de la Concurrence francesa cuantificaba en 3 millones de euros el coste de presentar una oferta a un concurso para un operador (Autorité de la Concurrence, 2023). Estos costes pueden ser superiores para los nuevos entrantes frente al incumbente, que cuenta con un mayor conocimiento del mercado, lo que puede condicionar la concurrencia. La duración media de un procedimiento de licitación en Francia es de dos años. Así, Transdev, el competidor más creíble de SNCF, declaraba no tener capacidad para responder a más de dos licitaciones simultáneas.

Por este motivo, es necesario que las autoridades de transporte publiquen un calendario de licitaciones realista de todos los servicios bajo su competencia. Este calendario debería asegurar que, de forma progresiva, en 2033 todos los servicios públicos se encuentren adjudicados

de manera competitiva. Esto permitiría a los operadores organizarse para poder acudir a los procesos que se convoquen, y garantizaría la concurrencia por las licitaciones y el éxito de la liberalización. A su vez, la licitación progresiva del mercado permite a los operadores entrar en el mercado o expandir sus operaciones de manera progresiva, en lugar de tener que esperar a que caduquen los contratos actuales para acudir a una nueva licitación, dinamizando el mercado (Montero-Pascual, Finger, & Serafimova, 2022).

2. La prórroga del contrato actual de Renfe

El periodo transitorio previsto en el Reglamento 1370/2007 no debería haberse entendido como una habilitación para la adjudicación directa generalizada de los contratos, sino que conllevaba la obligación de introducir progresivamente la competencia en el sector para evitar una transición brusca al nuevo régimen de competencia por el mercado[21].

Idealmente, el MTMS habría empleado el periodo transitorio desde la aprobación de la modificación del Reglamento 1370/2007 en 2016 para sentar las bases de la licitación competitiva de los servicios. Esto habría permitido ir introduciendo gradualmente la competencia por el mercado para alcanzar el objetivo final de haber licitado todos los servicios al finalizar el contrato actual con Renfe el 1 de enero de 2028.

Sin embargo, las limitaciones y características del proceso de licitación especificadas en el presente artículo (duración de al menos 2 años del proceso de licitación, necesidad de espaciar las licitaciones para poder asegurar la concurrencia) hacen necesario prorrogar parcialmente el contrato actual en 2028. Esta prórroga debería permitir la licitación progresiva, en línea con las recomendaciones anteriores, de los servicios antes de su vencimiento en 2033.

4. Conclusión y próximas paradas en la liberalización del ferrocarril de viajeros

La liberalización del transporte ferroviario de pasajeros es una de las reformas estructurales más significativas impulsadas por la Unión Europea, con un gran impacto económico, social y ambiental.

La liberalización de los servicios comerciales en 2020 y la entrada de nuevos operadores ferroviarios ha incrementado el bienestar de los consumidores en 343 millones de euros, gracias a la reducción de los precios y la nueva demanda inducida. También ha mejorado la recaudación de ADIF y el aprovechamiento de la infraestructura ferroviaria, gracias al incremento de las plazas ofertadas y las frecuencias. Todo ello ha redundado en un aumento de la demanda y del atractivo del modo ferroviario frente al aéreo y la carretera.

De cara al futuro será necesario continuar monitorizando la evolución de los precios conforme el mercado se consolide. A su vez, la liberalización de los nuevos corredores de ancho variable

[21] En este sentido, la Comisión Europea advertía que los Estados miembros debían cumplir progresivamente con la obligación de licitar *"con el fin de evitar que la capacidad de transporte disponible en el mercado de transporte público impida a los operadores de transporte responder satisfactoriamente a todos los procedimientos de licitación que se pongan en marcha al finalizar el periodo de transición"* (apartado 2.6.2 de la Comunicación de la Comisión 2014/C 92/01 relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) no 1370/2007).

(Madrid-Galicia, Madrid-Asturias/Cantabria, y Madrid-Cádiz/Huelva) plantea retos adicionales, habida cuenta de su relativa menor demanda y requerimientos de material rodante.

En lo que respecta a los servicios públicos ferroviarios, la introducción de competencia por el mercado tiene el potencial de reducir los costes de prestación del servicio y ampliar la oferta disponible. Sin embargo, es necesario adoptar varias medidas para garantizar una competencia adecuada en los concursos que se convoquen. En especial, es necesario que las autoridades de transporte inicien los trámites para la licitación progresiva de los servicios, publicando el calendario de licitaciones previstas. En paralelo, el marco normativo debería revisarse para asegurar la necesidad y proporcionalidad de las OSP declaradas, minimizar el uso de la adjudicación directa y garantizar un diseño procompetitivo del contrato y de los pliegos. Por último, es necesario garantizar que los adjudicatarios pueden acceder a la infraestructura y los activos esenciales para prestar el servicio, como el material rodante y los talleres de mantenimiento.

Bibliografía

ADLC. (2023). *Opinion 23-A-18 du Novembre 2023 relatif au secteur des transports terrestres de personnes.*

ALEXANDERSSON, G., & HULTÉN, S. (2007). *Competitive tendering of regional and interregional rail services in Sweden.*

ART (FR). (2024). *Rail market monitoring report in France 2022.*

ART (IT). (2024). *Relazione annuale al Parlamento.*

BNetzA. (2024). *Railway Market Analysis.*

CER. (2017). *Public Service Rail Transport in the European Union: an Overview.*

CNC. (2012). *Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España.*

CNMC. (2019). *Estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril (E/CNMC/004/19).*

CNMC. (2020). *Estudio sobre precios de billetes aéreos en territorios no peninsulares (E/CNMC/005/18).*

CNMC. (2024). *Informe anual del sector ferroviario (INF/DTSP/033/24).*

CNMC. (2024a). *Balance de la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril (INF/DTSP/031/2024).*

CNMC. (2024b). *Informe Anual del Sector Ferroviario 2023.*

CNMC. (2024c). *Comunicación sobre la supervisión de los cánones de las líneas ferroviarias (COMUNICACION/DTSP/005/22).*

CNMC. (2024d). *IPN/CNMC/014/24 P.O.M. sobre el régimen de las autorizaciones para prestar servicios ferroviarios de transporte de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público.*

CNMC. (2024e). *Resolución por la que se aprueba la prueba de equilibrio económico en relación con el nuevo servicio entre Sevilla y Córdoba notificado por Ouigo España, S.A.U. (STP/DTSP/048/23).*

CNMC. (2024f). *Resolución sobre la denuncia interpuesta por Intermodalidad del Levante, s.a. en relación con la contratación de personal de conducción por Renfe Operadora, E.P.E. (STP/DTSP/059/23).*

COMISIÓN EUROPEA. (2024a). *Eighth monitoring report on the development of the rail market.*

COMISIÓN EUROPEA. (2024b). *Study on passenger and freight rail transport services' prices to final customers.*

INECO. (2017). *Revisión de los servicios ferroviarios de viajeros declarados como Obligación de Servicio Publico.*

LINK, H. (2016). Liberalisation of passenger rail services: case study Germany.

MONTERO-PASCUAL, J. J., Finger, M., & Serafimova, T. (2022). *Progressive tendering of regional railway services.*

NASH, C., & WOLAŃSKI, M. (2010). Workshop report–Benchmarking the outcome of competitive tendering. *Research in Transportation Economics, 29(1)*, 6-10.

NASH, C., CROZET, Y., NILSSON, J., & LINK, H. (2016). Liberalisation of passenger rail services. *CERRE Report*.

PERENNES, P. (2020). Competitive tendering for regional trains: what can be learnt from economic literature? En *Handbook on Railway Regulation* (págs. 270-283). Edward Elgar Publishing.

SMITH, A. (2016). Liberalisation of passenger rail services: case study Britain.

VAN ESSEN, H. E. (2020). *Handbook on the external costs of transport, version 2019 (No. 18.4 K83. 131).*

Liberalización del mercado de los derechos de propiedad intelectual y acceso regulado al repertorio gestionado por las entidades de gestión

Autores:

Rafael Sánchez Aristi. Catedrático de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

María Álvarez San José. Doctora en Derecho. Cuerpo Superior de la Administración Civil del Estado[1]

Resumen:

El propósito de este estudio es examinar si el modelo de liberalización de ciertos mercados, calificados tradicionalmente como monopolios naturales, puede ser trasladado al mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. En la primera parte del trabajo se exponen las características de las industrias de red como monopolios naturales y el proceso de liberalización en dos industrias de red paradigmáticas, la de las telecomunicaciones y la de la energía. En la segunda parte del artículo se exponen los principales riesgos para la competencia efectiva derivados de la estructura monopolista del mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Asimismo, se analiza cómo las intervenciones sancionadoras de los abusos de posición de dominio cometidos por las entidades de gestión, unida a una tímida regulación de estos entes introducida en la legislación de propiedad intelectual, no resuelven las insuficiencias que, desde la perspectiva de los usuarios, genera el actual sistema de gestión colectiva. El último epígrafe esboza una propuesta *de lege ferenda* para liberalizar definitivamente el mercado de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, la cual, tomando como modelo los procesos de liberalización en industrias basadas en una infraestructura no replicable, descansa sobre la base del acceso regulado al repertorio de las entidades de gestión.

Palabras clave:

Repertorio, acceso regulado, liberalización, facilidad esencial, industrias de red, gestión colectiva, derechos de propiedad intelectual.

Códigos JEL:

K11, O34, L44, L51.

[1] Rafael Sánchez Aristi es catedrático de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid) y socio del Área de Propiedad Intelectual de Cuatrecasas (Madrid). María Álvarez San José se doctoró en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y, en el momento de escribir este artículo, era técnico de la Dirección de Competencia en la CNMC. Los puntos de vista expresados en este artículo son en todo caso personales y no reflejan la posición de las organizaciones en las que los autores prestan o prestaron sus servicios.

1. Introducción

El presente estudio se dirige a indagar si los precedentes normativos y regulatorios en ciertos mercados tradicionalmente considerados monopolios naturales y más tarde liberalizados, pueden servir de modelo en el ámbito de los mercados secundarios de derechos de propiedad intelectual, en los que estos derechos se gestionan de forma colectiva.

En el artículo se formula una propuesta *de lege ferenda* desde la premisa de que es necesario lograr un grado de competencia muy superior al existente, como medio para posibilitar la entrada de nuevos operadores en el mercado de la gestión colectiva, y así resolver los conflictos tarifarios entre entidades de derechos de propiedad intelectual y usuarios, cuya raíz es precisamente la falta de competencia.

Las discrepancias entre usuarios y entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual sobre cuál deba ser en cada caso la remuneración exigible por la utilización del repertorio gestionado son la manifestación superficial de una anomalía más profunda, consistente en el hecho de que las distintas entidades existentes en España, salvo alguna excepción, se hayan especializado en la gestión de unos derechos que ninguna otra gestiona, dando lugar a una serie de mercados en los que cada entidad ostenta un monopolio de hecho.

La experiencia habida en los escasos casos de concurrencia entre entidades de gestión, o entre entidades de gestión y operadores independientes, muestra que, de cara al usuario, la multiplicación de operadores se traduce en una fragmentación de repertorios, con el consiguiente aumento de costes de transacción e ineficiencias y sin mejoras de competencia, dado que la competencia entre entidades en el mercado aguas arriba por captar el repertorio no se traduce en una mayor eficiencia en el mercado aguas abajo, donde el usuario debe adquirir de cada ente la parte de repertorio que gestione.

Estas experiencias, que han desatado conflictividad entre las propias entidades y operadores concurrentes, animan a buscar soluciones más sofisticadas que permitan lograr una verdadera competencia en el mercado aguas arriba, sin el desgaste derivado de la pugna por el repertorio, y al mismo tiempo sin trasladar ineficiencias al mercado aguas abajo, de forma que el usuario pueda adquirir todo el repertorio que necesita sin tener que reunirlo a base de sumar distintas piezas mediante la contratación con todos los entes que operen en cada sector.

En la primera parte del trabajo se abordará, de modo necesariamente sintético, el proceso de liberalización en dos industrias de red paradigmáticas, la de telecomunicaciones y la energética (concretamente el mercado eléctrico), para subrayar las dificultades que se trataban de paliar o resolver mediante la introducción de competencia en tales mercados y las figuras regulatorias empleadas al efecto, en especial el acceso regulado a la red de los operadores monopolistas históricos. Creemos que estos precedentes dan pistas a propósito de cómo podría articularse un sistema similar de acceso regulado al repertorio, que sería la «red» en los mercados de derechos de propiedad intelectual.

En la segunda parte del artículo serán objeto de exposición los principales riesgos para la competencia efectiva de la estructura monopolística del mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente, pero no solo, por el establecimiento de

tarifas abusivas, inequitativas y/o discriminatorias, y las consiguientes dificultades para la gestión eficiente de los costes por parte de los usuarios, así como la falta de implantación efectiva de entidades u operadores de gestión alternativos que puedan ofrecer servicios nuevos y tarifas más competitivas.

La aproximación tradicional al problema, a través de la supervisión *ex post* del comportamiento desplegado por los agentes de este mercado, se ha traducido en no pocas resoluciones sancionatorias de la autoridad de competencia, las cuales, sin embargo, más allá del impacto en el patrimonio de esos entes, no han conseguido modificar realmente su comportamiento. Ello se debe a diversos factores.

De un lado, la dilatación en el tiempo del pago efectivo de esas sanciones, que hace que su impacto se pueda amortiguar, y el hecho de que la multa se pague con cargo a fondos que no son equivalentes a los de una compañía mercantil. De otro, el hecho de que los afectados en último extremo, los titulares cuyo reparto se ve mermado, además de que tampoco tendrían una alternativa a la que acudir, no consideran que sus directivos deban ser removidos a causa de este tipo de comportamientos: las multas por conducir la entidad de un modo anticompetitivo se consideran accidentes de gestión, y rara vez generan un reproche interno que se traduzca en una censura de los responsables del abuso. En fin, la introducción de cambios cosméticos en las tarifas por parte de las entidades sancionadas consigue a menudo despistar a los servicios de vigilancia de la autoridad de competencia, al tiempo que los usuarios acusan el desgaste de tener que denunciar una y otra vez a las entidades por los mismos comportamientos y aguardar años hasta que la denuncia se convierte en sanción.

La tercera parte del estudio explora la posibilidad de trasladar el modelo de liberalización de las industrias de red al mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, mediante la pieza clave del acceso regulado al repertorio.

2. Industrias de red y monopolio natural

El monopolio *natural*, entendido como la provisión de un servicio por un único operador, bajo la premisa de la ineficiencia en el suministro del servicio por diversos proveedores, viene asociándose a las llamadas industrias de red, categoría que incluye típicamente los sectores de telecomunicaciones y energía[2]. La necesidad de una alta inversión en infraestructuras, la imposibilidad o ineficiencia de duplicar o multiplicar la red que sustenta el servicio y los beneficios de la producción a gran escala, alcanzables más fácilmente por un menor número de operadores, se consideran tradicionalmente las razones fundamentales que impiden una competencia eficaz entre empresas en tales sectores y que justifican la provisión por un único operador[3]. No obstante ese esquema inicial, los sucesivos cambios tecnológicos y el incre-

[2] Aunque en este trabajo utilizaremos como elemento de estudio y comparación los sectores de telecomunicaciones y energía, por su carácter particularmente ejemplificativo de modelos de tránsito del monopolio a la competencia, las llamadas industrias de red también comprenden otros ámbitos como el transporte y el postal.

[3] Resulta significativa la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, al señalar: "[…] el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural: se trata de una actividad intensiva en capital, que requiere conexiones directas con los consumidores, cuya demanda de un producto no

mento exponencial de la demanda han propiciado desde los años ochenta del pasado siglo la desaparición de muchas economías de escala en las industrias de red, posibilitando el tránsito progresivo desde un modelo de monopolio a un sistema de plena competencia[4].

El concepto de industrias de red engloba un grupo de sectores con características muy heterogéneas, lo que ha propiciado un enfoque parcialmente diferente del proceso de liberalización en cada sector. En el caso de las telecomunicaciones, la introducción y consolidación de la competencia se sustentó en dos elementos básicos: la habilitación legal a terceros operadores para la prestación del servicio y el establecimiento y explotación de redes en régimen de libre concurrencia, sin limitarse a un único proveedor, por un lado, y la constitución de un derecho de acceso a la red del operador hasta entonces monopolista, en favor de los operadores competidores y a precios regulados, por otro[5].

En materia de energía eléctrica, la característica fundamental del proceso liberalizador ha sido el desarrollo de un tratamiento regulatorio diferenciado entre aquellas actividades más deudoras del modelo de monopolio natural (esto es, transporte y distribución) y aquellas en las que resulta factible introducir la competencia (generación y comercialización), así como la garantía a terceros operadores del acceso regulado a las redes de transporte y distribución de los operadores propietarios de las mismas.

Tanto en el caso de las telecomunicaciones como en el de la energía se estableció una entidad reguladora *ad hoc* llamada a supervisar los conflictos entre operadores que se suscitaran en el marco del proceso de liberalización. En ambos casos la fortaleza de la posición de mercado del antiguo monopolista exigió adoptar medidas regulatorias *ex ante* que conjurasen el peligro derivado de un posible abuso de su posición dominante.

3. La liberalización del sector de las telecomunicaciones

La liberalización, entendida como proceso regulatorio destinado a romper el monopolio existente en un determinado sector, en este caso el de las comunicaciones electrónicas, introducir

almacenable -como la energía eléctrica- varía en períodos relativamente cortos de tiempo. Además, la imposibilidad de almacenar electricidad requiere que la oferta sea igual a la demanda en cada instante de tiempo, lo que supone necesariamente una coordinación de la producción de energía eléctrica, así como la coordinación entre las decisiones de inversión en generación y en transporte de energía eléctrica. Todas estas características técnicas y económicas hacen del sector eléctrico un sector necesariamente regulado". Vid., también, Muñoz Machado (1998), pág. 230: "Las infraestructuras de redes son monopolios naturales. No es concebible en términos racionales ni económicos su duplicación o multiplicación".

[4] Señalan Calzada y Costas cómo en EEUU, la innovación experimentada por las TIC en los años 1987-1993 cambió los modelos de negocio de las telecomunicaciones, produciéndose reducciones importantes de costes que permitieron la aparición de numerosos operadores que trabajan en una escala reducida, de modo que la competencia empezó a verse como una forma más eficaz de provisión (Calzada y Costas [2013], pág. 5). En el ámbito energético, resultaron factores clave las mejoras tecnológicas en las redes de distribución y transporte, que permitieron la competencia entre generadores situados en regiones cada vez más distantes, y la aparición de tecnologías de generación escalables, como los ciclos combinados con costes de inversión y periodos de construcción muy inferiores a los de las tecnologías de generación convencionales (Agosti, Padilla y Requejo, [2007], págs. 21-37).

[5] Por «acceso» en este contexto se entiende conexión de empresas de nueva aparición en el mercado de servicios relevante, sin una red propia, con redes preexistentes, pertenecientes a un operador ya asentado en el mercado geográfico o de producto relevante. Vid. Callol García (1999), pág. 402.

nuevos competidores y eliminar las barreras legales de entrada al mercado, requirió las correspondientes reformas normativas. De hecho, el proceso de liberalización de las telecomunicaciones exigió una fuerte regulación por la total dependencia del mercado de servicios fijos de la red de acceso del operador dominante y la imposibilidad de desplegar redes alternativas de acceso en plazos reducidos.

En la fase previa a la liberalización, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) configuraba a las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público (art. 2.1), especificando que los servicios finales de telecomunicaciones (y los servicios portadores) se prestaban en régimen de monopolio, mediante gestión directa o indirecta (arts. 13.2 y 14.5). A través de sucesivas renovaciones del contrato con la entonces Compañía Telefónica Nacional de España[6] se venía formalizando la concesión a ésta de los servicios portadores y finales de telecomunicaciones.

Este régimen, que respondía a las tradicionales tesis del "monopolio natural" como única forma posible de prestación de los servicios de telecomunicaciones, devino no obstante incompatible con la política europea de liberalización progresiva de ese estratégico sector[7], plasmada en la Directiva 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. El artículo 2 establece que los Estados miembros garantizarán la abolición de los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones[8] y "*adoptarán las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho de todo operador económico a ofrecer dichos servicios de telecomunicaciones*". Esta Directiva ya apuntaba a que la evolución tecnológica experimentada por el sector de las telecomunicaciones hacía técnica y económicamente posible un régimen en el que pudiera haber competencia entre los distintos operadores [Considerando (1)].

El Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, titulado sin ambages de Liberalización de las Telecomunicaciones, que modificó la LOT, indicaba didácticamente en su Exposición de Motivos "*la necesidad de acomodar la legislación española a la normativa comunitaria europea que, respecto de los servicios finales, prevé unos plazos máximos para su liberalización, [y que] obliga a la modificación de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. En esta línea, y por lo que se refiere a los servicios finales y portadores, se impone crear, de forma inmediata. las condiciones que garanticen la libre concurrencia en el mercado y la igualdad de trato a los operadores del sector*".

---

[6] Actualmente «Telefónica de España, S.A.U.» para telefonía fija e Internet, y «Telefónica Móviles España, S.A.U.» para la telefonía móvil y televisión.

[7] El *Libro verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones*, de 1987, supone uno de los primeros pasos en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en Europa. Tal como recoge la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones en su Exposición de Motivos: "En este libro verde, se proponía una ruptura parcial de dicho monopolio y una separación entre los servicios de telecomunicaciones que, hasta entonces, se ofrecían, todos ellos, asociados entre sí, al servicio telefónico y a su red. Esta separación permitió comenzar a distinguir entre redes y servicios básicos y otras redes, equipamientos y servicios. Dentro de esta segunda categoría, podría, en algunos casos, actuarse en régimen de libre concurrencia."

[8] Se exceptuaba el servicio de telefonía vocal, al considerar que la apertura de este servicio a la competencia podría amenazar el equilibrio financiero de los organismos de telecomunicaciones, puesto que de los ingresos derivados de la explotación de ese servicio dependía el desarrollo de las redes con cobertura geográfica general (Considerando 18).

Con una redacción un tanto elíptica, el Real Decreto-ley 6/1996 modificó el precitado artículo 13.2 de la LOT, que pasaba a prever que "*Los servicios finales de telecomunicación se podrán prestar, en las condiciones que se determinen por los correspondientes reglamentos técnicos y de prestación de los servicios, mediante su gestión directa por las entidades públicas a las que el Gobierno faculte por Real Decreto y mediante gestión indirecta a través de cualquiera de las modalidades establecidas por la legislación vigente*". Esto es, los servicios finales de telecomunicaciones pueden ser prestados mediante gestión directa por el sector público e indirecta por empresas privadas mediante concesión, en régimen de progresiva concurrencia[9].

El Real Decreto-ley 6/1996 creó asimismo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), con el objeto de "*salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector*". La CMT se extinguió y sus competencias fueron asumidas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con motivo de la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Resulta relevante señalar la introducción, por el Real Decreto-ley 6/1996, de una disposición adicional en la LOT, la undécima, relativa a la interconexión de redes, la cual ya establece los elementos fundamentales de la misma, a saber, la obligación del operador incumbente[10] de dar acceso a su red a precios orientados a costes, la obligación de negociar y el organismo encargado de resolver posibles disputas entre el propietario de la red y los competidores[11]. Entre las competencias del organismo regulador se prevé la de fijar los precios máximos de interconexión que deban regir en las relaciones comerciales entre los operadores (art. 1. Dos. 2 letra j, Real Decreto-ley 6/1996). El regulador aprueba periódicamente unos precios de referencia de interconexión a los que se pueden acoger los operadores, aunque estos tienen la opción de negociar otros precios con el operador dominante.

En el ámbito comunitario, en el marco de la regulación *ex ante* de los mercados de comunicaciones electrónicas, se imponen igualmente determinadas obligaciones a los operadores designados con poder significativo de mercado (operadores dominantes, antiguos monopolistas) en los mercados de referencia correspondientes, entre las que se incluyen: (i) la obliga-

[9] La condición de segundo operador le fue atribuida a Retevisión (art. 4) y, mediante Real Decreto 769/1997, de 30 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1647/1994, de 22 de julio, adaptándolo a las nuevas condiciones de prestación en competencia del servicio telefónico básico, se habilitó a un tercer operador general de telecomunicaciones para prestar el servicio telefónico básico y los servicios portadores.

[10] Como es sabido, se designa como incumbente al antiguo monopolista, calificado como operador dominante en la regulación propia de la liberalización del mercado.

[11] Conforme a dicha disposición, "los titulares de redes facilitarán el acceso a estas por parte de todos los operadores de servicios que lo deseen para permitir la interconexión de circuitos con la interoperabilidad de servicios. La interconexión se facilitará en condiciones no discriminatorias, incluyendo las condiciones de que disfruta el propio titular de la red o las empresas por él participadas si son proveedores de servicios. Los precios por la utilización de redes se definirán sobre criterios de costes hasta la existencia de una competencia efectiva. […] El acuerdo de interconexión será negociado entre las partes. Si no se llegara a un acuerdo satisfactorio para ambos operadores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá resolver sobre los aspectos objeto de conflicto". Se establecía, por tanto, la obligación del operador incumbente de proveer servicios mayoristas a los operadores entrantes.

ción de dar acceso a su red a otros operadores; (ii) obligaciones sobre el control de precios y contabilidad de costes; y (iii) obligaciones de transparencia y no discriminación[12].

Esa preocupación por garantizar la interconexión en condiciones no discriminatorias, responde a la constatación de que cuando el propietario de la red opera en los distintos niveles de provisión del servicio (producción, distribución al por mayor, distribución al por menor y comercialización) puede, a través de actuaciones no competitivas, obstaculizar la entrada de competidores en las actividades liberalizadas, típicamente estableciendo precios de acceso a la red excesivos[13], en general y por comparación con los precios minoristas aplicados por él a su vez.

En el caso español, la autoridad reguladora aprueba y revisa las llamadas «ofertas de referencia»[14], que incluyen las condiciones técnicas y económicas bajo las que el operador designado con poder significativo de mercado ha de prestar los servicios mayoristas regulados a los demás operadores; determina y supervisa los precios de acceso a la red de ese operador; y, en determinados mercados, supervisa también la replicabilidad de las ofertas comerciales minoristas que dicho operador debe comunicar con carácter previo a su comercialización[15], para evitar el recurso a los estrechamientos de márgenes como medio de obstaculizar la entrada y mantenimiento de operadores alternativos.

Corresponde diferenciar entre acceso e interconexión de redes, si bien ambas son figuras precisas para garantizar la apertura de un mercado basado en infraestructuras de red y el desarrollo de una competencia efectiva en el mismo. Así, se ha dicho que "*el acceso es un requisito mínimo para lograr la entrada en el mercado por parte de nuevos operadores, mientras que la interconexión persigue el logro de sinergias entre los operadores ya establecidos, a fin de facilitar el desarrollo de un mercado más eficiente y permitir a los usuarios disfrutar de los servicios de telecomunicaciones con independencia de quién sea el operador que los oferte, garantizando, de paso, a los titulares de redes menores que éstas no quedarán aisladas, al permitirse su conexión con las redes mayores*"[16].

