

Documento de Trabajo - 2021/10

Competencia y regulación de (algunas) plataformas digitales en la UE

Iñigo Herguera
(Instituto Complutense de Análisis Económico (ICAE))

Junio 2021

fedea

*Las opiniones recogidas en este documento son las de sus autores
y no coinciden necesariamente con las de FEDEA.*

Competencia y regulación de (algunas) plataformas digitales en la UE

Iñigo Herguera

Instituto Complutense de Análisis Económico (ICAE)

Resumen: muchas actividades digitales muestran características específicas, como sinergias, multi-lateralidad de los modelos de negocio, efectos de red o intensa innovación. Estos rasgos conducen a altas concentraciones en la oferta de servicios que, en ocasiones, son utilizadas por las plataformas para explotar su posición de dominio. La Comisión Europea ha propuesto en diciembre de 2020 una regulación específica que se aplicaría para algunos servicios (servicios básicos de plataforma) y sobre algunos agentes (portales de entrada) con el fin de promover la contestabilidad de los mercados y contratos más justos con los usuarios. En este trabajo se revisan los problemas de competencia encontrados, los remedios propuestos en esta regulación europea, así como cambios en curso en otras legislaciones, y se resaltan posibles problemas en la implementación de esta regulación ex ante.

Palabras clave: negocios digitales, plataformas multi-laterales, posición de dominio y cuasi-dominancia, efectos de red, contestabilidad, remedios conductuales, servicio básico de plataformas, agentes-portal- de entrada.

Índice

1. Introducción
 2. Demanda y oferta de algunas plataformas
 - 2.1 Uso de plataformas digitales en España
 - 2.2. Razones para una alta concentración
 3. Problemas de competencia encontrados en mercados digitales: descripción de algunos casos
 4. La nueva regulación de las plataformas propuesta por la Comisión Europea
 - 4.1 ¿Qué actividades y plataformas se regulan?
 - 4.2 ¿Qué tipo de remedios u obligaciones se imponen?
 - 4.2.1 Obligaciones estrictas
 - 4.2.2 Obligaciones adicionales
 - 4.3 Comentarios globales sobre la propuesta
 - 4.4. ¿Es necesaria una reforma de la legislación de defensa de la competencia en España?
 5. Conclusiones
- Referencias
- Anexo 1. Nuevas propuestas de competencia y regulación en mercados digitales

1. Introducción

La provisión de buena parte de los servicios digitales de uso más frecuente se caracteriza por un alto grado de concentración. Esto es especialmente cierto en el caso de las plataformas digitales, que se desarrollan en un contexto con fuertes efectos de red, sinergias en costes y alta innovación. Estos servicios han traído ganancias para los consumidores por cuanto facilitan actividades como la comunicación interpersonal, la búsqueda de nuevos servicios o el consumo online. Sin embargo, las características propias de estos servicios pueden ser aprovechadas por las plataformas de acceso para reforzar su posición de dominio o extenderlo a nuevos mercados.

Con el fin de mejorar las condiciones de competencia en los mercados digitales, la Comisión Europea ha propuesto recientemente (diciembre de 2020) una nueva regulación a aplicar en esos entornos, en la que se introducen diversas y novedosas obligaciones sobre un conjunto de agentes (portales de entrada) en un conjunto de actividades seleccionadas (servicios básicos de plataforma). El principal objetivo de este trabajo (Sección 4) es explicar y discutir las características de la regulación propuesta, aún en fase inicial de discusión en las instituciones europeas. Previamente se describe el contexto de concentración en el que se desarrolla la regulación planteada y las razones económicas que explican esa concentración (Sección 2), así como algunos de los casos de competencia recientes en el entorno de plataformas digitales que han permitido adquirir experiencia a la Comisión Europea para el diseño de las obligaciones que pretende establecer (Sección 3).

2. Demanda y oferta de plataformas digitales

Muchos servicios que utilizamos a través de internet o para acceder a la red son de uso cotidiano y generalizado en la sociedad y en ellos se observa un hecho relevante: resultan ser servicios donde unas pocas empresas logran acaparar casi toda la demanda. Son servicios como el uso de la nube para trabajar o almacenar información, la interacción en una red social, hacer una video llamada, instalar un sistema operativo para el smartphone, enviar mensajes, acceder a una tienda virtual o utilizar un buscador. En esta sección se describen, en primer lugar, algunos rasgos básicos del uso de plataformas digitales, ejemplificado en el caso de España. Ello permite, en segundo lugar, introducir algunas características económicas subyacentes que explican por qué muy frecuentemente, a pesar de existir libre entrada en estas actividades, hay estructuras de mercado muy concentradas.

2.1. Uso de plataformas digitales en España

Los servicios digitales que se citan en este trabajo son de uso muy generalizado, lo que es posible por el hecho de que el acceso a la banda ancha en España es prácticamente universal. El 95,3% de los hogares cuenta con conexión de banda ancha, bien por red fija (82,1%) o por red móvil y, dada la cobertura de redes de fibra y/o de cable en España, la mayoría de la población disfruta de muy altas velocidades. El 83% cuenta con algún tipo de ordenador (de mesa, portátil o laptop)

en casa y el 98% de los hogares cuenta con al menos un miembro con teléfono móvil lo cual, dada la cobertura de las redes 4G/LTE, supone que el 95% de la población puede acceder por red móvil a velocidad de banda ancha.

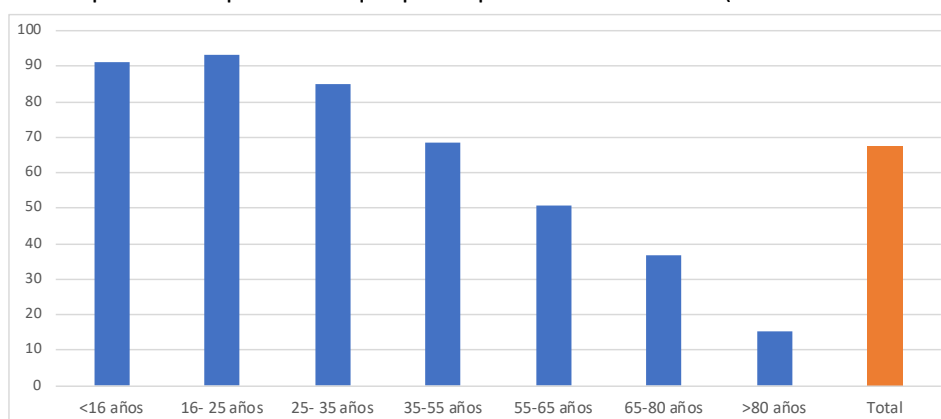
Cuadro 1: Individuos en España entre 16 y 74 años de edad que usan distintos servicios de plataformas (porcentajes)

	Individuos que utilizan internet para
e-mail	76,4
participar en redes sociales	64,7
llamadas voip	77,7
buscar información bienes/ servicios	78,3
ver contenidos en sitios para compartir	70,7
vender	14
almacenamiento en cloud/ nube	42,9

Fuente: Uso TIC en los Hogares 2020 (INE).

En el Cuadro 1 se muestra el uso de algunos servicios online. En el año 2020 el 78,3% de la población adulta (entre 16 y 74 años de edad) había utilizado algún buscador para localizar información sobre bienes o servicios, el 70,7% había usado alguna plataforma de videos para compartir, tipo Youtube, y el 42,9% utiliza la nube para almacenar datos o ficheros. En redes sociales participa el 64,7% de la población entre 16 y 74 años de edad pero, si se observa la participación por rango de edad, se constata que entre los jóvenes la penetración es superior al 90% para ir disminuyendo claramente en estratos de mayor edad. El Gráfico 1 muestra esa estrecha asociación entre el uso de las redes sociales y la edad de la población

Gráfico 1: Proporción de población que participa en redes sociales (% sobre total del estrato)



Fuente: Uso TIC en los Hogares 2020 (INE).

En términos de la tipología de usos y las aplicaciones utilizadas, los datos que se muestran en el Cuadro 2 permiten también derivar algunas regularidades:

- Cuando se observa qué redes sociales específicas utilizan los individuos se constata una alta concentración; máxime teniendo en cuenta que las dos redes sociales más utilizadas, Facebook e Instagram, son propiedad del mismo grupo. Es también interesante observar que 7 de cada 10 individuos usan Facebook y 6 de cada 10 utilizan Instagram, esta última

más usada por población más joven¹. Aunque muchos individuos utilizan más de dos redes sociales al mismo tiempo, las de uso más intenso pertenecen al mismo grupo empresarial.

