



Plataformas digitales audiovisuales y derecho de la competencia

Ana María Vaduva

Asesora jurídica

vaduva71@yahoo.es | <https://orcid.org/0000-0002-0957-3054>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñoz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

Extracto

Uno de los fenómenos que ha tenido mayor trascendencia en las últimas décadas es sin duda el de las plataformas digitales, especialmente las propias del ámbito audiovisual o *streaming*. El auge que están experimentando genera un amplio abanico de interrogantes e implicaciones en la esfera social, económica y, sobre todo, normativa. En consecuencia, los diversos legisladores nacionales y comunitarios han tratado, no ya de adaptarse a los cambios implícitos de tales avances tecnológicos, sino incluso adelantarse a los mismos. El resultado de sus esfuerzos se materializa a través de la *Digital Services Act* y la *Digital Markets Act* bajo la forma de reglamento comunitario, con las implicaciones que ello comporta para los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, tal y como se ha señalado anteriormente, las proyecciones que desencadena el sector de las plataformas digitales audiovisuales no se restringen únicamente al ámbito normativo, sino también al económico y social. Por consiguiente, se hace necesario analizar las conductas (anti)competitivas de los agentes tecnológicos audiovisuales para observar.

Palabras clave: plataformas digitales; DSA; DMA; derecho de la competencia.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Como citar: Vaduva, A. M.^a (2022). Plataformas digitales audiovisuales y derecho de la competencia. *Revista CEFLegal*, 264, 5-38.



Digital audiovisual platforms and competition law

Ana María Vaduva

Abstract

One of the most important phenomena in recent decades has undoubtedly been that of digital platforms, especially those in the audiovisual or streaming sphere. The boom they are experiencing generates a wide range of questions and implications in the social, economic and, above all, regulatory spheres. As a result, the various national and EU legislators have tried not only to adapt to the changes implicit in these technological advances, but even to anticipate them. The result of their efforts is embodied in the Digital Services Act and the Digital Markets Act in the form of a Community regulation, with the implications that this entails for the member States of the European Union. However, as mentioned above, the projections triggered by the digital audiovisual platforms sector are not only restricted to the regulatory sphere, but also to the economic and social sphere. It is therefore necessary to analyse the (anti)competitive behaviour of audiovisual technology players in order to observe the consequent beneficial or detrimental effects for the consumer and user.

Keywords: digital platforms; DSA; DMA; competition law.

Citación: Vaduva, A. M.^a (2022). Plataformas digitales audiovisuales y derecho de la competencia. *Revista CEFLegal*, 264, 5-38.



Sumario

1. Introducción
 2. Las nuevas plataformas digitales
 - 2.1. Concepto
 - 2.2. Características
 - 2.3. Clasificación
 3. El derecho aplicable al ecosistema digital
 - 3.1. Evolución del marco legal comunitario de las plataformas digitales
 - 3.2. Estado de la cuestión a nivel nacional
 4. Plataformas digitales y derecho de la competencia
 - 4.1. Aplicación del derecho de la competencia a las plataformas digitales
 - 4.1.1. El *boom* de las plataformas audiovisuales: ebullición vs. concentración
 - 4.1.2. ¿Competir vs. cooperar?
 - 4.1.2.1. Cooperar
 - 4.1.2.2. Competir
 - 4.1.3. Efectos de red, ¿*The winner takes it all?*
 - 4.2. *Data protection* / *Big data*: la última frontera
 - 4.2.1. El uso abusivo de los datos personales: ¿un problema antitrust o de privacidad?
 - 4.2.2. Las plataformas audiovisuales y la protección de los datos personales
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El grado de desarrollo y la consiguiente implantación de la digitalización y tecnologización de la sociedad es tal que, a día de hoy, es prácticamente una afirmación (no ya una mera especulación) señalar que vivimos en una doble dimensión: una física o material y otra digital.

Es una dimensión, la digital, que, a diferencia de la realidad material, no conoce de fronteras. Ello dificulta sobremanera el control del cumplimiento normativo por parte de los legisladores. El tamaño y la omnipresencia de las plataformas digitales representan de la mejor manera la idea de una aldea multifacética e hiperconectada entre personas y empresas de todas partes del mundo, con intereses comunes o contrapuestos, pero dispuestos a relacionarse entre sí. Más aún en la actualidad, en un mundo acechado por los inagotables latigazos causados por la covid-19 y sus consecuentes implicaciones.

Todo ello, sin embargo, se sustenta sobre la base de los datos, de algoritmos y, sobre todo, de derechos y obligaciones, tanto los propios de las personas físicas como los de las personas jurídicas.

El presente trabajo se estructura en tres grandes bloques: el primero de ello se dedica al análisis de las plataformas digitales. Para situar al lector, se comienza con el estudio del concepto mismo de plataformas digitales, aunque reconducido al sector audiovisual para, posteriormente, señalar brevemente sus características más reseñables. A continuación, se hace necesaria una sucinta clasificación con el fin de mostrar al lector la gran variedad de las mismas. El segundo bloque se destina a un sucinto estudio del marco normativo aplicable al enorme ecosistema digital en el que se aprecia el interés y los esfuerzos reales de los órganos comunitarios por regular la materia. En este mismo bloque se incluye una tímida alusión al marco nacional, aunque su timidez obedece al hecho de que España forma parte de la Unión Europea y, por consiguiente, su marco normativo tecnológico-audiovisual *grosso modo* discurre en la misma línea que el comunitario. Finalmente, el tercer gran bloque conjuga las plataformas digitales (audiovisuales) con el derecho de la competencia. Se trata de un apartado que aborda, por un lado, la aplicación del referido derecho a las plataformas mismas y, por otro lado, una breve aunque importante alusión a la protección de los datos.

2. Las nuevas plataformas digitales

2.1. Concepto

Las plataformas no son ni mucho menos un fenómeno novedoso, pues existían antes que la era *pre-internet*, mucho antes que la denominada *era digital* y, por tanto, antes que el *boom*

experimentado por Facebook¹, Twitter², Amazon³ o Netflix⁴. Se trata de un concepto, el de «plataforma», acuñado en la Francia del siglo XVI, designado para hacer referencia al *plano de la tierra sobre el que se pueden constituir diversas estructuras* (Canals y Hülskamp, 2020). A partir de esta noción básica, han sido muchos los autores que han emitido definiciones varias, sin duda influidas por el interés y sector al que pertenece cada uno⁵. No obstante, de todas ellas extraemos un común denominador pues, *grosso modo*, las plataformas «son entidades (y, por tanto, sujetos) y espacios que conectan individuos y organizaciones para perseguir un propósito común o para compartir un recurso común» (Canals y Hülskamp, 2020).

Partiendo de esta concepción, podemos afirmar que los mercados medievales se configuraban como auténticas plataformas en la medida en que eran espacios predispuestos para servir al intercambio de bienes, derechos e intereses entre compradores y vendedores. Del mismo modo, las clásicas revistas científicas en formato papel eran (y lo siguen siendo) plataformas por disponer un espacio de encuentro, divulgación y competición entre investigadores, e investigadores y lectores.

Sin embargo, el elemento que añade un especial valor al concepto de plataforma es su carácter digital⁶. Las implicaciones que proyectan estas plataformas han promovido, tal y como se mostrará más adelante, la toma de la iniciativa del legislador comunitario de crear una serie de cuerpos normativos que se adapten a la situación presente e inminente. Para ello, comienza por concebirlas –a través de la propuesta de Ley de servicios digitales–⁷ como «prestadores de servicios de alojamiento de datos que, no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición suya, sino que, además, difunden dicha información al público, de nuevo a petición suya». Claro es que esta es tan solo una primera aceptación básica y genérica, susceptible de ser matizada en función del tipo de plataforma de que se trate.

¹ Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos, 4 de febrero de 2004.

² San Francisco, California, Estados Unidos, 21 de marzo de 2006.

³ Seattle, Washington, Estados Unidos, 5 de julio de 1994.

⁴ Los Gatos, California, Estados Unidos, 29 de agosto de 1997.

⁵ Algunos autores (Hein, 2019) definen las plataformas digitales como «ecosistemas que utilizan agentes autónomos para co-crear valor»; otros (Rochet y Tirole, 2003) las conciben como «mecanismos por los que se asignan precios», o las conciben como (Antonelli y Patrucco, 2006) «redes jerárquicas en las que las interacciones no surgen y evolucionan de manera espontánea, pero en las que los actores clave ejercen un rol rector en el comportamiento de los demás actores».

⁶ En este sentido, el paradigma de la transición de lo clásico a lo digital es el mundo de la prensa en el que, de acuerdo con recientes encuestas publicadas por GAD 3 para la Fundación AXA y el foro Periodismo 2030, el volumen de «lectores digitales» (esto es, de lectores que apuestan por leer revistas y periódicos *online*) es notablemente superior al propio de los lectores tradicionales (véase, prensa en formato papel). Fuente: <https://www.axa.es/documents/1119421/167683685/NP+CYLEO%CC%81N+2.0.pdf/32926f22-65b3-c7c7-defc-fb36371c26db>

⁷ EUR-Lex - 52020PC0825 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

2.2. Características

Los rasgos característicos de las plataformas en línea se derivan de su naturaleza misma, así como de las definiciones señaladas. Es cierto, no obstante, que la Comisión Europea⁸ (2016) ha elaborado un listado de características, entre las que destacan las siguientes:

- *La capacidad de las plataformas digitales de crear y modelar nuevos mercados, así como la capacidad para organizar nuevas formas de participación o efectuar en línea negocios consistentes en la recogida, tratamiento y edición de grandes cantidades de datos.*
- *La capacidad para actuar en mercados plurifacéticos, y es que la propia Comisión es consciente de que las plataformas en línea no se instauran en un sector concreto para restringir sus servicios al mismo, sino más bien «nos llegan con diferentes formas y tamaños, y continúan desarrollándose a un ritmo nunca visto en ningún otro sector de la economía»⁹. De esta forma, las plataformas en línea cubren actualmente un amplio espectro de sectores y actividades, entre los que se hallan los propios de la publicidad, los motores de búsqueda y las redes sociales, los sistemas de pago, los mercados *online* o la difusión de contenido creativo, entre otros muchas¹⁰.*
- *Se benefician de los «efectos en red» (network effects), que se apoyan en la idea de que «el consumo mismo del producto le reporta cierto valor» (Arroyo Barrigüete *et al.* (2005). En este sentido, una plataforma digital será más útil cuanto mayor sea el número de usuarios conectados a ella, pues cuantos más usuarios haya conectados, mayor alcance y amplitud tendrá la comunicación y, por consiguiente, llegará a un mayor número de nuevos usuarios (y será más conocida).*
- *Se apoyan en las TIC¹¹ para llegar al usuario de forma instantánea y sin esfuerzo.*
- *Desempeñan un papel crucial en la creación de valor digital. A través de ese rasgo, la Comisión pone de manifiesto el ingente volumen de datos que se acumulan y almacenan gracias a las plataformas *online*. Serán datos que, claro es, pueden llegar a impulsar «nuevos proyectos empresariales y dependencias estratégicas»¹². Sin embargo, consciente de la importancia y delicadeza que requiere el manejo de esos datos, la propia Comisión emitió una comunicación¹³, a través de la cual*

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 25 de mayo de 2016, COM (2016) 288 final.

