

NUEVAS ORIENTACIONES SOBRE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN LA ERA DIGITAL: UN ANÁLISIS DEL PROCESO DE REVISIÓN DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

NEW GUIDELINES ON THE DEFINITION OF THE RELEVANT MARKET IN THE DIGITAL ERA: AN ANALYSIS OF THE EUROPEAN COMMISSION'S NOTICE REVISION PROCESS

Ana María AIDO VÁZQUEZ*

RESUMEN

A principios de 2024, la Comisión Europea publicó una nueva Comunicación sobre la delimitación del mercado relevante, reemplazando el documento original de 1997. Esta actualización responde a la necesidad de adaptar las orientaciones de la Comisión a las realidades del mercado, especialmente ante la creciente digitalización y las nuevas formas de ofrecer bienes y servicios.

En este contexto, el presente trabajo examina el proceso de revisión de la Comunicación, centrándose en las novedades introducidas para abordar las particularidades de los mercados digitales. Para ello, se analizan las distintas etapas del proceso, la documentación generada y las contribuciones de las partes interesadas, con el objetivo de comprender los propósitos iniciales y los resultados finalmente alcanzados.

Palabras clave: Derecho de la competencia, mercado relevante, digitalización, plataformas multilaterales, ecosistemas digitales, datos, comercio electrónico.

ABSTRACT

In early 2024, the European Commission published a new Market Definition Notice, replacing the original document from 1997. This update responds to the need to adapt the Commission's guidance to market realities, especially in the face of increasing digitalisation and new ways of offering goods and services.

* Investigadora predoctoral FPU de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo. Dirección de correo electrónico: anamaria.aido@uvigo.gal.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: «El Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual frente a las tecnologías disruptivas y la nueva regulación de los mercados digitales y audiovisuales», 2023-2026.

Fecha de recepción: 24 de marzo de 2025 // Fecha de aceptación: 24 de marzo de 2025

Against this background, this paper examines the review process of the Notice, focusing on the new features introduced to address the specificities of digital markets. To this end, it analyses the different stages of the process, the documentation generated and the contributions of stakeholders, with the aim of understanding the initial intentions and the results finally achieved.

Keywords: Competition law, relevant market, digitalization, multi-sided platforms, digital ecosystems, data, e-commerce.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EL PROCESO DE REVISIÓN DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.— 1. Antecedentes y objetivos de la revisión.— 2. Etapas del proceso de revisión.— 3. Fase de evaluación.— III. NOVEDADES DE LA COMUNICACIÓN RELATIVAS A LA DIGITALIZACIÓN DE LOS MERCADOS.— 1. La delimitación del mercado en presencia de plataformas digitales.— 2. La delimitación del mercado en presencia de ecosistemas digitales.— 3. El papel de los datos en la delimitación del mercado.— 4. La delimitación del mercado en el contexto del comercio electrónico.— 5. Las cuotas de mercado en la esfera digital.— V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.— II. THE REVIEW PROCESS OF THE NOTICE ON THE DEFINITION OF THE RELEVANT MARKET.— 1. Background and objectives of the review.— 2. Stages of the review process.— III. KEY CHANGES IN THE NOTICE REGARDING MARKET DIGITALIZATION.— 1. Market definition in the presence of digital platforms.— 2. Market definition in the presence of digital ecosystems.— 3. The role of data on market definition.— 4. Market definition in the context of e-commerce.— 5. Market shares in the digital sphere.— V. CONCLUSIONS.— VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

La delimitación del mercado relevante constituye un paso fundamental en el análisis de competencia¹. Esta herramienta permite definir los límites de la competencia entre empresas, con el objetivo principal de determinar las presiones competitivas a las que se enfrentan las entidades afectadas e identificar a sus principales competidores. Además, proporciona un marco de referencia indispensable para evaluar el poder de mercado².

Como resulta sabido, la expansión de los mercados digitales está generando nuevos retos en la aplicación del Derecho de defensa de la competencia y, en concreto, en la delimitación del mercado relevante. A este respecto, cabe señalar que no existe una definición universalmente aceptada del concepto de *mercado digital*. De hecho, y aunque pueda parecer sorprendente, ni siquiera el reciente Reglamento de Mercados Digitales (RMD)³ proporciona una definición precisa de este término que le da título. Así, a efectos de este trabajo, se considera que los mercados digitales son aquellos en los que los productos y servicios se ofrecen mediante o a través de servicios de la sociedad de la información⁴.

¹ Sobre la relevancia de la delimitación del mercado, *vid.*, por todos, SOUSA FERRO (2019), págs. 56-96.

² Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, DOUE 1645, de 22 de febrero de 2024, párrs. 6-8. En lo sucesivo, la nueva Comunicación.

³ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

⁴ Esta definición fue proporcionada por la Comisión en el proceso de revisión de la Comunicación. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA (2021 B), *Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997*, SWD (2021) 199 final, nota al pie 30.

Estos mercados presentan una serie de rasgos —tales como la multilateralidad, la presencia de efectos de red, la gratuidad de ciertos servicios y la especial importancia de los datos—, que los diferencian de los mercados que históricamente han sido objeto del análisis de competencia⁵. Dichas particularidades dificultan la aplicación de las metodologías tradicionales para la definición del mercado relevante⁶.

En este contexto, el 8 de febrero de 2024, la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) adoptó una nueva versión de su *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Esta actualización representa la primera modificación del texto desde su publicación en 1997⁷, y responde a la necesidad de adaptarlo a la evolución de la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia de los tribunales europeos.

En este marco, el presente trabajo tiene como objetivo analizar las novedades introducidas en la nueva Comunicación en relación con los mercados digitales. Para ello, se examinará la documentación generada durante el proceso de revisión y los cambios reflejados en el texto final.

II. EL PROCESO DE REVISIÓN DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

1. Antecedentes y objetivos de la revisión

Desde su publicación en 1997, la Comunicación sobre la delimitación del mercado⁸ ha sido fundamental para la aplicación del Derecho de la competencia en la UE. A través de este documento, la Comisión ha proporcionado las directrices para definir el mercado de referencia, tanto en su dimensión de producto como geográfica, con el fin de garantizar un marco de análisis sólido para la evaluación de las conductas anticompetitivas y las operaciones de concentración.

Sin embargo, los avances de las últimas décadas, entre los que se encuentran la digitalización y las nuevas formas de intercambio de bienes y servicios, han desafiado los métodos clásicos de definición del mercado. Esto ha llevado a la Comisión a revisar este instrumento de *soft law* para adaptarlo a la nueva realidad económica.

La revisión de la Comunicación se enmarca en una estrategia más amplia de modernización del Derecho de la competencia, impulsada por la Comisión para afrontar los desafíos de los mercados digitales. Este proceso de actualización comenzó en 2019 con el informe *Competition Policy for the Digital Era*, encargado por la comisaria Margrethe Vestager, cuyo objetivo fue ofrecer una visión independiente sobre cómo adaptar las herramientas del Derecho *antitrust* a los retos específicos de la era digital.

⁵ Sobre la caracterización de los mercados digitales, *vid.*, entre otros, DÍEZ ESTELLA (2019), págs. 237-240.

⁶ COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 31.

⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, Diario Oficial de la Comunitàes Europeas 372, de 9 de diciembre de 1997, págs. 5-13. En lo sucesivo, la Comunicación de 1997.

⁸ Para un comentario a la Comunicación de 1997, *vid.* DÍEZ ESTELLA (2000), págs. 321-344.

En particular, el referido informe destaca las dificultades para definir el mercado de referencia en los casos que involucran mercados digitales⁹. Esta complejidad¹⁰ ha llevado a algunos expertos a cuestionar la efectividad del enfoque tradicional de competencia. En consecuencia, sugieren que, en el contexto digital, sería más adecuado reducir el énfasis en la etapa de definición del mercado y prestar mayor atención a las teorías del daño¹¹.

No obstante, aunque parece existir consenso a nivel jurisprudencial y doctrinal sobre la necesidad de delimitar el mercado en los asuntos de Derecho de la competencia¹², restarle importancia plantea un riesgo significativo. La delimitación del mercado no solo es un requisito metodológico, sino que también confiere legitimidad a la intervención *antitrust*. Proporciona un marco objetivo que guía la actuación de las autoridades de competencia y contribuye a reducir la arbitrariedad en la toma de decisiones¹³.

En este escenario, la revisión de la Comunicación ofrece una oportunidad para reforzar la solidez del proceso de delimitación del mercado relevante y disipar las dudas sobre su uso en el entorno digital. De hecho, la propia Comisión ha señalado que el principal objetivo del nuevo texto es proporcionar mayor orientación, transparencia y seguridad jurídica a las empresas, facilitando el cumplimiento normativo. Asimismo, busca optimizar la supervisión del cumplimiento de las normas *antitrust*, permitiendo a la Comisión y a las autoridades nacionales actuar de manera más eficiente¹⁴.

2. Etapas del proceso de revisión

El proceso de revisión de la Comunicación se llevó a cabo en dos fases, en las que participaron una amplia variedad de interesados, tales como empresas, asociaciones empresariales, administraciones públicas y ciudadanos de la UE. Esta participación permitió recabar una gran cantidad de información, que fue esencial para dar forma al texto final.

⁹ CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), págs. 45-48.

¹⁰ A pesar de que el RMD no es el objeto de este trabajo, cabe señalar que, debido a los desafíos que plantea la delimitación del mercado relevante en el ámbito digital, la Comisión, al diseñar una regulación destinada a garantizar mercados digitales disputables y equitativos, optó por un enfoque que se aparta de la tradicional definición de mercados. En lugar de identificar mercados relevantes, el RMD limita su ámbito objetivo de aplicación a una lista cerrada de *servicios básicos de plataforma*, lo que implica que se aplica exclusivamente a los servicios incluidos en esta categoría, independientemente de si estos constituyen un mercado relevante desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Además, las obligaciones derivadas del RMD afectan únicamente a los prestadores de servicios básicos de plataforma que hayan sido designados como *guardianes de acceso*. Sobre esta cuestión, *vid.* MONTERO PASCUAL (2024), pág. 151, y ROBERTSON (2024), pág. 6.

¹¹ CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), pág. 46. En esta línea, algunos autores han defendido el abandono del concepto de mercado relevante [*vid.* KAPLOW (2010), págs. 437-517; CRANE (2014), págs. 31-79]. Esta propuesta también fue planteada por algunos participantes en la consulta pública sobre la revisión de la Comunicación [COMISIÓN EUROPEA (2020 A), *Summary of the stakeholder consultation to the Evaluation of the Market Definition Notice*, pág. 9].

¹² Los resultados de la evaluación de la Comunicación han reafirmado la vigencia de la necesidad de definir los mercados relevantes [COMISIÓN EUROPEA (2021 B), págs. 26-27]. En la misma línea, FRANCK y PEITZ han argumentado que la mayor complejidad y el riesgo de cometer errores en la delimitación de los mercados de plataformas no justifican restarle importancia, sino todo lo contrario. Frente a la postura de CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), sostienen que una definición del mercado precisa y rigurosa es esencial para evitar distorsiones en el análisis de competencia [*vid.* FRANCK y PEITZ (2019), pág. 10; FRANCK y PEITZ (2021), págs. 96-97].