La interconexión de redes permite la comunicación entre usuarios con independencia de la red a la que estén abonados: el intercambio de tráfico originado en la red propia de un operador y con destino a la red de otro es posible gracias a la interconexión entre ambos. Esta interconexión puede definirse como la conexión que debe realizarse entre dos redes para que los usuarios y servicios que utilizan una de las redes puedan acceder a los usuarios y servicios

[12] Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (DOCE 265/2, de 22 de agosto de 1998).

[13] De conformidad con la jurisprudencia comunitaria, existen precios excesivos cuando la empresa -o empresas- en posición de dominio establecen precios que no guardan relación con el valor económico de la prestación realizada. Vid. SSTJCE de 14 de febrero de 1978 (asunto 27/76, *United Brands)* y de 13 de noviembre de 1975 (*General Motors,* asunto 26/75).

[14] Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA); Ofertas de Interconexión de Referencia tradicional e IP (OIR-TDM y OIR-IP); Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) y Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (Oferta AMLT).

[15] V. https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/concrecion-desarrollo-obligaciones

[16] Vid. Callol García (1999), pág. 402, quien señala una tendencia, incluso en el ámbito normativo, al uso indiferenciado del término interconexión para referirse a ambas figuras.

que utilizan la otra red[17]. El modelo de liberalización adoptado en la Unión Europea parte del mantenimiento en manos de los antiguos monopolistas de la red telefónica y consagra el derecho de interconexión a tal red a favor de los operadores de nueva entrada[18].

La Ley 20/1997, de 19 de junio, por la que se regula la competencia del Gobierno, en un período transitorio, para la fijación de las tarifas y condiciones de interconexión, indicaba en su Exposición de Motivos: "*El acceso al mercado, como operadores de telefonía, de estas nuevas entidades introduce un primer factor de competencia hasta finales de 1998 y da especial relevancia a la fijación de las condiciones y tarifas de interconexión para la prestación del servicio utilizando la red del operador dominante. De dichas condiciones y tarifas dependerá la supervivencia, a corto plazo, de estos primeros competidores en la apertura paulatina y controlada del mercado*"[19]. Así, una regulación que reduzca sustancialmente los precios de interconexión se traduce en márgenes atractivos para operadores de nueva entrada, que a su vez pueden trasladar a reducciones de tarifas con el objetivo de erosionar progresivamente la posición del operador dominante[20]. Es interesante destacar que los precios de interconexión se diferencian en función del nivel de la misma, de forma que cuanto mayor sea la red propia del operador entrante que contrate la interconexión, menores serán sus costes de interconexión. Como veremos *infra*, este criterio podría trasladarse *mutatis mutandis* al mercado de los derechos de propiedad intelectual: en lugar de red propia, el nuevo entrante podría aportar su propio repertorio, llamado a interconectarse con el repertorio-red del operador incumbente.

Este régimen de competencia limitada entre quienes resultasen concesionarios del servicio de telecomunicaciones, introducido mediante el Real Decreto-ley 6/1996[21], luego sancionado como Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, fue consolidado por la Ley 11/1998, de 24 de enero, General de Telecomunicaciones (LGT 1998). En su Exposición de Motivos se lee que "*[p]ersigue promover la plena competencia mediante la aplicación de los principios de no discriminación y de transparencia en la prestación de la totalidad de los servicios. […] También se regula la interconexión de las redes, con la finalidad fundamental de garantizar la comunicación entre los usuarios, en condiciones de igualdad y con arreglo al principio de leal competencia entre todos los operadores de telecomunicaciones*."

[17] Vid. https://blog.cnmc.es/2010/11/25/la-oferta-de-interconexion-de-referencia-oir-al-dia/

[18] Calzada y Costas (2013), pág. 19.

[19] El Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, aprobó el Reglamento de interconexión y de acceso a las redes públicas y a la numeración. Posteriormente, la Orden ministerial de 29 de octubre de 1998 aprobaría la oferta de interconexión de referencia de Telefónica. Esta Orden obliga a Telefónica a poner su red telefónica al servicio de cualquier operador entrante de forma que, mediante el pago del precio de interconexión, el operador de nueva entrada pueda prestar servicios a sus propios clientes mediante acceso indirecto.

[20] Vid. Calzada y Costas (2013), págs. 19 y 20. El objetivo reconocido de la liberalización de las telecomunicaciones realizada en España en el período 1987-2003 fue el de reducir precios a los usuarios de los servicios, además de propiciar la provisión de nuevos servicios y el incremento de la capacidad de elección de suministrador por parte de los usuarios. En el caso del mercado de telecomunicaciones los impulsos internos para liberalizar provinieron de competidores potenciales, en concreto de empresas internacionales que se querían instalar en el país y de grandes usuarios de servicios de telecomunicaciones. Vid. Calzada y Costas (2013), págs. 3 y 8.

[21] Asimismo, se adoptaron leyes sectoriales que establecieron un régimen jurídico liberalizador para determinados ámbitos concretos, como la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, o la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.

Para la prestación de los servicios y el establecimiento o explotación de las redes se requerirá la previa obtención del correspondiente título habilitante que consistirá en una autorización general o en una licencia individual, según el tipo de servicio que se pretenda prestar o de la red que se pretenda instalar o explotar (art. 7 LGT 1998)[22]. Se establecen como principios de la interconexión, en lo que aquí interesa, que "*los titulares de redes públicas de telecomunicaciones estarán obligados a facilitar la interconexión de estas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público, que lo soliciten*" (art. 22.1 LGT 1998) y que "*los titulares de redes públicas de telecomunicaciones facilitaran la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos*" (art. 22.4 LGT 1998). En materia de precios de interconexión, se prevé que "*los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de operadores dominantes en el mercado, deberán atenerse, en la determinación de los precios de interconexión, a los principios de transparencia y de orientación a costes. Además, deberán justificar que los precios de interconexión que ofrezcan se orientan a los costes reales, así como desglosar los mismos de forma tal que el peticionario de la interconexión a sus redes, no sufrague más de lo estrictamente relacionado con el servicio solicitado*" (art. 26 LGT 1998).

Adicionalmente, a través del Real Decreto-ley 16/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones, se introducen una serie de medidas de reequilibrio tarifario (arts. 1 y 2). El nuevo marco de competencia exigía eliminar las tradicionales distorsiones del esquema de tarifas propio del monopolio, caracterizado por las subvenciones cruzadas constituidas por cuotas de abono y llamadas locales con tarifas por debajo de los costes y resto de llamadas con tarifas elevadas.

Los posteriores hitos producidos en el mercado de las comunicaciones electrónicas, marcados especialmente por la progresiva reducción de la cuota de mercado de Telefónica y la consolidación de operadores alternativos[23], el desarrollo e implantación de las tecnologías móviles e internet, así como de la convergencia de los servicios de voz, datos y TV de pago, requerían como presupuesto imprescindible la liberalización previa del sector de telecomunicaciones fijas.

La vigente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGT 2022), cuyo objeto declarado es la transposición del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas[24], establece como objetivo la inversión en redes de muy alta capacidad (fibra óptica o rendimiento similar y 5G), para lo cual garantiza el uso compartido de infraestructuras y recursos asociados y la utilización compartida de los tramos finales de las redes de acceso. También

[22] Para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones; para la prestación del servicio telefónico disponible al público y para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico.

[23] Conforme a los datos disponibles, las cuotas de líneas de los operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija en 2021 son las siguientes: Telefónica, con un 42,7 %, Vodafone ONO, con un 20%; Orange, con un 19,9 %; MásMóvil, con un 13,7 %; y Colt con un 1 %. Vid. Resolución por la que se establecen y hacen públicas las relaciones de operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil (OP/DTSA/001/22), de 15/9/2022.

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

se facilita el uso compartido del espectro radioeléctrico por los operadores. La LGT 2022 (cfr. arts. 14 y 18) mantiene el derecho de acceso de los operadores a redes y recursos asociados y regula la interconexión y las obligaciones que, de acuerdo con la normativa de la Unión Europea, pudiera llegar a imponer la CNMC a los operadores con peso significativo en el ámbito de la regulación *ex ante* de los mercados correspondientes, conservando la regulación de las competencias de la CNMC en materia de resolución de conflictos entre operadores.

Todavía en el ámbito de las telecomunicaciones, pero en este caso de las móviles, la figura del operador móvil virtual (OMV) ofrece un nuevo ejemplo de introducción de la competencia a través del uso de la red de otro operador, concretamente la cobertura de red de un operador móvil de red (OMR)[25]. Los OMV son operadores de telefonía móvil que, sin ser concesionarios de espectro de frecuencia, y por tanto careciendo de una red propia, recurren a la cobertura de red de otro operador con red propia (OMR) con el que precisan suscribir el correspondiente acuerdo de acceso mayorista.

Si bien las primeras licencias a los OMV en España se otorgaron en enero de 2001, fue necesaria una ulterior intervención regulatoria en 2006 para el desarrollo efectivo de este tipo de operadores, al constatarse que ninguno de los tres operadores con red móvil presentes entonces en el mercado consintió alcanzar acuerdos de acceso con OMV, pese al interés mostrado por estos[26]. Como resultado, la CMT, tras analizar el mercado mayorista de acceso a redes móviles, dictó una resolución imponiendo una regulación que obligaba a los tres operadores de red existentes en aquel momento a dar "acceso razonable" a sus infraestructuras móviles a esos OMV.[27] Dicha regulación propició la apertura del mercado de telecomunicaciones móviles.[28] Los OMV, que alcanzan actualmente en su conjunto una cuota de mercado por líneas móviles superior al 7%[29], han adoptado modelos de negocio sustancialmente diferentes entre sí, con el elemento común de adaptar sus ofertas a las necesidades concretas de sus clientes con el objetivo de reducir sus costes[30].

---

[25] Un OMR es un operador al que se le ha otorgado una concesión demanial para la utilización privativa del espectro radioeléctrico. Telefónica, Vodafone y Orange, son los OMR tradicionales en España. En 2006 inició su actividad comercial el cuarto OMR si bien sobre una base mixta de red propia y un acuerdo mayorista de roaming nacional: Xfera Móviles, S.A. (Yoigo).

[26] Los acuerdos de acceso tenían carácter voluntario conforme a la luego derogada Orden CTE/601/2002, de 14 de marzo, por la que se introduce un nuevo tipo de licencia habilitante para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público (móvil virtual).

[27] Resolución de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específica (AEM 2005/933). La participación en el mercado móvil de los OMV competidores que surgieron a consecuencia de la Resolución de 2006 se sitúa entre el 15% y el 20%. Algunos de esos operadores son Carrefour Móvil, Euskaltel, Lebara, Pepephone, Simyo, Digi, Finetwork, Xenet, Mobilfree o Ahí+.

[28] Hasta el punto de que, en 2017, la CNMC acordó suprimir las obligaciones hasta entonces aplicables a Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. en relación con la provisión de servicios mayoristas de acceso y originación móvil, al entender que el mercado tiende hacia una situación de competencia efectiva y que la legislación en materia de competencia resulta suficiente para abordar adecuadamente las deficiencias que se puedan detectar en el mercado.

[29] Vid. https://data.cnmc.es/

[30] Tal como lo explica la CNMC en su Informe económico sectorial de las telecomunicaciones y el audiovisual 2021, de julio de 2022 (ESTAD/CNMC/002/22), pág. 93: "En su inicio, los distintos OMV no llevaron a cabo una

4. Rasgos diferenciales de la liberalización del sector energético

Más allá de las evidentes diferencias entre un sector y otro, en el caso del proceso liberalizador energético, por contraste con el de las telecomunicaciones, el rasgo esencial ha sido el tratamiento regulatorio diferenciado entre las actividades susceptibles de competencia (la generación o producción y la comercialización) y las que se consideran propias de monopolio natural (el transporte y la distribución), asegurando no obstante a los terceros operadores el acceso regulado a las redes de transporte y distribución de los operadores propietarios de las mismas.

Hasta el año 1997, el sector eléctrico español estaba compuesto exclusivamente por compañías eléctricas privadas, de base regional[31], verticalmente integradas que desarrollaban en su seno todas las actividades propias del suministro energético: esto es, generación, transporte y distribución, siendo las empresas distribuidoras las que vendían la energía a los consumidores[32].

Nuevamente el impulso liberalizador, ahora en el campo energético, procedió del ámbito comunitario. A mediados de los años noventa, la Unión Europea, con el objetivo declarado de crear un mercado único de la energía y mejorar los servicios energéticos, tanto en términos de precio como de calidad, publicó las primeras directivas para la liberalización del sector eléctrico y gasista, las cuales establecieron la separación jurídica de actividades reguladas (las vinculadas a las redes) y actividades en competencia (generación y comercialización) y el libre acceso a las redes.

Como en cualquier industria de red, *"[l]a razón principal para la separación de actividades es la mayor facilidad para que exista competencia en los segmentos liberalizados, si los operadores que actúan en estos tramos del mercado no gestionan a su vez la red. En caso contrario, la empresa integrada verticalmente puede aplicar subvenciones cruzadas, de manera que, con los beneficios que obtiene de las actividades que desarrolla en un marco no competitivo, contrarreste*

única estrategia de negocio. Dichas estrategias se podían agrupar en: 1) operadores con una oferta especializada en tarifas internacionales competitivas; 2) operadores basados en una oferta móvil integrada junto con otros servicios prestados por redes fijas; 3) operadores que disponen de extensas redes de distribución a través de las cuales pueden ofertar sus servicios móviles a un gran número de clientes; y 4) operadores cuyo principal argumento comercial es la oferta de tarifas móviles nacionales muy competitivas gracias a la eliminación de servicios complementarios […]. [A]ctualmente la estrategia basada en una oferta empaquetada de servicios de telecomunicaciones es la predominante entre los OMV […]".

[31] A diferencia del modelo dominante en los países de nuestro entorno que era el de monopolio público, el sector eléctrico español estaba constituido por varias empresas (Iberduero, Hidroeléctrica Española, Unión Eléctrica Fenosa, Compañía Sevillana de Electricidad, FECSA, ENHER, Hidrocantábrico, Viesgo, HECSA, ERZ y Endesa), la mayoría de capital privado e integradas verticalmente. La principal excepción era Endesa, compañía pública fundada para la generación con carbón nacional, que suministraba un tercio del mercado de generación. El ulterior proceso de concentración empresarial redujo los grupos eléctricos a cuatro: Unión Fenosa, Iberdrola, Grupo Endesa (ya privatizada) e Hidrocantábrico. Vid. Costa Campi (2016), págs. 145 y 148. Pese a la apariencia de mercado oligopolista, en realidad se trataba de monopolios, puesto que prestaban servicios de forma monopolista en función del territorio en el que operaban.

[32] Para un análisis del proceso liberalizador en el mercado energético, vid. Agosti, Padilla y Requejo (2007), págs. 21-37.

las pérdidas en las que puede incurrir en las restantes actividades, al aplicar precios predatorios para dificultar la supervivencia de empresas rivales"[33].

Fue la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE 1997)[34], la que incorporó a nuestro ordenamiento las previsiones contenidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad, estableciendo una clara separación vertical de actividades, de forma que las sociedades mercantiles que desarrollasen actividades reguladas no pudiesen realizar actividades de producción o de comercialización (art. 14 LSE 1997).

Se estableció un mercado de producción de energía eléctrica en régimen de libre competencia (art. 11 LSE 1997), sometiéndose a autorización administrativa la construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de instalaciones de producción de energía eléctrica (art. 21 LSE 1997). A su vez, se crea la figura del comercializador para el mercado minorista (arts. 11.3 y 44.2 LSE 1997) que debe contar con autorización administrativa previa, la cual se indica expresamente que será reglada.

Las actividades de distribución y transporte se mantuvieron como reguladas por tener características de monopolio natural (art. 11.2 LSE 1997), estableciéndose un régimen de acceso regulado a las mismas en condiciones de transparencia y no discriminación (arts. 38 y 42 LSE 1997). De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LSE 1997, "*[e]l transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural. es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores*".

Para garantizar que el funcionamiento del sector eléctrico en un marco liberalizado se produzca sin abusos de posición de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia, se dota a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico[35] de amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos, y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas encargadas de la defensa de la competencia[36].

La Ley 17/2007, de 4 de julio, modifica la LSE 1997 para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, la cual estableció nuevas normas comunes para completar el Mercado Interior de la electricidad y derogó la Di-

[33] Vid. Matea (2002), pág. 131. Existen precios predatorios si estos están por debajo del coste variable medio de la empresa, o por debajo de los costes totales si existe un plan preconcebido para atentar contra la competencia. STJCE de 3 de julio de 1991, AKZO, asunto C-62/86.

[34] Dicha ley, con sus numerosas modificaciones posteriores, ha sido derogada por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, destinada a la lograr la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico y el aumento de la competencia de las comercializadoras de referencia.

[35] En 1998, se crea por Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, la Comisión Nacional de Energía de España (CNE), como ente regulador de los sistemas energéticos con la responsabilidad de velar por la competencia efectiva en los mismos (tanto mercado eléctrico como hidrocarburos líquidos y gaseosos). Como en el caso de la CMT, la CNE se extinguió y sus competencias fueron asumidas por la CNMC tras la aprobación de la Ley 3/2013.

[36] Vid. Exposición de Motivos de la LSE 1997.

rectiva 96/92/CE. En concreto, se introducen nuevas medidas para garantizar unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamientos abusivos, garantizando condiciones de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas. Adicionalmente, con objeto de asegurar un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, se reforma la configuración de la actividad de distribución procedente de la LSE 1997 y, a partir de 1 de enero de 2009, el suministro deja de poder ser prestado por las distribuidoras y pasa a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia[37].

Resulta significativo de la trascendencia del deber de acceso regulado a cargo del operador dominante y consiguiente derecho a favor de los nuevos entrantes, el que la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE 2013) reconozca en su Exposición de Motivos la necesidad de introducir "*una mayor concreción de los conceptos de acceso y conexión a las redes, reforzando los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en su otorgamiento, y fijando el régimen de otorgamiento y denegación bajo criterios exclusivamente técnicos*", siendo así que "*el acceso de los sujetos a las redes constituye uno de los pilares sobre los que se sustenta el sistema eléctrico, fundamental para la garantía de suministro y de competencia efectiva en el mercado*".

El proceso liberalizador del mercado energético no ha estado exento de dificultades, derivadas fundamentalmente de la posición de dominio de las cinco grandes distribuidoras de referencia. Resultan representativos del tipo de obstáculos que pueden plantear las empresas integradas verticalmente que disfrutan de una posición de monopolio en uno de los mercados relevantes, los expedientes sancionadores resueltos por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en 2009 frente a las cinco operadoras monopolistas en distribución. Estas disponían, por su condición de distribuidoras, de información comercial estratégica acerca de los puntos de suministro y consumidores eléctricos. Esta información, tal y como señalaba el Real Decreto 1435/2003, por el que se creó el Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) y se regularon las condiciones para facilitar el acceso a dicha base de datos a las comercializadores, debía ser facilitada de modo gratuito a aquellos comercializadores registrados que lo solicitaran. No obstante, las distribuidoras, "*valiéndose de la posición de dominio que le confiere el monopolio legal que ostentan sobre la red de distribución, habrían cometido un abuso con la intencionalidad y la aptitud de obstaculizar la entrada a nuevos competidores*", obstaculizando a los comercializadores el acceso al SIPS y transmitiendo de manera discriminatoria información a otras empresas de su grupo[38].

[37] Vid. Exposición de Motivos de la Ley 17/2007. Tal como explican Flores Jimeno y Santos Cebrián (2015), pág. 269: "En el mercado mayorista, las empresas comercializadoras y los grandes consumidores directos adquirirían la electricidad a las generadoras y los precios se fijarían mediante mecanismos de mercado. Además, deberían abonar una tarifa regulada por el Estado por el acceso a la red eléctrica. En el mercado minorista, los consumidores domésticos y pequeñas empresas firmarían un contrato libre con una de las comercializadoras que compiten en régimen de libre competencia y que les facturaría por la electricidad consumida. En decir, la comercializadora sería compradora en el mercado mayorista y vendedora en el mercado minorista".

[38] Vid. expedientes sancionadores que resolvió la CNC en relación con el abuso de posición de dominio de las distribuidoras de electricidad, con monopolio territorial y pertenecientes a los principales grupos empresariales de producción de electricidad: Resoluciones de 2 de abril de 2009, Expte. 641/08, Centrica/Endesa, Expte. 642/08, Centrica/Unión FENOSA, Expte. 643/08, Centrica/Eléctrica de Viesgo, Expte. 644/08, Centrica/Iberdrola y de 22 de abril de 2009, Expte. 645/08, Centrica/Hidrocantábrico.

5. La actividad de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual desde la perspectiva del derecho de la competencia

Eficiencias e ineficiencias de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual

Los autores y otros titulares de propiedad intelectual tienen derecho a obtener provecho económico por la explotación que de sus obras o prestaciones realicen otros sujetos. El contenido económico del derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual se compone de dos tipos de derechos: los de explotación y los de simple remuneración. Los primeros son derechos exclusivos, es decir, imponen un deber general de abstención de utilizar la obra o prestación sin contar con autorización del titular (*ius prohibendi*)[39]; los segundos no dan al titular la facultad de autorizar o prohibir cierta actividad de utilización de su obra/prestación, sino solo la de percibir una compensación económica ligada a la realización de dicha actividad por un sujeto[40].

Los titulares de propiedad intelectual –autores y artistas típicamente–, aunque dispongan de derechos exclusivos de explotación no los suelen ejercitar directamente, puesto que carecen de los medios técnicos necesarios para llevar a cabo las actividades de explotación correspondientes. Lo normal es que acudan a empresarios especializados, como editores o productores, a quienes ceden sus derechos exclusivos a cambio de una contraprestación para que articulen la explotación de que se trate. Se habla aquí de gestión individual de los derechos, que es la que realiza el titular por sí mismo, celebrando contratos con sus cesionarios, a fin de controlar las explotaciones primarias de su obra o prestación.

Toda vez que una obra o prestación artística ha sido introducida en el mercado, se abren para ella nuevas posibilidades de utilización que, ni siquiera por vía de cesiones individualizadas, podrían ser controladas por el autor/artista. Es usual hablar de «explotaciones secundarias» para referirse a esas explotaciones, ya que presuponen la existencia de actos de explotación anteriores o primarios. Las explotaciones secundarias, a diferencia de las primarias, tienden a ser masivas en cuanto al número y dispersión de los sujetos que las protagonizan. Las utilizaciones que están cubiertas por derechos de simple remuneración son todas ellas secundarias, en el sentido de que requieren que la obra/prestación haya sido previamente introducida en el mercado por el titular mediante actos de transmisión primarios[41].

---

[39] Las actividades de explotación que quedan reservadas a la decisión soberana del autor [o titular de otro derecho de propiedad intelectual] son todas aquellas que supongan, en sentido lato, una extensión o difusión de la misma en el mercado, si bien las más importantes o habituales han sido tipificadas por el legislador (reproducir, distribuir, comunicar al público, transformar).

[40] La técnica de los derechos de remuneración, cada vez más extendida en las leyes de propiedad intelectual, responde a una filosofía claramente procompetitiva: el titular ya no va a poder ejercitar su *ius prohibendi* para autorizar o prohibir determinada explotación; por lo mismo, tampoco podrá asignar los derechos en exclusiva a un determinado cesionario o licenciatario: cualquier sujeto podrá llevar a cabo la utilización cubierta por el derecho remuneratorio, debiendo hacer frente a la contraprestación correspondiente.

[41] La mayoría de derechos de simple remuneración nacen en cabeza del autor o del artista cuando estos han cedido su derecho exclusivo a un productor u otro cesionario. De ese modo, el retorno económico del autor y del artista no depende solo de la retribución que logren pactar en los contratos con sus cesionarios, puesto que se asume que aquellos son la parte débil de tales contratos. La fórmula consiste en hacer nacer *ope legis* una remuneración puesta a cargo de los sujetos que realicen las explotaciones secundarias, esto es, subsiguientes a las llevadas a cabo por los cesionarios del autor o del artista y autorizadas por estos en los respectivos contratos.

En la práctica las utilizaciones secundarias de las obras/prestaciones se comportan de manera muy similar, con independencia de que estén cubiertas por derechos exclusivos o por derechos de tipo remuneratorio, ya que en ambos casos se genera la necesidad de acudir a entes centralizadores que hagan valer de forma colectiva los intereses de los autores y otros titulares ante quienes efectúan esas utilizaciones secundarias. Esa necesidad puede ser solo de naturaleza económica, por la racionalidad que conlleva gestionar los derechos de forma colectiva[42], o también jurídica, cuando el legislador ha impuesto que determinado derecho se gestione colectivamente de forma necesaria[43].

Los entes centralizadores a que nos referimos son las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, las cuales aparecen habilitadas –de forma voluntaria o necesaria– por los autores y demás titulares para que gestionen en su lugar, tanto el otorgamiento de autorizaciones de cobertura para esas actividades de explotación secundaria de sus obras, como el cobro y posterior reparto de la recaudación percibida de los usuarios a cambio de esas utilizaciones.

Las entidades de gestión colectiva se definen en el artículo 3.a) de la Directiva 2014/26, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines (Directiva 2014/26), como "*toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios: (i) ser propiedad* o *estar sometida al control de sus miembros, o (ii) carecer de ánimo de lucro*".

A nivel interno, el artículo 147 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dice que son entidades dedicadas, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de propiedad intelectual. Deben ser propiedad de sus socios *y* estar sometidas al control de los mismos, *además de* no poder tener ánimo de lucro. Si están establecidas en territorio español han de ser autorizadas por el Ministerio de Cultura. En virtud de esa autorización, podrán ejercer los derechos que los titulares les hayan confiado mediante contrato de gestión y, entre otras obligaciones, tendrán la de hacer efectivos los derechos de simple remuneración previstos en la ley[44].

---

[42] La racionalidad económica de gestionar a nivel colectivo ciertos derechos de propiedad intelectual se manifestó en etapas relativamente tempranas de la evolución de los derechos de autor. Se suele ubicar en la Francia de mediados del siglo XIX el comienzo de esta fórmula, asociada a la percepción de los derechos por la representación de obras musicales en locales públicos, como teatros y cafés-concierto. Con el desarrollo de los medios técnicos de grabación, reproducción y transmisión del sonido y de la imagen, las posibilidades de propiciar una explotación secundaria de las obras y prestaciones protegidas se han incrementado exponencialmente a partir del último tercio del siglo XIX y a lo largo de todo el siglo XX.