⁹ EUR-Lex - 52016DC0288R(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu)

¹⁰ *Ibidem*: EUR-Lex - 52016DC0288R(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu)

¹¹ Tecnologías de la información y la comunicación.

¹² EUR-Lex - 52016DC0288R(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu)

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Hacia una económica de datos próspera» (SWD [2014] 214 final).

propone a las empresas la idea de alcanzar una economía de datos sana y próspera y, a la par, obtener réditos económicos de ello.

Llegados a este punto, cabe señalar que, si bien estos son tan solo algunos rasgos genéricos que se desprenden de cualquier tipo de plataforma digital, todos y cada uno de ellos son generadores de una multiplicidad de efectos que se despliega sobre el mercado, sobre el derecho y, por consiguiente, sobre el consumidor y usuario. Asimismo, tales efectos se podrán acentuar más o menos en función del sector en que se implante la plataforma, así como en función de su configuración misma, pues, a modo de ejemplo, una plataforma digital audiovisual no experimenta tanto la genérica capacidad de «actuar en mercados plurifacéticos» cuanto sí los «efectos en red».

2.3. Clasificación

Habida cuenta del número de plataformas digitales que han proliferado en los últimos años, así como la diversidad de sectores en los que actúan y los modelos de negocios por los que se rigen unas y otras, lo cierto es que no existe una sola clasificación de las mismas, sino más bien se las puede clasificar atendiendo a criterios varios. Con base en unos u otros rasgos, podemos distinguirlas por su grado de digitalización (esto es, plataformas con bits y átomos, aquellas con solo átomos, o las plataformas con solo bits); por su grado de apertura (cuya subdivisión ofrece plataformas abiertas –como Wikipedia– o plataformas cerradas –como Netflix–). Asimismo, por el grado de implicación de los usuarios para con los mecanismos de gobernanza de la plataforma, distinguimos entre las versiones *top-down* (esto es, mecanismos en los que las normas de gobernanza son impuestas por la plataforma misma) o *bottom-up* (es decir, aquellos que permiten a los usuarios elaborar tales normas). De esta forma, surgen las denominadas plataformas «colaborativas»¹⁴ y las «impuestas»¹⁵.

Siguiendo con la clasificación, por su relación con los usuarios, distinguimos entre las plataformas tradicionales (véase, aquellas que actúan como intermediarias entre dos grupos de usuarios, donde la plataforma desempeña una relación puramente transaccional) y las plataformas no tradicionales (siendo estas aquellas que no operan como meras intermediarias, sino más bien como protagonistas. Se trata de plataformas que, por ejemplo, ofrecen su espacio para publicar contenido a cambio de financiación, como son los mercados en línea, o las plataformas colaborativas, como lo es Bla-bla car).

¹⁴ Un ejemplo de plataforma colaborativa lo constituye Wikipedia, pues permite que sus propios usuarios se involucren en el proceso de elaboración del contenido de la plataforma. Por tanto, la plataforma misma ofrece mecanismos y permite a sus usuarios configurar las normas.

¹⁵ En cuanto a las plataformas impuestas, piense el lector en el caso de Uber, como plataforma en la que el usuario puede formular sugerencias, pero *grosso modo*, las normas ya han sido impuestas previamente por la propia plataforma.

3. El derecho aplicable al ecosistema digital

3.1. Evolución del marco legal comunitario de las plataformas digitales

Desde hace años, los múltiples legisladores (nacionales y comunitarios) han tratado de incorporar a sus correspondientes ordenamientos jurídicos las novedades emergentes del mundo tecnológico y digital. Sin embargo, la eclosión de múltiples tecnologías disruptivas digitales¹⁶ ha generado un ecosistema de tecnologías que, combinadas entre sí, han marcado un punto de inflexión, no solo a nivel normativo, sino también económico y social. Se trata de un punto en el que ya no es posible dar continuidad a esa labor adaptativa de la regulación tradicional, por ser una técnica legislativa incapaz de responder a la realidad imperante.

En este sentido, uno de los principales instrumentos normativos que ha permitido adaptar el marco digital durante años (aún sin haber sido concebida para ello) ha sido la Directiva 2000/31 de comercio electrónico en el mercado interior¹⁷, junto con los principios de *equivalencia funcional* y *neutralidad tecnológica* enunciados por Naciones Unidas en su Ley modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico (1996)¹⁸. Sin embargo, la imposibilidad de seguir adaptándola al escenario actual ha promovido la iniciativa del legislador comunitario de elaborar un marco legislativo *ex novo* para los actuales e inminentes avances tecnológicos y digitales. De esta forma, se busca crear un catálogo de normas que no solo responda al reto de las plataformas digitales en general, sino también a los desafíos propios de los sistemas de registro distribuido (*distributed ledger technology*) y el *blockchain* como formas de distribuir información, o el mundo del *internet of things* (IOT) basado en la idea de que las cosas son inteligentes, el *big data* que permite la gestión de ingentes cantidades de datos o incluso la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos que, combinados entre sí, permiten la creación de sistemas autónomos.

¹⁶ Expertas en materia como Rodríguez de las Heras Ballell (2003) señalan que el concepto de «tecnologías disruptivas digitales» lo son por el hecho de que, hasta ahora, el legislador ha sido capaz de ir adaptando su marco normativo gracias a dos principios básicos dictados por Naciones Unidas, esto es, la equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica extraídos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996). Así, el proceder hasta ahora consistía en mantener lo ya vigente, y tratar de adaptarse en la medida de lo posible a las novedades emergentes (apoyándose en los citados principios). El problema surge cuando ese proceso adaptativo ya no responde, pues es un modelo basado en cosas y personas (esto es, en objetivos y sujetos de derecho). Sin embargo, el impuso de elementos tales como, por ejemplo, la inteligencia artificial, ha roto totalmente la barrera entre «cosas» y «personas», dando lugar a conceptos tales como «sistemas autónomos», o incluso a la consideración de que algunos robots sean considerados «personas electrónicas». Texto disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=760894>

¹⁷ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

¹⁸ [Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico \(1996\) con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998 | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional](#)

Estando así las cosas, y a pesar de la complejidad de la tarea, el legislador comunitario lleva años trabajando en la constitución de un marco legislativo novedoso por el que se abandone la vía adaptativa seguida por la citada directiva de comercio electrónico del año 2000, para ofrecer nuevos instrumentos jurídicos acordes al escenario actual¹⁹. Se trata de un amplio elenco de proyectos y propuestas, muchas de ellas ya aprobadas e implantadas, y otras tantas en vía de aprobación.

En este sentido, y puesto que actualmente seguimos inmersos en esta etapa transicional-renovadora, a continuación se hará una breve referencia a las normas y proyectos más reseñables para con las plataformas digitales audiovisuales, por ser estas el objeto de análisis en el presente trabajo.

El bloque normativo comunitario de las plataformas digitales comienza por la Directiva de servicios audiovisuales²⁰ (DSCA) propuesta en 2016²¹ por la Comisión Europea en el marco del Mercado Único Digital. A través de esta, se buscó la actualización de la legislación vigente en aquel momento y la adecuación de sus características a la nueva era digital.

Entre sus múltiples novedades es de reseñar la inclusión, junto a las empresas tradicionales de radiodifusión, de proveedores de vídeos a la carta, servicios de plataformas de distribución de vídeos en línea, la provisión de canales de denuncia o la mejora de los mecanismos tendentes a proteger a los menores de edad, entre otras cuestiones.

Junto a la citada directiva, la Comisión Europea elaboró la denominada Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa²², cuyo principal objetivo era la consecución de «una economía, industria y sociedad europea que aproveche plenamente la nueva era digital»²³.

¹⁹ Entre otros, destacan el Reglamento general de protección de datos; la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores, la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores por la que se prohíbe las prácticas engañosas y agresivas, o la Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, entre otras.

²⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0287&from=EL>

²¹ A pesar del tiempo ofrecido a los Estados miembros para que traspongan la citada directiva a sus correspondientes ordenamientos jurídicos nacionales, España –entre otros Estados miembros– incumplió el plazo que finalizó el 19 de septiembre de 2020, si bien, en noviembre de 2020, se abrió la fase de audiencia pública del Anteproyecto de la Ley general de comunicación audiovisual por la que se reconoce la necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico español a la realidad del mercado en la que han surgido nuevos agentes y servicios audiovisuales impulsados por las tecnologías digitales. Finalmente, el proyecto de trasposición fue aprobado de manera definitiva en diciembre del año 2021. Véase el texto aprobado: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-77-1.PDF

²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (SWD(2015)100 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>

²³ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-single-market/>

El cumplimiento de dicha labor se persiguió de manera paulatina desde el año 2015, introduciendo cambios en el sector audiovisual y de telecomunicaciones, al tratar de buscar equilibrios en materia de derechos de autor por medio de la Directiva 2019/789²⁴; mejorar la protección de los consumidores; la supresión de ciertos obstáculos al comercio electrónico y a la libre circulación de datos no personales; e incluso la aprobación del Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea²⁵, entre otros.

Pero, el compromiso de la Unión Europea para con el reto tecnológico y digital se muestra firmemente a través de dos grandes iniciativas legislativas, que forman parte del proyecto *Shaping Europe's Digital Future*²⁶. A través de ellas, no solo se pretende renovar y adecuar el marco normativo vigente, sino también crear un espacio digital mucho más seguro por el que se protejan los derechos fundamentales de los usuarios. Asimismo, y dada la magnitud del mercado competitivo actual, la nueva normativa establece una serie de «condiciones equitativas para fomentar la innovación, el crecimiento y la competitividad, tanto en el Mercado Único Europeo como a nivel mundial»²⁷.