¹³ Sobre la idea de que la delimitación del mercado es un pilar esencial de la legitimidad del Derecho *antitrust*, *vid.* MANDRESCU (2024), pág. 360.

¹⁴ Nueva Comunicación, párrs. 4-5.

2.1. Fase de evaluación

La primera etapa, iniciada el 3 de abril de 2020, consistió en una evaluación de la Comunicación de 1997, con el propósito de analizar su vigencia y determinar la necesidad de una actualización. Durante esta fase inicial, la Comisión abrió un periodo de consulta hasta el 15 de mayo del mismo año para que las partes interesadas pudieran presentar comentarios sobre la hoja de ruta de la evaluación. Como resultado, se recopilaron un total de 44 contribuciones a través de su página web¹⁵.

Posteriormente, entre el 26 de junio y el 9 de octubre de 2020, se llevó a cabo una consulta pública mediante un cuestionario en línea diseñado para recopilar opiniones sobre el funcionamiento de la Comunicación¹⁶. Esta consulta generó 86 contribuciones. Además, 13 operadores enviaron sus aportaciones directamente a la Comisión, fuera de la plataforma oficial¹⁷. Como resultado de este proceso, el 18 de diciembre de 2020, la Comisión publicó un resumen de las contribuciones recibidas¹⁸.

De manera paralela, la Comisión llevó a cabo una consulta específica dirigida a las autoridades de competencia de los Estados miembros de la UE, utilizando el mismo cuestionario empleado en la consulta pública antes mencionada. Los resultados de esta consulta también se recopilaron en un informe publicado el 18 de diciembre de 2020¹⁹.

Adicionalmente, la Comisión organizó foros de discusión, como el celebrado el 2 de marzo de 2021 con la BEUC (Organización Europea del Consumo), así como reuniones con expertos en la materia²⁰. Asimismo, en junio de 2021, se publicó un estudio que acompañó el proceso de revisión de la Comunicación²¹.

Por último, el 12 de julio de 2021, la Comisión dio a conocer los resultados de la fase de evaluación. En su informe, destacó que la Comunicación de 1997 seguía siendo una herramienta útil y pertinente, pero subrayó la necesidad de adaptarla a las nuevas realidades del mercado, así como a los avances en la *praxis* de la Comisión y en la jurisprudencia europea²².

¹⁵ Los comentarios se encuentran disponibles en: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Derecho-de-competencia-de-la-ue-comunicacion-sobre-la-definicion-de-mercado-evaluacion-es>.

¹⁶ Las preguntas del cuestionario de evaluación estuvieron referidas a los cinco criterios de la política de mejora de la regulación (*Better Regulation*): relevancia, eficacia, eficiencia, coherencia y valor añadido de la UE.

¹⁷ La información se encuentra disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Derecho-de-competencia-de-la-ue-comunicacion-sobre-la-definicion-de-mercado-evaluacion-public-consultation-es>.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA (2020 A).

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA (2020 B), *Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the Evaluation of the Market Definition Notice*.

²⁰ El 21 de marzo de 2021 se celebró una reunión con FRANCK y PEITZ, en la que presentaron las conclusiones de su trabajo sobre la delimitación del mercado en la economía de plataformas [vid. FRANCK y PEITZ (2021), págs. 91-127].

²¹ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), *Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*. En adelante, el *Estudio de apoyo a la evaluación*.

²² COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 5; COMISIÓN EUROPEA (2021 B), págs. 32 y 67.

2.2. Fase de actualización

Tras la etapa de evaluación, comenzó la fase destinada a revisar el texto para garantizar su exactitud y actualidad. Así, el 8 de noviembre de 2022 la Comisión publicó el proyecto de nueva Comunicación²³, invitando a las partes interesadas a presentar sus comentarios acerca de los cambios propuestos. Esta consulta pública, que finalizó el 13 de enero de 2023, permitió la recepción de 64 observaciones²⁴. Finalmente, el 8 de febrero de 2024, la Comisión adoptó la versión definitiva de la nueva Comunicación, marcando el cierre del proceso de revisión.

III. NOVEDADES DE LA COMUNICACIÓN RELATIVAS A LA DIGITALIZACIÓN DE LOS MERCADOS

La evaluación de la Comunicación de 1997 evidenció que la digitalización es una de las tendencias más significativas en la economía actual, lo que plantea importantes desafíos para la aplicación del Derecho de la competencia, especialmente en lo que respecta a la delimitación del mercado relevante²⁵. En este sentido, los participantes en la consulta pública destacaron la necesidad de que la versión actualizada del documento proporcionase orientaciones sobre cómo definir el mercado en el entorno digital, abordando aspectos como la multilateralidad de los mercados, la prestación gratuita de servicios, la existencia de ecosistemas digitales, la relevancia de los datos y el auge del comercio electrónico²⁶.

A continuación, se analizarán las cuestiones relacionadas con los mercados digitales que fueron debatidas durante el proceso de revisión de la Comunicación. Para cada uno de estos temas, se realizará una breve aproximación desde una perspectiva teórica y práctica, incorporando también los resultados de la consulta pública. Posteriormente, se revisarán los cambios introducidos en la nueva versión del texto en relación con estos aspectos²⁷.

1. La delimitación del mercado en presencia de plataformas digitales

Los mercados de dos o múltiples lados (*two-sided* o *multi-sided markets*)²⁸, también conocidos como mercados de plataformas, se han convertido en los protagonistas de la era digital²⁹. Estos mercados se caracterizan por la presencia

²³ COMISIÓN EUROPEA (2022), *Draft revised Market Definition Notice*.

²⁴ La información sobre el proyecto de nueva Comunicación está disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en?prefLang=es.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), págs. 8-9; COMISIÓN EUROPEA (2020 B), pág. 4.

²⁶ COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 54.

²⁷ Los cuatro primeros apartados de este epígrafe siguen la estructura de la sección sobre digitalización del *Estudio de apoyo a la evaluación* [COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 38-109]. A mayores, se incluye un quinto apartado dedicado al cálculo de las cuotas de mercado en los sectores digitales.

²⁸ Esta expresión parece haber sido introducida por ROCHET y TIROLE (2003), págs. 990-1029.

²⁹ Cabe resaltar que la multilateralidad no es exclusiva del ámbito digital, sino que también se encuentra presente en diversos mercados tradicionales, como los de tarjetas de crédito, medios de comunicación, centros comerciales, consolas de videojuegos y casas de subastas. *Vid.*, por todos, FILISTRUCCHI, GERADIN y VAN DAMME (2012), págs. 8-9.

de una empresa intermediaria (la plataforma) que conecta a dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes (los lados o caras del mercado). La plataforma genera valor para al menos uno de estos grupos, quienes, por lo general, no podrían obtener dicho valor o, al menos no en la misma medida, sin la intermediación de la plataforma³⁰.

El rasgo esencial de los mercados multilaterales radica en la existencia de efectos de red indirectos, derivados de la interacción entre los diferentes conjuntos de usuarios³¹. Además de dicha interdependencia, otra característica distintiva de estos mercados es su estructura de precios asimétrica. Así, en numerosos casos, los usuarios de un lado del mercado pueden acceder gratuitamente a la plataforma, mientras que a los usuarios de otros lados se les cobra por el acceso.

La delimitación de los mercados de plataformas presenta una serie de dificultades, que fueron señaladas en la evaluación de la Comunicación de 1997³², y se pueden resumir en los siguientes puntos.

1.1. ¿Cuántos mercados deben definirse?

1.1.1. Antecedentes

El primer desafío en la delimitación de los mercados de múltiples lados consiste en determinar cuántos mercados han de definirse en cada caso. Esta cuestión ha generado un intenso debate, que sigue todavía sin un consenso claro sobre si se debe definir un único mercado o varios mercados diferenciados. Además, en caso de optar por la delimitación de múltiples mercados, surge la cuestión adicional de cómo se tiene que incorporar la relación entre ellos en el análisis³³.

El criterio más extendido sugiere que las plataformas transaccionales³⁴ han de definirse como un único mercado, debido a que facilitan una transacción directa y observable entre los distintos grupos de usuarios. En cambio, las plataformas no transaccionales³⁵ tienden a dividirse en mercados diferenciados para cada grupo de clientes³⁶.

Este planteamiento tiene su origen en el contexto de los sistemas de tarjetas de pago³⁷, pero su aplicación en el entorno digital presenta complicaciones

³⁰ FILISTRUCCHI, GERADIN y VAN DAMME (2012), pág. 4.

³¹ EVANS (2003), págs. 331-333; FILISTRUCCHI, GERADIN y VAN DAMME (2012), págs. 4-5.

³² COMISIÓN EUROPEA (2020 A), págs. 8 y 13; COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 55.

³³ EBEN y ROBERTSON (2021), pág. 435.

³⁴ Entre los ejemplos de plataformas transaccionales (*transaction markets*) se incluyen las plataformas de comercio electrónico.

³⁵ En las plataformas no transaccionales (*non-transaction markets*), los usuarios no realizan transacciones directas entre sí, sino que interactúan exclusivamente con la plataforma. Este es el caso, por ejemplo, de los motores de búsqueda y las redes sociales.

³⁶ FILISTRUCCHI, GERADIN, VAN DAMME y AFFELDT (2014).

³⁷ En el caso *Ohio v. Amex*, la Corte Suprema de los EE.UU. sostuvo que la tipología de la plataforma era determinante en la definición del mercado relevante. Siguiendo el criterio de que las plataformas transaccionales deben ser tratadas como un único mercado que engloba todos sus lados, concluyó que el mercado relevante era el de las tarjetas de crédito, abarcando tanto a los comerciantes como a los usuarios (Decisión de la *Supreme Court of the United States*, de 25 de junio de 2018, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S., pág. 2). En cambio, en Europa, la Comisión siguió un enfoque diferente en sus decisiones sobre sistemas de tarjetas de pago. A pesar de su naturaleza transaccional, definió los diferentes lados como mercados de producto distintos (Decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 2007, casos COMP/34.579 – *MasterCard*, COMP/36.518 – *EuroCommerce*, COMP/38.580 – *Commercial Cards*, párrs. 283-329). Además, el TGUE confirmó la postura de la Comisión (STGUE, de 24 de mayo de 2012, EU:T:2012:260, párrs. 174-177).

adicionales³⁸. Para abordar estas particularidades, la distinción entre plataformas transaccionales y no transaccionales evolucionó hacia una clasificación entre plataformas de emparejamiento y de provisión de audiencia (*matching and audience-providing platforms*)³⁹. Esta categorización ha dado lugar a la actual dicotomía entre el enfoque de mercado único y el de múltiples mercados (*single-market and multi-markets approaches*)⁴⁰.

En la práctica, tanto la Comisión como los tribunales europeos han adoptado un enfoque casuístico, evaluando la sustituibilidad de las plataformas desde la perspectiva de cada grupo de usuarios. Este método ha dado lugar a resultados que reflejan tanto el enfoque de mercado único⁴¹ como el de múltiples mercados⁴², pero sin una referencia explícita a las teorías académicas que los fundamentan.

