



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS GRANDES PLATAFORMAS DIGITALES

**AS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS DAS GRANDES
PLATAFORMAS DIXITAIS**

**ANTICOMPETITIVE BEHAVIOR OF THE BIG DIGITAL
PLATFORMS**

TRABAJO FIN DE MÁSTER
MÁSTER DE LA ABOGACÍA
CURSO ACADÉMICO 2021/2022

ALUMNA: ANA DÍAZ ARIAS

TUTOR: FERNANDO CACHAFEIRO GARCÍA

31 de enero de 2022

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN	4
2. GUARDIÁN DE ACCESO	5
2.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES.....	5
2.2 PROPUESTA DE DESIGNACIÓN DE GUARDIÁN DE ACCESO	6
3. MECANISMOS DE CONTROL Y SANCIONES	8
4. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES.....	9
5. BASE JURÍDICA DEL RMD Y EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO.....	9
5.1 POSICIÓN DOMINANTE	10
5.2 ABUSO.....	11
6. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE GUARDIANES DE ACCESO.....	12
6.1 ABUSO EN RELACIÓN A ANUNCIANTES Y EDITORES.....	12
6.1.1 PROBLEMA	12
6.1.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA	13
6.1.2.1 Google AdSense.....	13
6.1.2.2 Google y sus servicios Adtech	14
6.1.3 PROPUESTA DE SOLUCIÓN	15
6.2 AUTOPREFERENCIA	16
6.2.1 PROBLEMA	16
6.2.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA	17
6.2.2.1 Caso Google Shopping.....	17
6.2.2.1.1 Decisión de la Comisión Europea	17
6.2.2.1.2 Sentencia del Tribunal General de la UE	18
6.2.2.2 Buy Box de Amazon	20
6.2.3 POSIBLE SOLUCIÓN	20
6.3 VINCULACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS.....	21
6.3.1 PROBLEMA	21
6.3.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA	22
6.3.2.1 Caso Microsoft	22
6.3.2.2 Caso Google Android.....	23
6.3.3 POSIBLE SOLUCIÓN	26

6.4 COMISIONES ABUSIVAS	27
6.4.1 PROBLEMA	27
6.4.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA	27
6.4.2.1 Caso Apple y aplicaciones de reproducción de música en streaming.....	27
6.4.2.2 Caso Apple c. Epic Games	28
6.4.3 POSIBLE SOLUCIÓN	29
6.5 ABUSOS RELACIONADOS CON LOS DATOS	29
6.5.1 PROBLEMA	29
6.5.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA	31
6.5.2.1 Caso Amazon Marketplace	31
6.5.2.2 Google Adtech y uso de datos.....	31
6.5.2.3 Facebook Marketplace	32
6.5.3 POSIBLE SOLUCIÓN	33
6.6 CLÁUSULAS DE PARIDAD DE PRECIOS.....	34
6.6.1 PROBLEMA	34
6.6.2 AUTORIDAD COMPETENCIA.....	36
6.6.2.1 Libros electrónicos	37
6.6.3 POSIBLE SOLUCIÓN	38
6.7 CONCENTRACIONES	38
6.7.1 PROBLEMA	38
6.7.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA	41
6.7.2.1 Facebook/Whatsapp	41
6.7.2.2 Apple/Shazam:	41
6.7.3 POSIBLE SOLUCIÓN	42
7. CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	48
DECISIONES Y RESOLUCIONES DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA	52
APÉNDICE LEGISLATIVO Y NORMATIVO.....	53
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	54

ABREVIATURAS

AMD: Advanced Micro Devices

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

EEE: Espacio Económico Europeo

GAFSA: Google, Amazon, Facebook y Apple

MFN: Most Favored Nation

RCC: Reglamento Comunitario de Concentraciones

RMD: Reglamento de Mercados Digitales

STGUE: Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

PYMES: Pequeñas y Medianas Empresas

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

1. INTRODUCCIÓN

Las grandes plataformas digitales han alcanzado una gran presencia en nuestro día a día y una posición de dominio en los mercados digitales, de la cual abusan con determinadas conductas, lo que genera serios problemas para el Derecho de la Competencia europeo. Por este motivo, tiene interés conocer cuáles son estos problemas, como los ha abordado la Comisión Europea en los últimos años con sanciones millonarias y como pretende abordarlos a partir de ahora con su Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales. La propuesta de Reglamento de Mercados Digitales tiene una gran trascendencia para este tema porque precisamente va a regular las conductas anticompetitivas de las plataformas objeto del presente trabajo, y va a reconfigura la normativa en materia de Derecho de la Competencia y la actividad de los mercados digitales en la Unión Europea.

El objetivo del presente trabajo es explicar las conductas anticompetitivas de las grandes plataformas en los mercados digitales que tienen una gran importancia desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Con la finalidad de alcanzar este objetivo, habrá que estudiar los problemas relacionados con el Derecho de la Competencia que crean estas conductas, centrándose en el abuso de posición dominante. Analizar las decisiones e investigaciones de la Comisión Europea sobre estas conductas. Conocer como pretende abordar estos problemas la Comisión Europea a través de una aproximación a la propuesta de Reglamento de Mercados Digitales, la cual se considera la respuesta a estos problemas.

Este trabajo comienza explicando el concepto y las características de las grandes plataformas digitales y cómo será su futura designación como guardianes de acceso. Posteriormente se explicarán los mecanismos de control, las sanciones y los objetivos de la propuesta de Reglamento de Mercados Digitales. Después se explicará cuando un guardián de acceso comete abuso de posición de dominio en líneas generales. A continuación se explicarán más en detalle las conductas anticompetitivas de los guardianes de acceso que constituyen abuso de posición de dominio, teniendo en cuenta el problema que supone cada una de ellas para el Derecho a la Competencia, los casos existentes que ha sancionado o está investigando la Comisión Europea para ejemplificar y concretar estos problemas, y por último proporcionar posibles soluciones a esos problemas teniendo en cuenta la propuesta de RMD y la doctrina. Posteriormente se analizarán las concentraciones de estas grandes plataformas, los problemas que han causado, como ha autorizado la Comisión Europea estas concentraciones y las posibles soluciones que se contemplan en la propuesta de Reglamento Mercados Digitales y la doctrina. Para terminar con las conclusiones sobre el trabajo.

2. GUARDIÁN DE ACCESO

2.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

Los guardianes de acceso o *gatekeepers* sirven de puerta de acceso o de “ *cuello de botella*”¹ entre usuarios profesionales y consumidores, y precisamente esta función como intermediarios es la que les ha permitido expandir y consolidar su poder en el mercado². En este sentido, la Comisión Europea destaca la situación de dependencia económica que muchos usuarios profesionales tienen con los *gatekeepers*, para comercializar sus productos y/o servicios,³ lo que puede dar lugar a que desarrollen prácticas anticompetitivas que perjudiquen a los usuarios profesionales.⁴

Como los guardianes de acceso son intermediarios entre usuarios profesionales y consumidores (mercado de dos lados), se benefician de fuertes efectos de red que pueden ser directos o indirectos. Por una parte, los efectos de red directos consisten en que cuantos más usuarios existen en uno de los lados del mercado, más se incrementa la utilidad de esa plataforma para ese grupo de usuarios. Por otra parte, los efectos de red indirectos consisten en que cuando aumenta el número de usuarios profesionales, aumenta también el número de usuarios finales, o viceversa⁵.

También son grandes plataformas que “ *disfrutan, o posiblemente disfrutarán, de una posición arraigada y duradera*”⁶. Estas grandes plataformas operan en varios mercados y pueden tener posición dominante en más de uno.⁷ Además, expanden su posición de dominio de un mercado a otros mercados conexos, formando ecosistemas que conllevan a la exclusión de competidores⁸. Los guardianes de acceso desarrollan “ *modelos de negocios que implican, precisamente, la recolección y uso comercial de datos, bien explotándolos directamente o bien cediéndolos a terceros*”, “ *facilitan transacciones o interacciones económicas entre diversas partes o usuarios finales, contando algunas de ellas con una cuota muy alta de usuarios en el sector de servicios en el que operan*”⁹.

¹ COMISIÓN EUROPEA. “Norma sobre mercados digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”. 23 de noviembre de 2021.

² VELASCO SAN PEDRO, L. A. “El papel del Derecho de la Competencia en la era digital”. *Revista de Estudios Europeos*. 2021, nº 78, p. 103.

³ Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento sobre Mercados Digitales, apartado 1, pp. 1 y s. En España, el art. 16 de la Ley de Competencia Desleal establece que el abuso de dependencia económica es un acto de competencia desleal.

⁴ MORALES BARCELÓ, J. “Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. 2021, nº 28, p. 2.

⁵ ALLENDESALAZAR, R. “Plataformas digitales y big data: retos para el Derecho de la Competencia; especial referencia al control de concentraciones”. En: RECUERDA GIRERLA, M. A. (dir). *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020. p. 413.

⁶ COMISIÓN EUROPEA. “Norma sobre mercados digitales: garantizar unos mercados digitales...”, cit.

⁷ RUIZ PERIS, J. I. “Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: la nueva propuesta europea de Digital Market Act”. En: MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. (dir). *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*. Valencia: Tirant, 2021. p. 32.

⁸ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”. En: ZURIMENDI ISLA, A. *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la Competencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 244.

⁹ HERRERO SUÁREZ, C. “Gigantismo empresarial en los mercados digitales. ¿Una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?”. *Revista de estudios europeo*. 2021, nº 78, p. 112.

2.2 PROPUESTA DE DESIGNACIÓN DE GUARDIÁN DE ACCESO

Con la aparición de las grandes plataformas digitales han surgido una serie de problemas para el Derecho de la Competencia en el mercado digital europeo, y la Propuesta de Reglamento de Mercados pretende ser la respuesta a estos problemas. El RMD no se aplicará a todos los servicios y operadores económicos en el mercado digital europeo, sólo a determinadas plataformas de tamaño significativo que cumplan una serie de requisitos que se explican a continuación, se les considerará guardianes de acceso.

En primer lugar, el art. 2.1 de la propia propuesta de RMD define al guardián de acceso como “*proveedor de servicios básicos de plataforma designado de conformidad con el artículo 3*”. La propuesta de RMD indica que son servicios básicos de plataforma “*servicios de intermediación en línea; motores de búsqueda en línea; servicios de redes sociales en línea; servicios de plataformas de intercambio de vídeos; servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; sistemas operativos; servicios de computación en nube; servicios de publicidad, incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por un proveedor de cualquiera de los servicios básicos de plataforma*”¹⁰. Posteriormente, el Parlamento Europeo ha añadido a esta lista los navegadores de Internet, los asistentes virtuales y la TV conectada¹¹. Esta lista de servicios es susceptible de generar dudas porque se limita a enumerar una serie de servicios, los cuales no se concretan lo suficiente y pueden dar lugar a la interpretación.

El art. 3 del RMD indica que para ser guardián de acceso, el proveedor de servicios básicos tiene que presentar tres condiciones y superar unos umbrales cuantitativos asociados a cada una de las siguientes condiciones. Los umbrales cuantitativos hacen referencia a los valores de capitalización bursátil, volumen de negocios y número de usuarios de estas grandes plataformas.

En primer lugar, tener “*repercusión significativa en el mercado interior*”, es decir, “*cuando la empresa a la que pertenece consiga un volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a 6500 millones EUR en los tres últimos ejercicios, o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la empresa a la que pertenece ascienda como mínimo a 65000 millones EUR en el último ejercicio, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.*”¹²

En segundo lugar, ser “*puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales*”. Se presume que cumple este requisito cuando “*cuenta con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales establecidos o situados en la Unión y más de 10 000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio económico.*”¹³.

En último lugar, tener “*una posición afianzada y duradera en sus operaciones o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo*”, se presumirá que cumple el requisito anteriormente expuesto en los tres últimos ejercicios¹⁴.

¹⁰ Art. 2.2 de la propuesta de RMD

¹¹ PARLAMENTO EUROPEO. “Digital Markets Act: ending unfair practices of big online platform”. 23 de noviembre de 2021.

¹² Art. 3.1 apartado a y 3.1 apartado 2 a la propuesta de RMD

¹³ Art. 3.1 apartado b y 3.1 apartado 2 b la propuesta de RMD

¹⁴ Art. 3.1 apartado c y 3.1 apartado 2 c de la propuesta de RMD

Por lo tanto, siempre que una plataforma digital cumpla estas condiciones señaladas tendrá que ser designada como guardián de acceso. Aunque la interpretación de estas condiciones y umbrales expuestos genera dudas porque puede resultar complejo calcular si se cumplen esos umbrales cuantitativos, y porque utiliza conceptos abiertos y/o susceptibles de interpretación individual. Pero además, se recoge la posibilidad de que la Comisión designe a una plataforma como guardián de acceso, a pesar de no cumplir con las condiciones y umbrales, analizando para ello una lista de criterios que resultan totalmente abiertos¹⁵. Por lo tanto, la designación de guardián de acceso puede convertirse en una decisión muy discrecional, y por eso, generar inseguridad jurídica al respecto.

Para la designación de guardián de acceso se propone un procedimiento en el que son las propias plataformas las que tienen que notificar el cumplimiento de estos requisitos, o de no hacerlo, podrá hacerlo la propia Comisión Europea¹⁶. Según el art. 3.4 del RMD, será la Comisión quién evalúe si se dan los requisitos para ser guardián de acceso¹⁷.

La principal consecuencia de que se designe a una plataforma como guardián de acceso, es que tiene 6 meses para cumplir las obligaciones y prohibiciones recogidas en los arts. 5 y 6 del RMD¹⁸. Como se podrá ver más adelante, la Comisión Europea se basó en las investigaciones y sanciones impuestas a los guardianes de acceso para la elaboración de este listado de obligaciones y prohibiciones. Por ejemplo, se sancionó a Google por abuso de posición dominante por autofavorecer su propia plataforma comparadora de precios Google Shopping, perjudicando gravemente a sus competidores, y la prohibición de este autofavorecimiento es una de las que se contempla. Entonces en base a la experiencia de la Comisión Europea, estas obligaciones y prohibiciones recogen conductas que se consideran *antitrust per se*, por lo que no se exigirá probar que son anticompetitivas cuando entre en vigor el RMD¹⁹. En principio todas estas obligaciones y prohibiciones se aplican a todos los *gatekeepers* pero en la práctica esto no es posible porque cada una de estas plataformas tiene un modelo de negocio distinto al de las demás. Dicho de otro modo, hay obligaciones genéricas que se aplicarán a todos los *gatekeepers*, sin embargo hay otras más específicas que no se podrán aplicar a todos²⁰. Como por ejemplo, la obligación de

¹⁵ MORALES BARCELÓ, J. “Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales...”, cit. p. 3. Estos criterios abiertos se recogen en el art. 3.6 de la propuesta de RMD, y se tratan del tamaño y posición, acceso a datos personales y no personales y su capacidad analítica, los efectos de escala, dependencia y cautividad de los usuarios, o las características estructurales del mercado.

¹⁶ Art. 3.3 de la propuesta de RMD. También se explica que estas grandes plataformas tendrán un plazo máximo de tres meses para comunicárselo a la Comisión Europea, desde el momento en que alguno de sus servicios básicos de plataforma cumplan con las condiciones, explicando cuáles de sus servicios básicos de plataforma cumplen esas condiciones y umbrales. Según el art. 3.4 del RMD, será la Comisión quién evalúe si se dan los requisitos para ser guardián de acceso.

¹⁷ Art. 4.1 de la propuesta del RMD: Esta designación podrá ser revisada por la Comisión Europea “*por si se ha producido algún cambio sustancial*”. Art. 4.2 de la propuesta de RMD también se contempla que la detección de nuevos guardianes de acceso en el mercado o la necesidad de incluir algún servicio básico de plataforma de un guardián de acceso en la lista que los recopila.

¹⁸ Art. 3.8 de la propuesta RMD

¹⁹ BOURREAU, M.; DE STREEL A. *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. 2019, p. 31. Existen unas excepciones en el RMD por las cuales no se aplicará una obligación a un guardián, cuando su aplicación sea desproporcionada y suponga un peligro para las operaciones del *gatekeeper* en la UE (art.8), por razones de interés público (art.9) y/o si se actualiza la lista y se elimina de la misma (art. 10).

²⁰ OCDE. *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*. 2021, p. 34.

proporcionar información a los anunciantes y editores, que sólo se podrá aplicar a los guardianes de acceso que presten servicios relacionados con la publicidad en línea.

3. MECANISMOS DE CONTROL Y SANCIONES

La Comisión Europea tiene potestad para investigar y solicitar información a empresas²¹, y tienen potestad sancionadora cuando se vulnere el Derecho de la competencia UE²². El art. 23 del Reglamento 1/ 2003, establece que para el cálculo de las multas se tienen en cuenta los criterios de gravedad y duración de la infracción, con el límite máximo del 10% del volumen de negocios²³. En virtud de estas competencias de la Comisión Europea, las prácticas de las *big tech* han sido investigadas y en algunos casos sancionadas con multas millonarias, como más adelante se expondrá en el este trabajo. La finalidad de estas sanciones es la de castigar y prevenir, de forma que no les salga económicamente rentable incumplir las normas, a pesar de que les impongan una multa²⁴.

Antes se ha mencionado que la propuesta de RMD contempla una serie de prohibiciones y obligaciones para las plataformas designadas como guardianes de acceso, las cuales serán estudiadas más adelante como posibles soluciones a los problemas generados por las conductas anticompetitivas de este tipo de plataformas²⁵. Ante el incumplimiento de alguna de estas obligaciones y prohibiciones, hay un régimen de multas previsto para ello, que se aplicará cuando la Comisión constate que un guardián de acceso incumple alguna de estas prohibiciones y obligaciones.²⁶ La Comisión Europea podrá imponerle “multas que no excedan del 10% [o de 1%²⁷] de su volumen de negocios total en el ejercicio financiero anterior”²⁸, teniendo en cuenta “la gravedad, la duración y la recurrencia”²⁹. También el artículo 25 del RMD habla de la posibilidad de imponer “multas coercitivas periódicas de hasta el 5% del promedio diario del volumen de negocios del ejercicio financiero anterior por día”. El art. 16 de la propuesta de RMD también contempla la imposición de medidas estructurales en caso de infracciones sistémicas de las obligaciones establecidas en el propio RMD³⁰.

²¹ La Comisión Europea tiene potestad para investigar conforme al art. 17 del Reglamento (CE) nº 1/2003, y puede solicitar la información que estime necesaria conforme al art. 18 del mismo Reglamento

²² Se contempla un régimen sancionador para la Comisión Europea con multas sancionadoras en el art. 23 y multas coercitivas en el art. 24 del Reglamento (CE) no 1/2003. El Reglamento 1/2003, basado en el art. 103 TFUE, otorga la facultad a la Comisión Europea de multar a las empresas cuando cometan infracciones en materia de competencia.

²³ La Comisión Europea elaboró las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003, en las que explica más pormenorizadamente los criterios para cuantificar las multas, pero la explicación del cálculo se excede del objeto del presente trabajo.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Multas por incumplir el Derecho de la Competencia*. 2011, p. 1.

