

REGULACIÓN DE LOS 'INTERMEDIARIOS ONLINE'

LA IMPORTANCIA DEL PODER

de Justin NOGAREDE



REGULACIÓN DE LOS 'INTERMEDIARIOS ONLINE' LA IMPORTANCIA DEL PODER

de Justin NOGAREDE

*El autor y las fundaciones que han participado en este proyecto agradecen a Michelle Meagher su importante contribución y a los participantes en los seminarios sus comentarios constructivos sobre el tema, en particular a los siguientes expertos:
Catalina Goanta, José van Dijck y Orla Lynskey*

Informe sobre política publicado en enero de 2021 por

FEPS
FOUNDATION FOR EUROPEAN
PROGRESSIVE STUDIES



**THE FOUNDATION FOR EUROPEAN
PROGRESSIVE STUDIES (FEPS)**

Rue Montoyer 40, B-1000 Brussels, Belgium
+32 2 234 69 00
info@feeps-europe.eu
www.feeps-europe.eu
@FEPS_Europe



FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG

Hiroshimastrasse 28, D – 10785 Berlin, Germany
+49 30 26935-7413
www.fes.de
@FES_Brussels



FONDATION JEAN-JAURES

12 Cité Malesherbes, 75009 Paris, France
+33 (0)1 40 23 24 00
www.jean-jaures.org
@j_jaures



FUNDACION PABLO IGLESIAS

Calle Margués de Riscal 6, 28010 Madrid, Spain
www.fpabloiglesias.es
@fpabloiglesias



FONDAZIONE PIETRO NENNI

Via Alberto Caroncini 19, 00197 Rome, Italy
+39 (0) 68077486
www.fondazioneNenni.it
info@fondazioneNenni.it
@FondazioneNenni

Con la ayuda financiera del Parlamento Europeo



European Parliament

Este informe no refleja las opiniones del Parlamento Europeo

Copyright © 2021 de FEPS
ISBN: 978-2-930769-48-6

Diseño gráfico :
Triptyque.be

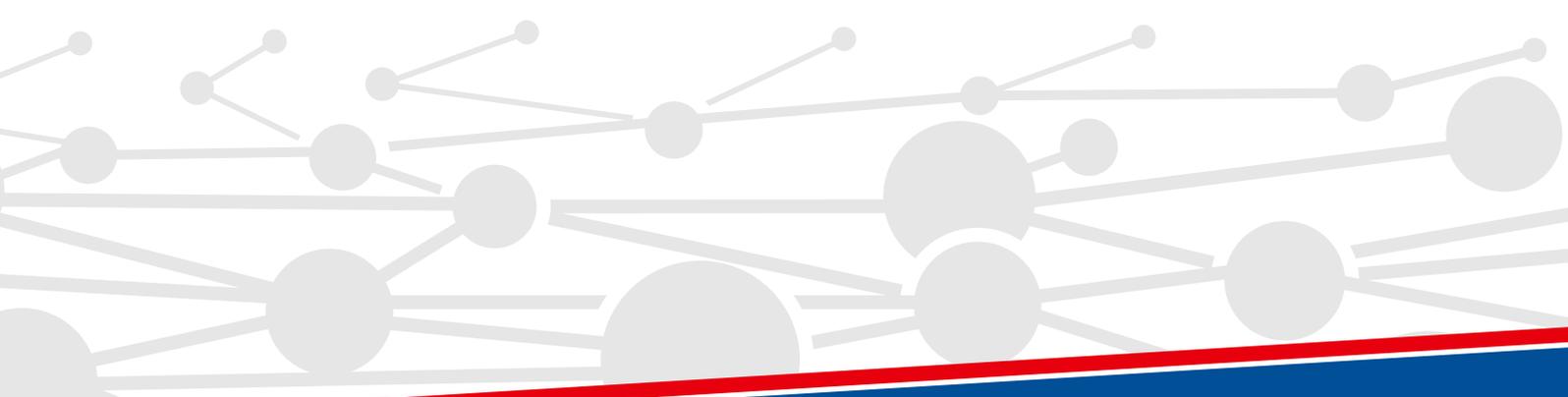
Fotografía de la portada:
Shutterstock

ÍNDICE

RESUMEN Y RECOMENDACIONES	6
INTRODUCCIÓN	10
LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: LOS GUARDIANES DE ACCESO DE LA ERA DIGITAL	11
- Infraestructura común, control corporativo	11
- Un ecosistema jerárquico de agentes poderosos	12
- Democracia y sociedad: ¿externalidades negativas?	17
EL ACTUAL MARCO DE POLÍTICAS DE LA UE	19
- Política de competencia: una interpretación restrictiva aplicada de forma demasiado general	19
- Normativas específicas al sector frente a normativas horizontales	23
- Nota sobre la aplicación: el Reglamento General de protección de datos	29
GUARDIANES DE ACCESO: PROGRAMA DE ACTUACIÓN	33
- Internet como infraestructura	33
- Guardianes de acceso: reglas sencillas y asimétricas	34
- Contenido, información y democracia	36

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Servicios en línea para el cliente de Google	14
Figura 2: Servicios en línea para el cliente de Facebook	14
Figura 3: ¿Se están comiendo al mundo las grandes empresas tecnológicas?	15
Figura 4: Búsqueda de competencia: el dominio de Google Search	20
Figura 5: Acerca de las plataformas, los intermediarios, los mercados en línea y más: leyes recientes que afectan a las plataformas	28
Figura 6: Diferencias en los presupuestos de las autoridades de protección de datos de la UE	32
Figura 7: El efectivo en mano de las grandes empresas tecnológicas frente a los recursos de las autoridades de protección de datos	32
Figura 8: Facebook ya hace un seguimiento de las imágenes que se cargan en su plataforma y las etiqueta	36





The background is a solid red color with a pattern of overlapping circles and lines in a lighter shade of red. The circles vary in size and are connected by thin lines, creating a network-like or molecular structure. The text is centered in the middle of the page.

RESUMEN Y RECOMENDACIONES

¿POR QUÉ LA UE DEBERÍA INTERVENIR EN LOS MODELOS DE NEGOCIO DE GRANDES PLATAFORMAS EN LÍNEA?

A falta de legislación e inversión pública, Internet ha evolucionado hasta convertirse en un ecosistema en línea de guardianes de acceso, es decir, empresas privadas y poderosas que controlan el acceso al mercado y, con ello, una gran variedad de servicios digitales esenciales para las empresas, los ciudadanos y la sociedad. Estos guardianes de acceso regulan la actividad social a través del diseño técnico de sus servicios, pero lo hacen de formas que cada vez son más contrarias a los intereses públicos, el bienestar social y los derechos de los ciudadanos.

Por ejemplo, la organización de servicios digitales conforme a lo que vende más publicidad ha tenido consecuencias importantes y no intencionadas en la calidad del debate público y la sostenibilidad de los medios de comunicación. Sin control, el poder y el funcionamiento de estos guardianes de acceso se ampliará y abarcará servicios públicos (como los servicios sanitarios y la educación) e infraestructuras físicas (como la de movilidad y la de los "hogares inteligentes"). La UE debe garantizar que esas infraestructuras se diseñen de forma que promuevan la interoperabilidad, la protección de datos, la transparencia y, a la larga, la democracia.

¿POR QUÉ NO ES SUFICIENTE LO QUE LA UE HA HECHO HASTA AHORA?

La UE lleva mucho tiempo confiando en la política de competencia para regular a las grandes plataformas, pero estas han ganado poder y se han expandido en muchos sectores, por lo que el método de tratar cada caso de forma individual ya no es adecuado para abordar el problema en toda su magnitud, ni para proteger los distintos valores públicos y derechos fundamentales que están en juego.

En 2016, la UE empezó a abordar la cuestión de las plataformas en línea sector por sector con la finalidad de ajustar sus modelos de negocio al interés público. Sin embargo, las distintas iniciativas legislativas y de autorregulación no eran suficientemente ambiciosas y, además, añadían complejidad jurídica. Sencillamente, ese planteamiento sectorial no es adecuado para el ecosistema convergente de poderosas plataformas poliédricas, y la autorregulación ha llevado a que sean las plataformas, y no las autoridades públicas, las que deciden el modo en que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos

fundamentales en Internet. Por ese motivo, la UE debería adoptar un planteamiento horizontal con la creación de nuevos reglamentos para los guardianes de acceso en línea y la revisión de la Directiva sobre el comercio electrónico, del año 2000. Dicha revisión se ha basado en leyes estadounidenses que dan prioridad unilateral a la innovación y a la libertad de expresión por encima de otros derechos y valores importantes, como la equidad, la igualdad, la pluralidad de los medios de comunicación, la salud y la seguridad. Los efectos nocivos de este planteamiento cada vez se hacen más patentes, también en Estados Unidos.

Además, las autoridades de control no han sido suficientemente rigurosas a la hora de exigir responsabilidades a las grandes plataformas por el incumplimiento de normativas que ya existen, en particular, el Reglamento general de protección de datos (RGPD). Esto ha dejado el paso libre a modelos de negocio ilícitos relacionados con la recopilación de datos personales. En especial, las autoridades a cargo de la protección de datos tienen dificultades para salvar la asimetría en relación con las plataformas más grandes e igualar sus recursos. Por otro lado, los organismos de control están dispersos en distintos lugares del territorio de la UE y en distintos ámbitos, mientras que las plataformas más grandes operan en toda la UE y sus modelos de negocio repercuten sobre las leyes en materia de derechos del consumidor, de protección de datos y de competencia. El resultado es un desajuste: de un lado hay unas autoridades débiles, descentralizadas y sectoriales y del otro, unas plataformas fuertes, centralizadas y multisectoriales.

¿QUÉ DEBERÍA HACER LA UE A CONTINUACIÓN?

La UE debe actuar inmediatamente para crear un nuevo equilibrio de poder, no solo para favorecer la competencia y la innovación, sino también para reforzar los derechos económicos y políticos de los ciudadanos y proteger la democracia. Para esto es necesario que haya inversión pública, normativas nuevas y sencillas para los guardianes de acceso, y muchos más recursos y capacidades coordinadas para garantizar el cumplimiento.

RECOMENDACIONES :

Inversión pública en infraestructura básica

- Muchos de los servicios prestados por las plataformas que controlan el acceso al mercado son de infraestructura básica y, sin embargo, las autoridades públicas han hecho muy poco para conformar el diseño de ese espacio, que ahora se caracteriza por una vigilancia ubicua. Para remediar esta situación será necesaria la inversión pública. El debate sobre cómo y en qué invertir debe comenzar cuanto antes, dado que pronto se distribuirá un paquete de 1,8 billones de euros relacionado con el próximo presupuesto de la UE y el fondo de recuperación tras la covid-19. Es necesario tomar decisiones sobre estrategia, por ejemplo, una infraestructura de nube para la UE requiere inversiones públicas muy elevadas y continuas, mientras que una infraestructura de identidad digital europea podría dar a los ciudadanos más control práctico sobre sus datos a corto y mediano plazo.

Regulación centrada en el poder económico Y político de los guardianes de acceso en línea

- La política en materia de competencia y los planteamientos sectoriales no son suficientes para la regulación de las plataformas en línea. No solo no han logrado limitar el poder de las plataformas en línea más grandes, sino que además han creado un entorno complicado para las empresas más pequeñas y los nuevos participantes del mercado. La UE debería exigir más responsabilidad a las grandes plataformas por el poder que ya ejercen sin que eso garantice de forma no deliberada su posición actual. Por lo tanto, la UE debería proceder a la creación de un marco de Derecho público centrado únicamente en las plataformas en línea más poderosas, las que actúan como guardianes de acceso. Dicho marco debería incluir normas que limiten o prohíban prácticas generalizadas contrarias a la competencia que favorezcan los productos propios de las plataformas (por ejemplo, el autofavorecimiento, la vinculación, la venta por paquetes y el uso estratégico de datos de los competidores).
- No obstante, este nuevo marco jurídico no debería limitarse solo a restablecer la competencia en el mercado. Los modelos de negocio de los guardianes de acceso en línea no solo perjudican a la

competencia, sino que el uso de sistemas opacos de algoritmos puede perjudicar también a los derechos del consumidor y a la protección de los datos personales de los ciudadanos. Además, en vista de la escala a la que operan esas plataformas, los sistemas de algoritmos afectan también a la sociedad y a la democracia en general. Por ese motivo es importante introducir normas de conducta para las plataformas que protejan los derechos fundamentales de las personas y valores públicos relevantes, como la democracia y la transparencia.

- La UE no debería limitarse a regular el poder concentrado en los mercados digitales, sino también actuar para desconcentrar dichos mercados digitales y permitir que prosperen modelos de negocio alternativos y la sociedad civil. Esto supone leyes de control de fusiones más estrictas e incluso revertir algunas fusiones. La UE también debería intentar evaluar los efectos de nuevas leyes sobre la dinámica de poder. La Comisión Europea ya está analizando los efectos sobre las pymes, pero debería incluir en el análisis a la sociedad civil y al buen funcionamiento de la democracia. Las autoridades reguladoras deberían preguntarse si las iniciativas reforzarían el poder que ya tienen las plataformas y, si fuese así, cómo se podría remediar esa situación y permitir que surjan otros poderes compensatorios. Por ejemplo, se podría promover una amplia participación ciudadana en los procesos de ejecución o la participación, la consulta y los derechos de control de la sociedad civil.

Garantizar la responsabilidad y la pluralidad de los medios de comunicación en la "esfera pública automatizada"

- La UE debería revisar la Directiva sobre el comercio electrónico, puesto que ya no es adecuada para Internet tal como ahora lo conocemos. Debería exigirse a las plataformas de contenidos más grandes que ya utilizan sistemas de reconocimiento de contenido para fines comerciales que los empleen también en aras del interés público (para filtrar automáticamente contenido claramente delictivo, como pornografía infantil). Estos sistemas no son perfectos, por lo que las decisiones deben someterse a la revisión humana y poder recurrirse en un organismo de arbitraje independiente. La eliminación de contenido ilegal es, por supuesto, solo un paso y su corolario necesario es el seguimiento estricto a través de procedimientos de derecho penal nacionales. Por tanto, las plataformas

deberían tener la obligación de denunciar contenido delictivo y de dar a conocer la fuente a las autoridades policiales, como ya ocurre en Alemania a través de su Ley de redes sociales.

- La UE no puede limitarse simplemente a aceptar la capacidad de las grandes plataformas para organizar la opinión en base a lo que venda más publicidad. La UE debería considerar medidas adicionales para proteger la esfera pública de la Unión e ir más allá de las actuales normativas para medios audiovisuales. Esto requerirá más transparencia por parte de los guardianes de acceso en relación con sus algoritmos y anuncios publicitarios. Más importante aún, requerirá innovación institucional y la organización de poderes compensatorios, por ejemplo, mediante el fomento de una plataforma europea de búsqueda y transmisión de contenido que reúna noticias políticas y documentales de radiodifusores de toda la UE con subtítulos automática en todos los idiomas de la Unión. El nuevo Tratado interestatal de medios de comunicación de Alemania ofrece ejemplos interesantes de requisitos de transparencia para las redes sociales en relación con sus algoritmos y para garantizar la pluralidad de los medios.

Igualar los recursos y el alcance de los guardianes de acceso para facilitar la aplicación de las normativas

- Los guardianes de acceso en línea más grandes están muy centralizados y operan en una variedad de sectores en todos los países de la UE. Pueden aprovechar los recursos financieros, los datos y los conocimientos de un sector para expandirse en otro. Además, sus prácticas comerciales a menudo plantean problemas de distintos ámbitos legislativos, como la política de competencia, la protección de datos y los derechos del consumidor. No obstante, las autoridades que tienen que hacer valer estas normas están dispersas, tanto en distintos sectores como en distintos lugares de la UE. Se trata de un desajuste que debe compensarse con la creación de un regulador a nivel de la UE con competencias amplias.

- Las nuevas normativas requieren nuevas capacidades para velar por su cumplimiento. La UE debe ser capaz de intervenir de forma rápida y flexible para garantizar el intercambio de datos, la portabilidad y la interoperabilidad, así como para prevenir mejor las fusiones en mercados concentrados. La interoperabilidad en particular puede ayudar a evitar los efectos de escala en las redes sociales; no debe supeditarse a la constatación de abuso de una posición dominante, pues esto ya se ha probado y ha conducido a procesos interminables. Además, condicionar la interoperabilidad a la constatación de abuso de una posición dominante reduce indebidamente el ámbito de aplicación, que debería abarcar al menos la competencia, la protección de datos y las preocupaciones de los consumidores.
- Además, las autoridades de protección de datos necesitan contar con el personal adecuado para realizar sus funciones y dar prioridad al control de los guardianes de acceso. Hay quien afirma que las anteriores acciones legislativas, incluso las que han resultado eficaces, como el Reglamento general de protección de datos, han reforzado los entramados de poder que ya existían. Pero lo que ha permitido a los guardianes de acceso acumular el poder del que disfrutaban ahora, con modelos de negocio en su mayoría ilegales, ha sido la falta de aplicación de las normativas de protección de datos. Si el RGPD se aplicase con más rigor a los guardianes de acceso, se reduciría su poder relativo y se facilitaría el abandono de la publicidad conductual y basada en la vigilancia como modelo de negocio en línea prevalente.