Si bien este análisis caso por caso parece razonable dada la complejidad del entorno digital y la falta de consenso sobre la mejor manera de definir los mercados de plataformas, la ausencia de directrices claras genera inseguridad jurídica⁴³.

1.1.2. Orientación en la nueva Comunicación

En respuesta a este debate, la Comisión ha introducido un apartado específico sobre plataformas multilaterales en la nueva versión de la Comunicación⁴⁴. En este se reconoce que las plataformas presentan características particulares que pueden influir en la definición del mercado. En concreto, la Comisión plantea dos posibles opciones: definir un único mercado que abarque todos los grupos de usuarios o, alternativamente, delimitar mercados separados para cada lado de la plataforma⁴⁵. Esta postura es coherente con los enfoques de mercado

³⁸ MANDRESCU (2018 A), págs. 470-482; MANDRESCU (2024), pág. 361.

³⁹ El *Bundeskartellamt* distingue entre las plataformas de emparejamiento y de provisión de audiencia. Las primeras intermedian entre varios grupos de usuarios, facilitando la interacción directa entre ellos, ya sea para realizar una transacción económica o de otro tipo. En estos casos, la definición de un único mercado es generalmente adecuada, ya que ambas partes requieren el servicio de intermediación y se generan efectos de red indirectos bilaterales. Sin embargo, se deben considerar mercados separados cuando hay diferencias claras en la sustituibilidad, las decisiones de orientación de los usuarios (*single-homing vs. multi-homing*) o las condiciones de competencia en los distintos lados. Por otro lado, las plataformas de provisión de audiencia permiten que un grupo de usuarios, generalmente anunciantes, capte la atención de otro grupo. En este caso, la delimitación de un único mercado no es adecuada debido a que la relación es asimétrica y los efectos de red son unidireccionales. Vid. BUNDESKARTELLAMT (2016), *Working Paper: Market Power of Platforms and Networks*, B6-113/15, págs. 20-32.

⁴⁰ OCDE (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, págs. 57-59. Para una perspectiva que defiende la aplicación del enfoque de múltiples mercados en todos los casos, vid. FRANCK y PEITZ (2021), págs. 103-107.

⁴¹ Por ejemplo, en *Microsoft/LinkedIn*, la Comisión definió un solo mercado para los servicios de contratación en línea, que abarcaba tanto a los demandantes de empleo como a los contratantes (Decisión de la Comisión, de 6 de diciembre de 2016, caso COMP/M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, sección 3.7).

⁴² En varios asuntos sobre mercados con un lado publicitario, se adoptó un enfoque de múltiples mercados. Vid., por ejemplo, la Decisión de la Comisión, de 18 de febrero de 2010, caso M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, párrs. 61-81 (publicidad en línea) y párrs. 85-86 (búsqueda en internet); la Decisión de la Comisión, de 3 de octubre de 2014, caso M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, párr. 34 (servicios de comunicación para consumidores), párr. 61 (servicios de redes sociales) y párr. 79 (publicidad en línea); y la Decisión *Microsoft/LinkedIn*, párrs. 74-83 (servicios de comunicación empresarial), párrs. 87-117 (redes sociales profesionales), párrs. 126-147 (servicios de reclutamiento en línea) y párrs. 152-161 (servicios de publicidad en línea).

⁴³ En este sentido, MANDRESCU (2024), págs. 362-363.

⁴⁴ Nueva Comunicación, párrs. 94-98.

⁴⁵ Nueva Comunicación, párr. 95.

único y múltiples mercados desarrollados en la doctrina⁴⁶, así como con las conclusiones del *Estudio de apoyo a la evaluación*⁴⁷.

Sin embargo, la nueva Comunicación no proporciona criterios exhaustivos para determinar en qué casos resulta más adecuado adoptar uno u otro modelo, lo que sigue generando incertidumbre. De hecho, varios participantes en la consulta pública sobre el proyecto de nueva Comunicación señalaron esta falta de precisión. No obstante, la Comisión no incorporó modificaciones al respecto en la versión final del documento⁴⁸.

En concreto, el texto revisado se limita a señalar que la definición de mercados diferenciados será preferible cuando existan diferencias significativas en las posibilidades de sustitución de los distintos lados del mercado. Para evaluar dichas diferencias, menciona algunos factores a considerar: si las empresas ofrecen productos sustituibles para cada grupo de usuarios, el grado de diferenciación de los productos en cada lado, los factores comportamentales como las decisiones que determinan la orientación de cada grupo de usuarios⁴⁹, y la naturaleza de la plataforma⁵⁰. Así, la Comisión parece aclarar que la distinción entre plataformas transaccionales y no transaccionales es solo un elemento más a tomar en consideración, pero no un criterio absoluto⁵¹.

Asimismo, la nueva versión enfatiza la importancia de tener en cuenta los efectos de red indirectos⁵². En este sentido, indica que lo esencial no es en qué fase del análisis se consideran —ya sea en la delimitación del mercado o en la evaluación de la competencia— sino asegurarse de que estos se tengan en cuenta de manera suficiente⁵³.

Aunque la actualización de la Comunicación supone un avance al incorporar criterios más adaptados a la realidad de las plataformas digitales, persisten lagunas interpretativas que dificultan su implementación práctica y reducen la previsibilidad en su aplicación. Así, en este contexto, la evolución de la práctica decisoria y la jurisprudencia será clave para esclarecer y consolidar el marco aplicable a las plataformas⁵⁴.

⁴⁶ En este mismo sentido, *vid.* MANDRESCU (2024), pág. 363.

⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 41-51.

⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo, los comentarios de la AFEP (French Association of Large Companies, pág. 2), la American Bar Association (pág. 8), Clifford Chance LLP (párr. 5.18), Compass Lexecon (párr. 5.2), Gibson Dunn (párr. 8.4), Herbert Smith Freehills (párrs. 4.9 y 4.10) y Zalando (pág. 2).

⁴⁹ Las decisiones de orientación se refieren a la elección de los usuarios de utilizar una sola plataforma para un servicio (orientación en una única dirección o *single-homing*) o varias (orientación en múltiples direcciones o *multi-homing*). En algunos casos, las decisiones en un lado de la plataforma influyen en las alternativas disponibles para los usuarios de los otros lados, afectando así las posibilidades de sustitución para estos últimos. Para un análisis detallado sobre el impacto de las decisiones de orientación en la delimitación del mercado, *vid.* FRANCK y PEITZ (2021), págs. 115-116. Este aspecto también fue examinado en la evaluación de la Comunicación, *vid.* COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 73-77.

⁵⁰ Nueva Comunicación, párr. 95.

⁵¹ Esto es conforme a lo señalado en el *Estudio de apoyo a la evaluación* [COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 50].

⁵² Si bien esta novedad ha sido valorada positivamente, en la consulta pública sobre el proyecto de nueva Comunicación se sugirió que la Comisión debería aclarar cómo integrar los efectos de red en la definición de mercado. *Vid.*, por ejemplo, el comentario de la AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia, párr. 40).

⁵³ Nueva Comunicación, párr. 95. Esta postura es una de las conclusiones del *Estudio de apoyo a la evaluación* [COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 51].

⁵⁴ En el mismo sentido, MANDRESCU (2024), pág. 364.

1.2. *Análisis de la sustituibilidad de la demanda*

1.2.1. Antecedentes

La consulta pública también puso de manifiesto que las particularidades de las plataformas digitales dificultan la evaluación de la sustituibilidad de la demanda. Dadas las características de los mercados digitales, numerosos encuestados sugirieron que la Comisión debería considerar otros factores además del precio, como la calidad, el uso de datos y las preferencias de los consumidores⁵⁵.

También se destacó la necesidad de mayor orientación sobre cómo interpretar las preferencias de los consumidores en mercados donde los servicios se ofrecen de manera gratuita o donde es común el *multi-homing*⁵⁶. Asimismo, se señaló que la Comunicación de 1997 no abordaba barreras y costes de cambio que son especialmente significativos en el entorno digital, como la portabilidad de los datos, la falta de interoperabilidad, la privacidad, los efectos de red y la diferenciación de productos⁵⁷.

En cuanto a la aplicación de la prueba del monopolista hipotético (test SSNIP⁵⁸) en mercados de múltiples lados, las contribuciones resaltaron dos desafíos principales⁵⁹. En primer lugar, la interdependencia entre las demandas de los distintos lados del mercado complica su uso y puede comprometer sus resultados. Y, en segundo lugar, su aplicación a productos o servicios sin precio monetario presenta obstáculos adicionales, aspecto que se abordará en el siguiente apartado del trabajo⁶⁰.

Respecto al primer desafío, no hay consenso sobre si el test SSNIP debe aplicarse a la plataforma en su conjunto, considerando simultáneamente a todos los grupos de usuarios, o de forma diferenciada para cada lado del mercado. En este último caso, surge la cuestión adicional de si debe hacerse de manera simultánea o secuencial. Estas decisiones son cruciales, ya que los efectos de red indirectos pueden generar resultados diferentes según la metodología utilizada⁶¹.

Si bien algunos autores cuestionan la adecuación de la prueba SSNIP para captar la complejidad de los mercados multilaterales, sigue considerándose una herramienta útil en la delimitación del mercado. Incluso se ha defendido su valor cuando simplemente se utiliza como marco teórico, complementado con evidencia cualitativa, como opiniones sobre la sustitución de consumidores o empresas⁶².

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), págs. 9-10, 16.

⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 10.

⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 17; COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 47.

⁵⁸ SSNIP equivale a *Small but Significant Non-Transitory Increase in Price* (Pequeño pero Significativo Aumento No Transitorio del Precio). Se trata de una herramienta tradicional para definir el mercado relevante, que evalúa si un alza de precios del 5-10 por 100 llevaría a los clientes a optar por productos alternativos, lo que haría la subida no rentable. Si esto ocurre, el mercado relevante debe ampliarse para incluir esos productos (Comunicación de 1997, párrs. 15-19).

⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 13. Sobre esta cuestión, en la doctrina, *vid.*, por todos, CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), pág. 45.

⁶⁰ *Vid. infra* apartado 1.3 del presente epígrafe.

⁶¹ MANDRESCU (2024), pág. 365.

⁶² OCDE (2018), pág. 15; FRANCK y PEITZ (2021), pág. 122.

1.2.2. Orientación en la nueva Comunicación

La versión actualizada de la Comunicación reconoce, acertadamente, que existen otros parámetros competitivos además del precio del producto o servicio. Entre ellos, menciona «su nivel de innovación, su calidad en diversos aspectos —como, por ejemplo, su sostenibilidad, su eficiencia en el uso de los recursos, su durabilidad, el valor y los diversos usos que ofrece el producto, la posibilidad de integrarlo con otros productos, la imagen que transmite o la seguridad y la protección de la privacidad que confiere—, así como su disponibilidad, en particular en términos de plazo de producción, resiliencia de las cadenas de suministro, fiabilidad del suministro y costes del transporte». Por tanto, estos factores deben incorporarse en el análisis de la sustituibilidad de la demanda⁶³.