²⁵ Ver apartados de “posible solución” en cada una de las conductas del epígrafe 6.

²⁶ Art. 25 de la propuesta de RMD

²⁷ Art. 26.2 de la propuesta de RMD

²⁸ Art. 26.1 de la propuesta de RMD

²⁹ Art. 26.3 de la propuesta de RMD

³⁰ Art. 16.1 propuesta RMD: “Cuando la investigación de mercado demuestre que un guardián de acceso ha infringido sistemáticamente las obligaciones establecidas en los artículos 5 y 6 y ha reforzado o ampliado aún más su posición de guardián de acceso en relación con las características previstas en el artículo 3, apartado 1, la Comisión podrá, mediante decisión adoptada de conformidad con el procedimiento consultivo contemplado en el artículo 32, apartado 4, imponer a dicho guardián de acceso cualquier medida correctora del comportamiento o estructural que sea proporcional a la infracción cometida y necesaria para garantizar el cumplimiento del presente Reglamento.”

El régimen sancionador tiene influencia de los regímenes sancionadores contemplados en los Reglamentos en vigor sobre Derecho de la Competencia, de los que existe una larga experiencia entorno a su aplicación. Aquí surge un problema, porque determinadas conductas de los guardianes de acceso pueden ser sancionadas conforme al RMD y simultáneamente conforme a otros preceptos de la normativa en materia de Derecho de la Competencia. El supuesto más evidente sería el del abuso de posición dominante del art. 102 del TFUE, porque la mayoría de las obligaciones y prohibiciones del RMD suponen un abuso de posición de dominio. Por lo tanto, es importante que se clarifique este asunto para que no se sancione dos veces la misma conducta³¹.

4. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES

El principal objetivo que se persigue con el RMD es garantizar una competencia efectiva en el mercado digital europeo. En este sentido, la Comisión Europea manifiesta la necesidad de “*normas comunes en todo el mercado único fomentarán la innovación, el crecimiento, y la competitividad, y facilitarán la expansión de las plataformas más pequeñas, las pequeñas y medianas empresas y las empresas emergentes*”³² y así incentivar que las nuevas y pequeñas empresas tengan opciones reales de competir con las grandes plataformas. Para conseguir poner fin a las prácticas que perjudican gravemente a PYMES y consumidores, el RMD establecerá reglas sobre lo que pueden y no pueden hacer las grandes plataformas nombradas guardianes³³.

La propuesta de RMD tiene la finalidad de ser una regulación ex ante para las prácticas anticompetitivas de los guardianes de acceso, que ayude a complementar la actual normativa en materia de competencia de la UE y de los Estados miembros. Además, con las obligaciones y prohibiciones del RMD se intentan reducir las barreras de entrada a los mercados digitales y las conductas excluyentes que practican estos guardianes³⁴.

5. BASE JURÍDICA DEL RMD Y EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Los artículos 101 y 102 del TFUE constituyen la base del derecho de la competencia en la Unión Europea. Las conductas prohibidas se pueden dividir entre acuerdos entre empresas (art. 101.1 TFUE) y de abuso de posición de dominio (art. 102 TFUE)³⁵. El artículo 102 TFUE no define que es la posición de dominio ni cuando se abusa de la misma, pero menciona una serie de conductas que serán calificadas como tal:

“Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

³¹ VELASCO SAN PEDRO, L. A. “El papel del Derecho de la Competencia en la era digital”, cit. p. 108 - 109.

³² COMISIÓN EUROPEA. “Norma sobre mercados digitales: garantizar unos mercados digitales...”, cit.

³³ PARLAMENTO EUROPEO. “La Ley de Mercados Digitales y la Ley de Servicios Digitales, explicadas”. 21 de enero de 2021.

³⁴ OCDE. *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*. 2021. p. 35.

³⁵ En España el abuso de posición dominante se prohíbe en el art. 2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*

d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”*

La Comisión Europea, la jurisprudencia y una gran parte de la doctrina coinciden en que esta lista del art. 102 TFUE es abierta³⁶. De este modo, las conductas que desarrollan las grandes plataformas se pueden considerar por abuso de posición dominante aunque no puedan encuadrarse específicamente dentro de alguna de las cuatro prácticas que se mencionan en el art. 102 TFUE. Para saber si existe un abuso de posición de dominio, primero hay que comprobar si existe posición dominante, y posteriormente si desarrolla una conducta abusiva en virtud de su posición dominante³⁷.

5.1 POSICIÓN DOMINANTE

Para empezar a analizar si existe posición dominante, hay que tener como “*referencia a un operador económico y a un mercado concretos.*”³⁸ De esta forma, hay que delimitar cual es el mercado relevante para cada uno de los casos, es decir, “*la situación de competencia a que se enfrenta una empresa no puede evaluarse en abstracto, sino por relación a un mercado concreto*”³⁹. Esta delimitación es especialmente compleja en el caso de los guardianes de acceso porque operan en varios mercados y sus servicios están vinculados o son conexos⁴⁰.

Se entiende que una empresa posee posición de dominio cuando disfruta de poder económico suficiente como para conseguir “*obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia*”, y tiene la capacidad suficiente para actuar “*independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores*”⁴¹. Asimismo, se tiene en cuenta frecuentemente si los consumidores no tienen poder de negociación con esa empresa, si esa empresa tiene una alta cuota de mercado (según la Comisión Europea superior al 40%) y/o si existen barreras de entrada

³⁶ En este sentido, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta). Sentencia de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports SA y otros c. Comisión*, Asuntos acumulados C-395-96 y C-396-96, párrafo 112; Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2017, asunto Google Shopping. AT.397/40; ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 273.

³⁷ CHAMIZO RENU, J. “El sistema de control de la competencia en el mercado europeo y los últimos acontecimientos. Análisis del caso Google Shopping, la mayor sanción de la historia”. *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*. 2018, nº 65, p. 79.

³⁸ Resoluciones del TDC Expte. 441/98, *Electra Avellana*; Expte. R 362/99, *Bacardí*; Expte. R 344/98, *Aluminios Navarra*.

³⁹ TAMAYO VELASCO, J. “Algunas reflexiones en torno al caso Google Search: la Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021”. *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. 2021, nº 29, p. 3.

⁴⁰ GONZÁLEZ CASTILLA, F. *La economía colaborativa ante el Derecho de la Competencia. Una introducción al análisis antitrust y regulatorio de las plataformas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

⁴¹ STJUE de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, apartado 65; misma línea jurisprudencial, STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, apartado 38. En este sentido también Resoluciones del TDC Expte. 441/98, *Electra Avellana*; Expte. R 362/99, *Bacardí*; Expte. R 344/98, *Aluminios Navarra*.

o de expansión de competidores para determinar si hay posición de dominio⁴². Por lo tanto, si concurren estas circunstancias se supone que esa empresa u operador económico ostenta una posición dominante en ese mercado de referencia. En el caso de los guardianes de acceso, todos cuentan con una posición de dominio porque es un elemento que forma parte del propio concepto de guardián de acceso.

En relación a las grandes plataformas digitales, también se deben tener en cuenta otros elementos más específicos para valorar si existe posición de dominio, como por ejemplo el hecho de “*disponer en exclusiva de datos necesarios para acceder a un mercado, o ser intermediario en exclusivo de un mercado*”, porque estas circunstancias posibilita a la plataforma impedir el acceso de competidores⁴³. El motivo es que estos factores plasman las especificidades de los mercados digitales que pueden suponer un riesgo para la competencia, y que por tanto, deben estar presentes a la hora de valorar si existe un abuso de posición dominante. Por eso el futuro RMD tendrá en cuenta estos factores para la regulación de la actividad competitiva de los guardianes de acceso.

Sobre esto, cualquier empresa puede alcanzar una posición de dominio por méritos propios,⁴⁴ siempre que no establezca barreras de entrada en el mercado a nuevos competidores y no desarrolle conductas que puedan afectar de forma perjudicial a la competencia⁴⁵. De lo contrario estaría infringiendo el art. 102 del TFUE por abuso de su posición de dominio.

5.2 ABUSO

Una vez expuesto cuando existe posición dominante, es necesario establecer cuando se abusando de ella. La jurisprudencia a lo largo de los años ha aportado algunos indicadores para detectar cuando una empresa está abusando de su posición dominante. Sobre la explotación abusiva, considera que “*es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.*”⁴⁶ También para calificar una determinada práctica como abusiva se debe tener en cuenta si reduce “*la capacidad de competir del resto de competidores residuales existentes o potenciales*”⁴⁷.

⁴² Comunicación de la Comisión Europea— Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. 2009. Apartado 12 a 16.

⁴³ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 270-271.

⁴⁴ STJUE de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, apartado 24. En este sentido, STJUE de 9 de noviembre de 1983, Michelin c. Comisión, apartado 57; y STJUE de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports SA y otros, párrafo 37.

⁴⁵ HERGUERA GARCÍA, I. “Competencia y regulación de (algunas) plataformas digitales en la UE”. *Documentos de trabajo (FEDEA)*. 2021, nº 10, p. 6.

⁴⁶ STJUE de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG, apartado 91.

⁴⁷ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 273.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto sobre el abuso de posición de dominio en el contexto del mercado digital. Las conductas que “*restringen e incluso eliminan del todo la competencia residual potencial o real,*” aunque no puedan incluirse en algunos de los supuestos del art. 102 TFUE exactamente, como se trata de una lista abierta, pueden ser castigadas si la plataforma tiene posición de dominio y son abusivas. En los mercados digitales, conductas como denegar el acceso a los mercados a otras empresas, utilizar datos de competidores para consolidar su posición, vincular aplicaciones y servicios para expandirse a otros mercados adyacentes o autofavorecer sus propios servicios perjudicando los de competidores, pueden suponer un abuso de posición dominante.⁴⁸ De hecho la Comisión Europea ha sancionado estas conductas en varias ocasiones por constituir un abuso de posición de dominio, las más relevantes se estudiarán posteriormente para entender mejor los problemas que estas conductas suponen para el Derecho de la Competencia.

Ahora es importante destacar que aunque se ponga fin a las conductas de los guardianes de acceso cuando se sancionan por la Comisión Europea o por las autoridades nacionales de competencia, los efectos generados en el mercado por las mismas no se eliminan ni se puede restituir el estado de la competencia anterior al inicio de esas conductas. La razón de esto es que los guardianes de acceso no van a perder el gran número de usuarios que ganaron con ellas, ni tampoco van a perder el poder de mercado adquirido, ni se va a repartir la cuota de mercado de una forma más equitativa entre los competidores, por el hecho de ser sancionados a posteriori. Por lo tanto, resulta insuficiente una normativa que sanciona esta situación a posteriori, porque llega tarde al problema. En cambio, con el RMD, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia podrían abordar de una forma más temprana y eficaz estas conductas.⁴⁹ Pero a la vez se podrán seguir controlando y sancionando estos comportamientos anticompetitivos *ex post* en aplicación de la regulación vigente en materia de competencia como hasta ahora.

6. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE LOS GUARDIANES DE ACCESO

6.1 ABUSO EN RELACIÓN A ANUNCIANTES Y EDITORES

6.1.1 PROBLEMA

El mercado de publicidad en línea se concentra en las grandes plataformas GAFA. En España, Google y Facebook concentran el 70% de la cuota de este mercado, y Amazon el 10%⁵⁰. En consecuencia, Google y Facebook forman lo que se podría considerar como un “duopolio” en el mercado de la publicidad online⁵¹. La CNMC alerta de los factores que desencadenan esta problemática en la publicidad en línea y que pueden

⁴⁸ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 274.

⁴⁹ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 269.

⁵⁰ CNMC. *Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España*. 2021, p. 85 y 89.

⁵¹ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF UNITED STATES. *Investigation of Competition in Digital Markets*. 2020, p. 70.

afectar a los consumidores: concentración, acumulación de datos, opacidad y falta de transparencia⁵².

Es importante mencionar que estos guardianes de acceso obtienen beneficios a partir de un modelo de negocio que acumula y usa los datos de los usuarios para ofrecerles una publicidad online más personalizada. En este modelo de negocio, los guardianes de acceso desempeñan un papel de intermediación entre anunciantes y editores. Más adelante se explicarán las conductas abusivas de los *gatekeepers* con estos datos⁵³.

En el mercado de la publicidad en línea existe una falta de información sobre los precios que cobran los guardianes de acceso, los pagos de los guardianes a los editores por el espacio publicitario y los anunciantes tampoco reciben información sobre las visualizaciones de los anuncios que pagan a los guardianes de acceso⁵⁴. Otro de los asuntos que crea problemas son las condiciones de exclusividad porque pueden considerarse abusivas si las impone una empresa con posición de dominio, porque restringen el mercado y se pueden considerar contraria al Derecho de la Competencia⁵⁵.

En consecuencia, estas conductas de los guardianes de acceso vulneran el derecho de la competencia, al ser constitutivas de un abuso de posición dominante, que vulneran el art. 102 del TFUE.

6.1.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA

6.1.2.1 Google AdSense

En 2019, la Comisión Europea impuso a Google una multa de por su conducta anticompetitiva en el mercado de la publicidad online.⁵⁶ Google también desarrolla su actividad en este sector, por una parte, muestra publicidad en su propio buscador, y por otra, a través de *AdSense of Search*, esta plataforma actúa como intermediario de publicidad de búsqueda en sitios web entre los anunciantes y los propietarios de esos sitios web (como por ejemplo “*minoristas de comercio electrónico, operadores de telecomunicaciones y periódicos*”). En relación a AdSense, esos sitios webs tienen un buscador interno de información y cuando ofrecen los resultados de búsqueda a los usuarios, muestran anuncios junto a esa información seleccionados por Google. A través de este sistema, Google y los sitios web obtienen una comisión por cada usuario que visita un anuncio⁵⁷.

La mayor parte de los ingresos que obtiene Google con AdSense proceden de los acuerdos con sus “socios directos”⁵⁸, y la estrategia que desarrollaba Google consistía

⁵² CNMC. *Estudio sobre las condiciones de competencia...*, cit. p. 9 y 10.

⁵³ Ver apartado “Abusos relacionados con los datos”.

⁵⁴ CABRAL, L.; HAUCAP, J.; PARKER, G.; PETROPOULOS, G.; VALLETTI, T.; VAN ALSTYNE, M. The EU Digital Markets Act A Report from a Panel of Economic Experts. *Publications Office of the European Union*, 2021, p. 15.

⁵⁵ TAPIA OLMOS, J. “OCDE: ¿Qué hacer con abusos de posición dominante en mercados digitales?”, en *CECO*. 28 de octubre de 2020.

⁵⁶ Decisión de la Comisión Europea de 20 de marzo de 2019. Caso Google AdSense.

⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA. “Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de precios que supuestamente vulneran la normativa de la UE”. 2016, p. 2.

⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA. Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de..., cit. p. 2.

en introducir las siguientes cláusulas abusivas en estos acuerdos. En primer lugar, la cláusula de exclusividad de los anuncios obligaba a los socios directos a mostrar, en su totalidad o en su mayoría, los anuncios de búsqueda de Google, independientemente de si ya tenían parte de su inventario publicitario cubierto por otros⁵⁹. En segundo lugar, la cláusula de Ubicación Premium y de un Mínimo de Anuncios de Google exigía que los anuncios de búsqueda de Google apareciesen en el espacio más destacado en sus páginas de resultados de búsqueda, y no mostrar anuncios de búsqueda de competidores por encima o cerca de Google, para obtener mayor rentabilidad⁶⁰. Además, obligaba a los Socios Directos a mostrar un número mínimo de páginas de anuncios de búsqueda de Google, esto obligaba a adquirir la totalidad de anuncios de Google, cuando querían mostrar un número limitado de anuncios. En último lugar, la cláusula de Autorización de Anuncios Equivalentes exigía la autorización preceptiva de Google para realizar modificaciones en la visualización de anuncios de búsqueda de la competencia⁶¹.

El desarrollo de esta práctica ha contribuido en gran medida a la consolidación de la posición dominante de Google en este mercado (cuota de mercado del 80 %) y a que otros competidores directos no hayan podido prosperar en él⁶². También ha causado un gran perjuicio a los propietarios de estos sitios webs, al restringir la oferta de su espacio publicitario y obligarlos a depender únicamente de Google para sus ingresos publicitarios. Es evidente que la introducción de estas cláusulas en los acuerdos tuvo una clara finalidad de consolidar la posición de dominio de Google, de obtener la máxima rentabilidad y de establecer una clara barrera de acceso a este mercado para otros competidores.

Después de realizar las investigaciones pertinentes, la Comisión Europea consideró que Google cometió una infracción única y continuada al vulnerar el artículo 102 del TFUE. Google desarrolló una conducta anticompetitiva por la inclusión de las mencionadas cláusulas, por disuadir a los “Socios Directos de obtener anuncios de búsqueda de la competencia”, obstaculizar el acceso de competidores a esa parte del mercado de la publicidad en línea, disuadir la innovación en este ámbito y perjudicar a los consumidores⁶³. La Comisión Europea multó a Google y a Alphabet (su sociedad matriz) con 1.494.459.000 euros, multa que han recurrido ante el Tribunal General de la UE el 4 de junio de 2019 (Asunto T-334/19).

6.1.2.2 Google y sus servicios Adtech

En la actualidad, hay un nuevo modelo de intermediación publicitaria gráfica para la compraventa de espacios publicitarios en páginas web, conocido como Adtech⁶⁴. Estos “*nuevos intermediarios (ad tech) aparecen entre anunciantes/agencias y editores en el open display*” y de nuevo desempeña este papel de intermediación principalmente Google y, en menor medida, Facebook o Amazon⁶⁵.

En 2021, la Comisión Europea ha abierto una investigación a Google por desarrollar presuntas prácticas de abuso de posición dominante contrarias al art. 102 TFUE en el

⁵⁹ Decisión de 20 de marzo de 2019. Google AdSense. Apartado 346.

⁶⁰ Resumen de Decisión de la Comisión Europea de 20 de marzo de 2019. Caso Google AdSense. Apartado 19.

⁶¹ Decisión de 20 de marzo de 2019. Google AdSense. Apartado 24 y 463.

⁶² COMISIÓN EUROPEA. Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de..., cit. p. 2.

⁶³ Resumen Decisión de 20 de marzo de 2019. Google AdSense. Apartados 10 y 16.

⁶⁴ CNMC. Estudio sobre las condiciones de competencia..., cit. p. 44.

⁶⁵ CNMC. Estudio sobre las condiciones de competencia..., cit. p.73

mercado de servicios de intermediación publicitaria gráfica. Por una parte, está presente la falta de transparencia con los editores y anunciantes igual que en Google AdSense. Por otra parte, la Comisión Europea detecta un posible uso de datos contrario a la normativa en materia de competencia.⁶⁶ Entonces como el caso Google Adtech no sólo supone un abuso por la falta de transparencia para anunciantes y editores, sino que también tiene un componente de abuso por el uso de datos, se estudiará este aspecto más adelante⁶⁷.