- El 89% de los individuos mayores de 16 años declaran utilizar mensajería instantánea. Si se observan las aplicaciones se constata también una importante concentración: Whatsapp, Facebook Messenger e Instagram - todos ellos del mismo grupo- congregan a la gran mayoría de usuarios de mensajería.
- Utilizar un buscador general en internet se ha convertido en actividad frecuente para el 78,3% de la población y, en este caso, la concentración es más alta aún: el 96% utiliza el buscador general de Google y solo el 28% declara utilizar bien el de Microsoft (Bing) o Yahoo - buscador que ahora es soportado por Bing-.
- El 68,2% de la población de más de 16 años escucha música a la carta desde una app online. La aplicación más frecuentemente utilizada es Spotify, seguida a distancia por Amazon y, después, algunas de las ofrecidas por Google (Youtube o G PlayMusic) o por Apple.
- Los sistemas operativos utilizados en prácticamente todos los móviles activos son Android (controlado por Google), con un 71,9% de los usuarios de móvil en 2020, o bien el iOS de Apple, con un 27,5% de los usuarios. El resto de sistemas operativos para smartphones es utilizado por menos del 1% de usuarios.

Cuadro 2: Aplicaciones utilizadas por individuos de 14 años y más en España (posible respuesta múltiple)

redes sociales utilizadas		app para música		servicio mensajería	
Facebook	73,4	Spotify	80,3	Whatsapp	95,7
Instagram	62,1	Amazon music	31,2	Facebook Messenger	42,2
Twitter	49,2	Youtube music	23,6	Telegram	34,3
Linkedin (Microsoft)	30,3	Apple Music	10,2	Instagram	21,1
Pinterest	15,3	G Play music	6,3	Skype	20,1
Tiktok	13,3	otros	< 5	Hangouts	10,2
otras	< 2			otros	<4
buscador internet		sistema operativo en móvil		video llamadas	
Google	96	Android	74,1	Whatsapp	67,6
Yahoo	20	iOS (Apple)	24,3	Zoom	42,5
Bing (Microsoft)	18	otros	0,3	Microsoft Teams	30,7
Ask	6			Skype	29,7
DuckDuckGo	6			Google Meet	25,3
Search.com	6			Facetime	14
otras	< 5			otros	< 12

Fuente: AIMC (marzo 2021) y Statista

¹ Fuente AIMC (marzo 2021), con una muestra de 22.315 personas de 14 años o más encuestadas durante el último trimestre de 2020. Son preguntas con posible respuesta múltiple. Debe notarse que "individuos" no solo recoge personas que usan la red social, también hay cuentas a nombre de una empresa, negocio o marca comercial. Una misma persona puede estar suscrita a varias cuentas en redes sociales al mismo tiempo.

2.2. Razones para una alta concentración

Una observación de interés a la luz del Cuadro 2 es que las principales plataformas están activas simultáneamente en muchos de los servicios digitales mencionados. Por ejemplo, Google ofrece no solo un buscador general - el de mayor éxito- sino que también ofrece servicios de correo electrónico, de contenidos y de música (Youtube), de video llamadas, de consulta de mapas/geolocalización y de tienda online, además de gestionar el sistema operativo para smartphones más utilizado en el mundo. De modo similar Facebook/Whatsapp o Apple han ido desarrollando o adquiriendo otros servicios o aplicaciones complementarias que ofrecen por internet. De hecho, en los últimos 12 años la actividad en fusiones y adquisiciones de estas plataformas ha sido muy intensa².

En consecuencia, en muchos servicios digitales que son utilizados casi a diario se observa un alto grado de concentración: las aplicaciones más utilizadas no son más de 4 o 5 y, a menudo, varias de ellas están gestionadas por una misma empresa. Por tanto, la pregunta que emerge es inmediata ¿por qué algunas de estas actividades acaban siendo ofrecidas por solo unos pocos agentes?

Debe señalarse, en primer lugar, que se trata de actividades que hace poco no existían. Son innovaciones que se utilizan a través de la red de internet que han tenido un enorme éxito. Es claro que estos servicios digitales facilitan o posibilitan intercambios que de otro modo no se darían, o sería más costoso implementar. Una plataforma de ventas online permite comparar ofertas procedentes de cualquier origen (características y precios) poniendo en contacto a comprador y vendedor con un solo click. Ello permite a cualquier consumidor hacer una elección de compra más informada, con menores costes y mayor rapidez, con beneficios para todos los participantes. Pues bien, estas actividades donde la innovación es un elemento crucial muestran en ocasiones una tendencia a que quien antes lance el nuevo servicio podrá conseguir hacerse con todo- o casi todo- el mercado. Es una dinámica de *winner-takes-all*. Este es uno de los hechos estructurales que hacen que se observen altas concentraciones. Se trata de una dinámica propia de ciertas actividades sobre la que nada hay que objetar siempre y cuando la empresa no la utilice de un modo anti competitivo.

Además, uno de los elementos que comparten muchas de estas actividades online es que no solo ponen en contacto a varios lados de un mercado, sino que los agentes explotan la información que recopilan del comportamiento de los usuarios y logran, por un lado, mejorar su servicio y, por otro lado, ofrecer nuevos servicios como la publicidad. Utilizando datos de los usuarios, identificando sus perfiles de uso, de navegación y sus preferencias, consiguen ofrecer a otros agentes- las agencias de publicidad y empresas en general- publicidad dirigida a segmentos o individuos de los que la plataforma ya dispone de cierta información. Se trata de información con enorme valor.

Si se piensa en un buscador de internet o una plataforma de compraventa de bienes es fácil constatar que la actividad de recogida y explotación de la información que dejan los usuarios tiene economías de escala muy importantes. Es sin duda costoso diseñar algoritmos y software para explotar bien la información recogida, pero los costes no dependen de un modo creciente del número de usuarios que utilicen el servicio. Más bien al contrario: cuantos más usuarios utilicen la aplicación, mayor conjunto de información se recogerá y mejores perfiles,

² Véase Argentesi *et al.* (2020) para un amplio análisis de las adquisiciones de las principales plataformas digitales en la UE y las decisiones adoptadas por la autoridad británica de la competencia.

predicciones y servicios se podrán ofrecer. Si esto se utiliza no solo sobre una aplicación (un motor de búsquedas, por ejemplo) sino que se explota a través de varias aplicaciones al mismo tiempo (mapas, tiendas online, redes sociales, búsquedas especializadas ...) se dispondrá también de una fuente de economías de alcance importante.

Tanto las economías de escala como las de alcance consiguen que el tamaño importe: cuanto mayor sea la base de usuarios de una aplicación, mejores resultados conseguirá la plataforma en sus servicios directos y en la publicidad. Esto hace que, por un lado, se observe una fuente de eficiencia- mejor servicio a menores costes incrementales-, y por otro lado, también actúa como un vector que conduce a un mayor nivel de concentración. Este balance entre ambos vectores es un aspecto crítico que se debe evaluar cuando se está considerando la regulación de algunos de estos servicios.

Una tercera característica estructural de estas actividades es que a menudo presentan efectos de red muy significativos³. Los hay de dos tipos: (1) el efecto red *directo*: el valor de un servicio para el usuario aumenta con la base de usuarios existente, y (2) efecto de red *indirecto*: el número de usuarios de un servicio concreto (en un lado de un mercado, por ejemplo compradores) aumenta el valor o atractivo de la plataforma a usuarios de otro servicio (al otro lado del mercado; por ejemplo, las agencias de publicidad). Ambos efectos implican una externalidad positiva: un individuo que se suscribe a un servicio concreto aumenta el valor que ese servicio tiene para todos los demás usuarios, bien de ese servicio o bien de servicios complementarios. Sin embargo, el individuo no se apropia de este aumento del valor sino que es la plataforma que une a ambos lados del mercado la que puede apropiarse de esta externalidad. Estos efectos de red importantes, ya sean directos o indirectos (externalidades), refuerzan el éxito inicial de un servicio y conduce a la concentración.