Además, la Comisión advierte que, cuando las empresas compiten en parámetros distintos al precio, la aplicación de la prueba SSNIP se complica⁶⁴. Por ello, adopta una postura más flexible, afirmando que no está obligada a aplicarla de manera empírica y que otros datos pueden ser igualmente válidos para definir el mercado. De forma expresa, indica que «en muchos casos la prueba del monopolista hipotético solo sirve como marco conceptual para interpretar los elementos de prueba disponibles»⁶⁵.

En cuanto a la aplicación del test SSNIP en mercados multilaterales, la nueva Comunicación mantiene cierta ambigüedad. Aunque reconoce que su uso en estos contextos es más complejo debido a los efectos de red indirectos⁶⁶, no proporciona pautas claras sobre cómo abordar este desafío⁶⁷. No se especifica, por ejemplo, si la prueba debe aplicarse a la plataforma en su conjunto o de forma diferenciada para cada grupo de usuarios. Esta falta de orientación podría afectar a la coherencia del análisis en futuros casos.

1.3. *Impacto de las estrategias de precio monetario cero*

1.3.1 Antecedentes

En la actualidad, muchos servicios digitales se ofrecen gratis, es decir, sin un precio monetario, pero a cambio de los datos y la atención de los usuarios. No obstante, este modelo de negocio no es exclusivo de la economía digital. Desde hace décadas, sectores como los medios de comunicación han proporcionado acceso gratuito a contenidos en radio, televisión o prensa, financiándose a través de la publicidad. Sin embargo, la expansión de las plataformas digitales ha incrementado la relevancia de estos modelos⁶⁸.

En este contexto, uno de los desafíos para la delimitación del mercado relevante radica en determinar si es posible definir un mercado a efectos del De-

⁶³ Nueva Comunicación, párr. 15.

⁶⁴ Nueva Comunicación, párr. 30.

⁶⁵ Nueva Comunicación, párr. 31.

⁶⁶ Nueva Comunicación, párr. 96.

⁶⁷ Algunos comentarios sobre el proyecto de nueva Comunicación, como el de la AEDC (párr. 39) y Clifford Chance LLP (párr. 5.20), señalaron que la redacción de este apartado es ambigua y no aclara cómo superar las dificultades en el análisis de la sustitución de la demanda mediante la aplicación del test SSNIP en mercados multilaterales. Sin embargo, la versión final del documento no incorporó aclaraciones adicionales al respecto.

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 61.

recho de la competencia cuando no hay un precio monetario. A este respecto, la práctica de la Comisión ha demostrado que la ausencia de precio no impide la delimitación del mercado⁶⁹. Así, por ejemplo, en el caso *Google Shopping* se reconoció que la prestación de servicios de búsqueda general constituye una actividad económica a efectos de la normativa de competencia. Aunque los usuarios no pagan una contraprestación monetaria, contribuyen a la monetización del servicio proporcionando datos con cada consulta⁷⁰.

Superada esta cuestión inicial, surge un segundo desafío: ¿cómo definir estos mercados y qué herramientas utilizar para ello? A este respecto, durante la consulta pública, diversos actores destacaron la necesidad de que la nueva Comunicación proporcionara orientación sobre la evaluación de la sustituibilidad de la demanda en los mercados de precio cero⁷¹. Como se ha mencionado en el apartado anterior, la aplicación del test SNNIP en estos contextos resulta inviable, ya que no existe un precio inicial sobre el cual calcular el incremento hipotético del 5-10 por 100⁷².

Para afrontar esta problemática, se han propuesto adaptaciones de la prueba SSNIP, utilizando parámetros alternativos como la calidad (test SSNDQ⁷³) y los costes (test SSNIC⁷⁴)⁷⁵. En particular, la prueba SSNDQ ha ganado mayor aceptación en la práctica. Sin embargo, su implementación aún enfrenta desafíos, ya que no existe un estándar uniforme sobre el nivel de reducción de calidad que debe considerarse ni sobre qué parámetros de calidad son más relevantes en cada caso⁷⁶.

La Comisión, tras rechazar expresamente la aplicación de la prueba SSNIP en el caso *Google Shopping* debido a la ausencia de un precio monetario para los usuarios⁷⁷, optó por utilizar la alternativa SSNDQ en el asunto *Google Android*. En este caso, evaluó si los fabricantes, usuarios y desarrolladores de aplicaciones sustituirían las tiendas de aplicaciones para Android por otras tiendas

⁶⁹ Esta conclusión también ha sido respaldada por los resultados de la evaluación de la Comunicación de 1997 [COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 65-68; COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 55].

⁷⁰ Decisión de la Comisión, de 27 de junio de 2017, caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párrs. 158 y 198. Esto también se reiteró en la Decisión de la Comisión, de 18 de julio de 2018, caso AT.40099 – *Google Android*, párrs. 325-329.

⁷¹ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 8.

⁷² Se ha argumentado en numerosas ocasiones que la prueba SSNIP no puede aplicarse a productos o servicios con precio cero. Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, EVANS (2011), págs. 83-84; NEWMAN (2016), pág. 65-66; MANDRESCU (2018 B), págs. 248-250; MANDRESCU (2024), pág. 366. Esto también fue puesto de manifiesto durante la evaluación de la Comunicación [COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 69; COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 37].

⁷³ SSNDQ equivale a *Small but Significant Non-Transitory Decrease in Quality* (Pequeña pero Significativa Reducción No Transitoria de la Calidad). Este test sirve para valorar el impacto que tiene en la demanda una disminución pequeña y permanente de la calidad del producto o servicio y, de esta forma, delimitar los productos sustitutivos y, por consiguiente, el mercado relevante. Sobre esta prueba, *vid.* MANDRESCU (2018 B), págs. 252-255.

⁷⁴ SSNIC equivale a *Small but Significant Non-Transitory Increase in Cost* (Pequeño pero Significativo Aumento No Transitorio del Coste). Esta prueba se basa en los costes no monetarios que enfrentan los consumidores en mercados de precio cero, principalmente los costes de información (datos personales que deben proporcionar) y de atención (anuncios publicitarios a los que están expuestos). Para un análisis sobre esta herramienta, *vid.* NEWMAN (2016), págs. 64-69. En contra de su aplicación, *vid.* MANDRESCU (2018 B), págs. 250-252.

⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 13; COMISIÓN EUROPEA (2020 B), pág. 7.

⁷⁶ Sobre las incertidumbres metodológicas que plantea el test SSNDQ, *vid.*, por ejemplo, CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), pág. 45; MANDRESCU (2024), pág. 366.

⁷⁷ Decisión *Google Search (Shopping)*, párrs. 242-245.

de distintos sistemas operativos en caso de una disminución en la calidad de las primeras⁷⁸.

A pesar de la falta de claridad sobre el procedimiento seguido para seleccionar las cualidades examinadas y el grado de empeoramiento de la calidad aplicado, el TGUE concedió a la Comisión un margen de actuación amplio. En su sentencia, confirmó que el modelo SSNDQ constituye una herramienta válida para definir el mercado relevante y que no es necesario establecer un umbral exacto de degradación de calidad para su aplicación. Lo fundamental es que la disminución de la calidad sea pequeña, pero significativa y no transitoria⁷⁹. Esta interpretación otorga a la Comisión una discrecionalidad considerablemente mayor en comparación con el tratamiento tradicional de otras cuestiones económicas⁸⁰.

Dadas las dificultades asociadas a la aplicación de herramientas cuantitativas en los mercados de precio cero, también se ha propuesto prestar mayor atención a las fuentes de evidencia cualitativa, como estudios de mercados y encuestas a consumidores⁸¹. De hecho, la práctica de la Comisión ha demostrado que los elementos cualitativos pueden desempeñar un papel clave en la delimitación de mercados relevantes en servicios gratuitos⁸². En estos casos, el desafío radica en identificar las características de los servicios que realmente influyen en las decisiones de los usuarios y ejercen presiones competitivas, en lugar de centrarse en parámetros irrelevantes o que solo importan a un número reducido de consumidores⁸³.

1.3.2. Orientación en la nueva Comunicación

A la luz de estos desarrollos, la versión actualizada de la Comunicación refleja el estado actual de la cuestión, pero no introduce novedades significativas. En particular, reconoce que el hecho de que un producto o servicio se ofrezca sin un precio monetario no significa que no exista un mercado de referencia para él⁸⁴. Asimismo, señala que, en estos casos, los parámetros no relacionados con el precio —como las funcionalidades del producto, su uso previsto, las pruebas de existencia de sustitución hipotética o en el pasado, así como los obstáculos y costes asociados a la sustitución— resultan esenciales para evaluar la sustituibilidad⁸⁵.

⁷⁸ Decisión *Google Android*, párrs. 284-305.

⁷⁹ STGUE, de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet/Comisión*, T-604/18, EU:T:2022:541, párrs. 177 y 180.

⁸⁰ MANDRESCU (2024), pág. 366.

⁸¹ MANDRESCU (2018 B), págs. 254-255; OCDE (2018), págs. 63-64; CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), págs. 45-46; COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 69-71.

⁸² Como ejemplos, en el asunto *Facebook/WhatsApp*, el mercado de los servicios de comunicación para consumidores y el de redes sociales fueron delimitados teniendo en cuenta sus funcionalidades (párrs. 24-33 y 51-61). En el caso *Microsoft/LinkedIn*, la definición del mercado de las redes sociales profesionales se realizó en base a las características del servicio y sus funcionalidades (párrs. 99-117). En el caso *Google Shopping*, la delimitación del mercado de los servicios de búsqueda general se basó en las características del servicio y en su uso previsto (párrs.163-183).

⁸³ EBEN y ROBERTSON (2021), pág. 432.

⁸⁴ Nueva Comunicación, párr. 97.

⁸⁵ Nueva Comunicación, párr. 98.

Por otro lado, la versión revisada de la Comunicación no menciona la prueba SSNIC, a pesar de que haber sido considerada durante la fase de evaluación⁸⁶. Esta omisión parece coherente, dado que esta herramienta no ha encontrado aplicación en la *praxis* de Comisión⁸⁷.

Sin embargo, la nueva Comunicación sí reconoce que, en aquellos escenarios donde la prueba SSNIP no sea aplicable debido a la ausencia de un precio monetario, puede recurrirse a la prueba SSNDQ⁸⁸. No obstante, no proporciona detalles específicos sobre su implementación práctica. No especifica qué criterios deben considerarse para determinar la reducción de la calidad, cómo cuantificarla ni cuál es el umbral adecuado para considerarla significativa. Esta falta de precisión genera inseguridad jurídica y deja un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades de competencia⁸⁹. Aunque la aplicación de la prueba SSNIP y su variante SSNDQ no es obligatoria en la definición de mercado, su uso debería estar sujeto a ciertos límites. En ausencia de un marco que garantice su objetividad, el test SSNDQ correría el riesgo de convertirse en un mero ejercicio teórico en futuros casos⁹⁰.