6.1.3 PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La propuesta de RMD contempla dos obligaciones relacionadas con el principio de transparencia para los servicios publicitarios en línea específicamente. Teniendo en cuenta los casos de Google AdTech y AdSense, el art. 5.1 apartado g de la propuesta del RMD contempla como obligación para los guardianes de acceso *“proporcionar a los anunciantes y editores a los que presta servicios de publicidad, a petición de estos, información sobre el precio pagado por el anunciante y el editor, así como la cantidad o remuneración pagada al editor, por la publicación de un anuncio determinado y por cada uno de los servicios de publicidad pertinentes proporcionados por el guardián de acceso”*. Según el considerando 42 de la propuesta de RMD, esta obligación contribuye a que los editores conozcan la cantidad que pagan los anunciantes a los gatekeepers, y esto a su vez, contribuye a un *“entorno de plataforma más justo, transparente y disputable.”*

La otra obligación de transparencia, se establece en el art. 6 apartado g de la propuesta de RMD, que obliga a los guardianes de acceso a facilitar *“a los anunciantes y editores, a petición de estos y de forma gratuita, acceso a los instrumentos de medición del rendimiento del guardián de acceso y a la información necesaria para que los anunciantes y editores realicen su propia verificación independiente del inventario de anuncios”*. Estas dos obligaciones de transparencia, contribuyen a que se puedan comparar precios y resultados con otros competidores, lo que aumenta la competencia efectiva en el mercado.⁶⁸ En resumen, con el RMD se busca terminar con la falta de transparencia en la publicidad online y que les permite abusar de su posición de dominio en ese mercado.

En consonancia con lo anterior, al existir una gran opacidad sobre cómo gestionan la publicidad en línea, sería recomendable obligar a los gatekeepers a explicar el mecanismo de gestión de los datos de los usuarios para fines publicitarios. Teniendo en cuenta las mencionadas obligaciones de la propuesta de RMD, parece ser que la Unión Europea va a continuar apostando por la transparencia en la actividad de los gatekeepers, algo que preocupa a los guardianes de acceso, pues puede sentar un precedente a la hora de legislar este asunto en otros estados fuera de la UE⁶⁹.

En relación a las cláusulas de exclusividad como las de Google AdSense, el RMD no contempla ninguna obligación ni prohibición. En la actualidad, los guardianes pueden

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector”. 22 de junio de 2021.

⁶⁷ Ver apartado de “Abuso en relación al uso de datos”.

⁶⁸ OCDE. *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*. 2021, p. 47.

⁶⁹ JASSO GARCÍA, O. “Las potencias mundiales contra las Big Tech”. *Publicación del Laboratorio de estudios sobre empresas transnacionales*. 2021, nº 11, p. 83.

acordar estas cláusulas de exclusividad y sólo incumplen la normativa en materia de competencia si éstas tienen efectos perjudiciales y abusivos para la competencia, en cambio, si se contemplase esta prohibición en el RMD se prohibiría su uso siempre.⁷⁰ La prohibición total de estas cláusulas sin atender a las condiciones concretas de cada caso supondría un control excesivo de la actividad de los guardianes porque limitaría en exceso sus acuerdos con los usuarios profesionales.

6.2 AUTOPREFERENCIA

6.2.1 PROBLEMA

Hay que tener en presente que es característico de las grandes plataformas desarrollar varios servicios básicos de plataforma en mercados digitales conexos y los integran de forma vertical y/u horizontal unos en otros⁷¹. A modo de ejemplo para entender el modelo de negocio que desarrollan estas plataformas se puede tomar como referencia la actividad de Google. Google tiene su motor de búsqueda y su plataforma de comparador de precios Shopping está integrada verticalmente en su buscador, de forma que muestra como resultados de búsqueda enlaces a su plataforma de comparador de precios.

En este contexto se llevan a cabo conductas que denominadas como autofavorecimiento o *self-preferencing* que consisten en dar “*un trato más favorable a los propios servicios o productos respecto de los de terceros.*”⁷² Esta conducta del autofavorecimiento que practican los guardianes de acceso tiene dos finalidades principalmente. Por un lado, se favorecen los servicios propios dándoles a estos un trato preferente y unas condiciones más ventajosas, en consecuencia estos ganan poder de mercado y eliminan a otros competidores. Por otro lado, como tienen sus servicios integrados vertical y horizontalmente, pueden utilizar su posición de dominio en un mercado para autofavorecer los servicios que desarrollan en otros mercados conexos, y así extender su poder de mercado a esos otros mercados conexos. Este autofavorecimiento se puede llevar a cabo de distintos modos como posicionando de forma más favorable los servicios y productos propios para que reciban más visitas, vinculando servicios para que aumente su uso, etc. Aunque se realice de varias formas, cabe destacar la autopreferencia en rankings por causar un evidente perjuicio a los consumidores y a los demás competidores porque impide la competencia basada en el precio y los méritos.

La autopreferencia no es sancionable siempre, para saberlo habrá que analizar si vulnera el derecho *antritrust* por abuso de posición dominante y si causa perjuicio a los consumidores⁷³. En este caso, el *self-preferencing* supone un abuso de posición dominante cuando un guardián de acceso la realiza para extender su posición de dominio a otro servicio y para crear barreras de entrada a competidores y/o para eliminar a los competidores existentes⁷⁴.

⁷⁰ HERGUERA GARCÍA, I. “Competencia y regulación de (algunas) plataformas...”, cit. p. 21.

⁷¹ CABRAL, L.; HAUCAP, J.; PARKER, G.; PETROPOULOS, G.; VALLETTI, T.; VAN ALSTYNE, M. *The EU Digital Markets Act A Report ...*”, cit. p. 13.

⁷² FERNÁNDEZ BUSTILLO, C. “Auto favorecimiento en mercados digitales”. En: RECUERDA GIRELA, M.A. (dir). *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020. p. 313.

⁷³ DÍEZ ESTELLA, F. *Plataformas digitales y Derecho de la competencia*. 2020.

⁷⁴ HERGUERA GARCÍA, I. “Competencia y regulación de (algunas) plataformas...”, cit. 12.

6.2.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA

Se ha dicho que la autopreferencia de los servicios propios se desarrolla de distintas formas, para ver en la práctica como el autofavorecimiento puede constituir abuso de posición dominante, se analizará el conocido caso de Google Shopping y el de Amazon Buy Box. Posteriormente se estudiarán también los casos de Apple con las apps de música en *streaming*⁷⁵ o el de Facebook Marketplace,⁷⁶ pero es importante destacar aquí que también tienen cierto componente de autofavorecimiento que se explicará más adelante.

6.2.2.1 Caso Google Shopping

Antes de entrar a analizar el asunto Google Shopping, hay que tener en cuenta el contexto en el que se desarrolla el mismo. Google tiene una posición dominante en el mercado de los servicios de búsqueda general en internet, superando el 90% de cuota de mercado en la mayoría de los estados del EEE.

6.2.2.1.1 Decisión de la Comisión Europea

La función de Google Shopping consiste en que “*permite a los consumidores comparar productos y precios en internet, así como encontrar ofertas de minoristas en línea de todo tipo, como tiendas virtuales de fabricantes, plataformas (Amazon, eBay, etc.) y otros revendedores*”⁷⁷. En el año 2017, la Comisión Europea multó a Google por abuso de posición dominante al autofavorecer su servicio Google Shopping en el ranking ofrecido por su buscador Google Search a los usuarios finales, lo que perjudicaba gravemente las demás plataformas de compras comparativas y la competencia. La estrategia de Google se basaba en utilizar su posición dominante en el mercado de motores de búsquedas para mostrar su propia plataforma comparadora de precios en la posición más favorable en la lista de resultados de su buscador. De este modo conseguía que la mayoría de usuarios que utilizaban el buscador de Google visitasen también su plataforma comparadora de precios Google Shopping por ser la mejor posicionada en la lista de resultados. En concreto, Google utilizaba algoritmos para que cuando un usuario introdujese un parámetro de búsqueda en el buscador Google Search, los servicios de Google Shopping aparecieran en los primeros resultados de la lista. En cambio, las plataformas de comparadores de precios rivales se mostraban en las peores posiciones en el ranking ofrecido por el buscador general de Google⁷⁸. Es un hecho que los resultados que aparecen al principio siempre son los que reciben más visitas por parte de los usuarios. Por este motivo, mostrar los enlaces a las plataformas competidoras en los últimos resultados de la lista, limita la competencia y las posibilidades de que los competidores accedan a los usuarios, porque la inmensa mayoría de los usuarios no llegan a consultar los últimos resultados. A su vez, esto permitió que Google Shopping aumentase su poder de mercado en los servicios de comparación de precios.

Por lo tanto, Google abusa de su posición de dominio para obtener una ventaja competitiva en beneficio propio y obstaculiza gravemente que otros comparadores accedan a los consumidores. Con esta práctica, Google altera la oferta de plataformas de

⁷⁵ Ver más adelante caso de Apple en el apartado de “Comisiones abusivas”.

⁷⁶ Facebook Marketplace es una plataforma que está integrada verticalmente en la red social Facebook. Ver más adelante caso Facebook Marketplace en el apartado de “Abuso en relación a los datos”.

⁷⁷ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas”. 27 de junio de 2017.

⁷⁸ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante...”, cit.

comparador de precios que llega a los consumidores. En consecuencia, se priva a los consumidores de una competencia efectiva, de los beneficios de la innovación y de una oferta real y transparente de los servicios y productos que hay en el mercado⁷⁹.

Sobre esta Decisión de la Comisión cabe plantearse si debe prevalecer la neutralidad total en la lista de resultados ofrecidos por Google sobre la rentabilidad de la plataforma, porque Google no deja de ser una empresa que obtiene parte de sus beneficios en función de número de interacciones o clics en su comparador de compras Shopping⁸⁰. Asimismo, Google no es de uso obligatorio y es una plataforma gratuita para los usuarios finales⁸¹. Por lo tanto, llama la atención que se pretenda que un operador económico como Google tenga un especial comportamiento de neutralidad con la competencia, cuando su finalidad es obtener beneficios, al igual que cualquier otra empresa. La razón de exigirle una especial responsabilidad es porque su función como intermediario entre proveedores y consumidores tiene unas consecuencias muy grandes para la competencia en los mercados digitales. Porque cualquier autofavorecimiento que haga Google tiene serias repercusiones negativas para los demás intervinientes en los mercados digitales. Sobre esta idea, se explica cómo entiende este aspecto el Tribunal General de la Unión Europea a continuación.

6.2.2.1.2 Sentencia del Tribunal General de la UE

El 10 de noviembre de 2021, el Tribunal General de la Unión Europea ha confirmado la multa de la Comisión Europea y el importe a Google y a su matriz Alphabet, por transgredir las normas de defensa de la competencia al dar una ventaja a su servicio de Google Shopping. Esta sentencia sienta un precedente sobre las conductas anticompetitivas que desarrollan los guardianes de acceso y es importante tener en cuenta sus ideas principales para entender el problema del autofavorecimiento.

Para empezar, resulta importante destacar que el Tribunal General considera que la autopreferencia es una forma de *leveraging* o efecto palanca y que se considerará anticompetitiva cuando afecte o altere la competencia basada en los méritos. En el presente caso, el Tribunal General de la UE establece que se ha dado un trato discriminatorio a otras plataformas de comparadores de precios y que esto no respeta la competencia basada en los méritos por los siguientes motivos: por la importancia de Google Search para que los usuarios accedan a las webs de los comparadores de precios a través de los resultados mostrados; porque los usuarios visitan los primeros resultados de la lista; y porque Google es el buscador general más utilizado y ningún otro buscador puede sustituir la privación de acceso a los usuarios generada por esta conducta. Añade el Tribunal General de la UE que el objetivo de los buscadores de Internet es ofrecer los resultados más relevantes para los usuarios, y favoreciendo los resultados de servicios propios frente a los de terceros, se pierde ese objetivo⁸².

El Tribunal General considera que Google “*tiene la responsabilidad especial de no permitir que con su comportamiento se menoscabe una competencia real no falseada en*

⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante...”, cit.

⁸⁰ DÍEZ ESTELLA, F. *Plataformas digitales y Derecho de la competencia*. 2020.

⁸¹ DÍEZ ESTELLA, F. *Plataformas digitales y Derecho de la competencia*. 2020.

⁸² STGUE del 10 noviembre de 2021, Google Inc. Y Alphabet, Inc. c. Comisión Europea, apartados 157, 169-175 y 184.

el mercado interior”,⁸³ la cual ya se ha reconocido antes a operadores del mercado con posición dominante en otros sectores. La razón de esta especial responsabilidad es que Google tiene una posición superdominante, función de puerta de acceso y existen grandes barreras de acceso al mercado de los motores de búsqueda generales en Internet⁸⁴. En relación a esto, es importante destacar que estas características mencionadas por el Tribunal General son características de los guardianes de acceso, con lo cual esto podría suponer un precedente para considerar que los guardianes de acceso deben tener esta responsabilidad especial para no causar graves perjuicios a la competencia.

Otro aspecto que se estudia es si es de aplicación la STJUE Bronner⁸⁵ a este caso. Los requisitos que se tienen que dar para que se aplique son que se trate de una infraestructura esencial, que se niegue el acceso a la misma, y existencia de indispensabilidad. Según explica el Tribunal General, Google se puede considerar casi una infraestructura esencial porque no existe ningún competidor en el mercado que pueda sustituirlo de forma efectiva. En cambio, con la autopreferencia no se deniega el servicio proporcionado por Google Search, si no que se le da un trato discriminatorio a las demás plataformas comparadoras de precios. De manera que, el Tribunal General no aplica la jurisprudencia Bronner a este caso porque no se cumple con el requisito de denegación de acceso a un recurso esencial⁸⁶. A pesar de esto, el Tribunal General considera que dar acceso en peores condiciones a una infraestructura casi esencial también es una forma de abuso.⁸⁷

El Tribunal General considera que Google no respeta la competencia por méritos propios al favorecer sus propios servicios y darle un trato discriminatorio al de sus competidores en el mercado de los comparadores de precios⁸⁸. En cambio, algún autor considera que esta conducta de autofavorecimiento no contradice la competencia basada en méritos porque ha adquirido gran poder de mercado con Google Search por su innovación y esfuerzos en el mercado de los buscadores genéricos en la red, y que puede utilizar ese poder para autofavorecer su plataforma de comparación de precios⁸⁹.

Esta sentencia puede ser un precedente para que la Comisión Europea se pronuncie sobre otros casos que están en fase de investigación en donde también hay autofavorecimiento de servicios propios,⁹⁰ como por ejemplo el de Amazon Buy Box (que se comentará a continuación). Asimismo sentará las bases para evaluar posteriores casos de conductas relacionadas con el *self-preferencing*, a pesar de que Google ha recurrido esta sentencia ante el TJUE y que éste se posicione a favor de Google.

⁸³ STGUE de 10 noviembre de 2021, Google Inc. Y Alphabet, Inc., apartado 612. En este sentido, STJUE de 9 de noviembre de 1983, Michelin, apartado 57; y STJUE de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, apartado 24.

⁸⁴ STGUE de 10 noviembre de 2021, Google Inc. Y Alphabet.

⁸⁵ STJUE de 26 de noviembre de 1998, Bronner.

⁸⁶ STGUE de 10 noviembre de 2021, Google Inc. Y Alphabet, Inc., apartados 224 y 232-239.

⁸⁷ STJUE de 25 de marzo de 2021, Slovak Telekom, a.s. c. Comisión Europea.

⁸⁸ STGUE del 10 noviembre de 2021, Google Inc. Y Alphabet, Inc., apartado 224.

⁸⁹ IBÁÑEZ COLOMO, P. “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”. *World Competition*. 2020, nº 4, p. 417 y ss; entre otros.

⁹⁰ TAMAYO VELASCO, J. “Algunas reflexiones en torno al caso Google Search: ...”, cit. p. 2.

6.2.2.2 Buy Box de Amazon

En relación con el caso anterior, la Comisión Europea está investigando si es contrario a la competencia otorgar un trato preferencial a sus propios productos y a los productos de determinados vendedores para que se muestren en la Buy Box. La Buy Box “*es un sistema de selección de los mejores oferentes de la plataforma*” y concentra el 80% de las ventas totales.⁹¹ Por lo tanto, los productos seleccionados que se muestran en la Buy Box, aparecen en un sitio privilegiado y más accesible a los visitantes de la plataforma, lo que hace que aumente sus ventas. Aquí surge la duda de que criterios utiliza Amazon para elegir a los productos que aparecen en la Buy Box o cómo funciona el algoritmo que utiliza para esto⁹². La Comisión Europea cree que Amazon utiliza criterios o algoritmos que autofavorecen sus propios productos y los de vendedores externos “*que utilizan los servicios de logística y entrega de Amazon*”⁹³. De ser esto cierto, estaría aprovechando su posición de dominio para poner en práctica conductas abusivas que son contrarias a la normativa en materia de Derecho a la Competencia.

Otro aspecto que revisa la Comisión Europea es si Amazon desarrolla alguna conducta que perjudica la competencia efectiva con el sistema de fidelización conocido como Prime. Este sistema consigue que los usuarios que tienen Prime concentren sus compras en la plataforma de Amazon porque pagan una cuota por ello, pero también porque la entrega es gratuita y más rápida, condiciones que la mayoría de los otros minoristas no pueden igualar⁹⁴. En relación a esto hay que puntualizar que establecer un sistema de fidelización no es contrario a la competencia, pero sí que le ha ayudado a Amazon a ganar poder de mercado.

Teniendo en cuenta la posición de dominio de Amazon, es impensable que pueda surgir un competidor que pueda reducir el poder de Amazon. Las razones de esto son los costes de cambio de plataforma para los usuarios, los elevadísimos costes de inversión para igualar la logística de Amazon y los efectos de red.⁹⁵

6.2.3 POSIBLE SOLUCIÓN

La autopreferencia puede ser difícil de valorar, de todos modos teniendo en cuenta los antecedentes que existen, la mejor forma de abordar este problema es con soluciones *ex ante* y *ex post*⁹⁶. Es conveniente aportar una prohibición *ex ante* como la de la propuesta de Reglamento de Mercados Digitales recoge en su art. 6.1 apartado d), que prohíbe a los gatekeepers otorgar un trato preferente o más favorable en los rankings a sus propios servicios, como ocurre en Google Shopping y la Buy Box de Amazon, y los obliga a “*aplicar condiciones justas y no discriminatorias a dicha clasificación*”. Esta

⁹¹ ECHEBARRÍA SÁENZ, M. “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”. *Revista de Estudios Europeos*. 2021, nº 78, p. 162.

⁹² SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF UNITED STATES. *Investigation of Competition...*, cit. p. 250.

⁹³ COMISIÓN EUROPEA. “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”. 10 de noviembre de 2020.

⁹⁴ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF UNITED STATES. *Investigation of Competition...*, cit. p. 259.

⁹⁵ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF UNITED STATES. *Investigation of Competition...*, cit. p. 260.