INTRODUCCIÓN

Las plataformas en línea son los actores más poderosos en la economía digital actual. Con el lema "*move fast and break things*" (literalmente, "muévete rápido y rompe cosas"), han perturbado diversos sectores. Tanto en el sector de los medios de comunicación como en el de comercio electrónico o el de mercados de trabajo, han eliminado la necesidad de intermediarios y ofrecen un canal más directo entre los consumidores y los vendedores, los creadores y el público, y, cada vez más, entre los ciudadanos y los servicios públicos.

Así, las plataformas se han convertido ellas mismas en poderosas intermediarias, pero todas son iguales. El ecosistema de plataformas está muy centralizado y hay unos pocos actores comerciales que ocupan nodos clave. Gracias al control de los flujos de información, bienes y servicios, así como a los sistemas de clasificación y valoración, estos actores son capaces de conducir a los mercados y los sistemas sociales por donde les conviene. Por ejemplo, cuando Google decide cambiar su algoritmo de búsqueda, los medios de comunicación de todo el planeta tienen que adaptar sus operaciones de forma inmediata.¹ El enorme tamaño y la gran cantidad de recursos de estos actores comerciales les permite eludir las leyes continuamente y aceptan las multas que se les imponen de vez en cuando como un gasto más del negocio.

La infraestructura que han construido las plataformas, y que estas controlan, no es neutral, sino que les sirve para ejercer el poder. Su diseño facilita la recopilación de datos y dirige el comportamiento de los usuarios de las plataformas de maneras que promueven los objetivos de sus propietarios. Aunque los ciudadanos, las empresas y los trabajadores dependen de muchas de estas plataformas, tienen muy poco conocimiento de su funcionamiento interno, y mucho menos capacidad de influir en él.

Al reorganizar la actividad social en aras de la extracción de datos y de valor, los modelos de negocio de las plataformas pueden tener grandes consecuencias imprevistas para la sociedad y la democracia. Por ejemplo, al tratar la información como un mero producto, el debate público se ha degradado, pues se ha extendido la información falsa y la desinformación. Esto exige un escrutinio, puesto que las plataformas en línea se están introduciendo también en la prestación de servicios públicos, como los servicios sanitarios o educativos.

Las autoridades, los legisladores, los académicos y la sociedad civil de todo el mundo se están dando cuenta de esto y estudian posibles medidas para mejorar la situación. Una gran parte de estos esfuerzos se centra en restablecer la competencia en los mercados digitales, pero hay otros intereses públicos más amplios en juego. Ya en 2016, la Comisión Europea adoptó una serie de medidas para aplicar los principios de equidad, transparencia y democracia a los modelos de negocio de las plataformas. Sin embargo, han pasado cuatro años y la Comisión no tiene mucha fe en que esas normas, cuyos efectos aún no se aprecian completamente, sean suficientes.

En este informe se evalúa la política actual desde el ángulo del poder que ostentan las plataformas en línea. Incluye algunas recomendaciones para la revisión programada del marco de la UE que regula las responsabilidades de las plataformas en línea, así como para el nuevo marco regulador para los llamados "guardianes de acceso", y para un instrumento que facilitaría velar por el cumplimiento de las leyes actuales.

¹ News & Tech (2020): "Google: Non-AMP content to appear in mobile top stories feature", 23 de noviembre (https://newsandtech.com/datetime/google-non-amp-content-to-appear-in-mobile-top-stories-feature/article_efe3ff0a-2dcb-11eb-ba26-27ddf6581409.html); Carmen Arroyo Nieto y Josep Valor (2019): "Google News changes its algorithm, and with it, the media industry", *Media Matters Blog Network*, Business School, Universidad de Navarra, 28 de octubre (<https://blog.iese.edu/the-media-industry/2019/10/28/google-news-changes-its-algorithm-and-with-it-the-media-industry/>).

LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: LOS GUARDIANES DE ACCESO DE LA ERA DIGITAL

INFRAESTRUCTURA COMÚN, CONTROL CORPORATIVO

Muchos de los inventos y una gran parte de la infraestructura que conforman la Internet actual son fruto de décadas de inversiones públicas, que empezaron ya en los años 50 del siglo pasado. Las instituciones públicas que encabezaban las iniciativas para la construcción de la red promovían un espíritu de cooperación, según el cual los hallazgos se compartían sin restricciones derivadas de derechos de propiedad intelectual. Esta forma de actuar fue lo que hizo de Internet una "red de redes" abierta, en la cual cualquier ordenador y red puede intercambiar información en base a un "lenguaje técnico" común.²

No obstante, cuando el valor de la red se hizo evidente para los ciudadanos y las empresas, Estados Unidos decidió privatizar la infraestructura que hoy en día conocemos como "Internet".³ En Europa, las empresas de telecomunicaciones que ofrecían parte de la red física también se privatizaron en su mayoría, aunque no se desregularon.⁴ La UE estableció reglamentos para liberalizar y normalizar los servicios de telecomunicación en toda la Unión, con el objetivo de crear un mercado único. Esto incluyó normativas comunes en materia de interconexión, protección de datos, protección del consumidor y calidad del servicio.

No obstante, en general, la Comisión Europea adoptó una postura ideológica parecida a la de Estados Unidos y en 1997 manifestó que "la expansión del comercio electrónico estaría determinada por el mercado".⁵ Los reguladores adoptaron un enfoque no intervencionista en relación con las nuevas aplicaciones digitales que estaban surgiendo y, hasta hace poco, han favorecido la autorregulación del sector, o una regulación laxa.⁶ Esto es particularmente patente en la Directiva sobre comercio electrónico del año 2000, unas de las leyes más importantes que dan forma a la Internet actual. Dicha directiva establece normas generales mínimas para los servicios prestados a través de la infraestructura física de Internet. Una de las principales disposiciones protege a los intermediarios en línea, como los proveedores de servicios de alojamiento web, frente a responsabilidades por el contenido que transmitan, almacenen o alojen.⁷ Es lo que se conoce como el "privilegio de plataforma" y se inspiró en el Artículo 230 de la Ley de decencia en las comunicaciones de Estados Unidos, que actualmente está siendo muy debatida en ese país.

2 Ben Tarnoff (2016): "The Internet Should be a Public Good", *Jacobin*, 31 de agosto.

3 Yasha Levine (2018): *Surveillance Valley. The Secret Military History of the Internet*, Nueva York: PublicAffairs; Shane Greenstein (2015): *How the Internet Became Commercial. Innovation, Privatization, and the Birth of a New Network*, Princeton: Princeton University Press.

4 Kjell A. Eliassen y Johan From (eds.) (1999): *The Privatisation of European Telecommunications*, Aldershot: Ashgate Publishing, Capítulo 1.

5 Comisión Europea, "A European Initiative in Electronic Commerce", COM(97)157.

6 Véase, por ejemplo, Comisión Europea, "Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe", COM (2016) 0288. Este nunca fue el caso para los operadores de servicios de Internet, que la UE ha regulado con firmeza, principalmente para garantizar la liberalización del mercado y la integración.

7 Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

RECUADRO 1: NO HAY SITIO PARA EL ESPACIO PÚBLICO

Cuando en los años 90 del siglo XX Estados Unidos decidió privatizar totalmente la red precursora de la Internet actual, el Senador Daniel Inouye se opuso. Sostenía que, puesto que Estados Unidos había financiado la creación de la red, esta debería reservar al menos el 20 % de la capacidad de Internet para usos no comerciales por parte de organizaciones sin fines de lucro, grupos comunitarios locales y otros grupos de interés público. Además, abogó por la creación de un fondo público, que se financiaría con los pagos de las empresas de telecomunicaciones, para ayudar a organizaciones sin fines de lucro y a usuarios gubernamentales a explotar la capacidad de Internet reservada para ellos. Nunca se aceptaron sus propuestas.⁸

Lo que la Comisión Europea no previó en 1997 (quizás porque no podía) fue que el entorno de las telecomunicaciones en línea sería mucho más importante que un simple centro de compras en línea, y que la infraestructura básica no consistiría en servicios de alojamiento pasivo. En las décadas que siguieron surgió un nuevo modelo de negocio, un modelo en una situación única para recopilar, almacenar y procesar datos de distintos tipos de usuarios que se conectan en Internet a través de una interfaz, o plataforma, en línea. Hoy en día, las plataformas en línea se han convertido en algo fundamental para el funcionamiento de nuestra economía, sociedad y democracia, tanto en línea como fuera de línea. Las plataformas sirven de intermediarias entre las comunicaciones, estructuran la búsqueda de información, facilitan pagos, ejercen una función de control sobre el sector de los medios de comunicación, operan mercados de comercio electrónico, y son cruciales para muchos trabajadores y profesionales independientes en la "economía gig".

El surgimiento de las plataformas pone en cuestión las normas existentes, que se basan en distinciones claras entre el poder público y el privado, y en la actividad comercial y la social. Por ejemplo, al controlar infraestructura esencial, algunos de los más importantes operadores de plataformas en línea están asumiendo funciones parecidas a las que competen a las autoridades públicas, pero sin la legitimidad ni las salvaguardas que se relacionan con la autoridad pública.⁹ Por ejemplo, el *marketplace* de Amazon o la AppStore de Apple no se describen exactamente como agentes del mercado, sino que crean y controlan mercados enteros; deciden qué productores y consumidores pueden acceder a su mercado, en qué condiciones y, mediante algoritmos, cómo funciona el mercado. Además, nuevos modelos de negocio en línea en, por ejemplo, Facebook e Instagram, cada vez más combinan la actividad social con la comercial, y esta es una tendencia que se está acelerando.¹⁰

UN ECOSISTEMA JERÁRQUICO DE AGENTES PODEROSOS

Algunos analistas afirman que las plataformas en línea no son útiles como categoría de análisis. Señalan que las plataformas pueden tener diferentes modelos de negocio y operar en muchos sectores económicos distintos. Por ejemplo, se calcula que en Europa hay unas 7000 plataformas en línea activas.¹¹ Además, distintas estrategias de monetización, como la venta de anuncios en vez de cobrar una comisión por cada transacción, crean distintos incentivos y problemas.¹² Sin embargo, en este informe se sostiene que centrarse únicamente en plataformas individuales y en sus idiosincrasias supone que los árboles no dejen ver el bosque.

Diversos textos económicos destacan semejanzas en los modelos de negocio de plataformas en línea, en particular, su capacidad para beneficiarse de los efectos de red y de costes marginales (casi) nulos, que generan una

8 Yasha Levine, ob. cit., págs. 126-127.

9 Frank Pasquale (2018): "New Economic Analysis of Law: Beyond Technocracy and Market Design", University of Maryland Francis King Carey School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2018-17; Nicolas Suzor (2019): "A constitutional moment: How we might reimagine platform governance", *Computer Law & Security Review* 36.

10 Andreessen Horowitz (2020): "Social Strikes Back", <https://a16z.com/social-strikes-back/>.

11 La Comisión Europea calcula que el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea se aplicaría a 7000 plataformas en línea que operan en Europa (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_1168).

12 Christine Caffarra (2019): "Follow the Money", Concurrences No 91579, agosto; véase también Ben Thompson, que critica que se incluyan en un mismo gran grupo a todas las grandes empresas tecnológicas y que distingue entre servicios que agregan demanda de los consumidores, como Facebook, Netflix y Google Search, y plataformas más tradicionales, como la de Apple y su control sobre los dispositivos en la App Store, para lo que exige un pago. Ben Thompson (2015): "Aggregation Theory", *Stratechery*, 21 de julio (<https://stratechery.com/2015/aggregation-theory/>).

LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: LOS GUARDIANES DE ACCESO DE LA ERA DIGITAL

dinámica de "el ganador se lo lleva todo",¹³ así como su capacidad para extraer y aprovechar datos de las interacciones comerciales y sociales que facilitan.¹⁴ Esto, de por sí, no conduce necesariamente a monopolios u oligopolios, pero los crea en el entorno económico y político actual de amplia protección de la propiedad intelectual y los secretos comerciales, de una interpretación conservadora de la política de competencia, y de un ecosistema de financiación que pone por delante la escala de forma agresiva.¹⁵ Actualmente, en una variedad de sectores en línea hay uno o unos pocos grandes proveedores de servicios, por ejemplo, de búsqueda, redes sociales, selección de aplicaciones, para compartir coche, sistemas operativos de teléfonos inteligentes, mercados en línea, para compartir vídeos, navegación de páginas web, *ad exchange*, alquiler de viviendas vacacionales, y más.

Además, hay textos sobre medios de comunicación que también analizan el surgimiento de plataformas como un tipo de infraestructura con características comunes.¹⁶ Si bien aún no se ha establecido una clasificación definitiva de distintos tipos de plataformas,¹⁷ es evidente que algunas "superplataformas" desempeñan un papel crucial. En las últimas décadas ha surgido un ecosistema de plataformas organizado de forma jerárquica y caracterizado por una firme centralización del poder. Por ejemplo, en agosto de 2020, la capitalización de mercado de las empresas Apple, Amazon, Microsoft, Facebook y Alphabet superó los 9 billones de dólares.¹⁸ Entre todas tienen unas 70 plataformas, que incluyen una gran cantidad de importante infraestructura en línea.¹⁹

Las plataformas más grandes estructuran el ecosistema general: todo negocio que desee operar en línea debe adaptarse a la lógica del algoritmo de Google Search o a las condiciones establecidas por la App Store de Apple. Aunque las grandes empresas compiten entre sí, en ciertas áreas también son socios estratégicos. Por ejemplo, durante los últimos 15 años, Alphabet ha estado pagando a Apple para que Google Search siga siendo el motor de búsqueda por defecto en los dispositivos Apple. De acuerdo con el Ministerio de Justicia de Estados Unidos, estos pagos anuales actualmente ascienden a entre 8 mil millones y 12 mil millones de dólares al año.²⁰



-
- 13 En relación con el argumento general sobre los efectos de escala vinculados a activos intangibles, de los que dependen muchas plataformas, véase Jonathan Haskel y Stian Westlake (2018): *Capitalism without Capital. The rise of the intangible economy*, Princeton: Princeton University Press.
- 14 Nick Srnicek (2017): *Platform Capitalism*, Cambridge, Reino Unido: Polity Press, págs. 95-97.
- 15 Véase Julie Cohen (2019): *Between Truth and Power*, Oxford: Oxford University Press; Frank Pasquale (2015): *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge MA: Harvard University Press.
- 16 Jean-Christophe Plantin (2016): "Infrastructure studies meet platform studies in the age of Google and Facebook", *New Media & Society* 20.
- 17 Pero véase la distinción entre plataformas de infraestructura, intermediarias y sectoriales, en José van Dijck (2010): "Seeing the forest for the trees: Visualizing platformization and its governance", *New Media & Society*.
- 18 Sergei Klebnikov (2020): "U.S. Tech Stocks Are Now Worth More Than \$9 Trillion, Eclipsing The Entire European Stock Market", *Forbes*, 28 de agosto (<https://www.forbes.com/sites/sergeiklebnikov/2020/08/28/us-tech-stocks-are-now-worth-more-than-9-trillion-eclipsing-the-entire-european-stock-market/#4418936f3e61>).
- 19 José Van Dijck (2018): *The Platform Society. Public Values in a Connective World*, Oxford: Oxford University Press.
- 20 NPR (2020): "Google Paid Apple Billions To Dominate Search on iPhones, Justice Department Says", 22 de octubre (<https://www.npr.org/2020/10/22/926290942/google-paid-apple-billions-to-dominate-search-on-iphones-justice-department-says?t=1606347425954>).