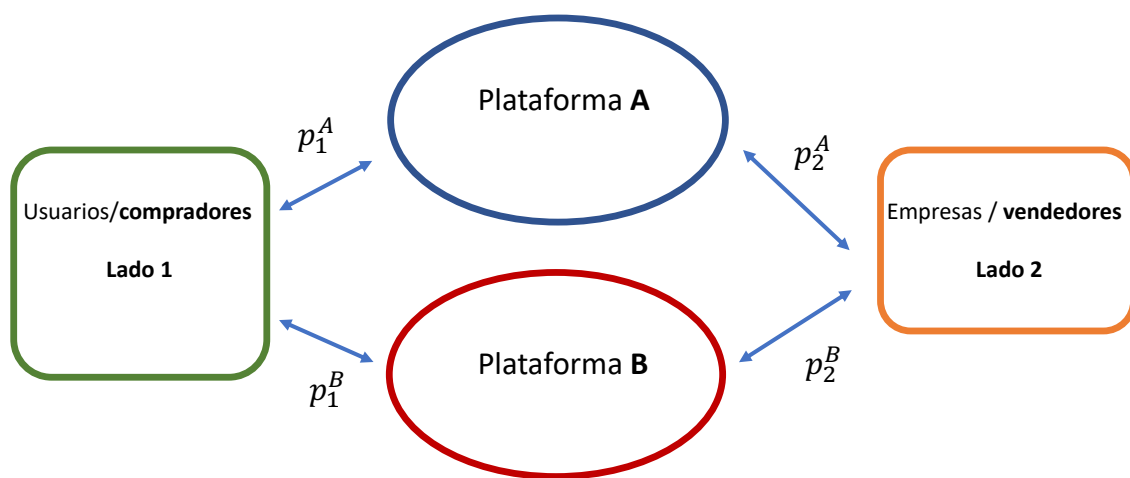
Un cuarto elemento que se da en algunas de estas actividades son los altos costes de cambio de proveedor, o *switching costs*. Las plataformas que ofrecen varios servicios complementarios consiguen que un mismo usuario suscriba varios de estos servicios y genere una serie de patrones de uso que simplifiquen el uso frecuente de estas aplicaciones. Además, algunas de estas aplicaciones necesitan de un cierto coste de aprendizaje por parte del usuario, inversión que una vez hecha es difícil se quiera acometer en otra aplicación similar. Del mismo modo, los vendedores por internet incurren en costes adicionales para la adaptación a las especificaciones de un sistema operativo concreto utilizado por la plataforma a través de la cual quieran vender su producto. Una vez se ha hecho el desarrollo para un sistema operativo concreto, es posible que no quiera invertir en adaptar su aplicación a otro sistema diferente.

Por lo tanto, todos los elementos anteriores llevan a espera una alta concentración en el entorno de las plataformas digitales, que en sí misma no es perseguida. La legislación de defensa de la competencia es muy clara: la posición de dominio, si se ha alcanzado por méritos propios, no es objetable. Lo que sí queda prohibido es reforzar a través de alguna estrategia este dominio si ello conduce al cierre del mercado, a la elevación de barreras a la entrada no naturales o bien afecta negativamente al proceso de la competencia en sí mismo. Este tipo de prácticas se recogen como *abuso de posición de dominio* en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (2007) española.

³ Véase Katz y Shapiro (1985) para un análisis de cómo las externalidades pueden conducir a estructuras de mercado concentradas dependiendo de las expectativas de los usuarios.

Muchos de los agentes digitales descritos tienen un modelo de negocio muy interesante. Por un lado, ofrecen comunicación entre usuarios, posibilidad de crear perfiles, subir contenidos y compartirlos. Por otro lado, explotan la información que los usuarios generan (patrones de consumo, atención prestada a ciertos eventos o noticias, edad, red social de contactos, etc.) para ofrecer otro bien: la publicidad, que además es una publicidad dirigida a segmentos con cierto interés por el producto a publicitar. De este modo estas empresas se convierten en lo que en la literatura económica se define como una *plataforma*: un agente que une dos lados de un mercado (dos grupos de agentes) y donde existen externalidades entre ambos lados o grupos. La base de clientes a un lado afecta al valor que los usuarios de otro lado otorgan al servicio⁴ (véase Gráfico 2).

Gráfico 2. Mercado de dos lados y dos plataformas (A y B)



Dos características básicas de un mercado de dos lados es que: (1) existan externalidades indirectas (o efecto red indirecto) entre los distintos grupos de usuarios y (2) son los precios relativos o la estructura de precios lo que importa. En relación con la primera cuestión, un usuario del lado 1 (Gráfico 2) que decide suscribirse a la plataforma A no se apropia del aumento del valor o atractivo que para los usuarios del lado 2 (por ejemplo, los publicistas) tiene la plataforma, y, por tanto, del precio que están dispuestos a pagar. Es la plataforma o intermediario el que, al unir a ambos lados y poner precios a cada grupo de usuarios, puede apropiarse del efecto de red indirecto que un grupo causa al otro⁵. En un caso extremo, si los usuarios del lado 1 son los que generan esta externalidad la plataforma querrá subsidiar a estos cobrarles por debajo del coste que estos usuarios generen con cada transacción- con el fin de maximizar el atractivo de la plataforma a los usuarios del lado 2, a los cuales impondrá un precio tal que cubrirá todos los costes y, probablemente, obtendrá beneficios⁶.

Debe señalarse que no es el nivel de precio total, $p_1^A + p_2^A$, lo que es relevante, sino el precio relativo- o estructura- en cada lado lo determinante para maximizar el valor de la plataforma. A ese respecto, los precios pueden ser de distinto tipo y estructura. La plataforma puede imponer

⁴ Dos trabajos seminales sobre los mercados multilaterales en los que se introducen las características básicas de estas actividades son Armstrong (2006) y Rochet y Tirole (2003).

⁵ Véase Rochet y Tirole (2006).

⁶ Esta estrategia en precios recibe el nombre de "divide and conquer". Véase Caillaud y Jullien (2003).

un precio por *cada transacción* realizada entre un agente a un lado y otro, o bien puede decidir poner precios "*por suscripción*" y después cada agente interactuar las veces que este desee. Un tipo de precio u otro tienen propiedades diferentes sobre las posibilidades de apropiarse del excedente de los usuarios y sobre la estructura de mercado esperable en equilibrio (Armstrong, 2006; Rochet y Tirole, 2006; Reisinger, 2014).

Uno de los efectos que puede tener esta externalidad positiva entre varios lados de un mercado y la dinámica de la competencia por la totalidad de los usuarios es el denominado *tipping* del mercado esto es, que el mercado converja a un monopolio aun cuando inicialmente varias plataformas compiten entre sí. Si el efecto de red indirecto es suficientemente fuerte, los servicios ofrecidos por las plataformas son muy similares y los usuarios solo se suscriben a una (*single-homing*) plataforma cualquier plataforma va a competir duramente por ganarse la mayor base de usuarios a un lado, para de este modo poder ofrecer un servicio mejor al otro lado de usuarios (Belleflamme y Peitz, 2018). Esta competencia por los usuarios aumenta el valor de la plataforma y puede hacer, como ocurre con los sistemas operativos de los terminales móviles, que al final solo uno o dos sistemas (empresas) ofrezcan el servicio al usuario (Katz y Shapiro, 1985).

El efecto de red indirecto que se ha expuesto puede retro-alimentarse a un lado y otro⁷. Por ejemplo, cuando una plataforma de venta de aplicaciones online ya tiene una base considerable de usuarios cualquier desarrollador de una aplicación que quiera utilizar ese canal online para la venta puede decidir si diseña o adapta su aplicación solo para ese sistema operativo. Adaptar su aplicación a otro sistema puede acarrear costes fijos que después es posible que no pueda trasladar al consumidor final. Este hecho reforzaría aún más el atractivo de la plataforma inicial- o tienda online- y genera un efecto retro-alimentación: cuantas más aplicaciones se ofrezcan, más usuarios querrán suscribirse a esta plataforma y cuantos más usuarios se inscriban, más atractivo es diseñar y vender la aplicación o producto en esa y solo en esa plataforma. Un resultado final posible es que solo una plataforma tenga éxito, absorba a todos los usuarios y atraiga también a todos los que quieran ofrecer un producto o aplicación por su red. La propia dinámica del mercado conduce a resultados tipo "*el ganador se lo lleva todo*".

Las consecuencias de este tipo de equilibrio son importantes. A partir de una escala concreta ya no será posible competir *en ese mercado específico* por una parte de los usuarios o anunciantes concretos porque ya están suscritos a una plataforma y será muy difícil que se suscriban a otra. La competencia posible será *por el mercado*, esto es, por la totalidad de los usuarios que tiene la plataforma con éxito⁸. Pero incluso aunque el *tipping* conduzca a un monopolio en equilibrio esto no implica necesariamente que haya ineficiencia. Puede darse un equilibrio "contestable" o "disputable" en el cual, dada la posibilidad de que otra plataforma alternativa pueda competir y captar a los usuarios de un lado (aquellos que generan mayor externalidad indirecta), la plataforma con éxito puede tener que ofrecer unos precios tales que todo el excedente vaya a sus usuarios, o a un grupo de ellos, de modo que la plataforma acabe no obteniendo renta extraordinaria alguna (Caillaud y Jullien, 2003).