⁹⁶ CABRAL, L.; HAUCAP, J.; PARKER, G.; PETROPOULOS, G.; VALLETTI, T.; VAN ALSTYNE, M. *The EU Digital Markets Act A Report...*, cit. p. 13

prohibición aborda este problema de forma directa, pero no se aplica a todas las formas de autofavorecimiento, sólo se aplica a los guardianes que actúan en dos mercados y tienen uno de los servicios integrado verticalmente en el otro, de forma que pueden “manipular el resultado de un *ránking* o de comparación de ofertas que ofrezca en su favor y en detrimento de una empresa rival.”⁹⁷ Además concuerda con la postura adoptada por el Tribunal General de la Unión Europea en la sentencia de Google Shopping.

En relación a los criterios y algoritmos que eligen los productos que se muestran en la Buy Box, la Autoridad de Competencia de Italia ha sancionado a Amazon por considerar que este trato preferencial constituye un abuso de posición de dominio. Como consecuencia, ha obligado a la plataforma a concretar unas condiciones justas y no discriminatorias para mostrar productos de los vendedores externos en la Buy Box, y hacerlos públicos,⁹⁸ obligación que coincide con la del art. 6.1 apartado d del RMD.

A propósito de la sentencia del Tribunal General de Google Shopping, hubiese sido un buen momento para establecer una serie de criterios para analizar concretamente cuando la autopreferencia constituye un trato discriminatorio con los demás competidores, y así facilitar que las grandes plataformas digitales tengan más claro cuando no pueden desarrollar conductas de autopreferencia y que la Comisión Europea detecte antes cuando son prácticas anticompetitivas.⁹⁹ De todos modos, si Google presenta recurso, el TJUE podrá especificar algunos criterios.

6.3 VINCULACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

6.3.1 PROBLEMA

Uno de los problemas que surge en los mercados digitales es el *tying* (“empaquetamiento”) o vinculaciones que hacen los guardianes de acceso con sus propios servicios y productos. El *tying* consiste en que para adquirir un servicio o producto, los consumidores tienen que adquirir otro u otros servicios o productos de forma conjunta (“empaquetada”) para poder obtener el servicio o producto que desean adquirir¹⁰⁰.

Este mecanismo que desarrollan los guardianes de acceso reduce en gran medida la competencia. A modo ilustrativo, si un guardián de acceso tiene poder de mercado con su servicio A y lo vincula con su servicio complementario B, se reduce la competencia potencial de su servicio B, porque los usuarios que adquieren A ya tienen B, y por lo tanto no van a adquirir el servicio B de otro competidor. En consecuencia, esta situación obliga a los competidores directos del servicio B a desarrollarlo de forma conjunta con el servicio A, si no terminarán por desaparecer del mercado¹⁰¹.

El *tying* no siempre es un comportamiento abusivo, porque en los mercados digitales esta vinculación de productos y servicios puede ser necesaria para el correcto

⁹⁷ HERGUERA GARCÍA, I. “Competencia y regulación de (algunas) plataformas...”, cit. p. 23.

⁹⁸ Resolución de la Autoridad de Competencia de Italia del 30 de noviembre de 2021 c. Amazon. p 239 – 243.

⁹⁹ TAMAYO VELASCO, J. “Algunas reflexiones en torno al caso Google Search:...” , cit. p. 15.

¹⁰⁰ TAPIA OLMOS, J. “OCDE: ¿Qué hacer con abusos de posición dominante...”, cit.

¹⁰¹ NALEBUFF, B. “Bullding as an Entry Barrier”. *The Quarterly Journal of Economics*. 2004, vol. 119, nº 1, p. 159-187.

funcionamiento de los mismos, o porque directamente no funcionan por separado estos servicios o productos. En cambio, si el *tying* no está justificado por razones de funcionalidad, y se practica para que los consumidores se vean obligados a adquirir los servicios y productos conjuntamente, sí que se trataría de un comportamiento abusivo. Una forma de comprobarlo es si otras plataformas ofrecen ese determinado servicio o producto de forma aislada al resto de sus servicios o productos¹⁰², porque eso quiere decir que sí existe la posibilidad técnica de que puedan funcionar por separado.

También los guardianes de acceso “empaquetan” sus aplicaciones y servicios. En este sentido, la preinstalación de aplicaciones tiene consecuencias en la competencia similares al *tying*¹⁰³ y para algunos autores la preinstalación es una conducta anticompetitiva por este motivo¹⁰⁴. El motivo es que la preinstalación de aplicaciones existe una presunción de que la mayoría de los consumidores que tengan aplicaciones preinstaladas en sus dispositivos, como navegadores o motores de búsqueda, continuarán utilizándolas, lo que supone una barrera de acceso para otros competidores.¹⁰⁵ Esto se acentúa cuando se exige la preinstalación de aplicaciones en exclusiva de un solo competidor, porque limita más el acceso a los demás competidores.

En el mercado de los sistemas operativos, los guardianes de acceso favorecen la falta de interoperabilidad en sus sistemas operativos para crear una barrera de acceso a este mercado. De este modo, los consumidores no pueden sustituir las aplicaciones preinstaladas ni los servicios vinculados a los sistemas operativos por otras alternativas proporcionadas por terceros competidores.

6.3.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA

Una de las sanciones más relevantes que ha impuesto la Comisión Europea es la del caso Google Android, que está relacionada con este problema, por eso es conveniente analizarla. A su vez, se explicará el caso Microsoft por tratarse de un caso de abuso de posición de dominio a través de la vinculación de aplicaciones y que ha servido como precedente en el caso Google Android.

6.3.2.1 Caso Microsoft

En 2006, la Comisión Europea multó a Microsoft con 497 millones de euros por abuso de posición de dominio al desarrollar dos conductas contrarias a la competencia. Por una parte, Microsoft impuso la condición de preinstalar su reproductor de música en los ordenadores comercializados por los fabricantes, a cambio de incluir el sistema Windows en esos ordenadores. La Comisión Europea consideró que esta vinculación entre sistema operativo y reproductor de música supuso un abuso de posición de dominio, porque su finalidad era expulsar a otros competidores del mercado de los programas de la reproducción de música y no era necesaria para el correcto funcionamiento del sistema operativo y del reproductor¹⁰⁶. El objetivo de Microsoft con

¹⁰² TAPIA OLMOS, J. “OCDE: ¿Qué hacer con abusos de posición dominante...”, cit.

¹⁰³ TAPIA OLMOS, J. “OCDE: ¿Qué hacer con abusos de posición dominante...”, cit.

¹⁰⁴ GARCÍA GANCEDO, S. “Google y su abuso de posición”. *RUE: Revista universitaria europea*, 2017, nº 27, p. 159.

¹⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google”. 18 de julio de 2018. p. 3.

¹⁰⁶ Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 24 de mayo de 2006. Caso Microsoft. Apartados 2 y 24.

esto era aumentar el número de usuarios que utilizaran su reproductor de música al incluirlo en los ordenadores con su sistema operativo. Esta estrategia es igual a la desarrollada por Google al imponer la preinstalación de Google Search y Chrome para poder incluir la Play Store en los dispositivos móviles. Por otra parte, Microsoft no facilitó información sobre interoperabilidad a sus competidores para servicios de grupo de trabajo¹⁰⁷. Microsoft recurrió esta sanción y en septiembre de 2007 el Tribunal de Primera Instancia de la UE ratificó la Decisión de la Comisión Europea¹⁰⁸.

6.3.2.2 Caso Google Android

En este caso es importante tener en cuenta como se distribuye el mercado de los sistemas operativos para dispositivos móviles. Google ha consolidado su posición en el mercado de sistemas operativos para smartphones alcanzando el 80% de cuota de mercado en 2018 con Android¹⁰⁹. En consecuencia, se han reducido a mínimos las opciones de elección de sistemas operativos para smartphones¹¹⁰. En el mercado de los sistemas operativos para dispositivos móviles, Google utiliza su posición de dominio para imponerles condiciones abusivas a los fabricantes y aprovecharse de la necesidad que tienen de incluir su sistema operativo Android en los dispositivos que comercializan. Además utiliza su papel como guardián de acceso para impedir la entrada de competidores en el mercado de sistemas operativos y así consigue mantener su posición de dominio en él. También, que Google tenga tanta presencia en los dispositivos móviles, le permite recabar ingentes cantidades de datos de los usuarios. Estos datos pueden ser utilizados para mejorar otros servicios como el de publicidad personalizada, y así obtener grandes beneficios con ellos.

Google y Apple son las plataformas que dominan los sistemas operativos de smartphones y tienen una posición muy consolidada, a pesar de esto, la Comisión Europea concluyó que no compiten entre sí en el caso Android. La diferencia fundamental que existe entre ambos es que en Apple hay integración vertical, es decir, sus dispositivos móviles iPhone tienen su propio sistema operativo iOS y sus propias aplicaciones. Mientras Google ofrece su sistema Android a través de licencia a los fabricantes de smartphones.¹¹¹ Además, la Comisión Europea en el caso Android concluyó que el sistema operativo no es un elemento determinante para los consumidores finales a la hora de decidir comprar un dispositivo móvil de Apple o con Android¹¹².

En el caso de Google ya se ha explicado su posición dominante en los motores de búsqueda y en la publicidad online, ahora toca en los sistemas operativos de smartphones. Para expandir su poder a la telefonía móvil, acumular más datos e incrementar sus beneficios, siguió con su modelo de adquisición de empresas. Entonces, Google compró el desarrollador original del sistema operativo móvil Android y de esta

¹⁰⁷ COMISION EUROPEA. “La Comisión concluye la investigación sobre Microsoft, le impone medidas correctivas para que modifique su conducta y le aplica una multa”. 24 de marzo de 2004.

¹⁰⁸ Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala). Sentencia de 17 de septiembre de 2007, Microsoft Corp. v. Comisión de las Comunidades Europeas, T-201/04.

¹⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales...”, cit.

¹¹⁰ SILVA PONCE DE LEÓN, C. *Apuntes para el análisis previo a la investigación de la Comisión Europea sobre Android*. 2016, p.5.

¹¹¹ Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018. Caso Google Android. Apartados 133 y 153.

¹¹² COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales...”, cit.

forma se aseguró de que los usuarios de estos dispositivos también usasen su buscador general Google Search¹¹³.

En julio de 2018, la Comisión Europea sancionó con 4.340 millones de euros a Google por abuso de posición dominante, porque limitó las opciones competitivas tanto a buscadores como a desarrolladores de sistemas operativos para smartphones. Google interpuso recurso ante el Tribunal General de la UE en octubre de 2018 para recurrir esta sanción, pero todavía no hay pronunciamiento al respecto. La causa de esta sanción ha sido que Google impuso tres restricciones a los fabricantes y operadores para que los usuarios de smartphones con Android utilizarasen su buscador, y así reforzar su posición de dominio en los servicios de búsqueda¹¹⁴.

En primer lugar, los smartphones con sistema operativo Android traen por defecto la tienda de aplicaciones Play Store, el buscador Google Search y el navegador Chrome. Esto se debe a que la concesión de licencias de Play Store está condicionada a la preinstalación de Google Search como buscador principal y de Chrome como navegador principal en los dispositivos móviles con Android¹¹⁵. Los fabricantes se ven obligados a aceptar esta imposición porque es fundamental que la Play Store esté incluida en los smartphones que comercializan, debido a que la única forma de que los usuarios tengan acceso a la descarga de las aplicaciones en sus dispositivos móviles, es que la ésta venga preinstalada.¹¹⁶ Con esta práctica Google se aseguró de que todos los compradores de dispositivos Android en el EEE tuviesen su buscador y navegador principales preinstalados y así favorecer y/o promocionar el uso de los mismos. Además, el buscador por defecto de Chrome es Google Search, por lo que esto también contribuyó a incrementar el uso del motor de búsqueda de Google¹¹⁷, y a la consolidación de su posición de dominio. En consecuencia, sus competidores quedaron en clara situación de desventaja al no poder alcanzar esa posición por méritos propios o por dar mejor servicio. En relación a esto, la Comisión Europea ha considerado que las vinculaciones de Google Search y Chrome son ilegales por constituir un abuso de posición dominante, ya que estas vinculaciones no están justificadas para el correcto funcionamiento de los dispositivos y ofrecen una clara ventaja competitiva a Google¹¹⁸.

En segundo lugar, Google estableció una condición de exclusividad al pagar a grandes fabricantes y operadores de redes móviles para que únicamente preinstalen su buscador Google Search en los dispositivos móviles que comercializaban¹¹⁹. Como los demás competidores no podían igualar esa cantidad ofrecida por Google, los fabricantes y operadores aceptaban esta condición de exclusividad de Google¹²⁰. Sobre esta práctica, considera la Comisión Europea que restringe la competencia porque desincentiva que se

¹¹³ COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales...”, cit.

¹¹⁴ Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018. Caso Google Android. Apartado 16.

¹¹⁵ Resumen de Decisión de 18 de julio de 2018. Google Android. Apartado 14.

¹¹⁶ Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018. Caso Google Android. Apartado 134.

¹¹⁷ COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales...”, cit.

¹¹⁸ Resumen de Decisión de 18 de julio de 2018. Google Android. Apartados 12 y 15.

¹¹⁹ Resumen de Decisión de 18 de julio de 2018. Google Android. Apartado 22.

¹²⁰ COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales...”, cit.

preinstalen aplicaciones de competidores de Google y evita que entren nuevos competidores¹²¹.

En tercer lugar, el sistema Android es un sistema libre, de código abierto, por lo que se puede transformar y crear un sistema móvil diferente, estas modificaciones se conocen como bifurcaciones.¹²² El inconveniente está en que para que las bifurcaciones incluyan las aplicaciones y servicios de Google, el desarrollador tiene que suscribir un contrato con Google en el que se estipulen las aplicaciones y servicios que se van a incluir en los dispositivos móviles que se comercialicen con esa bifurcación¹²³. Entonces, como hay que suscribir este contrato, Google tiene la facultad de decidir si permite la preinstalación de sus aplicaciones en smartphones con bifurcaciones. Como resultado de esto, Google puede impedir que se saquen al mercado dispositivos móviles con el sistema operativo Android modificado de nuevos competidores. Un ejemplo de esto fue la paralización de la salida al mercado de smartphones con la bifurcación de Android de Amazon “Fire OS”¹²⁴.

La Comisión manifestó en su Decisión sobre el caso Android que estas restricciones son un abuso de posición dominante porque Google ha obtenido una ventaja competitiva y ha impedido que accedan nuevos competidores al mercado a través de vinculaciones, preinstalación de sus aplicaciones en exclusiva y denegando las licencias de sus aplicaciones a los desarrolladores de bifurcaciones. Además, Google desarrolló estas prácticas anticompetitivas de sistemas de operadores móviles para adquirir posición de dominio en dos mercados. Por una parte, para alcanzar la posición de dominio en el propio mercado de sistemas operativos con Android, y por otra parte, para consolidar su posición de dominio en el mercado de los motores de búsqueda generales con Google Search. Por lo tanto, Google aprovechó la necesidad de los fabricantes de incorporar sus aplicaciones y sistema operativo en los dispositivos que comercializaban, para imponerles condiciones abusivas y así conseguir “*limitar la competencia en el mercado de búsqueda y en el mercado de las aplicaciones.*” Igualmente aprovechó su posición de dominio para “*desincentivar la entrada de los fabricantes en el desarrollo de sistemas operativos para móviles,*”¹²⁵ porque al impedirles a los desarrolladores de bifurcaciones Android integrar sus aplicaciones en los dispositivos con bifurcaciones, estos tendrían que crear todo un sistema de descarga de aplicaciones, así como las propias aplicaciones. Como esto es algo totalmente inviable para los desarrolladores, éstos tuvieron que aceptar las condiciones de Google y continuar integrando en sus dispositivos el sistema Android sin efectuar ninguna bifurcación.

¹²¹ Resumen de Decisión de 18 de julio de 2018. Google Android. Apartado 24.

¹²² Según GARCÍA GANCEDO, S. “Google y su abuso de posición”, cit. p. 162: “Con bifurcación nos referimos a la creación de un proyecto distinto teniendo como base la fuente del proyecto original.”

¹²³ COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales...”, cit.

¹²⁴ COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales...”, cit. En relación a esto, es necesario hacer un inciso sobre como Amazon intentó entrar en un mercado adyacente como es el de los sistemas operativos para móviles, práctica frecuente de los guardianes de acceso.

¹²⁵ ALFARO, J. “El caso Google-Android”. En *Almacén de Derecho*. 15 de diciembre 2016.

6.3.3 POSIBLE SOLUCIÓN

La propuesta de RMD no prohíbe el *tying* ni estas prácticas de vinculación de productos y servicios, pero sí establece obligaciones y prohibiciones sobre la preinstalación de aplicaciones y sobre la interoperabilidad en los sistemas operativos. En relación a la preinstalación de aplicaciones, en su art. 6.1 apartado b impone la obligación a los *gatekeepers* de permitir a los usuarios desinstalar las aplicaciones y software preinstalados, siempre que no sean necesarios para el correcto funcionamiento del sistema operativo y que no puedan ofrecerlos terceros, atendiendo a criterios técnicos.

Como bien se ha dicho en este asunto tiene gran importancia la interoperabilidad en los sistemas operativos de los guardianes de acceso, porque permite que las aplicaciones de terceros puedan instalarse y funcionar en los sistemas operativos de los guardianes¹²⁶. En cambio, si esto no se permite, los competidores tendrían que desarrollar todo un sistema operativo con sus respectivas aplicaciones para poder acceder al público, algo inviable debido a los fuertes efectos de red y a los elevadísimos costes que supondría hacerlo¹²⁷. Por eso la interoperabilidad imposibilita que un operador con posición dominante pueda acaparar todo el poder del mercado y permite que puedan surgir nuevos competidores¹²⁸.

Asimismo la interoperabilidad que se contempla en el art. 6.1 apartado f de la propuesta de RMD parece una buena forma de abordar este problema. Los guardianes de acceso ofrecen exclusivamente los servicios complementarios a los usuarios de sus propios sistemas operativos. Entonces se trataría de que los guardianes hagan los cambios técnicos necesarios para permitir que otros competidores puedan prestar sus propios servicios complementarios también en su sistema operativo. Hay que especificar que son servicios complementarios por ejemplo, los servicios de identificación o los servicios de pago de terceros.

Actualmente los guardianes de acceso solo integran en sus sistemas operativos las tiendas y softwares propios. El art. 6.1 apartado c de la Propuesta de RMD obliga a los guardianes de acceso a permitir que tiendas de aplicaciones y/o softwares de terceros operen en su propio sistema operativo. De esta forma, se elimina esta barrera de entrada que posibilita la introducción de nuevas tiendas de aplicaciones y softwares al mercado de los dispositivos móviles.

La imposición de condiciones abusivas por guardianes de acceso, como las relacionadas con la tienda de aplicaciones en el caso Android, deben ser prohibida cuando no son necesarias para el correcto funcionamiento del dispositivo. Esta prohibición se menciona en el art. 6.1. apartado k de la propuesta de RMD: “*aplicar a los usuarios profesionales condiciones generales justas y no discriminatorias de acceso a su tienda de programas de aplicación designada de conformidad con el artículo 3 del presente Reglamento.*”

¹²⁶ OECD. *Data Portability, Interoperability and Digital Platform Competition*. 2021. p. 20.