2. La delimitación del mercado en presencia de ecosistemas digitales

2.1. Antecedentes

En la economía digital, la competencia no solo ocurre entre plataformas, sino también entre ecosistemas digitales⁹¹. Estos se definen como un conjunto de productos y servicios interconectados mediante vínculos tecnológicos que refuerzan su complementariedad⁹². Así, un ecosistema puede incluir un sistema operativo, aplicaciones de *software*, una tienda de aplicaciones y componentes de *hardware*, como teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos inteligentes⁹³.

Una característica fundamental de los ecosistemas es la creación de complementariedades entre productos y servicios que, de forma aislada, no estarían vinculados. Esta integración amplifica los efectos de red y fortalece la posición competitiva de las empresas que los desarrollan, especialmente cuando logran fidelizar a los usuarios y crear barreras de salida que dificultan el cambio de proveedor (efectos de *lock-in*)⁹⁴.

Las dinámicas competitivas de estos entornos complican la definición del mercado relevante. Surge la cuestión de si debe considerarse un único ecosis-

⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 64.

⁸⁷ A pesar de que algunos comentarios al proyecto de nueva Comunicación advirtieron sobre esta omisión y sugirieron incluir una referencia a la prueba SSNIC, la versión definitiva no la menciona. *Vid.*, por ejemplo, las contribuciones de ETNO (pág. 2) y ERT (European Round Table for Industry, párr. 6.1).

⁸⁸ Nueva Comunicación, párr. 98.

⁸⁹ En este sentido, varios comentarios al proyecto de nueva Comunicación solicitaron mayores aclaraciones al respecto. *Vid.*, por ejemplo, los de la AEDC (párr. 52), la Associazione Antitrust Italiana (págs. 6 y 12), Clifford Chance LLP (párr. 3.8), el CEG (Competition Economists Group, párrs. 14 y 15), Developers Alliance (pág. 3), Gibson Dunn (párr. 7.5), Herbert Smith Freehills (párrs. 2.4 y 4.11), la IBA (International Bar Association, pág. 9) y Linklaters (párrs. 16-17).

⁹⁰ En la misma línea, *vid.* MANDRESCU (2024), pág. 366.

⁹¹ CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), pág. 33.

⁹² BOURREAU (2020), pág. 3.

⁹³ WHISH y BAILEY (2021), pág. 36.

⁹⁴ JACOBIDES y LIANOS (2021), pág. 1200.

tema o varios dentro del mismo mercado, así como dudas en cuanto a los productos y servicios que deben incluirse⁹⁵. En este sentido, en la evaluación de la Comunicación de 1997, varios participantes señalaron la necesidad de que la Comisión proporcionara directrices concretas para la delimitación del mercado en presencia de ecosistemas digitales⁹⁶. Se destacó, además, que la sección dedicada a los mercados de productos secundarios⁹⁷ no abordaba este fenómeno, pese a sus similitudes conceptuales con dichos mercados⁹⁸.

Según el *Estudio de apoyo a la evaluación*, el modelo de negocio de los ecosistemas —abierto o cerrado— y el grado de interoperabilidad con otros ecosistemas son factores determinantes para delimitar el mercado. Cuanto más cerrado sea un ecosistema y más limitadas sean sus opciones de interoperabilidad, más adecuado será considerarlo como un mercado separado. En cambio, si el ecosistema es lo suficientemente abierto y permite la interoperabilidad con productos o servicios de terceros, no habría razón para definir un mercado separado para sus productos, sino que estos podrían integrarse en un mercado más amplio que incluya componentes interoperables de otros ecosistemas⁹⁹.

Asimismo, para delimitar el mercado relevante en estos entornos, se han sugerido enfoques basados en las teorías de los mercados de paquetes (*bundle markets*) y los mercados de posventa (*aftermarkets*). En los mercados de paquetes, los consumidores adquieren varios productos en conjunto porque no consideran viable desagregar el paquete. Este fenómeno tiene ciertos paralelismos con los ecosistemas digitales, donde la interoperabilidad con productos externos puede ser un factor esencial para determinar si han de considerarse mercados independientes. Así, bajos niveles de interoperabilidad podrían justificar la consideración del ecosistema como un mercado diferenciado¹⁰⁰.

También se ha señalado que los ecosistemas digitales comparten características con los mercados de posventa, en los que el consumo de un producto principal deriva en el consumo de otros productos vinculados. Así pues, dependiendo del caso, los enfoques utilizados para delimitar los mercados de posventa —mercados de sistemas, mercados múltiples o mercados dobles¹⁰¹— podrían aplicarse al análisis de los ecosistemas digitales¹⁰².

En la práctica, la delimitación del mercado basada en ecosistemas ha sido analizada de manera muy limitada. Un ejemplo es el caso *Google Android*, donde la Comisión optó por definir mercados separados para los distintos componentes del ecosistema. Se concluyó que no se daban las condiciones necesarias para considerar que las tiendas de aplicaciones y los sistemas operativos de teléfonos móviles inteligentes compitiesen como parte de un mismo sistema¹⁰³.

⁹⁵ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 79.

⁹⁶ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 8.

⁹⁷ Comunicación de 1997, párr. 56.

⁹⁸ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 21; COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 53.

⁹⁹ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 80-84.

¹⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 84-85.

¹⁰¹ Para un análisis de las distintas formas de definir los mercados relevantes en los casos que involucran mercados de posventa, *vid.* OCDE (2017), *Competition issues in aftermarket*, págs. 19-23.

¹⁰² COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 85-88. Sin embargo, se ha argumentado que el enfoque de mercados de posventa solo resulta útil para los ecosistemas más simples [*vid.* JACOBIDES y LIANOS (2021), pág. 1207].

¹⁰³ Para justificar su decisión, la Comisión destacó varios factores: 1) Las tiendas de aplicaciones y los sistemas operativos son solo componentes del dispositivo móvil, y el gasto en aplicaciones es pequeño en com-

2.2. Orientación en la nueva Comunicación

La Comunicación actual aborda de forma sucinta el tema de los ecosistemas digitales en el apartado titulado *Definición del mercado en presencia de mercados de posventa, paquetes y ecosistemas (digitales)*¹⁰⁴. En línea con lo dispuesto en el *Estudio de apoyo a la evaluación*, la nueva versión contempla la posibilidad de definir un único mercado relevante para un ecosistema digital en su conjunto. Para ello, establece paralelismos con la metodología utilizada en la delimitación de mercados de posventa y de paquetes.

En concreto, la Comisión plantea dos posibles escenarios. Por un lado, establece que, en algunos casos, los ecosistemas digitales pueden configurarse en torno a un producto principal y varios productos secundarios, cuyo consumo está condicionado al producto principal por interoperabilidad o vínculos tecnológicos. En tales circunstancias, los principios aplicables a los mercados de posventa podrían utilizarse para definir el mercado de producto. Por otro lado, cuando los productos y servicios secundarios dentro de un ecosistema se ofrecen como un paquete integrado, se contempla la posibilidad de que dicho paquete pueda constituir un mercado de referencia en sí mismo. Sin embargo, la Comisión también reconoce que no todos los ecosistemas encajan en los esquemas tradicionales de mercados de posventa o paquetes. Por ello, sugiere considerar factores adicionales como los efectos de red, los costes de sustitución y las decisiones de orientación de los usuarios al delimitar el mercado¹⁰⁵.

A pesar de que estas orientaciones proporcionan un marco teórico útil, su falta de concreción genera dudas sobre su aplicabilidad práctica. La Comisión debería haber incluido más detalles y ejemplos específicos que ilustrasen cómo se implementarán estos criterios en escenarios reales. De hecho, varios comentarios al proyecto de nueva Comunicación subrayaron la necesidad de mayor claridad para facilitar la comprensión de este marco¹⁰⁶. Sin embargo, la versión final del texto no incorporó cambios para resolver esta cuestión.

Además, como señala MANDRESCU, la posibilidad de definir mercados de ecosistemas podría depender de si las empresas involucradas están sujetas al RMD. Esta normativa introduce medidas para reducir las barreras de cambio entre plataformas y ecosistemas, como la portabilidad de datos y servicios, así como obligaciones de interoperabilidad. Dichas disposiciones podrían reducir los casos en los que un conjunto de productos y servicios ofrecidos por una

paración con los costes del *hardware*; 2) La elección de una tienda de aplicaciones está condicionada por el sistema operativo del dispositivo, y los usuarios no pueden instalar tiendas que no sean compatibles con él; 3) Las tiendas de aplicaciones y los sistemas operativos son productos independientes que satisfacen necesidades diferentes; 4) Google brinda acceso a Android sin Play Store; y 5) Existen empresas que ofrecen sólo uno de estos productos, lo que refuerza la idea de que pertenecen a mercados separados (Decisión *Google Android*, párr. 299).

¹⁰⁴ Nueva Comunicación, párrs. 99-104.

¹⁰⁵ Nueva Comunicación, párr. 104.

¹⁰⁶ *Vid.*, por ejemplo, las contribuciones de la American Bar Association (pág. 15), la AECD (párr. 46), la APDC (Association des Avocats pratiquant le Droit de la Concurrence, pág. 21), Herbert Smith Freehills (párr. 4.14) y Linklaters (párr. 21). En su comentario ya citado, la Dra. EBEN, si bien valoró positivamente la inclusión de orientaciones sobre ecosistemas digitales, destacó que se podría haber aportado mayor claridad y que la Comisión debería actualizar la Comunicación conforme evolucione su práctica decisoria, con el fin de garantizar transparencia y seguridad jurídica (pág. 5).

misma empresa pueda ser percibido como un ecosistema único a efectos de la delimitación de mercado¹⁰⁷.

3. El papel de los datos en la delimitación del mercado

3.1. Antecedentes

Los datos son considerados *el nuevo petróleo o la nueva moneda* del siglo XXI¹⁰⁸, lo que refleja su creciente relevancia en la economía digital. Aunque la información de los clientes siempre ha sido valiosa, su importancia es aún mayor para las empresas en línea, cuyo modelo de negocio depende de la recopilación y monetización de datos. Los avances tecnológicos han permitido que tanto pequeñas como grandes empresas recopilen, almacenen y utilicen grandes volúmenes de datos, lo que ha transformado la dinámica competitiva. Además de ser esenciales para el desarrollo de la inteligencia artificial, los datos constituyen un insumo clave para la prestación de numerosos servicios digitales¹⁰⁹.

En este contexto, diversas contribuciones a la consulta pública destacaron el creciente impacto de los datos en la definición del mercado, un aspecto que no estaba contemplado en la Comunicación original¹¹⁰. Algunos participantes señalaron que el acceso y la capacidad de procesamiento de datos confieren ventajas significativas a las grandes empresas digitales, permitiéndoles expandirse rápidamente a nuevos mercados. Esto, según ellos, debería considerarse al evaluar la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial. Por otro lado, las grandes empresas digitales argumentaron que, en mercados impulsados por la tecnología, los nuevos actores pueden crecer con rapidez y desafiar a las empresas ya consolidadas¹¹¹.