[43] En efecto, la fuerte expansión de la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines no solo se debe al hecho de que los titulares detecten la conveniencia de sindicar sus derechos y asignen de forma voluntaria a un ente la facultad de administrarlos en su nombre, sino a que el propio legislador ha introducido, cada vez con más profusión, modalidades de explotación que solo son susceptibles de gestión a nivel colectivo. La casi totalidad de los derechos de remuneración son objeto de gestión colectiva obligatoria, y viceversa, casi todos los supuestos de gestión colectiva obligatoria se refieren a derechos de simple remuneración.

[44] El contrato de gestión es un tipo de contrato de mandato. Las entidades de gestión no reciben los derechos de los titulares en calidad de cesionarias sino de mandatarias. En consonancia con ello, tienen vedado explotar por sí mismas los derechos confiados a su gestión. En contra de lo que suele pensarse también se traban contratos

La gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual es objeto de regulación por la legislación sobre propiedad intelectual, la cual establece los requisitos a los que debe atenerse el funcionamiento de las entidades de gestión, sienta los principios básicos de gestión y las reglas de organización, transparencia y buen gobierno, marca deberes a las entidades para con sus usuarios, sus miembros y otras entidades de gestión, y diseña un marco de supervisión y control a cargo de las administraciones públicas, a las cuales se asigna la potestad sancionadora en virtud de un cuadro de infracciones y sanciones[45].

La demarcación de un campo de juego estricto y la sujeción a reglas y deberes, asegurados mediante un catálogo de infracciones y sanciones, son indicativas de que el legislador percibe tanto el interés general que presenta la actividad de las entidades de gestión para el funcionamiento de los diversos mercados secundarios de explotación de derechos de propiedad intelectual, como el riesgo de que esas entidades puedan actuar de forma no alineada con ese interés general. Dicho lo cual, el nivel de regulación que el legislador ha establecido sobre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual es inferior al de otros sectores de actividad, pudiendo decirse que la intervención administrativa se limita a la autorización inicial para operar como entidad y a ciertos requerimientos de información. No se conocen casos de expedientes sancionadores instruidos por el Ministerio de Cultura contra entidades de gestión que hayan culminado en una sanción. El catálogo de infracciones está focalizado, por lo demás, sobre la parte de la actividad de las entidades que tiene que ver con las relaciones con sus miembros y con las propias Administraciones competentes[46].

Dada la escasa densidad del entramado regulatorio en el que las entidades de gestión desenvuelven su actividad, y el hecho de que dicho entramado regulatorio no esté precisamente concebido para corregir las desviaciones en que las entidades incurran en las relaciones con los usuarios de su repertorio, no es de extrañar que se haya producido una relevante activi-

de gestión para los derechos de gestión colectiva obligatoria pues, aunque el titular no puede gestionar esos derechos a nivel individual, sí que podría no gestionarlos en absoluto. Es necesario que el titular manifieste su deseo de gestionar el derecho y que, en caso de existir más de una entidad de gestión, señalice a cuál de ellas le quiere encomendar la administración de su derecho, pues el derecho no es de la entidad (cfr. art. 20.4.c/ TRLPI).

[45] El régimen de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual se contiene en el Título IV del Libro III TRLPI (arts. 147 a 192), que se subdivide en siete capítulos: "Requisitos para la gestión colectiva" (Capítulo I), "Titulares de derechos" (Capítulo II), "Organización de las entidades de gestión" (Capítulo III), "Autorizaciones no exclusivas para el uso del repertorio de las entidades de gestión y tarifas generales" (Capítulo IV), "Gestión de los derechos recaudados por las entidades de gestión" (Capítulo V), "Obligaciones de información, transparencia y contabilidad de las entidades de gestión" (Capítulo VI) y "Régimen sancionador" (Capítulo VII).

[46] Así, se tipifican como infracciones muy graves: la ineficacia manifiesta y notoria en la administración de los derechos que la entidad tenga encomendados, la prestación de servicios de gestión colectiva sin haber obtenido previamente la autorización administrativa preceptiva, así como el incumplimiento grave y reiterado del objeto y fines estatutarios por vía de realizar actividades ajenas a la gestión de los derechos encomendados, o sencillamente de no administrar estos derechos; mientras que se consideran infracciones graves: el incumplimiento de las condiciones establecidas en la ley respecto del contrato de gestión, la aplicación de sistemas de reparto de las cantidades recaudadas de manera arbitraria y no equitativa, al resistencia a la actividad inspectora de las Administraciones competentes, la inobservancia del procedimiento de tratamiento y resolución de reclamaciones y quejas, y el incumplimiento de una serie de obligaciones, en su mayor parte relacionadas con la recaudación, reparto y pago de los derechos recaudados, así como con los deberes de transparencia, auditoría y contabilidad (vid. art. 191.2 y 3 TRLPI).

dad de supervisión del comportamiento de dichas entidades por parte de las instancias que velan por la defensa de la competencia en el mercado. Es decir, la falta de atención desde el Derecho de la propiedad intelectual se ha visto nivelada por una respuesta desde el Derecho de la competencia[47], de donde, entre otras cosas, ha surgido una notable literatura que afronta las relaciones entre ambas ramas[48]. No en vano, las entidades de gestión no dejan de ser unos agentes más que se comportan como auténticas empresas desde el punto de vista del Derecho de la competencia, y por tanto pueden incurrir en conductas anticompetitivas como cualesquiera otras empresas[49].

Algunos autores, frente a la línea ampliamente dominante que constata los riesgos de la gestión colectiva desde la perspectiva del Derecho de la competencia, han apreciado en menor medida esos riesgos y han calificado la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual como "un buen ejemplo de mercado bilateral", en referencia a los llamados "*two-sided markets*"[50], esto es, plataformas que ponen en contacto a compradores y vendedores y propor-

[47] A veces se ha hablado de la existencia de una relación de tensión entre la normativa de propiedad intelectual y el Derecho de la competencia (cfr. Ortíz, Maíllo, Ibáñez y Lamadrid [2008], pág. 182). En nuestra opinión, más que de tensión cabe hablar de complementariedad, dado que los objetivos que persiguen ambas disciplinas no están confrontados: en ambos casos se trata de promover la creación y la innovación, como instrumentos que permiten incrementar el bienestar del consumidor y del conjunto de la sociedad; difieren, eso sí, en los medios para lograrlo, pues en el caso de la propiedad intelectual se opta por crear barreras de entrada (monopolios de explotación económica por un tiempo determinado) como mecanismo para incentivar la innovación, mientras que el Derecho de la competencia propugna la libertad de iniciativa empresarial para favorecer el desarrollo de nuevos productos y servicios. Vid. Costas Comesaña (2011), pág. 71. Dicho lo cual, el análisis de la finalidad de los derechos de propiedad intelectual cuando estos se contemplan a título individual difiere del que toca hacer cuando tales derechos están agregados en número masivo y puestos en manos de un ente centralizador que los gestiona a nivel colectivo: aquí sí se puede decir que el Derecho de la competencia operaría de un modo que no sería complementario o concurrente con las finalidades del Derecho de la propiedad intelectual.

[48] Vid. Delgado Hernández (2000); Sabido Rodríguez (2000); Torres Fueyo (2002); Rodríguez Mejías (2006); Lence Reija (2008-2009); Corredoira y Alfonso (2011); Carbajo Cascón y Uribe Piedrahita (2012-2013); Lence Reija (2013); Rodríguez Mejías (2016); Jiménez Serranía (2021).

[49] El artículo 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) dispone que "serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley". Por su parte, el artículo 63.1 de la LDC establece que "los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley (...)". Finalmente, la disposición adicional cuarta LDC señala que "a los efectos de lo previsto en la ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación". Esto se traslada después a las resoluciones de la autoridad de competencia. Cabe citar, entre otras, la Resolución de la CNMC de 26 de noviembre de 2015 (S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), que no duda en aplicar el calificativo de "empresas" a las entidades AGEDI y AIE (Fundamento de Derecho 4, pág. 77): "*la culpabilidad de las empresas en la comisión de la infracción aquí sancionada resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto. En este caso, esta Sala no alberga dudas de la concurrencia del elemento volitivo de la conducta por parte de AGEDI y AIE, puesto que conocen perfectamente las consecuencias de las conductas aquí analizadas, si tenemos en cuenta que ya han sido sancionadas anteriormente por unos hechos similares a los que se sanciona ahora, y dichas sanciones han sido confirmadas por los tribunales de nuestro país. Como ha señalado el Tribunal Supremo, la existencia de resoluciones recaídas en asuntos anteriores similares, excluye la posibilidad de considerar que la empresa responsable pueda desconocer la antijuricidad de su conducta y las consecuencias que se derivan de ella*" (énfasis añadido).

[50] Vid. Lence Reija (2013), pág. 138; Jiménez Serranía (2021), Capítulo V, 1.3.

cionan a ambos grupos beneficios derivados de los efectos de red, fundamentalmente por el volumen de integrantes que participan en cada lado de la plataforma[51].

A nuestro modo de ver, sin embargo, las entidades de gestión colectiva no solo no son un buen ejemplo de mercado bilateral, sino que no se pueden definir como tales, por diversas razones.

En primer lugar, una característica esencial de los mercados de dos lados es la existencia de una plataforma que pone en contacto a dos grupos de oferentes y adquirentes, desde una posición tercera, diferenciada de los intereses de ambos grupos. En el caso de la gestión colectiva, su calificación como *two-sided market* soslaya el hecho de que –como hemos indicado– las entidades de gestión colectiva son propiedad de sus miembros y están sometidas al control de los mismos, gestionando por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de propiedad intelectual los derechos que les son encomendados. Es evidente, por tanto, que no son entes intermediarios o plataformas neutrales, sino que representan y protegen, de acuerdo con su configuración legal, los intereses de los titulares de propiedad intelectual[52].

Por otra parte, frente a lo que sucede con los operadores intermediarios en mercados de doble cara, no es que los titulares de derechos se sirvan de su presencia en la plataforma para ofrecer sus obras o prestaciones a una miríada de potenciales usuarios interesados, y a la inversa. La entidad de gestión no *pone en contacto* a los partícipes de cada lado de la plataforma, sino que, a través de los contratos de gestión, aglutina primero la oferta de quienes están en uno de los lados para después, de forma empaquetada, comercializarla a los situados en la otra cara. Quien celebra los contratos de licencia con los usuarios y percibe la tarifa correspondiente es la entidad de gestión en nombre propio: usuarios y titulares nunca entran en contacto entre sí, al menos en la gestión colectiva ordinaria[53]. Las entidades de gestión actúan en beneficio del colectivo de titulares que representan; a diferencia de un agente, no actúan por cuenta de cada titular separadamente sino que administran de manera conjunta los derechos de todo el colectivo[54].

---

[51] Como ejemplo de mercado bilateral suele ponerse el de las tarjetas de crédito, pues a mayor número de compradores que las empleen más rentable será también para los comercios aceptarlas, y viceversa. Otro ejemplo, propio del entorno digital, sería el de los sitios web de subastas online o plataformas de venta de objetos de segunda mano: cuanto más amplio sea el número de los que venden u ofertan sus productos, más incentivos tendrán los potenciales compradores para usar la plataforma, y al revés.

[52] Diríamos que a través de las entidades de gestión los titulares de derechos llevan a cabo una auténtica sindicación de sus intereses. Al igual que sucede con los sindicatos de trabajadores, que no pueden definirse como una plataforma que permita interactuar a los empresarios con los trabajadores, las entidades de gestión aglutinan los intereses únicamente de uno de los dos lados del mercado, al que representan colectivamente frente a los agentes que operan en el otro lado.

[53] Frente a la gestión colectiva ordinaria o completa, las entidades pueden llevar a cabo excepcionalmente una gestión colectiva parcial o incompleta. Esta se refiere a los casos de utilizaciones singulares en las que la entidad no está mandatada para actuar en nombre del titular, sino que necesita efectuar una consulta previa al titular caso por caso (cfr. art. 166 TRLPI). En estos supuestos, en que su rol se asemeja más al de un intermediario que pone en contacto al titular y al usuario, las entidades no se comportan de manera genuina como entes de gestión colectiva sino que llevan a cabo una gestión puramente individual.

[54] Como ya hemos visto, el artículo 3.a) de la Directiva 2014/26 define las entidades de gestión como toda organización autorizada para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, *en beneficio colectivo de esos titulares de derechos*. De manera concordante, el artículo 147 TRLPI dispone que las entidades necesitarán autorización ministerial para dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, "por cuenta y en interés

En tercer lugar, no se trata de que la entidad subvencione a los integrantes de uno de los dos lados del mercado merced a las tarifas o cánones que repercute a los integrantes del otro lado, que es la ratio económica sobre la que se asientan los mercados bilaterales, sino que las entidades de gestión están en todo caso obligadas a recaudar tarifas de los usuarios de su repertorio, por imposición legal (art. 164 TRLPI); como también están obligadas por ley a repartir lo recaudado entre los titulares que les hayan encomendado la gestión, previa detracción del correspondiente descuento de administración (art. 176 TRLPI). La entidad presta dos servicios y cobra tanto a los titulares como a los usuarios por el servicio prestado a cada uno[55].

En fin, en los casos de gestión colectiva obligatoria, ni titulares ni usuarios acuden a las entidades de gestión porque se sientan espontáneamente atraídos hacia un mercado bilateral por los efectos de red que proporcione, sino porque el legislador ha abocado a que determinados derechos solo puedan ser gestionados a través de esos entes, de manera que, con independencia de su representatividad real y de su penetración en el mercado, la única instancia para negociar esos derechos será la entidad de gestión que opere en ese sector.

Ello no obsta para admitir que la existencia de entidades de gestión colectiva se traduce en un ahorro de costes de transacción, pues permiten canalizar a través de un operador central un alto volumen de autorizaciones y pagos que de otro modo tendrían que hacerse de manera dispersa. Pero la presencia de una característica aislada que también se detecta en los mercados de dos lados no convierte a las entidades de gestión en uno de ellos, tal y como acabamos de explicar.

En suma, las entidades de gestión aparecen como entes que aglutinan vastos repertorios sobre los que toman decisiones de gestión conjuntas, y en ese sentido acumulan un poder de mercado susceptible de ser empleado en sentido no acorde con las normas que disciplinan la competencia, tanto en los mercados aguas arriba de la encomienda de gestión por parte de los titulares, como en los mercados aguas abajo de las condiciones de licenciamiento y tarifas generales de cara a los usuarios. En caso de que así ocurra, las eficiencias que a priori se derivan de la sindicación de los derechos de un gran número de titulares a fin de administrar sus derechos de manera conjunta en sus relaciones con los usuarios, se tornan en ineficiencias, al producir efectos que causan una distorsión de la competencia económica.

---

de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual". Todo lo más, las entidades que administren derechos sobre obras o prestaciones de diferentes categorías deberán realizar el reparto de manera separada, *por cada tipo* de obra o prestación protegida (art. 177.1 TRLPI).

[55] La formulación que viene realizando la autoridad de competencia al analizar el mercado de producto afectado en los diversos expedientes sancionadores incoados frente a entidades de gestión describe, de forma a nuestro entender correcta, la gestión colectiva. A título de ejemplo, tomando una de las resoluciones sancionadoras más reciente, leemos: "*las entidades de gestión colectiva y, en su caso, los OGI's, operan en dos ámbitos distintos, por un lado, conciertan contratos con los titulares de derechos de autor, lo que les permite gestionar en nombre de éstos un repertorio de creaciones (mercado aguas arriba); y, por otro lado, contratan con usuarios la concesión de autorizaciones para permitirles la utilización de repertorio de sus derechos gestionados (mercado aguas abajo). Esta configuración del mercado hace que las entidades de gestión colectiva, como operadores económicos del mismo, lleven a cabo una doble competencia por captar derechos para su repertorio y usuarios para sus licencias*" (Resolución de 30 de mayo de 2019 Expte. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE).

Aunque son varios los instrumentos del Derecho de la competencia que pueden entrar en juego en relación con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, el que de manera más recurrente ha sido empleado en el ámbito de la gestión colectiva ha sido el relativo a la proscripción del abuso de posición de dominio[56]. Ello es debido a que, como desarrollaremos en extenso en el siguiente epígrafe, estas entidades se erigen, dentro de sus respectivos mercados, en auténticos monopolios de hecho[57]. Las manifestaciones de ese abuso de posición de dominio oscilan entre la aplicación de precios y/o condiciones inequitativos o excesivos, la fijación de precios sobre la base de factores no vinculados a la explotación efectiva del repertorio, el despliegue de una estrategia de negociación abusiva, o el recurso a la falta de transparencia para imponer tarifas discriminatorias a unos usuarios frente a otros.

Si bien la actividad de las entidades de gestión cae bajo el régimen de supervisión de las autoridades de competencia, así como el de la aplicación privada del Derecho de la competencia, salvo algún caso aislado en que una entidad de gestión ha sido condenada por un órgano de la jurisdicción civil a causa de una conducta anticompetitiva, las intervenciones han adoptado la forma de resoluciones sancionadoras dictadas por la autoridad de competencia, en su práctica totalidad confirmadas en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, en algún caso con algún matiz en lo tocante al método de cálculo de la multa. A su vez, en la mayoría de los casos las conductas enjuiciadas se referían al mercado de la concesión de licencias de uso y percepción de tarifas respecto de los usuarios de su repertorio, y minoritariamente al mercado de prestación de servicios de gestión a los titulares de derechos.

Las resoluciones de la autoridad española de la competencia en materia de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual provienen de los tres órganos que han desempeñado sucesivamente esa función, Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), Comisión Nacional de la Competencia (CNC), y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Las primeras resoluciones son relativamente tempranas. La primera resolución, dictada por el TDC el 12 de julio de 1991 (Expte. 287/90 SGAE), se refería a una conducta del año 1987 y se resolvió aplicando la vieja Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas

[56] El artículo 2 de la LDC proscribe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de domino en todo o en parte del mercado nacional. Entre las conductas de abuso que enumera el artículo se incluyen (no es un *numerus clausus*): a) la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; b) la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

[57] Como señala Rodríguez Mejías (2006), págs. 18-19, el abuso de posición de dominio en la gestión colectiva se refiere a situaciones en las que la contraparte de la entidad de gestión (el usuario, asociación de usuarios o entidad de radiodifusión) no dispone de alternativa real a la voluntad de la entidad. Solo en uno de los mercados (el de los derechos autorales sobre las partes literarias de las obras audiovisuales) se da la concurrencia de dos entidades de gestión. Hay algún otro ejemplo de concurrencia, pero la zona de intersección es casi anecdótica. Como tendremos ocasión de exponer en extenso, desde nuestro punto de vista, la existencia de una pluralidad de entidades de gestión en un mismo mercado no introduce una verdadera competencia, en la medida en que ello se traduzca en una fragmentación de repertorios, todos los cuales deban ser adquiridos a la postre por el usuario para prestar su servicio.

restrictivas de la competencia. Aparte de esa, las principales resoluciones dictadas por el TDC en esta materia fueron las de 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), 15 de enero de 2002 (Expte. 511/01, Vale Music/SGAE) y 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisiones)[58].

En la etapa de la CNC cabe referir, entre otras, las resoluciones de 24 de junio de 2008 (Expte. 630/07 DAMA SGAE), 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07, Fonogramas) y 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/Tele5)[59], así como las de 23 de febrero de 2011 (Expte. 2785/07 AIE), 19 de diciembre de 2011 (S/0208/09 AISGE CINES), 2 de marzo de 2012 (S/0157/09 EGEDA), 14 de junio de 2012 (S/0297/10 AGEDI/AIE), 3 de julio de 2012 (S/0220/10 SGAE) y 26 de agosto de 2013 (S/0360/11, AGEDI)[60].

---

[58] En la resolución de 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), el TDC resolvió sancionar a EGEDA (45 millones de pesetas), AISGE (10 millones de pesetas) y AIE (5 millones de pesetas) al concluir que habían explotado abusivamente, de forma individual y/o colectiva su posición dominante al exigir a los hoteles determinadas tarifas por la comunicación pública realizada a través de las televisiones de las habitaciones. La resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional (sentencia de 12 de abril de 2004) y por el Tribunal Supremo (sentencia de 18 de octubre de 2006). La resolución de 15 de enero de 2002 (Expte. 511/01, Vale Music/SGAE) sanciona a SGAE con multa de 125.000 euros por abuso de posición dominante al cobrar a la denunciante un 37% más que a los miembros de una asociación sectorial, sin justificación razonable. La resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional (sentencia de 25 de febrero de 2004) y el recurso de casación inadmitido (Auto de 15 de junio de 2006). La resolución de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisiones) concluyó que AGEDI había abusado de su posición de domino al aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, discriminando a dos operadores televisivos frente a un competidor, entre los años 1990 a 2002. Se impuso a AGEDI una multa de 300.000 euros. La resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2009 y por sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013.

[59] La resolución de 24 de junio de 2008 (Expte. 630/07 DAMA SGAE) resolvía varias cuestiones derivadas de la vigilancia del Acuerdo de Terminación Convencional (ATC) de 27 de noviembre de 2003 entre SGAE y DAMA, por el cual se comprometían a constituir una base de datos conjunta y un mecanismo de resolución de conflictos, así como las denuncias de DAMA sobre su incumplimiento por SGAE. En la resolución de 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07, Fonogramas), la CNC sancionó a AGEDI y AIE (815.000 y 615.000 euros, respectivamente) por abuso de posición dominante consistente en reclamar a los operadores de televisión unas tarifas sustancialmente superiores a las de otros usuarios por prestaciones equivalentes, sin justificación objetiva alguna. La resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2010. La resolución de 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/Tele5) impone a AIE una sanción de 770.000 euros por imponer unas tarifas inequitativas y discriminatorias en relación con la comunicación pública de grabaciones audiovisuales. La sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2009 confirmó la resolución salvo en un aspecto, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014, confirmó la resolución en todos sus extremos.

[60] La resolución de 23 de febrero de 2011 (Expte. 2785/07 AIE) impuso a AIE una multa de 532.686 euros por incurrir en una conducta análoga frente a Sogecable. No obstante, la Audiencia Nacional apreció identidad de sujeto, hecho y fundamento en relación con el Expte. 651/08, AIE/Tele5, por lo que estimó el recurso de AIE y anuló la resolución. En la resolución de 19 de diciembre de 2011 (Expte. S/0208/09 AISGE –CINES–), se concluye que AISGE fijó unas tarifas generales abusivas por inequitativas (subida del 100% de la tarifa), con la agravante de que ya había sido sancionada con anterioridad, lo que conllevó un recargo en la sanción, que quedó fijada en 627.855 euros. La resolución es confirmada por la Audiencia Nacional (sentencia de 13 de noviembre de 2013) y el Tribunal Supremo (sentencia de 14 de febrero de 2017). La resolución de 2 de marzo de 2012 (S/0157/09 EGEDA) sanciona a EGEDA por imponer unas tarifas abusivas, por excesivas y discriminatorias, en concepto de remuneración por las retransmisiones efectuadas en las habitaciones de hotel. Se aprecia como agravante que la conducta es reiteración de la ya sancionada por el TDC en 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), imponiéndose una multa de 478.515 euros. La resolución resultó confirmada por sentencias de la Audiencia Nacional, de 29 de septiembre de 2016, y del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2017. La resolución de la CNC de 14 de junio de 2012 (S/0297/10 AGEDI/AIE), declara acreditado el abuso de posición dominante

Finalmente, en el período actual, la CNMC ha dictado, entre otras, las resoluciones de 26 de noviembre de 2014 (S/0460/13, SGAE Conciertos)[61], 9 de julio de 2015 (S/0466/13 SGAE Autores)[62], 26 de noviembre de 2015 (S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), 30 de mayo de 2019 (S/DC/0590/16 DAMA vs SGAE) y 19 de junio de 2024 (S/0641/18 DAMA-UNISON RIGHTS vs SGAE)[63].

En el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la competencia, debe citarse la sentencia 94/2022, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 22 de marzo de 2022, dictada en el caso NH Hotel Group, S. A. v. EGEDA[64]. En ella se declara que la entidad demandada había cometido una infracción única y continuada del Derecho de la competencia por abuso de posición de dominio conforme al artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, mediante la imposición de tarifas inequitativas, excesivas y discriminatorias y el despliegue de una estrategia negociadora abusiva, conducta que, siendo idéntica en lo sustancial a la sancionada por

de AGEDI y AIE, por exigir a los operadores de televisión en abierto unas tarifas inequitativas y discriminatorias por el uso de fonogramas en televisión. Tanto la Audiencia Nacional (sentencia de 10 de abril de 2015) como el Tribunal Supremo (sentencia de 7 de marzo de 2018) confirmaron la resolución. En la resolución de 3 de julio de 2012 (S/0220/10 SGAE) se sanciona con una multa de 1.766.744 euros a SGAE por imponer condiciones comerciales no equitativas en su tarifa por la comunicación pública de obras musicales en bailes-bodas. Tanto la Audiencia Nacional (sentencia de 21 de diciembre de 2015) como el Tribunal Supremo (sentencia de 11 de junio de 2018) confirmaron la resolución. Finalmente, la resolución de 26 de agosto de 2013 (S/0360/11, AGEDI) sancionó a AGEDI por un abuso de la posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de vídeos musicales en gramolas. La multa ascendió a 51.250 euros y la resolución quedó confirmada por sentencia, firme, de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2017.

[61] La resolución de 6 de noviembre de 2014 (S/0460/13, SGAE Conciertos) sanciona a SGAE con multa de 3.103.196 euros por un abuso de posición de dominio consistente en la exigencia de condiciones no equitativas por excesivas a los promotores de conciertos. La resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional por sentencia de 7 de febrero de 2018 y el recurso de casación desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril 2019.

[62] El expediente S/0466/13 SGAE Autores se refería al sistema de tarifas y descuentos de SGAE en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública, correspondientes a autores y editores, de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos. La resolución de 9 de julio de 2015 declaró la terminación convencional del expediente, tras considerar que los compromisos presentados por SGAE eran adecuados para restablecer las condiciones de competencia en ese mercado.

[63] Por resolución de 26 de noviembre de 2015 (S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), se acordó sancionar con 1.579.020 euros a AIE y con 1.211.400 euros a AGEDI por abuso consistente en la fijación de un sistema remuneratorio inequitativo y discriminatorio por la gestión de los derechos de uso de la música por parte de las emisoras de radio. La sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2022, confirma la resolución salvo lo relativo a un extremo, y ordena a la CNMC efectuar un recálculo de la multa. Por auto de 15 de diciembre de 2022, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación. La resolución de 30 de mayo de 2019 (S/DC/0590/16 DAMA vs SGAE) sancionó a SGAE con multa de 2,95 millones de euros por: (i) la imposición de condiciones que restringen injustificadamente la encomienda inicial de la gestión de derechos de forma parcial, así como la revocación o retirada parcial de tal gestión; (ii) la venta conjunta y sin desglose entre el repertorio audiovisual y musical en la concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública en el sector del hospedaje; y (iii) la venta conjunta y una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores en la concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública en el sector de la restauración. Por su parte, la resolución de 19 de junio de 2024 ha sancionado a SGAE con una multa total de 6.387.819 euros por una doble conducta abusiva: por diseñar y aplicar su tarifa por disponibilidad y presentar su repertorio como universal en los mercados de concesión de autorizaciones de uso de su repertorio en radio y televisión, y por el diseño y aplicación de la tarifa por disponibilidad en el mercado de la gestión del derecho de remuneración del artículo 90.4 TRLPI para el sector de la televisión.