¹²⁷ OECD. *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*. 2021. p. 45.

¹²⁸ RUIZ PERIS, J. I. “Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio...”, cit. p. 30.

6.4 COMISIONES ABUSIVAS

6.4.1 PROBLEMA

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto sobre sistemas operativos, las tiendas de aplicaciones son esenciales para el uso de los dispositivos móviles, porque actúan como intermediarias o puertas de acceso entre los desarrolladores de aplicaciones y a los usuarios finales. Las tiendas de aplicaciones muestran un catálogo con las aplicaciones que los usuarios pueden descargar, lo que facilita su búsqueda y descarga. Las tiendas de aplicaciones están controladas por Google (Play Store) y Apple (Apple Store), cada guardián tiene su propia tienda de aplicaciones para que los usuarios de su propio sistema operativo puedan descargar las aplicaciones. En consecuencia, ambos guardianes tienen gran poder en el mercado de las tiendas de aplicaciones y son puerta de acceso al mismo, por lo tanto, surge la necesidad de controlar estos guardianes para conocer si abusan de su posición dominante.

En este contexto, los guardianes de acceso imponen condiciones abusivas por la descarga de aplicaciones en sus tiendas de aplicaciones. Teniendo en cuenta las últimas investigaciones de la Comisión Europea, que se centran en Apple, podrían estar aprovechando esta situación para cobrar comisiones elevadas a los desarrolladores de aplicaciones¹²⁹. Las tiendas de aplicaciones imponen estas comisiones por dos motivos: para maximizar los beneficios de las tiendas y para perjudicar a los competidores de sus propias aplicaciones. Es decir, tanto Google como Apple tienen aplicaciones propias, por lo que utilizan estas comisiones en sus tiendas de aplicaciones para perjudicar a los competidores de sus propias aplicaciones y favorecer la descarga de sus propias aplicaciones.

Como se explicará a continuación, la imposición de estas comisiones puede considerarse abusiva para los desarrolladores de aplicaciones, pero también para los consumidores, porque repercuten en el precio final que pagan los consumidores por las aplicaciones¹³⁰. Por esta razón muchos consumidores deciden utilizar las propias aplicaciones de Apple o Google por tener un precio inferior o por ser a coste cero.

6.4.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA

6.4.2.1 Caso Apple y aplicaciones de reproducción de música en streaming

En 2021, la Comisión Europea empezó a investigar si Apple está abusando de su posición de dominio en el mercado de la distribución de aplicaciones de música en *streaming*, a partir de que Spotify denunciase esta situación ante la Comisión. El motivo es que obliga a los desarrolladores de aplicaciones a usar el método de pago que hay dentro de la App Store, y así poder cobrar comisiones abusivas para la descarga de aplicaciones. En concreto, Apple se quedaría con comisiones del 30% del importe abonado por los usuarios, y remitiría sólo el 70% de este importe a los desarrolladores. Además, Apple no permite a los desarrolladores indicarles a los usuarios de iOS formas

¹²⁹ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers”. 30 de abril de 2021.

¹³⁰ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store...”, cit.

alternativas de compra de sus aplicaciones, es decir, sin ser a través del método de pago de la App Store, porque así podrían eludir la comisión del 30%.¹³¹

A pesar de todo esto, los desarrolladores de aplicaciones están obligados a aceptar por la necesidad que tienen de acceder a los consumidores de Apple a través de su tienda de aplicaciones. Por un lado, se perjudica gravemente a las aplicaciones porque no estar presente en las tiendas de aplicaciones supone su desaparición o pérdida de poder, por lo que se ven obligadas a aceptar estas comisiones. Por otro lado, perjudicia a los consumidores porque esta comisión repercute en el precio final que pagan por la aplicación¹³². Las finalidades de esta estrategia son maximizar los beneficios de su tienda de aplicaciones y también encarecer la descarga de aplicaciones competidoras para que los usuarios con dispositivos móviles iOS descarguen Apple Music, la propia app de música en streaming de Apple por tener un precio menor. De esta forma, no descargan las aplicaciones de otros desarrolladores, reduciendo su presencia en el mercado o expulsándolos del mismo. Por lo tanto, la imposición de estas comisiones abusivas también autofavorece la descarga de la Apple Music (ver anterior epígrafe de “autofavorecimiento” para entender el problema de la autopreferencia de servicios y productos propios).

En este caso, Apple aprovecha su posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos para dispositivos móviles y en el de las tiendas de aplicaciones para aumentar su poder en el mercado de las aplicaciones de reproducción de música en *streaming*. No hay que olvidar que la App Store funciona como puerta de acceso entre desarrolladores de aplicaciones y consumidores, por lo que sus conductas pueden afectar negativamente a la competencia. De ser esto así, Apple estaría abusando de su posición de dominio y sería una conducta contraria a la normativa del Derecho de la Competencia de la UE¹³³.

6.4.2.2 Caso Apple c. Epic Games

Ha tenido trascendencia mundial el caso de *Fortnite*, en el cual *Epic Games* se ha enfrentado a Apple por la imposición de las mencionadas comisiones del 30% que se explicaron anteriormente, pero también porque Epic Games introdujo una forma de pago directo a través del juego *Fortnite* para los usuarios de iOS sin el consentimiento de Apple. De la sentencia dictada por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California en 2021, cabe destacar dos aspectos: la responsabilidad de Epic Games por incumplir el contrato con Apple que estipulaba que el único método de pago era el de la App Store; y también la prohibición a Apple de impedir a los desarrolladores mostrar en las propias aplicaciones enlaces externos para el pago de sus aplicaciones a los usuarios de iOS¹³⁴. Epic Games ya ha recurrido esta sentencia, por lo que podrían producirse cambios importantes.

Es importante destacar que la sentencia de la justicia estadounidense no considera que las comisiones sean abusivas, lo que sí lo es, es impedir a los desarrolladores mostrar medios de pago alternativos a las tiendas de aplicaciones. Por eso deja claro que los

¹³¹ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store...”, cit.

¹³² COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store...”, cit.

¹³³ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store...”, cit.

¹³⁴ MORENO BELLOSO, N. *Epic Games v. Apple: A Case Summary*. Instituto Universitario Europeo. 2021. p. 1.

desarrolladores de aplicaciones no pueden incumplir los contratos que contemplan estas comisiones con las tiendas de aplicaciones. Esto también se puede aplicar a las condiciones de la Play Store de Google. La postura del Tribunal de los EEUU parece un tanto discutible al no calificar como abusivas la imposición de comisiones del 30%, teniendo en cuenta lo que ha manifestado la Comisión Europea en la investigación abierta a este mismo asunto. Por una parte, porque la App Store es la principal puerta de entrada al mercado de las aplicaciones para usuarios de iOS, y los desarrolladores tienen que aceptar esas comisiones para acceder a estos usuarios. Por otra parte, porque esta comisión repercute en el precio final que los usuarios han tenido que pagar por descargar sus aplicaciones¹³⁵.

Esta postura es poco probable que se extienda a la futura Decisión que adopte la Comisión Europea sobre el asunto antes mencionado de Apple y las plataformas de reproducción de música en *streaming*, aunque a priori parece que la Comisión Europea va a tomar una postura más drástica contra estas prácticas teniendo en cuenta lo manifestado en el Comunicado de inicio de investigaciones sobre Apple y las aplicaciones de música en *streaming*.

6.4.3 POSIBLE SOLUCIÓN

La propuesta de RMD contempla dos prohibiciones para remediar esta problemática entorno a las comisiones abusivas en las tiendas de aplicaciones. En primer lugar, según el art. 6 apartado k de la Propuesta de RMD, se prohíbe a los *gatekeepers* aplicarles condiciones discriminatorias e injustas a estas descargas. En consecuencia, no pueden cobrar comisiones abusivas por las descargas de aplicaciones competidoras de las propias aplicaciones del *gatekeeper* a través de sus tiendas de aplicaciones. De esta forma nuevos desarrolladores podrán acceder al mercado de las aplicaciones y no se restringiría la competencia efectiva en este mercado. Por lo tanto, no se podrían imponer comisiones a aplicaciones de terceros que aumenten su precio y así incentivar la descarga de las aplicaciones propias.

En segundo lugar, el art. 5 apartado c de la propuesta de RMD obliga a los guardianes de acceso a permitir a los desarrolladores de aplicaciones facilitar y/o informar sobre medios de pago alternativos al de la tienda de aplicaciones para que puedan utilizarlos los usuarios.

6.5 ABUSOS RELACIONADOS CON LOS DATOS

6.5.1 PROBLEMA

En las conductas anticompetitivas de los guardianes de acceso, tienen gran importancia los datos que recopilan, almacenan y usan los guardianes de acceso sobre la actividad que se genera dentro de sus plataformas. Para empezar, hay que destacar que los *gatekeepers* recopilan datos masivos de la actividad que generan los usuarios profesionales y consumidores en sus plataformas. Después los guardianes usan estos datos en exclusiva para obtener información sobre el mercado, y a su vez, utilizan esa información para competir contra los propios usuarios profesionales que proporcionan

¹³⁵ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store...”, cit.

esos datos, lo que les otorga una ventaja competitiva a los *gatekeepers* (por ejemplo, Caso Facebook Marketplace y Amazon Marketplace). Además, los guardianes de acceso deniegan el acceso a los usuarios profesionales a sus propios datos, y a los de los consumidores, porque de hacerlo perderían la ventaja competitiva que les proporciona conocer esa información en exclusiva. Es importante destacar que la mera recopilación de datos no supone un problema a priori desde la perspectiva del derecho de la competencia, lo que sí lo es, es el posterior análisis y utilización de los mismos que es lo que otorga una ventaja competitiva, sobre todo cuando estos datos no los pueden replicar los competidores¹³⁶. A la Comisión Europea le preocupa que los guardianes de acceso concentren de forma masiva datos y el uso que hacen de los mismos, así como que le nieguen el acceso a estos datos a sus competidores¹³⁷.

En este sentido, los datos se han convertido en “*un insumo esencial para poder competir y, por tanto, la falta de acceso a los datos puede constituir una barrera de entrada*” para los nuevos competidores en el mercado. En cambio, tener acceso a ingentes cantidades de datos sólo permite adquirir poder de mercado,¹³⁸ si se utilizan para obtener información que les permita mejorar los servicios y les proporcione una ventaja competitiva¹³⁹. Este es uno de los motivos por los que los guardianes de acceso han conseguido alcanzar una posición dominante en los mercados en los que operan, como por ejemplo el de publicidad personalizada y los e-markets. Además, las adquisiciones de otras plataformas por los guardianes de acceso han incrementado este problema, porque también supone un acceso a un mayor número de datos, tal y como se explicará en el apartado de concentraciones.

Merece especial mención el hecho de que la mayoría de *e-markets* se limitan a ser intermediarios entre proveedores y consumidores, pero se empieza a observar como alguna plataforma digital también está intentando ofrecer servicios para competir contra estos proveedores que usan su propia plataforma. En otras palabras, un proveedor está sometido a las condiciones del titular de la plataforma para vender sus productos en ella, y a su vez este titular compite con ese proveedor en la venta de productos y en esa misma plataforma en la que él es el titular¹⁴⁰. En todo este contexto, se utilizan datos para obtener ventajas competitivas.

También es necesario puntualizar que en la publicidad en línea personalizada se utilizan datos para obtener información sobre el mercado y así tener una ventaja competitiva, lo que puede vulnerar el derecho de la competencia. No por esto hay que criminalizar el modelo de negocio basado en la publicidad personalizada, porque ofrecen una publicidad más eficiente, que tiene efectos positivos al fortalecer la competencia¹⁴¹. Pero sí es importante mencionar al menos, ya que se escapa del objeto de este trabajo, que desde la perspectiva de la protección de datos y de la privacidad, tiene una serie de implicaciones negativas para los usuarios finales al realizarse un tratamiento ilegítimo de sus datos personales.

¹³⁶ RUIZ PERIS, J. I. “Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio...”, cit. p. 32.

¹³⁷ FERRER POGGIO, E.; POL CABEZAS, A. “Protección de datos y derecho de la competencia”. En: RECUERDA GIRELA, M. A. (dir). *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020. p. 128-129.

¹³⁸ OECD. *Ex ante regulation of digital markets*. 2021, p. 40 y 42.

¹³⁹ OECD. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. 2016, p. 10.

¹⁴⁰ ECHEBARRÍA SÁENZ, M. “Restricciones de acceso al mercado y plataformas...”, cit. p. 160.

¹⁴¹ CNMC. *Estudio sobre las condiciones de competencia...*, cit. p. 133.

6.5.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA

Para entender este problema es preciso conocer los dos casos más recientes que la Comisión ha iniciado contra Amazon, Google y Facebook por posible abuso de posición dominante en relación al uso de datos.

6.5.2.1 Caso Amazon Marketplace

En julio de 2019, la Comisión Europea ha abierto una investigación a Amazon por el uso de datos de usuarios profesionales en su Marketplace. Para empezar hay que diferenciar entre las dos actividades principales que desarrolla Amazon como plataforma: por una parte, actúa como minorista vendiendo productos en su propia plataforma, y por otra parte, su plataforma sirve para que otros proveedores puedan vender sus bienes y/o productos en ella “*directamente a los consumidores*”. En relación a esto, Amazon recoge todos los datos relacionados con la actividad de los proveedores en su plataforma y con los productos que venden en ésta,¹⁴² como por ejemplo “*el número de unidades de productos pedidos y enviados, los ingresos de los vendedores en el mercado, el número de visitas a las ofertas de los vendedores, los datos relacionados con el envío,*”¹⁴³ entre otros. Esta recopilación de datos puede afectar al derecho a la competencia porque Amazon podría estar utilizando esos datos sobre la actividad de los vendedores externos para la venta de sus productos como minorista a través de su propia plataforma y competir contra ellos¹⁴⁴. En otras palabras, Amazon toma decisiones comerciales y mejora sus ofertas como minorista en función de estos datos, lo que le otorga una ventaja competitiva en relación a los vendedores externos competidores¹⁴⁵. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, Amazon estaría cometiendo un abuso de posición dominante al utilizar los datos de los vendedores externos para obtener una ventaja competitiva y perjudicarlos.

6.5.2.2 Google Adtech y uso de datos

Como antes se ha adelantado en el epígrafe de “abuso en relación a anunciantes y editores”, Google desarrolla un modelo de intermediación en la publicidad gráfica entre anunciantes y/o agencias publicitarias y editores. La función principal de Google es gestionar la colocación de anuncios de estos anunciantes en las páginas web de los editores. Estos anuncios aparecen junto al contenido que publican los editores en sus páginas web. Google utiliza cookies con fines publicitarios en los otros servicios que presta, como por ejemplo su navegador Google Chrome, y así recopilar datos de los usuarios para poder conocer sus intereses. De esta forma, Google puede mostrarles a estos usuarios en los espacios publicitarios de las webs que visitan los usuarios anuncios personalizados, que previsiblemente serán de su interés. Esta forma de seguimiento de los usuarios es muy controvertida porque no está claro como la desarrolla.¹⁴⁶

Google desempeña un papel muy relevante como intermediario en este modelo, lo que ha provocado que en junio de 2021, la Comisión Europea haya abierto una

¹⁴² COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon”. 17 de julio de 2019.

¹⁴³ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation...”, cit.

¹⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon”. 17 de julio de 2019.

¹⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation...”, cit.

¹⁴⁶ MANNE, G.; BOWMAN, H.; FRUITS, E. “The Antitrust Case Against Google’s Adtech Business, Explained”, en *Truth on the Market*. 14 de septiembre de 2020.

investigación al respecto por presuntas prácticas anticompetitivas. El motivo es que Google recopila datos de los usuarios y los utiliza para ofrecerles una publicidad más personalizada en los espacios publicitarios de las páginas web, en su papel de intermediario en la publicidad gráfica en línea. El uso de estos datos puede otorgarle una ventaja competitiva en el mercado de la publicidad gráfica en línea ya que ningún otro competidor puede recopilar una cantidad de datos tan masiva, lo que crea barreras de acceso y eliminar competidores¹⁴⁷.

Estas prácticas objeto de investigación no solo vulnerarían las normas comunitarias en materia de competencia, también las relacionadas con protección de datos y privacidad de los usuarios¹⁴⁸. Por lo tanto, en este caso debe darse una respuesta conjunta, que otorgue protección al mercado digital europeo por las prácticas anticompetitivas de los guardianes de acceso y que a la vez salvaguarde el derecho a la protección de datos de los usuarios finales.

6.5.2.3 Facebook Marketplace

En 2021, la Comisión Europea ha abierto una investigación contra Facebook por presuntas prácticas que infringen el derecho de la competencia de la UE. Facebook es una red social, pero a su vez también ofrece un servicio de anuncios clasificados en línea para la compraventa de productos con su plataforma Facebook Marketplace. En Facebook Marketplace, los usuarios pueden vender sus productos, también productos de segunda mano. Es importante destacar que Facebook red social y Facebook Marketplace son plataformas distintas que desarrollan una actividad diferente¹⁴⁹.

En primer lugar, algunas plataformas de anuncios clasificados en línea se publicitan en los espacios publicitarios de la red social de Facebook. Entonces Facebook recopila datos sobre las interacciones y visualizaciones que tienen estos anuncios de plataformas de anuncios clasificados y después los analiza para mejorar su capacidad de competir contra esas mismas plataformas de las que recopiló datos, con su plataforma Facebook Marketplace. En otras palabras, se investiga si Facebook a través de sus servicios publicitarios en su red social, recopila datos sobre proveedores de anuncios clasificados con los que compete con su plataforma Facebook Marketplace en el mercado de los anuncios clasificados en línea, y los utiliza obtener una ventaja competitiva en él. En segundo lugar, aunque Facebook red social y Facebook Marketplace son plataformas distintas, Facebook Marketplace está integrada verticalmente en la red social de Facebook, algo que también estudia la Comisión Europea por si vulnera la normativa en materia de competencia de la UE.¹⁵⁰ En relación a esta integración vertical, supone un trato de favorecimiento de los servicios propios¹⁵¹. Si se constata que Facebook desarrolla estas prácticas, estaría distorsionando la competencia y se vulneraría el 102 del TFUE por abuso de posición dominante.

¹⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into posible anticompetitive conduct by Google in the online advertising...”, cit.

¹⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising...”, cit.

¹⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct of Facebook”. 4 de junio de 2021.

¹⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct of Facebook”. 4 de junio de 2021.

¹⁵¹ Ver apartado de “Autopreferencia” para conocer el problema y las posibles soluciones al mismo.

