



Las operaciones de concentración económica en mercados digitales: ¿un cambio de paradigma respecto a los datos de los usuarios?

Luis Daniel Ruiz Ruiz

Opositor al Cuerpo de Abogados del Estado (España)

luisdruiz.99@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0000-9756-570X>

Fernando Díez Estella (autor de contacto)

Profesor de Derecho Mercantil.

Universidad Nebrija (España)

fdieze@nebrija.es | <https://orcid.org/0000-0002-5011-0051>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

Extracto

La actual regulación comunitaria en el mercado digital, con un especial énfasis en las operaciones de concentración empresarial, está siendo objeto de un intenso debate doctrinal, convirtiéndose en uno de los principales retos regulatorios por parte de la Unión Europea. En un mercado dinámico y cambiante, se precisa una valoración global de cara al valor jurídico y económico de los datos de los usuarios para los operadores económicos. De este modo, si no se concede esta especial importancia a los datos, podemos derivar en posibles vulneraciones de bienes jurídicos protegidos. El tratamiento de los datos de los usuarios por las grandes plataformas digitales no solo puede suponer una vulneración de estos derechos, sino que también pueden derivar en la posición dominante de ciertos operadores económicos. Además, esta posición dominante puede traducirse en una política agresiva de eliminación de nuevos competidores a través de una adquisición temprana de operadores con suficiente innovación disruptiva, provocando una limitación a la libre competencia y coartando los efectos de innovación para el futuro.

Palabras clave: derecho de la competencia; mercados digitales; plataformas digitales; fusión; operación de concentración; datos.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-04-2024

Cómo citar: Ruiz Ruiz, L. D. y Díez Estella, F. (2024). Las operaciones de concentración económica en mercados digitales: ¿un cambio de paradigma respecto a los datos de los usuarios?. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 280, 5-36. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19023>



Economic concentration operations in digital markets: a paradigm shift regarding user data?

Luis Daniel Ruiz Ruiz

Fernando Díez Estella (corresponding author)

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

Abstract

The current European Union regulation in the digital market, with a special emphasis on business concentrations operations, has obtained one of the greatest doctrinal focus, becoming the main regulatory objective of the European Union. In a dynamic market, where most companies operate, we must have an implemented vision of each legal and economic value of user data for economic operators. Thus, if we do not focus a clear analysis on this importance of data, we can derive in possible violations of protected legal assets, so they can offer to the users of such data products and/or services determined to their needs. The digital market and user data may not only involve a violation of these rights, but may also result in the dominant position of certain economic operators as opposed to their competitors, in addition to the fact that this dominant position may result in an aggressive policy of extermination of new competitors through an early acquisition of operators with sufficient disruptive innovation, causing a limitation to free competition and limiting the effects of innovation for imminent future.

Keywords: competition law; digital markets; digital platforms; merger; M&A operation; data.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 18-04-2024

Citation: Ruiz Ruiz, L. D. y Díez Estella, F. (2024). Las operaciones de concentración económica en mercados digitales: ¿un cambio de paradigma respecto a los datos de los usuarios?. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 280, 5-36. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19023>



Sumario

1. El marco legal-económico de las concentraciones empresariales
 - 1.1. El régimen normativo sustantivo de control de concentraciones bajo la normativa española
 2. El régimen de control de concentraciones económicas en la Unión Europea y España
 3. El sistema de remisión a la Comisión Europea: especial referencia al artículo 22
 4. Las especificidades del ámbito digital
 5. La creciente importancia de los datos en las operaciones de concentración económica
 6. Las operaciones de concentración económica: especial referencia a las *killer acquisitions*
 - 6.1. Especial referencia a las *killer acquisitions*
 7. Evaluación de distintas operaciones de concentración económica en el seno de la Unión Europea
 - 7.1. Operación Apple/Shazam
 - 7.2. Operación Facebook/WhatsApp
 - 7.3. Operación Google/Fitbit
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. El marco legal-económico de las concentraciones empresariales

La economía digital se encuentra definida como el conjunto de todas aquellas actividades que utilizan internet como un medio esencial para ofrecer productos y servicios. Para poder encuadrar una actividad dentro de la llamada economía digital debemos atender a dos notas características: por un lado, el uso de internet para desarrollo de una actividad eminentemente empresarial; y, por otro lado, la vinculación directa entre el uso de internet y el producto ofrecido por la propia empresa. Ante todo, de esta forma podemos entender que, por ejemplo, los despachos de abogados no son considerados como parte de esta economía digital, en contraposición con lo que sucede con la empresa Amazon, actualmente considerada como una de las principales empresas en la economía digital (Allendesalazar Corcho, 2020).

Existen numerosas definiciones de las plataformas digitales, algunas de las cuales hacen un hincapié en la idea de la intermediación y su existencia de mercado bilateral o multilateral. Evans y Schmalensee las definen como «*a business that operates a physical or virtual place (a platform) to help two or more different groups find each other and interact*» (Evans y Schmalensee, 2016). Sin embargo, otros autores destacan que las plataformas digitales enmarcan unas reglas que regulan aquellas relaciones entre oferentes y demandantes¹.

De igual modo, un informe de la OCDE del año 2019 aborda el concepto de manera contradictoria y cambiante respecto de las anteriores definiciones, al tratar en particular la presencia de las economías de red, del siguiente tenor literal: «*Platforms are facilitators of exchange between different types of consumers that could not otherwise transact with each other; they mediate transactions across different but interdependent user groups subject to network effects*» (OCDE, 2019).

En todas las definiciones se observa que ninguna menciona la utilización de internet, lo cual es una carencia, ya que serán aplicables al modelo de negocio de las empresas actuantes en aquellos mercados bilaterales de la economía tradicional, por ejemplo, la bolsa de valores. Por ello, optamos por una definición que reconozca el papel tan relevante que desempeña internet en este tipo de plataformas, y en las concentraciones empresariales que trataremos

¹ Parker *et al.* (2016) las definen como «*a business based on enabling value-creating interactions between external producers and consumers*».

más adelante, y que supone una característica esencial en este ámbito. Todas las plataformas digitales a las que nos referiremos en el presente trabajo serán empresas donde los datos suponen un punto de partida en cuanto a sus concentraciones, donde se permite la conexión entre oferentes y demandantes y que su actividad genera valor para usuarios de uno de los lados. Por ello, consideramos que la definición ofrecida por la Comisión Europea (2016) (en adelante, CE) es mucho más acertada: «*Online platform refers to an undertaking in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups*».

Desde el punto de vista jurídico, las plataformas digitales suelen ser servicios de la sociedad de la información, toda vez que la Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre, las define como «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios» (Allendesalazar Corcho, 2020). Asimismo, el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, define las «plataformas en línea» como aquellos servicios que cumplen tres requisitos cumulativos: (a) que constituya un servicio de la sociedad de la información; (b) que permitan a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de que se inicien transacciones entre usuarios profesionales y consumidores; y (c) que se presente a usuarios profesionales en el marco de relaciones contractuales entre proveedor de servicios y usuarios profesionales que ofrecen bienes o servicios.

No obstante, el citado Reglamento 2019/1150 solo regula determinados aspectos de estas relaciones entre, por un lado, las plataformas digitales como unos servicios de intermediación y los motores de búsqueda en línea y, por otro lado, los usuarios profesionales que ofrecen aquellos bienes o servicios a los consumidores a través de plataformas digitales, cuya definición, hablando en puridad, se refiere a las plataformas que intermedian entre usuarios profesionales y consumidores (B2C), pero no a aquellas que intermedian entre usuarios profesionales (B2B) o entre consumidores (C2C) (Allendesalazar Corcho, 2020).

En los últimos años se puede observar cómo numerosas autoridades de competencia y expertos han debatido y elaborado informes sobre en qué medida y de qué formas los instrumentos tradicionales del derecho de la competencia² son eficaces frente a la problemática surgida de la economía y las plataformas digitales. A modo ejemplificativo, se puede observar en la compra de Fitbit por Google por valor de 2.100 millones de dólares, anunciada a finales del año 2019, que más adelante se tratará en profundidad (Allendesalazar Corcho, 2020).

² El derecho de la competencia puede ser perfectamente distinguido del derecho de protección de los consumidores Carolina Fernández Bustillo, en su obra *Defensa de la competencia en los mercados digitales*, define el derecho de la competencia como la «protección al buen funcionamiento del mercado», mientras que el derecho de protección de los consumidores se enmarca en proteger, en la esfera de sus derechos en el tráfico jurídico, «a la parte contratante considerada especialmente vulnerable».

Las autoridades de competencia creen que muchas de estas operaciones de concentración se pueden calificar como de *killer acquisitions* y, o bien han conseguido eludir aquellos mecanismos de control por no superar los umbrales de notificación, o bien los actuales criterios de valoración de los efectos de dichas concentraciones han sido insuficientes en su análisis de efectos a medio y largo plazo en el mercado. Se estaría así incurriendo en la política que a lo largo del tiempo las autoridades de competencia *más han tratado de evitar*: el *under enforcement* (Allendesalazar Corcho, 2020).

A continuación, debemos analizar los procesos de fusiones de dichas plataformas y cuáles son los umbrales de notificación de estas concentraciones. En la normativa española, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles regula las distintas operaciones, donde la que más nos atrae en este sentido es la fusión, regulada en los artículos 22 a 67 de la citada ley. Sin perjuicio de un análisis pormenorizado del procedimiento de fusión, a continuación se ofrecerá un análisis sucinto con los principales hitos del proceso (Juste, 2009, pp. 2-3): (a) los administradores deberán poner a disposición de los socios, en el domicilio social, un informe explicativo y justificativo de aquellos aspectos jurídicos y económicos de la operación, así como de todas aquellas consecuencias que puedan derivarse, un balance cerrado con, al menos, 6 meses a la fecha prevista de la reunión, el informe de los auditores y el proyecto de escritura o estatutos de la sociedad resultante; (b) en cuanto a la tutela de socios, la norma extiende el derecho de separación de aquellos socios que no voten a favor de la operación en todas las modalidades de sociedades, además de que no se hace depender el régimen de responsabilidad según el carácter gravoso para los socios; y (c) la publicación en el BORME y un diario oficial a nivel autonómico o local, reduciendo así el triple anuncio que aparecía en la anterior normativa para las sociedades anónimas.