Con este afán se han elaborado las denominadas *Digital Markets Act*²⁸ (DMA) y *Digital Services Act*²⁹ (DSA). Si bien no es este el espacio y lugar para pormenorizar las implicaciones que trae consigo cada una, sí merece especial consideración mencionar, cuando menos, algunas de sus novedades más reseñables.

Hasta ahora, los mecanismos de control de la competencia consistían en ofrecer una respuesta *ex post*, de forma tal que, habiendo detectado un problema de competencia en el mercado, el derecho de la competencia intervenía para imponer (dado el caso) la correspondiente sanción. Sin embargo, la práctica muestra que es un modelo controlador y sancionador insuficiente para lograr los objetivos marcados por la Unión Europea. Tal es así puesto que la realidad del mercado actual combina las clásicas estructuras empresariales con la configuración de las nuevas empresas completamente digitalizadas. Son precisamente estas últimas las que van ganando cada vez mayor cuota de mercado, y entre las que destacan sobremanera las plataformas digitales.

²⁴ <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00082-00091.pdf>

²⁵ EUR-Lex - 32019R1150 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

²⁶ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_es

²⁷ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>. Debe tenerse en cuenta que, junto a la propuesta inicial reseñada, el pasado 25 de marzo de 2022, la citada DMA quedó aprobada por el Consejo Europeo. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>

²⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>

Consecuencia de esta situación, entre los objetivos de la Unión Europea destaca la búsqueda de una competencia equitativa en la que no se realicen prácticas desleales. Para ello, no basta con asegurar que el mercado digital sea un terreno igual de disputable que el material, sino también que sea un espacio que asegure –en términos legales– que las grandes plataformas instauradas en el mercado no abusen del poder adquirido (o por adquirir) y, por consiguiente, no abusen de la posición que ostentan (o pueden llegar a ostentar). La consecución de tales propósitos se materializa a través de la DMA, en la que, junto a los mecanismos de control *ex post*, se introducen una serie de mecanismos *ex ante*, por los que se establecen un elenco de obligaciones previas dirigidas a las plataformas digitales que cumplen los requisitos y condiciones señaladas al efecto.

A efectos ilustrativos, se introduce la novedosa figura de los *gatekeepers* o «guardianes de acceso»³⁰ del espacio digital, como concepto tendente a designar a las plataformas que presta uno o varios servicios principales³¹ que ofrece el ecosistema digital, siempre que se ajusten a los umbrales cualitativos³² y cuantitativos³³ enunciados en la referida DMA.

Junto a esta, y bajo la misma lógica legislativa, se elabora la ya citada DSA para actualizar el régimen de responsabilidad de las plataformas digitales, y «revisar las normas aplicables a estas y a los proveedores de servicios de información, reformar la supervisión de las prácticas de contenidos de las plataformas de la Unión y examinar las normas *ex ante*»³⁴.

Para dar un efectivo cumplimiento a estos propósitos, en diciembre de 2020 se aprobó la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un mercado

³⁰ Algunos autores estiman que la figura de los «guardianes digitales» ha surgido en el seno de la Unión Europea desde la aparición e impacto de Google en el mercado digital. <https://www.bruegel.org/2021/02/regulating-big-tech-the-digital-markets-act/>

³¹ Véanse los servicios de intermediación en línea, motores de búsqueda en línea; redes sociales; servicios de plataformas de intercambio de vídeos, sistemas operativos, etc.

³² A tenor de la DMA, «los proveedores de servicios de plataformas básicas podrán considerarse guardianes de acceso si: a) tienen un impacto significativo en el mercado interior; b) operan una o más puertas de acceso importantes hacia clientes; c) tiene o puede llegar a tener una posición bastante afianzada y duradera en sus operaciones».

³³ De entre los criterios cuantitativos destacan: a) aquellas empresas que «consigan un volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a los 6.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios, o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la empresa a la que pertenece ascienda como mínimo a los 65.000 millones de euros en el último ejercicio, y siempre que preste un servicio básico de plataforma en, al menos, tres Estados miembros»; b) proporcionar un «servicio básico de plataforma que cuente con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales o situados en la Unión, y más de 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio económico»; c) siempre que los umbrales del punto b se cumplieran en cada uno de los tres últimos ejercicios.

³⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0181_ES.html

único de servicios digitales³⁵ y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE del comercio electrónico³⁶.

Si bien la *Digital Services Act* mantiene principios tradicionales como la *ausencia de responsabilidad por contenidos ilícitos* de los servicios digitales cuando no se tuviere conocimiento de ellos, y el principio de *inexistencia de la obligación de monitorización* para impedir la transmisión de dichos contenidos (Pina Sánchez y Mesa Sánchez, 2020), la nueva regulación propuesta introduce nuevas obligaciones dirigidas tanto a los prestadores de servicios de alojamiento como a las plataformas mismas. Entre el amplio elenco de medidas destacan los mecanismos articulados para luchar contra contenidos ilícitos; medidas de transparencia sobre los algoritmos que emplean las plataformas *online* para realizar recomendaciones a los usuarios; la designación de representantes legales para aquellas empresas sitas fuera del espacio comunitario, pero que prestan servicios en la Unión Europea, o incluso la creación de un coordinador de servicios digitales en cada Estado miembro, etc.

Llegados a este punto, sepa el lector que, junto a la DSA y DMA, hay una multiplicidad de proyectos iniciados por la Comisión Europea con el objeto de posicionar a la Unión como «soberana del mundo digital, un mundo abierto y, sobre todo, interconectado»³⁷. Entre ellos destaca la creación de la denominada Década Digital de Europa como respuesta al llamamiento del Consejo para seguir con una Brújula Digital basada en el proyecto estratégico digital³⁸ de la Comisión. Se trata, en todo caso, de una espiral de objetivos y ambiciones digitales emprendidas por la Unión Europea susceptible de cumplir hasta 2030³⁹.

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=es>

³⁶ En realidad a través de la DSA no se busca la eliminación o suplantación de la Directiva sobre el comercio electrónico del año 2000, pues ha sido (y sigue siendo) una directiva de gran ayuda a la hora de fomentar los servicios digitales. La Comisión ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones que, desde el año 2000 hasta hoy, el mercado digital ha mutado radicalmente. En la misma línea se han manifestado autoras como Carolina Pina Sánchez y Cristina Mesa Sánchez, en relación con la Directiva sobre el comercio electrónico de 2000, al apuntar que poco tiene que ver nuestra sociedad actual con el incipiente mercado digital de finales del pasado siglo. Para hacerse una idea basta pensar que, en el año 2000, fecha de publicación de la directiva, empresas como YouTube, Facebook, Instagram, LinkedIn, Spotify o TikTok ni siquiera existían. (Pina Sánchez y Mesa Sánchez, 2020).

³⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_98382E

³⁸ El proyecto estratégico digital de la Comisión aboga por la transformación digital, dando prioridad al cumplimiento de propósitos tales como la apertura de nuevas oportunidades a las empresas, el fomento del desarrollo de una tecnología confiable, la permisión de una economía vibrante y sostenible, etc. Los pilares sobre los que pivota este plan son tres: invertir en una tecnología que funcione para las personas, lograr una economía digital justa y competitiva y conseguir una sociedad abierta, democrática y sostenible. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_en

³⁹ De entre los objetivos pretendidos, destaca la formación de ciudadanos digitalmente capacitados, pues se espera que hasta 2030 cerca del 80 % de los adultos estén dotados de competencias digitales básicas, la construcción de infraestructuras digitales seguras y eficaces, la digitalización de los servicios públicos, así como de las empresas, donde se pretende que, para 2030, tres de cada cuatro empresas empleen servicios de computación en la nube, *big data* e IA, entre otros.

3.2. Estado de la cuestión a nivel nacional

La ausencia de normativa nacional, propia y específica, hasta este momento ha incentivado a las plataformas digitales a dotarse de sistemas jurídicos cuasi autosuficientes asumiendo, en consecuencia, el papel de «reguladores privados» al dictar sus propias normas de organización y funcionamiento en el mercado en que operan. Consecuentemente, nos encontramos con medianas o, sobre todo, grandes plataformas digitales (audiovisuales) que ostentan una considerable cuota de mercado (nacional, aunque frecuentemente comunitario e internacional) que, no solo impone sus propias exigencias contractuales a las empresas⁴⁰ con las que entablan relaciones comerciales, sino sobre todo y más importante, imponen sus propios términos de suscripción a sus consumidores y usuarios. La importancia de ello radica en el hecho de que el usuario queda obligado a suscribir un contrato con términos y cláusulas inamovibles e impuestas unilateralmente por la plataforma, cuyo incumplimiento y consiguientes consecuencias las determina la propia plataforma.

Habida cuenta de la importancia que tiene la autonomía de la voluntad en el seno del sector digital (concretamente el de las plataformas digitales audiovisuales), se hace necesario aludir brevemente a una serie de normas legales mínimas, de carácter nacional que, por razones imperativas, han de ser contenidas entre los términos y condiciones de contratación con las plataformas o, dado el caso, ser aplicadas por los juzgados y tribunales. Por su relación con las plataformas digitales audiovisuales, entre otras, destacan la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad⁴¹; Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal⁴², o Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia⁴³.

4. Plataformas digitales y derecho de la competencia

La eclosión de un sinnúmero de plataformas digitales ha desencadenado el surgimiento de nuevas actividades económicas y estrategias de mercado que, combinadas con las TIC, han conformado la denominada *economía digital*. Se trata de un conjunto de empresas que compiten ferozmente con las clásicas estructuras empresariales, bajo reglas notablemente diferentes.

Consecuencia de tal situación, la Comisión Europea, a través de instrumentos tales como el informe *Competition Policy for the Digital Era* (Díez Estella, 2020), reacciona ante los retos

⁴⁰ Entiéndase en este punto el concepto de «empresas» en sentido amplio. A efectos ilustrativos, piense el lector en Netflix o Disney+ como plataforma que interactúa con otras plataformas digitales, pero también con productoras cinematográficas, distribuidoras, empresas de publicidad, etc.