6.5.3 POSIBLE SOLUCIÓN

Para reducir este uso exclusivo de datos recopilados de forma masiva por los guardianes de acceso y evitar que abusen de su posición de dominio, el RMD opta por la portabilidad de datos como principal solución. Por un lado, el art. 6 apartado h de la propuesta de RMD, recoge la obligación de facilitar el ejercicio del derecho a la portabilidad de datos, en concreto a los datos generados por la actividad de los usuarios profesionales y finales, ante un cambio de plataforma. Por otro lado, el art. 6 apartado i de la propuesta de RMD permite a los usuarios profesionales el acceso y uso a datos generados por su actividad en la plataforma del *gatekeeper*, y a los datos generados por la interacción de los consumidores con sus servicios y productos dentro de la plataforma de ese *gatekeeper*. Para ejercer el derecho a la portabilidad de datos y de acceso, siempre hay que atender a lo estipulado en la normativa vigente en materia de protección de datos. El RMD establece una diferencia en relación a la normativa de protección de datos personales, porque reconoce los derechos a la portabilidad de datos y de acceso a los usuarios profesionales, para este asunto estrictamente¹⁵².

Hay quien apunta a que si se dejase acceder a estos datos a los competidores del guardián de acceso que tiene los datos recopilados dejaría de obtener una ventaja competitiva de los mismos, en cambio, esto supondría un gran problema desde la perspectiva de la protección de datos y de la privacidad si se tratan de datos personales¹⁵³.

Estas obligaciones parecen insuficientes para terminar con este problema porque los guardianes de acceso seguirán siendo los únicos que puedan acceder a la totalidad de esos datos, que es realmente lo que les otorga un beneficio competitivo y les permite alcanzar y/o consolidar su posición de dominio¹⁵⁴. A pesar de esto, sí que atenúa el problema que los usuarios puedan conocer los datos relacionados con su actividad en la plataforma y los datos de los consumidores que interactúan con sus productos y servicios, lo que les permitirá mejorar sus servicios y productos y ser más competitivos.

De la misma forma, hay que tener en cuenta que un acceso indiscriminado a las bases de datos de los guardianes carecería de base de legitimación para ello y supondría una clara vulneración del Derecho a la protección de datos, “*además de resultar aplicable la protección de secretos comerciales y las normas de competencia respecto de los intercambios de información comercial sensible*”¹⁵⁵. Por lo que no se puede contemplar como una opción viable para solucionar el problema.

En primer lugar, la propuesta de RMD contempla como obligación para los guardianes de acceso en su art.6.1 apartado a, “*abstenerse de utilizar, en competencia con los usuarios profesionales, cualquier dato que no sea públicamente accesible generado a través de las actividades de dichos usuarios profesionales, incluidas las de los usuarios finales de dichos usuarios profesionales, en sus servicios básicos de plataforma o proporcionado por dichos usuarios profesionales de sus servicios básicos de plataforma o por los usuarios finales dichos usuarios profesionales.*” Probablemente la Comisión Europea introdujo esta obligación de no uso de estos datos pensando en los casos abiertos a Amazon y a Google Adtech, y sería aplicable al problema del uso de

¹⁵² OECD. *Ex ante regulation of digital markets*. 2021, p. 43.

¹⁵³ OECD. *Ex ante regulation of digital markets*. 2021, p. 44.

¹⁵⁴ CABRAL, L.; HAUCAP, J.; PARKER, G.; PETROPOULOS, G.; VALLETTI, T.; VAN ALSTYNE, M. *The EU Digital Markets Act A Report...*”, cit. p. 20.

¹⁵⁵ FERRER POGGIO, E. y; POL CABEZAS, A. “Protección de datos...”, cit. p. 131-132.

datos en los e-markets y en la publicidad personalizada que controlan los guardianes de acceso. Igualmente Facebook no podría almacenar datos de competidores por la publicidad en su red social para utilizarlos y competir con ellos en el mercado de los servicios de anuncios clasificados. Esta obligación sí resultaría efectiva porque prohíbe precisamente el análisis de los datos de los usuarios profesionales, y que les permite obtener una ventaja competitiva para competir contra ellos.

Otra de las soluciones que se aportan a este problema sería la separación estructural de las dos funciones¹⁵⁶ que desarrolla Amazon, ser intermediario entre proveedores y consumidores, y ser a su vez competidor de los proveedores. Es decir, que un guardián de acceso no puede utilizar la misma plataforma para servir como intermediario entre consumidores y proveedores, y a la vez, para competir contra esos proveedores. Para desempeñar estas dos funciones tendría que hacerlo a través de dos plataformas totalmente independientes. Esta obligación tendría que complementar a la obligación de no uso de datos para competir contra ellos antes mencionada.

Asimismo, el art. 5 apartado a de la propuesta de RMD obliga a los guardianes a “*abstenerse de combinar datos personales procedentes de dichos servicios básicos de plataforma con datos personales de cualquier otro servicio que ofrezcan o con datos personales de servicios de terceros,*” salvo que los interesados hayan otorgado su consentimiento. Esta obligación sería aplicable a Google Adtech que no podría recopilar datos sobre los usuarios que usan cualquiera de sus servicios, para utilizarlos en el mercado de la publicidad gráfica personalizada.

Ante la evidente interrelación entre el derecho de la competencia y la protección de datos en todo este asunto, se podría invocar el cumplimiento del RGPD para el uso que hacen de los datos, y así evitar el abuso de posición dominante de los guardianes de acceso. En este sentido, la obligación de recabar el consentimiento de los usuarios, para el tratamiento de sus datos para intereses competitivos de los guardianes de acceso¹⁵⁷, con la finalidad de restringir el uso indiscriminado de estos datos en el ámbito de la publicidad online.

6.6 CLÁUSULAS DE PARIDAD DE PRECIOS

6.6.1 PROBLEMA

Las cláusulas de paridad de precios, de comprador más favorecido o de nación más favorecida (Most Favored Nation, de ahí las siglas MFN), “*son cláusulas incluidas en acuerdos verticales por las cuales las empresas que las pactan se comprometen a que no va a existir un trato diferente con respecto al resto de competidores*”¹⁵⁸. Estas cláusulas en el comercio electrónico obligan a los proveedores a que tanto el precio que aparece en la plataforma distribuidora como las condiciones pactadas con la

¹⁵⁶ ECHEBARRÍA SÁENZ, M. “Restricciones de acceso al mercado y plataformas...”, cit. p. 167.

¹⁵⁷ TAMAYO VELASCO, J. Big data, competencia y protección de datos: el rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada. *Revista de estudios europeos*. 2021, nº. 78, p. 193-194. Según el art. 6.1 del RGPD tiene que existir una base de legitimación para que el tratamiento de datos personales sea lícito. Según el apartado a) del mencionado artículo, el consentimiento del interesado “*para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos*”, es una de las bases de legitimación.

¹⁵⁸ ANTÓN JUÁREZ, I. “Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas online”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 2017, nº 20, p. 2.

distribuidora son las más favorables¹⁵⁹. Es decir, el proveedor en virtud de una cláusula de este tipo “*se compromete a que no va a vender sus productos a otros distribuidores a un precio más bajo o en mejores condiciones*” que a ese distribuidor con el que ha estipulado esa cláusula de paridad de precios¹⁶⁰.

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia se ha apuntado que “*cuando un distribuidor tiene una posición contractual más fuerte que el proveedor por el tamaño o público potencial al que pueden llegar uno y otro, las cláusulas de paridad de precios son un recurso muy atractivo para aquél y pueden generar efectos muy nocivos para la competencia y el consumidor, por lo que se deben analizar con sumo cuidado*”¹⁶¹. Se utilizan mucho por las grandes plataformas online de servicios de alojamiento o distribución de *e-books*.

Hay que tener presente las siguientes características del mercado digital en relación a las cláusulas de paridad de precios para entender si son contrarias al Derecho de la Competencia: la fidelidad de los consumidores con las grandes plataformas digitales, lo que les otorga gran capacidad de negociación y gran poder de mercado a estas plataformas; la posición de poder la ostenta el distribuidor (Amazon, Apple, eBay); los precios en estas plataformas son públicos, por lo que se pueden conocer los precios de los competidores¹⁶². Como consecuencia de esta transparencia en los precios, se desarrollan conductas colusorias,¹⁶³ porque esta transparencia posibilita que los competidores ajusten los precios, igualándolos lo máximo posible¹⁶⁴.

La principal consecuencia de las cláusulas de paridad de precios es que hacen que las grandes plataformas distribuidoras no compitan en precio, por tanto, se reduce la competencia entre plataformas que ofertan los mismos productos y/o servicios, porque tienen asegurado que nadie va a ofertar los productos y/o servicios a un precio inferior.¹⁶⁵

Según el grado de restricciones impuestas al proveedor, las cláusulas de paridad de precios se pueden dividir en amplias y estrechas. Por una parte, las cláusulas estrechas imponen al proveedor la prohibición de ofrecer mejores precios y condiciones más favorables en su propia página web que en la plataforma distribuidora por sus productos y servicios. Por otra parte, las cláusulas amplias no sólo establecen esta prohibición para la propia página web del proveedor, sino que también extienden la prohibición de no

¹⁵⁹ VALDÉS BURGUI, Á. “Las cláusulas de Nación Más Favorecida en el sector de las reservas hoteleras y en otras plataformas online. Tendencias en la práctica de los Tribunales y los órganos de defensa de la competencia”. En: RECUERDA GIRELA, M. Á. (dir). *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020. p. 97-98.

¹⁶⁰ ANTÓN JUÁREZ, I. “Las cláusulas de paridad de precios en el sector...”, cit. p.2.

¹⁶¹ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la expansión de la distribución electrónica”. En: ZURIMENDI ISLA, A. *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la Competencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 198. En este sentido: ANTÓN JUÁREZ, I. “Las cláusulas de paridad de precios en el sector...”, cit. p. 7.

¹⁶² FLETCHER, A.; HVIID, MORTEN. “Broad Retail Price MFN Clauses: Are they RPM “at its Worst”?”. *Antitrust Law Journal*. 2017, vol. 81, nº 1. pp. 61-98.

¹⁶³ GÜRKAYNAK, G.; GÜNER, A.; DINIZ, S./ FILSON, J., “Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline”. *Eur J. Law Econ*. 2016, nº 42, p. 129-155.

¹⁶⁴ ANTÓN JUÁREZ, I. “Las cláusulas de paridad de precios en el sector...”, cit. p.7. Como ejemplo, *United States v. General Electric*, 42 Fed. Reg. 170005 (1977), General Electric publicó su política de precios, su competidor Westinghouse adoptó una política de precios similar, coordinando durante años sus precios.

¹⁶⁵ ANTÓN JUÁREZ, I. “Las cláusulas de paridad de precios en el sector...”, cit. p. 7-8.

ofrecer un precio inferior ni condiciones más favorables en otras plataformas de distribución¹⁶⁶. Entorno a esta distinción ha surgido el debate de si deben prohibirse ambos tipos de cláusulas NMF o si deben permitirse únicamente las cláusulas estrechas. Como consecuencia de este debate, las autoridades nacionales de competencia se han posicionado de un lado y de otro, tal y como se explicará en el siguiente apartado.

En relación a la problemática expuesta, se aplica el régimen de restricciones verticales por ser “un acuerdo entre dos empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieren a condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.”¹⁶⁷

6.6.2 AUTORIDAD COMPETENCIA

Analizada la problemática que rodea a las cláusulas de paridad de precios en los contratos con las plataformas digitales, a continuación se explicarán las distintas posturas adoptadas por las autoridades de competencia al respecto.

Las autoridades de competencia nacionales se han pronunciado en varias ocasiones sobre estas cláusulas, pero en las plataformas del sector turístico. Estas cláusulas de paridad de precios garantizaban a estas plataformas hoteleras el mejor precio, impidiendo que se pudiesen ofrecer las habitaciones a un precio inferior. Por una parte, las autoridades de competencia de Suecia, Italia, Reino Unido y Francia no impusieron multa a cambio del compromiso de las agencias de viaje de eliminar las cláusulas de paridad de precios amplias, en cambio sí permitieron las cláusulas estrechas¹⁶⁸. Por otra parte, la autoridad de competencia Alemana *Bundeskartellamt*, declaró que no se pueden permitir ambos tipos de cláusulas de paridad de precios porque son una restricción de la competencia¹⁶⁹, imponiendo la correspondiente multa por las consecuencias lesivas para la competencia.

En la misma línea, la autoridad de competencia Alemana en el caso Booking 2015 consideró que estas cláusulas siempre son una restricción de la competencia¹⁷⁰. En cambio el Tribunal Superior OLG de Düsseldorf¹⁷¹, discrepó con la resolución de la Autoridad de competencia alemana, permitiendo las cláusulas de paridad de precios estrechas.

¹⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2016, p. 4 – 5. Informe realizado en colaboración con las Autoridades Nacionales de Competencia de Bélgica, República Checa, Hungría, Irlanda, Italia, Países Bajos, Suecia, Francia, Alemania y Reino Unido.

¹⁶⁷ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la expansión de la distribución electrónica”, cit. p. 201.

¹⁶⁸ VALDÉS BURGUI, Á. “Las cláusulas de Nación Más Favorecida en el sector de las reservas hoteleras y en otras plataformas online...”, cit. p. 105.

¹⁶⁹ Decisión de la Bundeskartellamt de 20 de diciembre de 2013, Asunto HRS-Hotel Reservation Service. Decisión confirmada por Tribunal Regional Superior (OLG) de Düsseldorf. Sentencia de 9 de enero de 2015. HRS-Hotel Reservation Service.

¹⁷⁰ Decisión de la Bundeskartellamt del 23 diciembre de 2015. Asunto Booking

¹⁷¹ Tribunal Regional Superior (OLG) de Düsseldorf. Sentencia de 4 junio de 2019 (VI-Kart 2/16 (V) – booking.

6.6.2.1 Libros electrónicos

La Comisión Europea investigó a Apple y a Amazon por presuntas prácticas anticompetitivas en la venta de libros electrónicos, pero no fueron multados por comprometerse a que se suprimieran las cláusulas de paridad de precios amplias pactadas en los contratos con los editores.¹⁷²

La Comisión Europea investigó a Apple por concertar un aumento de los precios minoristas de los e-books con cuatro editoriales en el EEE, en su condición de distribuidor de libros electrónicos. Hasta ese momento, Amazon era el principal distribuidor de e-books, pero Apple quiso expandir su actividad al mercado de los libros electrónicos y aumentar el precio al que los distribuía Amazon. Por eso, las cuatro editoriales y Apple acordaron adoptar un modelo de agencia, en el que los editores establecen los precios minoristas, dejando atrás el modelo mayorista utilizado hasta ese momento, en el que era el minorista quien establecía los precios. Este nuevo modelo de contrato de agencia fue a nivel mundial y con una cláusula de paridad de precios con Apple, que también se aplicó a los demás distribuidores minoristas, entre los que también se encontraba Amazon. De forma que hubo un intercambio de información entre los cuatro editores y Apple para llegar a este acuerdo. La cláusula de paridad de precios que acordaron con Apple, establecía que los editores tendrían que igualar los precios más bajos de los libros electrónicos, ofrecidos por otros minoristas, a los de la tienda iBookstore de Apple. Esta situación obligaba a Amazon a pasarse al modelo de agencia, sino perdería parte de su oferta de e-books. Se buscaba “*aumentar los precios minoristas de los libros electrónicos en el EEE*” y/o evitar que los libros electrónicos se vendiesen a precios inferiores a los de Apple, y así poder evitar la competencia en el precio. Esta estrategia en los precios no respeta la legislación de defensa de la competencia de la UE, concretamente el art. 101 apartados 1 y 3 del TFUE. Finalmente, la Comisión Europea llegó a un acuerdo con Apple y no se le impuso ninguna multa, pero tuvo que finalizar los acuerdos con las cuatro editoriales que restringían o limitaban la fijación de precios¹⁷³.

La Comisión Europea investigó a Amazon por una cuestión parecida a la anteriormente expuesta de Apple, llegando también a un acuerdo. Al estar restringiendo el acceso y dificultando el desarrollo de la actividad empresarial de otros competidores en la distribución de libros electrónicos. Concretamente, introduce cláusulas de paridad en los contratos con los editores, relacionadas con el precio y con ser informado de las condiciones acordadas con los competidores, y a poder beneficiarse de las mismas¹⁷⁴.

Es importante destacar que la Comisión Europea investigó el caso de Amazon e-books por posible abuso de posición de dominio por tratarse de unas cláusulas impuestas de forma unilateral por una plataforma con posición de dominio en el mercado¹⁷⁵. Si este

¹⁷² Comunicación de la Comisión publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo sobre el asunto AT.40153 — Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines.

¹⁷³ Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012. Caso ebooks. Esta posibilidad de decisiones de compromiso se recoge en el art. 9 del Reglamento (CE) n° 1/2003: “*Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas.*”

¹⁷⁴ Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 4 de mayo de 2017. Libro electrónico NMF y cuestiones conexas (Amazon).

¹⁷⁵ Resumen de Decisión de 4 de mayo de 2017. Libro electrónico NMF.

problema se analiza como abuso de posición de dominio siempre, el principal problema es que quedan excluidas plataformas que no tengan posición de dominio, a pesar de que tuviesen poder para imponer estas cláusulas contractuales. En el caso de guardianes de acceso como Amazon y Apple, sí se puede estudiar como abuso de posición dominante por ser tener ambos una posición dominante como distribuidores de libros electrónicos¹⁷⁶. En efecto, las cláusulas de paridad de precios impuestas por los guardianes de acceso sí se podría analizar desde esta perspectiva, porque la posición de dominio es una característica principal de los mismos, pero no se puede generalizar la aplicación del art. 102 TFUE para resolver este problema.

6.6.3 POSIBLE SOLUCIÓN

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, se podría considerar la opción de prohibir las cláusulas de paridad de precios por restringir la competencia. Esta opción parece bastante restrictiva y limitativa para los acuerdos que celebren proveedores y distribuidores. Por lo tanto, lo más adecuado sería optar por la opción de valorar las circunstancias que rodean cada caso en concreto, ya que estas cláusulas no tienen los mismos efectos en todos los mercados¹⁷⁷.

Como bien se ha dicho, se observa que tanto las autoridades de competencia nacionales como la Comisión Europea presentan puntos de vista distintos. Es por ello, que sería más que conveniente unificar criterios para valorar correctamente los efectos de estas cláusulas para la competencia en la Unión Europea¹⁷⁸.

La propuesta de RMD prohíbe las cláusulas de paridad de precios amplias en su art. 5.1 apartado b que establece la obligación de *“permitir a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso”*. Esta obligación es necesaria para minimizar las barreras de acceso que imponen los guardianes de acceso con las cláusulas de precios, en consecuencia, se diversificará la oferta y se fomentará la competencia¹⁷⁹. De este modo, podrán ofrecer sus productos fuera de las plataformas guardianes y conforme a los precios que crean convenientes.

6.7 CONCENTRACIONES

6.7.1 PROBLEMA

Antes de entrar a estudiar esta conducta anticompetitiva, es importante conocer que el concepto de concentración se establece en Reglamento comunitario de concentraciones, (en adelante, RCC). El art. 3.1 del RCC establece que hay una concentración cuando: *“cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o b)*

¹⁷⁶ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la expansión de la distribución electrónica”, cit. p. 202

¹⁷⁷ ANTÓN JUÁREZ, I. “Las cláusulas de paridad de precios en el sector...”, cit. p.11; VALDÉS BURGUI, Á. “Las cláusulas de Nación Más Favorecida en el sector de las reservas hoteleras y en otras plataformas online...”, cit. p. 105.