De este modo, tanto el Reglamento (UE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, el Reglamento comunitario de concentraciones), como la legislación de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) contienen unos umbrales para determinar qué operaciones deben ser notificadas, al basarse en el volumen de negocios de las empresas partícipes en la operación (Allendesalazar Corcho, 2020). Con el objeto de maximizar los efectos de red y las economías de escala, el modelo de negocio aplicado por muchas plataformas digitales prima su crecimiento respecto de la rentabilidad en un corto plazo, lo cual es la principal razón de que muchas empresas digitales, aun alcanzando una gran cuota de mercado, no monetizan suficientemente su actividad.

Dicho ello, muchas operaciones de concentración realizadas en los últimos años no han sido objeto de análisis por no alcanzar los umbrales previstos por la normativa, donde la adquirente solía ser una de las conocidas como GAFA³. No obstante, se han encontrado diversas alternativas para la atribución de la competencia prevista en el Reglamento comunitario de concentraciones.

³ El término GAFA es el acrónimo con el que se conoce a Google, Apple, Facebook y Amazon.

El artículo 4.5 del Reglamento comunitario de concentraciones especifica que en caso de que una concentración sin dimensión comunitaria pueda ser susceptible de ser analizada, en virtud de las normas nacionales de la competencia por, al menos, tres de los Estados miembros, quien se encuentre en la obligación de presentar notificación podrá solicitar a la CE que sea ella y no las autoridades nacionales de competencia la que examine la operación. Un ejemplo de este tipo fue la operación Facebook y WhatsApp⁴, o la operación Google y DoubleClick⁵.

El artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones especifica que en el caso de que uno o más Estados Miembros pidan a la CE, en virtud de la «cláusula holandesa», que examine una operación de concentración que ha sido notificada, aunque no tenga una dimensión eminentemente comunitaria, sí puede afectar de manera significativa a la competencia en uno o varios de los Estados miembros. Un ejemplo de este tipo fue la operación Apple y Shazam⁶.

Aun con estas alternativas, algunas de las adquisiciones realizadas por cualesquiera de las empresas GAFa han conseguido escapar del control de concentraciones de la CE como, por ejemplo, la operación Google y Waze, que fue notificada al Reino Unido (antes del Brexit), pero no existía ninguna obligación de notificar ni aprobar dichas operaciones según la normativa de competencia británica.

1.1. El régimen normativo sustantivo de control de concentraciones bajo la normativa española

Entrando en el examen de la normativa de competencia a nivel español, debemos atender al artículo 8 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, la LDC), que, en particular, establece ciertos umbrales mediante los cuales existe una obligación de notificación de aquellas operaciones de concentración de empresas ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En particular, los umbrales de notificación del artículo 8.1 de la LDC están basados en una cuota igual o superior al 30 % del mercado relevante de producto o servicio y en la superación de una cantidad de negocios global de 240 millones de euros, siempre que individualmente hayan superado en España un volumen de 60 millones de euros.

Dicho ello, podemos apreciar cómo la legislación española establece unos límites con el objetivo de establecer la obligación o no de notificar la operación a la CNMC para que dicte su aprobación. La obligación de notificar al órgano encargado que, en España, es la CNMC (art. 9.1 LDC) aprecia la obligación de ello y, en caso de haberse notificado, no podrá realizarse la operación hasta que se haya obtenido la autorización (art. 9.2 LDC). Para ello,

⁴ Decisión de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, asunto M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

⁵ Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008, asunto M.4731, *Google/DoubleClick*.

⁶ Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018, asunto M.8788, *Apple/Shazam*.

el artículo 9.4 de la LDC determina quiénes son los obligados a notificar como, por ejemplo, en caso de una fusión, deberán notificar conjuntamente todas las partes intervinientes.

En el ámbito de control de concentraciones a nivel español, así como a nivel europeo, ha ido sofisticándose y obteniendo un mayor control con el objetivo de evitar unas altas cuotas de mercado que imposibiliten la relación económica entre los competidores.

De este modo, podemos observar cómo en Alemania y en Austria se introdujo en sus respectivas legislaciones nacionales un nuevo umbral en el año 2017, el cual se basa en el valor de las transacciones, que especifica que será en aquel momento en que la empresa adquirida tuviera una presencia sustancial en los mercados «domésticos» de dichos Estados miembros y el valor de la transacción supere los 400 millones en Alemania, o los 200 millones en Austria (Allendesalazar Corcho, 2020). La idea subyacente bajo estos nuevos umbrales, que no se han implementado en ninguna otra legislación nacional de la Unión Europea (UE), se encuentra en que en aquellas operaciones de concentración donde el adquirente paga un precio elevado a pesar de la baja facturación de la empresa adquirida, se presupone que ese precio tan elevado refleja el valor que la adquirente espera a futuro de la empresa adquirida.

En el siguiente epígrafe del presente *paper*, se ofrecerá un análisis pormenorizado del actual régimen normativo en cuanto al análisis de las operaciones de concentración económica.

2. El régimen de control de concentraciones económicas en la Unión Europea y España

El procedimiento de control de concentraciones económicas es un mecanismo de control de aquellas operaciones que supongan una limitación a la libre competencia, teniendo en cuenta las cuotas de mercado y el posible perjuicio al mercado. No obstante, aquellas concentraciones de especial relevancia como, por ejemplo, donde la sociedad absorbente constituye una cuota de mercado elevada que perjudica a la libre competencia de otras empresas sí será objeto de análisis, con el objeto de aprobar o no la misma (Marcos y Sánchez Graells, 2007).

Las principales razones del porqué se ha producido un incremento de las notificaciones de operaciones de concentración empresarial son: (a) la mundialización de la economía y cooperación internacional, mediante el aumento del número de notificaciones, que provoca un aprovechamiento de las economías de escala (Beneyto, 2001); y (b) el cambio legislativo en materia de los umbrales de notificación a nivel estatal y europeo.

En este sentido, la legislación comunitaria ha ofrecido un cambio en cuanto a los umbrales de notificación, como podemos observar en el artículo 1.2 del Reglamento comunitario de concentraciones, los cuales se formulan más adelante. No obstante, el Reglamento comunitario de concentraciones también menciona otro tipo de umbrales, si no se cumplen los ante-

riormente mencionados, por los que también serán objeto de análisis, los cuales son aquellos enunciados en el artículo 1.3 del Reglamento comunitario de concentraciones. Igualmente, podemos apreciar cómo el artículo 14 del 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 (DMA) establece la obligación de notificar cualquier operación de concentración cuando las partes o la empresa objeto presten servicios básicos de plataforma u otro tipo de servicios en el sector digital, así como cuando permitan la recopilación de datos.

Sin embargo, en el ámbito nacional, el artículo 7.1 de la LDC define una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas por: (a) la fusión de dos o más empresas independientes; (b) la adquisición de una empresa del control de la totalidad o parte de una o varias empresas; o (c) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control de una o varias empresas, siempre que estas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma. De este modo, cuando la LDC se refiere a empresa, debe entenderse como un «agente económico» que opera en el mercado mediante la oferta de servicios y productos a los usuarios (Marcos y Sánchez Graells).

El procedimiento se entiende iniciado una vez se presente el formulario, general o abreviado, de notificación de la operación de concentración. A estos efectos, se entiende que existe un proyecto común de la operación en ciertos casos (*i. e.*, en caso de una adquisición de control, desde que los partícipes de esta consienten en realizar dicha operación de concentración a través de la forma del acuerdo). Para ello, la CNMC tiene la potestad de requerir de oficio a los obligados a la notificación en un plazo de 20 días desde la recepción de requerimiento del organismo regulador.

Una vez presentado el formulario, será necesario que se abonen las tasas establecidas en la Ley 3/2012, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que diferirán en relación con el volumen de negocios de las sociedades.

El procedimiento de notificación y análisis dispone de tres fases subsidiarias, las cuales enumeramos a continuación. La primera fase se inicia con la notificación de la operación por las empresas partícipes, entregando los documentos explicativos (*i. e.* copia del contrato existente, entre otros), aunque la CNMC podrá requerir a instancia de parte cualesquiera otros documentos de especial interés para el análisis, lo cual interrumpe el plazo máximo de resolución. De este modo, la CNMC emitirá un informe de análisis con los extremos especificados en el artículo 10.1 de la LDC (*i. e.* estructura de los mercados relevantes, entre otros). La CNMC dispone del plazo máximo de un mes, desde la recepción de la notificación a la CNMC (*ex art.* 36.1 LDC en relación con el art. 57 LDC), y podrá: (a) autorizar la concentración; (b) subordinar la autorización al cumplimiento de ciertos compromisos; (c) acordar la iniciación de la segunda fase del procedimiento, siempre que entiendan que existe un riesgo de restringir la libre competencia; (d) acordar la remisión de la operación a la CE; o (e) acordar el archivo de las actuaciones.

En la segunda fase, será la Dirección de Competencia la encargada de realizar una nota sucinta a efectos de notificación de los participantes (*ex art. 58.1 LDC*). El plazo para resolver es de dos meses a contar desde la fecha en que el Consejo de la CNMC abre la apertura de esta (*art. 36.2, letra b, LDC*). Si la Dirección de Competencia aprecia obstáculos a la libre competencia, notificará un pliego de concreción de hechos a los partícipes para que, en un plazo de 10 días, formulen alegaciones (*art. 58.2 LDC*), así como una posible vista ante el Consejo de la CNMC, con carácter potestativo y a instancia de las partes (*art. 58.3 LDC*). El Consejo de la CNMC resolverá, en el plazo de 2 meses, acerca de la operación, y podrá: (a) autorizar la concentración; (b) subordinar la autorización al cumplimiento de ciertos compromisos; (c) prohibir la operación de concentración; o (d) acordar el archivo de las actuaciones.