El *Estudio de apoyo a la evaluación* también analiza el papel de los datos en la delimitación del mercado¹¹², concluyendo que, si bien estos son un factor clave en la competencia y el poder de mercado, hasta ahora no han recibido demasiada atención en la etapa de definición del mercado¹¹³. El estudio examina, además, la posibilidad de definir mercados específicos para los datos. Una propuesta respalda por una parte de la doctrina, que argumenta que esto permitiría una comprensión más precisa del poder de mercado en los entornos digitales y de las consecuencias sobre la competencia de las concentraciones basadas en datos¹¹⁴.

No obstante, la principal dificultad para definir un mercado relevante de datos radica en la ausencia de un intercambio económico directo en la mayoría de los casos. Las empresas no suelen vender los datos de sus usuarios, sino que los

¹⁰⁷ MANDRESCU (2024), pág. 369.

¹⁰⁸ Discurso de Meglena Kuneva, Comisaria Europea de Consumo, 31 de marzo de 2009. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm.

¹⁰⁹ CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), pág. 24.

¹¹⁰ COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 55.

¹¹¹ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 9.

¹¹² COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 88-94.

¹¹³ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 94.

¹¹⁴ Según MANDRESCU, la posibilidad de definir un mercado separado para los datos se considera principalmente en el ámbito del control de concentraciones. En lo que respecta al art. 102 TFUE, parecería más adecuado analizar el papel de los datos durante de la fase de evaluación del poder de mercado [MANDRESCU (2017), pág. 412].

utilizan como un insumo para mejorar sus servicios. Así pues, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, solo sería viable delimitar un mercado de datos si estos fueran comercializados como cualquier otro bien¹¹⁵.

A pesar de que la Comisión no ha delimitado hasta el momento un mercado específico para los datos no comercializados directamente¹¹⁶, el debate doctrinal sigue abierto. HARBOUR, excomisionada de la FTC, inició la discusión con su declaración de disidencia respecto a la autorización de la concentración *Google/DoubleClick* en 2007, donde advirtió sobre los riesgos derivados de la combinación de las bases de datos de ambas empresas. Con el fin de permitir un análisis adecuado de los efectos de la operación, sugirió la definición de un mercado hipotético que comprendiese los datos que pudieran llegar a ser útiles para la segmentación conductual de los usuarios por parte de los anunciantes¹¹⁷.

Posteriormente, HARBOUR y su asesora KOSLOV plantearon que, para los servicios en línea que dependen de los datos de los usuarios, se definiesen mercados de datos diferenciados de los mercados delimitados para dichos servicios. Con ello, argumentaron que se reconocería la importancia de los datos y se reflejaría que sus usos van más allá del propósito inicial de recopilación¹¹⁸. Esta propuesta ha sido desarrollada por GRAEF, quien sostiene que, en ciertos casos, podría ser necesaria la definición de mercados potenciales o hipotéticos para los datos que son utilizados en la mejora de los servicios de plataforma¹¹⁹.

Sin embargo, también hay opiniones en contra de delimitar mercados para los datos que no son objeto de comercio¹²⁰. A este respecto, LI argumenta que definir mercados separados para los datos es innecesario, ya que su impacto sobre la competencia ya se analiza dentro de los mercados de productos o servicios de los que derivan¹²¹. Y, por lo tanto, no aportaría nada nuevo respecto al análisis realizado bajo la metodología tradicional de delimitación de mercado¹²².

¹¹⁵ GRAEF (2015), págs. 489-490; LI (2019), pág. 67.

¹¹⁶ Por ejemplo, en el caso *Facebook/WhatsApp*, la Comisión se abstuvo de delimitar un mercado de datos, ya que ambas empresas utilizaban la información únicamente de forma interna, sin comercializarla como un producto independiente. Facebook empleaba los datos de los usuarios exclusivamente para sus propios servicios, mientras que WhatsApp no almacenaba ni recopilaba datos que pudieran ser valiosos para fines publicitarios. Por ello, la Comisión declaró que no había investigado ninguna posible definición de mercado con respecto a la prestación de servicios de suministro o análisis de datos, ya que ninguna de las empresas operaba en ese ámbito (párrs. 70-72).

¹¹⁷ Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, *Google/DoubleClick*, Documento de la FTC núm. 071-0170, pág. 9.

¹¹⁸ HARBOUR y KOSLOV (2010), pág. 773.

¹¹⁹ GRAEF (2015).

¹²⁰ *Vid.*, por ejemplo, ZINGALES (2013), pág. 42.

¹²¹ Por ejemplo, en *Google Shopping*, los datos se consideraron inicialmente en la fase de delimitación del mercado. En este contexto, se señaló que una de las razones para diferenciar el mercado de servicios de búsqueda general del de búsqueda especializada es la diferencia en las fuentes de datos que cada uno utiliza (párr. 168). Más adelante, al analizar la posición dominante de Google, se reconoció la importancia de los datos en la prestación de servicios de búsqueda general como una barrera de entrada. En particular, se señaló que para competir efectivamente en este mercado es necesario recibir un volumen significativo de consultas, lo que dificulta la entrada de nuevos competidores (párrs. 287-290).

¹²² LI (2019), pág. 76.

3.2. Orientación en la nueva Comunicación

La Comunicación actual no se pronuncia en torno a la posibilidad de definir mercados específicos para los datos¹²³. Esto no resulta sorprendente, dada la falta de consenso sobre esta cuestión. Además, tanto en la teoría como en la práctica, los datos han recibido una mayor atención en la fase de evaluación del poder de mercado que en la de delimitación del mercado¹²⁴.

El texto revisado menciona explícitamente los datos en tres ocasiones. En primer lugar, al abordar los elementos de apreciación para la definición de los mercados de producto, la Comisión reconoce que ciertos obstáculos y costes pueden afectar la sustitución de la demanda por otros productos, destacando entre ellos los costes de portabilidad de datos y el grado de interoperabilidad¹²⁵. En segundo lugar, la nueva Comunicación señala que, al evaluar la sustituibilidad de la oferta, deben considerarse los costes y obstáculos que enfrentan las empresas para sustituir su oferta o producción, incluyéndose entre estos las inversiones necesarias para acceder a datos¹²⁶. Por último, en el caso de los productos o servicios digitales ofrecidos a coste monetario cero, la Comisión enfatiza que el análisis de la sustitución debe centrarse en factores no relacionados con el precio, tales como la interoperabilidad con otros productos y la portabilidad de los datos¹²⁷.

En conclusión, aunque la nueva Comunicación no adopta una postura definitiva sobre la delimitación de mercados específicos para los datos, sí incorpora referencias más precisas sobre su papel en la definición del mercado. Esto deja abierta la posibilidad de futuras consideraciones a medida que el debate y la práctica en la materia evolucionen.

4. La delimitación del mercado en el contexto del comercio electrónico

4.1. Antecedentes

En la última década, la distinción entre las ventas en línea (*online*) y fuera de línea (*offline*) se ha vuelto cada vez más difusa¹²⁸. Muchos minoristas tradicionales han incorporado el comercio electrónico en sus modelos de negocio —empresas *brick-and-click*—, mientras que algunas empresas nacidas en el entorno digital han optado por abrir establecimientos físicos —empresas *click-to-brick*—. Asimismo, han surgido entidades que operan exclusivamente en el ámbito digital, sin haber tenido una presencia previa en el mercado físico —empresas *pure-click* o *pure-play*—¹²⁹.

¹²³ Distintas contribuciones a la consulta sobre el proyecto de nueva Comunicación sugirieron que la Comisión debería abordar con mayor detalle el papel de los datos en la definición del mercado. En particular, se propuso incluir explicaciones sobre la evaluación de la sustituibilidad de los datos, tanto como producto en sí mismo como insumo para otros bienes y servicios. No obstante, la versión final no introdujo modificaciones en este sentido. *Vid.*, por ejemplo, los comentarios de la American Bar Association (pág. 15) y la AEDC (pág. 48).

¹²⁴ En cuanto a la relación entre los datos y el poder de mercado, *vid.*, entre otros, BOURREAU, DE STREEL y GRAEF (2017), págs. 29-38; MANDRESCU (2017), págs. 418-420.

¹²⁵ Nueva Comunicación, párr. 57.

¹²⁶ Nueva Comunicación, párr. 61.

¹²⁷ Nueva Comunicación, párr. 98.

¹²⁸ ROBERTSON (2024), pág. 6.

¹²⁹ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 94.

El comercio electrónico ha ampliado las opciones de los consumidores al incrementar la variedad de establecimientos minoristas a los que pueden acceder y la información disponible, reduciendo así los costes de búsqueda. Este fenómeno fue puesto de manifiesto en la evaluación de la Comunicación, donde se advirtió sobre la creciente presión competitiva que los vendedores en línea ejercen sobre las tiendas físicas. En consecuencia, las aportaciones a la consulta pública destacaron la necesidad de reflejar estos cambios en la nueva Comunicación en lo que respecta a la delimitación del mercado relevante tanto en términos de producto como de alcance geográfico¹³⁰.

4.2. *Impacto en la definición del mercado de producto*

La Comunicación de 1997 no proporciona orientación sobre los efectos del comercio electrónico en la delimitación del mercado de producto. Sin embargo, la expansión del comercio en línea ha suscitado un debate sobre si los canales de venta *online* y *offline* deben considerarse parte del mismo mercado relevante o, por el contrario, constituyen mercados diferenciados¹³¹.

Las autoridades nacionales han adoptado enfoques variados al respecto¹³². En algunos casos, factores como las diferencias en los precios, la experiencia del cliente —por ejemplo, la posibilidad de probar el producto, evaluar su calidad, etc.—, la calidad del servicio al cliente —como el contacto directo con el vendedor o la disponibilidad de asesoramiento profesional—, así como los tiempos de entrega y los costes logísticos, han llevado a considerar ambos canales de distribución como mercados separados¹³³.

Por el contrario, en otras ocasiones, la convergencia de precios, la similitud en la experiencia de compra y la homogeneidad en la calidad del servicio al cliente han llevado a una delimitación más amplia, integrando ambos canales dentro del mismo mercado relevante¹³⁴.

¹³⁰ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 8; COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 56.

¹³¹ MANDRESCU (2017), pág. 411. Si bien este apartado se centra en el comercio electrónico, la interacción entre mercados *online* y *offline* no se limita a este sector. Un ejemplo es la publicidad en línea, que puede competir con la publicidad en medios tradicionales. La Comisión ha abordado esta cuestión en varios asuntos, concluyendo que, a efectos del Derecho de la competencia, constituyen mercados distintos debido a sus características. En *Google/DoubleClick* (párrs. 44-46, 56), *Microsoft/Yahoo! Search Business* (párr. 61) y *Facebook/WhatsApp* (párrs. 74-75) se indicó que la publicidad *online* presentaba particularidades como la segmentación precisa, la medición de la efectividad y los mecanismos de precios que la diferenciaban de los canales tradicionales. Para más detalles sobre el paradigma *online/offline*, vid. ROBERTSON (2017), págs. 146-150.

¹³² Para un análisis en profundidad de las distintas decisiones de las autoridades nacionales de competencia, vid. COMISIÓN EUROPEA (2021 A), págs. 97-102.