⁴¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156&tn=1&p=20210605>

⁴² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628&tn=1&p=20211103>

⁴³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>

4.1.1. El *boom* de las plataformas audiovisuales: ebullición vs. concentración

Desde el año 2007 hasta la actualidad, las plataformas digitales que comercializan contenidos audiovisuales a través de internet han sufrido un incremento exponencial, tanto en número como en volumen de difusión. Bajo el concepto de «plataformas audiovisuales» se aglutinan tanto aquellas que se dedican a la producción misma del contenido y su ulterior puesta a disposición del usuario, como aquellas que adquieren tales contenidos de otros productores para su consiguiente comercialización. Ambas formas de comercialización han alterado sobremanera la industria clásica audiovisual, digital y analógica, y han *redefinido el rol de los agentes existentes al disputar espectadores, suscriptores y anunciantes* (García Leiva, 2019). Ejemplo de ello es que actualmente en España se puede acceder a más de 40 plataformas digitales audiovisuales de pago bajo demanda, entre las que se hallan Google Play Movies (ES), Prime Video (ES), HBO España, Netflix, etc. Sin embargo, antes que estas hubo otras tantas incapaces de adaptarse a los retos marcados por el transcurso del tiempo. Se trata de retos marcados por los propios cambios digitales, por las exigencias sociales y culturales y, sobre todo, por la propia política económica de las empresas. A los meros efectos ilustrativos, se podrían distinguir las siguientes generaciones de plataformas:

Primer grupo: 2007

En este primer grupo de plataformas digitales audiovisuales destacan, entre otras, Televeo, ADNS-tream, Filmotech o Filmin. Todas ellas comenzaron su actividad en 2007, si bien muy pocas siguen operando de manera solvente (Filmin, por ejemplo, con un precio mensual de suscripción que asciende a 7,99 €), mientras que la mayoría de ellas apenas tienen actividad o directamente han cesado su actividad y página web, como es el caso de Filmotech.

Segundo grupo: 2010

A partir de 2010 aparecieron nuevas plataformas, incluso algunas propias de España, con es el caso de Mitele o Atresplayer, como iniciativa dimanante de operadores clásicos de televisión, como son Mediaset España Comunicación o Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, SL, respectivamente⁴⁵.

A partir de estos años, el sector audiovisual ha experimentado un importante *boom* procedente de iniciativas comerciales (como Benecé online, Tucut...) o incluso propuestas de nicho (como 400 Films) si bien pocas han pervivido⁴⁶.

⁴⁵ Los mismos pasos ha seguido desde hace un par de años Telefónica con Movistar, quien no solo realiza producciones propias para su consiguiente difusión a través de sus canales, sino también adquiere producciones a terceros para su posterior difusión.

⁴⁶ Para ampliar estos sucesos, consulte el lector el citado artículo publicado por García Leiva (2019), pues en él la autora apunta los sucesos acaecidos a estas y otras plataformas de aquella etapa.

Tercero grupo: a partir de 2015

Fue a partir de 2015 cuando el panorama cambió radicalmente gracias a la llegada a España de plataformas extranjeras (sobre todo inglesas y norteamericanas) tales como Netflix (2015), HBO (2016) o Sky (2017), entre otras. Sin embargo, no cabe caer en la confusión, pues la debacle y casi desaparición de las plataformas del primer y segundo grupo en España no se debe únicamente al enorme despliegue de Netflix, sino también a la fuerte embestida de otras tantas plataformas (véase HBO España, Amazon Prime, YouTube Premium y, más recientemente, Disney+). Pero, no solo eso, sino que sería igual de erróneo achacar el mérito o la culpa –según se mire– a las plataformas extranjeras, pues lo cierto es que a partir de 2010 y, sobre todo, 2015, el mundo experimentó un importante auge, no solo en el sector audiovisual, sino también en el electrónico (no cabe ni qué decir sobre el exponencial aumento de teléfonos móviles, tabletas, iPads, etc.) al igual que el ingobernable mundo del internet, redes sociales, etc. Todos ellos han sido factores que han encauzado al consumidor a optar (directa o indirectamente) por ciertas tendencias audiovisuales acompañadas, claro es, de precios asequibles para el consumidor medio.

Por consiguiente, el éxito de algunas plataformas digitales audiovisuales no se debe solamente a su estrategia económica y de mercado, sino a todo un cúmulo de factores que, conjugados entre sí, han superado la época de eclosión para instaurar un mandato mucho más concentrado en el mercado digital.

De entre los referidos factores destaca la puesta a disposición del consumidor de dispositivos susceptibles de acoger en su sistema operativo multitud de plataformas digitales; la implantación de políticas monetarias de suscripción asequibles para la mayoría de los espectadores o la alta competitividad en el seno del mercado audiovisual y sus variantes. En este sentido, y de acuerdo con el economista hispanoamericano Ramón Casadesus-Masanell (Bianco, 2017), cuando surge una nueva plataforma en un mercado en el que ya existen actores dominantes, aquellos fácilmente podrán imitar/adaptar su mismo modelo (siempre que fuere innovador, claro es), mientras que el nuevo actor tendrá dos opciones: desvelar su factor innovador para tratar de competir con el nuevo modelo de negocios, sacando el máximo rédito de ello, o mantener el secreto de su innovación mientras le sea posible.

Este escenario parece haber guiado la lógica subyacente a la volatilidad de las plataformas audiovisuales, en la medida en que, desde 2007 hasta hoy, muy pocas han perdurado y en qué condiciones. La tabla que sigue a continuación ha sido elaborada con el único fin de ilustrar al lector sobre este extremo.



	Precios	Periodo de prueba	Formas de pago	Producciones	Suscriptores
Netflix	<p>Cuota mensual (1): 7,99 €/mes</p> <p>Cuota estándar: 11,99 €/mes</p> <p>Cuota premium: 15,99 €/mes</p> <p>Cuota anual con plan básico (2): 95,88 €</p> <p>Cuota anual con plan estándar: 143,88 €</p> <p>Cuota anual con plan premium: 191,88 €</p>	<p>No hay periodo de prueba</p>	<p>Tarjetas de crédito y débito (3): Visa, MasterCard y American Express</p> <p>Tarjetas virtuales</p> <p>Tarjetas prepago: Visa, MasterCard y American Express</p> <p>Tarjetas regalo</p> <p>PayPal</p> <p>Facturación a través de 3.º: Euskaltel, Orange, R Cable, Telecable, Virgin telco, Vodafone, Yoigo</p> <p>Paquetes que incluyen Netflix: Euskaltel, Movistar+, Orange, R Cable, Telecable y Virgin telco</p>	<p>Originales y adquisiciones (4): la mayor parte del contenido ofertado por Netflix proviene de la compra de derechos de licencia de streaming a sus numerosos proveedores</p> <p>Junto a ello destaca la producción interna y la adquisición de derechos exclusivos</p>	<p>Se calcula que en marzo de 2021 Netflix alcanzó la cifra de 207,6 M de suscriptores a nivel global (5).</p>
HBO	<p>Precio único(6): 8,99 €/mes</p> <p>Precio anual: 107,88 € o 69,99 € según el momento y los descuentos ofertados</p>	<p>Periodo de prueba: 7 días.</p>	<p>MasterCard, Visa y Paypal</p>	<p>Originales y adquisiciones (7): al igual que Netflix, HBO es tanto productora de contenido propio como parte suscriptor con un amplio elenco de proveedores. Asimismo, forma parte del conglomerado (8) Time Warner Inc., que incluye a Warner Bros Entertainment y Turner (9)</p>	<p>HBO, por su parte, registró a cerca de 140 M de suscriptores (10)</p>
Amazon Prime Video	<p>Precio mensual: 3,99 €</p> <p>Precio anual: 36 €</p>	<p>Periodo de prueba: 30 días o 90 días para Prime Student</p>	<p>Tarjetas de crédito: Visa, MasterCard, Carnet y American Express</p> <p>Tarjetas de débito: Visa y Mastercard</p> <p>Pago con moneda local (11)</p>	<p>Originales y adquisiciones (12): su contenido está compuesto tanto por títulos originales como con licencia, aunque con vis expansiva, pues trata de ampliar su catálogo con contenido propio de HBO, Starzplay, Paramount+, MGM, etc.</p>	<p>En el caso de Amazon Prime Video el número de suscriptores alcanza los 200 M (13)</p>

	Precios	Periodo de prueba	Formas de pago	Producciones	Suscriptores
▲					
Disney+	Pago mensual: 8,99 € (14) Pago anual: 89,90 €	No hay periodo de prueba	Tarjetas de débito o crédito (15): Visa, MasterCard y American Express	Originales y adquisiciones: Disney, Pixar, Star Wars, Marvel y National Geographic	Se calcula que en marzo de 2021 Disney alcanzó la cifra de 151,5 M de suscriptores a nivel global (16)
(1)	https://help.netflix.com/es-es/node/24926				
(2)	https://www.entrerat.com/television/precios-netflix-espana.php				
(3)	https://help.netflix.com/es-es/node/116380				
(4)	https://help.netflix.com/es-es/node/4976				
(5)	https://variety.com/2021/digital/news/netflix-q4-2020-earnings-200-million-subscribers-1234887784/				
(6)	https://www.hbomax.com/es/es				
(7)	Véase nota anterior.				
(8)	https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/8027/8405				
(9)	No solo eso, sino que HBO concretamente está en proceso de ampliación de volumen y variedad de contenido con su nuevo proyecto HBO Max, si bien por el momento en un proyecto implantado tan solo en Estados Unidos desde una dirección IP real, tal y como señala su página web: https://hbomax.com/				
(10)	Vease nota 8.				
(11)	https://www.primevideo.com/help/ref/3Datv_hp_nd_nav?language=es_ES&nodeId=G8F3YMHU34R3XX4N				
(12)	https://expansion.mx/vida-arte/2019/10/08/amazon-integra-contenido-de-hbo-paramount-y-nmgm-con-prime-video-channels				
(13)	https://www.revistagi.com/noticias/articulo/cuantos-suscriptores-tiene-netflix-hbo-disney-apple-amazon-prime-video-20millones%20de%20suscriptores%20en%20HBO%20Now				
(14)	https://www.disneyplus.com/es-es/welcome/stream?cid=DSS-Search-Google-71700000064567610-&s_kwcid=AL%218468%213%215-12639235509%21b%21%21g%21%21%2Bdisney+%2Bprecio&gclid=Cj0KCQjw4cOEBhDMARIsAA3XDRiOOwTOHjRf__8D2GawTkxOLLcDSHqfCtL94T5M5CNYE1pfhwvUaARBEALw_wcB&gclidrc=aw.ds				
(15)	https://help.disneyplus.com/csp?id=csp_article_content&sys_kb_id=e5b4504c4df3c81c60f3eacb1396194f				
(16)	https://variety.com/2021/digital/news/netflix-q4-2020-earnings-200-million-subscribers-1234887784/				

Fuente: Elaboración propia elaborada con los datos publicados en las páginas web correspondientes a cada plataforma.