[64] RJ\2023\41896 (ECLI:ES:JMM:2022:13462).

la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012, se habría seguido produciendo de manera ininterrumpida hasta la fecha de interposición de la demanda. Como consecuencia de ello, se condena a EGEDA a indemnizar a la parte actora por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta anticompetitiva, tanto por el tramo temporal al que alcanzaba la declaración de la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012, como por el tramo temporal posterior, en la cantidad de 1.133.051,33 euros más los intereses desde el respectivo abono a EGEDA de las cantidades sobrepreciadas hasta la fecha de interposición de la demanda[65].

A nivel europeo, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TJUE en procedimientos de cuestión prejudicial[66], conformada por las sentencias de 9 de abril de 1987, Basset y SACEM (asunto C-402/85), 13 de julio de 1989, Lucazeau y SACEM (C-110/88, C-241/88 y C-242/88), 13 julio 1989, Tournier (C-395/87), 6 de febrero de 2003, SENA (C-245/00), 14 de julio de 2005, Lagardère (asunto C-192/04), 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 Ltd, (asunto C-52/07), 27 de febrero de 2014, OSA y Lécebné lázne (asunto C-351/12), 14 de septiembre de 2017, AKKA/LAA (asunto C- 177/16) y 25 de noviembre de 2020, SABAM (asunto C- 372/19)[67]. Muchas de ellas son tenidas en cuenta por las resoluciones de nuestra autoridad de la competencia y los tribunales que han revisado las mismas, además de por los órganos de la jurisdicción civil que han resuelto conflictos entre particulares sobre equidad de las tarifas[68].

A la vista de este panorama, no es difícil concluir que la concepción originaria acerca de las teóricas bondades de la gestión colectiva a causa de las eficiencias económicas que aporta para todas las partes en liza, se ve teñida por una realidad práctica de elevada conflictividad desde la perspectiva *antitrust*. Tal ha sido el volumen de intervenciones administrativas dirigidas a salvaguardar la competencia en estos mercados por vía de sancionar los comportamientos abusivos de las entidades de gestión, que la autoridad de competencia decidió enfocar el problema también desde una perspectiva de promoción de la competencia, al con-

---

[65] Esta decisión está confirmada por la sentencia 182/2024 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 30 de mayo de 2024, la cual eleva el sobreprecio pagado por NH, y por tanto la indemnización a pagar por EGEDA, a 1.602.322,33 euros más los intereses.

[66] Las conductas anticompetitivas protagonizadas por entidades de gestión tienen siempre trascendencia comunitaria debido a que afectan, por definición, al mercado de todo un Estado miembro. De ahí la aplicabilidad del artículo 102 TFUE y de la jurisprudencia comunitaria que lo interpreta. Esta misma jurisprudencia había dejado zanjada la cuestión de la efectiva afectación al comercio de los Estados miembros de las conductas anticompetitivas de entidades de gestión de derechos de autor (vid. la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2008 [asunto C-52/07, Kanal 5 LTD-TV 4 AB]), como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 24 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4745). Bajo determinadas condiciones, la Comisión europea puede atraer la competencia para resolver, con arreglo al art. 102 TFUE, abusos de posición de dominio cometidos por entidades de gestión. Véanse, al respecto, las Decisiones «GEMA I» (71/224/CE, de 2 de junio de 1971), «GEMA II» (72/268/CEE, de 6 de julio de 1972), «GEMA III» (82/204/CEE, de 4 de diciembre de 1981), «Daft Punk» (COMP/C2/37.219, de 12 de agosto de 2002); o las concernientes a acuerdos de representación recíproca entre entidades de gestión, como la decisión «IFPI Simulcasting» (COMP/C2/38.014, de 8 de octubre de 2002).

[67] No es posible proporcionar aquí siquiera una síntesis de cada una de ellas. Remitimos al lector al análisis que de cada una de esas resoluciones puede encontrarse en Sánchez Aristi y Moralejo Imbernón (2022), así como al balance que de todas ellas se hace en el estudio preliminar de esa obra.

[68] La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado un buen número de resoluciones en materia de equidad de las tarifas de las entidades de gestión. Las más destacables, que conforman la doctrina de ese Alto Tribunal sobre la materia, son las sentencias de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 205), 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 206), 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 3286), 7 de abril de 2009 (RJ 2009, 3289), 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 8003), 13 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1779) y 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 8026).

siderar que se trataba de un mercado en el que las conductas anticompetitivas presentaban un cariz endémico y exigían ser abordadas con una visión estructural que permitiese alumbrar ideas para un rediseño de la legislación capaz de aportar soluciones permanentes.

Esta visión se reflejó señaladamente en el *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, elaborado y publicado por la CNC en 2009 (Informe CNC 2009)[69], el cual concluye, entre otras cosas, que el marco normativo de la gestión colectiva diseñado en el TRLPI maneja como opción querida y más probable la de unas entidades de gestión que actúan como monopolios, y que las obligaciones que se les imponen no permiten contrarrestar el elevado poder negociador –ante titulares y ante usuarios– que ese poder de mercado les atribuye. Es decir, se trata de un marco legal muy restrictivo de la competencia y tendente a reforzar el efecto de las barreras de entrada de naturaleza económica. Pero el Informe CNC 2009 no se conforma con elaborar el diagnóstico, sino que contiene una serie de recomendaciones dirigidas a articular un modelo de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual más favorecedor de la competencia, en el que se incrementen las posibilidades de que las entidades afronten mayor presión competitiva, lo cual permita reducir el nivel de conflictividad y garantizar un marco eficaz de resolución de los conflictos relativos a la gestión de los derechos de propiedad intelectual, en particular de los conflictos tarifarios.

Sintéticamente expuestas, las Recomendaciones del Informe CNC 2009 serían estas: (i) una revisión general del TRLPI para limitar la gestión colectiva obligatoria a los casos impuestos por directivas europeas; la sustitución del sistema de autorización de entidades por el de mero registro; y la eliminación del requisito de la falta de ánimo de lucro; (ii) una revisión de los estatutos de las entidades y de los contratos de gestión para facilitar el cambio de entidad por parte de los titulares; (iii) la inclusión en el TRLPI de obligaciones de trasparencia sobre los repertorios efectivamente gestionados; y obligaciones de informar, durante el proceso de negociación, sobre los acuerdos alcanzados con usuarios análogos y sobre los contratos concertados con otras organizaciones de gestión colectiva; (iv) un deber de establecer tarifas de uso efectivo como alternativa a las de disponibilidad, en casos en que la monitorización y vigilancia de tal uso efectivo pueda realizarse a un coste razonable; (v) la conversión de la Comisión de Propiedad Intelectual en un órgano regulador independiente capacitado para resolver conflictos en materia de propiedad intelectual, particularmente los conflictos tarifarios; y (vi)

[69] Junto con el Informe CNC 2009, cabe citar diversos informes sobre proyectos normativos que tratan aspectos relativos a la actividad de las entidades de gestión, a saber: el del anteproyecto de Ley Ómnibus (trasposición Directiva de Servicios, que obligó a modificar concretas previsiones del Estatuto de las entidades de gestión, IPN 08/2009), el del anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible (IPN 35/10), el del anteproyecto de Ley de modificación del TRLPI para la transposición de la Directiva 2014726 (IPN/CNMC/040/17) y los relativos a los dos proyectos de órdenes de metodología de tarifas (IPN/CNMC/0020/15 e IPN/CNMC/013/22). En todos estos informes se contienen recomendaciones sobre cómo debiera regularse, entre otros aspectos, el estatuto de las entidades de gestión para favorecer una competencia más completa en los mercados en los que operan. En ocasiones, la función de salvaguarda de la competencia y la de promoción han llegado incluso a solaparse, cuando la autoridad de competencia, en el marco de un expediente sancionador, desliza observaciones valorativas relativas al marco normativo en el cual se desarrolla la conducta enjuiciada. Ejemplo de ello es la Resolución CNC de 23 de marzo de 2011 (Expte. S/0156/09, AISGE), donde leemos: "*(...) no se puede obviar el deficiente marco normativo en el que se producen esas conductas, y que es al legislador a quién compete realizar las modificaciones necesarias para alcanzar un modelo de gestión colectiva más favorecedor de la libre competencia y eficaz en la resolución de los conflictos*".

el establecimiento normativo de criterios a los que las entidades de gestión deban ajustarse para determinar las tarifas, tales como el de amplitud del repertorio, el de no discriminación entre usuarios equivalentes, el de aproximación al valor económico y al uso efectivo del repertorio, y los de simplicidad, transparencia y publicidad.

Una de las intervenciones legislativas que se pueden considerar herederas del espacio de reflexión que abrió el Informe CNC 2009, es la modificación consistente en atribuir a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), órgano dependiente del Ministerio de Cultura que venía ostentando competencias en materia de mediación y arbitraje en conflictos relacionados con las entidades de gestión colectiva, una nueva competencia en materia de determinación de tarifas de las entidades de gestión[70]. Esto suponía decantarse, por primera vez en nuestro ordenamiento, por una fórmula regulatoria de carácter *fuerte* basada en la fijación de precios *ex ante*, en lugar de la corrección de comportamientos abusivos *ex post*, propio de una tutela basada en la supervisión por la autoridad *antitrust*.

Ciertamente, de las diferentes barreras estratégicas provocadas por la acumulación de repertorios en las manos de entidades de gestión monopolistas dentro de cada mercado, la que ha tenido más manifestaciones es la relativa a problemas tarifarios, o al menos es la que en España ha dado lugar a más conductas de abuso de posición de dominio sancionadas por la autoridad de competencia. Los motivos para esa prevalencia de los conflictos tarifarios son múltiples: la falta de control *ex ante* de las tarifas de las entidades de gestión; el que el TRLPI se limitase a reconocer ciertos derechos de remuneración *equitativa* pero sin dar pautas metodológicas para la fijación de la misma, ni menos aún (salvo en materia de compensación equitativa por copia privada) sobre el importe de la tarifa; y el hecho de que el proceso de negociación con el usuario no garantizase que las tarifas fuesen razonables y equitativas[71], máxime en la medida en que sobre él siempre se proyectaba la alargada sombra de las tarifas generales, aprobadas unilateralmente por la entidad pero que se presentaban a menudo con un matiz de *oficialidad* por el hecho de haber sido *comunicadas* al Ministerio de Cultura[72].

El control de supervisión *ex post* no permite articular, por definición, una auténtica regulación de los precios, y solo de manera imperfecta permite abordar el problema de los precios excesivos, pues no resulta fácil determinar a partir de qué umbral un precio es excesivo y, por

[70] Este cambio se introdujo mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Ley 21/2014). Para un análisis de la figura de la Comisión de Propiedad Intelectual originaria y propuestas de reforma de la misma, así como sobre la ulterior reforma del órgano, vid. Casas Vallès (2003) y (2015) y Costas Comesaña (2016).

[71] El carácter abusivo de una tarifa vendrá dado por la relación de equidad o inequidad que exista entre dicha tarifa y el valor que el bien o servicio al que remunera otorga al producto final sobre el que aquella recae. Resolución CNC Expte. S/0208/09 AISGE CINES. Todos los expedientes resueltos por el TDC, la CNC y la CNMC contra entidades de gestión por prácticas abusivas han tenido su origen en denuncias de los usuarios. Resulta reseñable que, en el marco de la importante conflictividad entre los usuarios y las entidades de gestión, los primeros hayan acudido mayoritariamente a la autoridad de competencia en lugar de a la jurisdicción civil, la que en cambio ha actuado profusamente a iniciativa de las entidades de gestión.

[72] Sobre la posibilidad de que las tarifas generales sean *per se* inequitativas, dado que su fijación unilateral puede desvirtuar el proceso negociador, y sobre la especial responsabilidad del dominante de mantener condiciones no distorsionadas de competencia, particularmente si ostenta un monopolio legal, vid. Resolución TDC de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisiones).

ende, causante de un abuso, ya que de algún modo eso supondría determinar cuál es el precio justo de ese producto o servicio. De ahí que los asuntos de precios excesivos sean raros en la práctica de la Comisión Europea, que ha rechazado erigirse en un regulador de precios[73]. Se ha señalado que la intervención por parte de la autoridad administrativa en materia de precios puede estar justificada cuando el poder de mercado tiene su origen en un derecho exclusivo o especial, pues en este caso la intervención sería en cierto modo el *quid pro quo* de un privilegio regulatorio[74]. Pero tal tarea incumbe normalmente a los reguladores sectoriales, y no a las autoridades de competencia.

Es así como desembocamos en la reforma que atribuyó esa nueva función de fijación de precios a la SPCPI. Dicha reforma rediseñó en general las funciones de este órgano, a la par que vino acompañada de otros elementos concomitantes, fundamentalmente la previsión en la propia Ley de una serie de criterios a los que tenían que sujetarse las entidades de gestión a la hora de aprobar sus tarifas generales, así como de una metodología detallada para la fijación de tarifas que debía ser objeto de desarrollo mediante orden ministerial. Esos criterios legales, actualmente previstos en el artículo 164.3 TRLPI[75], venían a ser el trasunto de los que había venido fijando la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo de los años. La Ley 21/2014 daba a las entidades un tiempo para adaptar sus tarifas a ese nuevo marco legal y, en concreto, a la metodología que se debía plasmar en esa orden ministerial, la cual debía aprobarse en un plazo temporal determinado desde la entrada en vigor de la reforma legal[76].

El nuevo procedimiento de fijación de tarifas ante la SPCPI ha dado algunos frutos, pero no parece haber rendido todo lo que su gestación prometía. El número de expedientes iniciados no ha sido muy elevado, y menos aún lo es el de las resoluciones definitivas dictadas hasta la fecha, que son solo seis[77], todas las cuales han sido objeto de recurso contencioso-admi-

---

[73] Ortíz, Maíllo, Ibáñez y Lamadrid (2008), pág. 189.

[74] Ortíz, Maíllo, Ibáñez y Lamadrid (2008), pág. 189, nota a pie 303.

[75] Se trata de los siguientes: (i) el grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario; (ii) la intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario; (iii) la amplitud del repertorio de la entidad de gestión; (iv) los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio; (v) el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas; (vi) las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización; y (vii) las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación. No es un catálogo cerrado.

[76] Se dictó primero la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Anulada por motivos formales por sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 22 de marzo de 2018, cinco años más tarde se dictó la Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales.

[77] Nos referimos a resoluciones sobre el fondo, porque algún expediente ha concluido por desistimiento y otros están aún sin concluir. Los expedientes iniciados y las resoluciones recaídas son los siguientes: E-2017-001 (AGEDI AIE v. AERC), relativo al uso de fonogramas comerciales por emisoras de radio de difusión inalámbrica, resuelto por resolución de 20 de septiembre de 2018; E-2017-002 (TELEFÓNICA v. EGEDA), sobre el uso de grabaciones audiovisuales por plataformas de televisión de pago, finalizado por resolución de 23 de julio de 2020; E-2018-001 (EGEDA v. CEHE (FEHR), relativo al uso de grabaciones audiovisuales por establecimientos de hostelería, al que puso fin la resolución de 24 de febrero de 2022; E-2018-002 (AGEDI AIE v. FASYDE FEHR),

nistrativo[78]. En ello ha podido influir que los requisitos de acceso al procedimiento se endurecieron sobrevenidamente para los usuarios a partir de 2019[79], así como la escasa dotación del órgano en medios humanos y materiales, lo que ha determinado que los procedimientos tarden en tramitarse más de lo que sobre el papel se prevé[80]. También pesa la excesiva dependencia del órgano del Ministerio de Cultura, tanto a nivel orgánico como funcional, la escasa presencia en su composición de expertos economistas del Estado y sus peores pertrechos, en cuanto a nombramiento y estatuto de sus miembros, de cara a conjurar el riesgo de captura del regulador.

---

sobre uso de fonogramas comerciales por establecimientos de hostelería, que se resolvió el 24 de enero de 2019 por desistimiento de las solicitantes; E-2018-003 (CEHAT v. EGEDA), relativo a la retransmisión de grabaciones audiovisuales por la instalación de aparatos de televisión en las dependencias de establecimientos de hospedaje, resuelto por resolución de 14 de marzo de 2023; E-2019-001 (VEGAP v. TELEFÓNICA), sobre el uso de obras visuales en televisión de pago, resuelto por resolución de 9 de julio de 2024; E-2022-001 (AGEDI y AIE v. AERC), de nuevo sobre el uso de fonogramas comerciales por emisoras de radio de difusión inalámbrica para un periodo posterior al expediente E-2017-001 (pendiente de resolver); E-2022-002 (FORTA v. VEGAP), sobre el uso de obras visuales en televisiones públicas en abierto, al que ha puesto fin la resolución de 23 de junio de 2025; E-2023-001 (AGEDI-AIE v MEDIASET y ATRESMEDIA), sobre el uso de fonogramas comerciales por operadores de televisión (pendiente de resolver); y E-2025-001 (AISGE v CEHAT), sobre comunicación pública de interpretaciones artísticas audiovisuales en establecimientos de hospedaje (pendiente de resolver).

78 Se han emitido seis sentencias por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuatro de ellas en relación con la Resolución del Expediente E-2017-001, una relativa al Expediente E-2017-002 y otra en relación con el Expediente E-2018-001. Las relativas al Expediente E-2017-001 son las sentencias 37/2024, de 18 de enero, que resuelve el recurso interpuesto por FORTA (P. O. 74/2023); 41/2024, de 29 de enero, que resuelve el recurso interpuesto por AGEDI-AIE (P. O. 67/2023); 235/2024, de 25 de abril, que resuelve el recurso de CRTVE (P. O. 105/2023); y 407/2024, de 28 de junio, que resuelve el recurso interpuesto por AERC (P. O. 81/2022). La relativa al procedimiento E-2017-002 es la sentencia 35/2024, de 25 de enero, que resuelve el recurso interpuesto por TELEFÓNICA (P. O. 755/2022). La relativa al procedimiento E-2018-001 es la sentencia 9/2025, de 15 de enero, que resuelve el recurso de AGEDI (P. O. 769/2023). Se encuentran en marcha recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Expedientes E-2018-003, E-2019-001 y E-2022-002. La competencia para conocer de estos recursos, que originariamente se asignó al Tribunal Superior de Justicia de Madrid en virtud del artículo 10.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), ha pasado desde el 20 de marzo de 2024 a la Audiencia Nacional, en virtud de la modificación del apartado 5 de la disposición adicional 4ª LJCA, operada por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

79 Vid. art. 164.8 TRLPI, introducido por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el TRLPI y se incorporan a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/26/UE. Conforme a él, el pago a cuenta –señalado en los dos apartados anteriores del precepto– constituye un requisito previo necesario para que el usuario o la asociación de usuarios pueda instar un procedimiento de determinación de tarifas. Se puntualiza que las asociaciones de usuarios de menos de mil miembros podrán instar el procedimiento cuando, al menos, esté al corriente del pago a cuenta un número de miembros que represente al menos el 85% de los ingresos del conjunto de los miembros de la asociación.

80 Conforme al artículo 21.6 del Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, el plazo de instrucción y resolución de estos expedientes es de 9 meses a partir de la admisión a trámite de la solicitud del procedimiento, que da lugar al inicio de los mismos. El expediente que más cerca ha estado de cumplir ese término fue el primero (el E-2017-001) que se prolongó durante algo menos de 16 meses, mientras que el resto de los concluidos hasta la fecha han durado: 34 meses el E-2017-002, 47 meses el E-2018-001, 48 meses el E-2018-003 y el E-2019-001 y 28 meses el E-2022-002, plazos que se derivan de contabilizar el tiempo transcurrido entre las respectivas fechas de admisión a trámite y resolución de cada expediente. Esta demora en la resolución de los expedientes ha generado, a su vez, un perverso efecto colateral, dado que la SPCPI, salvo en su primera resolución, ha decidido no dar eficacia retroactiva a las tarifas determinadas en cada caso, dejando así extensos periodos huérfanos de fijación tarifaria y expuestos, por tanto, a la litigiosidad entre entidades y usuarios.

En otro orden de cosas, resulta significativo que a pesar de no haber dejado de solicitar siempre informe a la CNMC[81], salvo en su primera resolución, la SPCPI se haya apartado de los criterios reflejados por la autoridad de competencia en los informes dictados en los expedientes de determinación de tarifas[82]. Este factor, unido a otros que abundan en la falta de previsibilidad de sus decisiones, han contribuido a que la SPCPI no se haya perfilado como un órgano dotado de la suficiente confiabilidad[83].

Las entidades de gestión como monopolios de hecho y el erróneo diseño de la liberalización de los servicios de gestión colectiva

Si la colectivización de la gestión de ciertos derechos de propiedad intelectual se puede considerar fruto de una decisión económicamente racional, la concentración de los derechos de una misma clase y categoría de titulares en una sola entidad de gestión ha sido también moneda de uso corriente, si bien esto no parece obedecer tanto a reglas de racionalidad y eficiencia económica, como a la búsqueda de asegurar que cada entidad opere sin tener que hacer frente, dentro de su mercado, a la competencia de otros operadores. No ha sido infrecuente, por ello, que durante mucho tiempo el mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual estuviese copado por una sola entidad dentro de cada jurisdicción[84].

---

[81] Los informes adoptados por la CNMC están disponibles en su sitio web localizables bajo sus respectivas referencias: INF/DC/235/17 (emitido en el Expte. E-2017-001); INF/DC/152/19 (Expte. E-2017-002); INF/CNMC/071/21 (Expte. E-2018-001); INF/DC/121/22 (Expte. E-2018-003); INF//DC/403/23 (Expte. E-2019-001); INF/DC/164/24 (Expte. E-2022-002); INF/CNMC/197/24 (Expte. E-2022-001); e INF/CNMC/092/25 (Expte. E-2023-001). En el expediente E-2025-001 aún no se ha solicitado informe a la CNMC.

[82] A modo de ejemplo de ese apartamiento véase la Resolución SPCPI de 14 de marzo de 2023 (Expte- E-2018-003, CEHAT v. EGEDA), en la que se lee (apartado 177): "*Como ya expusimos en nuestra Resolución de 24 de febrero de 2022 (expediente E-2018-001 EGEDA-FEHR, apartado 232), a juicio de esta SPCPI, las consideraciones de la CNMC sobre el supuesto incremento del repertorio de EGEDA y fortalecimiento de su posición monopolística, que derivaría de lo que denomina una interpretación amplia del concepto de grabaciones audiovisuales, no se sustentan sobre ningún criterio técnico ni jurídico, y, por lo demás, no son relevantes para la resolución de este procedimiento. No se trata aquí de dilucidar si se refuerza una posición monopolística o si es conveniente limitarla, pues lo cierto es que en la actualidad sólo hay una entidad de gestión autorizada para la gestión colectiva de los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales*". En nuestra opinión, resulta bastante inédito que el órgano consultante desautorice de modo explícito en su propia resolución el criterio del órgano consultado.

[83] Nos referimos a la lejanía que la SPCPI ha mostrado con respecto a la metodología tarifaria defendida tanto por las entidades como por los usuarios, y a la falta de atadura que han representado para el órgano sus propios precedentes, los precedentes judiciales recaídos sobre las materias subyacentes e incluso la regulación legal de algunas de estas materias.

[84] Sucedió durante décadas en España con la antigua SGAE, que se consolidó en los años treinta del pasado siglo a partir de varias sociedades privadas de autores nacidas desde comienzos de esa centuria, y fue instituida por ley como entidad de gestión única bajo el nombre de Sociedad General de Autores de España, perdiendo su naturaleza jurídico-privada y pasando a integrarse dentro del Ministerio de Educación como un organismo de carácter público. Durante el largo periodo de la dictadura, no sólo no se podía crear una entidad de gestión distinta de la SGAE, sino que la afiliación a dicha entidad era obligatoria. En Italia, el monopolio legal de la Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE) para la gestión de derechos de autor se ha mantenido hasta la transposición en ese país de la Directiva 2014/26, por virtud del Decreto-ley nº 148, de 16 de octubre de 2017, convertido después en Ley nº 172, de 4 de diciembre de 2017. Aunque en teoría se pueden crear nuevas sociedades de autor, *de facto* la SIAE sigue siendo la única entidad de gestión de derechos de autor en ese país.

La concesión del monopolio legal a una sola entidad de gestión desapareció en España con la aprobación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (Ley 22/1987), base del actual TRLPI, la cual derogó la Ley de 24 de junio de 1941 por la que se había constituido la SGAE como entidad única y de Derecho público. A partir de ese momento se instaura en nuestro país un régimen plural, en el que la SGAE ya no tenía por qué seguir siendo la única entidad de gestión, sino que las entidades de gestión podían crearse libremente, si bien necesitaban ser autorizadas por el Ministerio de Cultura[85].

Sin embargo, la liberalización de los servicios de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual no se tradujo en una auténtica competencia entre entidades, pues las que se fueron creando ciñeron su actividad a una franja de titulares y derechos no coincidente con la de ninguna otra anterior, como se puede comprobar si se repasa el elenco de las entidades creadas en el curso de la década posterior a la aprobación de la Ley 22/1987, dedicadas respectivamente a la gestión de los derechos autorales sobre obras impresas, de los derechos de los productores de fonogramas, de los derechos de los artistas del medio musical, de los derechos de los creadores visuales, de los derechos de los productores audiovisuales y de los derechos de los artistas del medio audiovisual[86]. El mercado de SGAE, relativo a derechos autorales sobre obras musicales y audiovisuales, permaneció intangible en los primeros lustros tras la Ley 22/1987.

En consecuencia, si bien no se establecía ya un monopolio legal, lo cierto es que la especialización de cada entidad de gestión en un mercado de derechos de propiedad intelectual diferente del de las restantes entidades, determinaba un monopolio natural o *de facto*: dado que gestionan derechos de colectivos diferentes y por tanto repertorios no intercambiables o sustitutivos, la presencia de otros agentes en el mercado de la gestión colectiva no se traduce en una presión competitiva para los demás, ya que no compiten entre sí[87].

---

[85] Continuó existiendo SGAE, y siguió siendo la entidad de gestión de referencia, tanto por número de socios como por volumen de recaudación; si bien sus estatutos se adaptaron al nuevo marco legal, perdió su carácter de órgano jurídico-público y hasta su nombre cambió –aunque no sus siglas– pasando a llamarse Sociedad General de Autores y Editores. La SGAE actual, refundada tras la Ley 22/1987, fue autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988 (BOE nº 134, de 4 de junio).