¹⁷⁸ ANTÓN JUÁREZ, I. “Las cláusulas de paridad de precios en el sector...”, cit. p. 11.

¹⁷⁹ ECHEBARRÍA SÁENZ, M. “Restricciones de acceso al mercado y plataformas...”, cit. p. 170.

la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas”. Asimismo, el art. 3.2 del RCC especifica cuando se habla de “control” en este contexto, resulta “de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”.

En la última década, los gigantes tecnológicos (Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft) han realizado 400 concentraciones¹⁸⁰. Algunas han sido bastante relevantes y objeto de debate, como la de Apple/Shazam, Facebook/Whatsapp, Microsoft/LinkedIn. Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, existe una problemática en relación a la adquisición y fusión de grandes plataformas tecnológicas.

Por una parte, las fusiones de grandes plataformas digitales tienen relevancia, porque consiguen aglutinar un gran poder de mercado, en algunos casos, alcanzando una posición monopolística. Esta situación de gran poder afecta a la competencia, al reducir las posibilidades de que otros competidores puedan desarrollarse y progresar. También obliga a los consumidores, anunciantes y usuarios profesionales a aceptar todas las condiciones para continuar en el mercado digital¹⁸¹. Además, generan otro problema al posibilitar la transmisión de datos entre las empresas fusionadas, permitiendo la acumulación de datos en enormes bases de datos, que podrían contribuir en la reducción de la competencia. Este tipo de concentraciones tienen importancia para el Derecho de la competencia, por las implicaciones que tiene “la concentración de operadores con acceso a grandes cantidades de datos e información comercial sensible” en la economía digital¹⁸².

Por otra parte, las grandes plataformas digitales desarrollan una práctica conocida como *killer acquisitions*¹⁸³, están expectantes ante la aparición de cualquier posible nuevo competidor que empiece a destacar en el mercado digital por su potencial innovador (“startups”), para adquirirlo y así eliminar cualquier posibilidad de competencia. De ahí la necesidad de examinar estas concentraciones en detalle por los relevantes efectos anticompetitivos y perjuicios a los consumidores que pueden causar. Llega un momento

¹⁸⁰ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF UNITED STATES. *Investigation of Competition...*, cit. p. 405 - 449.

¹⁸¹ FURMAN, J.; COYLE, D.; FLETCHER, A.; MCAULEY, D; MARSDEN, P. *Unlocking digital competition. Report of the digital competition expert panel*. 2019, p. 92-93; SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF UNITED STATES. *Investigation of Competition...*, cit. p. 386-387 y 392-394.

¹⁸² DÍEZ ESTELLA, F. “La aplicación del Derecho de Competencia en la era digital (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam, y el Informe de la Comisión Europea de Abril 2019)”. En: RECUERDA GIRELA, M. Á. *Anuario de Derecho de la competencia (2019)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019. p. 231-262.

¹⁸³ TRONCOSO FERRER, M. “La Ley de Mercados Digitales (DMA), cuestiones abiertas”, en *Gómez-Acebo & Pombo*. 22 de febrero de 2021.

en el que el número de competidores se reduce tanto que genera riesgos para la competencia, causado perjuicios a los consumidores¹⁸⁴.

Se ha evidenciado la necesidad de actualizar los criterios de notificación y los de aprobación de las concentraciones por los siguientes motivos. En primer lugar, según lo establecido por el art. 4.1 del RCC, no es obligatoria la comunicación de la mayoría de estas concentraciones a la Comisión Europea porque no alcanzan el volumen de negocios establecido en el art. 1 apartados 2 y 3 RCC. Por este motivo, las adquisiciones de *startups* no se evaluaron porque no era obligatoria su notificación al no alcanzar el volumen de negocios estipulado en el art. 1 apartados 2 y 3 del RCC. En algunos países ya han empezado a introducir nuevos criterios para notificar las concentraciones, como por ejemplo, un umbral sobre el valor de la transacción para abordar este problema¹⁸⁵.

En segundo lugar, las concentraciones de notificación obligatoria, sí fueron evaluadas conforme a los criterios del art. 2 del RCC y fueron autorizadas por la Comisión Europea. El art. 2.1 establece como criterios para evaluar las concentraciones: “*a) la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad; b) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia*”. También el art. 2.2 del RCC establece como criterio a tener en cuenta que las concentraciones “*no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.*” Por lo tanto, los criterios del art. 2 del RCC resultan insuficientes para evaluar estas concentraciones en los mercados digitales porque no fueron eficaces para detectar la concentración de poder que dio lugar a que estas grandes plataformas alcanzasen una posición dominante. Tampoco detectaron la eliminación de competidores y el freno de la innovación que han supuesto estas concentraciones en los mercados digitales. En el momento de autorizar estas concentraciones se dan una serie de dificultades que no se han presentado en otros sectores más convencionales y que impiden evaluar correctamente estas operaciones como la inexperiencia en los mercados digitales y la falta de acceso a información de las plataformas. Respecto a este problema, debe señalarse que una excesiva intervención en las concentraciones supone una intromisión ilegítima en la libertad de empresa, por lo que se debe regular un

¹⁸⁴ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 244.

¹⁸⁵ MONOPOLKOMMISSION. “10th amendment to the Competition Act”. *Policy Brief*. 2020. Se ha establecido este criterio por las elevadas cantidades que se pagan por una empresa con poca cuota de mercado, en Alemania (400 millones) y en Austria (200 millones).

modelo en el que las concentraciones no reduzcan “la competencia, el libre mercado y la libre iniciativa empresarial y la innovación”¹⁸⁶.

6.7.2 AUTORIDAD DE COMPETENCIA

Para entender la problemática que supone la concentración de grandes operadores con acceso a grandes cantidades de datos, es importante tener presente los casos de Facebook/ Whatsapp, y el de Apple/Shazam.

6.7.2.1 Facebook/Whatsapp

Facebook compró Instagram en 2012 y WhatsApp en 2013, siguiendo una estrategia para conseguir una posición monopolística en las redes sociales. Tras las investigaciones pertinentes, la Comisión Europea autorizó que Facebook adquiriese Whatsapp. Por varias razones, consideró que Facebook Messenger y Whatsapp no son competidores cercanos, y que la entidad fusionada seguiría teniendo una competencia suficiente en el mercado y que existía una amplia oferta de aplicaciones para los consumidores¹⁸⁷.

Entre los planes de Facebook, está el de integrar más las tres aplicaciones, esto podría aumentar el problema de comunicación de datos de los usuarios de Instagram y WhatsApp con Facebook, lo que aumentaría el dominio de Facebook en el mercado de la publicidad personalizada en línea¹⁸⁸. En este caso, la concentración de poder en las redes sociales, tendría consecuencias negativas para la competencia en los espacios donde opera Facebook.

Los hechos posteriores evidencian la insuficiencia de los controles realizados. Facebook facilitó información engañosa o incorrecta durante la investigación de la adquisición de Whatsapp, infringiendo esta obligación del art. 11 del RCC. A este respecto, Facebook dijo que no podía vincular las cuentas de los usuarios de Facebook con las de Whatsapp, algo que técnicamente podía hacer y eran conscientes de ello. A pesar de la multa impuesta, la Comisión Europea concluye que esta información incorrecta no fue decisiva a la hora de autorizar la concentración¹⁸⁹. En relación a esto, la Agencia Española de Protección de Datos (entre otras) ha sancionado a Facebook y Whatsapp, con 300.000 euros a cada una en 2018, por las graves implicaciones que esto tiene para la privacidad de sus usuarios.

6.7.2.2 Apple/Shazam:

La otra adquisición relevante en el grupo GAFa, es la de la aplicación de reconocimiento de canciones, Shazam. La Comisión Europea autorizó la adquisición de Shazam, al considerar que no es una aplicación competidora de Apple Music, porque prestan distintos servicios (reconocimiento de canciones y reproducción de música en *streaming*). También, concluyó que la adquisición de Shazam no restringía la competencia de competidores directos de Apple Music, como Spotify. Otro aspecto importante que se valoró fue el acceso a datos de competidores directos a través de la

¹⁸⁶ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 244, 252 y 256.

¹⁸⁷ COMISIÓN EUROPEA. “Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook”. 3 de octubre de 2014.

¹⁸⁸ JASSO GARCÍA, O. “Las potencias mundiales...”, cit. p. 73-85.

¹⁸⁹ Decisión de la Comisión de 18 de mayo de 2017. Caso *Facebook/WhatsApp*.

aplicación Shazam, ya que Shazam al reconocer una canción, ofrece al usuario el enlace para escucharla en Apple Music y en Spotify. La Comisión Europea concluyó que no excluye a competidores de Apple, ya que ni Shazam es una puerta de acceso al mercado de servicios de *streaming*, ni el acceso a los datos de Shazam le permitirá adquirir a Apple capacidad para excluirlos ni obtener una ventaja competitiva única¹⁹⁰.

A día de hoy, cuando Shazam ofrece el resultado de cualquier canción, se puede ver como da preferencia a Apple Music para reproducir las canciones. Incluso promociona “*3 meses gratis en Apple Music*” junto al resultado de búsqueda. Para poder reproducirla en otros competidores de Apple, hay que acceder a otras opciones, y ahí ofrece otra vez la posibilidad de reproducirla en Apple Music, pero también en Spotify y Youtube Music. Por lo tanto, Apple si da preferencia a su propio servicio de música en *streaming* (incluso lo promociona con una oferta), frente al de sus competidores directos, Spotify y Youtube Music (Google). Por otra parte, esta situación era previsible desde un principio y evidencia otro fallo en el control de estas operaciones.

En líneas generales, la Comisión Europea tiene distinto punto de vista sobre el uso de datos por los guardianes de acceso, teniendo en cuenta su postura en las concentraciones o en las conductas restrictivas, por ejemplo en la publicidad en línea. La razón está en el momento en que se valora el impacto anticompetitivo del papel de los datos, ya que no es lo mismo predecirlo, como sucede con las concentraciones, que estudiar el impacto que han tenido en el mercado *ex post*, como ocurre con conductas restrictivas¹⁹¹. En este sentido, se indica que es un sector “*rápidamente cambiante, fragmentado, y sujeto a alteración radical por la innovación tecnológica*”, por lo que el futuro “*del sector en su conjunto es totalmente impredecible.*”¹⁹²

En todo caso, la Comisión Europea comienza a detectar estos problemas que ocasionan estas prácticas de las grandes plataformas tecnológicas, por lo tanto, no se escapan al alcance de la propuesta de RMD. Las concentraciones incontroladas, junto al acceso a ingentes cantidades de datos, dieron lugar a las grandes plataformas consolidaran su posición de dominio y abusaran de ella, así como expandirse con facilidad a mercados adyacentes¹⁹³.

6.7.3 POSIBLE SOLUCIÓN

El art. 12.1 de la propuesta de Reglamento de Mercados Digitales establece la obligación de informar a la Comisión Europea sobre cualquier concentración “*que implique a otro proveedor de servicios de plataformas básicas o de cualquier otro servicio prestado en el sector digital*”, con independencia del cumplimiento de otras obligaciones impuestas por la normativa de competencia¹⁹⁴. Es decir, se tendrán que comunicar concentraciones en el ámbito de las plataformas digitales que a día de hoy están exentas de comunicación por la normativa existente sobre competencia. La delimitación del tipo de concentraciones que se deberán comunicar es muy abierta en lo relativo a “*cualquier*

¹⁹⁰ Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018. Asunto Apple / Shazam

¹⁹¹ DÍEZ ESTELLA, F. “La aplicación del Derecho de Competencia en la era digital...”, cit. p. 231-262.

¹⁹² Se evaluó la fusión entre dos plataformas digitales para hacer ratings de productos financieros. *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, nº 13-cv-00133-WHO, slip op. (N.D. cal, 8 January 2014). Nn. 19-20.

¹⁹³ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 244 y 267.

¹⁹⁴ Esta línea también se sigue en la propuesta de reforma de la ley de competencia alemana Referentenentwurf-GWB.

otro servicio prestado en el sector digital”, ya que se tendrá que comunicar cualquier concentración en el sector digital. Además, esta obligación del RMD se configura como una herramienta de vigilancia para conocer las concentraciones en las que intervengan los guardianes de acceso, en ningún caso implica que sea necesaria la autorización de la Comisión¹⁹⁵.

Se pueden establecer nuevos criterios de aprobación basándose en la experiencia generada después de una gran cantidad de concentraciones en el mercado digital en los últimos años, otorgando seguridad jurídica al análisis y valoración de estas concentraciones¹⁹⁶. De forma breve, la doctrina aporta algunos criterios para evaluar las concentraciones, basándose en las concentraciones realizadas hasta el momento. Uno de los criterios sugeridos es analizar las posibles consecuencias que puede tener una concentración en otros mercados interdependientes¹⁹⁷. También estudiar la prestación de servicios a “*coste cero*”, porque los usuarios facilitan datos que tienen valor económico para las plataformas y que igualmente les proporcionan información útil¹⁹⁸. Poner especial atención en la adquisición de *startups*, al ser conocida esta práctica de las grandes plataformas, también en las que no son competidoras directas, porque a veces las adquieren para introducirse en nuevos mercados. Existe una alta probabilidad de que sean anticompetitivas las concentraciones horizontales entre empresas con cierto poder y cuota de mercado porque así se ha podido constatar con los antecedentes que existen sobre concentraciones en el sector de las plataformas digitales.¹⁹⁹ Otro de los criterios a analizar es si los datos que recopilan grandes empresas fusionadas, los pueden recopilar el resto de empresas. Este es un factor clave para ver si las empresas fusionadas tienen “*una situación de posición dominante en relación con el uso de datos que pueda constreñir la competencia y la posibilidad de acceso por sus competidores*”²⁰⁰.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los guardianes de acceso son grandes plataformas que sirven como puerta de acceso o intermediarios entre usuarios profesionales y consumidores. Tienen una posición arraigada y duradera, operan en varios mercados y se benefician de los efectos de red que caracterizan estos mercados. Como consecuencia, han podido desarrollar conductas anticompetitivas con las que se han expandido y consolidado su poder en los mercados digitales y con las que han perjudicado a los usuarios profesionales y consumidores que utilizan sus plataformas.

La propuesta de Reglamento de Mercados Digitales se aplicará sólo a las plataformas que sean designadas como guardianes de acceso. Para que una gran plataforma sea designada como guardián de acceso, tiene que ser un “proveedor de servicios básicos de

¹⁹⁵ TRONCOSO FERRER, M. “La Ley de Mercados Digitales (DMA), cuestiones abiertas”, en *Gómez-Acebo & Pombo*. 22 de febrero de 2021.

¹⁹⁶ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 252.

¹⁹⁷ EVANS, D.; SCHMALENSEE, R. “The antitrust analysis of multi-sided platform businesses”. *NBER Working Paper*. 2013, nº 18783, p. 11- 27.

¹⁹⁸ FURMAN, J.; COYLE, D.; FLETCHER, A.; MCAULEY, D.; MARSDEN, P. *Unlocking digital competition...*, cit. p. 92-93; MOTTA, M./ PEITZ, M. “Big Tech Mergers”. *Information Economics and Policy*. 2021, vol. 54, p. 3.

¹⁹⁹ ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”, cit. p. 262-263.

²⁰⁰ CORRAL CANDIA, S. “El big data y el abuso de posición dominante”. Director: GARCÍA VIDAL, Á. Trabajo fin de grado. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2021. p. 23.

plataforma”. Además tiene que presentar tres condiciones y superar unos umbrales cuantitativos asociados a cada una de esas tres condiciones para ser designado como guardián de acceso. Estas tres condiciones son: una repercusión significativa en el mercado interior, ser puerta de acceso para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales y una posición afianzada y duradera. Los umbrales cuantitativos asociados hacen referencia a los valores de capitalización bursátil, volumen de negocios y número de usuarios de estas grandes plataformas.

SEGUNDA.- La principal consecuencia de que se designe a una plataforma como guardián de acceso es que tendrá que cumplir una serie de obligaciones y prohibiciones que contempla la propuesta de RMD. Estas obligaciones y prohibiciones se basan en la experiencia de la Comisión Europea investigando y sancionando las conductas anticompetitivas que han desarrollado las grandes plataformas digitales. Cuando entre en vigor el RMD, si un guardián de acceso incumple las obligaciones y las prohibiciones del RMD, la Comisión Europea le aplicará el régimen sancionador contemplado en el propio RMD para estas infracciones.

TERCERA.- El principal objetivo del RMD es garantizar una competencia efectiva, reduciendo las barreras de entrada y facilitando la expansión de plataformas emergentes y de PYMES, para que así tengan opciones reales de competir con las grandes plataformas. El RMD tiene la finalidad de ser una regulación *ex ante* para las prácticas anticompetitivas de los guardianes de acceso y así complementar la actual normativa en materia de competencia de la UE y de los Estados miembros.

CUARTA.- El abuso de posición de dominio se contempla en el art. 102 TFUE que establece una lista abierta de conductas que se consideran abusivas, lo cual permite considerar abuso de dominio conductas no contempladas específicamente en ella. Para saber si se produce un abuso de posición de dominio, primero hay que comprobar si la plataforma tiene posición de dominio, y si la tiene, comprobar si una conducta determinada es abusiva. Por un lado, si una plataforma tiene posición de dominio, hay que determinar si tiene suficiente poder económico como para obstaculizar que se desarrolle una competencia efectiva en el mercado de referencia y si puede operar en el mercado con independencia de sus competidores. También se estudia la existencia de barreras de mercado y cuotas de mercado altas. En el caso de los guardianes de acceso todos tienen posición de dominio porque es un elemento que forma parte de las características de los guardianes de acceso. Por otro lado, para saber si una plataforma digital está abusando de su posición de dominio, hay que tener presente si establece barreras de acceso al mercado a nuevos competidores, si reduce la capacidad competitiva de los demás competidores existentes y de los potenciales y si desarrolla conductas que puedan perjudicar la competencia efectiva del mercado relevante. De ser esto así, estaría infringiendo el art. 102 TFUE. En los mercados digitales, conductas como autofavorecer los propios servicios perjudicando a competidores, vincular aplicaciones y servicios, utilizar datos de competidores para consolidar la posición dominante, entre otras, pueden ser constitutivas de abuso de posición dominante. En este sentido, la Comisión Europea ha sancionado a las grandes plataformas por desarrollar estas conductas y considerarlas un abuso de posición de dominio.

La normativa vigente en materia de competencia es una regulación *ex post*, y en concreto el art. 102 TFUE, sanciona y pone fin a las conductas que suponen un abuso de posición de dominio. Pero en los mercados digitales también es necesario una regulación *ex ante* para detectar y evitar que los guardianes de acceso inicien estas

conductas. El motivo es que la regulación *ex post* resulta insuficiente, aunque se sancionen y se les impida seguir desarrollando esas conductas, porque sus efectos perjudiciales en los mercados digitales son irreversibles.