En suma, actualmente y, cuando menos, en el mercado comunitario y nacional, los factores dispuestos a competir y marcar la diferencia se rescinden a: los precios (generalmente con tarifas mensuales o anuales), el periodo de prueba (cuyo fin único es ilustrar al lector sobre el contenido ofertado), los medios de pago y, sobre todo, y más importante, el contenido ofertado.

4.1.2. ¿Competir vs. cooperar?

La irrupción en el mercado tradicional de nuevas tecnologías disruptivas ha suscitado un amplio elenco de preguntas cuya respuesta se hace depender de muchos condicionantes. Una de aquellas cuestiones susceptibles de ser formuladas por su idoneidad respecto al asunto tratado se refiere a si lo mejor que puede hacer una empresa es competir con las múltiples innovaciones que van surgiendo con el transcurso de los meses y años o, por el contrario, lo ideal sería cooperar con ellas, ya sea asumiéndolas de manera paulatina o redefiniendo la empresa en cuestión.

Se trata de una cuestión que afecta por igual tanto a los agentes tradicionales del mercado como a los nuevos operadores que han ido surgiendo con el transcurso de los años. No obstante, es una pregunta tan abstracta que suscita otras tantas como, por ejemplo: ¿con quién competir o cooperar? ¿Acaso se puede cooperar con unos para competir con otros? ¿En el seno de qué mercados se compite? ¿Y si existen operadores que actúan y, por consiguiente, compiten o cooperan en más de un mercado a la vez? Más aún, ¿se compite o coopera en las mismas condiciones en todos los mercados?

Tal y como se observa, una mera pregunta inicial suscita una infinidad de interrogantes que surgen y pueden surgir, habida cuenta de la disparidad y complejidad de la materia a tratar, cuyas respuestas serán tan complejas y dispares, o más.

El propósito perseguido a través de este apartado no es sino el de analizar los diversos escenarios cooperativos o competitivos en los que se puede ver implicada una plataforma digital audiovisual.

4.1.2.1. Cooperar

A pesar del carácter incipiente de las nuevas tecnologías, lo cierto es que han sido suficientes un par de años para que empresas como Google, Apple o Facebook se instauren y se afiancen en el mercado internacional bajo apelativos tales como «gigantes tecnológicos» (*Big Tech*), o más comúnmente conocidas por las siglas GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft). Son apelativos que traen consigo consecuencias normativas más que evidentes y complejas, como buena muestra de ello son las ya aludidas DSA y DMA, que reconocen un importante listado de prohibiciones y obligaciones (Troncoso Ferrer, 2020) a

los *gatekeepers* con el fin de evitar que estas incurran en prácticas abusivas consecuencia del poder de mercado que ostentan.

En este sentido, se dice que «el poder de las *Big Tech* es tan grande que incluso los nombres de las aplicaciones de internet se han vuelto parte del vocabulario común de las personas»⁴⁷. Prueba de ello es que, hoy en día, el buscador de Google se emplea como la forma ordinaria para designar una búsqueda en internet (en todo internet), dejando de lado otros tantos como Bing o DuckDuckGo.

Según apunta *The Economist*, «este poder representa un dominio (que probablemente se alcanzó con prácticas anticompetitivas) que cada empresa ejercer sobre la parte del negocio de las tecnologías que controlan»⁴⁸, esto es, Google sobre los buscadores, Amazon y el comercio online, Apple sobre la telefonía, Netflix con contenido audiovisual, etc.

Consecuencia de ello, tal y como se puso de manifiesto en el punto previo, ha sido la creciente preocupación de los legisladores (los nacionales y el comunitario, respectivamente) por emprender reformas a contrarreloj para regular todos estos cambios. Pero, junto a tales reformas, destacan igualmente las múltiples acciones legales emprendidas por diversos Estados contra el dominio de las *Big Tech*⁴⁹. Se trata de un dominio que muestra no solo el poder y la cuota de mercado que ostentan cada uno de citados operadores *per se*, sino también los vínculos colaborativos entablados entre sí.

Teniendo en cuenta lo señalado, a continuación y de manera sucinta se analizará un listado de ejemplificativo de las relaciones colaborativas que se han entablado entre los siguientes perfiles de empresas.

Plataformas audiovisuales entre sí

Una de las relaciones colaborativas más elementales es la entablada entre las propias plataformas audiovisuales⁵⁰, tales como Netflix, HBO o Amazon Prime Video y las empresas del grupo *Big Tech*.

⁴⁷ <https://www.economist.com/business/2021/02/27/the-new-rules-of-competition-in-the-technology-industry>

⁴⁸ Véase la nota anterior.

⁴⁹ Véase la nota 64.

⁵⁰ Tenga en cuenta el lector que el presente trabajo adopta la óptica del derecho de la competencia, pero no pretende (a través de los vínculos colaborativos empresariales a los que se aludirá) buscar insinuaciones referentes a acuerdos horizontales de empresas o de cartel, sancionados por el artículo 101 del TFUE. Se es consciente de las innumerables implicaciones del tema escogido, si bien no todas ellas serán abordadas, pues se desvinculan del estudio pretendido en estas líneas.

Un ejemplo de ello es la constante campaña publicitaria que realizan unas plataformas audiovisuales a través de otras plataformas digitales, como puede ser YouTube (empresa propiedad de Google Inc. desde 2006). Sabido es que YouTube es una plataforma que ofrece mayoritariamente contenido musical (aunque también videotutoriales o incluso películas), si bien igual de sabido es que en algún momento de la reproducción de un vídeo, la misma se interrumpe para anunciar el estreno de una película o serie producida o, cuando menos, distribuida a través de alguna plataforma digital audiovisual.

Se trata de un modelo colaborativo con implicaciones beneficiosas para ambas partes implicadas, pues para unos el beneficio será monetario y de reconocimiento, por ser el medio para la divulgación (YouTube), mientras que para otros el beneficio no solo es el divulgativo, sino también una forma de incrementar el volumen de usuarios *a posteriori* por medio de nuevas suscripciones y, claro es, la consolidación de los suscriptores ya existentes.

La misma fórmula la encontramos entre las plataformas digitales españolas, como puede ser el grupo de comunicación audiovisual Atresmedia, quien ha suscrito contratos con plataformas internacionales como Netflix⁵¹ o HBO Max⁵² para que las producciones originales de la española Atresmedia se distribuyan a través de dichas plataformas. El mismo modelo ha sido adaptado recientemente por Movistar+.

Plataformas digitales audiovisuales y empresas tradicionales

Las combinaciones a las que se pueda hacer alusión en esta categoría son notablemente amplias, por lo que, a los meros efectos ilustrativos, se hará referencia a algunas. Se trata de vínculos entablados entre las plataformas audiovisuales y otros tantos actores con el fin de atraer al usuario, fidelizarlo y ofrecerles cuantas más facilidades de acceso y permanencia.

Plataformas y creadores de contenido

En la industria audiovisual la clave se encuentra en el contenido ofertado a los suscriptores de la plataforma. Por ello, aunque inicialmente las plataformas audiovisuales habían apostado por comprar su contenido ofertado, actualmente en su mayoría (por lo menos las más renombradas) han optado por un modelo híbrido que combina producciones propias y

⁵¹ Recientemente, Atresmedia se ha iniciado en el mundo de las películas y series de producción propia con series tales como *La casa de papel* (2017) o *Fariña* (2018), y su éxito en España ha llevado a Netflix a entablar lazos contractuales con Atresmedia para poner a disposición de sus usuarios dichas producciones españolas. https://www.elespanol.com/bluper/television/20180716/nuevo-acuerdo-netflix-atresmedia-plataforma-prioridad-compra/322969040_0.html

⁵² El mismo proceder ha sucedido entre Atresmedia y HBO Max sobre producciones españolas como *Veneno* (2020). https://vertele.eldiario.es/noticias/hbo-max-atresmedia-acuerdo-veneno-estados-unidos-latinoamerica_1_7407578.html

ajenas. La combinación resultante es la que se produce entre las propias plataformas digitales audiovisuales y productoras de gran prestigio y renombre internacional como Warner Bros, Universal Pictures, Columbia Pictures, Walt Disney Pictures, Marvel Studios, Paramount Pictures o 20th Century Fox, entre muchas otras⁵³.

Así, los usuarios que quieran acceder a una u otra película, serie o saga sabrán (por las magnánimas campañas publicitarias y de marketing)⁵⁴ a qué plataforma suscribirse.

Plataformas y entidades financieras⁵⁵

La interdependencia entre estos dos operadores es más que evidente, más aún tras haber hecho alusión con anterioridad en la tabla comparativa al importante factor que constituye el medio de pago, pues cuanta mayor diversidad de formas de pago admita la plataforma, mayor volumen de usuarios podrá llegar a tener.

Plataformas y otros perfiles de empresas

Junto a los operadores señalados, lo cierto es que los vínculos entre las plataformas y otros agentes, entidades y operadores puede ser muy variado. Un ejemplo de ello son los propios gobiernos, que alquilan espacios públicos a efectos publicitarios o para el fomento de la cultura, al igual que destacan empresas renombradas⁵⁶ cuyos artículos aparecen en las grabaciones originales de las plataformas audiovisuales, o en el contenido que ofertan esas plataformas, en el *merchandising*, etc.

Vistas estas relaciones y desde una perspectiva externa «parece que dentro de la industria, los miembros más poderosos no compiten entre sí, sino que tratan de ayudarse

⁵³ Ejemplo reciente de ello lo constituye Amazon Prime y su acuerdo –en mayo de 2021– de compra del estudio de cine Metro Goldwyn Studios Inc. Se trata de una adquisición que acentúa la competitividad internacional entre las plataformas digitales audiovisuales (como plataformas productoras cinematográficas) y aquellas plataformas que combinan producciones originales y adquiridas, o solo adquiridas. En cualquier caso, veremos qué impacto tendrá en el sector cuando finalice la compra y despliegue sus efectos. Artículo disponible en: <https://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2021/05/24/60ac04ca468aeb0a408b456d.html>

⁵⁴ Repare el lector en la importancia que tiene el sector publicitario en este campo. Tal es así que incluso podríamos aludir a la publicidad como factor competitivo, pues a mayor gasto en marketing y publicidad, mayores suscripciones, visualizaciones y, por ende, cuota de mercado.