[86] Se trata de las siguientes entidades: Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 30 de junio de 1988 (BOE nº 166, de 12 de junio), que agrupa a los autores y editores de obras impresas, de cara básicamente a la gestión de los derechos de reproducción secundarios (reprografía, ediciones electrónicas, bases de datos, etc.); Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 15 de febrero de 1989 (BOE nº 60, de 11 de marzo), que asume la gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública de los productores de fonogramas; Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de junio de 1989 (BOE nº 171, de 19 de julio), que gestiona los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes del ámbito musical relacionados con las distintas formas de comunicación pública; Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 5 de junio de 1990 (BOE nº 141, de 13 de junio), que aglutina a los autores de obras plásticas, gráficas, de diseño y fotográficas, para la gestión de los derechos de explotación que les corresponden, así como el derecho de participación; Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de octubre de 1990 (BOE nº 263, de 2 de noviembre), que se ocupa de los derechos de comunicación pública de los productores audiovisuales; y Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 30 de noviembre de 1990 (BOE nº 294, de 8 de diciembre), que representa los derechos de comunicación pública de los artistas intérpretes o ejecutantes de carácter actoral.

[87] Tal como señalaba el Informe CNC 2009, "*cada una de las entidades de gestión que existen en España gestiona categorías de derechos distintas, lo que significa que ninguna otra entidad gestiona los mismos derechos. Para*

El monopolio *de facto* del que disfruta cada entidad de gestión en España no responde pues a los mismos principios o intereses que justifican la atribución de un monopolio de explotación temporal en favor del titular de derechos de propiedad intelectual, ya que no deriva de la ostentación de un derecho exclusivo como recompensa por la labor de creación intelectual desarrollada –lo que se traduce en una innovación beneficiosa para el conjunto de la sociedad–, sino que obedece a un efecto acumulador de mandatos de gestión en manos de un ente que no ha hecho nada por generar la existencia de los ítems que conforman su repertorio, y cuya posición de dominio dentro del mercado en el que opera solo se explica por objetivos exclusionarios y explotativos, obviamente no alineados con los fines generales de la libre competencia en el mercado.

El diseño del legislador a la hora de regular la creación de nuevas entidades ha favorecido, en cierta medida, esa solución. Si se observa el artículo 148 TRLPI[88], las entidades de gestión no pueden operar libremente, sino previa autorización concedida por el Ministerio de Cultura, que lleva a cabo un control que va desde lo puramente formal (estatutos acordes con los requisitos legales), hasta un juicio basado en criterios de oportunidad, ya que se valora si la solicitante reúne las condiciones para asegurar la eficaz administración de los derechos en todo el territorio nacional y si su autorización favorecerá los *intereses generales de la protección de la propiedad intelectual* en España[89].

Para apreciar, a su vez, estos dos últimos aspectos, hasta la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, se ordenaba tener en cuenta el número de titulares que se hubieran comprometido a confiarle la gestión, el volumen de usuarios potenciales, la idoneidad de sus estatutos y medios para el cumplimiento de sus fines, la posible efectividad de su gestión en el extranjero y, en su caso, el informe de las entidades de gestión ya autorizadas[90]. El so-

cada uno de los derechos que gestionan de cada colectivo, la entidad tiene una posición monopolística en la prestación de servicios a titulares y usuarios. Por lo tanto, la presión competitiva que afrontan es insignificante, lo que reduce sus incentivos a prestar sus servicios a titulares y usuarios de modo eficiente, y permite que puedan ejercer su poder de mercado e incurran en prácticas anticompetitivas, como la fijación de tarifas inequitativas y/o discriminatorias". Vid. también Resolución TDC, Expte. R. 686/06, Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Fundamento de Derecho 6.

88 Que era el artículo 133 de la Ley 22/1987 y pasó a ser el artículo 143 en la versión original del TRLPI, recibiendo su numeración actual con motivo de la reforma del TRLPI operada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo.

89 Marín López (2007), págs. 1816-1819, da cuenta de que la doctrina más tradicional venía interpretando que esa invocación de los intereses generales implicaba una regla de no competencia entre entidades, en el entendimiento de que sería indeseable, tanto para los titulares como para los usuarios, que se dieran situaciones de competencia entre entidades. Frente a ello, Marín López cree que los intereses generales se pueden ver perjudicados tanto con pocas entidades que se vean envueltas en continuos conflictos con titulares y/o usuarios, como con una excesiva proliferación de entidades; y recuerda que la tónica en los países de nuestro entorno es que haya muchas más entidades, algunas concurrentes en un mismo sector de derechos y titulares. Cita los casos de Alemania (con nueve entidades), Austria (con once) y Francia (con más de veinte). Con todo, Marín López cree que la competencia entre entidades *no tiene por qué ser perjudicial para el sistema de gestión colectiva* si se mantiene "dentro de unos límites razonables", como que el número de entidades concurrentes no sea superior a dos. Cree que, con ello, los usuarios no se verían perjudicados si los niveles tarifarios de las competidoras son similares y no tienen que emprender negociaciones más que con un par de entidades, mientras que los titulares tendrán la ventaja de poder abandonar su entidad y encomendar la gestión a la otra si consideran que aquella no administra bien sus derechos.

90 En la actualidad, desde 2009 en adelante, se valoran la capacidad de una gestión viable de los derechos encomendados, la idoneidad de sus estatutos y sus medios materiales para el cumplimiento de sus fines, y la posible

metimiento en sí a autorización administrativa, la genérica llamada a favorecer los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España, el que se tuviera en cuenta el número de titulares dispuestos a encomendarle la gestión y la posibilidad de que las entidades ya existentes emitiesen un informe previo, no eran elementos precisamente favorecedores de la aparición de nuevos entes[91].

Seguramente eso explica que tan solo en dos ocasiones se haya autorizado la creación de nuevas entidades de gestión con un ámbito de acción coincidente, en parte, con el de una entidad ya existente. Así, a finales de los años noventa del pasado siglo se creó Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA)[92], dedicada a gestionar derechos de los directores-realizadores y de los autores de las partes literarias de las obras audiovisuales, ámbito en el que concurría con parte de la actividad gestora de SGAE. En el año 2020 ha surgido una segunda situación de concurrencia con SGAE, en este caso en relación con los autores y editores musicales, a través de la creación de Sociedad Española de Derechos de Autor (SEDA)[93].

Mediante la aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio[94], se modificó el artículo 147 del TRLPI para que el requisito de autorización administrativa pasara a ser exigible únicamente a las entidades legalmente constituidas "que tengan establecimiento en territorio español", facilitando así que entidades extranjeras, en particular de otros países de la UE, pudieran prestar sus servicios en España. Sin embargo, a pesar de dicha modificación, la situación *de facto* no varió[95], en gran medida a causa de los contratos de representación recíproca que las entidades de gestión traban con sus homólogas extran-

efectividad de su gestión en el extranjero, atendiéndose, especialmente, a las razones imperiosas de interés general que constituyen la protección de la propiedad intelectual. Es decir, ya no se valoran el número de titulares que se hubieran comprometido a confiarle la gestión ni el volumen de usuarios potenciales, ni se contempla la emisión de un informe por las entidades de gestión ya autorizadas.

91 Así lo creía el Informe CNC 2009. Su conclusión tercera señalaba que el TRLPI incorporaba una serie de condiciones para operar como entidad de gestión que habían contribuido decisivamente a configurar el régimen de monopolios, dificultando la aparición de nuevos operadores que compitan con las entidades ya autorizadas. En concreto, se fijaba en que la exigencia de autorización previa condicionada al cumplimiento de requisitos que introducen un elevado grado de incertidumbre, falta de claridad y subjetividad, otorga al Ministerio de Cultura un elevado margen de discrecionalidad en la concesión de autorizaciones.

92 Autorizada por Resolución de la Secretaría de Estado de Cultura de 5 de abril de 1999 (BOE nº 85, de 9 de abril).

93 Vid. Resolución de 8 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Industrias Culturales, Propiedad Intelectual y Cooperación, por la que se publica la autorización del Ministro de Cultura y Deporte a la Sociedad Española de Derechos de Autor, Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual, para actuar como entidad de gestión de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual.

94 Ley ómnibus de acompañamiento de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la cual transpuso la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior ("Directiva de Servicios").

95 En su tarea de promoción de la competencia, la entonces CNC adoptó el correspondiente informe normativo al anteproyecto de la Ley ómnibus (INP 08/2009). En el mismo se criticaba que, si bien se introducían ciertas modificaciones para adaptarse a las prescripciones de la Directiva de Servicios, fundamentalmente en lo referido a los requisitos para la obtención de la autorización como entidad de gestión, perduraban ciertas previsiones inapropiadas, tales como el mantenimiento de la necesidad de obtener autorización previa para establecerse como entidad de gestión y de la obligación de no tener ánimo de lucro, la regulación de los requisitos para la obtención de la autorización como entidad de gestión y la falta de claridad y objetividad de los criterios de valoración del cumplimiento de los requisitos.

jeras, en virtud de los cuales cada entidad local gestiona en su territorio el repertorio de las entidades extranjeras, liquidando después a cada una de ellas la parte correspondiente al uso de su respectivo repertorio. Esto hace que no se den casos de entidades foráneas actuando directamente sobre el terreno en el que tenga su establecimiento una entidad local, y en suma aboca a una fragmentación del mercado sobre la base del alcance geográfico de la gestión desempeñada por cada entidad nacional.

Un lustro después, la Directiva 2014/26 reconoció el derecho de los titulares de propiedad intelectual a autorizar a la entidad de gestión colectiva de su elección a gestionar los derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, respecto de los territorios de su elección, "*independientemente de la nacionalidad o del Estado miembro de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos*" (art. 5.2). Por vía de garantizar al titular que encomiende la gestión de sus derechos a cualquier entidad establecida en el territorio de un Estado miembro, se asegura también que las entidades de gestión puedan operar en toda la Unión con tan solo reunir los requisitos para operar en el Estado miembro en el que se hallen establecidas.

Nuestro legislador aprovechó la transposición de la Directiva 2014/26 mediante el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, luego Ley 2/2019, de 1 de marzo, para modular el régimen de las entidades de gestión no establecidas en territorio español pero que pretendan prestar servicios en España. Todas ellas, incluidas las establecidas en Estados miembros de la UE, deben comunicar al Ministerio de Cultura el inicio de sus actividades en España. Si además de administrar derechos encomendados por los titulares mediante contrato de gestión quieren ejercer derechos de gestión colectiva obligatoria, deberán recabar la autorización prevista en el artículo 147 del TRLPI (art. 151.1 y 4 TRLPI). Hemos pasado así, paradójicamente, a un nivel de liberalización menor que el existente entre 2009 y 2018 para las entidades de gestión establecidas fuera de territorio español, y en particular establecidas en otros países miembros de la UE[96].

La Directiva 2014/26 trató de potenciar la liberalización del mercado de la gestión colectiva a través de un segundo expediente, a saber, la previsión de que se sumen a ese mercado los llamados operadores de gestión independientes (OGI), los cuales, a diferencia de las entidades de gestión, deben tener ánimo de lucro y no ser propiedad ni estar controlados, en todo o parte, por titulares de derechos (art. 3.b/ Directiva 2014/26). A la hora de introducir esta figura en nuestro ordenamiento, el legislador español no ha dispuesto que los OGI deban obtener autorización para poder actuar, aunque –al igual que las entidades de gestión extranjeras– sí deben comunicar al Ministerio de Cultura el inicio de sus actividades en España. Los OGI solo pueden ejercer los derechos conferidos a su gestión mediante contrato de gestión, teniendo vedado administrar derechos de gestión colectiva obligatoria (art. 153.1 TRLPI)[97].

[96] Cabe dudar de que, en este punto, la transposición efectuada por el legislador español haya dado como resultado una regulación conforme con la Directiva 2014/26. El informe normativo IPN/CNMC/040/17 adoptado por la CNMC al Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva 2014/26/UE insistía en que "*en el mercado de los derechos de propiedad intelectual sigue existiendo limitada presión competitiva y las entidades de gestión siguen teniendo posiciones cuasi monopolísticas por la confluencia de diversas barreras de entrada que limitan la competencia efectiva y/o potencial de otras entidades nacionales o extranjeras o de los propios titulares de derechos*".

[97] De acuerdo con la información facilitada por el Ministerio de Cultura en su sitio web, los OGI que hasta ahora han comunicado el inicio de sus actividades en España son: Unison Rights, Soundreef, Jamendo, Sugarpod y

Con todo, la Directiva 2014/26 trata no solo, o no tanto, de promover la liberalización de la creación de entidades y OGI en el marco de un régimen de libertad de prestación de este tipo de servicios, como de favorecer que los titulares puedan moverse con facilidad de uno a otro ente, sin sufrir trabas o restricciones para ello. Así, el artículo 5.4 de la Directiva 2014/26 estatuye el derecho de los titulares "*a revocar la autorización para gestionar derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, concedida por ellos a una entidad de gestión colectiva, o a retirar de una entidad de gestión colectiva los derechos o categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, según se determine de conformidad con el apartado 2, en los territorios de su elección, con un plazo de preaviso razonable no superior a seis meses*"[98].

La posibilidad de revocar el contrato de gestión y el acortamiento del plazo de vigencia de este están destinados a facilitar la libertad de los titulares de desvincularse de una entidad de gestión y encomendar sus derechos a otra. Esta facultad en favor de los titulares ha estado presente en diversas resoluciones de la autoridad de competencia española[99].

Así las cosas, la liberalización a la que se ha tendido desde las instancias comunitarias ha pivotado en torno a dos ejes: el favorecimiento de la aparición de nuevos entes, cada uno con su propio repertorio, dentro de la franja de mercado en la que ya viniera operando un ente anterior, y la facilitación del trasvase de la encomienda de gestión, por parte de los titulares, de una entidad a otra, con la consiguiente pugna entre entidades para lograr atraer hacia sí y mantener al mayor número de titulares posible. Se trata de un enfoque exclusivamente centrado en el mercado aguas arriba de la encomienda de gestión por parte de los titulares de derechos a las entidades.

Desde el punto de vista del usuario, sin embargo, esta aproximación resulta insuficiente, cuando no contraproducente. Para él la aparición de nuevos entes se convierte en una multiplicación de las instancias con las que negociar y contratar el pago de la tarifa, ya que cada nuevo operador gestiona su propio repertorio. Si el usuario desea poder utilizar todo el repertorio existente, como es lo habitual, necesitará proveerse de licencia y/o pagar la tarifa a todas las entidades que operen en el sector. De esta forma, aunque en un mercado exista más de una entidad, estas no compiten plenamente entre sí en el mercado aguas abajo, pues las autori-

Red Europea de Derechos Musicales, todos ellos en el mercado de los derechos de autor sobre obras musicales; y Motion Picture Licensing Company Spain (MPLC), que gestiona el derecho de un gran número de productores audiovisuales sobre la proyección de grabaciones audiovisuales mediante pantallas instaladas en lugares públicos, cuando el exhibidor no tenga licencia directa concedida por el productor o distribuidor.

98 El considerando (19) de la Directiva 2014/26 abunda en esta facultad de los titulares, conectándola con las libertades establecidas en el TFUE. A nivel interno, el artículo 158.2 TRLPI prevé que "*el titular tendrá derecho, con un preaviso razonable no superior a seis meses que se concretará en los estatutos de la entidad de gestión, a revocar total o parcialmente su contrato de gestión, con una retirada de los derechos, categorías de derechos o tipos de obras o prestaciones de su elección en los territorios de su elección*".

99 Es el caso del expediente resuelto por acuerdo de terminación convencional entre SGAE y DAMA RCNC de 27 de noviembre de 2003, que tuvo origen en la denuncia formulada por DAMA contra SGAE por conductas contrarias a la libre competencia consistentes, entre otras, en impedir la libre elección de entidad por los titulares y el libre movimiento de los mismos entre entidades de gestión (Expediente 2398/02 DAMA/SGAE). También la resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019 sanciona a SGAE por la "imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de Gestión" (S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE).

zaciones que puedan conceder no colman las necesidades de los usuarios, que continuarán referidas al universo de obras o prestaciones de cada sector.

Frente a ello, como pasamos a desarrollar en el epígrafe siguiente, una compartición de repertorios auspiciada por la ley puede ser la clave para lograr una auténtica competencia entre diferentes agentes, todos ellos con parejo acceso al repertorio global en el mercado mayorista, de manera que de cara al usuario sean varios los entes que le puedan licenciar el repertorio completo de cada sector[100]. No se trata de multiplicar el número de entidades y, con él, el de repertorios fraccionados, sino de mantener un único repertorio global garantizando el acceso a él a todas las entidades que vayan aflorando. De este modo, el usuario no necesitaría reunir una suma de autorizaciones, cada una relativa a un fragmento del repertorio global, sino que podría acudir a cualquiera de los operadores del mercado para obtener acceso al repertorio conjunto, limitándose las diferencias de precios entre ellos a la capacidad de cada operador para prestar sus servicios de manera eficiente.

6. Posible traslado del modelo de liberalización de las industrias de red al mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual

Como hemos visto, las industrias de red se caracterizan por la existencia de una infraestructura (v. gr. de telecomunicaciones, energía, aguas, postal, transporte) sobre la que se necesita articular la oferta de determinados bienes y/o servicios. Su tratamiento tradicional como monopolio natural deriva de la constatación de que el coste fijo de la red es muy elevado, lo que hace que la duplicación de la misma resulte ineficiente. De ahí los esfuerzos del legislador en los últimos tiempos por procurar, en todos esos sectores, garantizar el acceso a la infraestructura y así liberalizar la prestación de los servicios que se articulan sobre ella.

En el sector de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual existe también lo que podríamos llamar una infraestructura de red, que estaría constituida por esa suma de derechos de cuya gestión se ocupa una entidad de gestión, o si se prefiere el conjunto de obras y/o prestaciones cuyos derechos son administrados por una entidad de gestión, en definitiva lo que llamamos el «repertorio»[101]: el control monopolista de ese «tejido de derechos» es el que, en este sector, impide o dificulta gravemente el acceso al mercado como proveedores por parte de otros posibles operadores[102].

---

[100] Hasta ahora el único mercado mayorista de repertorios es el que se da entre entidades de gestión que operan en mercados geográficos distintos, a fin de concederse recíprocamente la representación en el territorio respectivo; pero eso no propicia una competencia entre esos entes sino todo lo contrario, una compartimentación geográfica de los mercados de modo que en cada jurisdicción solo opera la entidad establecida a nivel local, con capacidad para dar autorización para el uso del repertorio universal. Desde el punto de vista del usuario este no goza de una auténtica variedad de oferentes para poder obtener los permisos que necesita y/o satisfacer la tarifa correspondiente a su uso, sino que solo dispone de la opción de contratar la autorización y el pago de la tarifa con la respectiva entidad local.

[101] El artículo 164.3.c) del TRLPI define el repertorio como "las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión". En el artículo 3.l) de la Directiva 2014/26 se define como "las obras cuyos derechos gestiona una entidad de gestión colectiva".

[102] El concepto de «infraestructura de red» no tiene que interpretarse necesariamente desde una perspectiva material. En el ámbito del espectro radioeléctrico, por ejemplo, como bien de dominio público, también se ha producido una consideración del mismo como monopolio natural.

Como sucede en industrias de red como las telecomunicaciones y la energía, existen economías de escala en la gestión de derechos de propiedad intelectual que generan una tendencia a la concentración de mercado. Dado que los costes fijos de recabar y administrar cierto repertorio, con independencia del número de obras que albergue, es relativamente alto, mientras que el coste marginal de administrar una obra más es relativamente pequeño, incluso en un contexto competitivo, aquella entidad con el más amplio repertorio podrá actuar de forma más eficiente desde la perspectiva de los costes, y por tanto atraerá a más titulares a lo largo del tiempo.

Ello provoca que, sin acceder al repertorio preexistente, no resulte económicamente viable para los potenciales entrantes prestar servicios de gestión de derechos de propiedad intelectual. La muestra es lo sucedido en España, en donde DAMA solo logró despegar de forma definitiva cuando logró acumular el repertorio internacional a través de acuerdos de representación recíproca[103]. Fuera de DAMA, no se conoce ningún otro caso de entidad entrante que haya logrado desplazar, siquiera en parte, el peso de la entidad incumbente. Lo mismo cabe señalar respecto del escasísimo desarrollo de los operadores de gestión independientes, a los que ya nos hemos referido. El optimismo con el que se presentó su introducción en nuestro sistema en 2018, cuando se los describía como "alternativa a la gestión colectiva ofrecida por las entidades de gestión" [104], ha quedado en gran medida defraudado. La exigua expansión de los OGI en el mercado español recuerda la situación mencionada *supra* respecto de los operadores móviles virtuales en la primera fase en la que existían operadores habilitados para actuar como OMV, si bien la ausencia de una obligación de los entonces tres operadores móviles con red de proporcionar acceso a la misma a los OMVs impidió *de facto* el desenvolvimiento de una mayor competencia en el sector de la telefonía móvil[105].

Pues bien, de forma similar a una infraestructura de red, el repertorio que gestionan las entidades de gestión –del acceso al cual dependen las posibilidades de desarrollo de operadores alternativos– es no ya muy costoso, sino de imposible duplicación.

La imposibilidad de duplicación de este tipo de infraestructura deriva, a su vez, de dos factores. En primer lugar, las obras y otras prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual no son bienes fungibles o sustituibles entre sí.

Las obras, para ser protegidas por derechos de autor, han de ser originales (art. 10 TRLPI), lo que significa que tienen que diferenciarse lo bastante de cualesquiera obras anteriores

[103] Véase una descripción de la evolución de las respectivas cuotas de mercado de DAMA y SGAE entre los años 2013 y 2022 en la resolución de la CNMC de 19 de junio de 2024 (S/0641/18 DAMA-UNISON RIGHTS vs SGAE), págs. 57-60.

[104] Vid. parte expositiva del Real Decreto-ley 2/2008, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, incorporando la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

[105] En suma, con la excepción de DAMA, ninguna alternativa a las entidades de gestión incumbentes ha logrado fructificar. La CNMC en la resolución del expediente sancionador S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE, de 30 de mayo de 2019, lamenta que ninguna de las alternativas teóricamente existentes a las entidades de gestión (entidades de gestión autonómicas, entidades de gestión de otros Estados que operen en España, etc.) hasta la fecha "*han tenido un desarrollo mínimo de cara a la captación y explotación de repertorios de derechos de autor en España, y no alcanzan una magnitud competitiva significativa, siendo su presencia menor*".

so pena de incurrir en plagio. Las interpretaciones o ejecuciones artísticas son bienes igualmente únicos, en el sentido de que, si bien no se requiere que sean originales para su protección, se diferencian unas de otras por el hecho de su procedencia subjetiva. Las grabaciones fonográficas pueden recaer sobre las mismas obras, incluso sobre una misma fuente de sonido si ésta es accesible a más de un productor. Por eso, los productores pactan cláusulas de exclusividad con los artistas, de manera que, al menos durante el tiempo que dure la exclusiva, la interpretación de determinada obra por un determinado artista o grupo de artistas no podrá ser grabada por otro productor. Eso asegura su singularidad frente a otros álbumes fonográficos, incluso de las mismas piezas musicales. En el ámbito audiovisual ocurre algo similar, las aportaciones autorales de una película o serie se realizan para la ocasión y las interpretaciones artísticas se contratan en exclusiva. Puede haber coincidencia con un guion u obra literaria en que se base la adaptación audiovisual (*remakes*), pero normalmente los derechos se ceden en exclusiva por periodos largos, de tal forma que la nueva adaptación no suele ser realizada ni interpretada por los mismos sujetos. No hay dos obras audiovisuales iguales, incluso aunque se proyecten sobre la misma temática o sean adaptación de la misma obra literaria.

Esa unicidad de los diferentes ítems que componen el repertorio de cualquier entidad de gestión hace que no se pueda competir en el mercado de la gestión colectiva, o solo de manera muy imperfecta, por la vía de construir un repertorio alternativo, compuesto por ítems diferentes a los que componen el repertorio de las entidades incumbentes. Aunque en hipótesis existieran en algún lugar imaginario unos cuantos centenares o miles de autores, artistas y productores capaces de generar en una noche, como los duendes que en el cuento ayudaban gentilmente al pobre zapatero, todo un repertorio de nuevas obras, interpretaciones artísticas y producciones, no por eso los usuarios dejarían de tener interés en seguir utilizando el viejo repertorio, pues no desaparecerán de un día para otro los productos que son empleados en la actividad cotidiana de cualquier usuario, los cuales seguirán llevando incorporadas las obras, interpretaciones artísticas y producciones que pertenecen a ese viejo repertorio.

En suma, el nuevo repertorio no tiene la virtud de reemplazar al antiguo, simplemente se agrega a él. Si se crean o producen nuevos ítems que son objeto de comercialización en el mercado primario, el usuario que se provee de licencias en el mercado secundario querrá tener acceso *también* a esos nuevos ítems, pero sin que ello signifique que le interese renunciar a los ítems preexistentes, ya que en su actividad no tendrá más remedio que utilizar ítems de toda procedencia: ni en el mercado primario, ni en el secundario, los contenidos se comercializan en circuitos separados.

Por otro lado, no hay forma de alinear la participación de los autores y artistas en las producciones musicales y audiovisuales con su pertenencia o afiliación a una u otra entidad de gestión. Por eso, el hecho de que eventualmente existan varias entidades dentro de un sector no garantiza que el usuario vaya a poder elegir a cuál de ellas dirigirse ni, por tanto, puede decirse que esas entidades compiten entre sí de cara al usuario. El usuario estándar utiliza en su actividad un volumen de contenidos amplio y heterogéneo, de modo que no le quedará más opción que relacionarse con todas las entidades que existan, dentro de cada sector, para poder dar cobertura a los usos secundarios que protagonice.

En definitiva, la red no se puede replicar, tan solo alimentar con nuevos elementos que pasarán a incrementar el volumen de red en manos del operador incumbente. Incluso si un conjunto relativamente extenso de nuevos ítems apareciera todo él concentrado en manos de un operador entrante, no conformaría una red alternativa o sustitutiva de la anterior, pues estaría abocado a integrarse o combinarse con ella, ya que para desarrollar su actividad los usuarios necesitarán poder utilizar ambas. De esta forma, la aparición de nuevos entrantes, cada uno con un nuevo segmento de repertorio, solo sirve a provocar una fragmentación de la infraestructura, obligando al usuario a relacionarse con una suma de operadores si quiere tener acceso completo a toda la red[106].

El fenómeno es similar al que se produce cuando el repertorio de una entidad entrante procede, no de autores y artistas entrantes o noveles que se afilian por primera vez a una entidad de gestión, sino por segregación del repertorio de la entidad incumbente, tal y como sucedió en el caso de DAMA y SGAE. Dada la fragmentación del repertorio entre esas dos entidades, y que la línea de separación entre ambos repertorios no responde a una división por tipologías o géneros de obras, los usuarios no tienen más remedio que contratar con ambas y satisfacer la respectiva tarifa[107]. En su Informe 2009, la CNC ya se había manifestado sobre la limitación de un modelo de competencia que descansara en que una misma categoría de repertorio quedara divida entre varias entidades[108].