¹³³ Por ejemplo, en el caso *Amazon/The Book Depository*, la autoridad del Reino Unido decidió no incluir el canal de venta de libros *online* dentro de su delimitación del mercado relevante, argumentando que, aunque los minoristas en línea ejercen una presión sobre los tradicionales en términos de precio y variedad, la competencia en aspectos como el servicio, la disponibilidad de títulos y la conveniencia de las compras en línea era diferente. Además, destacó que los patrones de compra de los consumidores variaban, lo que reforzaba la distinción entre ambos canales (Decisión de la *Office of Fair Trading*, de 14 de diciembre de 2011, ME/5085/11, párrs. 9-17).

¹³⁴ Por ejemplo, en el caso *Fnac/Darty*, la autoridad francesa concluyó, por primera vez, que tanto las ventas en línea como las ventas en tiendas físicas de productos electrónicos debían considerarse parte del mismo mercado relevante (Decisión de la *Autorité de la concurrence*, de 27 de julio de 2016, 16-DCC-111, párrs. 41-155).

4.3. Impacto en la definición del mercado geográfico

La Comunicación de 1997 tampoco ofrece directrices sobre cómo el comercio electrónico influye en la definición del mercado geográfico. No obstante, es innegable que el *e-commerce* ha ampliado las opciones de compra, permitiendo a los consumidores acceder a proveedores situados más allá de los límites geográficos de su ubicación. Esto plantea la cuestión de si la digitalización podría dar lugar a mercados geográficos más amplios que los existentes en un entorno *offline*¹³⁵.

En este sentido, la consulta pública identificó la globalización como una tendencia clave en los mercados actuales y criticó que la Comunicación original no contemplaba la posibilidad de definir mercados a escala mundial¹³⁶, omitiendo la dimensión geográfica de los mercados digitales, que pueden extenderse más allá del Espacio Económico Europeo (EEE)¹³⁷.

El *Estudio de apoyo a la evaluación* concluyó que, en general, la presencia del comercio electrónico no ha conducido a una expansión de los mercados geográficos. Incluso cuando los mercados de producto abarcan tanto canales en línea como fuera de línea, su delimitación geográfica ha permanecido sin cambios¹³⁸. Factores como las diferencias de precios entre países, las campañas promocionales dirigidas a mercados específicos, las barreras lingüísticas y las preferencias de los consumidores han influido en esta estabilidad¹³⁹. Así, hasta los mercados que operan exclusivamente *online*, pueden continuar teniendo un alcance nacional, regional o local¹⁴⁰.

Un ejemplo es el caso *Just Eat/Canary*, donde la CNMC, si bien dejó abierta la definición del mercado, centró su análisis en tres mercados de referencia. En primer lugar, en el mercado de plataformas *online* de gestión de pedidos de comida a domicilio, donde los oferentes son las plataformas y los demandantes son los restaurantes, con alcance nacional, ya que los intermediarios operan en toda España a través de una única plataforma informática, y sus campañas publicitarias y políticas comerciales son nacionales. En segundo lugar, en el mercado de servicios de comida a domicilio, definido como local, dado que los clientes eligen entre los restaurantes cercanos y la proximidad incide en la velocidad de entrega del pedido. Finalmente, en el mercado de plataformas *online* de gestión de pedidos a domicilio, donde los oferentes son las plataformas y los demandantes tanto los restaurantes como los consumidores, también con alcance local¹⁴¹.

¹³⁵ OCDE (2016), *Defining geographic markets across national borders*, págs. 18-19.

¹³⁶ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 9.

¹³⁷ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 15.

¹³⁸ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 103.

¹³⁹ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 104.

¹⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA (2021 A), pág. 157. Cabe resaltar que, aunque los mercados geográficos no se amplíen en comparación con un escenario *offline*, la presencia de competidores internacionales sí suele ser considerada en la evaluación de la competencia (pág. 105).

¹⁴¹ Informe y propuesta de resolución de la Dirección de Competencia de la CNMC; expediente C/1046/19 – JUST EAT/CANARY, párr. 50.

4.4. Orientación en la nueva Comunicación

La versión actualizada de la Comunicación establece criterios para determinar si los canales de venta en línea y fuera de línea deben considerarse parte del mismo mercado de producto. En concreto, la Comisión recomienda evaluar si, desde la perspectiva de los clientes, existen diferencias en aspectos como los precios, la calidad del servicio al cliente, los plazos de entrega, los costes logísticos, los horarios de apertura, la necesidad de probar el producto antes de la compra y la variedad de productos disponibles en el canal¹⁴². En este contexto, se menciona el asunto *Essilor/Luxottica*, en el que se analizó si el mercado de la óptica minorista debía segmentarse entre el mercado *online* y *offline*¹⁴³.

En nuestra opinión, estas nuevas directrices resultan adecuadas, pues reconocen la interacción entre los canales en línea y fuera de línea. Cuando los consumidores perciben los productos *offline* como intercambiables por sus equivalentes *online*, este patrón de sustituibilidad debe reconocerse e incluirse en la definición del mercado, incluso si ello amplía el mercado relevante¹⁴⁴.

En cuanto a la definición del mercado geográfico, la nueva Comunicación no se refiere expresamente al fenómeno del comercio electrónico, pero sí reconoce que los mercados pueden adoptar una dimensión local o mundial, según los hechos del caso¹⁴⁵. Esto supone una novedad con respecto a la versión original, que solo contemplaba la dimensión nacional, comunitaria o del EEE¹⁴⁶.

Asimismo, se destaca que las diferencias en la cultura, la lengua, el estilo de vida, la demografía o el origen socioeconómico pueden generar preferencias por marcas o productos concretos a escala local, regional o nacional, lo que puede limitar el alcance geográfico del mercado¹⁴⁷. En este sentido, en el caso *Google Shopping*, la Comisión definió el mercado de búsquedas en general como un mercado de ámbito nacional debido a las preferencias lingüísticas de los usuarios, a pesar de que estos pudieran acceder a estos servicios desde cualquier lugar del mundo¹⁴⁸.

Finalmente, la nueva Comunicación establece que, en ciertos casos, la Comisión puede definir mercados mundiales, dejando al margen zonas específicas, en las que difieren las condiciones de competencia¹⁴⁹. Así, por ejemplo, en *Google Android*, la Comisión definió como mundial el mercado para la concesión de licencias de sistemas operativos de teléfonos móviles inteligentes y de tiendas de aplicaciones para Android, pero excluyó a China debido a que las condiciones competitivas en dicho país eran distintas¹⁵⁰.

¹⁴² Nueva Comunicación, párr. 50 y nota al pie 74.

¹⁴³ En su análisis, la Comisión destacó que, si bien el comercio electrónico de productos ópticos estaba en crecimiento, las tiendas físicas seguían siendo el canal dominante para la venta de gafas y lentes graduadas. Esto se debía a la importancia del asesoramiento profesional y a la necesidad de probar los productos antes de la compra. En cambio, las ventas en línea eran más relevantes para ciertos productos, como lentes de contacto y gafas de sol sin graduación, ya que no requieren prueba y ofrecen mejores precios y disponibilidad (Decisión de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, caso M.8394 – *ESSILOR / LUXOTTICA*, párrs. 83-89).

¹⁴⁴ En el mismo sentido, ROBERTSON (2017), pág. 149.

¹⁴⁵ Nueva Comunicación, párr. 38.

¹⁴⁶ Comunicación de 1997, párr. 28.

¹⁴⁷ Nueva Comunicación, párr. 67.

¹⁴⁸ Nueva Comunicación, nota al pie 91. Decisión *Google Search (Shopping)*, párrs. 253-254.

¹⁴⁹ Nueva Comunicación, párr. 69 y nota al pie 94.

¹⁵⁰ Decisión *Google Android*, párrs. 406-410 y 416-421.

A nuestro juicio, estas nuevas orientaciones son acertadas, ya que, aunque los mercados digitales suelen asociarse con un ámbito global y sin fronteras, las condiciones competitivas pueden variar según la región. Factores como las diferencias culturales y lingüísticas, los cambios en la regulación y el bloqueo de zonas geográficas pueden restringir el alcance geográfico de los mercados de productos digitales¹⁵¹.

5. Las cuotas de mercado en la esfera digital

5.1. Antecedentes

Otra de las cuestiones señaladas en la evaluación de la Comunicación de 1997 fue que esta no proporcionaba una guía adecuada para calcular y aplicar las cuotas de mercado en los mercados digitales, particularmente en lo que respecta a las plataformas y los servicios gratuitos¹⁵².

En concreto, existen dos desafíos en la medición de las cuotas de mercado en el ámbito digital. El primero es la falta de claridad sobre qué parámetros utilizar, ya que las métricas tradicionales, como las ventas, no siempre son aplicables o proporcionan información adecuada¹⁵³. En respuesta, en la práctica, la Comisión ha recurrido a parámetros no contemplados en la Comunicación original¹⁵⁴, como en los casos *Google Shopping*¹⁵⁵, *Google Android*¹⁵⁶ y *Google AdSense*¹⁵⁷, o en concentraciones como *Microsoft/Yahoo!*¹⁵⁸, *Facebook/WhatsApp*¹⁵⁹, *Randstad/Monster Worldwide*¹⁶⁰ y *Apple/Shazam*¹⁶¹.

Ante esta evolución, la consulta pública destacó la necesidad de definir con mayor claridad los indicadores que deberían emplearse en los sectores digitales, proponiendo alternativas, como el número de suscriptores, usuarios o visitantes, el volumen de uso, el tiempo de interacción, la cantidad de datos proporcionados, el número de clics, las visitas o la prevalencia del *single-homing*¹⁶².

¹⁵¹ OCDE (2022), *Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital*, pág. 37.

¹⁵² COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 20.

¹⁵³ MANDRESCU (2024), pág. 367.

¹⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA (2021 B), pág. 50.

¹⁵⁵ En *Google Shopping*, la Comisión utilizó cuotas de mercado por volumen para evaluar la posición de Google, ya que los servicios de búsqueda son gratuitos, no se obtuvieron datos precisos sobre los ingresos por búsqueda y los anunciantes se basan en métricas de uso al decidir dónde colocar sus anuncios. Por ello, se consideró el número de visitas a los motores de búsqueda genéricos en el EEE (párrs. 273-284).

¹⁵⁶ En *Google Android*, las cuotas de mercado de las distintas tiendas de aplicaciones Android se calcularon según el número de aplicaciones descargadas (párrs. 591-593).

¹⁵⁷ Las cuotas de mercado de Google en los mercados nacionales de publicidad en búsquedas en línea se calcularon en función de los ingresos brutos y el volumen de búsquedas (Decisión de la Comisión, de 20 de marzo de 2019, caso AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, párrs. 231-238).

¹⁵⁸ Respecto al lado de los usuarios en el mercado de las búsquedas en Internet, las cuotas de mercado se midieron por el volumen de consultas (Decisión *Microsoft/Yahoo! Search Business*, párrs. 112-130).