⁷ Véase Armstrong y Wright (2007) y Armstrong (2006) para un análisis de los resultados a los que se llega en este contexto y el "cuello de botella competitivo".

⁸ Para una revisión de la literatura reciente sobre diversos tipos de competencia en mercados digitales y la relevancia de single/multi-homing, diferenciación entre plataformas, costes de cambio, dimensiones de los contratos y sus efectos sobre la competencia y la innovación ver Calvano y Polo (2021).

La literatura de mercados de dos lados es muy extensa y un resultado adicional merece ser expuesto: el denominado "cuello de botella competitivo". Los usuarios pueden en ocasiones elegir suscribirse a dos o más plataformas al mismo tiempo, esto es, hacer *multi-homing*. Debe notarse que si esto ocurre los efectos de red de una plataforma individual se reducen, ya que el mismo usuario está presente en varias plataformas a la vez, pero al mismo tiempo se refuerza la competencia por el usuario. En un caso simple en que los usuarios a un lado generan el efecto red indirecto- por ejemplo compradores- y estos usuarios hacen multi- homing, la plataforma compite por tener la mayor base de usuarios de ese lado posible y, como lo que busca es maximizar el valor total de ambos lados, puede encontrar óptimo subvencionar a este lado, $p_i^A = 0$, y poner un precio positivo al otro lado, $p_i^B > 0$, compuesto por vendedores de aplicaciones, por ejemplo. Puede darse que todos los usuarios se suscriban a una sola plataforma y esta ahora podrá poner un precio alto a los miembros del otro lado del mercado. Es competitivo el lado que hace multi-homing, pero se genera un cuello de botella en la plataforma por la cual deben pasar todos los vendedores, con independencia del número de vendedores que exista (Armstrong y Wright, 2007).

Sin embargo, esta competencia por el mercado puede verse impedida si la plataforma exitosa consigue a través de alguna otra estrategia aumentar los costes de captura de los usuarios a la que se enfrenta cualquier rival; esto es, aumentar las barreras a la entrada (Crémer *et al*, 2019). Esta estrategia puede basarse en la venta conjunta de aplicaciones, la imposición de condiciones sobre el precio de venta final en su tienda online, o de cierto tipo de exclusividades. Está admitido tener una posición de monopolio, pero no lo está reforzar esa posición con estrategias que intenten impedir la entrada de rivales al mercado.

Es claro que entre los servicios digitales mencionados existen diferencias muy notables en sus modelos de negocio. Por ejemplo, Apple no vende información obtenida de sus propios usuarios para que anunciantes puedan vender publicidad posteriormente. Hay plataformas de video o contenidos que no basan su modelo tampoco en la publicidad posterior en base al perfil de usuarios que poseen. Los servicios que son candidatos a ser regulados en algunos comportamientos comparten el hecho de ser plataformas que unen varios grupos de usuarios o lados al mismo tiempo. Pero, como se verá posteriormente, no es condición necesaria que una empresa venda publicidad para ser considerada *portal de entrada* o que tenga una actividad sometida a la regulación propuesta. El hecho más relevante es que esa empresa ofrezca un servicio que afecte a muchos usuarios, de tal modo que éstos dependan de esta plataforma como canal de venta o de comunicación, no teniendo además poder de negociación alguno. Un ejemplo de esto es el servicio de venta online de Apple, la AppStore. Se trata de un software que hace de intermediario entre el vendedor de aplicaciones y el usuario final. No hay *profiling* de usuarios para la venta de publicidad online posterior. Pero se trata de una plataforma candidata a ser regulada en cuanto que supone un canal de compra o de venta primordial para muchos usuarios y para muchas empresas que generan aplicaciones. De hecho, prácticamente la totalidad de las ventas o descargas de aplicaciones desde un terminal móvil se realizan desde solo dos tiendas online: GooglePlay o AppStore.

El hecho de que en algunas actividades online haya unos pocos agentes que copan prácticamente la totalidad del mercado deja a los usuarios sin poder de negociación vis a vis la plataforma y, en ocasiones, sin alternativas viables de cambio. Esta dependencia puede conducir a que se impongan condiciones abusivas o desproporcionadas con respecto al fin del contrato en sí mismo. Como también se verá posteriormente, con el objetivo de evitar estas condiciones abusivas, la regulación propuesta detalla un buen número de comportamientos que se prohíben

por parte de las plataformas, como por ejemplo atar la prestación de un servicio a la prestación de otros complementarios.

3. Problemas de competencia en mercados digitales: descripción de algunos casos

Como se ha señalado con anterioridad, una característica de la mayoría de los servicios digitales mencionados es el alto grado de concentración que se observa en su oferta. Como es bien sabido, en la legislación de defensa de la competencia tener posición de dominio no se castiga; lo que se penaliza es abusar de una posición de dominio⁹. Conviene distinguir entre los factores exógenos que conducen a estructuras de mercado concentradas y las actuaciones propias de algunas empresas que, ayudándose de estos factores exógenos, diseñan estrategias con el fin de expulsar a rivales del mercado, elevar las barreras a la entrada o reducir la variedad de servicios que los consumidores puedan elegir (Motta y Peitz, 2020).

A continuación, se describen algunos de los casos más relevantes que ha resuelto la Comisión Europea (DGCOM) y la autoridad francesa de competencia (como ejemplo de una autoridad nacional) en los últimos años, así como algunos casos aún abiertos, ya que ilustran bien la naturaleza de los problemas que ha motivado la reciente propuesta de regulación de plataformas por parte de la Comisión.

Caso Google Android, 2018

Google comenzó con un motor de búsquedas generales en internet con el que rápidamente obtuvo mucho éxito. Más tarde se hizo con el control del sistema operativo para terminales móviles Android (2006) y desarrolló otras aplicaciones como la tienda online (PlayStore, 2008), aplicaciones específicas de mapas, editor de correo electrónico y otras. Google firmó acuerdos con los principales fabricantes de terminales móviles (Huawei, Samsung, Lenovo, Sony) para que estos instalaran su buscador general por default en los terminales móviles. Estos acuerdos incluían una cláusula por la cual si se instalaba el buscador general de Google debían asimismo instalar varias aplicaciones complementarias también en el terminal, como PlayStore o el navegador Chrome. Esta venta "atada" de un servicio junto con otros complementarios ayudó a Google a apoyarse en el éxito de su buscador general para aumentar la penetración del navegador, hasta entonces de relativo poco éxito, y de su tienda online. Como puede observarse en el Cuadro 2, en la UE el éxito del buscador general de Google es absoluto. En 2016, ya fuera desde un terminal móvil o desde un ordenador de mesa, al menos el 90% de los usuarios utilizaba Google y muy alejado de esta penetración se situaba Yahoo Search, que en 2009 dejó de funcionar como navegador independiente y pasó a utilizar el servicio de Bing. Si bien algunos usuarios utilizan varios motores de búsqueda a la vez (hacen multi-homing), estos no suponían más del 12% del total¹⁰.

⁹ La posición de dominio se refiere a "...la posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores", Tribunal de Justicia Europeo, caso 27/76 United Brands, 1978, o caso 85/76 Hoffman- LaRoche, 1979.

¹⁰ Caso AT. 40099 Google Android, Julio 18, 2018, Comisión Europea, C(2018) 4761.

Cuadro 2. Cuotas de mercado en el uso de buscadores generales en la UE

	Mobile	PC- computers
Google	96,7	90
Yahoo Search	1,3	1,8
Bing	0,9	4,8

Fuente: Comisión Europea

Google explota la información que obtiene de sus usuarios en el motor de búsqueda para mejorar los resultados de las búsquedas y el diseño de aplicaciones complementarias. Pero también para ofrecer un servicio de publicidad, su verdadera fuente de ingresos, más preciso de cara a los anunciantes. Debido a su enorme base de clientes, Google consiguió unas ventajas sin rival. Además, y aquí es donde se encuentra el abuso, teniendo dominio en un mercado, como en el de buscadores generales, obligaba a los operadores de telecomunicaciones y proveedores de terminales móviles a instalar otras aplicaciones (como la tienda PlayStore o el navegador Chrome) de modo que, aún no teniendo demanda o éxito comparable, conseguía aumentar su uso y dificultar la entrada de aplicaciones rivales en estos servicios complementarios por parte de rivales.