Así las cosas, dado que los objetos cuya utilización interesa al usuario a gran escala de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual son únicos, y por tanto no pueden crearse redes que compitan entre sí por el tipo de ítems que contengan, sino a lo sumo que conecten o se agreguen entre sí generando una red ampliada, en un escenario con varias entidades de gestión la única posibilidad que tendría el usuario de suministrarse de una sola vez todo el espectro de ítems existentes sería que cualquiera de las entidades le pudiera dar acceso a la totalidad de la red, es decir, a la globalidad del repertorio[109].

---

[106] Sucede como en una red de telefonía, en la que el abonado no sabe a priori a qué número de la red va a necesitar llamar, y por tanto no puede ser selectivo a la hora de contratar el servicio. Es decir, la existencia de una infraestructura de red que conecte a los abonados de cierta área geográfica no es una alternativa frente a la conexión a la red principal que da servicio en el resto de regiones. Un abonado solo hallaría utilidad en contactar únicamente con los abonados de la red local si tuviera la absoluta certeza de que solo necesitará comunicar con el segmento de abonados de la misma. Como ese tipo de situaciones son más bien exóticas, el titular de la red local necesitará, a su vez, la interconexión con la red principal (al tiempo que al titular de esta le será útil poder dar servicio a sus abonados para que puedan hacer uso también de la red local). En el ámbito de la propiedad intelectual, al usuario típico no le será suficiente con tener acceso a los ítems de una sola *red local*. Por eso, la aparición de nuevos entes con su propio repertorio no constituye una verdadera alternativa para el usuario, pues además del acceso a esos nuevos repertorios necesitará poder seguir accediendo al repertorio de la red principal.

[107] No solo si adoptamos una visión *macro* de grandes conjuntos de obras, algunas de las cuales estarán gestionadas por SGAE y otras por DAMA, sino incluso aplicando una visión *micro*, pues los derechos sobre una misma obra pueden estar en parte gestionados por SGAE (v. gr. los del autor de la banda sonora y los del guionista) y en parte por DAMA (v. gr. los del director-realizador). Hasta ese punto el usuario no va a poder elegir, aunque quisiera, hacerse conceder una licencia por DAMA o por SGAE.

[108] *"Introducir competencia no equivale a que un determinado conjunto de derechos quede repartido entre varias entidades. Este tipo de modelo* [basado en un reparto de los titulares de derechos entre entidades] *no parece la mejor opción: los usuarios se ven obligados a negociar con todas las entidades si quieren acceder al repertorio de la totalidad de autores y, por ello mismo, la competencia no se ve realmente favorecida*". Vid. Informe CNC 2009, conclusión sexta.

[109] Naturalmente, la otra fórmula es la tradicional: que, por disposición legal o *de facto*, se aglutine la gestión colectiva de los derechos de todo el repertorio agregado en una sola entidad de gestión. Pero esa situación de monopolio legal o de hecho es justamente la que provoca la ausencia total de competencia, de modo que ni el

Para eso, a su vez, la única fórmula viable sería que, con independencia de a qué entidad hubiese encomendado el titular la gestión de sus derechos, cualquiera de las entidades que operan en el mismo mercado pudiese autorizar a un determinado usuario la utilización del repertorio global, en virtud del acceso a la red que las entidades *con* repertorio deberían garantizar a las entidades *sin* repertorio, y/o de la interconexión que las entidades con *cierta fracción del* repertorio deberían garantizar a las entidades con *distinta parte del* repertorio.

Podría pensarse que ese mismo objetivo se puede lograr por vía, sencillamente, de permitir que el titular se dé de alta en más de una entidad de gestión, encomendado a todas ellas la gestión de sus derechos sobre la misma obra o prestación simultáneamente, de modo que ninguna tenga la exclusiva de gestión y pueda autorizar a los usuarios la utilización de los mismos derechos. Es decir, en lugar de una duplicación de los ítems que componen el repertorio, una duplicación de las encomiendas de gestión sobre esos ítems.

Para ello, desde luego, habría que modificar la actual regulación en la materia, que está basada en la premisa de que el titular encomienda la gestión de sus derechos a una u otra entidad de manera excluyente, pudiendo eso sí retirar su mandato total o parcialmente de la entidad elegida para trasladar la encomienda de gestión a una entidad diferente[110]. Eso significa que un titular puede atribuir la gestión de sus derechos en parte a una entidad y en parte a otra, pero bien entendido que esas entidades no podrán ostentar la gestión en paralelo del mismo derecho, a favor del mismo titular y en relación con una misma obra o prestación. Se observa también en la regulación que en nuestro ordenamiento se hace de los derechos de gestión colectiva obligatoria, basada en la premisa de que el titular deberá decantarse por cualquiera de las entidades que se ocupen de gestionar esa clase de derechos, o bien será la Administración competente la que efectuará esa decantación[111].

---

titular puede encomendar la gestión a otra entidad, ni el usuario dispone de una instancia alternativa para obtener el insumo que necesita en su actividad. Es el modelo frente al cual el legislador –comunitario y nacional– ha reaccionado tratando de incentivar la creación de nuevas entidades y operadores de gestión independientes. Sin embargo, si cada ente gestiona un repertorio separado, la competencia se circunscribe al mercado aguas arriba de la encomienda de gestión entre titulares y entidades, pero no se traslada al mercado aguas abajo de licencias entre entidades y usuarios. Frente a esta limitación es frente a la que tratamos de salir al paso en este trabajo, planteando una aproximación diferente que propicie también competencia en ese segundo mercado.

110 El artículo 158.2 y 3, TRLPI, relativo al contrato de gestión, dice que: "*2. El titular tendrá derecho, con un preaviso razonable no superior a seis meses que se concretará en los estatutos de la entidad de gestión, a revocar total o parcialmente su contrato de gestión, con una retirada de los derechos, categorías de derechos o tipos de obras o prestaciones de su elección en los territorios de su elección// 3. La entidad de gestión podrá determinar que la revocación despliegue efectos a partir del final del ejercicio en que se cumpla el periodo de preaviso y no podrá condicionarla a que los derechos del titular se encomienden a otra entidad de gestión excepto en lo relativo a los derechos contemplados en la presente ley cuya gestión deba realizarse obligatoriamente a través de las entidades de gestión*". Ídem, a nivel europeo, el artículo 5.4 de la Directiva 2014/26. Ninguna de esas previsiones tendría sentido si el titular pudiera encomendar la gestión de unos mismos derechos, sobre la misma obra, a más de una entidad en paralelo, pues no necesitaría retirar o revocar el mandato dado a una para atribuírselo a otra.

111 El artículo 20.4.c) TRLPI, en materia de retransmisión por cable, prevé que, en el caso de titulares que no hayan encomendado la gestión ninguna entidad, el derecho se hará efectivo a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría, y cuando existiere más de una los titulares podrán encomendar la gestión a cualquiera de las entidades. Por su parte, el artículo 77.2 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, para actos de retransmisión por medios distintos del cable, dispone que en caso de que un titular de derechos no haya transferido la gestión a una entidad de gestión colectiva, se considerará que la entidad que gestione en España derechos de la misma categoría tiene derecho a conceder o denegar la autorización para la retransmisión

Sea como fuere, un sistema como ese solo podría funcionar si *todos* los titulares otorgasen mandato a *todas* las entidades que operan o lleguen a operar en un sector, de tal forma que el usuario le bastase con acudir a una sola de ellas. Desde el momento en que esa asignación no fuese plena, habría entidades que no dispondrían de la totalidad del repertorio y la situación nos retrotraería al modelo actual, en el que pueden producirse casos de concurrencia imperfecta que abocan a que el usuario deba proveerse de licencia de todas las entidades en liza para tener la seguridad de que puede utilizar absolutamente todo el repertorio que existe. Con el agravante de que, al haber titulares que podrían estar dados de alta en ambas entidades a la vez en relación con los mismos derechos/obras, la obtención de licencia de manos de las dos entidades daría lugar a un licenciamiento doble respecto de los titulares que hubiesen encomendado a ambas la gestión de los mismos derechos/obras: el usuario estaría pagando dos veces por el uso de un mismo ítem y los titulares con doble afiliación cobrarían de dos fuentes en relación con un mismo uso, lo cual constituye un sinsentido[112].

Por consiguiente, el repertorio de las entidades de gestión: (i) no puede ser duplicado por vía de generar nuevos ítems, pues a la postre eso redunda en un aumento del repertorio global, o en una fragmentación de la infraestructura, y no en una genuina replicación en el sentido de surgimiento de una red íntegra alternativa, (ii) ni tampoco por vía de adicionar encomiendas de gestión sobre los mismos derechos/obras, porque eso solo se traduce en una duplicidad innecesaria de accesos a una misma infraestructura y en definitiva en una duplicidad de pagos por el uso de un mismo recurso.

Se debe pues propugnar un sistema en el que todas las entidades que operen en determinado mercado puedan dar licencias por la utilización del repertorio agregado de todas ellas, sin depender de que los titulares hayan encomendado la administración de sus derechos a todas y cada una de esas entidades, lo que en el caso concreto podría no haber sucedido con respecto a alguna(s) de ellas. De esta forma cada entidad podrá seguir teniendo su propio repertorio, y contribuir así a la conformación de la red global en mayor o menor proporción, pero de cara a la relación con los usuarios todas estarían igualmente investidas para otorgar licencias y recaudar por la utilización de la totalidad del repertorio global. Es decir, el repertorio global podría ser licenciado por tantas entidades como operasen en el sector. Con esto se evita que el usuario tenga que acudir a las diferentes entidades presentes en un determinado mercado para reunir todas las piezas del repertorio, conjurando además el peligro de dobles afiliaciones y de dobles pagos.

En un sistema así las entidades competirían por los usuarios, sin que ello implicase que dejaran de competir también por los titulares: cuanto mayor el repertorio propio directo, menor el coste que se tendrá que asumir para acceder al repertorio agregado por otros operadores. Con

en nombre del mencionado titular, y cuando existiera más de una entidad de gestión de los derechos de la categoría, el Ministerio de Cultura encomendará la gestión de los mismos a cualquiera de las entidades mediante la correspondiente orden ministerial.

112 En efecto, no habría modo de establecer que, respecto de determinado titular/obra/derecho, perteneciente al repertorio de ambas entidades a la vez, el usuario lo está retribuyendo a través de la entidad "A" y no de la entidad "B" cuando tiene contrato-autorización con las dos y paga a ambas una *blanket license* por utilizar sin distinción todos los ítems del repertorio de cada una.

la suma del repertorio directo y el indirecto, la entidad podría aparecer ante el usuario como administradora del repertorio universal, de manera que el usuario no necesitara proveerse más que de la licencia de una sola entidad, a la que pagaría una tarifa proporcionada al uso de ese repertorio universal. A partir de ahí, la recaudación que obtenga cada entidad deberá llegar hasta sus destinatarios finales. Mientras que algunos titulares serán miembros directos de la entidad recaudadora, otros estarán afiliados a otras entidades, a cada una de las cuales deberá la entidad recaudadora liquidar la parte que corresponda a los respectivos titulares, y ocupándose la perceptora de distribuir después la cuota de reparto asignada a cada titular. Existiría un mercado mayorista, el de las entidades autorizándose masas de repertorio entre sí, y un mercado minorista, el de cada una de las entidades ofreciendo el repertorio global a los distintos usuarios. Todas las entidades podrían funcionar como recaudadoras y perceptoras simultáneamente.

Si se observa, este sistema no es muy diferente del que ya emplean las propias entidades de gestión para articular la gestión de los derechos de los titulares extranjeros. Las entidades de gestión que operan en cada territorio, normalmente como monopolios de hecho, celebran acuerdos de representación recíproca con entidades homólogas extranjeras. En virtud de esos acuerdos las entidades comparten en bloque sus repertorios con esas entidades extranjeras, de forma que estas puedan, cada una en su respectivo territorio, licenciar el uso de ese repertorio y percibir la recaudación por ese uso. La entidad mandatada liquida después a la mandante por los usos de su repertorio dentro del ámbito geográfico de aquella, previa detracción de un descuento de administración, ocupándose la entidad mandante de hacer llegar la cuota correspondiente a los titulares miembros de la misma[113].

A través pues de esa malla de contratos de representación bilateral entre entidades de gestión de cada país se llega a crear un auténtico *pool* de repertorios –o repertorio *universal*– susceptible de ser gestionado por cualquiera de las entidades que forme parte de esa red internacional de acuerdos; con la peculiaridad, eso sí, de que cada una de ellas solo puede hacer valer esa representación dentro de su respectivo territorio, ya que una de las características de esos acuerdos es la cláusula por la cual cada entidad se compromete a limitar su actividad gestora al territorio donde esté establecida, y por tanto a no prestar sus servicios en el territorio nacional de la otra entidad con la que contrata.

Es decir, en el caso de los acuerdos de representación recíproca internacional la compartición de repertorios va unida a una compartimentación de territorios. Ese sería, sin duda, un punto clave de diferencia con el sistema que propugnamos, pues en nuestro modelo la compartición de repertorios no se produce entre entidades localizadas en territorios diferentes, y por tanto no implica que una de ellas se abstenga de operar en el área geográfica de la otra. Al revés, de lo que se trata es de fomentar una auténtica competencia entre entes que, por definición, operan en el mismo territorio: el entramado de convenios de representación recíproca auspiciado por la Confederación Internacional de Sociedades de autores y Compositores (CISAC),

[113] A tal efecto, el artículo 177.2 TRLPI dice que "*el reparto y pago de derechos recaudados por otra entidad de gestión mandataria en el marco de un acuerdo de representación se efectuará por la entidad de gestión mandante a los titulares de las obras o prestaciones utilizadas (...)*".

como los de otras organizaciones análogas en el ámbito de los derechos conexos, no se dirige precisamente al fomento, sino a la restricción de la competencia entre entidades[114].

Otro punto de diferenciación sería, lógicamente, que el acceso al repertorio de las otras entidades no se dejaría al puro arbitrio o voluntad de los operadores, sino que habría que disponer la obligación de facilitar acceso al propio repertorio a fin de garantizar la interconexión con los repertorios ajenos y, en definitiva, la interoperabilidad de toda la red. Ello nos remite a la lógica de las infraestructuras esenciales, concepto procedente del Derecho antitrust anglosajón y más citado por su nombre en inglés (*essential facilities*), referido a aquellos casos, sancionados como abusos de posición de dominio, de negativa de suministro o negativa de acceso a un recurso que se configura como esencial para empresas situadas en la fase posterior del mismo mercado o en mercado afín o incluso en otro mercado[115].

Si se contemplan los factores analizados en Derecho de la competencia para valorar la existencia de un abuso de posición de dominio basada en la exclusión de acceso a una *essential facility*[116], nos parece que podrían aplicarse al caso de los repertorios gestionados en exclusiva por las entidades de gestión, a saber: (i) situación de control efectivo de una infraestructura esencial por parte de un monopolista; (ii) incapacidad del competidor para duplicar o emular la infraestructura esencial, siendo así que el acceso a la infraestructura es indispensable –y no meramente conveniente– para la actividad de la empresa que lo solicita, sin que haya una alternativa real o potencial a la misma[117]; (iii) posibilidad técnica y económica de que el monopolista comparta el uso de la infraestructura esencial; (iv) falta de justificación válida a la negativa de dar acceso a la infraestructura[118]; y (v) disponibilidad de la empresa que solicite el

[114] Decisión de la Comisión Europea de 16 de julio de 2008 (asunto COMP/C-2/38.698 – CISAC) [C(2008) 3435 final] determinó que dos cláusulas de los acuerdos recíprocos de representación auspiciados por la CISAC, la de afiliación (no aceptar como miembros a titulares que sean ya socios de la otra entidad) y la de exclusividad (dar la representación a una sola entidad en cada territorio) así como la práctica –aparentemente concertada– consistente en limitar cada entidad de gestión su actividad a su propio territorio comprometiéndose a no desplegar ninguna actividad en el territorio de la otra, eran contrarias al Derecho de la competencia UE y ordenó que las entidades de gestión presentes en el procedimiento se abstuvieran de seguir utilizando esas cláusulas en sus acuerdos, así como de mantener la citada práctica. La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de abril de 2013 anuló la parte de la Decisión que se refería a la práctica aplicada por las sociedades de gestión que lleva a una segmentación territorial nacional estricta de las áreas de licencia, al considerar que la Comisión no había probado que hubiese existido una concertación.

[115] Por citar el primer caso y los más representativos posteriormente en términos de matizar la jurisprudencia anterior, vid. STJCE de 6 de marzo de 1974, asuntos acumulados 6/73 y 7/73 (caso *Commercial Solvents c. Comisión*), STPI de 10 de julio de 1991, asuntos acumulados T-69/89, T-70/89 y T-76/89 y STJCE de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P (caso *Magill*), STJCE de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97 (caso *Oscar Bronner*) y STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-418/01 (caso *IMS Health*).

[116] Seguimos la síntesis que realiza Callol García (1999), pág. 415.

[117] Vid. Callol García (1999), págs. 407 y 408. Se trata de evitar el fenómeno del *free rider* o aprovechamiento ilícito de la inversión ajena. El TJCE viene exigiendo para que una empresa pueda acceder a la infraestructura del competidor que quede demostrado que no es económicamente viable la creación de una estructura propia, individualmente o en asociación con otras empresas, capaz de cumplir las funciones de aquella a la que se pretende acceder.

[118] El Tribunal de Justicia ha señalado que la negativa por parte de un titular de un derecho de propiedad intelectual a conceder una licencia, aunque se trate de una empresa en posición dominante, no constituye en sí misma un abuso de esta, aunque sí puede constituirlo en unión de otras circunstancias. Vid. STJCE de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97 (*Oscar Bronner*). Conviene volver a recordar que las entidades de gestión no son titulares

acceso a abonar a cambio un precio razonable y no discriminatorio, en su caso fijado con la intermediación del regulador.

Dicho lo cual, la intervención caso a caso de las autoridades de competencia o la jurisdicción civil para valorar si concurren circunstancias que justifiquen el acceso al repertorio de una o más entidades de gestión por parte de operadores entrantes conforme a los criterios reseñados, no es la solución eficiente a los problemas de competencia planteados por la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. A la postre presenta las mismas insuficiencias que una aproximación basada en la represión del abuso de posición de dominio por imposición de precios inequitativos, discriminatorios o excesivos. Se trata en ambos casos de fórmulas reactivas, que no atacan el problema de raíz sino que se agotan en cada intervención puntual, y que no siempre logran corregir las conductas anticompetitivas detectadas, incluso aunque se despliegue una costosa vigilancia respecto del cumplimiento de la sanción o de las medidas impuestas[119].

De ahí que el enfoque que proponemos intente salir al paso de los problemas de competencia derivados del monopolio de hecho que ostentan las entidades de gestión colectiva sobre sus respectivos repertorios, asumiendo que la aproximación basada en el abuso de posición de dominio y/o la doctrina de las *essential facilities* tiene sus limitaciones. En su lugar, creemos que está justificada una actuación regulatoria que, tomando como referencia la experiencia previa en otros procesos de liberalización de industrias de red, transforme definitivamente el modelo de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, el cual creemos que ha demostrado ser incapaz de dar una respuesta eficiente a las necesidades de los usuarios y, de forma refleja, de los titulares.

Al igual que nuestra propuesta se inspira en la utilización de mecanismos que, como los acuerdos de representación recíproca, ya se conocen desde hace tiempo en el campo de la gestión colectiva, debemos observar que actualmente ya se dan cita en el mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual algunos de los elementos básicos de regulación que acompañan a cualquier proceso de liberalización, a saber, (i) el establecimiento de organismos reguladores independientes[120] y (ii) una cierta regulación de precios[121]. Se trataría de completar ese itinerario dando los siguientes pasos hacia una completa liberalización: (iii) el

como tales de derechos de propiedad intelectual, sino que gestionan el repertorio a ellas encomendado por los diferentes titulares.

[119] Respecto de la eficacia de las resoluciones de la autoridad de la competencia desde una perspectiva de desincentivación de las conductas sancionadas, no conocemos estudios ni análisis sobre la materia, pero sí cabe apuntar a algunos casos de apreciación de agravante por reiteración de la conducta. La CNMC recomendaba valorar la inclusión en el anteproyecto de ley por el que se modificaba el TRLPI para la transposición de la Directiva 2014/26/UE, de la posibilidad de revocar, como caso excepcional, la autorización de entidad de gestión en el caso de infracciones en materia de defensa de la competencia, especialmente en los casos más graves por su alcance y reiteración (IPN/CNMC/040/17).

[120] La ya citada SPCPI, la cual tiene competencias de mediación, arbitraje, determinación o fijación de tarifas y control de las tarifas de las entidades de gestión.

[121] Hemos visto *supra* cómo el artículo 164.3 del TRLPI obliga a las entidades de gestión a establecer tarifas generales que se atengan, al menos, a la batería de criterios que ese precepto enumera, así como a la metodología aprobada después mediante orden ministerial. La regulación de precios viene dada por esta metodología fijada a nivel legal, en combinación con la atribución de la función de determinación de tarifas a la SPCPI.

establecimiento de un acceso regulado a la red, esto es, el repertorio y/o (iv) la desintegración vertical (no solo contable sino jurídica) de los distintos segmentos de actividad (producción, distribución al por mayor, distribución al por menor y comercialización).

Como sucedió en la liberalización de los sectores de telecomunicaciones y energía, la imposición de deberes de acceso a los monopolistas históricos supone forzar a estos a compartir un activo estratégico con sus competidores, sea la red telefónica fija, la cobertura móvil, la red de transporte eléctrica o, en el caso que planteamos, el repertorio de las entidades de gestión. Más allá de su previsión vía directivas en el marco de la liberalización de los sectores de telecomunicaciones y energético, la compatibilidad con el ordenamiento nacional de una limitación al derecho de propiedad de las redes que supone el establecer un deber de acceso regulado a las mismas se ha considerado plenamente compatible con la concepción social del derecho de propiedad consagrada por la Constitución española en su artículo 33.2[122].

Siempre que en estos contextos se hace referencia a obligaciones de acceso a activos del operador tradicionalmente monopolista, se adjetiva tal acceso como *regulado*, para indicar que debe ser en condiciones no discriminatorias y con orientación de las tarifas de acceso a los costes del titular de la red, para evitar denegaciones *de facto*. Un examen más detallado de la regulación en materia de telecomunicaciones y de energía nos puede dar pistas sobre cómo se podría diseñar un sistema de acceso regulado en relación con el repertorio de las entidades de gestión.

Así, si nos trasladamos a la LGT 2022, vemos que se contempla el derecho de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, a la par que la obligación cuando se les solicite por otros operadores similares, a negociar la interconexión mutua con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad (art. 14.2). A ese respecto, se prevé que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y la CNMC garanticen, cuando sea pertinente, la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios (art. 14.5). Más en particular, la CNMC puede dictar medidas adicionales en relación con las empresas que tengan un peso significativo en el mercado[123]. A tal fin, se prevé que ese órgano, tras el correspondiente análisis de los mercados de referencia, considere que en un mercado se justifica la imposición de ciertas obligaciones específicas, debido a la presencia de barreras de entrada estructurales o jurídicas, la existencia de una estructura de mercado que no tiende hacia la competencia efectiva dentro de un horizonte temporal pertinente, y el hecho de que la legislación en materia de competencia por sí sola resulte insuficiente para abordar adecuadamente las deficiencias del mercado detectadas (art. 16).

Las obligaciones específicas que se pueden imponer a operadores con peso significativo en mercados de referencia son las siguientes (art. 18): (i) transparencia en relación con la inter-

[122] Vid. Callol García (1999), pág. 401.

[123] Con arreglo al artículo 14 de la Directiva marco (Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), "*se considerará que una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores*".

conexión y el acceso, conforme a la cual los operadores deberán hacer pública la información relativa a la contabilidad, los precios, las especificaciones técnicas, las características de las redes y su evolución probable, las condiciones de suministro y de utilización; (ii) no discriminación, a fin de garantizar que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes, y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones; (iii) separación de cuentas; (iv) acceso a obra civil, en su caso; (v) acceso a elementos o a recursos específicos de las redes y recursos asociados y a su utilización, a efecto de satisfacer las solicitudes razonables de acceso a estos elementos y recursos, así como las relativas a su utilización; y (vi) control de precios, tales como la fijación de precios, la orientación de los precios en función de los costes y el establecimiento de una contabilidad de costes, con objeto de garantizar la formación de precios competitivos y evitar precios excesivos y márgenes no competitivos en detrimento de los usuarios finales. Se especifica además que no cabe exigir a los operadores alternativos pagar por recursos que sean innecesarios para el servicio requerido y que se impedirán las subvenciones cruzadas de carácter desleal entre los servicios que presta el operador dominante.

En relación con el acceso a elementos o a recursos específicos de las redes y recursos asociados, la CNMC podrá exigir al operador con peso significativo en el mercado, entre otras cosas, que permita a terceros el acceso a elementos físicos específicos de la red y de los recursos asociados; preste servicios específicos en régimen de venta al por mayor para su reventa por terceros; conceda libre acceso a interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías clave que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de servicios de redes virtuales; proporcione acceso a sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos similares necesarios para garantizar condiciones equitativas de competencia en la prestación de servicios; e interconecte redes o los recursos de estas. Cabe incluso la obligatoria separación estructural entre empresa mayorista y minorista del operador dominante como medida excepcional si las obligaciones de acceso regulado se muestran insuficientes para lograr competencia efectiva (art. 25).

Por su parte, la LSE 2013, además de establecer el derecho de acceso en condiciones no discriminatorias a las redes de transporte y de distribución, el cual solo podrá denegarse de forma motivada por criterios técnicos tasados (art. 33), prevé que sea la CNMC quien establezca la metodología para el subsiguiente establecimiento de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deberán satisfacer los usuarios de las mismas (art. 16) así como las condiciones de acceso y conexión, incluyendo el contenido mínimo de los contratos entre operadores y la obligación de publicidad y transparencia de la información relevante para el acceso y la conexión (art. 33).

Es común tanto a la LGT 2022 (art. 106) como a la LSE 2013 (art. 64) establecer como infracción muy grave el incumplimiento de las obligaciones de acceso e interconexión, así como el papel que se reserva a la CNMC en la resolución de los posibles conflictos que puedan surgir entre operadores en esta materia (arts. 28 LGT 2022 y 33 LSE 2013).