La tercera fase está determinada mediante la elevación al Consejo de Ministros, vía el ministro de Economía, siempre que concurren razones de interés general (*i. e.*, interés del mercado y la competencia). El plazo máximo para dictar resolución y la posible elevación del asunto al Consejo de Ministros es de 15 días, a contar desde la recepción de la resolución en segunda fase por el Consejo de la CNMC (*art. 36.3 LDC*). Asimismo, el Consejo de Ministros dispone del plazo de un mes, a contar desde la resolución del ministro de Economía, para confirmar la resolución dictada por la CNMC o acordar la autorización de la concentración, con o sin compromisos (*art. 36.4 LDC en relación con el art. 60.4 LDC*). Por todo ello, existe una última propuesta que no pone fin a la vía administrativa hasta que se resuelva por el Consejo de Ministros acerca de la operación. Si transcurre el plazo de un mes y el Consejo de Ministros no ha adoptado y emitido una resolución, se entiende que la resolución dictada en segunda fase es ejecutiva y, por tanto, se pone fin a la vía administrativa (*art. 60.4 LDC*).

3. El sistema de remisión a la Comisión Europea: especial referencia al artículo 22

A modo de limitación de las operaciones de concentración, encontramos el sistema de ventanilla única (doctrinalmente conocido como *one-stop shop*), mediante el cual ciertas operaciones de concentración deberán ser notificadas a la CE para su análisis. Este sistema de remisión, a efectos del Reglamento comunitario de concentraciones, se determina en función del volumen de negocios de los partícipes en la operación.

De igual modo, el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones establece que, aun cuando no se alcanzan los umbrales, existen distintos umbrales que también determinan el alcance comunitario de la operación.

Esta remisión del análisis a favor de la CE puede ser realizada de dos maneras: (a) una remisión prenotificación, de modo que aquellas operaciones que en, al menos, tres Estados miembros deban ser analizadas por las autoridades competentes, pueden elevar dicha cuestión a la CE (*art. 4.5 Reglamento comunitario de concentraciones*); y (b) una remisión posnotificación, de modo que los Estados miembros podrán elevar esta cuestión a análisis en dos

casos, por un lado, si la operación amenaza de manera significativa la competencia en el mercado de dichos Estados miembros y, por otro lado, si la operación se realiza a instancias de un mercado definido y afecta a su libre competencia (Engra Moreno y Rodríguez Encinas, 2006).

De igual modo, el Reglamento comunitario de concentraciones permite a otros Estados miembros a adherirse a la solicitud inicial presentada por otro en un plazo de 15 días hábiles, a contar desde que se haya recibido la información por parte de la CE acerca de la solicitud inicial.

El Reglamento comunitario de concentraciones introduce una mayor flexibilidad en la tramitación de los expedientes de operaciones de concentración, de modo que aumenta los plazos iniciales en dos sentidos (Engra Moreno y Rodríguez Encinas, 2006): (a) si los partícipes en la operación de concentración ofrecen compromisos en primera y segunda fase con el objetivo de su aprobación, el plazo se ampliará a 10 días y 15 días en primera y segunda fase, respectivamente; y (b) durante el procedimiento en segunda fase, si es solicitado por los partícipes, o a instancia de la CE con aprobación de los partícipes, se podrá conceder un plazo adicional de 20 días para la pertinente investigación.

Este sistema de remisión no podrá superar los 35 días y los 25 días en primera y segunda fase, respectivamente. De igual modo, el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones establece el sistema de remisión de los Estados miembros a la CE. En especial, el citado artículo permite que uno o varios Estados miembros soliciten el análisis de la operación a la CE, siempre que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar significativamente a la competencia en el territorio remitente (DOUE, 2021).

4. Las especificidades del ámbito digital

En las operaciones de concentración económica hay un factor a tener en cuenta y que puede ser determinante de cara a la regulación futura, el cual es la especificidad de los mercados digitales y la razón de por qué no debe ser tratado igual que un mercado tradicional de operación de las empresas. En el presente epígrafe haremos un hincapié en el tipo de plataformas en relación con la diversidad de los sectores de operación y los distintos modelos de negocio.

Así, las plataformas digitales, atendiendo a su relación con los usuarios y la influencia en el modelo de negocio, se distinguen entre (Allendesalazar Corcho, 2020): (a) *plataformas transaccionales (matchmakers)*, las cuales actúan únicamente como intermediarias entre dos grupos de usuarios y facilitan la realización de aquellas transacciones que se quieran realizar entre ambos grupos; (b) *plataformas no transaccionales*, las cuales no intermedian en transacciones directas entre grupos de usuarios y, por lo tanto, no obtienen la información de la operación. Este tipo de plataformas se financian mediante la publicidad, vendiendo así a los anunciantes el tiempo de sus espectadores o usuarios (denominado *eyeball*) y, a su vez, los usuarios encuentran aquellos productos o bienes que son de su interés; y (c) *ciertas plataformas que no siguen ninguna de las anteriores características* y, por tanto, es simultá-

neo en cuanto al modelo de negocio como, por ejemplo, la empresa Spotify, que ofrece dos servicios: un servicio gratuito denominado como estándar, donde el usuario paga aceptando las interrupciones de carácter publicitario; y un servicio de pago o de suscripción *premium*, donde el usuario no tiene los emplazamientos publicitarios (Allendesalazar Corcho, 2020).

De otro modo, las plataformas digitales pueden ser analizadas en función del tipo de producto ofrecido y el modelo de negocio de la empresa (Dittricht, 2018). A continuación, se incluye un cuadro de análisis.

Tipo de plataforma	Modelo de negocio	Ejemplo
Mercados en línea	Comisiones por transacción	Amazon / eBay / Booking
Plataformas colaborativas o de economía compartida	Comisiones por transacción	Uber / Airbnb / Bla-Bla Car
Plataformas de colaboración	Publicidad y/o suscripción	Skype / WhatsApp
Redes sociales	Publicidad y/o suscripción	Facebook / LinkedIn / Twitter
Motores de búsqueda	Publicidad	Google Search / TripAdvisor
Agregadores de noticias	Publicidad	Google News
Plataformas para compartir música o vídeo	Publicidad y / o suscripción	Spotify / YouTube / Apple Store
Tiendas de aplicaciones	Comisiones por transacción	Google Play / Apple Store
Sistemas de pago	Comisiones por transacción	Paypal / Apple Pay

Las características de las plataformas digitales son múltiples. En primer lugar, respecto de los efectos de red positivos, toda vez que se aumenta el número de usuarios. No obstante, no es una característica única de las plataformas digitales, sino que también se puede observar en el sector de las telecomunicaciones, mediante la llamada Ley de Metcalfe, según la cual un valor de red aumenta de manera exponencial con el número de usuarios adscritos al sistema (la llamada formulación n al cuadrado)⁷. Los efectos de red pueden ser: (a) directos, donde la utilización de la plataforma por el grupo de usuarios adscritos aumenta si usan el mismo producto o servicio; o (b) indirectos, donde el aumento de un grupo de usuarios en la plataforma digital entaña y beneficia a todos los demás usuarios del otro lado de la plataforma y viceversa.

En segundo lugar, respecto de los precios asimétricos y las subvenciones cruzadas entre los usuarios, donde se aplica una estructura de precios a cada uno de los grupos de usua-

⁷ Se trata de una formulación inicial sencilla de la Ley de Metcalfe, que ha sido revisada, dando lugar a la consideración de que los usuarios no se dan un valor a sí mismos en el sistema.

rios de la plataforma. En este caso, existe un tipo de estrategia de precio cero, en especial en el ámbito de las redes sociales (*i. e.*, Twitter o Instagram), donde no se cobra a los usuarios por la creación de datos, sino que el beneficio procede del emplazamiento publicitario ofrecido en la propia plataforma. Ello deriva en la posibilidad de beneficiarse de economías de alcance, basadas en la reducción de los costes de producción en caso de que una empresa produzca dos o más bienes de manera conjunta.

En tercer lugar, en relación con la captación y utilización intensiva de datos. De esta forma, las plataformas digitales se diferencian de otros modelos de negocio mediante la afirmación de que los datos suponen el mayor potencial de estas. En este punto, debemos recordar la afirmación realizada por el antiguo directivo de Amazon, del siguiente tenor literal: «*They happen to sell products, but they are a data company*»⁸.

Por último, respecto de la creación de una innovación disruptiva⁹, toda vez que afectan a una determinada industria o modelo de negocio específico que hace un cambio drástico y sin precedentes antes visto, anonimizando los productos o servicios. Ello está interconectado con la tendencia a la competencia *schumpeteriana* por el mercado, toda vez que en el nuevo mercado tecnológico la empresa que obtiene un mayor beneficio automáticamente posee una cuota de mercado significativamente importante con respecto de las demás y, por tanto, mantiene su posición con la posibilidad de eliminar a sus competidoras de forma casi instantánea.

Con respecto a la nueva DMA, se especifica en su artículo 2 (2) que únicamente será aplicable a los denominados «servicios básicos de plataforma»: (a) servicios de intermediación en línea; (b) motores de búsqueda libre; (c) servicios de redes sociales en línea; (d) servicios de plataforma de intercambio de vídeos; (e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; (f) sistemas operativos; (g) navegadores web; (h) asistentes virtuales; (i) servicios de computación en nube; y (j) servicios de publicidad en línea.

5. La creciente importancia de los datos en las operaciones de concentración económica

Si partimos de la definición más sencilla del significado de datos como aquella «información en un formato electrónico que puede ser almacenada y tratada por una computadora con el único objeto de facilitar la toma de decisiones», podemos distinguir en función del tipo de infor-

⁸ J. Thompson, citado por Kelion (2020).

⁹ Para la Comisión Europea, la innovación disruptiva es definida del siguiente tenor literal: «*Disruptive innovation encompasses any innovative concept, product and service that create new markets by applying new sets of rules, values and models which ultimately disrupt and/or overtake existing markets by displacing earlier technologies and alliances*». https://wayback.archive-it.org/12090*/https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-disruptive-innovation

mación contenida entre: (a) datos personales; (b) datos no personales; y (c) conjunto de datos mixtos (Allendesalazar Corcho, 2020). No obstante, cuando hablamos de datos, se entiende cualquier representación simbólica (*i. e.*, numérica, alfabética, algorítmica, espacial o cualquier otro tipo) de un atributo o variable cuantitativa o cualitativa (López-Lapuente Gutiérrez, 2021).