Este efecto de retro-alimentación debido al tamaño es claro si se observa el carácter multi-mercado que tiene el negocio de Google. Si la base de usuarios aumenta por el hecho de que Google ha instalado en la mayor parte de los terminales móviles su PlayStore, logra de este modo también aumentar paralelamente la base de empresas vendedoras de aplicaciones o servicios - el otro lado del mercado. Y a su vez, este mayor número de ofertantes de bienes hace también que mayor número de usuarios- compradores se vean atraídos por esta tienda online. Un lado y otro del mercado se refuerzan, y para garantizar que este proceso de retroalimentación comenzara con fuerza, Google forzó la preinstalación de su tienda online en millones de terminales. Posteriormente hizo lo mismo con el navegador Chrome.

En 2013 Google introduce un nuevo esquema de compartición de ingresos de la publicidad con los operadores de telecomunicaciones y fabricantes de terminales, a los cuales les concede una parte de los ingresos de publicidad que consigue a cambio de que estos se comprometan a no pre-instalar un software de búsquedas alternativo en los terminales que vendían. El motor de búsqueda de Google era de enorme éxito y de este modo ataba de facto el éxito de su buscador al éxito de sus aplicaciones complementarias. Este esquema estaba diseñado para conseguir éxito propio en sus nuevas aplicaciones e introducir barreras a la entrada de nuevos competidores en este conjunto de servicios complementarios ya que si querían instalar su aplicación alternativa debían superar las ventajas debidas al tamaño que Google había obtenido en las actividades complementarias gracias al éxito conseguido en el buscador general. Este esquema de incentivos hacía la entrada alternativa, de hecho, inviable. Un dato que lo revela es que algunos de los principales operadores móviles en el mundo intentaron lanzar un sistema operativo alternativo (WAC) al de Android, pero no obtuvieron éxito alguno. Microsoft, por su parte, también lanzó un sistema operativo para móviles, pero apenas tiene hoy base de clientes significativa.

La Comisión Europea impuso una multa a Google por abuso de posición de dominio y le prohibió también atar la venta o instalación de una aplicación a la instalación forzosa de otras complementarias. En concreto Google debía vender la tienda online (G Play) sin condicionar esto a la instalación al mismo tiempo del buscador o del navegador. Se prohibió también a Google

ofrecer pagos colaterales a los fabricantes si estos restringían la capacidad de pre-instalar software de otros proveedores en el terminal. En esencia, se prohibió a Google imponer la venta condicional y debía por tanto vender sus aplicaciones también de un modo individual, no solo como un paquete sin posibilidad de elección.

Caso Google Search (Shopping), 2017

Google está activa en dos actividades distintas: por un lado, en la actividad de buscadores *generales* y, por otro lado, en la comparación de ofertas de productos concretos, para lo cual existe una variedad de portales que se centran en productos específicos, como puede ser un comparador de restaurantes, uno de viajes o uno de coches. Entre las aplicaciones o servicios que ofrece Google se encuentra el Comparison Shopping Service, una aplicación que permite al usuario comparar distintos proveedores, características de los productos y los precios en oferta de un bien que busque. Este servicio es gratuito para los usuarios y de pago, desde 2012, para los proveedores o empresas que lo utilizan como canal de muestra de sus productos.

La práctica sancionada consistía en que, cuando un usuario utilizaba el buscador general de Google para localizar un portal de comparación de productos especializado, este ofrecía como resultado de la búsqueda un listado de portales especializados poniendo en primer lugar del ranking a su propio Servicio de Comparación de Ofertas antes que a otros servicios similares rivales. Esto es, trataba de un modo diferente y preferente a su propio servicio especializado con respecto al de los demás. Esta práctica se llama *self-preferencing* y supone un abuso si en un mercado concreto la empresa tiene una posición de dominio y lo que pretende es alcanzar un dominio también en un producto complementario, erigir barreras a la entrada o intenta expulsar a un servicio rival. La dominancia se daba en el buscador general y el abuso consistía en los efectos de exclusión de rivales. Si bien entre el 5 y 12% de los usuarios usaban varios servicios a la vez, esto es: hacían *multi-homing*, la mayoría utilizaba solo el ofrecido por Google¹¹. Según la Comisión Europea en 2016 el 90% de los usuarios de Android utilizaban el servicio de comparación de productos de Google.

Caso Google AdSense Search, 2019

Otro caso ya decidido se refiere a las cláusulas de exclusividad que Google imponía a toda empresa que quisiera utilizar su buscador y la publicidad asociada. Muchas empresas ofrecen un buscador dentro de su propio espacio web como atractivo adicional para lo cual contratan el buscador de Google y lo insertan en su web. El buscador, además de ofrecer el resultado de una búsqueda concreta, ofrece también publicidad de productos, que es seleccionada por Google a través de su servicio Google AdSense Search. Hay otras empresas, como Apple y Amazon que también ofrecen este servicio de publicidad asociado a un motor de búsqueda, pero Google imponía ciertas condiciones de exclusividad a las empresas que quisieran utilizar su buscador restringiendo, o incluso vetando, el espacio que rivales de Google podían utilizar en los anuncios publicitarios. Entre 2006 y 2016, Google tuvo una cuota de mercado del 85% en este mercado de publicidad online asociada a una búsqueda¹². La Comisión Europea resolvió que Google había abusado de su posición de dominio erigiendo barreras a la entrada sobre proveedores de

¹¹ Caso AT. 39740 Google Search (Shopping), Comisión Europea, C(2017) 444, Junio 27, 2017

¹² Caso AT.40411 Google Search (AdSense), Comisión Europea C(2019) 2173, Marzo 20, 2019.

publicidad alternativos asociados a búsquedas a través de la imposición de condiciones de exclusividad o de prioridad en los espacios publicitarios.

Casos en Francia

Dos decisiones recientes de la autoridad francesa de la competencia son ilustrativas de los problemas de competencia encontrados¹³.

En 2019 entró en vigor en Francia la ley de derechos de autor y publicación, que implementaba en el derecho francés la reciente Directiva Europea sobre Derechos de Autor¹⁴. Esta ley establece el derecho de agencias o editores a recibir una remuneración por el uso que otras plataformas hacen de los contenidos producidos por ellos, como son noticias, artículos o contenidos después insertados por plataformas como Google Search o Google News. Google se había negado a remuneración alguna a los editores por utilizar partes de sus contenidos. Para los periódicos y revistas el canal de distribución de Google es muy importante, ya que entre el 26% y el 90% de las visitas que reciben en sus páginas web proceden de algún servicio ofrecido por Google. El buscador general de Google es utilizado por el 96% de los individuos en Francia. La autoridad de competencia determinó que existía una relación de dependencia económica entre las agencias de prensa y revistas con Google, por ser este un canal primordial de difusión de sus propios contenidos y también que Google había explotado esta relación de dependencia para imponer condiciones injustas, causando claros y significativos daños a los editores, muchos de ellos ya de por sí en situación de debilidad financiera. La autoridad impuso a Google una medida cautelar: la obligación de entablar negociaciones con las agencias con criterios de transparencia, no-discriminación y condiciones objetivas.

La segunda es una sanción a Apple en marzo de 2020 por explotar "una relación de dependencia económica" con respecto a sus distribuidores. La legislación de defensa de la competencia en Francia contempla como un posible abuso de posición de dominio la práctica consistente en explotar una relación de dependencia económica entre una empresa propietaria de un servicio o activo necesario para la supervivencia de las demás cuando esta práctica pueda afectar negativamente el funcionamiento de la competencia en un mercado definido. La autoridad constató que Apple imponía a sus distribuidores independientes en Francia un conjunto de restricciones verticales (distribución exclusiva, prohibición de abrir tiendas donde se vendan productos rivales y en algunos casos, imposición del precio de venta de los productos). Si los distribuidores no cumplían con estas restricciones se enfrentaban a políticas de descuentos y promociones diferentes de las que la empresa ofrecía a otros. La relación de dependencia se basaba en la fidelidad que los usuarios que compran productos de Apple tienen a la marca y las pocas posibilidades por parte del distribuidor de adquirir y vender productos de marcas rivales. Dada esta relación de dependencia, la autoridad declaró que Apple había abusado de esta dependencia y limitado la libertad de contratación "aguas abajo" de los distribuidores independientes.

¹³ Véase Slaba, M., Blaison, H. y Renie, P., "Main developments in competition law and policy 2020: France", Kluwer Competition Law Blog, Diciembre 2020.