La intervención normativa *de lege ferenda* que proponemos debería tratar de emular estos precedentes. Las entidades de gestión estarían obligadas a negociar con otras competi-

doras el acceso a su repertorio para garantizar la interconexión entre ambos y la interoperabilidad del servicio. En el caso de empresas con un peso significativo en el mercado de referencia, que serían todas las que ostenten una posición de dominio en el sector respectivo, la autoridad reguladora podría exigir al ente monopolista que propicie el acceso a los elementos y recursos específicos de su red, permitiendo la utilización de ésta, lo que pasaría por conceder libre acceso a las bases de datos necesarias para estar en situación de licenciar los derechos sobre el correspondiente repertorio. Todo ello, a su vez, con la debida transparencia y no discriminación, y fijando precios orientados a costes para acceder a esos recursos.

Las dificultades de tipo técnico que con toda seguridad suscita la solución de acceso regulado que aquí se propone se ven muy atenuadas por los desarrollos tecnológicos producidos en los últimos años, como ha sucedido en procesos liberalizadores en otros mercados de red igual o más complejos técnicamente, desarrollos tecnológicos destinados aquí de forma creciente[124] a permitir una ágil y continua identificación del repertorio gestionado por cada operador en cada momento y el inmediato contraste entre el repertorio que se gestiona y el repertorio gestionado por otra entidad al que se pretende acceder, al igual que sucede con la determinación del repertorio efectivamente utilizado por las diferentes categorías de usuarios y por cada uno de ellos.

Una experiencia pionera en este sentido es la del acuerdo entre SGAE y DAMA, en 2003, en el marco del expediente 630/07 (DAMA/SGAE), el cual determinó la constitución de una base de datos conjunta en la que constasen documentadas las participaciones autorales de propiedad de cada una de las obras audiovisuales correspondientes a los socios de sendas entidades, así como la articulación de un mecanismo para resolver con la mayor diligencia los conflictos que surgieran sobre los porcentajes de propiedad de los diferentes autores sobre una misma obra y un sistema de reparto subsidiario[125].

7. Conclusión

Creemos que con un modelo como el propuesto en el presente estudio se facilitará la entrada de nuevos operadores en el ámbito de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, con todas las ventajas operativas que podrían aportar respecto del operador tradicional en términos de mayor eficiencia y calidad en la prestación del servicio, mejor conocimiento de la demanda, mejor dotación de recursos humanos gerenciales y operativos o mayor capacidad de innovación, razones que justificarían su capacidad de restar cuota de

[124] Véase la Orden CUD/777/2022, de 29 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas de apoyo a proyectos de digitalización de operadores de gestión de derechos de propiedad intelectual y por la que se aprueba la convocatoria correspondiente al año 2022, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la cual establece entre las finalidades de la ayuda, lograr la transformación digital de los operadores que intervienen en la gestión de derechos de propiedad intelectual, e incrementar la eficacia y eficiencia en los procesos de documentación, recaudación y reparto en el mercado digital.

[125] En el Informe CNC 2009 ya se apuntaba que la aparición de ciertos desarrollos tecnológicos y del entorno *online* como ventana de explotación de obras y prestaciones es un motor de la introducción de la competencia en la gestión de derechos de propiedad intelectual, permitiendo la consolidación de otras formas de gestión colectiva distintas de las que conocemos, así como el impulso de la gestión individual.

mercado al operador hasta entonces dominante[126]. En esencia la existencia de competidores exitosos depende de la capacidad de cada agente de reducir sus costes con respecto a los de sus competidores.

La liberalización de un mercado genera incentivos para desarrollar nuevos servicios y formas contractuales que se ajusten a las preferencias de los clientes (eficacia dinámica). En el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual podrían aparecer operadores alternativos "de nicho", especializados en determinados tipos de usuarios[127]. La monopolización de cada mercado por una sola entidad se ha venido combinando con una notable –y a menudo inútil– heterogeneidad desde la perspectiva de los titulares y, lo que probablemente es igual de relevante desde la perspectiva *antitrust*, de los usuarios.

Una cuestión que suele suscitarse a la hora de plantear la liberalización de un sector que pasa por garantizar el acceso regulado a infraestructuras o bienes esenciales, que son propiedad (o están gestionados en exclusiva) por el operador tradicional, es el riesgo de conflictos en las primeras etapas de la liberalización y la necesidad de prever mecanismos y un organismo encargado de dirimir las controversias y vigilar la corrección del proceso liberalizador. Siendo ello cierto, no lo es menos que, como hemos señalado, partimos ya de una altísima conflictividad en el sector de la gestión colectiva de derechos propiedad intelectual, que ha obligado a numerosas intervenciones de la autoridad de competencia, así como de nuestros tribunales ordinarios, desde hace más de tres décadas; a lo que se une la reciente creación de un organismo *ad hoc* para la regulación del mercado, de modo que ya venimos asistiendo a un fuerte grado de intervención, tanto *ex ante* como *ex post*.

Para terminar, queremos subrayar que nuestro planteamiento no pretende constituir en modo alguno, y como resulta obvio, la última palabra sobre este modelo, sino únicamente la primera. Creemos que la aproximación descrita en este artículo no ha sido objeto de descarte tras haber sido valorada a nivel teórico o doctrinal, sino que sencillamente nunca se ha contado con ella porque hasta la fecha tampoco había sido formulada. Y queremos creer que, una vez que esa formulación ha sido realizada, aunque sea con las enormes limitaciones de este trabajo, se generará el suficiente interés como para que otros, con mayor ímpetu y discernimiento que nosotros, sometan esta propuesta al correspondiente test de estrés y concluyan sobre su mayor o menor plausibilidad. Ojalá que surja ese debate y que nuestra proposición pueda ser, poco a poco, aquilatada.

---

[126] García-Legaz Ponce (2001), pág. 113.

[127] Piénsese en un operador que se especializase en comercializar el repertorio a pequeños usuarios, que hoy se encuentran desatendidos por la falta de capilaridad de las grandes entidades incumbentes. Su aparición podría redundar en un beneficio indirecto también para estas entidades, que obtendrían la contrapartida por licenciar su repertorio en el mercado mayorista a ese nuevo comercializador. Otro operador podría comercializar solo aquella parte del repertorio que, en función de estudios de mercado, ha determinado que es la única que *de facto* utilizan ciertos usuarios (v. gr. canales temáticos de televisión), lo que permite ofrecerles una licencia más específica y una tarifa en consonancia. Ya el Informe CNC 2009 señalaba como factor para clasificar a los distintos tipos de usuarios: "*la necesidad [o no] que los usuarios tienen de acceder a un repertorio amplio, para el desarrollo de su estrategia comercial. Existen usuarios que necesitan acceder a un repertorio extenso, mientras que otros sólo precisan utilizar un número reducido de obras o prestaciones*". La aparición de nuevos entrantes diversificaría y dinamizaría el mercado de la gestión colectiva de un modo inimaginable.

Bibliografía

AGOSTI, Luis, PADILLA, A. Jorge y REQUEJO, Alejandro, «El 'mercado' de generación eléctrica en España: estructura, funcionamiento y resultados», *Economía Industrial*, nº. 364, pp. 21 ss.

CALLOL GARCÍA, Pedro, «Garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector», *Revista de Administración Pública*, nº. 149 (mayo-agosto), pp. 399 ss.

CALZADA, Joan y COSTAS, Antón, «La liberalización de las telecomunicaciones en España: control de la inflación y universalización del servicio», *Institut de Recerca en Economia Aplicada Regional i Pública Document de Treball 2013/10*, pp. 1 ss.

CARBAJO CASCÓN, F. y URIBE PIEDRAHITA, C. A.: «Regulación "ex ante" y control "ex post": la difícil relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia», *ADI,* nº 33 (2012-2013), pp. 307 ss.

CASAS VALLÈS, Ramón, «La Comisión mediadora y arbitral de propiedad intelectual. Experiencias y perspectivas de futuro», *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*, nº 15, pp. 9 ss.

CASAS VALLÈS, Ramón, «La comisión de propiedad intelectual», *La Reforma de la ley de Propiedad Intelectual, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.),* pp. 267 ss.

CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, «La Gestión Colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los artistas: informe de la Comisión Nacional de Competencia de 2010 y doctrina reciente del Supremo», *Act. Civil*, 2011, nº 9.

COSTA CAMPI, Mª Teresa, «Evolución del Sector Eléctrico Español (1975-2015)», *ICE*, nº 889-890 (marzo-junio), pp. 139 ss.

COSTAS COMESAÑA, Julio, «Entidades de Gestión de Derechos de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia», *XXVI Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual*, pp. 71 ss.

COSTAS COMESAÑA, Julio, «La función de determinación de tarifas por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual», *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 53, pp. 13 ss.

DELGADO HERNÁNDEZ, Gloria. Esther, «Sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual: entre el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual», en Ortiz Blanco, L./ Sopeña Blanco, V. (ed.), *Derecho de la competencia europeo y español,* II.

FLORES JIMENO, Mª del Rocío y Santos Cebrián, Mónica, «El mercado eléctrico en España: la convivencia de un monopolio natural y el libre mercado», *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* nº 25, pp. 257 ss.

GARCÍA-LEGAZ PONCE, Jaime, «Liberalización, competencia y regulación de las telecomunicaciones en España», *Economía industrial*, nº. 337, pp. 103 ss.

JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa, *La gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual frente al derecho de la competencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

LENCE REIJA, Carmen, «Sobre la prohibición de discriminación en las tarifas de las entidades de gestión: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008», *ADI* nº 29, pp. 825 ss.

LENCE REIJA, Carmen, *La gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual frente al Derecho de la competencia*, tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 2013, https://minerva.usc.gal/entities/publication/9efac421-ac66-43cc-991d-b65f318235a8.

MARÍN LÓPEZ, Juan José, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercotivz), 3ª ed., Tecnos.

MATEA, María de los Llanos, «Consideraciones en torno a la regulación de las industrias de red. Su aplicación al caso español», *Economía Industrial*, nº. 344, pp. 129 ss.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Servicio Público y Mercado». Vol. II. *Las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid.

ORTIZ, Luis, MAÍLLO, Jerónimo, Ibáñez, Pablo y Lamadrid, Alfonso (2008), *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid.

RODRÍGUEZ MEJÍAS, Juan, «El abuso de posición de dominio en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 24, pp. 13 y ss.

RODRÍGUEZ MEJÍAS, Juan, «La profilaxis del abuso de posición de dominio en la LPI. La reforma operada por la Ley 21/2014 sobre el diseño legal de la conformación de precios en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual», *en Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (R. Casas Vallés, J. J. Marín López y R. Sánchez Aristi eds.), ed. Dykinson, pp. 755 ss.

SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes (2000), «La gestión de los derechos de autor y el Derecho de la competencia», en Derecho europeo de la competencia (A. L. Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones (ed.), Colex, Madrid.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael y MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (eds.), *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual. Análisis y comentarios*, 2ª ed., Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2022.

TORRES FUEYO, Javier, «Entidades de gestión, negociación colectiva y protección de la competencia en los derechos de remuneración en la propiedad intelectual», *Aranzadi Civil*, nº 1, pp. 2181 ss.

Reseñas

Reseña de los artículos

"Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento"[1] *(2015)*
"Los directivos como beneficiarios del programa de clemencia: retos y oportunidades"[2] *(2018)*
de la Doctora María Álvarez San José

Autoras[3]**:**

Beatriz de Guindos Talavera. Directora de Competencia de la CNMC (2018-2021).

Micaela Arias Domecq. Vocal Asesora en la Dirección de Competencia de la CNMC

Carmen Cerdá Martínez-Pujalte. Subdirectora de Cárteles y Clemencia de la CNMC.

Lucía Criado Fuentes. Vocal Asesora en la Subdirección de Sociedad de la Información de la CNMC.

Vera Sopeña Blanco. Jefa del Gabinete de Presidencia de la CNMC.

[1] San José, M. A. (2015). Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la Competencia: incentivo añadido al cumplimiento. *Anuario de la competencia*, (1), 161-184. https://anuariocompetencia.cnmc.es/s/anuario/item/1957

[2] San José, M. A. (2018). Los directivos como beneficiarios del programa de clemencia: retos y oportunidades. *Anuario de la competencia*, (1), 253-272. https://anuariocompetencia.cnmc.es/s/anuario/item/2048

[3] Opiniones personales, no necesariamente coincidentes con las de la CNMC.

María Álvarez San José inició en 2015 un análisis minucioso sobre la responsabilidad personal de los directivos en infracciones antitrust. Su recorrido intelectual evoluciona desde una perspectiva más teórica y conceptual hacia una reflexión sobre la eficacia disuasoria de dicha responsabilidad. Años después, gran parte de sus planteamientos han sido respaldados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo e incorporados en desarrollos normativos que refuerzan el régimen sancionador.

El primero de los trabajos, publicado hace casi diez años, analiza la responsabilidad personal del directivo o representante legal por infracciones del derecho de la competencia y examina cómo su aplicación efectiva puede contribuir tanto a la detección de ilícitos como, de forma destacada, al efecto disuasorio que ha de caracterizar a la política de competencia.

El artículo subraya que, aunque las sanciones a personas físicas constituyen una herramienta contemplada en varios ordenamientos jurídicos, su utilización práctica ha sido notablemente limitada, también en el ámbito nacional. La autora aboga por impulsar el uso de esta figura como complemento a las sanciones a personas jurídicas, cuyo efecto disuasorio puede revelarse insuficiente, siendo además problemático incrementar significativamente su importe por razones de proporcionalidad y riesgo de traslación. Además, el contexto sería propicio dado el aumento en la experiencia y la madurez de la aplicación del derecho de la competencia, así como el mayor reproche social frente a las prácticas anticompetitivas. Por otra parte, el estudio defiende que, si bien hasta la fecha sólo se había sancionado a directivos cuando su participación en los hechos constitutivos de infracción había sido destacada, la literalidad del art. 63.2 LDC no exige esta participación cualificada.

En efecto, la autora se detiene a analizar la determinación de los posibles sujetos pasivos de dicho artículo, en atención a los conceptos relativamente indeterminados que contempla, como por ejemplo el de las personas que integran los "órganos directivos". Para estos últimos, recuerda las notas comunes de autonomía y capacidad de decisión de estas personas, pudiendo incluir figuras como altos directivos, directivos comunes o incluso *shadow directors* (esto es, personas que no ostenten formalmente cargos directivos pero que tengan una capacidad de influencia efectiva, entendida como capacidad de decisión sobre la conducta infractora). En estos casos más complejos, la autora aconsejaba acreditar con concreción y caso a caso los elementos de autonomía y capacidad de decisión que permiten concluir la intervención del directivo en la práctica restrictiva.

Por otro lado, en lo que se refiere a la participación del sujeto en la práctica, el artículo recoge una posibilidad inédita en la práctica previa de la CNMC: la posibilidad de sancionar no solo las participaciones intensas en los ilícitos, sino también otras formas de intervención con menor implicación directa. La autora incluso refiere la posibilidad de sancionar las derivadas de la *culpa in vigilando,* de aquellos representantes o directivos de los que se acredite que tenían razones para conocer o incluso sospechar que el incumplimiento de la normativa *antitrust* por la empresa se estaba produciendo, y no se haya evitado.

El análisis, rigurosísimo, y realizado desde la perspectiva de distintas ramas del derecho (no solo administrativo, sino también mercantil y penal) fue sin duda pertinente. Anticipaba cuestiones que posteriormente serían debatidas y adoptadas en resoluciones inminentes de la

CNMC (asuntos AIO en 2016, Infraestructuras Ferroviarias en 2018, etc.) y que posteriormente, en su gran mayoría, serían respaldadas por los tribunales, especialmente el Tribunal Supremo.

Por último, en este primer artículo la autora concluye identificando varias áreas en las que existe margen de mejora normativa o reflexión doctrinal. En primer lugar, subraya la necesidad de incrementar el importe máximo de las multas pecuniarias a directivos, situado en 60.000 euros. En segundo lugar, aboga por que las sanciones pecuniarias no sean asegurables pues, para garantizar el efecto disuasorio, ha de ser el infractor quien haga frente a la misma con su patrimonio. En este sentido, propone incluir en los programas de cumplimiento (*compliance)* el compromiso de las empresas de no asumir las sanciones personales impuestas a directivos ni los costes legales de su defensa. En tercer lugar, destaca la relevancia de la coordinación internacional en los cárteles internacionales para evitar riesgos de conculcación del principio de *ne bis in idem*. Finalmente pone de relieve la importancia de que en la aplicación privada del derecho de competencia las previsiones relativas a las personas jurídicas solicitantes de clemencia se extiendan a los directivos.

En su artículo de 2018, la autora ahonda aún más en las multas a personas físicas como elemento incentivador de la clemencia y en su eficacia, por tanto, para la detección y el desmantelamiento de cárteles. No en vano, para entonces ya se habían impuesto sanciones a directivos en seis expedientes instruidos bajo la LDC y otros tantos estaban en tramitación, bajo la tutela de la propia autora como Subdirectora Adjunta de Cárteles y Clemencia de la CNMC.

No obstante, en este segundo artículo se percibe una especial preocupación por el desalineamiento de incentivos entre la empresa y el directivo a raíz de los nuevos desarrollos en materia de informantes anónimos, protección de los directivos frente a las reclamaciones de daños o introducción de los programas de cumplimiento que promueven la adopción de rigurosos sistemas de denuncia interna. La figura del exdirectivo es otro elemento analizado en profundidad para poner en valor la utilidad de la clemencia para personas físicas, aunque ésta no esté contemplada en otros ordenamientos de nuestro entorno. Es por ello que la autora dedica una parte sustancial del artículo a defender, en el marco de la trasposición de la Directiva 1/2003 (*Directiva ECN+*), la extensión de la clemencia a procedimientos penales para evitar por esta vía la pérdida de eficacia de la clemencia de los directivos.

Diez años después del primer artículo y siete del segundo, los tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre muchas de las cuestiones que se planteaba la autora sobre la aplicación del artículo 63.2 LDC.

Sobre la determinación del sujeto pasivo, el Tribunal Supremo[4] respalda la doctrina de la autora que fue recogida en las resoluciones de la CNMC, admitiendo la posibilidad de sancionar a los sujetos que ostenten cargos con "capacidad de decisión y dirección efectiva" de la actividad de la empresa, precisando que sus decisiones deben poder "marcar, condicionar o dirigir" la actuación de la empresa infractora. En cuanto al grado de intervención necesaria, el Tribunal Supremo respalda también una interpretación amplia, pudiendo incluir igualmente participaciones pasivas, como por ejemplo, asistir a una reunión sin oponerse a la conducta ilícita

[4] Sentencias de 1 de octubre, de 28 de marzo, de 4 de abril de 2019 y de 28 de enero de 2020.

(asimilando la figura a la del cooperador necesario del código penal y, por tanto, no exigiendo el más intenso de co-autoría). Igualmente, ambos sostienen la necesidad de acreditar dicha participación de forma concreta, sin que sea necesario que la participación haya sido determinante para poder imponer la sanción. El Tribunal Supremo no llega a analizar supuestos como el planteado por la autora relativos a la posibilidad de sancionar en supuestos de *culpa in vigilando*[5], pero esas consideraciones sí pueden tener un profundo impacto en el contexto del análisis de los programas de cumplimiento normativo que puedan exponerse a la CNMC para eludir una eventual prohibición de contratar.

Entre los aspectos susceptibles de mejora normativa del primer artículo, la autora anticipó con notable acierto las opciones más eficaces para reforzar el efecto disuasorio del régimen sancionador.

En primer lugar, el importe de la sanción máxima constituye un elemento clave en la capacidad disuasoria del régimen. Aunque la reforma de la LDC aún no ha prosperado en este sentido, cabe destacar que, entre las enmiendas propuestas a la LDC en 2023, figuraba el incremento del límite máximo de la sanción a directivos de 60.000 a 400.000 euros.

En relación con las reclamaciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas, el primer artículo se adelantaba a la transposición de la Directiva de daños, sugiriendo la conveniencia de extender los beneficios sobre responsabilidad conjunta y solidaria a las personas físicas sancionadas por la CNMC, independientemente de si han sido beneficiarias de clemencia. En efecto, la modificación de la LDC en materia de ejercicio de las acciones de daños y perjuicios, introducida por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, excluye a las personas físicas de la responsabilidad conjunta y solidaria, recogida en el artículo 73 de la LDC, al señalar como responsables solidarios a las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia.

Por otro lado, el segundo artículo destacaba con claridad un elemento de impredecibilidad introducido en la Directiva ECN+ al facultar al juez nacional para decidir, en casos de clemencia, la no imposición o la atenuación de la sanción penal. La eficacia del programa de clemencia por la que abogaba el artículo ha sido respaldada por la modificación del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 14/2022, en sus artículos 262.3 y 288 bis. Esta reforma contempla la exoneración de responsabilidad penal para los delitos asociados a conductas subsumibles en los artículos 1 y 2 de la LDC a aquellos directivos beneficiarios de exención o reducción de sanción administrativa por clemencia.

También señalaba el segundo artículo el posible efecto incentivador para las solicitudes de clemencia derivado de la posibilidad adicional de detección a través de información anónima.

[5] No obstante, recientemente, la Audiencia Nacional parece estar adoptando una línea más estricta al exigir que la CNMC explique en cada caso *"por qué ese cargo directivo le ha permitido adoptar acuerdos y decisiones en nombre de la persona jurídica o porque en el ejercicio de ese cargo directivo las facultades de organización y de control que tenía dentro de la empresa sancionada le otorgaban capacidad para comprometer con su actuación a las personas jurídicas para las cuales prestaban servicios y en las que, además, tenían encomendadas funciones de especial responsabilidad que desempeñaban con autonomía"* (Sentencias de 24 de abril de 2024, en el asunto Montaje Industrial). Quedará por ver como afina estos requisitos el Tribunal Supremo.

Así ha sido y, finalmente, tras la Directiva UE del Informante de 2019, esta figura fue introducida por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, en la LDC —Disposición adicional duodécima— recogiendo el derecho de los informantes a las medidas de apoyo y protección previstas en la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. De forma previa a la trasposición legal, en marzo de 2021, la CNMC ya puso en marcha el Sistema de Informantes de Competencia Anónimos (SICA), como medio habilitado para este tipo de comunicaciones anónimas por parte de aquellas personas que hayan tenido conocimiento de cualquier tipo de práctica anticompetitiva.

Persisten algunas cuestiones ya identificadas o esbozadas en los artículos analizados que aún no se han visto materializadas, pero cuya implementación reforzaría, como predijo con notable erudición la autora, la eficacia de los programas de clemencia en España, tanto en su vertiente de disuasión como de detección.

Así, hasta la fecha no consta en ninguna resolución de la autoridad española de competencia la presentación de una solicitud de clemencia por parte de una persona física (ya sea directivo o exdirectivo) a título individual, posibilidad expresamente prevista en nuestra legislación. Si bien no puede descartarse por completo la materialización de dicha posibilidad, desde el momento de la existencia y puesta en marcha del SICA, que permite comunicar de forma completamente anónima la existencia de infracciones a la autoridad de competencia —incluidas aquellas puestas en conocimiento por directivos o exdirectivos de la empresa—, lo cierto es que la introducción de medidas adicionales, ya propuestas por la autora para las conductas más graves de cártel, podría resultar determinante. Entre ellas cabe destacar: el incremento de las multas impuestas a directivos; la posible inhabilitación de estos para desempeñar cargos de responsabilidad en empresas durante un período determinado; la previsión de recompensas económicas a informantes anónimos; o la obligación, dentro de los programas de cumplimiento, de prohibir el traslado del coste de la multa del directivo a la sociedad infractora.

La adopción de este conjunto de medidas, o incluso solamente algunas de ellas, junto con el tratamiento más beneficioso a los directivos amparados por la clemencia, contribuiría a incentivar tanto las solicitudes de clemencia individuales como, en última instancia, las corporativas, ofreciendo así un refuerzo significativo a fin de garantizar una detección y aplicación legal eficaces contra los cárteles, lo que constituía en todo caso la preocupación subyacente de la autora y la idea central de los trabajos analizados.

Por último, los autores agradecen esta iniciativa editorial que ha permitido volver a poner en valor los artículos elaborados por la autora, a través de los cuales se aprecia su profundo y sólido conocimiento jurídico y permanente curiosidad intelectual que le llevó a analizar cuestiones relevantes y relacionadas con el Derecho de la Competencia.

Reseña de los artículos

"La experiencia en la aplicación privada desde la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia"[1] *(2011)*
"Las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones de cártel como elemento dinamizador del Programa de Clemencia"[2] *(2017)*
de la Doctora María Álvarez San José

Autores[3]**:**

Joaquim Hortalà i Vallvé. Jefe de Asesoría Jurídica y Secretario del Consejo de la CNMC (2013-2021).

Diego Castro-Villacañas Pérez. Vocal Asesor en la Subdirección de Cárteles y Clemencia de la CNMC.

Leticia Pérez Sosa. Subdirectora adjunta de la Asesoría Jurídica de la CNMC.

Jordi Garzón Rayo. Jefe de Área en la Asesoría Jurídica de la CNMC.

Abel Estoa Pérez. Jefe de Área en la Asesoría Jurídica de la CNMC.

Araceli Gutiérrez Pérez. Técnica en la Asesoría Jurídica de la CNMC.

María Cabezas Ruiz. Asesoría Jurídica de la CNMC (2013-2021).

María Ángeles Rodríguez Paraja. Vicesecretaria del Consejo de la CNMC.

[1] San José, M. A., & Sosa, L. P. (2011). La experiencia en la aplicación privada desde la aprobación de la Ley de Defensa de la competencia. *Anuario de la competencia*, (1), 193-222. https://anuariocompetencia.cnmc.es/s/anuario/item/1881

[2] San José, M. A. (2017). Las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones de cártel como elemento dinamizador del Programa de Clemencia. *Anuario de la Competencia*, (1), 189-214. https://anuariocompetencia.cnmc.es/s/anuario/item/2011

[3] Opiniones personales, no necesariamente coincidentes con las de la CNMC.

María Álvarez San José contribuyó con su trabajo, no solo a la consolidación de instituciones públicas con lucidez y enorme generosidad, sino también a la identificación de puntos críticos y al desarrollo doctrinal en varios ámbitos relacionados con el derecho mercantil y el derecho de la competencia.

Uno de los campos en los que destacó particularmente fue en el estudio de las acciones de daños derivadas de los ilícitos de competencia, donde destacan los dos artículos arriba citados.

Estos dos artículos marcan dos tiempos diferenciados en relación con el estudio de las acciones de daños, génesis y consolidación de la materia. En el primero de ellos, en un contexto en el que la Directiva[4] no asomaba sino en forma de Libro Blanco[5] y con debates significativamente abiertos y en algunos casos enconados, la autora dibuja un primer mapa de la interacción entre aplicación pública y privada en el que asienta la mayor parte de los aspectos que se revelarán como críticos para la consolidación del sistema general de *enforcement*. En particular, a modo de diagnóstico, identifica carencias internas de orden procesal (dificultades de acceso a pruebas o para el ejercicio de acciones colectivas), problemas asociados a los métodos de cuantificación de los daños, así como el carácter todavía residual de la producción de resoluciones aptas para el ejercicio de acciones *follow on* y el escaso nivel de información y conocimiento por los afectados (ciudadanos, empresas, administraciones) de la opción de reclamar daños judicialmente.