Los datos personales son definidos por el artículo 4.1 del 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 (en adelante, el RGPD) del siguiente modo: «toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado) [...]». En contraposición, la definición de dato no personal no aparece reflejada en el RGPD, por lo que su definición debe entenderse, por exclusión, como cualquier dato puramente industrial, financiero o referido exclusivamente a personas jurídicas (López-Lapuente Gutiérrez, 2021).

Asimismo, otra categoría de datos es el dato anonimizado en contraposición con el dato seudonimizado. El dato anonimizado se refiere a aquellos datos que han perdido su capacidad de identificar a una persona física, de modo que las empresas y agentes económicos pueden comenzar la utilización de aquellos¹⁰. En contraposición, los datos seudonimizados se refieren a aquellos que se podrían atribuir a una persona física mediante de utilización de determinada información adicional (*i. e.*, la codificación de una base de datos de clientes de una empresa donde el único dato identificativo es un código numérico que solo conoce la empresa) (López-Lapuente Gutiérrez, 2021).

También es relevante la distinción entre dato y metadato. El metadato se refiere a la información que describe otros datos, es decir, los datos sobre datos, de forma que un activo digital (*i. e.*, una fotografía en formato .jpg) puede generar e incluir en el archivo que lo conserva metadatos relativos a la geolocalización donde se realizó (López-Lapuente Gutiérrez, 2021).

La UE está adoptando abundante normativa en materia de protección de datos, y también nuestro país, como por ejemplo la estrategia «España Digital 2025», presentada en 2021, que incluye 10 ejes estratégicos para la necesidad de «transitar hacia una economía del dato» (López-Lapuente Gutiérrez, 2021). Este enfoque dado desde la UE a la economía y la sociedad digital se fundamenta en tres pilares, que tienen como objetivo que la UE aproveche esta digitalización y dé a sus ciudadanos, empresas y administraciones el control de dicha transformación, las cuales son: (a) la tecnología al servicio de las personas; (b) una economía digital justa y competitiva; y (c) una sociedad abierta, democrática y sostenible.

¹⁰ No obstante, las garantías para que un dato sea anonimizado no son nada corrientes, por ello, la Agencia Española de Protección de Datos ha establecido, en sus *Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales*, que es necesario prever las posibles consecuencias de una eventual reidentificación de las personas que pudiera generar un perjuicio en cuanto a sus derechos, haciendo especial hincapié en que caracteres como el nombre o datos de localización, una vez suprimidos, no hacen automáticamente que el dato sea anonimizado.

La Estrategia Europea de Datos se plasmó en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulado «Una Estrategia Europea de Datos», el 19 de febrero de 2020, que plasma el dato digital como una de las prioridades legislativas de la UE. En dicha comunicación se habló del riesgo de concentración de datos en un número limitado de operadores, por lo que se estableció como un objetivo la creación de un mercado único de datos que permita que estos fluyan libremente por la UE y entre sectores, en beneficio de empresas, investigadores y Administraciones públicas, preservando el elevado nivel de privacidad, protección, seguridad y ética.

6. Las operaciones de concentración económica: especial referencia a las *killer acquisitions*

En el caso de que una concentración económica supere los umbrales establecidos por la normativa europea, deberá ser notificada a la autoridad de competencia competente con el objetivo de que, mediante un previo análisis de la operación concernientes, apruebe o no dicha operación. En este punto, existen distintos puntos de vista, métodos o alternativas, las cuales pasaremos a analizar con ejemplos prácticos.

En primer lugar, respecto del dilema de las autoridades de competencia, que no es exclusivo en el campo del mercado digital, sino que se extiende también a los mercados tradicionales de operación de las empresas. En caso de que se defina el mercado como estrecho, donde cada empresa posee una alta cuota de mercado, debemos reconocer que son competidores directos entre ellos y, por tanto, la operación no define un solapamiento ni disminución de la competencia. Pero si, por el contrario, hablamos de unos mercados íntimamente estrechos y una concentración horizontal, donde las empresas sí son competidoras directas, dicho mercado no solo comprende a las mercantiles operantes, sino a otras competidoras que resultarán afectadas por la operación, donde se producirá una disminución de los indicadores de poder de mercado de las mercantiles y unos efectos de la operación basados en la cuota de mercado y el índice HHI¹¹.

Las operaciones de concentración entre plataformas de carácter digital presentan ciertas características que múltiples autores (Allendesalazar Corcho, 2020) han calificado como retos a la hora de definir sus mercados de referencia, toda vez que, al actuar en mercados bilaterales, ¿cómo deberíamos definir un único mercado que determine ambos lados o aquellos otros que se encuentren íntimamente relacionados? De este modo, debe definirse un único merca-

¹¹ Índice Herfindhal-Hirschman, que se refiere a aquel indicador que permite medir el grado de concentración económica en el mercado, de manera que el delta se trata del indicador de grado de concentración del mercado que directamente deriva de la operación de fusión.

do de carácter intermediador entre ambos lados¹², dado que observamos la indispensabilidad de los productos de ambos lados y cómo se consumen en una proporción de carácter fija como complementos perfectos, pero por usuarios debidamente determinados y diferenciados.

En segundo lugar, encontramos otra dificultad referida a la utilización por numerosas plataformas digitales de las estrategias de precio cero, lo que dificulta que el denominado SSNIP test, que busca únicamente definir los mercados relevantes en función de la elasticidad de la demanda frente al posible incremento del precio pequeño, pueda aplicar dicha teoría en aquellas plataformas que utilicen este tipo de estrategia determinada.

Frente a los anteriores problemas tratados, se ofrecen dos alternativas (Allendesalazar Corcho, 2020): (a) la estimación de la evolución de la demanda si la calidad del producto se degradase en una pequeña porción, pero de tal manera significativa y no transitoria, lo que se denomina como SSNQD test, pero esta alternativa no es lo suficientemente compartida en el ámbito doctrinal, aunque su funcionamiento es interesante, y tal es así que podemos observar cómo Google ha derrocado a otros motores de búsqueda (*i. e.*, Yahoo! o Mozilla Firefox) en atención a la calidad de carácter superior de los algoritmos utilizados y la experiencia y servicios que ofrece a los usuarios; y (b) el SSNIC test, que mide el efecto en el coste para los consumidores de las plataformas digitales. No obstante, el precio que estamos tratando de analizar se mide mediante los siguientes elementos: (a) los datos que el consumidor facilita de manera activa a las plataformas con el ánimo de uso; y (b) la atención que presta la publicidad de la plataforma a los usuarios.

Ambas alternativas adolecen de un claro efecto negativo, por lo que todavía su uso no está muy extendido, ya que imposibilita la definición y la capacidad de medir el incremento pequeño pero significativo en los determinados costes de la plataforma (Mandrescu, 2018). Por ello, las autoridades de competencia han definido los mercados con base en la funcionalidad de los servicios ofrecidos por las empresas. Así, tenemos el ejemplo de la Decisión de la Comisión Europea del 2014 en la concentración entre Facebook y WhatsApp, donde en la primera ya operaban otras dos plataformas, Messenger e Instagram, donde consideró que dichos servicios eran «en todo caso, competidores lejanos»¹³, por lo que procedió a la autorización de la concentración sin compromisos en prima fase.

Además, a la vista de cómo se han producido algunos falsos negativos en el análisis de las operaciones de concentración económica, la CNMC ha establecido ciertas pautas para el criterio sustantivo en su análisis, desglosando el test del SIEC establecido en el artículo 2 del Reglamento 139/2004.

¹² Postura seguida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en su sentencia de 25 de junio de 2018, *Ohio et al. V. American Express Co et. Al.*, y seguido por Evans y Schmalensee (2019).

¹³ Texto original: «*If anything, distant competitors*». Nota de prensa IP/14/1088 de la Comisión Europea al autorizar la concentración entre Facebook y WhatsApp.

Así, el informe Crémer concluyó que el SIEC permite un mejor y más adecuado análisis de las concentraciones de las plataformas digitales, toda vez que una plataforma con una posición dominante en el mercado se beneficia de una manera real y directa de los efectos de red positivos. Además, a partir también del artículo 2.5 del Reglamento comunitario de concentraciones, se establece una referencia y análisis pormenorizado en dos casos concretos de concentraciones entre empresas: (a) si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en un mismo mercado que el de la empresa en participación o en un mercado relacionado, ascendente o descendente; o (b) si la coordinación derivada de la creación de la empresa en participación permite a las empresas afectadas eliminar la competencia en cuanto a una parte considerable de los productos o servicios.

Por ejemplo, en nuestro país encontramos que la CNMC ha aprobado sin ningún inconveniente muchas operaciones de concentración económica, toda vez que entendió que no se producía una restricción en la competencia total, pero sí de manera parcial, que no era obstáculo suficiente para su rechazo. Por ejemplo, la adquisición por Easypark del control exclusivo de determinados activos de Ivia (Allendesalazar Corcho, 2020). Ambas empresas actuaban en el mercado de servicios de cobro en áreas de estacionamiento mediante regulación de aplicaciones móviles, donde este mercado es de carácter local, ya que los ayuntamientos son aquellas que proceden a la regulación de los servicios SER. En este caso, la CNMC autorizó la operación de concentración en primera fase y sin compromisos, toda vez que entendió que los usuarios finales podrían cambiar por cualquier otra aplicación distinta de la afectada por la operación de concentración sin ningún coste adicional, y haciendo lo que se denomina *multihoming*, que se trata de una configuración web que afecta a dos *internet service providers* distintas. La CNMC argumentó que la barrera de entrada es de carácter administrativa, en tanto en cuanto se constata por la entrada y autorización de gestión de una SER, y no se produce una restricción técnica o económica en el ámbito de desarrollo de aplicaciones móviles y, por tanto, fue autorizada en primera fase y sin compromisos mediante Resolución de 5 de diciembre de 2019.