Figura 1: Servicios en línea para el cliente de Google (fuente: CMA)

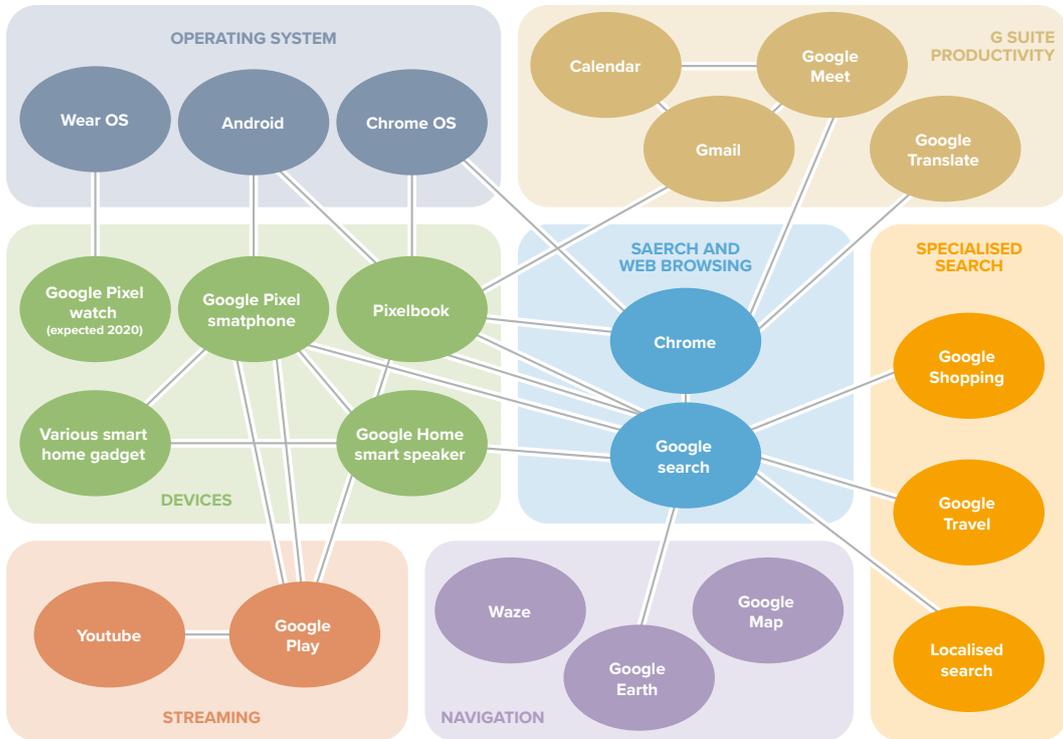
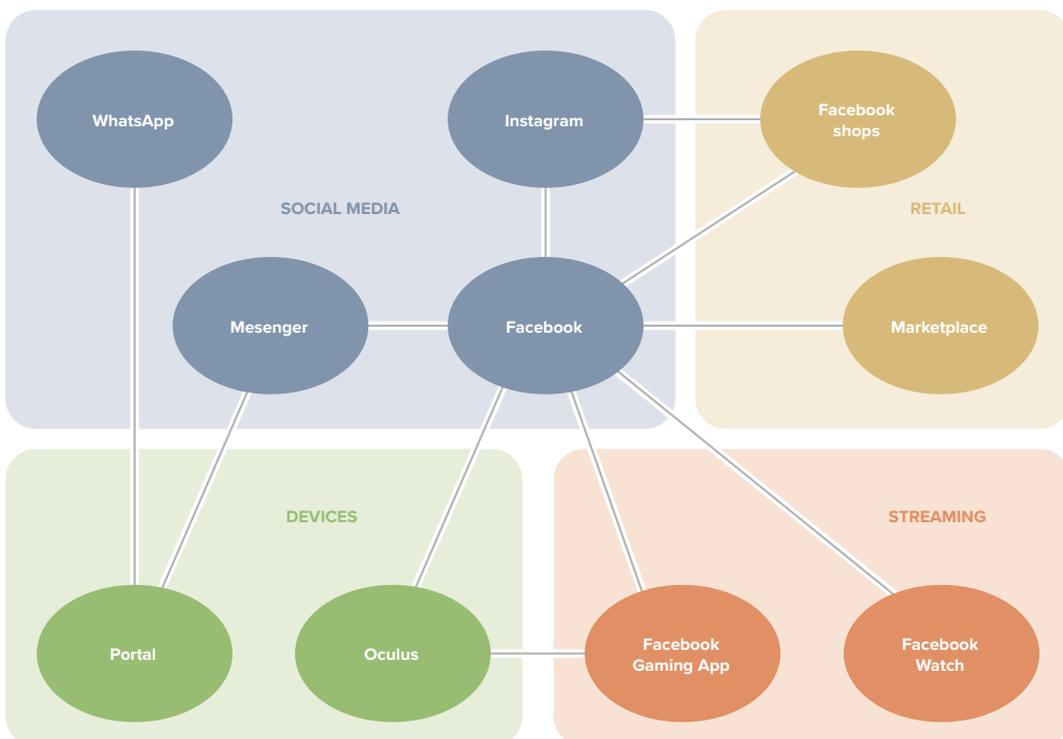
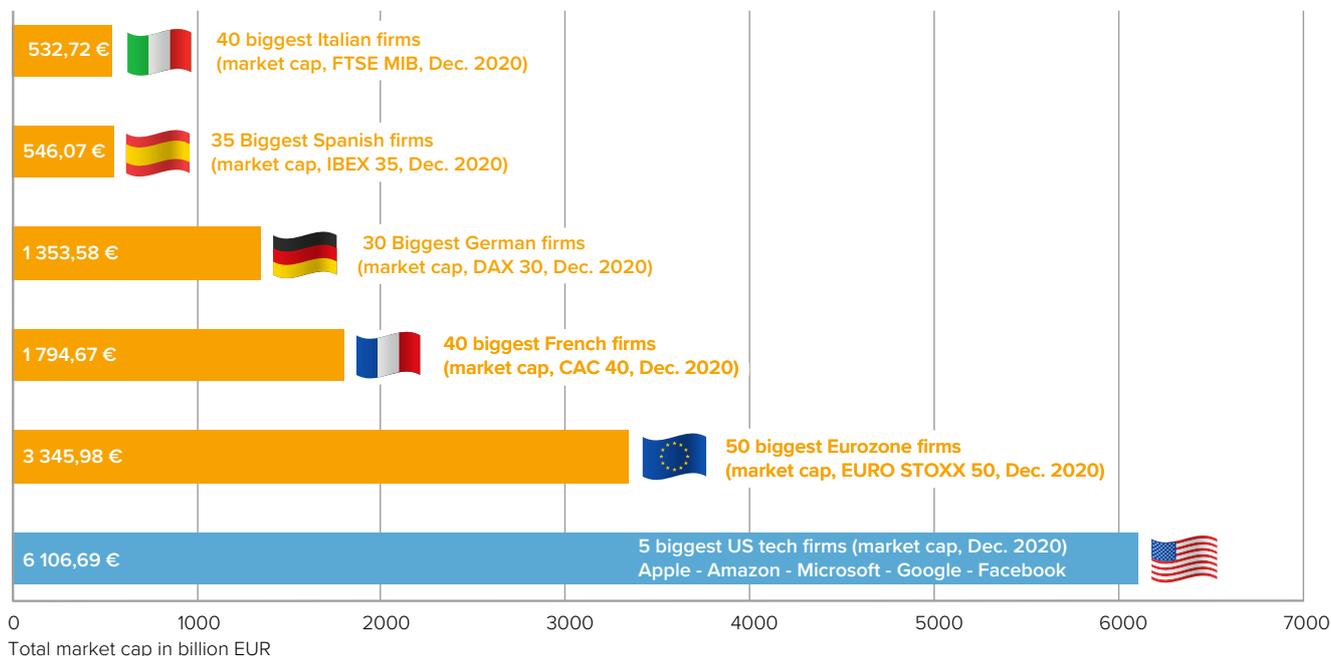


Figura 2: Servicios en línea para el cliente de Facebook (fuente: CMA)



LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: LOS GUARDIANES DE ACCESO DE LA ERA DIGITAL

Figura 3: ¿Se están comiendo al mundo las grandes empresas tecnológicas?



Las grandes plataformas en línea persiguen estrategias de integración vertical, es decir, buscan controlar diversos aspectos de una cadena de valor particular. También pueden utilizar el poder que tienen en un mercado para acceder a mercados adyacentes, aumentar el control sobre los clientes y proveedores e impedir que posibles competidores accedan a los mercados. Por ejemplo:

- a fin de proteger su posición como motor de búsqueda, Google ha establecido una posición dominante en la navegación de páginas web a través de su explorador Google Chrome, y en sistemas operativos de dispositivos móviles a través de Android; en ambos casos Google Search es el motor de búsqueda por defecto.
- Rápidamente, Apple está yendo más allá de la producción de dispositivos de hardware para expandirse en la etapa inicial de fabricación de chips, y para aprovechar su control sobre el sistema operativo iOS y la AppStore en la etapa de comercialización para la venta de servicios de música, noticias, televisión, juegos e incluso, en el futuro, posiblemente búsquedas.
- En cuanto a Amazon, no solo es propietaria de un enorme mercado en línea, sino que además presta servicios de distribución mundial, vende una gran variedad de productos a través de su propia plataforma, ofrece servicios de nube y dispositivos hardware,

como el libro electrónico Kindle y el asistente virtual Alexa, y cada vez vende más anuncios en línea, algo que hasta ahora había sido el punto fuerte de Google y Facebook. El fundador de Amazon también es dueño del Washington Post, un importante periódico de Estados Unidos con tirada nacional.

- Microsoft se ha expandido más allá de sus plataformas de software Windows y Office y ahora ofrece una gran cartera de servicios de nube para empresas y organismos oficiales en todo el mundo. Además, tiene operaciones en el mercado de los juegos en línea, su propio motor de búsqueda (Bing) y ha adquirido la red de contactos profesionales LinkedIn.

El control de la infraestructura digital básica permite a las empresas participar en una captura de rentas de naturaleza endémica: Apple se lleva un 30 % de las transacciones en su tienda AppStore; Google recibe un porcentaje cuando los usuarios buscan noticias o productos en línea a través del control de la publicidad digital; y Amazon también se lleva una parte de cada venta realizada por un tercero a través de la plataforma de Amazon. Además, las empresas utilizan sus plataformas para vender y promocionar sus propios productos, dejando fuera a empresas de la competencia, y recogen datos sobre competidores y mercados adyacentes para ampliar su propia cuota de mercado.

Con los ingresos generados, estas grandes empresas de plataformas digitales pueden evitar y neutralizar amenazas competitivas. De acuerdo con información pública, tan solo entre 2008 y 2018 Google adquirió 168 empresas, Facebook, 71 y Amazon, 60.²¹ Además, las empresas también adquieren participaciones en otras plataformas digitales, por ejemplo, Alphabet tiene participaciones en las plataformas Uber y Lyft para compartir viajes en coche; a su vez, esas plataformas dependen de diversos servicios prestados por Google.

El poder de las grandes plataformas en línea no se limita solo al ciberespacio: cada vez en mayor medida están conectadas al entorno físico y a las actividades cotidianas. Textos académicos publicados recientemente ponen de relieve el poder de infraestructura de las grandes empresas tecnológicas ahora que se están introduciendo en el espacio físico y se superponen a infraestructura existente en las áreas de movilidad, servicios públicos (como educación, salud y electricidad), supermercados, robótica y domótica.²² Este fenómeno se conoce de forma vaga como la Internet de las Cosas²³ o la Internet de Próxima Generación.²⁴

RECUADRO 2: LA EXPANSIÓN DESDE LA INFRAESTRUCTURA DIGITAL HACIA LA COMÚN

- Alphabet se ha introducido en el área de la conducción autónoma a través de su filial Waymo.
- Amazon ha comprado la empresa Wholefoods para entrar en el sector de los supermercados.
- Facebook está invirtiendo en sistemas robóticos y pretende crear una moneda digital.

Microsoft, Amazon y Alphabet ahora ofrecen infraestructura de nube a administraciones públicas y universidades, y junto a algunos gigantes industriales como General Electric y Huawei dominan los mercados de "ciudades inteligentes" que están "evolucionando rápidamente para integrar la tecnología en la infraestructura, la movilidad, la vigilancia y la seguridad, la iluminación y el control de acceso, y otras áreas orientadas a la comunidad".²⁵ No se ha incluido aquí el campo de la "inteligencia artificial" (IA). No obstante, se están invirtiendo en ella grandes sumas de dinero y se espera que la IA cobre gran importancia en una variedad de ámbitos. Alphabet, Facebook, Microsoft y Amazon están desempeñando un papel de gran influencia que probablemente no haga más que crecer.²⁶

Además, las grandes plataformas en línea también intentan introducirse en sectores tradicionales que se están digitalizando rápidamente. Por ejemplo, Alphabet se ha asociado con Swiss Re para ofrecer seguros médicos y también está comprando Fitbit, una empresa que produce dispositivos ponibles (*wearables*) que promueven hábitos saludables. Google también se ha convertido en el receptor mundial más grande de datos sanitarios y de pacientes. También se ha introducido en el sector educativo y, por ejemplo, en los Países Bajos casi el 70 % de los colegios está utilizando soluciones de software de Google.²⁷ Si tomamos como referencia al sector de los medios de comunicación, la expansión de las empresas tecnológicas en esos sectores que agrupan importantes intereses sociales y públicos no augura nada bueno para el futuro.

21 Elena Argentesi (2019): "Merger Policy in Digital Markets: An Ex-Post Assessment", DP14166, Centre for Economic Policy Research, diciembre.

22 Ganaele Langlois y Greg Elmer (2018): "Impersonal subjectivation from platforms to infrastructures", *Media, Culture & Society* 41.

23 Arielle Pardes (2020): "The WIRED Guide to the Internet of Things", *WIRED*, 9 de noviembre (<https://www.wired.com/story/wired-guide-internet-of-things/>).

24 Vincent Mosco (2017): *Becoming Digital. Towards a Post-Internet Society*, Bingley: Emerald Publishing.

25 SmartCitiesWorld (2018): "Top smart companies named in new index", 8 de marzo (<https://www.smartcitiesworld.net/news/news/top-smart-companies-named-in-new-index-2683>).

26 CSET (2020): "Identifying AI-Related Companies. A Conceptual Outline and Proof of Concept", julio ([véase aquí](#)).

27 Kaya Bouma y Liselot van der Klift (2019): "Google wordt steeds grotere speler op scholen, tot zorg van privacyorganisaties", de *Volkscrant*, 1 de noviembre (<https://www.volkscrant.nl/nieuws-achtergrond/google-wordt-steeds-grotere-speler-op-scholen-tot-zorg-van-privacyorganisaties~bae18dcd/>).

LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: LOS GUARDIANES DE ACCESO DE LA ERA DIGITAL

DEMOCRACIA Y SOCIEDAD: ¿EXTERNALIDADES NEGATIVAS?

No se puede negar que las grandes empresas tecnológicas son innovadoras. Invierten grandes cantidades de dinero en investigación y desarrollo y amplían las fronteras de las posibilidades tecnológicas. Sin embargo, la transición digital cada vez se parece más a la visión de la tecnología y la sociedad que promueven un puñado de empresas y, dentro de esas empresas, unas pocas personas, como Mark Zuckerberg en Facebook, o Jeff Bezos en Amazon.²⁸

Resulta desconcertante que una sola persona puede decidir lo que casi 1820 millones de personas ven a diario. Tal control sobre los flujos de información otorga a las plataformas de contenido el poder de manipular de forma directa y a su favor la percepción del público y, si eso falla, pueden utilizar, y utilizan, sus reservas de efectivo para influir en la formulación de políticas.²⁹ Como resultado, en realidad operan fuera del ámbito de la ley y rara vez se les hace rendir cuentas por la infracción continua de legislación existente y de derechos fundamentales. No obstante, el problema no se limita a la concentración de poder, sino que también atañe al modo en que se utiliza ese poder. Tim Wu, profesor de Derecho estadounidense, dijo que "Silicon Valley tiene la mentalidad de los ingenieros que resuelven un problema y dejan que los chips caigan en cualquier lugar. Eso está bien cuando se trata de una empresa emergente con cien empleados, pero cuando la empresa crece ya no está tan bien".³⁰

El término plataforma tiene un significado ambiguo y evoca conceptos de concreción arquitectónica, neutralidad e, incluso, igualdad de oportunidades.³¹ Sin embargo, esto ofrece una representación incorrecta de la dependencia de los servicios digitales del perfil de los usuarios,

los flujos de datos y los algoritmos.³² Las plataformas no son simplemente una infraestructura fija que permite a los usuarios comunicarse, comprar productos, ofrecer sus servicios profesionales o alquilar su casa. En vez de eso, las plataformas moldean las actividades de sus usuarios e influyen en ellas con la continua optimización de sus algoritmos y, por tanto, de sus operaciones, como reacción a los datos que recogen sobre el comportamiento de los usuarios. La forma precisa en que esto funciona a menudo es opaca y está protegida por derechos de propiedad intelectual y leyes de secreto comercial; pero la manipulación de la actividad social para obtener la mayor cantidad posible de datos, atención y, a la larga, dinero, tiene consecuencias importantes.