¹⁵⁹ En *Facebook/WhatsApp*, la cuota de mercado combinada de Facebook Messenger y WhatsApp en el mercado de las aplicaciones de comunicaciones en *smartphones* iOS y Android se calculó en función de los *datos de alcance*, es decir, el porcentaje de usuarios que han utilizado una aplicación durante más de 30 días (párrs. 95-98).

¹⁶⁰ Se consideró que Monster era un actor muy pequeño en el mercado de portales de empleo en línea, teniendo en cuenta su cuota de mercado en términos de número de ofertas de empleo y ventas (Decisión de la Comisión, de 26 de octubre de 2016, caso M.8201 – *Randstad Holding/Monster Worldwide*, párr. 36).

¹⁶¹ Las cuotas de mercado en los distintos mercados analizados se basaron principalmente en la cuota de envíos de dispositivos, y en el número de suscriptores o usuarios activos (Decisión de la Comisión, de 6 de septiembre de 2018, caso COMP/M.8788 – *Apple/Shazam*, párrs. 147-168).

¹⁶² COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 20.

El segundo desafío radica en la naturaleza dinámica de los mercados digitales, donde las cuotas de mercado fluctúan más que en sectores tradicionales. En este contexto, confiar únicamente en las cuotas de mercado puede ser inadecuado¹⁶³, ya que una cuota elevada en un periodo determinado no siempre refleja un poder de mercado significativo¹⁶⁴. La Comisión ha reconocido esta realidad en varias decisiones, advirtiendo que las cuotas en entornos digitales deben analizarse con cautela¹⁶⁵.

5.2. *Orientación en la nueva Comunicación*

La Comunicación actual reconoce expresamente la posibilidad de emplear parámetros alternativos a los tradicionales datos de ventas y compras para determinar las cuotas de mercado¹⁶⁶. En el ámbito digital, se propone atender a métricas de uso, como el número de usuarios, la cantidad de visitas a un sitio web o retransmisiones, el tiempo dedicado o las cifras de audiencia, el número de descargas y actualizaciones, el número de interacciones o el volumen y valor de las operaciones realizadas a través de una plataforma. Para respaldar esta propuesta, se citan ejemplos previos en la *praxis* de la Comisión donde estos indicadores han sido utilizados¹⁶⁷.

No obstante, no se detallan los escenarios específicos en los que cada parámetro resulta más pertinente¹⁶⁸. Como bien apunta MANDRESCU, habría sido más útil establecer una correlación clara entre cada métrica y los distintos modelos de negocios, condiciones de mercado y sectores en los que su aplicación es más adecuada¹⁶⁹. La única referencia concreta en la nueva versión se encuentra en relación con el volumen o valor de las operaciones realizadas mediante plataformas que prestan servicios a precio cero¹⁷⁰.

Asimismo, la nueva Comunicación señala que las cuotas de mercado no son el único factor para evaluar el poder de mercado, sino que también se tendrán en cuenta las características del mercado relevante¹⁷¹. Esto sugiere que, en futuros casos, se considerarán las fluctuaciones de estas métricas¹⁷².

V. CONCLUSIONES

La sustitución de la Comunicación sobre la definición del mercado relevante marca un hito en la adaptación del Derecho de la competencia de la UE a los retos de la economía digital. La nueva versión recoge los avances alcanzados en las últimas décadas en la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia europea.

¹⁶³ MANDRESCU (2024), pág. 367.

¹⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA (2020 A), pág. 20.

¹⁶⁵ En este sentido, *vid.*, por ejemplo, la Decisión *Facebook/WhatsApp*, párr. 99.

¹⁶⁶ Nueva Comunicación, párr. 108.

¹⁶⁷ Nueva Comunicación, notas a pie 150-154.

¹⁶⁸ Varios comentarios sobre el proyecto de nueva Comunicación sugirieron incluir detalles adicionales al respecto; sin embargo, la versión definitiva no incorporó modificaciones en este sentido. *Vid.*, por ejemplo, los comentarios de la American Bar Association (pág. 5) y Herbert Smith Freehills (párr. 5.3).

¹⁶⁹ MANDRESCU (2024), pág. 368.

¹⁷⁰ Nueva Comunicación, párr. 108.

¹⁷¹ Nueva Comunicación, párr. 106.

¹⁷² MANDRESCU (2024), pág. 368.

El texto revisado demuestra que la Comisión ha tenido en cuenta los resultados de la evaluación y ha abordado, en mayor o menor medida, los aspectos debatidos durante el proceso de revisión. Entre los cambios más significativos, destaca la mayor importancia concedida a factores no relacionados con el precio, como la calidad y la innovación. Asimismo, se introducen aclaraciones sobre la prueba SSNIP y su variante SSNDQ, criterios para delimitar mercados de alcance mundial y directrices específicas para analizar plataformas y ecosistemas digitales.

Si bien estas novedades representan un paso en la dirección correcta, la nueva Comunicación no satisface plenamente las expectativas de la doctrina y la práctica profesional. Su utilidad podría verse limitada por la falta de orientaciones más detalladas en cuestiones aún controvertidas. Entre ellas, la determinación del número de mercados a considerar en el caso de mercados multilaterales, la aplicación práctica del test SSNDQ, la delimitación de mercados para ecosistemas y la selección de parámetros alternativos a las ventas para calcular las cuotas de mercado en sectores digitales.

El enfoque prudente de la Comisión resulta comprensible, dado el carácter dinámico y en constante evolución de los mercados digitales. No obstante, para que la Comunicación cumpla su objetivo de aportar transparencia y seguridad jurídica, será esencial que la Comisión se comprometa a revisarla y actualizarla con mayor regularidad.

En definitiva, la nueva Comunicación representa un avance necesario respecto a la versión de 1997. La actualización refleja el esfuerzo de la Comisión por ajustar sus orientaciones a las dinámicas de los mercados digitales. A su vez, reafirma que la definición del mercado relevante sigue siendo un pilar fundamental en el análisis *antitrust*, incluso en los entornos digitales. Así, más allá de modernizar los criterios en esta materia, la versión actual del documento contribuye a consolidar la validez del concepto de mercado relevante en el Derecho de la competencia, disipando las dudas sobre su papel en la era digital.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOURREAU, Marc (2020), «Some Economics of Digital Ecosystems – *Note For The Oecd Hearing On Competition Economics Of Digital Ecosystems*».
- BOURREAU, Marc, DE STREEL, Alexandre y GRAEF, Inge (2017), «Big Data And Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing And Advertising», *Centre on Regulation in Europe (CERRE)*.
- CRANE, Daniel A. (2014), «Market Power Without Market Definition», *Notre Dame Law Review*, vol. 90, núm. 1, págs. 31-79.
- CRÉMER, Jacques, DE MONTJOYE, Yves-Alexandre y SCHWEITZER, Heike (2019), «Competition Policy for the Digital Era», *Publications Office of the European Union*.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando (2000), «Algunas consideraciones en torno a la comunicación sobre definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las merger guidelines del departamento de justicia de EE.UU.», *Anuario de la competencia*, núm. 1, págs. 321-344.
- (2019), «La aplicación del Derecho de competencia en la era digital (Casos “Google, Facebook, Apple/Shazaam”, y el informe de la Comisión Europa de abril 2019)», en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir.), *Anuario de Derecho de la competencia 2019*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 231-262.

- EBEN, Magali y ROBERTSON, Viktoria H.S.E. (2021), «Digital Market Definition in the EU, USA, and Brazil: Past, Present, and Future», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 18, núm. 2, págs. 417-455.
- EVANS, David S. (2003), «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets», *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, núm. 2, págs. 325-381.
- (2011), «The Antitrust Economics of Free», *Competition Policy International*, vol. 7, núm. 1, págs. 71-89.
- FILISTRUCCHI, Lapo, GERADIN, Damien y VAN DAMME, Eric (2012), «Identifying Two-Sided Markets», *TILEC Discussion Paper*, núm. 2012-008, págs. 1-25.
- FILISTRUCCHI, Lapo, GERADIN, Damien, VAN DAMME, Eric y AFFELDT, Pauline (2014), «Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 2, núm. 10, págs. 293-339.
- FRANCK, Jens-Uwe y PEITZ, Martin (2019), «Market Definition and Market Power in the Platform Economy», *Centre on Regulation in Europe (CERRE)*.
- (2021), «Market Definition in the Platform Economy», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 23, págs. 91-127.
- GRAEF, Inge (2015), «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», *World Competition*, vol. 38, núm. 4, págs. 473-505.
- HARBOUR, Pamela Jones y KOSLOV, Tara Isa (2010), «Section 2 in a Web 2.0 World: an Expanded Vision of Relevant Product Markets», *Antitrust L. J.*, vol. 76, núm. 3, págs. 769-797.
- JACOVIDES, Michael G. y LIANOS, Ioannis (2021), «Ecosystems And Competition Law In Theory And Practice», *Industrial and Corporate Change*, vol. 30, págs. 1199-1229.
- KAPLOW, Louis (2010), «Why (Ever) Define Markets?», *Harv. L. Rev.*, vol. 124, núm. 2, págs. 437-517.
- LI, Liang (2019), «Data and Market Definition of Internet-Based Businesses», *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 20, núm. 1, págs. 54-85.
- MANDRESCU, Daniel (2017), «Applying EU Competition Law to Online Platforms: The Road Ahead – Part 2», *ECLR*, vol. 38, núm. 9, págs. 410-422.
- (2018 A), «The Application of (EU) Competition Law to Online Platforms: Reflections on the Definition of the Relevant Market(S)», *World Competition*, vol. 41, núm. 3, págs. 453-484.
- (2018 B), «The Ssnip Test and Zero Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms», *European Competition and Regulatory Review*, vol. 2, núm. 4, págs. 244-257.
- (2024), «The Commission Notice on the Definition of the Relevant Market and Multi-Sided Digital Platforms: Small But Important Steps Forward», *ECLR*, vol. 44, núm. 8, págs. 359-370.
- MONTERO PASCUAL, Juan José (2024), *El Reglamento de Mercados Digitales. La regulación de las grandes plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NEWMAN, John M. (2016), «Antitrust in Zero-Price Markets: Applications», *Washington University Law Review*, vol. 94, 2016, págs. 49-111.
- ROBERTSON, Viktoria H.S.E. (2017), «Delineating Digital Markets Under EU Competition Law: Challenging or Fertile?», *The Competition Law Review*, vol. 12, núm. 2, págs. 131-151.
- (2024), «Antitrust Market Definition in Times of Change: The New Market Definition Notice 2024», *Concurrences*, e-Competitions Special Issue Market definition núm. 117126, págs. 1-14.
- ROCHET, Jean-Charles y TIROLE, Jean (2003), «Platform Competition in Two-Sided Markets», *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, núm. 4, págs. 990-1029.
- SOUSA FERRO, Miguel (2019), *Market Definition in EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

WHISH, Richard y BAILEY, David (2021), *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford.

ZINGALES, Nicolo (2013), «Product Market Definition in Online Search and Advertising», *The Competition Law Review*, vol. 9, núm. 1, págs. 29-47.