Un ejemplo de operación de concentración económica que fue aprobada en primera fase y sin compromisos, al igual que la anterior, pero esta vez en un caso de solapamiento horizontal, fue la adquisición de Apax Partners Llp del control exclusivo de Idealista en el año 2015. Esta operación se aprobó sin condiciones mediante Resolución de la CNMC de 1 de septiembre de 2015, al entender que mediante la compra del 100 % de acciones de Idealista, la expresa Apax controlaría el 91 % del capital social, mientras que el 9 % restante de capital sería propiedad de los fundadores de Idealista. Por ello, la operación fuera aprobada, en virtud del artículo 57.2 a) de la LDC, por lo que quedó fuera de la autorización el pacto de confidencialidad de los vendedores, con efecto similar a un pacto de no competencia, que figuraba en el contrato de compraventa, en el periodo de dos años desde la ejecución de la operación¹⁴.

¹⁴ Resolución de 1 de septiembre de 2015 (Expte. C/0680/15 Apax - Idealista).

6.1. Especial referencia a las *killer acquisitions*

En el actual marco del derecho de la competencia es bastante usual escuchar un determinado tipo de operación de concentración denominado como *killer acquisitions* o «fusiones asesinas», que significa la adquisición de otra con el objetivo de eliminar del mercado su competencia proyectada.

Así, la expresión *killer acquisitions* se refiere a una concentración económica de dos empresas, generalmente la empresa adquirente y la empresa adquirida (a menudo, una *startup* con innovación disruptiva), en la que el objetivo real o presunto del comprador se refiere a la reducción de la potencial competencia que va a tener que hacer frente, y dejando de lado las razones de incremento de eficiencia y capacidad de competir en el mercado (Allendesalazar Corcho). Si bien, una parte de la doctrina considera que el uso del término y acepción de *killer acquisitions* debería usarse en la definición de una concentración económica, siempre que cumpla dos condiciones cumulativas¹⁵: (a) que el adquirente se haga con un competidor potencial que tenga un proyecto de carácter innovador en una fase de incipiente desarrollo, o lo que llamamos como fase inicial de proyectos; y (b) que dicho adquirente ponga fin a este proyecto innovador con el fin de evitar su sustitución en el mercado.

La definición de esta modalidad de operación de concentración supone aquella operación económica donde la empresa adquirente absorbe a la empresa adquirida con el único fin de eliminar la competencia potencial que pueda suponer en el mercado operativo, y desvirtuando el proceso innovador que caracteriza a estos mercados para afianzar su posición dominante.

Este tipo de operaciones de concentración no suele ser objeto de análisis por las autoridades de competencia, toda vez que no supera los umbrales establecidos. Además, no conlleva sustancialmente unas eficiencias específicas al mercado, debido a que su único fin es eliminar potencialmente al futuro competidor. No obstante, ciertos autores han observado (Rafael Allendesalazar Corcho) que, en ciertas ocasiones, este tipo de operación concreta puede conllevar una eficiencia derivada de la reducción de competencia en el mercado.

Un ejemplo de esta eficiencia tratada a través de las *killer acquisitions* puede ser una innovación tecnológica, que solo podrá lograrse en caso de adquirir la empresa con una innovación disruptiva a efectos futuros. Por ello, no se habla de «matar» a la empresa adquirida, sino de «integrar» su innovación en el objeto de la empresa adquirente con el objetivo de potenciar el elemento tecnológico y crear un mayor poder en el mercado (Cunningham *et al.*, 2018, p. 5).

Asimismo, podemos hablar de otro tipo de operaciones que se asemejan a las *killer acquisitions* como, por ejemplo, las *acquirehire acquisitions*, que tienen por objeto principal la con-

¹⁵ Informe Crémer, cita 8.^a, p. 117.

tratación de los empleados de la empresa adquirida por suponer un activo exponencialmente valorable para el afianzamiento en el mercado. Una especial problemática de este tipo de operaciones reside en el desincentivo a la innovación como teoría del daño, contrario a la política que se sigue en la actualidad de fomentar un *innovation space* y una *competition innovation*.

En este sentido, las empresas compiten en el mercado mediante la innovación y emergencia de nuevas tecnologías que ayuden a su consolidación de poder en el mercado (*market position*). Cuando los innovadores son adquiridos por otra empresa, pueden surgir los siguientes problemas: (a) que la innovación disruptiva no llegue a desarrollarse de forma óptima para aquella que fue pensada o, incluso, obsoleta; y (b) que la empresa adquirente pueda no buscar una eficiencia en sus productos o servicios y su único fin sea eliminar la posible competitividad en cuanto a su posicionamiento en el mercado.

Estos nuevos tipos de operaciones pueden observarse en pequeños actores del mercado, es decir, nuevas empresas con una capacidad de innovación latente que podría derrocar a alguna de las llamadas GAFAs, pero que una vez es de notoria atención, son automáticamente absorbidas por cualesquiera de ellas para evitar el riesgo competitivo que suponen. Así pues, se genera un desincentivo a una nueva entrada potencial tecnológica, toda vez que al alcanzar unos estándares que pueden ser considerados como peligrosos para empresas con poder en el mercado, surge la presión de las empresas adquirentes, quienes conforman una confrontación agresiva con el ánimo de su adquisición.

Esta teoría del daño de las *killer acquisitions*, propias específicamente del ámbito digital, es a veces difícil de sistematizar, toda vez que las características de estos mercados son las bajas barreras de entrada y su alto dinamismo, lo que complica el análisis económico y la elaboración de una predicción exacta de los efectos que la concentración causará en el futuro.

Se puede apreciar en un ejemplo práctico (aunque no del ámbito digital) en los Estados Unidos: en el año 2017 la FTC¹⁶ acusó a un laboratorio de una monopolización en el mercado, en el marco de la adquisición de un pequeño competidor potencial. Debemos señalar que, con anterioridad a la entrada de dicho competidor, el laboratorio ya poseía el control absoluto del mercado gracias a un medicamento especial y, una vez apareció este potencial competidor, adquiriéndolo erradicó su potencial competencia a futuro y consolidó su poder de mercado.

En conclusión, como en tantas otras áreas de este derecho, el carácter de potenciales competidores radica en el análisis del mercado, y se precisa examinar si la irrupción de la nueva empresa comprende una innovación tecnológica o una potencial competición en cuanto al marco y posición establecido por la empresa ya instalada y dominante.

¹⁶ La Comisión Federal de Comercio es un organismo de carácter independiente de los Estados Unidos de América que vela por los derechos de los consumidores y la supresión de las prácticas que dañen la libre competencia en el mercado.

7. Evaluación de distintas operaciones de concentración económica en el seno de la Unión Europea

Tras este análisis general del régimen de fusiones bajo la normativa española, el régimen de control de concentraciones en virtud de la LDC, así como el Reglamento comunitario de concentraciones, y el análisis de las especificidades del mercado y ámbito digital, parece evidente la importancia de una evaluación propia y específica de las distintas concentraciones que se han realizado a lo largo del tiempo.

Como referente principal debemos establecer que la operación Apple y Shazam fue el primer momento donde se determinó la importancia del análisis de los datos en el objeto de la operación de concentración y que, a continuación, pasaremos a analizar.

De esta forma, la empresa dominante no actúa como un regulador en el mercado de producto o servicio con el ánimo de limitar la competencia y establecer una posición dominante, que, ambas ideas, son claramente consustanciales a la restricción de la libre competencia (Díez Estella, 2020).

7.1. Operación Apple/Shazam

Como primer eslabón en cuanto a las operaciones de concentración económica, analizaremos la adquisición de la empresa británica Shazam por parte de la empresa estadounidense Apple. Dicha operación fue aprobada por la CE mediante su Decisión de 6 de septiembre de 2018 (case M.8788 – *Apple/Shazam*).

La empresa estadounidense Apple, antes de la adquisición, venía operando en el servicio de *streaming* a través de su plataforma Apple Music, el cual era considerado como el segundo servicio de *streaming* a nivel mundial más utilizado por los usuarios. De otro modo, Shazam no es considerada una aplicación de *streaming*, pero sí que analiza la música reproducida con el ánimo de reconocerla y ofrecerla a los usuarios que hagan uso de su plataforma.

Es importante explicar la principal utilización de Shazam, mediante la cual los usuarios identifican una canción al disponer de la aplicación encendida mientras se reproduce una canción en otro dispositivo, donde el carácter finalizador es ofrecer el título artístico y su autor al usuario con el ánimo de difundir y reproducir la música. Asimismo, Shazam, en el interior de su interfaz operativa, también ofrece a sus usuarios enlaces web a servicios de *streaming*, tales como Apple Music, YouTube o Spotify, de manera que no solo se limita a la difusión de títulos artísticos, sino que ofrece de manera alternativa, vía publicitaria, las plataformas íntegramente relacionadas para poder escuchar aquella música que busca el usuario (Prat y Vila, 2018).

En términos de mercados de referencia de ambas plataformas, de cara al análisis de esta operación, las actividades comerciales más relevantes, para el análisis de la CE, fueron

(DOUE, 2018, p. 2): (a) Apple desarrolla sistemas operativos para diversos dispositivos con el ánimo de que terceros puedan desarrollar aplicaciones y soluciones de *software* al mismo tiempo; (b) Shazam encuadra sus actividades principales en la provisión, con carácter automático, de soluciones de *software* en el reconocimiento de contenido (ACR), que incluye aplicaciones de reconocimiento artístico-musical; (c) Apple presta servicios de distribución de música digital; (d) ambas empresas incluyen en sus actividades, entre otras, la concesión de licencias de los datos musicales; y (e) ambas empresas se dedican a la prestación de servicios de publicidad en línea.