Por ejemplo, una gran parte del entorno de búsqueda y redes sociales ha sido optimizado para hacer un seguimiento de los ciudadanos y recopilar sus datos a fin de predecir su comportamiento en influir en él, así como para mostrarles el contenido con más probabilidades de captar su atención con el objetivo de incrementar los beneficios económicos.³³ Al manipular el panorama de información para promover lo que más capte la atención de la gente, las compañías tecnológicas han degradado la calidad de la información disponible, han amplificado la desinformación y la información falsa, han mermado la capacidad de las personas para centrarse y formar relaciones sociales, y han perjudicado al desarrollo cognitivo de los niños y a su bienestar mental.³⁴ Más aún, al hacer de la información un producto y al controlar y captar la mayor parte del gasto en publicidad digital, Alphabet y Facebook han socavado la labor de los periodistas y han privado de ingresos a los medios de comunicación independientes.³⁵

Este modelo de negocio prevalente, que consiste en dedicar miles de millones al desarrollo de la "inteligencia artificial" y la infraestructura de datos para optimizar

-
- 28 Alan Dignam (2019): "Artificial Intelligence. The Very Human Dangers of Dysfunctional Design and Autocratic Corporate Governance", Queen Mary School of Law Legal Studies, Research Paper No. 314.
- 29 Ingo Dachwitz y Alexander Fanta: "Medienmäzen Google. Wie der Datenkonzern den Journalismus umgarnt", Otto Brenner Foundation en cooperación con la Federación Sindical de Alemania (DGB); Corporate Europe Observatory: "Big Tech Lobbying. Google, Amazon & friends and their hidden influence", 23 de septiembre de 2020, <https://corporateeurope.org/en/2020/09/big-tech-lobbying>; Kenneth P. Vogel (2017): "New America, a Google-Funded Think Tank, Faces Backlash for Firing a Google Critic", *New York Times*, 1 de septiembre.
- 30 Tim Wu (2018): "A Decade of Cravenness: Tim Wu on How Enforcing Competition Law Could Have Stopped Big Tech", *New York Magazine*, 14 de noviembre (<https://nymag.com/intelligencer/2018/11/tim-wu-on-how-competition-law-could-have-stopped-big-tech.html>).
- 31 El Foro para la Gobernanza de Internet está elaborando un glosario de términos jurídicos y políticas en materia de plataformas a fin de ofrecer un lenguaje común: <https://www.intgovforum.org/multilingual/content/glossary-on-platform-law-and-policy-terms>.
- 32 Seda Gürses y Joris van Hoboken (2018): "Privacy After the Agile Turn", en Jules Polonetsky, Omer Tene y Evan Selinger (eds.) (2018): *Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, págs. 579-601; Tarleton Gillespie (2010): "The Politics of Platforms", *New Media & Society* 12, págs. 347-364.
- 33 Shoshana Zuboff (2019): *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Londres: Profile Books.
- 34 Se puede consultar un listado completo de los efectos negativos en el registro "Ledger of Harms", del Center for Humane Technology (<https://ledger.humanetech.com>).
- 35 Jonathan Taplin (2017): *Move fast and break things. How Facebook, Google and Amazon cornered culture and undermined democracy*, Londres: Macmillan.

la visualización y la venta de publicidad en línea, ha sido descrito como una burbuja gigante, pero es una burbuja de la que muchos se han hecho dependientes y que tiene enormes consecuencias negativas.³⁶ Aunque existen discrepancias sobre la eficacia de esta manipulación, tan solo la vigilancia que se ejerce ya tiene importantes efectos inquietantes sobre la autonomía y la expresión de los ciudadanos.³⁷ Además, la capacidad para ejercer esa vigilancia hace a los consumidores, trabajadores y empresas susceptibles de sufrir manipulación y coerción por parte de las plataformas.³⁸

En el recuadro 3, Stuart Russell, profesor de informática, explica los efectos del uso de algoritmos que manipulan el comportamiento humano para obtener beneficios económicos en el área de las redes sociales.

Asimismo, las grandes empresas tecnológicas han impulsado una forma de innovación que antepone la comodidad a corto plazo y soluciones tecnológicas limitadas a problemas sociales complejos,³⁹ y que favorece las perturbaciones por encima del mantenimiento, lo que conduce a un ecosistema frágil y opaco.⁴⁰ ¿Qué sucedería, por ejemplo, si el sistema operativo Android de Google dejase de funcionar o si Microsoft decidiese interrumpir sus servicios de nube y software? Por último, el ecosistema en línea se percibe como algo diseñado en su mayor parte por hombres jóvenes, blancos y privilegiados que limitan la "innovación" a lo que ellos suponen prometedor. Con frecuencia se ignoran y se excluyen los puntos de vista de niños, mujeres y personas de color. Por ejemplo, ¿qué implicaciones tiene que el algoritmo de Instagram induzca sutilmente a exponer partes del cuerpo en sus publicaciones?⁴¹ ¿Debería condicionarse de ese modo a los niños?

La pregunta clave es la que plantea la profesora holandesa de medios de comunicación y sociedad digital, José van Dijck. Al observar la posición dominante de las plataformas en las sociedades, la profesora se pregunta "¿cómo pueden los ciudadanos y gobiernos europeos proteger determinados valores sociales y culturales si dependen de un ecosistema de plataformas cuya arquitectura se basa en valores comerciales y tiene sus raíces en una visión neoliberal del mundo?".⁴² En el siguiente apartado se analiza por qué la legislación de la UE no ha podido dar una respuesta efectiva a esa pregunta.

RECUADRO 3: MANIPULACIÓN DEL COMPORTAMIENTO HUMANO PARA OPTIMIZAR EL RATIO DE CLICS

"Los algoritmos de selección de contenido en las redes sociales están diseñados para incrementar el ratio de clics (...). La solución es, sencillamente, presentar contenidos que le gusten al usuario para que pinche en ellos, ¿correcto? Pues no. La solución es cambiar las preferencias del usuario para que se vuelva más predecible. A un usuario más predecible se le puede hacer llegar contenido en el que probablemente pinche (...). Las personas con opiniones políticas extremas suelen ser más predecibles. Al igual que cualquier entidad racional, el algoritmo aprende a modificar el estado de su entorno (en este caso, la mente del usuario) para aumentar su propia recompensa".⁴³

36 Tim Hwang (2020): *Subprime Attention Crisis. Advertising and the Time Bomb at the Heart of the Internet*, Nueva York: Farrar, Straus y Giroux.

37 Véase, para un punto de vista más escéptico sobre la eficacia de la publicidad conductual, Natasha Lomas (2019): "The case against behavioral advertising is stacking up", *TechCrunch*, 20 de enero (<https://techcrunch.com/2019/01/20/dont-be-creepy/>); Moritz Büchi (2020): "The chilling effects of algorithmic profiling: Mapping the issues", *Computer Law and Security Review*, 36, págs. 1-15.

38 Shoshana Zuboff, ob. cit.

39 Véase Evgeny Morozov (2013): *To save everything click here*, Nueva York: Public Affairs; y Ben Green (2020): *The Smart Enough City*, Cambridge MA: MIT Press.

40 Lee Vinsel y Andrew L. Russell (2020): *The Innovation Delusion. How Our Obsession with the New Has Disrupted the Work That Matters Most*, Nueva York: Currency.

41 Judith Duportail y otros (2020): "Undress or fail: Instagram's algorithm strong-arms users into showing skin", *AlgorithmWatch*, 15 de junio (<https://algorithmwatch.org/en/story/instagram-algorithm-nudity>).

42 José van Dijck (2020): "Governing digital societies: Private platforms, public values", *Computer Law & Security Review* 36. Véase, para un debate sobre los valores difundidos por Silicon Valley: Richard Barbrook y Andy Cameron (1996): "The Californian Ideology", *Science as Culture* 6, págs. 44-72; Langdon Winner (1997): "Cyberlibertarian Myths and the Prospects for Community", *Acm Sigcas Computers and Society* 27, págs. 14-19;.

43 Stuart Russell (2019): *Human Compatible. Artificial Intelligence and the problem of control*, Nueva York: Viking Press.

EL ACTUAL MARCO DE POLÍTICAS DE LA UE

POLÍTICA DE COMPETENCIA: UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA APLICADA DE FORMA DEMASIADO GENERAL

Fue apenas en 2015 cuando la Comisión Europea articuló su estrategia digital global en el marco del "mercado digital único",⁴⁴ y para regular los servicios digitales ha dependido principalmente de las normativas sobre competencia. No obstante, la actual política de competencia se ha centrado en un concepto restringido de eficiencia económica, en vez de servir a una variedad de objetivos públicos que las grandes plataformas en línea están socavando. Incluso con esa idea más restrictiva de lo que debería lograr la política sobre competencia, las herramientas de evaluación caso por caso de la competencia en mercados bien definidos no han podido preservar un entorno digital abierto y competitivo.

Prioridad a la eficiencia económica

Inicialmente, la política de competencia de la UE tenía como objetivo limitar el poder del mercado, no solo para proteger la competencia, sino también porque dicho poder tiene consecuencias negativas en la sociedad y supone una amenaza para las sociedades libres y democráticas.⁴⁵ No obstante, a pesar de que la política de competencia de la UE podría servir para defender una serie de principios de política pública aparte de los intereses del consumidor a corto plazo –como la libertad, la equidad, la sostenibilidad e incluso la solidaridad–, no es así como se ha aplicado normalmente la legislación sobre competencia de la UE.⁴⁶

En vez de eso, la Comisión Europea adoptó un planteamiento más basado en la economía y, de ese modo, ha limitado la política de competencia al paradigma del bienestar del consumidor, según el cual la política se ocupa principalmente de lograr unos precios bajos para el consumidor y la integración del mercado. Según declaró un analista, en el área de política de competencia "la Comisión Europea prácticamente ha renunciado a ejercer un papel que aborde el interés público más general".⁴⁷ Eso significa que, en su mayor parte, las consideraciones relativas al interés público, como la protección de la diversidad cultural, no se han tenido en cuenta en la legislación sobre competencia de la UE.⁴⁸

Se trata de algo lamentable, pues en la economía de plataformas no resulta fácil distinguir entre asuntos económicos y no económicos, y los modelos de negocio de las plataformas en línea tienen consecuencias generales de interés público. Por ejemplo, la decisión de quién puede o no acceder a una plataforma que sea guardiana de acceso es importante para los comerciantes, pero también para los usuarios como ciudadanos de una sociedad democrática. El uso que hacen las plataformas de los algoritmos para personalizar las ofertas a sus usuarios no solo puede limitar las opciones del consumidor sino también menoscabar la autonomía de los usuarios en su capacidad de ciudadanos a través del uso de datos personales para discriminar en su contra.⁴⁹

En los textos sobre la materia se ha plasmado la necesidad de una mayor coherencia entre la política de competencia, las leyes de protección al consumidor y la protección de datos, y hay, además, señales de un cambio

44 Véase, para una crítica más amplia de este planteamiento restrictivo y una alternativa más global, Centrum Cyfrowe, Commons Network y Publicspace.online (2019): "Vision for a Shared Digital Europe", abril ([seguir este enlace](#)).

45 Anna Gerbrandy (2019): "Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution", *Journal of Common Market Studies* 57, págs. 129-130, 133.

46 Anna Gerbrandy (2018), "Conceptualizing Big Tech as "Modern Bigness" and its implications for European Competition Law, Submission in reaction to the Call for Contributions – Shaping competition policy in the era of digitalization", diciembre (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3275235).

47 Niamh Dunne (2020): "Public Interest and EU Competition Law", *The Antitrust Bulletin*, 26 de marzo.

48 Véase, por ejemplo, el análisis de Katharina Hoelck sobre el proceso judicial contra Apple y editoriales internacionales en "EU Platform Regulation and its Impact on the Media and Communication Industry", (2016): Ponencia presentada en la 66.ª conferencia anual de la International Communication Association (ICA), en Fukuoka, Japón.

49 Anna Gerbrandy (2018): "Modern Bigness", pág. 3.

gradual.⁵⁰ En particular, la autoridad en materia de competencia de Alemania tomó la decisión de sancionar a Facebook por infringir los reglamentos de protección de datos,⁵¹ aduciendo que las acciones de Facebook constituían una violación de la legislación sobre competencia y de los principios de protección de datos. No obstante, este tipo de cambio es gradual y es cuestionado tanto en instituciones académicas como jurídicas. Actualmente, la política de competencia no parece capaz de proteger los intereses más generales que pueden verse afectados por el poder de las grandes plataformas.

Las multas como un gasto más

En virtud de la ley de competencia, la Comisión Europea dispone de amplios poderes para multar a empresas por prácticas contrarias a la competencia y para obligarlas a modificar su conducta (rectificaciones). Además, la Comisión puede investigar posibles fusiones e impedir las si supusiesen amenazas importantes para la competencia.

No obstante, el uso de herramientas de competencia no ha tenido el efecto deseado. Por ejemplo, en la década pasada, la Comisión impuso tres sanciones a Alphabet, que en total sumaron más de 8000 millones de euros. Se relacionaban con el uso que hacía la empresa de su algoritmo de búsqueda para favorecer su propio servicio Google Shopping y bloquear anuncios de otros motores de búsqueda de la competencia, así como con el uso de su propio sistema operativo Android para promover Google Search.⁵²

No obstante, las medidas de defensa de la competencia adoptadas por la Comisión contra Alphabet no han logrado cambiar la estructura del mercado y no han ayudado a los competidores que sufren las consecuencias de la conducta contraria a la competencia de Alphabet.⁵³ De hecho, las multas ni siquiera han servido de elemento disuasorio y el valor de mercado de Alphabet no ha hecho más que aumentar.⁵⁴

Figura 4: Búsqueda de competencia: el dominio de Google Search

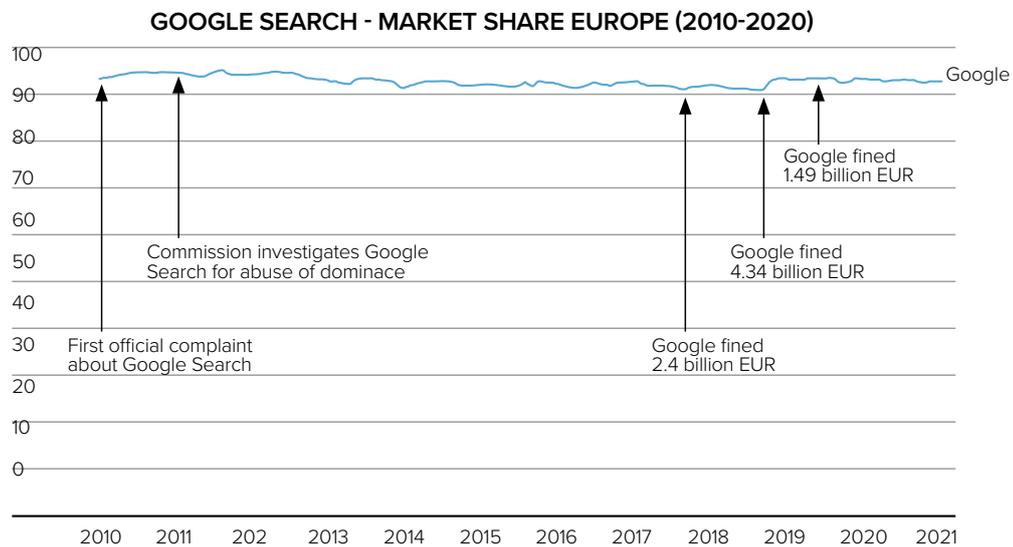


Chart: Author elaboration - Source: Statcounter GlobalStats - Created with Datawrapper

50 Inge Graef, Damian Clifford y Peggy Valcke (2018): "Fairness and enforcement: Bridging competition, data protection, and consumer law", *International Data Privacy Law* 8.

51 Bundeskartellamt (2019): Facebook B6-22/16, 6 de febrero.

52 COMP/AT.39740 *Google Search (Shopping)*; COMP/AT.40099 *Google Android*; COMP/AT.40411 *Google Search (AdSense)*.

53 Véanse las cifras de octubre de 2020 (<https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/europe>). En Europa, la cuota de Google en las búsquedas en línea está muy por encima del 90 % y ha sido así de forma constante durante la última década.

54 Nitasha Tiku (2019): "The EU Hits Google With a Third Billion-Dollar Fine. So What?", *Wired*, 20 de marzo (<https://www.wired.com/story/eu-hits-google-third-billion-dollar-fine-so-what/>).