¹⁴ Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, UE 2019/790, Abril 2019.

Casos abiertos

Existen en la actualidad un buen número de casos abiertos por presunto abuso de posición de dominio de las mayores plataformas digitales tanto en la UE como en EEUU y en otros países. Uno de estos tiene que ver con la AppStore y el posible trato discriminatorio que la empresa hace de sus propios servicios con respecto a los servicios de empresas rivales. Apple ofrece una tienda online donde proveedores de aplicaciones ponen a la venta sus desarrollos. Los usuarios (demandantes) no pagan por este servicio, pero los proveedores sí. Varias empresas han denunciado a Apple por imponerles un precio por vender su servicio a través de la Appstore, cuando Apple en servicios similares vende por la misma AppStore sus propios desarrollos y no paga precio alguno. Spotify, principal aplicación para escuchar música en el mundo, denuncia que mientras ella debe pagar el 30% del ingreso de un nuevo suscriptor a Apple como comisión, la aplicación propia de Apple para música, iTunes, no paga nada por el mismo servicio online. Para Spotify, esto supone un trato discriminatorio que intenta expulsar a rivales de iTunes del mercado y, por tanto, supone un abuso de la posición de dominio que Apple ostenta en la AppStore. El caso está aún bajo investigación en la UE y en EEUU.

Otro caso pendiente de decisión por la Comisión Europea tiene que ver con Amazon y el uso que hace de la información que generan empresas que acuden a su plataforma online. El hecho de que muchas empresas muestren sus productos en esta plataforma le permite generar datos sobre lo que buscan los usuarios y las características de productos o servicios que mejor se adaptan a las preferencias de estos. Amazon puede utilizar esta información en su beneficio, por ejemplo, ofreciendo productos que sabe que pueden tener mejor aceptación en el mercado. Una pregunta crucial en este contexto es si la información que dejan los usuarios mientras realizan sus búsquedas en la plataforma es propiedad de Amazon o propiedad de los proveedores, y cabe preguntarse también si puede Amazon utilizar esta evidencia de los usuarios en beneficio propio para competir después en productos similares a los que otros ya ofrecen.

Es importante observar que los modelos de negocio de las distintas plataformas mencionadas (propiedad de Google, Apple, Amazon,...) son muy diversos. Pero todas comparten varias propiedades: son portales de entrada (ya sea para la venta, el intercambio o la comunicación entre individuos) para usuarios y para empresas proveedoras de servicios, con una presencia en el mercado muy grande, con pocas posibilidades de elección para los usuarios y donde los efectos de red indirectos, la multilateralidad de estas actividades y las sinergias se refuerzan entre sí conduciendo a estructuras de mercado muy concentradas.

4. La nueva regulación de las plataformas digitales propuesta por la Comisión Europea

La Comisión Europea lanzó en diciembre de un 2020 una propuesta de regulación en los mercados digitales. La propuesta se compone de dos reglamentos diferentes: (1) Reglamento de Servicios Digitales (Digital Services Act, DSA), que se ocupa de los derechos de usuarios y las condiciones de transparencia que obligan a toda empresa que ofrezca un servicio de intermediación online, y (2) Reglamento de Mercados Digitales (Digital Markets Act, DMA), que es el que propone una regulación sobre algunas plataformas y servicios digitales. A continuación se describe esta última propuesta (DMA), una propuesta muy amplia que ha suscitado posturas diferentes.

Una cuestión de partida tiene que ver con la necesidad de una nueva regulación frente al instrumento que ya existe: la normativa de defensa de la competencia. ¿Es esta suficiente para conseguir que algunas actividades se organicen con resultados competitivos? o, por contra, ¿es necesario introducir principios específicos ex ante que limiten algunos comportamientos de las plataformas digitales y conseguir así mejores resultados?¹⁵. Como se ha señalado con anterioridad, la normativa de defensa de la competencia castiga el abuso de posición de dominio. Además, como también se ha observado, en algunas actividades digitales las empresas con dominancia en algún mercado han explotado esa dominancia, bien para erigir barreras a la entrada y excluir a rivales de ese mercado, o bien para reforzar su dominio en aplicaciones o mercados complementarios, habiendo sido sancionadas por ello.

Sin embargo, una diferencia importante entre la defensa de la competencia y la regulación ex ante es el alcance de la medida que se adopte. En un caso de defensa de la competencia la autoridad puede acabar concluyendo que, dada una posición de dominio de un operador específico en un mercado bien definido, una práctica no es admisible por los efectos que sobre la competencia pueda tener y esa práctica quedará prohibida por sus efectos solo sobre esa empresa y solo sobre los servicios definidos. No se extiende la prohibición a otras empresas ni a otros mercados¹⁶.

La regulación ex ante, por contra, define una clase o tipo de empresas (*portales de entrada*) y de servicios (*servicios básicos de plataforma*) a las que, dadas una condiciones bien definidas - en especial relacionadas con su impacto sobre los consumidores- se les impone algunas obligaciones de hacer (o de no hacer) de un modo general, sin necesidad de entrar en el análisis caso a caso de los efectos o conductas individuales.

Otra característica que difiere entre ambos instrumentos legales es la velocidad en la reacción ante un posible problema. Un caso de posible abuso de posición de dominio contra una empresa conlleva una investigación larga, que debe dar en varios estadios audiencia a las partes implicadas y conlleva una costosa recogida y análisis de evidencia. En suma, el proceso entre la apertura de un caso y su resolución final puede dilatarse varios años. En algunos sectores este plazo es demasiado largo, de modo que los propios objetivos de la defensa de la competencia debido a esta tardanza pueden incluso verse comprometidos¹⁷. Por ejemplo, si una empresa que comience a dar un servicio de telecomunicaciones tiene un conflicto de interconexión con otro operador ya establecido no puede esperar dos años a que se resuelva el caso de posible abuso de posición de dominio en su favor. Este plazo supondría su salida del mercado. De modo similar, en algunas actividades digitales donde la innovación es muy rápida y frecuente, si no hay un mecanismo que logre resolver conflictos, disputas y fallos del mercado de un modo rápido

¹⁵ Hay varios informes que analizan la idoneidad de una regulación ex ante en la UE. Ver por ejemplo, J. Crémer, Y-A. de Montjoye and H. Schweitzer, "Competition policy for the digital era, Report to the European Commission", 2019, o también M. Schallbruch H. Schweitzer and A. Wambach, "A new competition framework for the digital economy", Septiembre 2019 y "Stigler Committee on digital platforms", 2019.

¹⁶ Véase Motta y Peitz (2020) para una discusión sobre la efectividad y los límites de la actual política de defensa de la competencia.

¹⁷ Esta es una de las limitaciones de la política defensa de la competencia resaltada por un buen número de informes y por las propias autoridades de la competencia. Véase Cremer *et al.* (2019).

puede dar como resultado que no haya entrada de nuevos agentes en el sector, o que estos salgan del mercado.

Los instrumentos posibles para conseguir el objetivo de promover la competencia como mecanismo básico de asignación y que funcione correctamente en mercados con características estructurales especiales no solo se limitan a la defensa de la competencia tradicional o la regulación ex-ante. Se pueden diseñar instrumentos complementarios basados en las autoridades ya existentes y dotándoles de mayores poderes de investigación y de decisión. En la UE se ha debatido esta posibilidad con la propuesta de *New Competition Tools* reciente y, fruto de este debate, hay sugerencias incorporadas a la regulación de las plataformas digitales que aquí se discute¹⁸.

La regulación ex ante se dota siempre de una entidad u organismo independiente y especializado que monitoriza y resuelve conflictos y problemas en muy breve espacio de tiempo. Este es el caso de los sectores de *utilities* en la UE, como el postal, de energía, de telecomunicaciones o de transporte ferroviario, que cuentan en todos los casos de organismos independientes que implementan la regulación. En el Anexo 1 se revisan varias iniciativas legislativas recientes en distintos países de la UE que tratan de reformar el marco de competencia en actividades digitales. Sin embargo, aquí nos centraremos en la propuesta de la Comisión Europea, que obviamente afectará cuando se apruebe en todos los Estados Miembros, sabiendo que se trata de una propuesta de regulación que ahora debe ser negociada entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la propia Comisión, por lo que puede tener cambios significativos hasta su aprobación final.