En la Decisión de 6 de septiembre de 2018, la CE definió los mercados de producto y geográfico con base en las siguientes premisas:

- a) Las plataformas de soluciones de *software*. En esta línea, la CE estableció que la empresa Apple se encarga del desarrollo de sistemas operativos en distintos dispositivos, tales en cuanto a desarrollo y solución de aplicación de *software*, por ejemplo, con el reconocimiento musical de la aplicación Shazam, se consagra el término de llegar a los usuarios finales de Apple con el desarrollo y la solución de ofrecer dicho servicio de reconocimiento y reproducción artística. Por ende, la CE consideró que los mercados de productos de referencia eran: (a) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para PC; (b) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para dispositivos móviles de carácter inteligente; (c) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para dispositivos portátiles inteligentes, tales como Apple Watch; (d) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para relojes inteligentes; y (d) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para televisores inteligentes (DOUE, 2018).
- b) Los servicios de distribución de música digital, para lo que la CE estableció que los modelos, con carácter predominante, en los servicios de distribución de música digital son la transmisión digital o *streaming* (i. e., Shazam), y la descarga de música (i. e., UTorrent)¹⁷.
- c) Las soluciones de *software* ACR incluyendo aplicaciones de reconocimiento de obras artísticas-musicales. Las soluciones de *software* ACR consisten en una tecnología identificativa de sonido que utiliza el micrófono del dispositivo para reconocer el contenido que está reproduciéndose y, por tanto, ofrecer al usuario el contenido que está buscando (DOUE, 2018).
- d) La concesión de licencias relativas a los datos musicales. En este punto, la aplicación Shazam publica y concede unas licencias a propósito de unas estadísticas elaboradas con carácter previo, teniendo en cuenta los datos de carácter

¹⁷ Decisión de la Comisión de 15 de junio de 2015 en el asunto M.6800-PRRfM/STIM/GEMA/JV, considerando 13 y nota a pie de página número 85.

musical que, indispensablemente, sirve para la identificación de las canciones y artistas que poseen una notoriedad en este campo. A este respecto, la CE dejó abierta esta cuestión, debido a que no pudo ser objeto de análisis, toda vez que si iba dirigido a usuarios profesionalizados en este tipo de búsquedas o si, por el contrario, no había una distinción específica, se ofrecía este consumo a todos aquellos usuarios que utilizaban la plataforma (DOUE, 2018).

- e) La publicidad en línea de la plataforma dejó abierta una cuestión bastante importante, es decir, al tratarse de un mercado debidamente referenciado, no se encontraba una clara posición de si dicha publicidad iba dirigida a los aficionados de la música que utilizaban la aplicación o si, por el contrario, era un servicio destinado a ofrecer servicios complementarios a usuarios polivalentes y que utilizaban la aplicación con maestría.

Aun cuando esta operación no superaba los umbrales de notificación impuestos en el Reglamento comunitario de concentraciones, sí fue objeto de notificación y análisis, debido a que el 6 de febrero de 2018 se confirmó el análisis de la operación a petición de las autoridades de competencia de Austria, Francia, Islandia, Noruega, España y Suecia, en virtud de la aplicación del mecanismo de remisión del artículo 22.1 del Reglamento comunitario de concentraciones, dado que se consideró que la operación sí podía afectar de manera negativa a la competencia en el Espacio Económico Europeo (EEE) (Prat y Vila, 2018).

La operación fue notificada por la empresa adquirente (*i. e.*, Apple) el día 23 de abril de 2019, y a partir de entonces la CE comenzó a la verificación de los siguientes aspectos: (a) si Apple tendría acceso a datos comerciales sensibles sobre clientes de sus competidores que podría utilizar para incentivar de manera activa a que cambiaran al servicio de Apple Music; y (b) si los competidores de la plataforma Apple Music podrían verse perjudicados de alguna manera en caso de que Shazam dejara de redirigir a sus usuarios a otras aplicaciones competidoras de Apple Music y, por tanto, solo redirigiera a dicha plataforma de la adquirente.

Tras seis meses de investigación por la CE, se concluyó que la nueva entidad resultante no tendría ningún tipo de capacidad de excluir a los competidores de Apple en el mercado, entre los que se incluyó la aplicación Spotify o Deezer. Además, la CE señaló, en referencia a la fuente utilizada, que la entidad: (a) no tendría capacidad para excluir a competidores de Apple mediante el acceso a datos comerciales de los clientes; (b) no tendría capacidad para excluir a los competidores de Apple mediante la restricción de acceso a Shazam; y (c) que la integración de ambas no otorgaría una ventaja a la nueva entidad (Prat y Vila, 2018).

Mediante el análisis de esta operación ha quedado probada la importancia de la economía digital y el tratamiento de datos en un mercado innovador, donde las empresas no circunscriben sus operaciones en mercados tradicionales, sino que hacen uso de los datos para ofrecer productos y servicios de forma personal con base en sus necesidades y búsquedas realizadas.

7.2. Operación Facebook/WhatsApp

La segunda operación objeto de análisis en el presente trabajo será la operación de concentración de Facebook y WhatsApp, que, indudablemente, tuvo cierta notoriedad en el ámbito del Derecho de la Competencia. A continuación expondremos una sucinta introducción de ambas plataformas antes de analizar la operación.

Facebook es una red social fundada en el año 2004 por un estudiante de Harvard que buscaba un incentivo económico, sin llegar a imaginar la trascendental importancia que tendría a lo largo del tiempo dicha plataforma. Esta compañía, con sede en Silicon Valley (San Francisco, EE.UU.) cuenta en la actualidad con más de 6.800 empleados y posee más de 1.250 millones de usuarios en activo por mes en todo el mundo. Asimismo, no olvidemos que Facebook fue valorada por un precio de 104.000 millones de dólares en su salida a bolsa en el año 2012 (Jiménez Falcón, 2014, p. 20). Por su parte, WhatsApp es una empresa fundada en el año 2009 en Silicon Valley (San Francisco, EE.UU.), compuesta por 35 empleados y diseñada por 32 ingenieros, dedicada al servicio de mensajería instantánea de dispositivos móviles, de modo que otorga una ratio porcentual de esta línea de actuación en la creación de plataformas digitales (Jiménez Falcón, 2014, p. 20).

Una vez hemos ofrecido esta breve introducción de cada una de las empresas, se debe destacar la importancia de esta operación, toda vez que afectaba a 1.700 millones de usuarios a nivel mundial y que, si no se hubiera requerido su análisis, no hubiera sido objeto de examen, por no superar los umbrales de notificación basados en la facturación de ambas empresas.

En el momento de análisis de la operación existía un único umbral de notificación que, actualmente, dista mucho de la realidad que sigue en internet de ambas empresas, ya que el valor activo de los datos en los mercados de doble cara obliga al análisis de unos modelos de negocio que se encuentran fundamentalmente basados en proporcionar servicios gratuitos a los usuarios a cambio de sus datos (Medina, 2016).

Sin embargo, la aprobación de esta operación en primera fase sorprendió al sector doctrinal del derecho de la competencia, si bien constituía una apertura hacia un debate sobre el nuevo mercado digital, pero que, en palabras del comisario de la Competencia de la UE en aquel momento, Joaquín Almunia, se entiende que dicha operación únicamente generaba *challenging questions* acerca de la definición del mercado en aquellos servicios de comunicación (Visser, 2017, pp. 27-33).

Esta operación supuso un avance en este debate, toda vez que ha movido a gran parte de la doctrina hacia la cuestión de si era necesario un cambio en los umbrales de notificación, más específicamente, en el sector de los mercados digitales.

La operación de Facebook y WhatsApp fue revisada por la CE mediante el sistema de reenvío del Reglamento comunitario de concentraciones, además de estar sujeto a auto-

rización por tres regímenes distintos (*i. e.*, Chipre, España y Reino Unido). Los principales puntos de análisis de esta operación fueron:

- a) La CE concluyó que los consumidores finales que se comunicaban a través de ambas plataformas no se encontrarían perjudicados por la operación. Todo ello, con especial énfasis en la inexistencia de un coste significativo que pueda impedir a los consumidores el cambio entre las distintas plataformas, así como que ambas aplicaciones son fácilmente descargables y no suponen un coste para el usuario. En definitiva, la CE concluyó que ninguna de las plataformas poseía el poder de mercado en el sector de las telecomunicaciones;
- b) La CE concluyó que, en el mercado de la publicidad *online*, ninguna de las plataformas podría verse afectada en virtud de dos teorías del daño introducidas, las cuales se basan en: (a) que la publicidad integrada en WhatsApp fue descartada como anticompetitiva, debido a que existía una falta de incentivo de carácter estratégico para brindar este carácter publicitario¹⁸; y (b) que los datos de WhatsApp tenían una utilidad marginal y, en ningún caso, supondrían una mejora en la capacidad publicitaria de Facebook a sus usuarios;
- c) Se concluyó que, en el mercado de las telecomunicaciones, al existir una barrera de entrada casi inexistente, ninguna de las plataformas tenía un poder de influencia total en este, de forma que un competidor real era capaz de irrumpir en el mercado con tal innovación disruptiva que podría derrocar a cualesquiera consolidados en este mercado.
- d) En relación con los efectos de red directos, la CE basó su fundamentación en la volatilidad del mercado de las telecomunicaciones, de modo que los usuarios pueden obtener múltiples formas de comunicarse mediante el uso de una o varias aplicaciones. En este punto, el principal apunte que me gustaría realizar es que, en la actualidad, los jóvenes no se circunscriben a una sola aplicación, teniendo en su dispositivo múltiples de ellas.
- e) En relación con los efectos de red indirectos, la CE constató que el hecho de que Facebook aumentara su poder de mercado mediante la inclusión de emplazamientos publicitarios en WhatsApp era totalmente insostenible, toda vez que esta opción debería entenderse en un mercado ficticio e irreal donde solo existieran ambas plataformas en el mercado.

En palabras de Enrique Medina (2016), la decisión de autorizar la operación por la CE no consideró la probabilidad de que WhatsApp se convirtiera en una fuente de datos con

¹⁸ Case no. COMP/M.7217 - *Facebook/WhatsApp*, p. 169, que, textualmente, dice: «*WhatsApp does not allow ads because it believes that they would disrupt the experience it wants to deliver to its users*».

suficiente valor para fines publicitarios por dos simples razones: (a) porque la capacidad para hacerlo era dudosa; y (b) la entidad fusionada no tendría incentivos para realizarlo¹⁹.

La CE autorizó la operación entre Facebook y WhatsApp mediante Decisión de 3 de octubre de 2014, en primera fase y sin compromisos. El 25 de agosto de 2016, los aproximadamente 1.000 millones de usuarios de WhatsApp recibieron un mensaje explicativo sobre el cambio de la política de privacidad de la plataforma.