EL ACTUAL MARCO DE POLÍTICAS DE LA UE

El cuento de nunca acabar

En el marco de la política de competencia se realizan investigaciones caso por caso. Mientras las grandes plataformas disponen de enormes recursos, las autoridades de competencia deben decidir con cuidado qué casos abordar, a sabiendas de que los procedimientos actuales y las normas de legalidad hacen que la aplicación de la política de competencia sea un proceso lento, gravoso y que requiere muchos recursos. Por ejemplo, mientras la Comisión Europea continúa litigando en los tribunales la decisión de 2017 sobre Google Shopping nos preguntamos cuánto tiempo y cuántos recursos puede dedicar a los numerosos problemas que ocasiona el dominio de Google en la publicidad en línea,⁵⁵ o cuánto tiempo y recursos puede dedicar a investigar los complicados compromisos vinculados a la fusión entre Google y Fitbit durante los próximos diez años.⁵⁶

Asimismo, tras el resultado de una investigación sobre mercados de comercio electrónico realizada en 2015, la Comisión Europea apenas acaba de llegar a la conclusión preliminar de que Amazon está abusando de su posición dominante al utilizar datos comerciales de comerciantes ajenos a su plataforma a fin de favorecer su propio negocio de venta minorista. Al mismo tiempo, la Comisión Europea inició una segunda investigación de Amazon por el supuesto trato preferente de la empresa a sus propias ofertas minoristas.⁵⁷ Mientras las plataformas digitales se expanden rápidamente en una variedad de mercados diferentes y aumentan su poder en el mercado, la Comisión Europea sigue inmersa en la investigación de un presunto caso de abuso denunciado hace años.

Además, cuando se toman decisiones y se exige a las empresas modificar su comportamiento, la Comisión Europea a menudo carece de los recursos o los conocimientos necesarios para garantizar el cumpli-

miento efectivo y oportuno de sus dictámenes o que la empresa infractora introduzca cambios significativos.⁵⁸ Por ejemplo:

- Pasaron varios años antes de que Microsoft cumpliera con el fallo de 2004 de la Comisión según el cual debía proporcionar información sobre interoperabilidad a los competidores en el mercado de servidores de grupos de trabajo. Esto dio como resultado una multa en 2008, diez años después de que Sun Microsystems presentase la denuncia oficial. Además, durante años, Microsoft se resistió a dejar de vincular su producto Media Player a su sistema operativo Windows y finalmente se le impuso una multa en 2013 por no cumplir con los compromisos para dejar de vincular a Windows su explorador Internet Explorer.⁵⁹ Ahora, la empresa está siendo investigada otra vez por la supuesta vinculación del software Microsoft Teams a su paquete de software de productividad Office.⁶⁰ Muchas de las rectificaciones han sido de dudosa eficacia.⁶¹
- A Google se le permitió diseñar su propia rectificación tras el fallo de 2018 de la Comisión Europea sobre el caso de abuso de Google relacionado con su sistema operativo Android. No obstante, dos años después, dicha rectificación introducida por Google se sigue considerando ineficaz.⁶² Además, en el más reciente procedimiento contra Google, incoado por haber reforzado de forma ilegal su dominio de la publicidad en línea, incluso la Vicepresidenta de la Comisión Europea, Margrethe Vestager, admitió que el fallo no lograba restablecer la competencia.⁶³

En gran parte, las autoridades dependen de información que pertenece a la empresa tecnológica que se investiga y esto conduce a marcadas asimetrías de información. Por ejemplo, en un completo análisis de la

55 Competition and Markets Authority (2020): "Online platforms and digital advertising", Informe final de estudio de mercado, 1 de julio (https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf).

56 COMP/M.9660 Google/Fitbit.

57 Comisión Europea (2020): "Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices", comunicado de prensa, 10 de noviembre.

58 Tribunal de Cuentas Europeo (2020): "The Commission's EU merger control and antitrust proceedings: A need to scale up market oversight", Informe especial N.º 24/2020.

59 Euractiv (2013): "EU fines Microsoft for breaking browser pledge", 6 de marzo (<https://www.euractiv.com/section/digital/news/eu-fines-microsoft-for-breaking-browser-pledge/>).

60 Euronews (2020): "Slack files competition complaint against Microsoft with European Commission", 22 de julio (www.euronews.com/2020/07/22/slack-files-competition-complaint-against-microsoft-with-european-commission).

61 Véase, por ejemplo, Nicholas Economides y Ioannis Lianos: "The quest for appropriate remedies in the EC Microsoft cases: a comparative appraisal", en Luca Rubini (ed.) (2010): *Microsoft on Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case*, Cheltenham: Edward Elgar.

62 Natasha Lomas (2020): "Google's "no choice" screen on Android isn't working, says Ecosia – querying the EU's approach to antitrust enforcement", *TechCrunch*, 30 de julio (<https://techcrunch.com/2020/07/30/googles-no-choice-screen-on-android-isnt-working-says-ecasia-querying-the-eus-approach-to-antitrust-enforcement/>).

63 Natasha Lomas (2019): "Europe's recharged antitrust chief makes her five-year pitch to be digital EVP", *TechCrunch*, 8 de octubre (<https://techcrunch.com/2019/10/08/europes-recharged-antitrust-chief-makes-her-five-year-pitch-to-be-digital-evp/>).

ineficacia de las rectificaciones implantadas por Google en el caso "Shopping", se señala que "a pesar de diez años de investigaciones y tres decisiones de prohibición, (Google) continúa prefiriendo una estrategia basada en tres principios: máxima falta de transparencia, máxima tergiversación tanto de los hechos como de la ley, y la firme negación de cualquier tipo de infracción".⁶⁴ El estudio concluye que al cabo de tres años de funcionamiento del mecanismo de cumplimiento, este no ha logrado mejorar las condiciones del mercado para los servicios de comparación de compras de la competencia (...), ha reforzado más la posición de Google en los mercados nacionales de CSS (servicios de comparación de compras), y ha afianzado su dominio en el área de búsquedas generales".⁶⁵

Al observar el panorama general de la economía digital se hace evidente que los esfuerzos de la Comisión para mantener la interoperabilidad y prevenir la vinculación de distintos productos no han tenido éxito y que esas prácticas se han convertido en la norma dentro del sector. Por ejemplo, Google está vinculando Chrome a sus dispositivos, Apple está vinculando su explorador web Safari, y Samsung está preinstalando su Internet Samsung en sus teléfonos.⁶⁶ En otras palabras, esa conducta contraria a la competencia que la Comisión Europea ha estado combatiendo desde los primeros procedimientos contra Microsoft hace veinte años se está volviendo endémica a medida que aumenta el poder de las plataformas en línea.

Por último, aunque las autoridades de competencia están inmersas en investigaciones *ex post* de conductas contrarias a la competencia, los reglamentos actuales y las prioridades de aplicación no se adecuan lo suficiente para prevenir la concentración del mercado en primer lugar. De acuerdo con el informe Furman, "durante los últimos diez años las cinco empresas más grandes han realizado más de 400 adquisiciones en todo el mundo. Ninguna ha sido bloqueada y a muy pocas se les han impuesto condiciones para la aprobación, ni en Reino Unido ni en ningún otro lugar; ni tan siquiera han sido investigadas por las autoridades de competencia".⁶⁷

RECUADRO 4: ¿ALGUIEN CONTROLA LAS FUSIONES?

Algunas fusiones con grandes repercusiones que no impidieron las autoridades de competencia:

- La adquisición de Instagram y WhatsApp por parte de Facebook, que consolidó su posición dominante en las redes sociales y los servicios de mensajería.
- La adquisición que hizo Alphabet de la plataforma de vídeos YouTube, la competencia de Google Maps Waze, y la plataforma de anuncios en línea DoubleClick.

Herramientas tradicionales en una economía digital

Aparte de la dificultad de llevar a cabo evaluaciones caso por caso existe la duda sobre si los instrumentos de análisis de los que dispone la política de competencia siguen siendo apropiados en la era digital. Como respuesta a la creciente concentración de poder en la economía digital, las autoridades de competencia de todo el mundo han estado estudiando sus arsenales. Aunque no hay una característica única que diferencie a los mercados digitales de los tradicionales, muchos informes subrayan que los mercados digitales presentan una serie de fenómenos que, en conjunto, plantean dificultades para el paradigma actual de la competencia.

Las poderosas plataformas digitales se benefician particularmente de "sólidos efectos de red, economías de escala, economías de alcance relacionadas con el papel de los datos como producto, costes marginales extremadamente bajos, y un ámbito mundial".⁶⁸ Esto no conduce necesariamente a "monopolios naturales"; si lo hiciera, Alphabet no se sentiría obligada a pagar a Apple miles de millones al año por un trato preferente en el motor de búsqueda de Google. Pero el caso es que muchos mercados digitales se han inclinado a favor de uno o dos de los principales actores del mercado, que después son difíciles de desplazar. Esto resulta evidente en las búsquedas en línea, las redes sociales, los sistemas operativos móviles y la publicidad en línea.

64 Thomas Hoppner (2020): "Google's (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision", *Competition Law in Practice*, págs. 33-34.

65 *Ib.*, pág. 15.

66 Dirk Auer (2020): "On the Origin of Platforms. An Evolutionary Perspective", *Truth on the Market*, 7 de julio.

67 "Unlocking digital competition" (2019), Informe del Grupo de expertos sobre la competencia digital, marzo, pág. 12.

68 Filippo Lancieri y Patricia Morita Sakowski (2020): "Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports", Stigler Center for the Study of the Economy and the State, Working Paper Series No. 3030, octubre, págs. 9-10.

EL ACTUAL MARCO DE POLÍTICAS DE LA UE

A fin de determinar si una empresa ha abusado de su posición dominante, las autoridades en materia de competencia deben demostrar el supuesto poder dominante en el mercado dentro de un mercado bien definido, algo que no resulta fácil, particularmente en el caso de las plataformas en línea en las que interactúan varios grupos de usuarios, a menudo no con dinero sino con la entrega de datos, lo que complica la situación. Como dice Julie Cohen, "puesto que las plataformas pueden definir condiciones para cada grupo de usuarios por separado, la fijación de precios no es un indicador fiable de poder de mercado (...)".⁶⁹

Además, en la economía digital la integración vertical (el esfuerzo para controlar distintos aspectos de una cadena de valor) es frecuente, pero tradicionalmente esta no ha sido una prioridad para las autoridades de competencia. Por ejemplo, Amazon está integrada verticalmente y es propietaria de la plataforma de comercio electrónico con el mismo nombre, pero también vende sus propios productos y dirige las operaciones logísticas. Esto ofrece a la empresa incentivos claros para favorecer sus propios servicios en detrimento de los competidores que dependen de la plataforma de Amazon. También se ha señalado que el poder de mercado no refleja la experiencia de los usuarios con las plataformas en línea; por ejemplo, los usuarios normalmente disponen de pocas alternativas a las grandes plataformas de redes sociales.⁷⁰

Quizás Evgeny Morozov haya estado en lo cierto al afirmar que la política de competencia se podría resumir del siguiente modo: "dejemos que las grandes empresas tecnológicas obtengan tantos datos como puedan y apliquemos la ley de competencia al diseño de sus sitios web".⁷¹ Hay indicios de que los datos pueden ser un recurso estratégico crucial en la economía digital y la reticencia de Google y Facebook, por ejemplo, a revelar o dar una idea de los datos que han acumulado confirmaría esta hipótesis.⁷² También se ha dicho que la competitividad de las empresas dependerá cada vez más del acceso oportuno a datos pertinentes.⁷³ Sin embargo,

esto aún no se ha incorporado debidamente al concepto de poder de mercado. De hecho, la postura prevalente dentro de la comunidad de la ley de competencia sigue siendo cuestionar la naturaleza especial de los datos personales y negar la necesidad de una revisión profunda de la política de competencia.⁷⁴

Si bien la ley de competencia podría desempeñar un papel cada vez más relevante para combatir la concentración de poder en la economía digital, la realidad es que esto se ve complicado por el énfasis que pone en intereses económicos restringidos por encima de intereses más generales de política pública, así como por su aplicación caso por caso y por su enfoque doctrinario en conceptos que no siempre son adecuados a la economía digital. Es poco probable que se produzca una transformación rápida, tal como ha quedado demostrado, una vez más, por la aprobación reciente de la fusión entre Google y Fitbit por parte de la Comisión Europea, que permite a Google expandir su posición dominante en el área de los dispositivos portátiles y la sanidad digital.⁷⁵

NORMATIVAS ESPECÍFICAS AL SECTOR FRENTE A NORMATIVAS HORIZONTALES

Junto a la ley de competencia, la UE ha empleado principalmente los reglamentos de la Directiva sobre comercio electrónico del año 2000 para regular los servicios digitales. No obstante, según se fue haciendo más evidente –y problemático– el poder de las plataformas en línea sobre la actividad social, la opinión pública y los derechos fundamentales, la Comisión Europea decidió revisar la política en 2015, pero se abstuvo de reformar las normas horizontales para servicios digitales de la Directiva sobre comercio electrónico. En vez de eso, la Comisión adoptó un planteamiento basado en los problemas, que suponía examinar perjuicios específicos en una variedad de sectores. Esto dio como resultado una variedad de normas no vinculantes, y ciertas leyes, para distintos tipos

69 Julie Cohen, ob. cit., pág. 174.

70 Orla Lynskey (2019): "Grappling with 'Data Power': Normative Nudges from Data Protection and Privacy", *Theoretical Inquiries in Law* 20, págs. 193-194.

71 Evgeny Morozov (2017): "To tackle Google's power, regulators have to go after its ownership of data", *The Guardian*, 2 de julio de 2017 (<https://www.theguardian.com/technology/2017/jul/01/google-european-commission-fine-search-engines>).

72 Frank Pasquale (2013): "Privacy, Antitrust and Power", *George Mason Law Review* 20, pág. 1023.

73 Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer (2019): "Competition policy for the digital era", Comisión Europea, Dirección General de Competencia, pág. 73.

74 Pablo Ibáñez Colomo y Gianni de Stefano (2019): "The Challenge of Digital Markets: First, Let Us Not Forget the Lessons Learnt Over the Year", *Journal of European Competition Law & Practice* 9, págs. 485-486.

75 Francesca Bria (2020): "Europe must not rush Google-Fitbit deal", *Politico*, 22 de julio. (<https://www.politico.eu/article/europe-must-not-rush-google-fitbit-deal-data-privacy/>).

de contenidos en línea. Aún es pronto para someter estas normas a una evaluación empírica, dado que muchas de ellas acaban de entrar en vigor o lo harán dentro de poco. Sin embargo, es evidente que a este planteamiento le falta coherencia y que ha dado como resultado una serie de normativas complejas y fragmentadas que dificultan la aplicación. Esto beneficia a las grandes plataformas en detrimento de los competidores más pequeños, los nuevos participantes y los ciudadanos.

La Directiva sobre comercio electrónico: vía libre a la irresponsabilidad

La mayoría de los servicios digitales que se prestan a través de la infraestructura física de Internet están regulados por un conjunto de normas básicas horizontales establecidas en la Directiva sobre comercio electrónico del año 2000. Inicialmente, la Directiva sobre comercio electrónico se elaboró pensando en los proveedores de servicios de Internet –proveedores que facilitaban el acceso a Internet y permitían a las personas publicar sitios web, por tanto, proveedores pasivos de servicios de alojamiento web—.76 Cuando se creó la Directiva sobre comercio electrónico aún no se había decidido el modelo de negocio de los servicios en línea y no existía la infraestructura para publicidad conductual. Eso también significaba que los proveedores desempeñaban un papel principalmente pasivo, dado que no tenían incentivos para utilizar datos sobre tráfico ni influir de forma activa sobre el contenido que veían los usuarios o cómo lo veían con fines de generar ingresos por publicidad. Además, no existía la posibilidad de filtrar contenido infractor a gran escala de manera eficaz.

En este contexto, la UE siguió los pasos de EE. UU. y adoptó un conjunto de reglas flexibles que promovería la experimentación y que se basaba en la muy firme protección de la libertad de expresión en EE. UU. consagrada en la Primera Enmienda de la Constitución.⁷⁷ Por ejemplo, la Directiva sobre comercio electrónico estipula que los proveedores de servicio no deberían ser responsables del contenido que transmiten,

almacenan o alojan siempre que actúen de un modo estrictamente pasivo.⁷⁸ Además, la Directiva establece que las autoridades no pueden obligar a las plataformas a supervisar la información que transmiten o guardan, ni a buscar indicios de actividad ilegal. Únicamente deben eliminar una actividad ilegal cuando tengan conocimiento de ella, por ejemplo, al ser alertadas por los usuarios o las autoridades.

No obstante, durante los últimos 20 años ha habido muchas novedades, como el auge de las redes sociales, las plataformas de contenido generado por los usuarios, la infraestructura de nube y el poderoso conjunto de plataformas en línea que, a menudo, adoptan un papel activo para conformar la experiencia de usuario a través del uso de algoritmos para seleccionar contenido, sistemas de recomendación y el enriquecimiento de contenidos de terceros con otros contenidos o con publicidad. En realidad, las plataformas en general ya supervisan el contenido que se carga en ellas e influyen en su alcance, pero con fines comerciales. Sin embargo, no se les ofrecen incentivos para hacerlo en beneficio del interés público –ni se les exige en virtud de la Directiva sobre comercio electrónico–, por ejemplo, para impedir de forma activa la carga de pornografía infantil. Como consecuencia, ahora mismo hay mucho contenido ilegal, incluso material manifiestamente ilegal, que permanece en línea.