⁵⁵ Sobre las relaciones entre las plataformas digitales y las entidades financieras destaca el artículo publicado por Luz Fernández Espinosa (responsable de la comunicación corporativa del BBVA desde 2013), denominado «Big Tech Banking: en busca de alianzas entre bancos y compañías digitales» en el que pone de manifiesto la incesante búsqueda de relaciones entre bancos y empresas digitales. Texto disponible en: <https://www.bbva.com/es/big-tech-banking-en-busca-de-alianzas-entre-bancos-y-companias-digitales/>

⁵⁶ Véase bebidas refrescantes (Coca-Cola, Pepsi...), marcas de ropa (Nike, Adidas...), etc.

para mantener sus monopolios, haciéndose más poderosos». En este sentido, y a modo de ejemplo, «Google paga a Apple cada año entre 8 y 12 mil millones de dólares para que su buscador sea el predeterminado en los teléfonos de Apple»⁵⁷. Por su parte, los directivos de estas grandes tecnológicas señalan que este tipo de acuerdos colaborativos son necesarios, no para mantener sus respectivas posiciones en el mercado, sino para garantizar la interoperabilidad entre sus productos.

Sin embargo, lo cierto es que no todos ellos comparten la misma opinión. Veamos, a continuación, la opinión discordante de aquellos que estiman que la mejor táctica de mercado no es la cooperativa, sino la competitiva.

4.1.2.2. Competir

Si bien hay una serie de plataformas audiovisuales que tienden lazos colaborativos para afianzar su poder y ganar cuanto más cuota de mercado⁵⁸, no todas ellas comparten la misma estrategia. Algunos directivos de las *Big Tech* sostienen que, a pesar de que los acuerdos señalados anteriormente son legítimos, «sus relaciones son más combativas que amistosas»⁵⁹. Ejemplo de ello es la opinión del presidente de Microsoft, quien sitúa el equilibrio entre la competencia y cooperación en un 80/20, apostando manifiestamente por la rivalidad.

De este modo, la lucha entre las grandes tecnológicas se acentúa en cada sector, sea en el de los buscadores (Google y Microsoft), el de la telefonía (Android y Apple) o el del *streaming* (Netflix, HBO, Amazon Prime y Disney Plus).

Estando así las cosas, *The Economist* señala que «la era del acaparamiento de tierras en el que el ganador se lleva todo se está desvaneciendo a medida que la tecnología entra en una nueva fase más competitiva»⁶⁰. Pero ¿contra quién se compete? Veamos algunos escenarios a efectos ilustrativos.

Plataformas audiovisuales (norteamericanas) entre sí

De acuerdo con el informe publicado en febrero de 2021 en la OBS Business School, el mercado de las plataformas digitales audiovisuales está siendo dominado por unas pocas

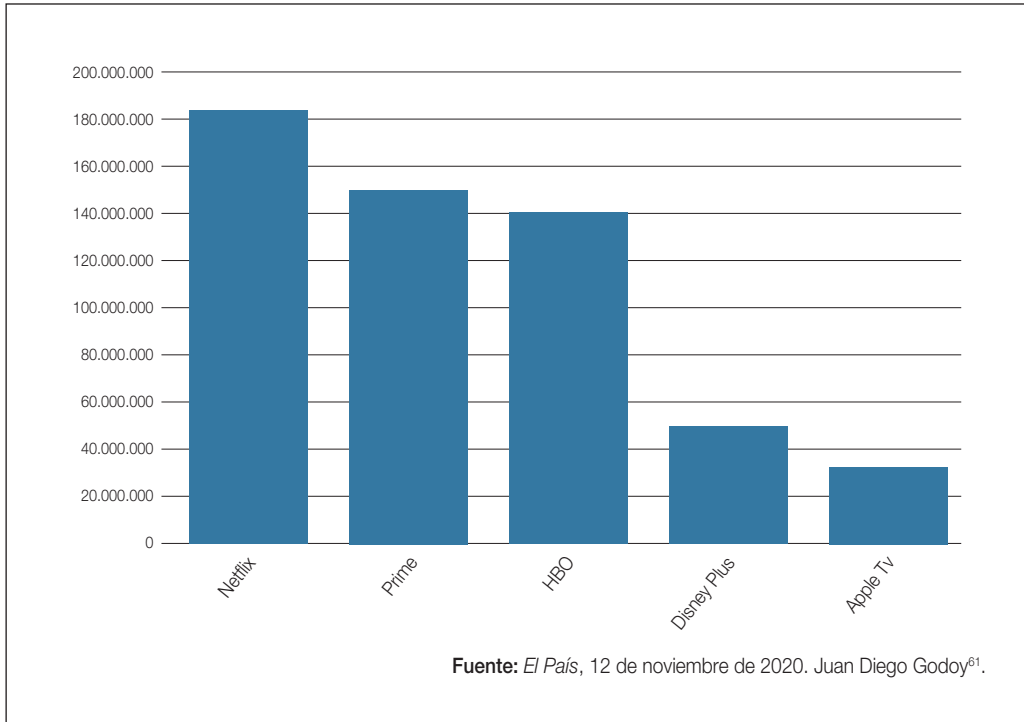
⁵⁷ <https://www.economist.com/business/2021/02/27/the-new-rules-of-competition-in-the-technology-industry>

⁵⁸ Por ejemplo, Netflix aumentó su cuota de mercado en España gracias a las promociones ofertadas de manera conjunta con Movistar+.

⁵⁹ <https://www.economist.com/business/2021/02/27/the-new-rules-of-competition-in-the-technology-industry>

⁶⁰ Véase nota anterior.

empresas «que se reparten el pastel en forma de oligopolio cuasi perfecto» (Tuñón y Gambari, 2021). Entre las integrantes de aquel oligopolio se encuentran las empresas nombradas de manera casi constante en el presente escrito, como es el caso de Netflix, Amazon Prime, HBO, Disney Plus y Apple TV, quienes, a finales de 2020, ostentaban la siguiente cuota de mercado:



Tal y como se aprecia en el gráfico, a pesar de que Netflix ostente un notable predominio sobre las demás por ser la «pionera» en el mundo del *streaming*, es patente la feroz competencia que hay entre esta y las demás plataformas, sobre todo Amazon Primer y HBO y, desde hace más bien poco, la neófito Disney Plus.

Tal y como se señaló en la tabla comparativa, los factores que marcan la diferencia entre las grandes plataformas y las pequeñas, pero también entre las grandes mismas son, entre otros: el contenido, la oferta de suscripción, la experiencia visual del usuario y, todo ello, las grandes campañas de marketing y publicidad.

⁶¹ https://elpais.com/retina/2020/11/11/innovacion/1605118952_313914.html

Sea como fuere, de acuerdo con Elena Neira, investigadora especializada en nuevos modelos de distribución audiovisual, «la ventaja competitiva de la que gozan algunas de estas plataformas es más que prescindible porque ahora hay mucha competencia»⁶².

Plataformas audiovisuales norteamericanas vs. europeas vs. chinas

Si bien las plataformas audiovisuales escogidas a modo de ejemplo en el presente trabajo provienen de Estados Unidos, no hay que descuidar la existencia y expansión de las plataformas audiovisuales procedentes de otros continentes.

Claro es que en el continente europeo existen numerosas, si bien su cuota de mercado no es tan reseñable como lo es la de las norteamericanas. No obstante, más reseñables son las propias del continente asiático, más concretamente las tecnológicas chinas, pues de China provienen los mayores competidores de Amazon, Google o Microsoft. Cada una tiene su correspondiente homólogo chino: el Grupo Alibaba (dedicado al comercio electrónico), Baidu (como buscador), Tencent Inc. (proveedor de servicios en internet) o IQiyi⁶³ como clara competidora de Netflix, con más de 500 millones de usuarios activos. Junto a las chinas, destaca Iflix⁶⁴ (2014), como plataforma audiovisual creada inicialmente en Malasia, aunque en 2020 fue adquirida por la empresa china Tencent con el fin de ampliar su presencia en el mercado asiático.

Todas estas plataformas atraviesan –en algún momento– un punto de inflexión por el que se apuesta por la expansión internacional, lo cual se traduce en un brutal choque competitivo que dificulta sobremanera la labor del legislador (comunitario y nacionales), aunque mejora las condiciones económicas de los usuarios.

Plataformas audiovisuales vs. industria cinematográfica y teatral

No procede concluir este apartado sin hacer una breve alusión al notable y evidente efecto que ha tenido el auge de las plataformas audiovisuales en la industria del cine y de las artes escénicas. Contra todo pronóstico, no han sido las productoras cinematográficas las discordantes (pues las de mayor renombre como Warner Bros., Universal Pictures, etc. no han tenido ningún reparo en adherirse y amoldarse a la era tecnológico-digital), cuanto sí han sido los propios productores de cine, entre los que destaca el español Pedro Almodóvar⁶⁵ o el estadounidense Steven Spielberg, quienes mostraron su inicial desaprobación

⁶² Véase nota anterior.

⁶³ https://www.iq.com/?lang=es_mx

⁶⁴ <https://www.iflix.com/>

⁶⁵ <https://contrapunto.com/cultura/cine/netflix-se-impone-en-el-mundo-de-la-industria-cinematografica/>

para con la emisión del cine a través de plataformas digitales. Sin embargo, tanto productores como directores han acabado formando parte de ellas.

Llegados a este punto, y en relación con la pregunta planteada inicialmente sobre el afán cooperativo o competitivo de las plataformas digitales, lo cierto es que su respuesta se hace depender de las características concurrentes en cada caso y en cada plataforma. Pero, sean cuales fueren aquellas, lo cierto es que la eterna búsqueda del ánimo de lucro de una empresa (tradicional o digitalizada) siempre tenderá a ampliar sus engranajes colaborativos para aumentar su poder competitivo. Piense el lector en la idea inicial de Amazon, en cuyos orígenes (allá por 1994 en el estado de Washington) se dedicaba a la venta de libros, mientras que actualmente no solo es un gran bazar digital de dimensiones internacionales, sino que también cotiza en Bolsa e incluso ha extendido su negocio de comercio electrónico al sector audiovisual.