La opinión generalizada es que la CE erró en la creencia de que WhatsApp no se convertiría en una fuente de datos de los usuarios de Facebook, de modo que serían tratados y utilizados de cara a ofrecer unos servicios y productos personalizados a los usuarios. De esta forma, los proveedores de servicios digitales utilizan la información contenida en los datos no solo como un carácter monetizable, sino en muchos más ámbitos (*i. e.*, creación de productos publicitarios o productos de privacidad) (Medina, 2016).

También tenemos constancia de que, en mayo de 2020, el Gobierno argentino obligó a Facebook a la suspensión de la actualización de las condiciones y la política de privacidad de WhatsApp. De este modo, el 15 de mayo de 2020 comenzó la vigencia de la nueva política de privacidad de WhatsApp que, con rotundidad, todos aceptamos sin hacer especial énfasis en su lectura, pero que, en su clausulado, incluía una actualización que implica la «posibilidad de que las empresas hagan uso de Facebook como un proveedor de tecnología [...] en el marco de interacciones o mensajes que mantengan con el usuario de WhatsApp». (Infobae, 2021).

Desde el año 2016, Facebook convirtió WhatsApp en un gran «succionador» de datos personales, con el ánimo de que dicha información recogida pase al resto de empresas de su grupo. Salvo en Europea, donde nuestra normativa impide esta actuación, podemos observar como en otros países (*i. e.*, Argentina o Turquía), sí ha sucedido este fenómeno, donde Facebook utiliza los datos personales de usuarios de WhatsApp, los traspasa a las empresas del grupo y crea una información sensible de cara a ofrecer productos y servicios al usuario.

El mensaje enviado por WhatsApp a sus usuarios para la aceptación de la nueva política de privacidad ha provocado un aluvión de intercambio a plataformas alternativas como Telegram o Signal, que no utilizaban esta política sobre los datos para ofrecer productos o servicios de carácter personalizado a los usuarios²⁰.

¹⁹ Medina textualmente dice: «(i) La capacidad para hacerlo era dudosa; necesitaría cambiar la política de privacidad de WhatsApp y asociar cada perfil de usuario con su correspondiente perfil de Facebook; y (ii) la entidad fusionada no tendría incentivos para hacerlo debido al riesgo de cambio de proveedor de servicios de los usuarios».

²⁰ En palabras de WhatsApp, en su blog titulado «Se extenderá el plazo para nuestra reciente actualización» (2021), se dijo que «ni WhatsApp ni Facebook pueden ver esos mensajes privados. Por esa razón, no mantenemos registros de los contactos a quienes cada persona llama o envía mensajes. Tampoco podemos ver las ubicaciones que compartes ni compartimos tus contactos con Facebook. Con esta actualización, nada de eso cambió».

¿Esta nueva actualización supuso un cambio de paradigma o, básicamente, estamos viendo cómo Facebook y WhatsApp han incumplido sus obligaciones y pueden hundirse en el mercado de mensajería y redes sociales? Para poder responder a esta pregunta debemos esperar más tiempo, ya que no parece que de momento vaya a ocurrir ese fenómeno. No obstante, una apreciación personal parece apuntar a que el cambio de paradigma en el ámbito de los datos personales supondrá un hito jurídico, no solo para las operaciones de concentración empresarial, sino en todo el conjunto del derecho de la competencia y derecho mercantil, íntimamente relacionados.

El incumplimiento en cuanto al uso de información de WhatsApp y su traspaso a la plataforma Facebook ha provocado múltiples demandas legales, lo que a largo plazo puede conllevar a que estas aplicaciones, que desde sus inicios gozan de una clara posición estratégica y potencial en el mercado, vean caer su hegemonía en el sector de las redes sociales.

7.3. Operación Google/Fitbit

Por último, analizaremos la operación de concentración entre Google y Fitbit, aprobada por la CE el 15 de septiembre de 2020. Al igual que en el caso anterior, ofreceremos una breve introducción de ambas plataformas.

Fitbit es una empresa fundada en el año 2007, creada con el objetivo final de generar un mundo que fuera más saludable para las personas mediante la creación de un reloj inteligente para fomentar esta tendencia en la sociedad. Fitbit no solo es una empresa circunscrita al sector de dispositivos inteligentes que miden nuestra salud, que cuenta con un valor añadido, y tal es así que lo proclamó la propia mercantil como la posibilidad de sincronizar con un registro de salud femenina mediante el cual los usuarios pueden conocer el periodo de ovulación, pueden prevenir síntomas en sus próximos periodos e, incluso, planear ciertas actividades diarias (Noticias NEO (2018).

Por ello, Fitbit fue una empresa pionera en el uso de los *wearables* en el mercado, construyendo lo que se denomina como «una comunidad vibrante de más de 29 millones de usuarios en activo mediante la creación de increíbles dispositivos portátiles y experiencias de bienestar inmersivas» (Osterloh, 2021).

Fitbit fue pionero en este sector y creó los relojes inteligentes más avanzados mediante la línea de negocio Fitbit Sense, que cuenta con múltiples herramientas, tales como un manejo del estrés de manera eficiente por el usuario y unas pioneras formas de administrar la salud del corazón. Además, con el último rastreador, denominado Fitbit Inspire 2, incorporó un nuevo diseño y funciones mejoradas a las iniciales como, por ejemplo, un nuevo panel de métricas, que permite al *wearable* rastrear y observar los cambios de variabilidad en la frecuencia cardíaca del usuario (Osterloh, 2021).

Uno de los compromisos realizados por Fitbit se basa en el acceso a las API de Android, de modo que permiten que cierto tipo de dispositivos (*i. e.*, los rastreadores de actividad físicas, entre otros) realicen una interoperación de manera efectiva con los dispositivos inteligentes de Android (Osterloh, 2021).

A través de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 podemos observar cómo se establecieron los mercados de referencia a que afectaban la operación, los cuales son: (a) el ámbito de las pulseras electrónicas potencialmente segmentadas; (b) los sistemas operativos como, por ejemplo, la licencia que se poseía para el uso en dispositivos móviles; (c) las tiendas de aplicaciones para una plataforma de un sistema operativo determinado por y para dispositivos móviles inteligentes; (d) los servicios de búsqueda en general; (e) los servicios de publicidad en línea; (f) los servicios tecnológicos de publicidad mediante la prestación de servicios de plataforma SSP; (g) las aplicaciones de salud y de preparación física; (h) los servicios de pagos móviles potencialmente segmentados entre la proximidad o fuera de línea y a distancia o en línea; e (i) la atención sanitaria digital como, por ejemplo, la prestación de servicios en la nube y el análisis de los datos²¹.

La adquisición de Fitbit por parte de Google parte de ciertas premisas. En primer lugar, desde el punto de vista del objetivo a corto plazo se puede observar como Google, a través de dicha operación, se posiciona favorablemente en términos de competitividad en el mercado de los wearables, donde Apple lleva dominando con rotundidad desde sus inicios. Por ello, Google no solo obtiene una nueva posición competitiva, sino que se introduce de forma agresiva y competitivamente inmejorable a muchos de sus competidores (ISDI, 2019).

En segundo lugar, desde un punto de vista de medio plazo, Google adquiere nuevas operaciones de herramientas, dispositivos e información de los usuarios que, a través de los datos ofrecidos por Fitbit, suponen una mejora en el servicio de publicidad (*i. e.*, Google Ads) con capacidades de segmentación para las campañas en sus plataformas, además de ofrecer a sus usuarios productos o servicios personalizados con base en sus búsquedas (ISDI, 2019).

Por último, desde el punto de vista de largo plazo, más allá del reposicionamiento a corto plazo que buscaba Google, y la operación B2C que estamos analizando, Google adquiere un posicionamiento notablemente superior a sus competidores en términos de datos relacionados con Health, Wellness y Fitness (ISDI, 2019).

La CE revisó los distintos efectos de la operación:

- a) En cuanto a los efectos horizontales, la CE concluyó que no había ningún indicio de una posible restricción de la competencia derivado de dichos efectos, toda vez

²¹ Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del acuerdo EEE (asunto M.9660 - *Google/Fitbit*).

que las bases de datos y sus consiguientes capacidades de recolección no eran suficientemente altas. No obstante, sí que concluyó que la operación otorgaría a Google el control sobre un activo determinado, es decir, los datos de Fitbit, y que, aunque ambas empresas no operaban en el mismo mercado, ello determinaba que no fueran competidoras reales, aun cuando podría existir una posible restricción de la competencia. En este punto, la Comisión Europea adaptó el enfoque tratado en la operación Apple y Shazam de cara a observar las limitaciones en relación con la combinación de datos de ambas empresas²².

- b) En cuanto a los efectos verticales, la CE analizó la exclusión del acceso a los datos de Fitbit en detrimento de los agentes de atención sanitaria digital, donde las principales preocupaciones se tornaron en cuanto a la compatibilidad de la operación con el propio mercado interior, en consecuencia de la exclusión de insumos de los proveedores de servicios de atención sanitaria digital que se encontraba en derivación de la restricción por parte de la mercantil fusionada del acceso a los proveedores de Web API y el acceso a los datos de usuarios de Fitbit.

La exclusión del acceso a varias aplicaciones de Google en detrimento de los proveedores de pulseras digitales fue concluida por la CE como que dichas aplicaciones instrumentales y accesorias de la plataforma Google no suponen un insumo a las pulseras electrónicas, que no se recabarían datos de los usuarios y que, en caso de que se realizara la operación, no suponía una limitación a la libre competencia en el mercado.

En relación con la exclusión del acceso a Google Play en detrimento de otros proveedores de pulseras digitales y la exclusión del acceso a Google Search, la CE concluyó que el acceso a ambas plataformas no suponía una limitación a la competencia en el mercado para sus competidores.

- c) En esta posición, se introdujo la idea de la posibilidad de que Google aprovechara su nueva posición dominante en el mercado de los *wearable*, de manera que pudiera afectar a la empresas Android OS en el mercado de pulseras electrónicas por las siguientes razones²³: (a) que existe un gran número de clientes habituales de teléfonos inteligentes de Android y dispositivos portátiles compatibles con ellos; (b) que Google controla Android y goza de una posición dominante en el mercado de la distribución de sistemas operativos con licencia para dispositivos móviles inteligentes; (c) que Google ejercer control sobre Android y podría cambiar su

²² Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018 en el asunto M.8788 - *Apple/Shazam*, considerandos 225 a 235.