Además, lo que predijo el profesor de derecho estadounidense Lawrence Lessig ha resultado acertado: en 1996 señaló que el "ciberespacio" era muy susceptible de reglamentación y que en ausencia de decisiones democráticas sobre el diseño de dicho espacio otros le darían forma de acuerdo a sus propios intereses.⁷⁹ Sin duda, esto es lo que ha sucedido. Puesto que la Directiva sobre comercio electrónico fundamentalmente promovía la autorregulación por parte de las plataformas en línea, estas se han convertido en los reguladores *de facto* de la experiencia en línea. Dentro de sus esferas de control actúan como autoridades públicas y establecen las reglas en sus condiciones de servicio y acuerdos contractuales.⁸⁰

76 Joris van Hoboken, João Pedro Quintais y Joost Poort ten Nico van Eijk (2018): "Hosting intermediary services and illegal content online. An analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape", Informe para la Comisión Europea, Dirección general de redes de comunicación, contenido y tecnologías.

77 En relación con el tratamiento excepcional de la libertad de expresión en EE. UU., véase Frederik Schauer (2005), "The exceptional first amendment", en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton: Princeton University Press.

78 Artículos 12, 13 y 14 de la Directiva 2001/31/CE.

79 Lawrence Lessig (1999): *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books.

80 Julia Black y Andrew Murray (2019): "Regulating AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda", *European Journal of Law and Technology* 10.

EL ACTUAL MARCO DE POLÍTICAS DE LA UE

Dando rodeos: la autorregulación

En 2016, la UE decidió revisar la reglamentación de las plataformas al hacerse evidente que las plataformas más grandes ejercían cada vez más influencia sobre la opinión pública y tenían un papel decisivo en diversos perjuicios sociales, como la información falsa y la desinformación, el discurso de odio, infracciones de derechos de autor y otros. No obstante, en vez de actualizar la Directiva sobre comercio electrónico –la legislación que da vía libre a las plataformas– la Comisión Europea adoptó un planteamiento basado en los problemas, que implicaba estudiar perjuicios específicos en una gran variedad de sectores.⁸¹

La Comisión Europea principalmente intentó ejercer una ligera presión sobre las plataformas para que asumiesen más responsabilidad por el contenido que circulaba en ellas a través de una variedad de comunicaciones y códigos de conducta autorreguladores. Estas iniciativas no vinculantes no han resultado muy efectivas, puesto que sencillamente a las grandes plataformas no les interesaba acatarlas, un mal conocido de la autorregulación.⁸² Además, ante la falta de transparencia, a las autoridades pertinentes les resulta difícil supervisar el cumplimiento.⁸³ Por ejemplo, un estudio sobre los códigos de práctica relativos a la desinformación señala una aplicación desigual debido a la ausencia de instrumentos de aplicación y recomienda que se considere la corregulación.⁸⁴ Ante esta falta de actuación efectiva, varios Estados miembros introdujeron marcos nacionales con medidas más estrictas en el área de contenido ilegal, como la ley alemana de redes sociales, NetzDG.⁸⁵ Al depender de la autorregulación en vez de legislar las condiciones y garantías procedimentales según las cuales debería eliminarse material ilegal, las plataformas en línea privadas siguieron decidiendo las circunstancias en las cuales los ciudadanos pueden ejercer sus derechos fundamentales en línea.⁸⁶

Además, el método de ejercer presión sobre las plataformas para que aborden de forma proactiva el problema del contenido ilegal y perjudicial entra en conflicto con el

régimen de responsabilidad limitada y la prohibición de supervisión general contemplados en la Directiva sobre comercio electrónico. Por ejemplo, en un comunicado de 2017, la Comisión Europea exigió a las plataformas "adoptar medidas proactivas efectivas para detectar y eliminar contenido en línea ilegal y no limitarse únicamente a reaccionar al recibir avisos".⁸⁷ En el mismo documento, la Comisión apoya firmemente el desarrollo y uso de técnicas de detección y filtrado automáticos para combatir el contenido en línea ilegal. Tales recomendaciones contradicen completamente el enfoque no intervencionista establecido en la Directiva sobre comercio electrónico.

Además de instrumentos normativos no vinculantes, la UE también ha adoptado una serie de medidas jurídicas a fin de crear condiciones de competencia más equitativas e incrementar la responsabilidad de las plataformas frente a perjuicios específicos, como infracciones de derechos de autor o contenido nocivo para menores de edad. Por ejemplo, las obligaciones contempladas en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual ahora son aplicables también a las "grandes plataformas de vídeos" como YouTube a fin de proteger a los menores de edad, y se han creado nuevas obligaciones para "proveedores de servicios de contenidos compartidos en línea" con el objetivo de garantizar que el contenido en sus plataformas respete las normas de derechos de autor. También se ha aclarado que las normas de protección del consumidor de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales son aplicables a las plataformas. No obstante, también aquí el enfoque adoptado contradice los principios de responsabilidad limitada y de prohibición de supervisión general contemplados en la Directiva sobre comercio electrónico.

Por ejemplo, en virtud de la nueva reglamentación sobre derechos de autor, las plataformas deben obtener acuerdos previos con los propietarios de los derechos para el material protegido por derechos de autor que se comparta en sus plataformas o, si no se logra, "hacer todo lo posible para garantizar que no esté disponible e impedir

81 Comisión Europea, "Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe", COM (2016) 0288.

82 Sobre los puntos débiles y los riesgos, véase OCDE, "Industry Self-Regulation: Role and Use in Supporting Consumer Interests", DSTI/CP (2014) 4/FINAL, págs. 20-21.

83 Melanie Smith (2020): "Enforcement and cooperation between Member States. E-Commerce and the future Digital Services Act". Estudio solicitado por la Comisión IMCO, abril.

84 Dirección general de redes de comunicación, contenido y tecnologías (2020): "Study for the assessment of the implementation of the Code of Practice on Disinformation", SMART 20190041, 8 de mayo.

85 Netzwerkdurchsetzungsgesetz (Ley de redes sociales de Alemania), 2017.

86 Teresa Quintel y Carsten Ullrich (2019): "Self-Regulation of Fundamental Rights? The EU Code of Conduct on Hate Speech, Related Initiatives and Beyond", en: Bilyana Petkova y Tuomas Ojanen (eds.): *Fundamental Rights Protection Online. The Future Regulation Of Intermediaries*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

87 Comisión Europea, "Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms", COM (2017) 555, pág. 10.

que se vuelva a cargar en el futuro".⁸⁸ Esto solo se puede hacer a través de un sistema de filtrado, algo que contradice la prohibición de supervisión general contemplada en la Directiva sobre comercio electrónico. La nueva reglamentación incluye otra contradicción en relación con los medios audiovisuales al exigir a las plataformas adoptar medidas apropiadas para proteger a los menores de edad frente a contenido nocivo y a todas las personas frente a discursos de odio, pornografía infantil, etc.⁸⁹ Por último, en virtud de las obligaciones contempladas en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, las plataformas también tendrían que asumir un papel activo para garantizar que los comerciantes que usen su plataforma cumplan los requisitos pertinentes relativos al marketing y al consumidor. Resulta difícil imaginar cómo podrían hacer todo esto y al mismo tiempo mantener la exención de responsabilidad contemplada en la Directiva sobre comercio electrónico.⁹⁰

El enfoque basado en los problemas: cuando los árboles impiden ver el bosque

El enfoque basado en los problemas que adoptó la Comisión Europea en 2016 con respecto a las plataformas tenía como objetivo crear condiciones de competencia más equitativas al hacerse evidente que las plataformas en línea son competidoras de muchas empresas de sectores regulados y que no tienen la obligación de cumplir leyes sectoriales similares.⁹¹ Por ejemplo, está claro que tanto Facebook como Google se quedan con la mayor parte de los beneficios del gasto publicitario en línea, mientras que el sector de los medios de comunicación, que crea contenido de calidad, cada vez se queda con menos, al tiempo que debe cumplir con normas estrictas y códigos profesionales sobre lo que se publica y cómo se publica.

No obstante, la meta de crear condiciones de competencia más equitativas se ha centrado en el ajuste de la legislación en una variedad de áreas y en normativas simétricas que se aplican de igual modo a todas las

partes. Esto ignora la dinámica y el poder transversal de las plataformas en línea más grandes. Como señala el profesor Harold Feld, las nuevas tecnologías de comunicación a menudo han supuesto retos específicos que requieren normas específicas: "con nuestros conocimientos sobre cómo (...) superamos con éxito estos retos en la época del telégrafo, del teléfono, de la radio y de la televisión, ahora podemos pensar en cómo superar estos retos de nuevo en la época de la banda ancha y las redes sociales".⁹²

Por ejemplo, las normas revisadas de los servicios de comunicación audiovisual tienen como objetivo garantizar una mejor protección de los niños en Internet al aplicar las normas actuales de los servicios de medios de comunicación también a las plataformas en línea como YouTube e Instagram. Sin embargo, las obligaciones para proteger a los menores de edad frente al contenido nocivo y proteger sus datos se imponen a los proveedores de servicios de comunicación audiovisual (que serían canales individuales de YouTube), en vez de a las plataformas de vídeos en sí, como YouTube, que tienen mucho más control sobre los datos y el diseño de la plataforma.⁹³ Esto podría mermar de forma importante la eficacia de las normas para la protección de menores de edad e imponer pesadas cargas sobre los productores de contenido independientes.

En 2016, la Comisión Europea también propuso una nueva directiva en el área de derechos de autor.⁹⁴ Si bien la meta general de la directiva era crear un mercado más justo para el contenido en línea, es posible que esto no se haya logrado. Por ejemplo, la directiva incluye un nuevo derecho para los editores de prensa que les ofrece más ventajas en relación con los grandes servicios en línea en los que se comparte contenido y que garantiza que una parte del dinero generado por la distribución de contenido en línea vuelva a quienes participaron en su creación. Pero este nuevo derecho ha sido muy criticado por favorecer a agentes grandes bien establecidos dentro de un mercado que ya está muy concentrado. Al añadir otro derecho de propiedad, y por tanto más com-

88 Directiva (UE) 2019/790, Artículo 17.

89 Directiva (UE) 2018/1808, Artículos 28a y 28b.

90 Maria Lillà Montagnani (2019): "A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy", Bocconi Legal Studies Research Paper, No. 477007, junio.

91 Acerca de la creación de condiciones de competencia más equitativas como principio de reglamentación, véase Andrej Savin (2019): "Regulating Internet Platforms in the EU. The Emergence of the 'Level Playing Field'", Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 19-02.

92 Harold Feld (2020): "From the telegraph to Twitter: The case for the digital platform act", *Computer Law & Security Review* 36.

93 Catalina Goanta, "Children on Social Media. A Comparison of COPPA and the Revised AVMSD", TTLF Working Papers, págs. 17-18 (próxima publicación).

94 La propuesta de la Comisión Europea de 2016 se convirtió en la Directiva (UE) 2019/790.

EL ACTUAL MARCO DE POLÍTICAS DE LA UE

plejidad, es probable que la negociación se vuelva más costosa, algo que perjudica particularmente a los participantes más pequeños. En España y Alemania se han introducido derechos parecidos y no han logrado mejorar la posición de los editores de prensa.⁹⁵

Aparte de esto, las plataformas en línea ahora tienen que cumplir diversas obligaciones jurídicas y deberes de diligencia con distintas autoridades responsables de la aplicación, así como diversas normas de procedimiento. Por ejemplo, hay distintos requisitos y normas para contenido relacionado con el terrorismo, contenido nocivo para menores de edad, pornografía infantil, contenido xenófobo y contenido protegido por derechos de autor. Existe un riesgo real de que la gran cantidad de leyes y normas no vinculantes generen tanta complejidad que a las empresas más pequeñas y a los nuevos participantes les resulte imposible cumplirlas, y a las autoridades, aplicarlas. La solicitud de normas sectoriales específicas también ignora el hecho de que los ciudadanos y los consumidores tienen la expectativa legítima de que, en gran parte, en el ámbito económico y estatal, se apliquen normas similares a los distintos sectores y actividades. Pedir normas mejores y más focalizadas y al mismo tiempo criticar el "sinfín" de normas también es una estrategia clave de las plataformas para minar la credibilidad del proceso democrático.⁹⁶

Además, la proliferación de normas en ámbitos jurídicos distintos es contraria a la naturaleza integrada del ecosistema de plataformas y a la tendencia de convergencia de mercados y servicios digitales que se observa desde hace tiempo. Ya en 1997, la Comisión Europea señaló que estaban convergiendo los servicios a los que se aplicaban distintas normas sobre telecomunicaciones, medios audiovisuales y comercio electrónico.⁹⁷ No obstante, a pesar de los llamamientos para simplificar el marco reglamentario y ofrecer una normativa más global para el entorno digital⁹⁸, las leyes adoptadas recientemente no parecen contribuir mucho a ello.

RECUADRO 5: LA CONVERGENCIA DE LOS SERVICIOS DIGITALES

Un vídeo puede transmitirse por televisión y estar sujeto a normas estrictas sobre servicios de comunicación audiovisual, o puede transmitirse en la Web, donde solo se aplican normas de comercio electrónico más laxas. Asimismo, un mensaje de texto (SMS) está sujeto a normas más estrictas que un mensaje idéntico enviado a través de un servicio de Internet (WhatsApp, Facebook Messenger). Las revisiones de las normas sobre telecomunicaciones y medios de comunicación solo abordan este problema de forma limitada.

Si la UE desea que las plataformas asuman más responsabilidad debe revisar las normas horizontales de la Directiva de comercio electrónico, de forma que se considere seriamente el poder de las grandes plataformas y se reconozca su influencia sobre el entorno informativo. Esto equivale a lo que algunos han llamado "constitucionalismo digital", es decir, garantizar que en la esfera pública que supervisan grandes plataformas en línea se apliquen los valores del Estado de Derecho, en vez de los del derecho privado.⁹⁹



95 Carta abierta, "Academics against Press Publishers' Right: 169 European Academics warn against it", 24 de abril de 2018 (https://www.ivir.nl/publicaties/download/Academics_Against_Press_Publishers_Right.pdf).

96 Paul Nemitz y Matthias Pfeffer: "Prinzip Mensch – Macht, Freiheit und Demokratie im Zeitalter der Künstlichen Intelligenz", 2020;

97 Comisión Europea, "Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation. Towards an Information Society Approach", COM(97)623.

98 Alexandre De Streel y Pierre Larouche (2016): "An Integrated Regulatory Framework for Digital Networks and Services", Informe sobre política del CERRE, 27 de enero.

99 Nicolas Suzor (2018): "Digital Constitutionalism. Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms", *Social Media & Society* 4.

Figura 5: Acerca de las plataformas, los intermediarios, los mercados en línea y más: leyes recientes que afectan a las plataformas

AREA	LAW	DEFINITIONS AFFECTING ONLINE PLATFORMS	APPLICATION DATE
LAWS RECENTLY ADOPTED			
Data protection	General Data Protection Regulation (Regulation 2016/679)	Data processor Data controller	May 2018
Cybersecurity	Directive on Security of Network and Information Systems (Regulation 2016/1148)	Digital service (online marketplace, search engine, cloud computing)	May 2018
Internal market	Geo-blocking Regulation (Regulation 2018/302)	Electronically supplied service	December 2018
Internal market / competition	Platforms-to-Business Regulation (Regulation 2019/1150)	Online intermediary service Online search engine	July 2020
Content	Audiovisual Media Services Directive (Directive 2018/1808)	Video-sharing platform service	September 2020
Telecoms	European Electronic Communications Code (Directive 2018/1972)	Number-based independent interpersonal communications service Number-independent interpersonal communications service	December 2020
Copyright	Copyright in the Digital Single Market Directive (Directive 2019/790)	Online content-sharing service provider Information society service provider	June 2021
Consumer protection	Directive contracts for digital content and services (Directive 2019/770)	Digital service Digital content	January 2022
Consumer protection	Directive on enforcement of consumer protection (Directive 2019/2161)	Online marketplace	May 2022
LAWS STILL BEING NEGOTIATED			
Telecoms/data protection	E-Privacy Regulation (COM(2017)010)	Electronic communications network	
Content	Terrorist Content Regulation (COM(2018)640)	Hosting service provider	
Cybersecurity	Directive on a high common level of cybersecurity (COM(2020)823)	Cloud computing service provider	
		Data centre service provider	
		Online marketplace	
		Social networking services platform	
		Content delivery network provider	
		Public electronic communications network provider	
Content / consumer protection	Digital Services Act (COM(2020)825)	Intermediary service	
		Hosting service provider	
		Online platform	
		Very large online platform	
Internal market / competition	Digital Markets Act (COM(2020)842)	Core platform service	
		Gatekeeper	

EL ACTUAL MARCO DE POLÍTICAS DE LA UE

NOTA SOBRE LA APLICACIÓN: EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

Las operaciones y los modelos de negocio de grandes plataformas en línea abarcan una variedad de sectores y están presentes en toda la UE. En consecuencia, incumben a distintas autoridades de reglamentación, desde autoridades de competencia y reguladores de medios de comunicación hasta autoridades de protección de datos, agencias de derecho del consumidor y entidades reguladoras de telecomunicaciones. Más aún, estos ámbitos de reglamentación en sí tienen un modelo de aplicación descentralizado, en el que cada una de las 27 autoridades nacionales actúa en gran parte de forma independiente. Esto supone un problema, pues las autoridades nacionales disponen de recursos y capacidades muy diferentes para garantizar el cumplimiento de la ley, así como diferentes actitudes. Ante tal maraña de responsabilidades de aplicación que se solapan, a las autoridades les resulta más difícil determinar cuándo se encuentran en mejor posición para actuar o si les compete.¹⁰⁰

Además, en un sistema de aplicación descentralizado, las empresas tienen un incentivo para llevar sus sedes al Estado miembro que tenga la normativa y el modelo de aplicación menos severos. En el campo digital, ese país es Irlanda, donde actualmente se encuentran las sedes de Apple, Twitter, Google, Facebook, LinkedIn, Airbnb, Uber, Microsoft, y Salesforce, por ejemplo.¹⁰¹ Todas estas son empresas de tecnología con operaciones en todo el mundo e inmensos recursos.