QUINTA.- En el mercado de publicidad en línea, los guardianes de acceso desarrollan conductas abusivas en relación a los anunciantes y propietarios de las páginas web. Existe una clara falta de transparencia en relación a la información sobre la actividad como intermediarios de anuncios de los guardianes de acceso en este mercado, tanto para los anunciantes como para los editores. Así como imposición de condiciones de exclusividad o de posición preferente a los anuncios de los servicios de publicidad de los guardianes. La respuesta que da la propuesta de RMD a este problema se centra en corregir esta falta de transparencia. A pesar de esto, no supone una solución integral al problema porque no aborda las cláusulas de exclusividad ni la exigencia de un trato preferencial de anuncios de los *gatekeepers*.

SEXTA.- Las grandes plataformas digitales desarrollan varios servicios básicos de plataforma en mercados digitales conexos y los integran de forma vertical y/u horizontal unos en otros. En este contexto, las grandes plataformas desarrollan conductas de autofavorecimiento de sus propios servicios para ganar poder de mercado, y para extender su posición dominio de un mercado a otros mercados conexos, de forma que utiliza un servicio, en el que están integrados verticalmente sus otros servicios, para darles a esos otros servicios un trato favorable. Uno de los ámbitos donde ha tenido más relevancia la autopreferencia es en los rankings, por eso el RMD, se centra en prohibir que los *gatekeepers* proporcionen un trato más favorable en los rankings a sus propios servicios. Esta solución resulta insuficiente para abordar este problema porque solo prohíbe la autopreferencia en los rankings, dejando fuera la autopreferencia en cualquier otro ámbito de actuación de los guardianes.

SEPTIMA.- Las vinculaciones que hacen los guardianes de acceso con sus propios servicios suponen un problema para la competencia. Esta conducta consiste en que para poder adquirir un servicio, hay que adquirir otro servicio que está vinculado al primero, de forma conjunta. Cuando estas vinculaciones están justificadas por el correcto funcionamiento de los servicios, no son una conducta abusiva. La preinstalación de aplicaciones es una forma de vinculación y puede resultar abusiva, sobre todo si se exige la preinstalación de aplicaciones exclusivamente de un solo competidor. Además, la vinculación de una aplicación para poder incluir un sistema operativo y no facilitar información sobre la interoperabilidad a sus competidores también es abuso de posición de dominio. Los guardianes aprovechan sus posiciones de dominio en el mercado de sistemas operativos y la necesidad que tienen los fabricantes de incluir sus sistemas operativos en los dispositivos que comercializan, para imponerles a estos condiciones abusivas que dejan fuera del mercado a otros competidores de sistemas operativos. Por eso, la interoperabilidad y obligar a los *gatekeepers* a posibilitar que los usuarios desinstalen las aplicaciones preinstaladas previstas en el RMD, son fundamentales para equilibrar la competencia en el mercado de los sistemas operativos.

OCTAVA.- Google y Apple controlan las tiendas de aplicaciones, las cuales son puertas de acceso entre los desarrolladores de aplicaciones y los consumidores, y a su vez estos guardianes desarrollan sus propias aplicaciones. Se aprovechan de esta situación de dependencia y de su posición dominante para cobrar comisiones abusivas por las descargas de aplicaciones, impidiendo que los desarrolladores faciliten métodos de pago alternativos a los consumidores para eludir el pago de estas comisiones. Estas

comisiones buscan aumentar los beneficios de su tienda y encarecer las aplicaciones de otros desarrolladores para disuadir a los usuarios finales de descargar aplicaciones de competidores porque tienen un precio superior a las propias. Esta política resulta abusiva para los consumidores porque las comisiones que cobran los guardianes repercuten en el precio final que pagan. Para afrontar este problema, las prohibiciones del RMD de aplicar comisiones injustas y discriminatorias a estas descargas y de impedir a los desarrolladores que informen sobre medios de pago alternativos, evitarían que los guardianes de acceso abusaran de su posición de dominio.

NOVENA.- Los guardianes de acceso recopilan datos en exclusiva sobre la actividad que llevan a cabo dentro de sus plataformas los usuarios profesionales y consumidores. En cambio, estos usuarios profesionales no pueden acceder a esos datos porque se lo impiden los gatekeepers. Los guardianes de acceso analizan estos datos recopilados para obtener información sobre el mercado y sobre los propios usuarios profesionales, y utilizan esta información obtenida para competir en situación de ventaja contra estos usuarios profesionales que actúan dentro de su plataforma. En consecuencia los datos se han convertido en un elemento esencial para competir debido a la información sobre el mercado que proporcionan. Esta conducta supone un abuso de posición dominante y el RMD contempla como soluciones a este problema la portabilidad de datos y el acceso de los usuarios profesionales a los datos generados por su actividad en la plataforma guardián. También se establece la prohibición del análisis de los datos de los usuarios profesionales para evitar que los guardianes de acceso compitan contra ellos en una situación de ventaja. Asimismo la prohibición de combinar datos personales de distintos servicios de plataforma de los guardianes de acceso impide que se obtengan ventajas competitivas a partir de los mismos.

DÉCIMA.- Las cláusulas de paridad de precios se utilizan para pactar entre proveedor y distribuidor que los precios que se muestran en la plataforma del distribuidor son los más favorables del mercado, es decir, que ninguna otra plataforma va a ofrecer unos precios inferiores y condiciones más favorables para distribuir los productos de ese proveedor que los de ese distribuidor. El principal perjuicio que causan es que las plataformas dejan de competir en precio porque tienen asegurado que ningún otro competidor va a ofertar los servicios y/o productos a un precio inferior. En los sectores en los que más se usan son el de reservas hoteleras y e-books. La Comisión Europea consideró que Amazon y Apple abusaban de su posición de dominio en el mercado de los libros electrónicos al pactar estas cláusulas con los editores. No existe una opinión unánime sobre la prohibición de estas cláusulas, es decir, sobre si se deben prohibir todas las cláusulas de paridad de precios o sólo las amplias, pero el RMD aboga por prohibir solo las cláusulas amplias que son las que impiden ofrecer los servicios y/o productos a un precio inferior en cualquier página web.

UNDÉCIMA.- Los guardianes han conseguido consolidar un gran poder de mercado, alcanzando una situación monopolística en algunos casos, con la adquisición de otras plataformas. Además, los guardianes de acceso han estado expectantes ante la aparición de cualquier posible nuevo competidor en el mercado que empiece a destacar por su potencial innovador para adquirirlo y así eliminar la aparición de cualquier posibilidad de competencia. La permisibilidad de las autoridades de competencia con las concentraciones de las grandes plataformas ha causado un gran problema desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Esta situación ha evidenciado la necesidad de actualizar los criterios de notificación de concentraciones de las plataformas y los criterios de aprobación de las autoridades de competencia, ya que los existentes no

fueron eficaces para detectar los perjuicios que se han causado a la competencia efectiva de los mercados digitales. La propuesta de RMD obligará a los guardianes de acceso a notificar cualquier concentración que lleven a cabo para solucionar este problema, aunque no sea obligatoria su notificación a tenor de los criterios del RCC.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J. “El caso Google-Android”, en *Almacén de Derecho*. 15 de diciembre 2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/caso-google-android>

ALLENDESALAZAR, R. “Plataformas digitales y big data: retos para el Derecho de la Competencia; especial referencia al control de concentraciones”. En: RECUERDA GIRERLA, M. A. (dir). *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. Cizur Menor: Cizur, 2020. p. 407-442.

ANTÓN JUÁREZ, I. “Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas online”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 2017, nº 20, p. 1-12.

BOURREAU, M.; DE STREEL A. *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. 2019. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3350512>

CABRAL, L.; HAUCAP, J.; PARKER, G.; PETROPOULOS, G.; VALLETTI, T.; VAN ALSTYNE, M. The EU Digital Markets Act A Report from a Panel of Economic Experts. *Publications Office of the European Union*, 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3783436>

CHAMIZO RENAU, J. “El sistema de control de la competencia en el mercado europeo y los últimos acontecimientos. Análisis del caso Google Shopping, la mayor sanción de la historia”. *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*. 2018, nº 65, p.75-90.

CNMC. *Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España*. 2021. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3626347_16.pdf

COMISION EUROPEA. “La Comisión concluye la investigación sobre Microsoft, le impone medidas correctivas para que modifique su conducta y le aplica una multa”. 24 de marzo de 2004. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_04_382

COMISIÓN EUROPEA. *Multas por incumplir el Derecho de la Competencia*. 2011. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf

COMISIÓN EUROPEA. “Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook”. 3 de octubre de 2014. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088

COMISIÓN EUROPEA. *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf

COMISIÓN EUROPEA. “Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de precios que supuestamente vulneran la normativa de la UE”. 14 de julio de 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_2532

COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas”. 27 de junio de 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784

COMISIÓN EUROPEA. “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google”. 18 de julio de 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon”. 17 de julio de 2019. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291

COMISIÓN EUROPEA. “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”. 10 de noviembre de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077

COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers”. 30 de abril de 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061

COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct of Facebook”. 4 de junio de 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2848

COMISIÓN EUROPEA. “Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector”. 22 de junio 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143

COMISIÓN EUROPEA. “Norma sobre mercados digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”. 23 de noviembre de 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_20_2349

CORRAL CANDA, S. “El big data y el abuso de posición dominante”. Director: GARCÍA VIDAL, Á. Trabajo fin de grado. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2021. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/27078>

DÍEZ ESTELLA, F. “La aplicación del Derecho de Competencia en la era digital (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam, y el Informe de la Comisión Europa de Abril 2019)”. En: RECUERDA GIRELA, M. Á. *Anuario de Derecho de la competencia (2019)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019. p. 231-262.

DÍEZ ESTELLA, F. “Plataformas digitales y Derecho de la competencia”, en *Almacén de Derecho*. 26 de agosto de 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/48508-2>

ECHEBARRÍA SÁENZ, M. “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”. *Revista de Estudios Europeos*. 2021, nº 78, p. 154-182.

EVANS, D.; SCHMALENSEE, R. “The antitrust analysis of multi-sided platform businesses”. *NBER Working Paper*. 2013, nº 18783, p. 1-38.

FERNÁNDEZ BUSTILLO, C. “Auto favorecimiento en mercados digitales”. En: RECUERDA GIRELA, M.A. (dir). *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020. p. 301-328.

FERRER POGGIO, E.; POL CABEZAS, A. “Protección de datos y derecho de la competencia”. En: RECUERDA GIRELA, M. A. (dir). *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020. p. 128-129.

FLETCHER, A.; HVIID, MORTEN. “Broad Retail Price MFN Clauses: Are they RPM “at its Worst”?”. *Antitrust Law Journal*. 2017, vol. 81, nº 1. p. 61-98.

FURMAN, J.; COYLE, D.; FLETCHER, A.; MCAULEY, D; MARSDEN, P. *Unlocking digital competition. Report of the digital competition expert panel*. 2019. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>

GARCÍA GANCEDO, S. “Google y su abuso de posición”. *RUE: Revista universitaria europea*, 2017, nº 27, p. 143-162.

GONZÁLEZ CASTILLA, F. *La economía colaborativa ante el Derecho de la Competencia. Una introducción al análisis antitrust y regulatorio de las plataformas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

GORRIZ LÓPEZ, C. “Distribución comercial y Derecho de la competencia: pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. 2010, nº 6, p. 21-59.

GÜRKAYNAK, G.; GÜNER, A.; DINIZ, S./ FILSON, J., “Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline”. *European journal of law and economics*. 2016, nº 42, p. 129-155.

HERGUERA GARCÍA, I. “Competencia y regulación de (algunas) plataformas digitales en la UE”. *Documentos de trabajo (FEDEA)*. 2021, nº 10.

HERRERO SUÁREZ, C. “Gigantismo empresarial en los mercados digitales.¿ Una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?”. *Revista de estudios europeos*. 2021, nº 78, p. 111-124.

IBÁÑEZ COLOMO, P. *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*. 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3654083>

JASSO GARCÍA, O. “Las potencias mundiales contra las Big Tech”. *Publicación del Laboratorio de estudios sobre empresas transnacionales*. 2021, nº 11, p. 73-85.

MANNE, G.; BOWMAN, H.; FRUITS, E. “The Antitrust Case Against Google’s Adtech Business, Explained”, en *Truth on the Market*. 14 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://truthonthemarket.com/author/mannebowmanfruits/>

MONOPOLKOMMISSION. “10th amendment to the Competition Act”. *Policy Brief*. 2020. Disponible en: https://www.monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_4_en.pdf

MORALES BARCELÓ, J. “Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. 2021, nº 28.

MORENO BELLOSO, N. *Epic Games v. Apple: A Case Summary*. Instituto Universitario Europeo. 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3941761>

MOTTA, M./ PEITZ, M. “Big Tech Mergers”. *Information Economics and Policy*. 2021, vol. 54.

NALEBUFF, B. “Bullding as an Entry Barrier”. *The Quarterly Journal of Economics*. 2004, vol. 119, nº 1, p. 159-187.

OECD. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. 2016. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>

OCDE. *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*. 2021. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>

OECD. *Data Portability, Interoperability and Digital Platform Competition*. 2021. Disponible en: <http://oe.cd/dpic>

PARLAMENTO EUROPEO. “Digital Markets Act: ending unfair practices of big online platform”. 23 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20211118IPR17636/digital-markets-act-ending-unfair-practices-of-big-online-platforms>

PARLAMENTO EUROPEO. “La Ley de Mercados Digitales y la Ley de Servicios Digitales, explicadas”. 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20211209STO19124/la-ley-de-mercados-digitales-y-la-ley-de-servicios-digitales-explicadas>

RUIZ PERIS, J. I. “Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: la nueva propuesta europea de Digital Market Act”. En: MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. (dir). *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*. Valencia: Tirant, 2021. p. 29-64.

SILVA PONCE DE LEÓN, C. *Apuntes para el análisis previo a la investigación de la Comisión Europea sobre Android*. 2016. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/299423511_Apuntes_para_el_analisis_previo_a_la_investigacion_de_la_Comision_Europea_sobre_Android

SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF UNITED STATES. *Investigation of Competition in Digital Markets*. 2020. Disponible en: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519

TAMAYO VELASCO, J. “Big data, competencia y protección de datos: el rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada”. *Revista de estudios europeos*. 2021, nº 78, p. 183-202

TAMAYO VELASCO, J. “Algunas reflexiones en torno al caso Google Search: la Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021”. *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. 2021, nº 29.

TAPIA OLMOS, J. “OCDE: ¿Qué hacer con abusos de posición dominante en mercados digitales?”, en *CECO*. 28 de octubre de 2020. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/ocde-que-hacer-con-abusos-de-posicion-dominante-en-mercados-digitales/>

TRONCOSO FERRER, M. “La Ley de Mercados Digitales (DMA), cuestiones abiertas”, en *Gómez-Acebo & Pombo*. 22 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.ga-p.com/blog/la-ley-de-servicios-digitales-dma-cuestiones-abiertas/>

VELASCO SAN PEDRO, L. A. “El papel del Derecho de la Competencia en la era digital”. *Revista de Estudios Europeos*. 2021, nº 78, p. 93-110.

VALDÉS BURGUI, Á. “Las cláusulas de Nación Más Favorecida en el sector de las reservas hoteleras y en otras plataformas online. Tendencias en la práctica de los Tribunales y los órganos de defensa de la competencia”. En: RECUERDA GIRELA, M. Á. (dir). *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020. p. 97-118.

ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la expansión de la distribución electrónica”. En: ZURIMENDI ISLA, A. *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la Competencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 169 - 240.

ZURIMENDI ISLA, A. “Cuestiones controvertidas tras la irrupción de los grandes gigantes tecnológicos”. En: ZURIMENDI ISLA, A. *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la Competencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 241 - 306.

DECISIONES Y RESOLUCIONES DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 1999. Expte. R344/98, Aluminios Navarra.

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 1999. Expte. 441/98, Electra Avellana.

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 1999. Expte. R 362/99, Bacardí.

Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 24 de mayo de 2006, en el asunto AT.37792 Microsoft.

Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012, en el asunto AT.39847 ebooks.

Decisión de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012, en el asunto AT.39847 ebooks

Decisión de la Bundeskartellamt de 20 de diciembre de 2013, en el asunto HRS-Hotel Reservation Service.

Decisión de la Bundeskartellamt de 23 de diciembre de 2015, en el asunto Booking.

Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 4 de mayo de 2017, en el asunto AT.40153 Libro electrónico NMF y cuestiones conexas (Amazon).

Decisión de la Comisión Europea de 18 de mayo de 2017, en el asunto M.7217 Facebook/WhatsApp.

Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2017, en el asunto AT.39740 Google Shopping

Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2017, en el asunto AT.39740 Google Shopping.

Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018, en el asunto AT.40099 Google Android.

Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018, en el asunto AT.40099 Google Android.

Resumen de Decisión de la Comisión Europea de 20 de marzo de 2019, en el asunto AT.40411 Google AdSense.

Decisión de la Comisión Europea de 20 de marzo de 2019, en el asunto AT.40411 Google AdSense.

Resolución de la Autoridad de Competencia de Italia del 30 de noviembre de 2021 contra Amazon.

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

APÉNDICE LEGISLATIVO Y NORMATIVO

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE nº 10, de 11 de enero de 1991).

REGLAMENTO (CE) No 1/2003 DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOUE L 1/1 de 4 de enero de 2003).

REGLAMENTO (CE) Nº 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”) (DOUE I 24/1 de 29 de enero de 2004).

Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003. (DOUE C 210/02 de 1 de septiembre de 2006).

Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007).

Comunicación de la Comisión Europea— Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DOUE C 45/7 de 24 de febrero de 2009).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 83/47 de 30 de marzo de 2010).

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE I 119/1 de 4 de mayo de 2016).

Comunicación de la Comisión publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo sobre el asunto AT.40153 — Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines. (DOUE C 26/2, de 26 de enero de 2017).

Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) de 15 de diciembre de 2020.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, C-27/76

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*. C-85/76.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*, C-322/81

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta). Sentencia de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, C-7/97.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta). Sentencia de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports SA y otros c. Comisión*, Asuntos acumulados C-395-96 y C-396-96

Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala). Sentencia de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft Corp. v. Comisión de las Comunidades Europeas*, T-201/04.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera). Sentencia de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*. C-52/09.

Tribunal Regional Superior (OLG) de Düsseldorf. Sentencia de 9 de enero de 2015. *HRS-Hotel Reservation Service*.

Tribunal Regional Superior (OLG) de Düsseldorf. Sentencia de 4 junio de 2019 (VI-Kart 2/16 (V) – booking.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Sentencia de 25 de marzo de 2021, Slovak Telekom, a.s. c. Comisión Europea, C-165/19.

Tribunal General de la Unión Europea (Sala Novena ampliada). Sentencia del 10 noviembre de 2021, Google Inc. Y Alphabet, Inc. c. Comisión Europea, T-612/17.