²³ Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto M.9660 - *Google/Fitbit*), punto 3.3.1, números 37 a 40.

modelo de negocio; y (d) que Google podría evitar los intentos de fabricantes de teléfonos inteligentes originales por Android por eludir una degradación.

- d) En relación con el acceso a información delicada con efectos comerciales, la CE evaluó los efectos de la operación en aras del acceso a la información con carácter delicado con efectos meramente comerciales, debido a que Fitbit permite a los usuarios la conexión de sus datos con terceras plataformas, lo que podría suponer el acceso a información adicional y personal con la que el usuario podría no estar conforme. En este caso, la CE entendió que la entidad fusionada no tenía la capacidad ni el incentivo de impedir esta competencia efectiva de una forma significativa con terceras plataformas como consecuencia del acceso a esta información delicada.

Por estas causas, la operación fue autorizada en segunda fase y con ciertos compromisos, los cuales pasamos a analizar, mediante la Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2020²⁴. Los compromisos adoptados fueron dos:

Ads Commitments

Por este lado, Google se comprometió, durante un plazo de 10 años tras la aprobación de la operación, a: (a) no utilizar los datos de mediciones corporales o datos de ubicación que se encontraran directamente relacionados con la salud o la preparación física para Google Ads; y (b) a garantizar que los bienes auditables separados de los datos de mediciones corporales y datos de ubicación relacionados con la salud o la preparación física de cualquier conjunto de datos dentro de la plataforma Google sean accesibles para su uso por parte de Google Ads. De forma adicional, esta exigencia puede ser extendida por otro plazo adicional de 10 años a expensas de la Decisión de la CE, siempre que se justifique la necesidad de la extensión inicial.

Web API Access Commitment

Mediante este compromiso, Google se comprometió, durante un plazo de 5 años tras la aprobación de la operación, a mantener el acceso a los usuarios de las API, que se encontrará sujeto al consentimiento del usuario y sin cargo por el acceso a datos de mediciones corporales, con diferencias en cuanto a: (a) el cumplimiento continuo por parte de los usuarios de las API de las condiciones de servicio de la plataforma Fitbit, donde Google puede terminar este acceso en caso de incumplimiento de las condiciones aceptadas; y (b) el cumplimiento continuo por parte de los usuarios de las API de los requisitos de privacidad y seguridad, donde Google, al igual que en el anterior caso, puede terminar dicho ac-

²⁴ Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 (case no. COMP/M.9660 - *Google/Fitbit*).

ceso en caso de incumplimiento de estos requisitos, además de poder suspender el acceso temporal en casos razonables y justificados de incumplimiento. Además, este compromiso puede ser extendido por plazo de entre 5 y 10 años adicionales, siempre que se justifique motivadamente su extensión por la CE.

8. Conclusiones

Una vez hemos analizado el nuevo panorama del mercado digital mediante la explicación de operaciones de concentración empresarial, podemos observar cómo los nuevos mercados digitales conforman un entorno autónomo, un auténtico ecosistema digital, donde los datos de los usuarios poseen un valor exponencialmente elevado en relación con la publicidad personalizada ofrecida respecto a servicios o productos por parte de los operadores económicos.

De este modo, el régimen de concentraciones empresariales expuesto en la actual LDC y el Reglamento comunitario de concentración encuentran una conexión directa, que no debe entenderse como una limitación al libre ejercicio de mercado de las empresas, sino como un garante de la seguridad jurídica de las compañías competidoras.

Por otro lado, las operaciones de concentración empresarial (*i. e.*, la operación Facebook y WhatsApp o Apple y Shazam) han sido objeto de análisis doctrinal atento, al haberse tratado de las primeras operaciones donde los datos, un bien intangible que hasta el momento no había sido objeto de análisis, tiene una importancia sustancial a la operatividad empresarial en el mercado y, mucho más importante, en cuanto a la posición dominante de las empresas en sus mercados de referencia.

Ante ello, podemos decir que nos encontramos ante la llamada «gran revolución digital», donde el cambio de paradigma se enfoca hacia un ecosistema donde los datos serán el bien intangible más preciado de los operados económicos y que, por tanto, estos tratarán de concentrar datos en sus activos como una especie de forma de poder y aumento de sus operaciones empresariales.

Se precisa, por tanto, una regulación restrictiva, a nivel nacional y comunitario, ante operaciones de concentración que tienen una finalidad de «ejecutar» a otros operadores (*i. e.*, *killer acquisitions*), por entrañar una especie de falseamiento en el libre mercado mediante la eliminación de un nuevo competidor, capaz de aportar innovación disruptiva, y que puede destronar a las actuales potencias del mercado digital.

El mercado digital, por tanto, se entiende como un nuevo modelo de negocio integrado en la economía y que, sin olvidar las operaciones de concentración que siguen en funcionamiento en los mercados tradicionales, los nuevos entornos digitales serán la tendencia y deberán coexistir con la anterior forma de operatividad empresarial.

Por último, vivimos en una época donde la digitalización de los negocios hace que nuestros datos sean el activo empresarial más valioso que los operadores económicos reclaman y, por tanto, se precisa una regulación que dé seguridad jurídica a estas cuestiones, ya que los consumidores –os ciudadanos de a pie– nos encontramos en una posición de inferioridad respecto a las empresas, especialmente las gigantes plataformas digitales.

Referencias bibliográficas

- Allendesalazar Corcho, R. (2020). Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el derecho de la competencia; especial referencia al control de concentraciones. *Anuario de Derecho de la Competencia*.
- Beneyto, J. M. (2001). *El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas*. Instituto de Estudios Europeos - Centro de Política de Competencia.
- Comisión Europea. (2016). Public consultation on the regulatory environment for platform, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy.
- Cunningham, C., Ederer, F. y Ma, S. (2018). Killer acquisitions. *Electronical Journal of Political Economy*, 129(3).
- Díez Estella, F. (2020). La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 229, 5-40.
- Dittricht, P-J. (2018). Online platforms and how to regulate them: an EU overview. Jacques Delhors Institute. Policy paper number 227.
- DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea). (2018). Resumen de la Decisión de 6 de septiembre de 2018, por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto M.8788 - *Apple/Shazam*).
- DOUE. (2021). Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos. C113/01.
- Engra Moreno, J. C. y Rodríguez Encinas, A. (2006). El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea. *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, 61, 108-135.
- Evans, D. y Schmalensee, R. (2016). *Matchmakers*. Harvard Business Review Press.
- Evans, D. y Schmalensee, R. (2019). Anti-trust analysis of platform markets: Why the Supreme Court Got It Right in American Express.
- Infobae. (2021). El Gobierno le ordenó a Facebook que suspensa la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de WhatsApp. <https://www.infobae.com/tecnologia/2021/05/17/el-gobierno-le-ordeno-a-facebook-que-suspenda-la-actualizacion-de-las-condiciones-de-servicio-y-politica-de-privacidad-de-whatsapp/>
- ISDI. (2019). Análisis de la adquisición de GOOGLE sobre FITBIT. <https://www.isdi.education/es/blog/alumnos-del-mib-analizan-la-adquisicion-de-google-sobre-fit-bit101>

- Jiménez Falcón, P. (2014). *Fusiones & Adquisiciones: El caso de Facebook y WhatsApp*. Repositorio de la Universidad Pontificia de Comillas, TMF000156.
- Juste, J. (2009). Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles. Primer resumen de las novedades más destacadas. https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/ley_de_modificaciones_estructurales_de_sociedades_mercantiles.pdf
- Kelion, L. (2020). Why Amazon knows such much about you. BBC. <https://www.bbc.co.uk/news/extra/CLQYZENMBI/amazon-data>
- López-Lapuente Gutiérrez, L. (2021). *Fundamentos del régimen jurídico de los datos digitales*. En E. Valpuesta Gastaminza y J. C. Hernández Peña, *Tratado de derecho digital* (pp. 220-223). Wolters Kluwer.
- Mandrescu, D. (2018). The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms. <https://doi.org/10.21552/core/2018/4/4>
- Marcos, F. y Sánchez Graells, A. (2007). El sistema de control de concentraciones empresariales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia. IE Working Paper (WPE07-14).
- Medina, E. (2016). Facebook/WhatsApp: análisis de competencia en la nueva economía digital. <https://www.telefonica.com/es/tag/politicas-publicas/>
- Noticias NEO. (2018). Wearables para todos. <https://noticiasneo.com/index.php>
- OCDE. (2019). *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. OCDE Publishing. https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en#page8
- Osterloh, R. (2021). Google completes Fitbit acquisition. <https://blog.google/products/devices-services/fitbit-acquisition/>
- Parker, G. G., Van Alstyne, M. W. y Choudary, S. P. (2016). *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You*. W. W. Norton & Company.
- Prat, M. y Vila, C. (2018). La CE da luz verde a la compra de Shazam por Apple. Blog Cuatrecasas.
- Valpuesta Gastaminza, E. y Hernández Peña, J. C. (2021). *Tratado de Derecho Digital*. La Ley, Wolters Kluwer.
- Visser, B. (2017). The Facebook: WhatsApp merger case. European Commission's lucky break or proof of impermeable system of merger control. <https://www.doi.org/10.13140/RG.2.2.18429.46561>

Luis Daniel Ruiz Ruiz. Opositor al Cuerpo de Abogados del Estado. Previamente, abogado colegiado ejerciente en el despacho Latham & Watkins, en el área de Corporate-Real Estate. Graduado en Derecho por la Universidad Nebrija y Doble Máster de Acceso a la Abogacía y Derecho de Empresa por la Universidad de Navarra. <https://orcid.org/0009-0000-9756-570X>

Fernando Díez Estella. Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Nebrija. Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE E-3). *Visiting researcher* en Harvard Law School y doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Autónoma de Madrid. Acreditación positiva por la ANECA como profesor titular de universidad. Imparte docencia en cursos de posgrado en el Centro de Estudios Garrigues, la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Villanueva. Su labor investigadora se desarrolla en el ámbito del derecho y la economía de la competencia. <https://orcid.org/0000-0002-5011-0051>