Por ello, todas las empresas, tradicionales o digitales, buscan entablar lazos colaborativos para ganar una mayor competitividad de mercado, del mismo modo que lo hacían los mercados medievales. La única diferencia que radica entre ambos se halla precisamente en el cambio de dimensión, pues la actual es la era digital.

4.1.3. Efectos de red, ¿*The winner takes it all?*

Para concluir este punto dedicado al impacto que generan las plataformas digitales, especialmente las audiovisuales, se hace necesario hacer una breve alusión a los efectos en red que traen consigo.

Por lo general, el consumo de un bien o un servicio reporta un valor disociado en dos vertientes, pues, por un lado, nos encontramos con el valor intrínseco que aporta el bien o servicio al consumidor o usuario y, por otro lado, nos encontramos con el grado de sincronización de aquel bien o servicio que se hace depender del volumen de usuarios que consume el tal bien o servicio.

Un ejemplo de ello lo constituye la telefonía móvil, cuyo uso reporta un amplio elenco de facilidades al comprador, pero también se hace más útil cuantos más usuarios se conectan a la red de telefonía (Arroyo Barrigüete *et al.* 2005). Lo mismo sucede en el caso de las plataformas digitales audiovisuales, pues su valor intrínseco es el disfrute y entretenimiento que aporta al suscriptor, mientras que su valor extrínseco se refiere a su nivel de sincronización externa (esto es, el volumen de usuarios que suscriben aquel servicio).

En este sentido, podemos distinguir entre los efectos de red directos, que se experimenta cuando el valor del servicio aumenta conforme aumentan los nodos de conexión con la

plataforma; y los efectos indirectos, en cuya virtud, el valor de la plataforma aumentará de manera proporcional al aumento del número de productores de otros grupos. Por ejemplo, el catálogo de contenidos de HBO aumentará conforme aumente el número de productoras y producciones vendidas a esta plataforma.

Los beneficios que reportan los efectos de red (Robles Martín-Laborda, 2017) explicaran por qué en los últimos años muchas empresas han buscado de manera incesante y estratégica la realización de operaciones de concentración⁶⁶ entre plataformas digitales y diversos perfiles de empresas digitales y tradicionales⁶⁷. Se trata de una búsqueda que se intensifica sobremanera en el actual escenario, puesto que el fenómeno de la digitalización ha permitido «reducir exponencialmente los costes de transacción y multiplicar el número de usuarios [...], recoger, almacenar y analizar una inmensa cantidad de datos» (Robles Martín-Laborda, 2017), y todo ello bajo la persecución de fines divulgativos y lucrativos a través de la cuota de suscripción mensual o anual, así como la disposición de cierto espacio de la plataforma para emitir publicidad (publicidad para la cual, claro es, las empresas anunciantes pagan a las plataformas).

Los numerosos beneficios (económicos, de reconocimiento y renombre, así como la expansión nacional e internacional, entre otros factores) que experimentan las plataformas mismas, pero también las empresas colaboradoras con estas, extienden sobremanera su dominio sobre el mercado en que se hallan e incluso llegan a instaurar cuasi barreras de entrada para otros actores. Consecuencia de ello es que, en muchas ocasiones, algunas plataformas se han convertido en el centro de atención de las autoridades de competencia, como buena muestra de ello ha sido Google (Díez Estella, 2019), quien, en los últimos años, ha sido objeto de imputación de multas exorbitantes.

Sin embargo, lo cierto es que los efectos de red y las eventuales concentraciones se convierten necesariamente en casuística pura, en la medida en que las autoridades deben analizar caso por caso las características concurrentes en cada una de las empresas implicadas. Más compleja se vuelve la cuestión en el caso de empresas tecnológicas, cuyas concentraciones inicialmente no incurrieran en vulneraciones normativas pero que, impulsadas por tendencias sociales y cuestiones económicas, llegan a experimentar un desarrollo exponencial que da lugar a concentraciones cuestionables desde el punto de vista legal.

⁶⁶ A colación de las concentraciones entre plataformas, destaca el Reglamento (CE) n.º 139/1004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

⁶⁷ Tal y como pone de manifiesto Antonio Robles Martín-Laborda en el citado escrito, a nivel comunitario destacan concentraciones tan alarmantes como la propia entre Facebook y WhatsApp, o Microsoft y LinkedIn (esta última adquirida por el exorbitante precio de 26 mil millones de dólares, a pesar de que la cifra de negocios alcanzada por esta era de 3 mil millones de dólares, y cuyas pérdidas oscilaba los 166 millones).

Para ello, el control de una eventual concentración⁶⁸ pasa por el análisis y seguimiento de aspectos tales como: la definición del mercado de los servicios prestados, las cuotas de mercado, el grado de concentración del mercado relevante o la probabilidad de que una operación incurra o cause efectos anticompetitivos. Todo ello bajo la consideración de las probabilidades que hay de entrada de nuevos competidores en aquel mercado con el fin de equilibrar la cuota.

Así pues, la pregunta es: ¿el ganador se lo lleva todo?

4.2. *Data protection / Big data*: la última frontera

El auge experimentado por las plataformas digitales (audiovisuales) en los últimos años trae consigo innumerables consecuencias directas e indirectas, positivas y negativas, no solo para las personas y agentes (operadores en sentido amplio), sino también para diversos sectores e industrias. Tales consecuencias vuelan a un ritmo sin precedentes por todas las capas de la realidad física y virtual, y hacen que, en muchas ocasiones, muy pocos sujetos sean conscientes de sus implicaciones reales o las concesiones que hacen de manera (in) directa con un simple clic.

En muy pocos años, el fenómeno de la digitalización se ha adentrado profundamente en la sociedad (facilitando las comunicaciones y la convivencia), en el derecho (obligando al legislador a regular, no solo la dimensión física/material de las cosas, sino también el ecosistema digital), en la economía (mostrando nuevas fórmulas para hacer negocios) y, claro es, en la ciencia (superando sobremanera los límites del conocimiento).

Así, sin perjuicio del amplio elenco de efectos que traen consigo las plataformas digitales, uno de los más importantes, tanto para el usuario como para el empresario, se refiere a la cuestión de los datos. En este sentido, la pregunta idónea sería: ¿hasta qué punto la acumulación de datos falsea la competencia?

⁶⁸ Entienda el lector la «concentración» en sentido amplio, esto es: el poder ostentado por la plataforma audiovisual *per se*, el propio de las empresas que entablan lazos colaborativos con la audiovisual, y la conjugación de ambas. Tomemos como ejemplo a Facebook. En su momento era la plataforma de redes sociales por excelencia, que ostentaba una considerable cuota en ese mercado. Pensemos igualmente en WhatsApp, que, antes de ser adquirida por Facebook, era la plataforma de comunicación instantánea por excelencia. Pensemos, finalmente, en la cuota que ostentan de manera conjunta tras la adquisición de la primera a la segunda. En este sentido, la labor de las autoridades de competencia es sumamente compleja, en la medida en que deben estudiar los efectos de estas operaciones en los mercados de una y otra empresa, pero también sus efectos a nivel nacional e internacional y, todo ello, sin vulnerar la libertad decisoria de estas empresas, y la no obstaculización a la entrada de nuevos agentes. Más aún. Pensemos en este mismo escenario, pero no entre dos empresas, sino entre más de dos a la vez, o incluso en la adquisición de un conglomerado de empresas.

4.2.1. El uso abusivo de los datos personales: ¿un problema *antitrust* o de privacidad?

Desde la perspectiva comunitaria, la Comisión Europea, a través de la Estrategia Europea de Datos⁶⁹, pone en evidencia que son los datos los que actúan como motor de la transformación digital que ha experimentado la sociedad y la economía comunitaria. Son datos que, recabados de forma responsable por agentes igual de responsables podrían reportar más beneficios que perjuicios.

La idea de una recopilación y almacenamiento de datos en términos de transparencia y seguridad anima a la Unión Europea a convertirse en el modelo de referencia «de una sociedad empoderada por los datos para tomar mejores decisiones, tanto en el ámbito empresarial como en el sector público». Para ello, la Unión pretende crear un marco jurídico y un mercado interno tan sólido (en términos de respecto de los derechos fundamentales, ciberseguridad y protección de datos) que sus empresas (con independencia del tamaño y sector) sean altamente competitivas, tan competitivas que lideren la economía de los datos.

Sin embargo, más allá de los meros propósitos –aún– perseguidos por los diversos órganos e instituciones comunitarias, lo cierto es que la propia Unión alerta (a través de la citada comunicación) de que actualmente «hay un pequeño número de grandes empresas tecnológicas que poseen gran parte de los datos del mundo», como clara alusión a las grandes tecnológicas norteamericanas (véase las ya citadas GAFAM), aunque sin olvidar la importancia del gigante asiático, que apuesta por un control híbrido, dejando el control de los datos bajo supervisión gubernamental y empresarial.

Así, desde la perspectiva norteamericana, han sido sus propios juzgados y tribunales «los que se han pronunciado sobre el impacto competitivo del *big data* [...], pues fue allí donde nació el Derecho *antitrust* mediante la *Sherman Act* aprobada en 1890». Conscientes de su grado de peligrosidad y lo delicado de la materia, en los últimos años «se han incoado sendos expedientes contra Google y Facebook por incurrir en prácticas de abuso de posición dominante (si utilizamos sus términos, *monopolization*, sancionada por la Sección 2.^a de la *Sherman Act*) (Díez Estella y Ribera Martínez, 2022). Pero, no solo en espacio norteamericano, sino también en el continente europeo se han incoado importantes expedientes sancionadores, como es el iniciado por las autoridades alemanas de competencia Bundeskartellamt o Federal Cartel Office (FCO)⁷⁰. A pesar de que actualmente su resolución

⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM/2020/66 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0066>

⁷⁰ El caso Bundeskartellamt c. Facebook queda explicado de manera detallada en el artículo elaborado por el experto en derecho de la competencia Fernando Díez Estella y por Alba Ribera Martínez (2022).

queda condicionada a la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Düsseldorf Higher Regional Court, la citada autoridad ha acusado a la red social de incumplir el RGPD e incurrir en una práctica abusiva, en términos del derecho de la competencia.