Como consecuencia, en la UE se producen cuellos de botella en la aplicación de la ley. Si bien esto está sucediendo en varias áreas, la falta de aplicación más llamativa probablemente se esté dando en lo relacionado con el Reglamento general de protección de datos (RGPD). Aunque el RGPD requiere que se limite al mínimo el uso de datos personales y hace que su tratamiento sea ilegal a menos que se apliquen ciertas condiciones, estos requisitos parecen infringirse continuamente sin consecuencias. Si el RGPD se aplicase

debidamente podría desempeñar un papel importante para controlar comportamientos abusivos de las plataformas en línea más grandes.

Factores culturales, deficiencias institucionales y lagunas de recursos

En lo relativo al RGPD, entre los organismos de aplicación existe una cultura generalizada de abstenerse de utilizar la capacidad disponible para aplicar la normativa de forma efectiva. Por ejemplo, al evaluar sus actuaciones en 2017, la Comisaria de información del Reino Unido manifestó lo siguiente:

"La imposición de sanciones siempre ha sido, y seguirá siendo, un último recurso. El año pasado (2016/2017) concluimos 17 300 casos. Puedo decir que 16 de ellos derivaron en multas para la organización implicada".¹⁰²

Como explica David Erdos,¹⁰³ esto supone menos de una multa por cada mil casos y deja a los titulares de los datos desamparados cuando se infringen sus derechos de protección de datos. Este desamparo resulta incomprensible dada la falta de cumplimiento generalizada que se sigue observando. Un ejemplo de esto, entre muchos, es el de los sitios web que de forma habitual transmiten datos confidenciales sobre diagnósticos médicos, medicamentos y síntomas a empresas de todo el mundo. A menudo esto supone una clara infracción del RGPD.¹⁰⁴

Esto constituye un problema porque la UE ha optado por un modelo descentralizado de aplicación, según el cual los países más indulgentes en cuanto a la aplicación también suelen tener las mayores responsabilidades de aplicación. La aplicación de las normativas de protección de datos depende de las autoridades de protección de datos del lugar en el que esté establecida la empresa. En el caso de las grandes plataformas en línea esos lugares son principalmente Irlanda y Luxemburgo, precisamente porque tienen regímenes de aplicación poco estrictos. Como consecuencia, aunque las autoridades de estos dos Estados miembros tienen comparativamente pocos

100 Jonathan Lewallen (2020): "Emerging technologies and problem definition uncertainty: The case of cybersecurity", *Regulation & Governance*.

101 Melanie Smith, ob. cit., pág. 22.

102 Information Commissioner's Office (2017): "Blog: GDPR – sorting the fact from the fiction", 9 de agosto (<https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/blog-gdpr-sorting-the-fact-from-the-fiction/>).

103 David Erdos (2020): "A-contextual and Ineffective? Reviewing the GDPR Two Years On – David Erdos", *Inform's Blog*, 5 de mayo (<https://inform.org/2020/05/05/acontextual-and-ineffective-reviewing-the-gdpr-two-years-on-david-erdos/>).

104 Privacy International (2019): "Your Mental Health on Sale. How Websites about Depression share Data with Advertisers and leak Depression Test Results", 3 de septiembre.

recursos conservan, no obstante, la responsabilidad de garantizar la protección de los datos de cientos de millones de ciudadanos europeos que manejan empresas tecnológicas de alcance mundial. Se trata de un desajuste flagrante. Las autoridades de protección de datos pueden adoptar medidas provisionales y urgentes cuando no actúan las autoridades competentes que tienen la responsabilidad de hacerlo; pero de momento no se ha recurrido a esa posibilidad.¹⁰⁵

El RGPD requiere una forma de coordinación entre las 27 autoridades nacionales de supervisión y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), y para ese fin se ha creado una institución específica: el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD). Este comité puede emitir directrices para ayudar a interpretar las disposiciones del RGPD y además tiene competencia para tomar decisiones vinculantes en disputas sobre el tratamiento transfronterizo de datos personales con la finalidad de garantizar que el reglamento se aplique de forma coherente en toda la UE. No obstante, no puede hacerse cargo de casos que competen a autoridades nacionales que no apliquen el reglamento. Esto supone una diferencia significativa con las normas de competencia de la UE, por ejemplo, dado que ahí la Comisión Europea sí tiene competencias con respecto a las autoridades nacionales.

Por último, muchas autoridades nacionales de protección de datos carecen de los recursos necesarios para llevar a cabo las tareas que se les exige cumplir. De hecho, se ha comunicado que la mitad de las autoridades de protección de datos de la UE trabajan con un presupuesto de menos de cinco millones de euros. Un informe del Comité Europeo de Protección de Datos señala que "aunque la mayoría de las 17 autoridades de control que contestaron indicaron que necesitarían aumentar sus presupuestos en entre un 30 y un 50 por ciento, casi ninguna de ellas recibió la cantidad solicitada. Hay algunos ejemplos extremos en los que esa necesidad asciende a cerca del 100 % o es exactamente ese porcentaje".¹⁰⁶

Estas observaciones son importantes porque hay quienes afirman que el RGPD ha fortalecido más la posición de las grandes empresas de datos y ha levantado barreras para la entrada de nuevas empresas, limitando así las posibilidades de crear sinergias de datos. Se ha afirmado que los desincentivos del RGPD a recopilar y combinar datos de distintas fuentes hacen que a los nuevos participantes les resulte difícil competir con las grandes empresas tecnológicas que ya han acumulado grandes cantidades de datos.¹⁰⁷ Mientras tanto, el papel que sigue desempeñando el consentimiento individual no tiene en cuenta las diferencias de poder que hay entre las grandes plataformas en línea y los usuarios individuales.¹⁰⁸

No obstante, estas afirmaciones ignoran el hecho de que hasta ahora las grandes plataformas se han beneficiado de la aplicación deficiente de los reglamentos de protección de datos. Han ganado poder en el mercado principalmente con modelos de negocio que eran ilegales en virtud de las antiguas normas de protección de datos y los reglamentos actuales de la UE. Por tanto, una aplicación más estricta, en primer lugar para los principales agentes de recopilación y tratamiento de datos, ayudaría a reducir la posición de poder que han logrado esos operadores con modelos de negocio ilegales. En todo caso, la legislación se introdujo demasiado tarde, pues ha pasado una década desde que las empresas empezaron a recoger datos personales, lo que significa que los nuevos participantes ahora están en desventaja. Cuando ya se ha creado un modelo de negocio y toda una infraestructura alrededor de la recopilación de datos personales es muy difícil cambiar el rumbo.

105 Comisión Europea (2020): "Staff Working Document accompanying the Communication 'Data protection rules as a pillar of citizens empowerment and EU's approach to digital transition. Two years of application of the General Data Protection Regulation'", SWD/2020/115.

106 Comité Europeo de Protección de Datos (2019): "First overview on the implementation of the GDPR and the roles and means of the national supervisory authorities", 26 de febrero (https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2019/02-25/9_EDPB_report_EN.pdf), pág. 7.

107 Michal S. Gal y Oshrit Aviv: "The Competitive Effects of the GDPR", *Journal of Competition and Economics* (próxima publicación).

108 Elettra Bietti: "Consent as a Free Pass: Platform Power and the Limits of the Informational Turn", *Pace Law Review* 40.

RECUADRO 6: INVESTIGACIÓN DE LA INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE DEL REINO UNIDO EN EL SECTOR DE LA TECNOLOGÍA DE PUBLICIDAD

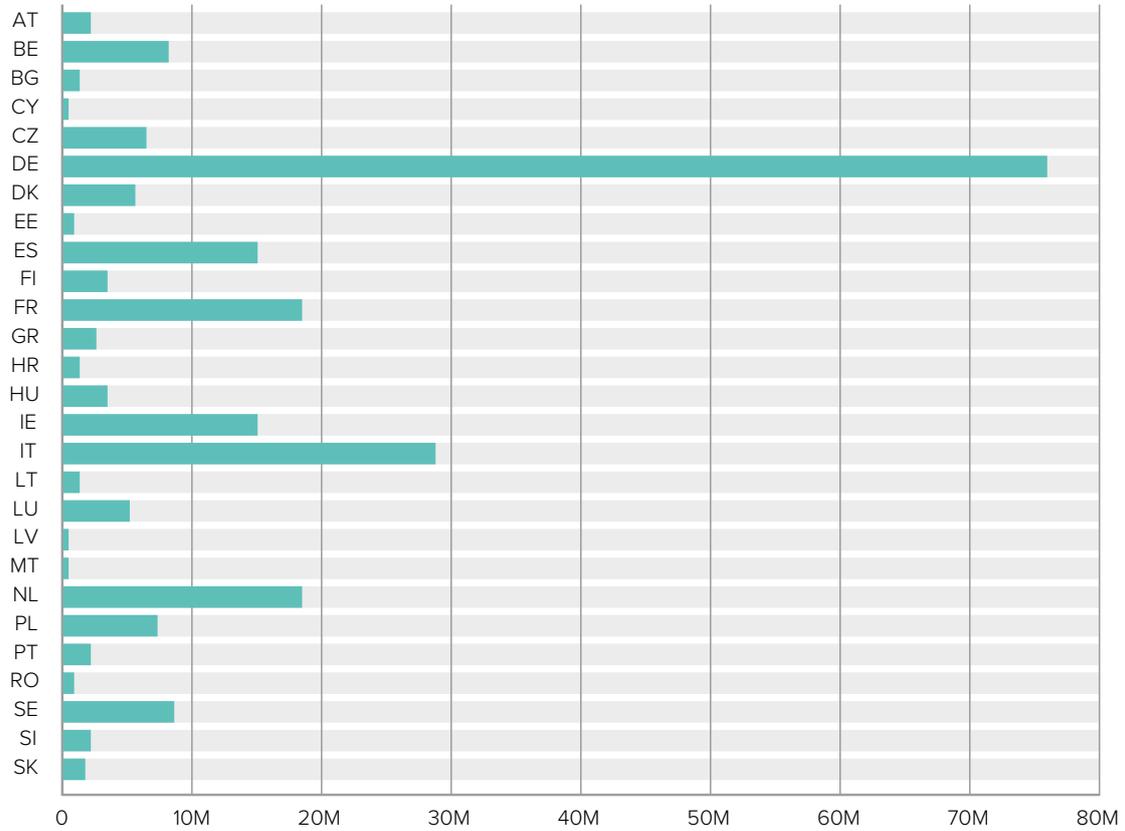
"Los perfiles que se crean sobre las personas son extremadamente detallados y se transmiten de forma repetida a cientos de organizaciones cuando lo solicitan, todo esto sin el conocimiento de la persona"¹⁰⁹. En un informe de 2019 sobre publicidad en línea, la autoridad de protección de datos del Reino Unido concluye que el sistema funciona en torno al uso ilegal de datos personales. Y, sin embargo, aún no se han tomado medidas coercitivas como consecuencia.

Por último, la aplicación de los reglamentos no reconoce de modo suficiente la importancia de la escala. Muchas infracciones de la privacidad y la autonomía de los ciudadanos son imputables a poderosas plataformas en línea, las cuales imponen elevados costes de cambio al dificultar la portabilidad de datos e impedir la interoperabilidad con otros servicios y que han estado involucradas en numerosos casos de filtración de datos y abusos. Hay numerosos perjuicios derivados del tratamiento de datos que se relacionan con la influencia ejercida sobre grupos de personas en base a datos agregados, y esto es posible cuando los datos están en manos de unas pocas empresas.¹¹⁰ En otras palabras, con frecuencia los perjuicios son mayores cuanto mayor es la escala y esto debería tenerse en cuenta al elaborar una estrategia de aplicación que dé prioridad a las grandes operadoras.

109 Information Commissioner's Office (2019): "Update report into adtech and real time bidding", 20 de junio (<https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906-df191220.pdf>), pág. 23.

110 Michal S. Gal (2020): "Competitive effects of the GDPR", pág. 33; Martin Tisné (2020): "The Data Delusion: Protecting Individual Data Isn't Enough When The Harm is Collective", Cyber Policy Center Stanford University, julio (véase aquí).

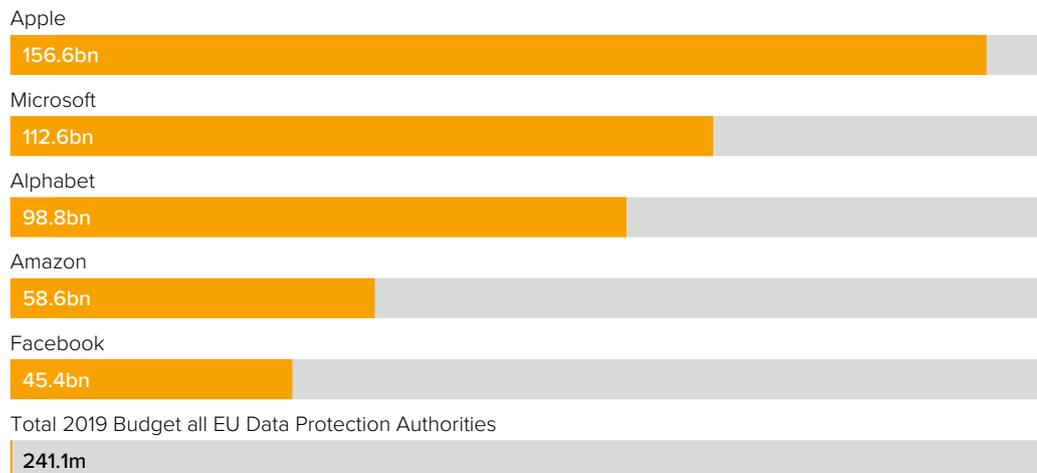
Figura 6: Diferencias en los presupuestos de las autoridades de protección de datos de la UE



European Data Protection Authorities' budgets for 2019

Chart: Elaboration by author - Source: European Commission Staff Working Document SWD/2020/115

Figure 7: El efectivo en mano de las grandes empresas tecnológicas frente a los recursos de las autoridades de protección de datos



Microsoft's figure is based on Q1 2020; Facebook's figure is based on Q3 2020

Chart: author elaboration - Source: The companies' quarterly financial statements

GUARDIANES DE ACCESO: PROGRAMA DE ACTUACIÓN

INTERNET COMO INFRAESTRUCTURA

La crisis de la covid-19 ha puesto de relieve, una vez más, que las grandes plataformas funcionan como infraestructura social y económica esencial. A los vendedores en línea les resulta difícil evitar la interacción con Amazon, a los ciudadanos, con el ecosistema de redes sociales de Facebook, y todos dependemos de Google para encontrar lo que buscamos y que nos encuentren en línea.

Como se ha señalado en apartados anteriores, se puede establecer una relación directa entre la falta de inversión en servicios web por parte de las autoridades públicas a partir de finales de la década de 1990 y la marcada ambivalencia que reina en Internet hoy en día. Por tanto, la UE no debería resignarse a la situación actual, en la que un puñado de empresas fijan las reglas en Internet, por el contrario, debería invertir en crear espacios públicos en línea que funcionen con una lógica distinta a la de la recopilación de datos, la publicidad conductual y sus corrosivas consecuencias. Es poco probable que la tecnología incremente la igualdad, la libertad y la democracia si no hay instituciones sólidas y una acción colectiva.