El objetivo de la propuesta¹⁹ de una regulación ex ante específica para ciertas plataformas digitales y para determinados servicios, que es a su vez complementaria²⁰ a la legislación de defensa de la competencia, es doble: (1) promover la contestabilidad de los mercados, y (2) evitar que los agentes que tienen una posición de portal de entrada (*gatekeeper*) impongan condiciones injustas en los contratos a los usuarios.

4.1 ¿Qué actividades y plataformas se regulan?

El proceso propuesto consiste en: (1) la Comisión Europea delimita aquellas *actividades* donde existen características que hacen que el resultado final conduzca a situaciones de ausencia de contestabilidad: "*servicios básicos de plataforma*" (SBP); y (2) la Comisión determina qué empresa ostenta una posición tal que su comportamiento deba ser restringido: *gatekeeper* o agente "*portal de entrada*" o "*guardián de acceso*". Será la intersección de estos dos conjuntos (SBP, por un lado, y portal de entrada, por otro) la sometida a regulación.

En relación con la primera cuestión, los servicios propuestos para regulación cubren la venta online (intermediación), búsquedas, comunicación social, compartición de contenidos, publicidad online e incluso sistemas operativos (véase Cuadro 4). Comparten estos servicios las características básicas mencionadas con anterioridad sección: economías de escala y alcance,

¹⁸ Véase Motta y Peitz (2020).

¹⁹ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM 2020/842, diciembre 2020.

²⁰ En esta regulación hay elecciones de política pública y de instrumentos, algunos de los cuales son utilizados en otros mercados, ver de Streel (2021).

efectos de red, importancia de la información o datos que dejan usuarios para posterior explotación de los mismos, multi-lateralidad y alta concentración.

Cuadro 4. Servicios digitales sometidos a regulación, SBP (propuesta)

Core Platform Services (CPS)- Servicios Básicos de Plataforma
a) servicios de intermediación online
b) servicios de búsquedas online
c) redes sociales online
d) servicios de intercambio de videos online
e) servicios de comunicación interpersonal sin uso de numeración
f) sistemas operativos
g) servicios de computación en la nube
h) servicios de publicidad, incluyendo servicios de publicidad o intermediación publicitarios provistos por cualquiera de las anteriores plataformas

Debe hacerse notar que se definen directamente actividades o servicios que ofrecen las plataformas, no mercados afectados. Esos SBP se definen ex ante por parte de la Comisión Europea, sin un análisis de su alcance o si existen sustitutos cercanos o posibilidades de sustitución por el lado de la oferta. Un ejemplo: se incluye como SBP el servicio de voz y video-llamadas por internet (comunicación personal sin uso de numeración). Pero este servicio puede tener cierta sustituibilidad más o menos cercana con las llamadas tradicionales realizadas a través de un operador de telecomunicaciones. ¿Hay una sustituibilidad lo suficientemente cercana entre un conjunto y otro de servicios o proveedores? Si la hubiera entonces el *mercado relevante*- en el sentido de defensa de la competencia- comprendería a todos los agentes que ofrecen hacer "llamadas", sea por el medio que sea, y como consecuencia, no se podría regular solo a un tipo de agentes, sino a todos o a ninguno, dependiendo de las conclusiones sobre la dinámica competitiva que se alcance en ese conjunto de servicios.

Por tanto, aquí se eligen servicios ex ante, no mercados afectados o relevantes, lo que parece algo discrecional ya que se corre el riesgo de elegir servicios que sí se enfrentan a disciplina competitiva ya sea en la actualidad o en una evaluación prospectiva, pero sin que ello se incorpore en el análisis.

A ese respecto, existe una dificultad clara en el uso de los instrumentos tradicionales de análisis de competencia en estos mercados digitales multilaterales, pues es difícil delimitar el alcance de un mercado cuando un servicio se presta a precio cero, al menos para un conjunto de usuarios²¹. La complejidad es mayor cuando por un servicio específico (por ejemplo, participar en una red social) la plataforma puede no ingresar cantidad alguna de los usuarios a un lado, pero consigue beneficios importantes del otro lado del mercado; por ejemplo, de las agencias de publicidad, por la venta de un servicio difexrente. Notar que un lado del mercado, los usuarios de una red social, utilizan un servicio que nada tiene que ver con el otro servicio como es el de la publicidad. Pero el modelo de negocio de algunas plataformas une de facto ambos servicios a través del uso y explotación de otro bien o input, como es la información que los propios usuarios dejan al usar la red.

²¹ No es directa, desde luego, la aplicación del test del hipotético monopolista, o SSNIP test, a no ser que se analicen otras dimensiones diferentes del precio en el análisis; ver OECD (2017).

Es claro que en muchos de los SBP señalados concurren los elementos característicos vistos hasta ahora que hacen que estas actividades sean poco contestables. Pero, si en algún estado miembro se detecta otro servicio que comparte los elementos estructurales de los citados, pero no está incluido en la lista del Cuadro 4, ¿se le puede incluir en el alcance de la regulación?, ¿lo decide la Comisión Europea o lo podrá decidir la autoridad nacional de competencia? Hasta ahora la potestad de implementar la regulación digital es competencia exclusiva de la Comisión.

Un aspecto que tampoco queda regulado de un modo claro en la propuesta es la revisión de estos SBP. Se señala que tanto el status de portal de entrada como la lista de SBP se revisarán cada dos años, pero la implementación o aplicación práctica y con qué criterios cuantitativos no se ha hecho explícita.

El segundo paso es delimitar los agentes sometidos a la regulación propuesta (*gatekeepers* o *guardianes de acceso*). De nuevo, aquí encontramos también diferencias no solo con respecto a la política de defensa de la competencia, sino también con respecto a la regulación de otros agentes en otros mercados. En concreto, para delimitar qué agente económico es considerado *gatekeeper* y, por tanto, sometido a un conjunto de obligaciones la Comisión propone un *test cualitativo de tres criterios*:

(1) que la plataforma tenga un impacto significativo en el mercado interior (muchos usuarios que la adopten),

(2) que gestione un SBP que sea un portal de entrada importante para que los usuarios profesionales (empresas) lleguen a los consumidores finales

y (3) que ostente una posición duradera y afianzada en la actividad, o la pueda adquirir en el futuro previsible

Estos tres criterios no determinan la dominancia en el sentido que se utiliza en defensa de la competencia, aunque pueden ser medidas útiles para su evaluación. Esto es, una plataforma puede ser designada como *gatekeeper*, pero en un caso de posible abuso de posición de dominio, no tener "dominancia" en sentido estricto en un mercado bien definido. La "dominancia" exige más: que la posición de la empresa sea tal que pueda comportarse de un modo apreciable con independencia de cualquier fuerza disciplinadora en un mercado: consumidores o rivales. Se crea, por tanto, una nueva categoría de empresa con cuasi-dominancia: *el guardián de acceso*.

Un paralelismo con la regulación de las telecomunicaciones en la UE puede ser útil para percibir las diferencias. Desde finales del siglo XX las comunicaciones electrónicas tienen una regulación ex ante específica. Una de las piezas importantes de la misma es que una empresa con Peso Significativo en el Mercado (PSM) puede ser sometida a la obligación de, por ejemplo, dar acceso a sus redes a otros rivales. El concepto o categoría de PSM es idéntico al concepto de "dominancia" utilizado en anti-trust. La única diferencia entre PSM y "dominancia" recalca en su evaluación práctica: mientras que en defensa de la competencia se basa en la evidencia existente hacia atrás en el tiempo de esa posible dominancia, en la regulación de telecomunicaciones el PSM debe evaluar también de *modo prospectivo*, esto es evaluar si este dominio va a seguir existiendo en un plazo de 2-4 años dadas las condiciones de mercado existentes ahora y a pocos años vista, y dada la dinámica de la competencia y la innovación en

estos mercados. Pero en regulación de telecomunicaciones el sujeto objeto de regulación es el mismo que en defensa de la competencia: aquél que tiene dominancia en un mercado²².