Se trata de una práctica contraria a la legalidad vigente realizada a través de la imposición de cláusulas contractuales abusivas camufladas entre los términos y condiciones (TyC). Así, los usuarios que quisieran acceder a la redes sociales debían aceptarlos de manera inexorable, de lo contrario, tendrían el acceso denegado. Las consecuencias de ello son igual de reseñables para el usuario que para el mercado de la competencia, pues el usuario deja de ser el titular/propietario de sus datos personales (sean de la importancia que fueren) sin siquiera ser consciente de ello, mientras que el mercado se encuentra con un fuerte actor, Facebook, que abusa de su creciente posición dominante e incluso fortalece las barreras de entrada en el sector de las redes sociales.

En este sentido, es cierto que la Unión ha dado importantes pasos en proteger los datos de las personas (físicas y jurídicas) a través de instrumentos tan reseñables como el Reglamento general de protección de datos (RGPD)⁷¹, el Reglamento relativo a la circulación de datos no personales⁷², el Reglamento sobre la ciberseguridad⁷³ o la Directiva sobre datos abiertos⁷⁴, aunque no menos cierta es la complejidad con la que se encuentran los legisladores (nacionales y comunitario), pero también los juzgados y tribunales (nacionales y comunitarios) a la hora de aplicar, interpretar, juzgar y sancionar a las grandes tecnológicas.

Es en este escenario donde entra en juego el *big data*, «compuesto por flujos de información procedentes de una gran cantidad de fuentes, que van desde los datos personales producidos directa o indirectamente por usuarios en línea, hasta aquellos que conciernen los aspectos del mundo real como, por ejemplo, la geolocalización del usuario en el mundo físico» (Díez Estella y Ribera Martínez, 2022).

4.2.2. Las plataformas audiovisuales y la protección de los datos personales

En relación con la protección de datos y el tema abordado en el presente trabajo, llama la atención la Directiva de servicios de comunicación audiovisual⁷⁵, en cuya reforma del año

⁷¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

⁷² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1807&from=ES>

⁷³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019R0881>

⁷⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32019L1024>

⁷⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32018L1808>

2018 trata de adaptarse a los nuevos retos digitales «[...] habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado», tal y como señala el propio título de la norma.

El dato más llamativo es que dedica tan solo un artículo, el artículo 6 bis, para aludir de manera expresa a la protección de los datos recabados por las plataformas digitales audiovisuales. Se trata, por si fuera poco, de un precepto que se refiere, no al usuario en general, sino particularmente a los menores de edad. Señala, en este sentido, que «los datos personales de menores recogidos o generados de otro modo por prestadores de servicios de comunicación conforme con el apartado 1 no podrán ser tratados con fines comerciales, como la mercadotecnia directa, elaboración de perfiles o la publicidad personalizada basada en el comportamiento»⁷⁶.

Ello es así a pesar de que las plataformas digitales audiovisuales –aun habiéndose resistido a ser catalogadas como «prestadoras de servicio audiovisual»–, sí encajan en la definición contenida en el nuevo artículo 1 a), al señalar que son destinatarias de esta normativa las empresas de *servicio de intercambio de vídeos a través de plataformas o plataformas de intercambio de vídeos* las que prestan «un servicio tal y como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas»⁷⁷.

Así, pese a la importancia que tiene la especial protección que se otorga a los datos de menores (tal y como lo han puesto de manifiesto diversos expertos en materia) (Corredoiro, 6 de diciembre de 2018), la publicidad personalizada basada en el comportamiento y el *profiling* a partir de los datos personales que los usuarios ofrecen a la plataforma a la que están suscritos es una problemática que no solo afecta a los menores, sino más bien a todos los usuarios/suscriptores de las innumerables plataformas digitales en general y las audiovisuales en particular. Son datos recabados de manera directa (a través de la suscripción de sus TyC, breves encuestas, etc.) o de manera indirecta (esto es, por las tendencias y contenidos visualizados).

Por tanto, el escenario actual nos ofrece una legislación muy tímida, casi nula, en relación con los procesos por los que se recaban datos de los suscriptores, pero también con los procesos de almacenamiento y trato de los mismos. Esa falta de control se traduce en la obligación del usuario de aceptar inexcusablemente los términos y condiciones impuestos unilateralmente por las plataformas para acceder a su contenido.

⁷⁶ Véase nota anterior.

⁷⁷ Véase nota 92.

5. Conclusiones

El incesante desarrollo tecnológico y digital en que está sumido el mundo desde hace un par de décadas marca un importante punto de inflexión. Su proliferación viene acompañada, no solo del uso exponencial de internet y de las TIC, sino también de nuevas tecnologías disruptivas que, combinadas entre sí, plantean grandes e interesantes retos normativos.

La amplitud del sector tecnológico-digital, la variedad de plataformas digitales (audiovisuales) y, sobre todo, el ingobernable ecosistema digital, dificulta sobremedida la labor legislativa consistente en controlar la legalidad vigente en cada momento y lugar.

Se trata de un control multifacético en el que se debe velar por proteger a los consumidores y usuarios, por el cumplimiento de las normas imperativas procedentes de la Unión Europea y de los eventuales acuerdos y tratados multilaterales o bilaterales con según qué Estado y, sobre todo, se debe velar por el cumplimiento de las normas dimanantes del derecho de la competencia.

En este sentido, la labor de las autoridades de competencia se vuelve extremadamente compleja en aquellos casos en que el ámbito de actuación (véase, distribución y prestación de servicios audiovisuales) sobrepasa las fronteras nacionales, alcanza esferas comunitarias e incluso se adentra en las internacionales. No solo eso, sino que más compleja es esa labor cuando no hablamos de exportar la expansión de las tecnológicas nacionales, sino de importar la difusión de tecnológicas internacionales en territorio comunitario y nacional, pues el choque normativo entre unas y otras puede acarrear importantes consecuencias. Pensemos en las discrepancias que surgen frecuentemente (tal y como se ha visto) en lo concerniente al derecho *antitrust* y el choque normativo que hay entre la regulación norteamericana y la comunitaria, o en los litigios dimanantes de los TyC de unas y otras plataformas, y la regulación de la Unión Europea en materia de protección de datos.

Estos y otros asuntos son objeto frecuente de disputas judiciales y, en ocasiones, incluso de malestar político, que implica la predisposición de tiempo, dinero y concesiones donde el perjudicado, en última instancia, será frecuentemente el consumidor y usuario.

Sin embargo, claro es que la armonía en la prestación de servicios digitales no es imposible, pero sí compleja. Compleja, por ejemplo, en la medida en que deben controlarse minuciosamente las cuotas de mercado de unos y otros para evitar posiciones y conductas abusivas y eventuales barreras de entrada. No obstante, tal y como ponen de manifiesto algunos directivos de las *Big Tech*, la armonía materializada a través de acuerdos de colaboración se torna en algo necesario para conseguir la interoperabilidad de los productos y satisfacer en mayor grado al consumidor.

En consecuencia, hoy por hoy se puede decir con rotundidad que, en el ámbito de las plataformas audiovisuales (digitales) el ganador no se lo lleva todo (*the winner doesn't take all*), pues la interoperabilidad entre los productos y servicios tecnológicos los obliga a colaborar con unos para competir con otros bajo los minuciosos focos del legislador.

Referencias bibliográficas

- Antonelli, C. y Patrucco, P. P. (2016). Innovaciones organizativas, TIC y gobernanza del conocimiento: el caso de las plataformas digitales. En *Manual sobre la economía de Internet* (cap. XV, pp. 323-343).
- Arroyo Barrigüete, J. L., López Sánchez, J. I. y Sánchez-Seco Fernández, C. (2005). Efectos de red, economía y biología matemática. *Fuam*, 7(21).
- Bianco, M. F. (2017). Los derechos de explotación del contenido audiovisual y la entrada de las plataformas Over The Top (OTT): estudio caso Netflix. *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 100.
- Canals, A. y Hülskamp, I. (2020). Plataformas digitales: fundamentos y una propuesta de clasificación. *Oikonomics*, 14(4). https://comein.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero14/dossier/acanals_ihulskamp.html
- Corredoira, L. (6 de diciembre de 2018). Afectará a YouTube, a Netflix y a las TV por igual, aunque tardará en llegar. *El Confidencial*. https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribuna/2018-12-06/nueva-directiva-audiovisual-televisiones-mercado-digital-unico_1688682/
- Díez Estella, F. (2019). La aplicación del Derecho de la Competencia en la era digital: casos Google, Facebook, Apple/Shazaam y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019. En *Anuario de la Competencia 2019* (pp. 145-183). Civitas Thomson Reuters.
- Díez Estella, F. (2020). La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa? *Revista CEFLegal*, 229.
- Díez Estella, F. y Ribera Martínez, A. (2022). Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿El gran dilema en los nuevos mercados digitales? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(1), 169-195.
- García Leiva, M.^a T. (2019). Plataformas en línea y diversidad audiovisual: desafíos para el mercado español. *CIC. Cuadernos de Información y Comunicación*. Ediciones Complutense.
- Hein, A. (2019). *Digital platform ecosystems*. Springer.
- Pina Sánchez, C. y Mesa Sánchez, C. (2020). Digital Services Act: La Comisión Europea propone un nuevo marco normativo para Internet. *Mediatech Plataformas*. Garrigues Digital. https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-services-act-comision-europea-propone-nuevo-marco-normativo-internet
- Robles Martín-Laborda, A. (2017). Plataformas digitales y control de concentraciones: la



relevancia de los efectos de red. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/plataformas-digitales-control-concentraciones-la-relevancia-los-efectos-red>

Rochet, J. C. y Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 990-1.029.

Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2003). E-marketplaces: competencia entre mercados. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 228, 53-64.

Troncoso Ferrer, M. (2020). La Comisión presenta sus normas sobre mercados digitales (Digital Markets Act). *GA-P*. <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-comision-presenta-sus-normas-sobre-mercados-digitales-digital-markets-act/>

Tuñón, J. y Gambari, A. (2021). Plataformas audiovisuales digitales: las grandes vencedoras de la pandemia. [https://marketing.onlinebschool.es/Prensa/Informes/Informe%20Plataformas%20Digitales%20\(Tu%c3%b1%c3%b3n-Gambari\)%20final%20maquetaci%c3%b3n%203.pdf](https://marketing.onlinebschool.es/Prensa/Informes/Informe%20Plataformas%20Digitales%20(Tu%c3%b1%c3%b3n-Gambari)%20final%20maquetaci%c3%b3n%203.pdf)