Destaca, en particular, su análisis en época temprana de la *passing on defense*. La autora describe con detalle, tomando cuenta de jurisprudencia específica y no consolidada, las dificultades asociadas a esta figura apenas tratada en 2011. La forma de anticipar este debate, junto con los tres pilares clave que debían conducir a la consolidación del sistema (acceso a prueba, informes sobre cuantificación de daños y acciones colectivas), sitúan a la autora como pionera.

Prueba del carácter temprano de la valoración y conclusiones de 2011 es el crecimiento experimentado y la fotografía actual de la materia. La autora identifica en su análisis 126 sentencias recaídas en materia de daños *antitrust* hasta entonces, la mayor parte de ellas en el ámbito de la distribución minorista de carburantes. Las cifras han crecido exponencialmente como demuestran las últimas publicaciones en la materia. En una reciente publicación de 2025, se identifican más de 7.000 sentencias de instancia, 5.000 en apelación y 30 dictadas por el Tribunal Supremo, la mayor parte de ellas, eso sí, en relación con el cártel de los camiones[6]. También en su estudio anual "Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed

[4] La Directiva no vería la luz hasta 2014: Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

[5] Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (DOUE 6.5.2010).

[6] Véanse las siguientes publicaciones de Francisco MARCOS en "Almacén de Derecho": "De 5000 sentencias de apelación al 5%" (7 de abril de 2025) disponible en https://almacendederecho.org/de-5-000-sentencias-de-apelacion-al-5 y, previamente, "Estadísticas sobre acciones de daños causados por el cártel de fabricantes de camiones" (14 de junio de 2021), que puede consultarse en https://almacendederecho.org/estadisticas-sobre-acciones-de-danos-causados-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones.

cartel overcharges", la revista "Concurrences" ha destacado en varias ocasiones el enorme trabajo de los tribunales españoles en materia de daños, tanto en el número total de sentencias dictadas, como en su peso ponderado, identificando como un único caso todas las sentencias relacionadas con una única decisión administrativa (sea esta la decisión comunitaria relativa al cártel de camiones o el expediente nacional S/0482/13 Fabricantes automóviles)[7].

Al margen del fenómeno cuantitativo, que denota conocimiento y presencia real de este tipo de acciones en la esfera de los afectados, así como en juzgados y tribunales, se aprecia una intensidad cualitativa del debate, con recurrentes jornadas y publicaciones académicas y numerosas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, varias de ellas por parte de juzgados y tribunales españoles[8]. En este sentido, también cabría hacer referencia a recientes Sentencias del Tribunal Supremo en las que se resuelven aspectos de relevancia como pueden ser los plazos de prescripción de las acciones por daños o la suficiencia probatoria para la cuantificación de los daños[9].

De los tres ítems identificados por la autora en 2011 en sus *perspectivas de evolución* sobre la materia, dos de ellos, el acceso a las fuentes de prueba y los métodos de cuantificación de los daños, aunque siguen suscitando controversia, han evolucionado significativamente. El tercero, la (falta de) regulación de las acciones colectivas, parece mantenerse casi estático sobre la situación existente hace 15 años[10].

En definitiva, transcurridos 15 años desde la publicación de este primer artículo, la llamada al rol dinamizador de estas acciones civiles, no solo como vía de compensación, sino como mecanismo complementario a la función de disuasión del *enforcement* público, sí parece haberse producido.

Ya con la Directiva aprobada y al tiempo de su efectiva trasposición al ordenamiento jurídico interno[11], el segundo artículo combina el análisis y la interacción entre acciones de daños y clemencia, intentando cifrar con la mayor precisión posible la verdadera incidencia que, tras la aprobación de la Directiva, estaban llamadas a tener las demandas de daños por infracciones de cártel en el programa de clemencia. Para ello la autora, ofrecía un análisis detallado de los trabajos preparatorios de la Comisión y de las opiniones vertidas desde la academia y las autoridades de competencia sobre cómo estas demandas podían afectar a los incentivos de las empresas para acogerse a dicho programa, considerado un elemento clave para la detección de cárteles secretos.

---

[7] Laborde, J-F. (2025): "Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges (2025 ed.)", *Concurrences* n.° 7-2025. (https://www.concurrences.com/IMG/pdf/7-2025_legal_practice_laborde-v4.pdf?141435/a7a16f9d07b6df1532c8a1e11e6ecd4062841a27852bad97299eb3a3c0d2aec4).

[8] C-30/20, C-267/20, C-312/21, entre otras.

[9] STS n.º 889/2025, de 5/6/25, *PSOE v. Tompla*, ES:TS:2025:2621 y STS n.º 971/25 de 17/6/25, *ING Direct v. Tompla*, ES:TS:2025:2857.

[10] Destaca, no obstante, el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de marzo de 2025).

[11] Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, con modificaciones, tanto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Aunque consciente de las posibles dificultades que trazaba el nuevo marco normativo, la autora se mostraba moderadamente optimista, al considerar que la regulación prevista en la Directiva y en la normativa nacional derivada ofrecía una protección reforzada de las declaraciones de clemencia (excluidas de exhibición en procedimientos judiciales) e introducía una exención de responsabilidad conjunta y solidaria para el beneficiario de la exención. Por ello, concluía que, si bien todos los infractores de la normativa de competencia quedaban en peor posición, dado el previsible incremento de las acciones de indemnización de daños, el beneficiario de la exención estaba sustancialmente en mejor posición que el resto de infractores.

El paso de los años nos permite destacar también la acertada intuición de la autora respecto a determinadas cuestiones que comenzaban a atisbarse en el momento de la redacción del artículo. Así, su valoración sobre las acciones de resarcimiento vinculadas al llamado «cártel de camiones», destacando que, tanto por su número como por importancia, iban a suponer un verdadero punto de inflexión en esta materia. O la atención que ya entonces dedicó a la creciente implantación de los programas de *compliance* en el ámbito empresarial o la introducción de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia en la normativa de contratación pública y la interacción de ambas regulaciones con el programa de clemencia. Como en otras ocasiones, la autora destacaba siempre por resaltar tempranamente los temas que ocuparían en el futuro el centro del debate.

Al margen de este concreto contexto, el artículo aborda una cuestión compleja, muy necesaria en el análisis o *evaluación coral* de instituciones jurídicas y de los incentivos o frenos en un entorno regulatorio complejo: cómo la interacción entre instrumentos a priori complementarios puede producir reacciones adversas, así como la necesidad de conciliar para lograr el objetivo común que subyace en ellas. Lo que podría identificarse como el análisis crítico y la búsqueda de *mecanismos de armonización regulatoria*. La CNMC no ha sido ajena a la evolución que sobre esta materia se ha producido desde el año 2011. Así, (i) han proliferado las resoluciones que han dado lugar a acciones para reclamar daños[12]; (ii) se ha internalizado la opción de los daños, como vector de disuasión complementaria con potencial impacto en el detalle o en el alcance de las resoluciones sancionadoras; y (iii) se ha aprobado la *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia*[13]. Además, la CNMC ha iniciado una consulta pública sobre las reclamaciones de daños por parte del sector público[14].

En definitiva, María Álvarez San José contribuyó de forma lúcida a cartografiar un terreno que hoy se revela, no solo como conceptualmente elaborado, sino también útil para alcanzar el objetivo perseguido por las instituciones reguladoras del buen funcionamiento de los mercados.

Por último, los autores agradecen esta iniciativa editorial que ha permitido volver a poner en valor los artículos elaborados por la autora, a través de los cuales se aprecia su profundo y sólido conocimiento jurídico y permanente curiosidad intelectual que le llevó a analizar cuestiones relevantes y relacionadas con el Derecho de la Competencia.

---

[12] Cabe citar las dictadas en los expedientes siguientes: S/0037/08 COMPAÑÍAS DE SEGURO DECENAL, S/0316/10 SOBRES DE PAPEL, S/0425/12 INDUSTRIAS LÁCTEAS, S/0482/13 FABRICANTES DE AUTOMÓVILES, S/DC/0504/14 AIO.

[13] G-2020/03, aprobada el 11 de julio de 2023. Guía de cuantificación de daños | CNMC.

[14] https://www.cnmc.es/webform/consulta-publica-retos-y-oportunidades-del-sector-publico-reclamaciones-danos.

Reseña del artículo

"La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia"[1] (2016) de la Doctora María Álvarez San José

Autores[2]:

María Luisa Tierno Centella. Directora de Competencia de la CNMC (2021-2024).

Isabel López Gálvez. Subdirectora de Cárteles y Clemencia de la CNMC (2013-2024).

Sergio Sinovas Caballero. Subdirector de Industria y Energía de la CNMC.

Yara Suárez Barrientos. Subdirectora de Servicios de la CNMC.

[1] San José, M. A. (2016). La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia. *Anuario de la competencia*, (1), 441-475. https://anuariocompetencia.cnmc.es/s/anuario/item/2005

[2] Opiniones personales, no necesariamente coincidentes con las de la CNMC.

Nueve años después de la publicación de este artículo por María Álvarez San José sobre la transacción como forma de finalización de los procedimientos sancionadores en la normativa de la competencia, la conclusión a la que llegaba la autora se mantiene vigente prácticamente en su totalidad, lo que atestigua su rigor técnico y excelente análisis jurídico. Desde entonces las modificaciones legales para introducir la transacción en el ordenamiento jurídico español (o "*settlement*", como es más conocido) han sido proyectadas, pero siguen sin materializarse.

La autora ofrecía datos relativos a la terminación convencional, que pone fin al procedimiento sancionador -salvo los supuestos de cártel-, sin la expresa declaración de infracción y sin imposición de multa. En estos últimos nueve años la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha dictado catorce (14) Resoluciones de terminación convencional[3] y en trece (13) ocasiones se ha denegado la apertura de este procedimiento de finalización. En el marco de estos 27 expedientes sancionadores la CNMC ha valorado esta forma de finalización del expediente sancionador, demostrando con ello su predisposición a transaccionar, cuando se dan las condiciones necesarias.

El objeto del artículo versaba principalmente sobre la aplicación de la transacción en la normativa de la competencia, que se reserva mayoritariamente para las conductas tipificadas como cártel, con declaración de responsabilidad e imposición de multa rebajada, tomando como referencia el *settlement* introducido por el Derecho comunitario a través del Reglamento 662/2008, de 30 de junio, y la correspondiente Comunicación de la Comisión de 2 de julio, tras el éxito de la implantación del Programa de Clemencia un año y medio antes.

El artículo seguía con el estudio de diversos modos de terminación de procedimiento sancionador ya existentes en otros ámbitos del derecho administrativo sancionador y del derecho penal españoles, así como con algunos supuestos singulares en materia de competencia a nivel autonómico. A día de hoy, el Consejo de la CNMC ha finalizado hasta nueve (9) procedimientos sancionadores incoados específicamente en virtud de La ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, aplicando las reducciones previstas en su artículo 85 por reconocimiento de la infracción y pronto pago[4].

---

[3] Véase Resoluciones de 14/09/2021(S/0006/20 MAQUINARIA GARRIDO); de 13/12/2023 (S/0021/21 SUBASTAS DE ECOEMBES); de 08/02/2023 S/0030/20 DKV COBERTURAS AUTÓNOMOS); de 02/11/2021 (S/0034/19 EURO 6000); de 30/11/2022 (S/0049/19 ISDIN); de 11/10/2018 (S/0630/18 AGIC GNSUR); de 06/02/2020 (S/0631/18 ADIDAS ESPAÑA); de 10/03/2016 S/DC/0510/14 FOOD SERVICE PROJECT); de 12/01/2016 S/DC/0522/14 THYSSENKRUPP); de 29/06/2017 (S/DC/0548/15 SCHWEPPES); de 13/07/2017 S/DC/0567/15 ESTUDIOS DE MERCADO INDUSTRIA FARMACÉUTICA); de 09/02/2021 S/DC/0573/16 SERVICIOS ODONTOLÓGICOS); de 07/02/2018 (S/DC/0604/17 MEDIAPRO FÚTBOL) y de 23/02/2021 (S/DC/0605/17 AMARRES PUERTO DE ALGECIRAS).

[4] Véase Resoluciones de 28 de noviembre de 2019 (Expte SNC/DC/093/19 GRUPO NUFRI); de 20 de julio de 2021 (Expte SNC/DC/048/21DGTF/PARPÚBLICA/TAP); de 11 de abril de 2022 (Expte SNC/DC/112/21 LUXIDA SANTA CLARA), de 20 de marzo de 2024 (Expte SNC/DC/083/23 Naviera Armas/Transmediterranea; de 1 de abril de 2024 (Expte SNC/DC/077/23 KKR GENERALIFE); de 29 de mayo de 2024 (Expte SNC/DC/82/23 GENERALIFE/GINEMED); de 23 de octubre de 2024 (Expte SNC/DC/057/24 MARCIAL CHACÓN E HIJOS); de 19 de marzo de 2025 (Expte SNC/DC/010/25 HERMANDAD FARMACÉUTICA DEL MEDITERRANEO; de 10 de abril de 2025 (Expte SNC/DC/011/25 MEMORA SERVICIOS FUNERARIOS) y de 30 de julio de 2025 (Expte SNC/DC/090/25 HM HOSPITAL SANTISIMA TRINIDAD).

Los beneficios y riesgos que exponía la autora respecto de una posible introducción de la transacción en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), llevaban a decantarse por la introducción de esta figura, teniendo en cuenta la eficacia ya demostrada en otras jurisdicciones[5], tanto en la gestión de los tiempos de instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores por las Autoridades de Competencia, como por la reducción o eliminación de contenciosos judiciales posteriores. Así se confirma, por ejemplo, en la actualización de la aplicación de este instrumento por la Comisión Europea.

El procedimiento de transacción de la Comisión Europea ha sido un éxito rotundo más allá de las expectativas originales, siendo muy común que las partes lo soliciten. La autora ya hacía referencia al atractivo de esta figura legal, manteniendo prudencia respecto a los casos más idóneos para su aplicación. Ahora sabemos que, ni la posible novedad de las infracciones (como en el primer asunto de acuerdos para no contratar a los empleados de los competidores), ni el hecho de no haber obtenido una reducción por la transacción (como en el caso de las empresas exentas de multa por vía de la clemencia), ni el no haber colaborado previamente en el marco de la comunicación de clemencia, han sido óbice para finalizar esos expedientes por medio de la transacción, como la mayoría de los asuntos de cártel.

Desde las primeras decisiones de 2010 hasta este momento (28 de julio de 2025), las estadísticas publicadas por la Comisión Europea muestran que 44 cárteles han sido resueltos por medio de la transacción[6], frente a los 33 instruidos por el procedimiento ordinario. Es importante añadir que, de esos 33, 22 asuntos se resolvieron plenamente por esa vía ordinaria, mientras que 11 correspondieron a decisiones frente a las partes que optaron por no transigir, dando lugar a los llamados procedimientos híbridos.

La autora ya fue capaz de vislumbrar las dificultades de los procedimientos híbridos haciendo referencia a la primera sentencia del Tribunal General, en el cártel de los Fosfatos para la Alimentación Animal, confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con el tiempo, de los 11 asuntos híbridos comunitarios, 2 han sido resueltos por el modelo paralelo[7] y 9 por el modelo escalonado[8].

También apuntó la autora certeramente que las decisiones de transacción comunitarias serían raramente impugnadas, pero que podrían serlo, como se constató en el cártel de los Sobres, captando la razón por la que el legislador comunitario no podía imponer, para transigir, la

[5] En el momento de publicarse el artículo hace 9 años, también se valoraron los rasgos característicos de los procedimientos de transacción en los Estados miembros de la Unión Europea, que han incorporado un procedimiento de settlement para expedientes sancionadores derivados de infracciones de competencia (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Portugal, Reino Unido y Grecia).

[6] Una cifra que subestima su número, porque a veces agrupa varias decisiones con sendos cárteles, como sucede con los 3 cárteles en FOREX spot.

[7] Fosfatos para la Alimentación Animal y el tercer cártel en FOREX spot, conocido como Sterling Lads, cuya decisión ordinaria acaba de confirmar también el Tribunal General

[8] Se conoce como "paralelo" el procedimiento en el que los pliegos de cargos y las decisiones respectivas (de transacción y ordinarios) se adoptan simultáneamente, para no adelantar la transacción (por su propio diseño, eso reduce el tiempo de exposición relativo a reclamaciones de daños y perjuicios para las empresas que transigen y permite oír a todas las empresas en sus respectivos procedimientos antes de las decisiones). Se conoce como "escalonado" el procedimiento en el que una decisión no espera a la otra.

renuncia al derecho a recurso, recogido en los Tratados. Aunque nos ilustró sobre las jurisdicciones en las que las partes debían comprometerse a no recurrir, o solo tenían abiertos ciertos argumentos de recurso, ella apuntaba a la dificultad de implantar eso en España, por el rango constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la introducción de esta herramienta en el ordenamiento jurídico nacional, han sido varias las ocasiones en las que se ha propuesto una modificación de la LDC para introducir esta figura, estando actualmente en la Mesa de la Comisión de Economía, Comercio y Transformación Digital del Congreso de los Diputados la propuesta de modificación de la LDC para la introducción de un nuevo artículo 50 bis, regulando el procedimiento de transacción.

La redacción de este borrador normativo se ajusta a las necesidades del ordenamiento jurídico español en el que se insertaría, siendo conscientes, como apuntaba la autora, de su interés para disminuir la litigiosidad, adelantar la firmeza de las resoluciones y reducir la incertidumbre en la revisión jurisdiccional (objetivos que comparte con el procedimiento comunitario). En cambio, no pretende reducir el acceso al expediente para ganar eficiencia, dado que éste es temprano, informatizado y reiterado en el procedimiento español. Tampoco busca reducir la duración de un procedimiento sancionador que, como ella recordaba, se caracteriza por la comparativa brevedad de sus plazos. En este sentido y para no perjudicar la celeridad, el borrador incentiva las solicitudes tempranas de transacción, previendo una reducción del 15% para las transacciones solicitadas antes de la notificación del pliego de concreción de hechos, frente al 10% para las solicitadas después, y siempre antes del cierre de la instrucción.

Por último, los autores agradecen esta iniciativa editorial que ha permitido volver a poner en valor los artículos elaborados por la autora, a través de los cuales se aprecia su profundo y sólido conocimiento jurídico y permanente curiosidad intelectual que le llevó a analizar cuestiones relevantes y relacionadas con el Derecho de la Competencia.

Reseña del artículo

"El riesgo de insolvencia como factor reductor de las multas impuestas por conductas anticompetitivas (inability to pay)"[1] (2014) de la Doctora María Álvarez San José

Autores[2]**:**

Susana Campuzano Fernández. Directora de Competencia de la CNMC.

Oswaldo García-Hernán Ordóñez. Vocal Asesor en la Dirección de Competencia, CNMC (2013-2020)

Julia García-Royo Díaz. Vocal Asesora en la Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos Normativos de la CNMC.

Marta García Álvarez. Jefa de Área en la Subdirección de Vigilancia.

Pedro Hinojo González. Subdirector de Estudios e Informes de la CNMC.

Teresa Kuchkovsky Jiménez. Vocal Asesora en el Gabinete de Presidencia de la CNMC.

Alberto Rodríguez Raposo. Vocal Asesor en la Subdirección de Sociedad de la Información de la CNMC.

Francisco de Paula Roig Guerrero. Instructor Jefe de la Subdirección de Sociedad de la Información de la CNMC.

[1] San José, M. A. (2014). El riesgo de insolvencia como factor reductor de las multas impuestas por conductas anticompetitivas (inability to pay). *Anuario de la competencia*, (1), 249-274. https://anuariocompetencia.cnmc.es/s/anuario/item/1932

[2] Opiniones personales, no necesariamente coincidentes con las de la CNMC. Agradecemos las aportaciones de Carmen Cerdá Martínez-Pujalte y Marcos Rambal de Orueta y también la inspiración intelectual, profesional y personal recibida de la propia María Álvarez San José durante el tiempo compartido.

María Álvarez San José analiza en este artículo la figura de la "incapacidad contributiva" ("*inability to pay*", ITP) que una empresa en dificultades económicas podría alegar para beneficiarse de una reducción en la multa impuesta por una infracción de la normativa de competencia. Tras analizar la experiencia comparada en varias jurisdicciones, se constata una aplicación prudente y restrictiva de la ITP. Se señala que el marco español no contempla la ITP como criterio para la cuantificación del importe de las multas.

El artículo concluye recomendando cautela respecto a la adopción de estas previsiones de ITP, habida cuenta de que conlleva riesgos no desdeñables (de trato discriminatorio, reducción de la disuasión, favorecimiento de compañías ineficientes e incentivo a comportamientos estratégicos) y costes (de comprobación de información por parte de la Autoridad). El artículo considera preferibles otras vías (como la posibilidad de un aplazamiento total o parcial del pago o los límites máximos del importe de las multas referidos al volumen de negocios recogidos en la LDC) para abordar situaciones de ITP.

El artículo data de 2014 y se considera que las conclusiones alcanzadas siguen siendo de plena vigencia.

En primer lugar, porque han seguido dictándose sentencias del Tribunal General de la UE que confirman el carácter restrictivo de su aplicación en línea con lo señalado en el artículo, al exigir una carga probatoria elevada sobre la concurrencia de los requisitos para que la alegación de ITP prospere. Además, el Tribunal ha subrayado la obligación de la CE de motivar suficientemente sus decisiones en este ámbito (en este sentido, destacan las sentencias de 15 de julio de 2015, en el asunto T-393/10, *WD v. Comisión*, y de 7 de diciembre de 2022, en el asunto T-130/21, *CPPL v. Comisión)*. Es posible que, al igual que la crisis financiera fuese argüida a principios de la década pasada, el impacto del COVID a principios de esta década revitalizase en cierta medida el debate[3].

En segundo lugar, porque cabe actualizar la situación en España, aunque no haya grandes cambios respecto al tiempo del artículo: la LDC y las Indicaciones de determinación de multas de 2018[4] no contemplan de forma expresa la situación financiera de la empresa como circunstancia atenuante a la hora de determinar el importe de la sanción. En este sentido, tanto la autoridad de competencia[5] como los tribunales[6] han inadmitido estos argumentos si han

[3] Un Tribunal de Países Bajos rechazó la aplicación de la doctrina de la ITP ante la falta de nexo causal que exige la misma: no era la multa la que ponía en peligro la viabilidad de la empresa sino un factor exógeno y posterior a la infracción (crisis de la COVID-19). https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/acm-fine-lowered-with-99-due-to-covid-19/?utm_source=chatgpt.com

[4] Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones en materia de defensa de la competencia https://www.cnmc.es/file/186648/download

[5] En la Resolución de 23 de julio de 2015 en el expediente S/0482/13 Fabricantes de automóviles, se indica que, en contextos de crisis económica, es preciso garantizar una aplicación de las normas de competencia igualmente escrupulosa, puesto que los riesgos de comportamientos anticompetitivos en fases recesivas a menudo se acentúan, y sus efectos sobre los consumidores y los mercados son más perjudiciales, especialmente sobre los ciudadanos más desfavorecidos.

[6] Véase la Sentencia de 21 de junio de 2021 de la Audiencia Nacional en la que desestima el recurso de la empresa MUDANZAS LA TOLEDANA, S.L. contra la resolución de 6 de septiembre de 2016 de la CNMC (S/DC/0544/2014, mudanzas internacionales) en la que se rechaza la doctrina "inability to pay" alegada por la recurrente.

sido esgrimidos por las empresas. Sí cabe señalar que las nuevas Indicaciones de determinación de multas otorgan un papel más relevante al volumen de negocios total (VNT) que la Comunicación de multas de 2009, de modo que el VNT ha pasado a ser un límite de partida de la multa y no un elemento moderador de la misma. Por tanto, esta nueva metodología tiene más en cuenta la situación de la empresa en el año anterior al de la imposición de la sanción.

En cualquier caso, como ya apuntaba la autora, se mantienen mecanismos posteriores a la Resolución sancionadora, como la posibilidad del pago aplazado. A diferencia de lo que ocurría al tiempo del artículo comentado, ahora el papel de la Autoridad de competencia se limita al seguimiento del pago, con los aplazamientos acordados con la AEAT en base a la normativa tributaria[7].

En definitiva, se mantienen los factores que desaconsejan considerar la ITP para modular sanciones, en un enfoque confirmado por el legislador, los tribunales y la Autoridad de competencia. El elemento disuasorio no debe relajarse sino al contrario, como muestran los desarrollos que se han producido tras el artículo.

En este sentido destaca[8] la posibilidad de la reclamación privada de daños por ilícitos de competencia (cuya relevancia ya anticipaba la autora en su artículo), cuya aplicación en España prevé (en el artículo 73 de la LDC) una exención de las obligaciones derivadas de la responsabilidad solidaria en el resarcimiento de los daños para las pequeñas empresas cuya cuota de mercado fuera inferior al 5% si ello mermara irremediablemente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos.

En conclusión, el artículo mantiene su vigencia por la perenne relevancia de la disyuntiva (que el propio artículo señala) que puede aparecer entre asegurar el factor disuasorio y que la multa no resulte en el abandono de la actividad empresarial. Sin embargo, el devenir de los acontecimientos ha refrendado la conclusión de la autora sobre la cautela a la hora de considerar la ITP en la fijación de sanciones por infracción de las normas de competencia.

Por último, los autores agradecen esta iniciativa editorial que ha permitido volver a poner en valor los artículos elaborados por la autora, a través de los cuales se aprecia su profundo y sólido conocimiento jurídico y permanente curiosidad intelectual que le llevó a analizar cuestiones relevantes y relacionadas con el Derecho de la Competencia.

---

[7] En relación con el riesgo de que las empresas utilicen las presuntas dificultades financieras para eludir el pago de las multas, también destaca que una de las acciones estratégicas que se recogió en el Plan de actuación de la CNMC 2021-2022 era la detección de concursos o sucesiones empresariales irregulares que puedan tener lugar para evadir la multa, así como desvíos sustanciales entre la facturación aportada a la CNMC y la recogida en las cuentas

[8] Desde el artículo de María Álvarez San José otras novedades en el ámbito disuasorio por infracciones de competencia han sido la posibilidad de establecer la prohibición de contratar (introducida en la Disposición final 9ª de la Ley 40/2015 regulada en el artículo 71.1b) de la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de contratos del sector público) y las multas a representantes legales o directivos (aunque esta posibilidad sí estaba contemplada en la redacción de la LDC vigente en el momento de elaboración del artículo de María Álvarez San José, había sido poco utilizada y se revitalizó tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso nº 2872/2013).