En el caso de los medios de comunicación y las tecnologías de información anteriores –como la televisión, los servicios postales y los libros–, las autoridades públicas actuaron no solo estableciendo normas, no solo disolviendo empresas (aunque también hicieron eso), sino a través de la inversión y la creación de nuevas instituciones, como la BBC, las compañías nacionales de servicios postales y las bibliotecas públicas, con la finalidad de prestar un servicio público esencial. Hoy en día ese tipo de actuación podría, por ejemplo, adoptar la forma de una plataforma televisiva europea con noticias políticas y documentales de radiodifusores y otros medios de comunicación dentro de una plataforma común de búsqueda y con subtitulación automática en todos los idiomas de la UE.

RECUADRO 7: LAS INVERSIONES DE LA UE EN EL ÁMBITO DIGITAL

En su discurso sobre el Estado de la Unión, la presidenta de la Comisión Europea, Ursula Von Der Leyen, anunció, con el respaldo de los líderes europeos, que el 20 % del fondo de recuperación y resiliencia NextGenerationEU, de 750 mil millones de euros, se destinará al ámbito digital. Esto supone aproximadamente 150 mil millones de euros. Además, el presupuesto a largo plazo de la UE para 2021-2027 contempla 132,8 mil millones de euros en el apartado de "mercado único, innovación y economía digital". Esta oportunidad no debe desperdiciarse empleando esos recursos en proyectos locales fragmentados en toda la UE. ¿Cuál es el objetivo a largo plazo aquí?

Además, la UE debería facilitar la creación de otros modelos de negocio en línea que no dependan de la vigilancia. Por supuesto, la infraestructura digital es material y requiere de tiempo y dinero para su construcción y mantenimiento. Ese es también el caso de la creación de contenido de calidad. Ahora bien, el actual sistema basado en publicidad no es gratuito; los ciudadanos pagan con su privacidad, su tiempo y su esfuerzo. Por todo esto, ha llegado el momento de discutir y sopesar los pros y los contras, y de dejar margen para nuevos modelos de negocio que tengan menos costes externos para las comunidades locales, los ciudadanos, los trabajadores y la democracia. Se están emprendiendo iniciativas para crear nuevas formas de monetizar el contenido en línea sin tener que depender de intermediarios, como las plataformas de pago.¹¹¹

¹¹¹ TechCrunch (2019): "\$100M Grant for the Web fund aims to jump-start a new way to pay online", 16 de septiembre (<https://techcrunch.com/2019/09/16/100m-grant-for-the-web-fund-aims-to-jump-start-a-new-way-to-pay-online/>).

Es importante que la UE tenga esto en cuenta en su política digital a fin de dejar margen para modelos alternativos y beneficiar a la sociedad civil. Por ejemplo, la Comisión Europea debería evaluar los posibles efectos de la legislación propuesta en las estructuras de poder actuales. ¿Es la legislación más adecuada para objetar y reducir el poder de estas estructuras o consolida dicho poder? ¿Se tienen en cuenta nuevos modelos de negocio, como los de organizaciones sin fines de lucro?

RECUADRO 8: EL COSTO DE VIGILANCIA

Según Brave, "el usuario promedio de un navegador móvil paga hasta 23 dólares al mes por la descarga de anuncios y rastreadores, es decir, 276 dólares al año".¹¹² En el contexto de la UE incluso si el gasto fuese solo una pequeña parte de eso sumaría miles de millones de euros al año.

Es importante sostener un debate sobre los valores que debería reflejar nuestro ecosistema digital porque la lógica de vigilancia que promueven las grandes plataformas se está extendiendo a una variedad de sectores y los efectos tóxicos que genera en la esfera pública socava la capacidad de las democracias para alcanzar un consenso informado sobre cómo avanzar.

RECUADRO 9: UNA NUEVA ARQUITECTURA PARA LA WEB

El inventor de la World Wide Web, Tim Berners-Lee, quiere promover una nueva arquitectura para la web, Solid, que permitiría a los usuarios mantener el control sobre sus datos. Le preocupa el hecho de que las poderosas empresas tecnológicas han subvertido la naturaleza abierta y colaborativa de la Web y quiere restablecerla.¹¹³

GUARDIANES DE ACCESO: REGLAS SENCILLAS Y ASIMÉTRICAS

Dado el papel crucial que desempeñan las grandes plataformas en el entorno en línea actual hay mucho que aplaudir en los planes de la UE sobre un régimen regulador especial para los guardianes de acceso en línea. Las iniciativas de reglamentación deben apuntar al objetivo apropiado: las empresas que controlan la experiencia de los ciudadanos y las empresas en Internet, y cuyas acciones repercuten en toda la sociedad.

En virtud de la ley de competencia de la UE, las empresas dominantes ya tienen una responsabilidad especial para no falsear la competencia, y revisiones recientes de normativas sobre derechos de autor y medios de comunicación audiovisual también tienen en cuenta la escala. Este principio de reglamentación asimétrica debe aceptarse y ser la piedra angular de un nuevo régimen regulador *ex ante* para guardianes de acceso en línea. Un marco jurídico de esas características también evitaría una pesada carga para las pequeñas empresas en relación con el cumplimiento normativo, que podría incrementar aún más las diferencias de poder. Cualquier umbral preciso que se establezca para definir los guardianes de acceso es necesariamente arbitrario, por lo que la UE podría combinar varios criterios, desde el número de usuarios activos al mes y la capacidad para retenerlos hasta la solidez financiera. Esto evitaría una evaluación demasiado mecánica. En cualquier caso, la definición no debería basarse principalmente en un cálculo de la cuota de mercado.

Toda nueva ley debería incluir normas que limiten las prácticas generalizadas contrarias a la competencia que utilizan los guardianes de acceso para favorecer sus propios productos y servicios, como el autofavorecimiento, la vinculación, la venta por paquetes y el uso estratégico de datos de los competidores. Además de regular el comportamiento de los guardianes de acceso, la UE debería tener la capacidad de intervenir en los mercados para regular las fuentes de poder de los guardianes de acceso en mercados existentes, como las redes sociales y la publicidad digital, así como en mercados nuevos y emergentes que corren el riesgo de monopolizarse. Esto incluiría la posibilidad de exigir a los guardianes de acceso que compartan ciertos tipos de datos o que garanticen la interoperabilidad.

¹¹² Según se cita en Maurice E. Stucke y Ariel Ezrachi (2020): "Competition Overdose. How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants", Nueva York: HarperCollins.

¹¹³ Financial Times (2020): "NHS signs up for Tim Berners-Lee pilot to reinvent web", 9 de noviembre (<https://www.ft.com/content/01480644-3ca3-486e-907d-4abf8aac1719>).

GUARDIANES DE ACCESO: PROGRAMA DE ACTUACIÓN

Más importante aún, un nuevo régimen solo será eficaz si va acompañado de un sistema de aplicación específico, sólido y centralizado, adecuado al tamaño y la dinámica de las plataformas en línea más grandes. En 2019 se filtró una nota de la Comisión Europea según la cual "no hay un "regulador de plataformas" específico en la UE que pudiese ejercer la supervisión y aplicación efectivas en áreas como la moderación de contenidos y la transparencia de la publicidad". En la misma nota se decía que "a día de hoy muchos de los reguladores actuales no tienen las capacidades digitales necesarias para interactuar con las plataformas en línea". Después concluía que "además de la supervisión costosa, lenta y potencialmente contradictoria ejercida por distintos reguladores sectoriales, una de las consecuencias es que muchas decisiones de interés público que deberían tomar autoridades públicas independientes ahora se delegan en plataformas en línea sin la supervisión adecuada y necesaria".¹¹⁴ Esto coincide con la evaluación realizada por la Cámara de los Lores del Reino Unido, que hizo un llamamiento para que un nuevo organismo del país, la "Autoridad digital", coordinase a los reguladores en la esfera digital.¹¹⁵

Al imponer obligaciones de intercambio de datos o interoperabilidad a los guardianes de acceso hay riesgos y desventajas relacionados con la innovación, la protección de datos y la ciberseguridad.¹¹⁶ Por tanto, es importante que el regulador competente disponga de un mandato amplio, los conocimientos necesarios y acceso a la información pertinente a fin de emitir juicios bien fundamentados que tengan en cuenta los diferentes valores. Esta es una razón más por la que el marco jurídico no solo debería tener el objetivo de promover la competencia, sino también de reflejar preocupaciones más generales sobre derechos fundamentales y la protección del consumidor, que inevitablemente están en juego.

RECUADRO 10: LA INTEROPERABILIDAD ENTRE LAS REDES SOCIALES

La Autoridad de competencia y mercados del Reino Unido considera que a Facebook se le debería exigir ofrecer al menos una forma limitada de interoperabilidad, como permitir a los usuarios que inviten a sus amigos de Facebook a unirse a otra red social o compartir contenidos de otras aplicaciones en Facebook.¹¹⁷

También se han hecho sugerencias encaminadas a establecer una cooperación más sólida entre reguladores existentes de distintos sectores a fin de hacer frente al solapamiento cada vez mayor de leyes que son pertinentes a plataformas en línea.¹¹⁸ En efecto, las autoridades nacionales encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley parecen estar teniendo en cuenta más que su legislación sectorial, pero aún no hay una ejecución coherente.¹¹⁹ Dicha ejecución conjunta en todos los sectores podría adoptar la forma de un metarregulador que reuniese a distintas redes para facilitar la acción coordinada. Dicho metarregulador consistiría en un grupo de expertos y en un conjunto de procedimientos que permitiría no solo el establecimiento de contactos o la coordinación, sino también la toma de decisiones conjunta entre distintos grupos de reguladores nacionales y regionales.¹²⁰

114 Comisión Europea (2019): Dirección General, Redes de comunicación, contenido y tecnologías, nota sobre la regulación de las plataformas en línea (<https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2019/07/Digital-Services-Act-note-DG-Connect-June-2019.pdf>).

115 House of Lords (2019): Select Committee on Communications, "Regulating in a digital world", 9 de marzo (véase aquí).

116 Véase, por ejemplo, Ian Brown (2020): "Interoperability as a tool for competition regulation", OpenForum Academy (https://openforumeurope.org/wp-content/uploads/2020/11/Ian_Brown_Interoperability_for_competition_regulation.pdf).

117 Competition and Markets Authority (2020): "Online platforms and digital advertising", Informe final de estudio de mercado, 1 de julio.

118 Catalina Goanta señala las redundancias en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual y la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, en "Children on Social Media A Comparison of COPPA and the Revised AVMSD", TTLF Working Papers, págs. 13-14 (próxima publicación).

119 Inge Graef, Damian Clifford y Peggy Valcke (2018): "Fairness and enforcement: bridging competition, data protection, and consumer law", *International Data Privacy Law* 8, págs. 200-223.

120 Ben Wagner y Carolina Ferro (2020): "Governance of Digitalization in Europe. A Contribution to the Exploration Shaping Digital Policy – Towards a Fair Digital Society?", Bertelsmann Stiftung, mayo.

CONTENIDO, INFORMACIÓN Y DEMOCRACIA

Básicamente, la UE no debería aceptar que unas pocas empresas privadas ostenten tanto poder de influencia sobre la opinión pública. No obstante, ahora mismo, la UE debería reconocer que las grandes plataformas han creado una esfera pública automatizada y que, a través de sus condiciones de servicio, determinan el modo en que los ciudadanos ejercen sus derechos en Internet. A fin de forzar a las plataformas a, cuando menos, hacerlo de forma responsable, la UE debería cambiar bastante esa postura no intervencionista asumida en la Directiva sobre comercio electrónico y ofrecer coherencia en relación con las distintas leyes que ha adoptado para distintos tipos de contenido ilegal. Los nuevos reglamentos deberían ofrecer un conjunto sencillo de normas que garanticen que los intermediarios de contenido más grandes operen sus plataformas de conformidad con el Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

No cabe duda de que muchas grandes plataformas, como Facebook y YouTube, utilizan, con fines comerciales, sistemas de reconocimiento de contenido para determinar lo que publican los usuarios y lo que ve el público. Si las plataformas hacen eso, no resulta descabellado exigirles que también utilicen esos sistemas en beneficio del interés público. Específicamente, esto significaría que en el caso de contenidos delictivos evidentes, como la porno-

grafía infantil y contenido relacionado con el terrorismo, las plataformas en línea más grandes –que tienen una función de control de acceso sobre la esfera pública– deberían retirarlos de forma automática y proactiva, sin que sea necesario un aviso previo por parte de una autoridad externa o un tribunal. Tales sistemas automáticos no son perfectos y la eliminación automática de ese tipo de contenido siempre debería estar sujeta a revisiones llevadas a cabo por personas.¹²¹

Es necesario aclarar que esto no involucraría la carga de filtros, sino exigir a las empresas que ya los utilizan para fines comerciales que los empleen también en beneficio del interés público para proteger a los niños en vez de para envenenar el discurso público con contenido claramente delictivo. El énfasis aquí está en "claramente", lo que significa que, en caso de duda, las plataformas no estarían en la obligación de retirarlo. Mientras que, en relación con los derechos de autor, las plataformas tienen un incentivo para retirar contenidos presuntamente ilegales pues ganan miles de millones con la publicidad de los titulares de contenidos en música y películas, tales incentivos no existen en relación con discursos que no sean claramente delictivos. Al fin y al cabo, el modelo de negocio de las plataformas se alimenta del escándalo y la agresión, y los discursos agresivos que están por debajo del umbral de las amenazas a una persona, las difamaciones y discursos de odio no son ilegales.

Figura 8: Facebook ya hace un seguimiento de las imágenes que se cargan en su plataforma y las etiqueta



Photo: Shutterstock

¹²¹ En relación con los riesgos, véase Robert Gorwa, Reuben Binns y Christian Katzenbach (2020): "Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance", *Big Data & Society* 7.

GUARDIANES DE ACCESO: PROGRAMA DE ACTUACIÓN

A fin de evitar reforzar la influencia de las grandes plataformas sobre el ejercicio de la libertad de expresión de los ciudadanos, estos deberían tener la capacidad de impugnar toda decisión de eliminar contenidos frente a un organismo independiente de resolución de disputas financiado por las plataformas en línea. La UE debería estipular en una ley las garantías procedimentales principales y los aspectos procedimentales de las notificaciones de contenidos ilegales y su eliminación, teniendo muy en cuenta los diferentes tamaños de los distintos actores. Preferiblemente, esto debería regularse con un reglamento para evitar la fragmentación dentro de la UE.

Además, la UE debería exigir mucha más transparencia en los mercados de publicidad en línea y permitir que se lleven a cabo estudios independientes. Si los escépticos con respecto a la efectividad de la publicidad conductual están en lo correcto, la burbuja quedará expuesta y explotará, lo que forzará una transición a otros modelos de negocio. Por otro lado, si los estudios demuestran que los anuncios programáticos son efectivos, este conocimiento podría abrir el camino a medidas más estrictas, como la restricción completa de la publicidad conductual. En cualquier caso, es evidente que el sector de la publicidad personalizada depende de infracciones a gran escala del Reglamento general de protección de datos (RGPD). Al reforzar la aplicación del RGPD las autoridades podrán acelerar la transición a otros modelos de negocio en línea.

En crisis anteriores, con la llegada de nuevas tecnologías de comunicación, como la radio y la televisión, la respuesta de los órganos legisladores fue financiar nuevas fuentes de medios de comunicación de alta calidad y crear leyes de propiedad de medios de comunicación para impedir que los monopolios que ya existían no llevaran su posición dominante también a los nuevos medios.¹²² Esta es una posibilidad importante que la UE debería explorar. En Alemania, el Tratado interestatal de medios de comunicación que se aprobó en diciembre de 2019 contiene elementos interesantes que apuntan en esa dirección. Por ejemplo, exige más transparencia en los algoritmos empleados por las plataformas de redes sociales, y puede imponer condiciones a su operación para garantizar que se pueda ver contenido periodístico. Además, un informe consultivo redactado en 2019 para la Comisión Europea ya recomendó obligar a las plataformas en línea que seleccionan y recomiendan contenido en base a algoritmos a mostrar también contenido de interés público.¹²³

122 Chris Marsden, Trisha Meyer e Ian Brown (2020): "Platform values and democratic elections: How can the law regulate digital disinformation?", *Computer Law & Security Review* 36.

123 Guillaume Klossa (2019): "Towards European Media Sovereignty. An Industrial Media Strategy to leverage Data, Algorithms and Artificial Intelligence", Informe de Guillaume Klossa, asesor especial del Vicepresidente de la Comisión Europea Andrus Ansip, pág. 74.

INFORME SOBRE POLÍTICA PUBLICADO EN ENERO DE 2021 POR:

FEPS
FOUNDATION FOR EUROPEAN
PROGRESSIVE STUDIES



Copyright © 2021 de FEPS