Cuadro 5. Test de tres criterios cualitativos y los criterios cuantitativos aplicados para designar a un portal de entrada

Test 3 criterios cualitativos	Test de criterios cuantitativos
(1) impacto significativo en el mercado interior	a) tiene volumen negocios > 6.500 mill. E en UE, o bien
	b) valor de mercado > 65.000 mill. E y presta servicio en al menos 3 Estados
(2) opera un SBP que es puerta de acceso importante para llegar a usuarios finales	c) preste un SBP a más de 45 millones usuarios activos en la UE, y
	d) preste servicio a más de 10.000 usuarios profesionales activos
(3) ostenta posición afianzada y duradera en sus operaciones	si c) y d) se cumplen en tres últimos años

Dada la inicial vaguedad en la definición de *gatekeeper*, y con el fin de dotar de mayor certidumbre a las empresas sujetas a regulación de plataformas, la Comisión Europea propone utilizar un test *cuantitativo*, más sencillo de aplicar, para identificarlos (véase Cuadro 5). Si se cumplen esos criterios cuantitativos se presumirá que esa plataforma es, de hecho, un portal de entrada o *gatekeeper*. La plataforma en cuestión puede, de todos modos, pedir una revisión de la decisión de la Comisión si a pesar de que cumple con los criterios cuantitativos expuestos, declara no cumplir alguno de los tres criterios cualitativos. Por ejemplo, puede argumentar que no existen barreras significativas a la entrada en el servicio que presta, en cuyo caso será la plataforma quien reciba la carga de la prueba y será ella la que deberá argumentar y proporcionar evidencia de que no satisface alguno de los criterios cualitativos²³.

4.2 ¿Qué tipo de remedios u obligaciones se imponen?

Se proponen dos conjuntos de obligaciones a imponer sobre los gatekeepers. Por un lado, *obligaciones estrictas*, que se recogen en el artículo 5 y que son prohibiciones que se entiende de un modo general que son necesarias para promover la contestabilidad en estas actividades. Por otro lado, una lista de obligaciones, que se deberán especificar más adelante y se recogen en el Artículo 6 de la propuesta. Este segundo conjunto de obligaciones tiene problemas de falta de especificación y su monitorización posterior es más compleja.

4.2.1 Obligaciones estrictas

Las obligaciones estrictas (siete en total) se detallan en el Cuadro 6. Tienen como objetivo promover la contestabilidad en estas actividades reduciendo las ventajas informativas o de escala que las grandes plataformas pueden adquirir y evitando dos comportamientos que se han

²² Directive EU 2018/1972 establishing the European Electronic Communication Code, diciembre 2018, ver en especial artículos 63 y 67.

²³ Como resalta de Streel (2021), de este modo la Comisión reduce algo la asimetría informativa existente entre las plataformas y la Comisión.

visto en numerosos casos de defensa de la competencia: (1) la contratación conjunta de servicios como imposición de la plataforma, y (2) la imposición de exclusividad en la relación comercial. Con ello se trata de dotar de mayor libertad de contratación a los usuarios profesionales o empresas que venden servicios o aplicaciones online.

Además de estas condiciones que, en esencia, impiden que un portal de entrada ate la oferta de un servicio a la contratación de otros diferentes, o que limite a sus usuarios el cambio de proveedor, se añade una condición de transparencia: informar de los precios o pagos realizados en los servicios de publicidad online contratados por el portal.

Cuadro 6. Obligaciones estrictas sobre los portales de entrada

Obligaciones estrictas (Artículo 5)		
1	no combinar datos personales procedentes de SBP con otros datos personales de otras fuentes (permitido solo si opt- in por parte de usuario)	contestabilidad
2	usuario profesionales pueden ofrecer mismos servicios a través de otras plataformas	no exclusividad
3	usuarios profesionales que utilicen un SBP pueden contratar también con usuario final directamente	no exclusividad
4	no restringir libertad de reclamación por parte de usuarios finales	
5	no imponer a usuarios profesionales que utilicen un SBP utilizar también un servicio de identificación ofrecido por plataforma	no tying
6	no imponer a usuarios profesionales que contraten un SBP que suscriban otro SBP de la misma plataforma	no tying
7	dar información de precios o pagos realizados por publicistas o editores por servicios de publicidad provistos por plataforma	transparencia

Cláusula de opt-in para usuarios finales por el uso de su información personal

Cada remedio propuesto debe equilibrar dos aspectos: lo que se pierde al limitar el comportamiento de la empresa en un sentido concreto, por un lado, y lo que se gana en mejores condiciones para la competencia, por otro lado. Por ejemplo, pensemos en la restricción consistente en que una plataforma no pueda utilizar datos personales obtenidos de usuarios de otros servicios diferentes que también presta. Esta prohibición ocurre ya en Alemania, donde la autoridad de la competencia ha prohibido a Facebook hacer uso de información recogida de usuarios en Instagram o Whatsapp, a no ser que el usuario dé su consentimiento expreso para hacerlo²⁴. Esta prohibición tiene un coste: es seguro que Facebook, integrando la información obtenida de usuarios de otras aplicaciones, es capaz de ofrecer un servicio de publicidad más ajustado a las preferencias y con mayor impacto en los nichos donde se dirija. Y esto tiene el aspecto positivo de reducir la exposición de los usuarios finales a anuncios que no interesan. Pero también puede conducir a efectos negativos para la competencia a largo plazo: aumentar las barreras a la entrada de otros agentes que nunca podrán disponer de toda la información que Facebook dispone de tantos usuarios y no poder ofrecer un servicio de, por ejemplo, publicidad con similar efectividad con el cual financiar la red social o aplicación que introduzca.

La estrategia de combinar datos de los usuarios procedentes de diferentes fuentes o aplicaciones puede dotar a la plataforma de una ventaja inigualable dados los efectos de red indirectos y las economías de escala y de alcance existente en la explotación de los datos. Y esta ventaja puede ser utilizada como barrera con el fin de evitar o hacer más costosa la entrada de

²⁴ Bundeskartellamt Decision under Section 32(1) of German Competition Act, B6-22/16, Febrero 2019.

nuevos rivales en el mercado. En consecuencia, en la regulación propuesta no se prohíbe esta práctica de un modo absoluto, ya que también tiene efectos positivos para los usuarios, pero será permisible solo si el usuario final da su consentimiento expreso a la plataforma (opt-in).

Prohibición de cláusulas de exclusividad o de tying

La posibilidad que tanto los usuarios finales como los profesionales puedan contratar libremente varias plataformas a la vez (*multi-homing*) es fundamental para generar disciplina entre las plataformas. Algunas plataformas han intentado limitar esta libertad imponiendo cláusulas de contratación en exclusiva²⁵ o bien imponiendo condicionalidad en los contratos (*tying*)²⁶: a cambio de instalar una aplicación A, el usuario debía también contratar o utilizar la aplicación B de la misma plataforma.

Ni la contratación conjunta ni la exclusividad están prohibidos por la legislación de la competencia. Ambas son prácticas que pueden acometerse, aunque si la empresa que lo hace tiene posición de dominio lo que no puede es trasladar con estas prácticas su dominio a otros mercados, ni siquiera reforzar ese dominio en el mercado inicial, ni con esta práctica intentar evitar la entrada de rivales. Aquí se observa una diferencia clara entre la legislación de competencia y la regulación ex ante introducida a las plataformas²⁷: mientras en el primer caso la práctica está sometida al análisis de los efectos que haya podido tener en el mercado (y, por supuesto, siempre que la empresa investigada ostente ya dominio definido), en esta regulación propuesta dado que con anterioridad se han identificado los agentes con cuasi- dominio (los portales de entrada) y también se han identificado las actividades donde existen problemas estructurales de competencia (los SBP), se impone la prohibición de esta práctica de modo general.

4.2.2 Obligaciones adicionales

Hay otra (larga) lista de obligaciones, detalladas en el Artículo 6 de la propuesta y que la propia Comisión deja claro que "se deberán especificar" de un modo más concreto. De hecho, tal y como están descritas algunas de éstas son de muy difícil implementación. Es en este conjunto de obligaciones donde surgen muchas preguntas sobre su alcance real y sobre su implementación. Como se verá, se introducen varias obligaciones cuando el portal de entrada tenga actividad aguas arriba, en la provisión de un servicio a otras empresas, y a la vez venda en competencia con otras empresas al consumidor final. En estos casos el *gatekeeper* puede utilizar el servicio mayorista en su beneficio; por ejemplo, tratando a su servicio final en condiciones más ventajosas a como trata a servicios rivales, o utilizando los datos que extrae de los usuarios de la plataforma mayorista en beneficio propio y no compartiéndolos con las demás rivales.

El Cuadro 7 muestra esas obligaciones adicionales posibles. A continuación se comentan brevemente algunas de estas obligaciones y los problemas que plantea su especificación y control posterior.

²⁵ Véase caso Google AdSense (2019).

²⁶ Véase caso Google- Android (2018).

²⁷ La venta conjunta (*tying*) puede ser considerada como un abuso de posición de dominio en casos de defensa de la competencia cuando se dan una serie de condiciones, en especial cuando hay intención de expulsar a rivales del mercado. Ver caso TetraPack II (1991).

Cuadro 7. Obligaciones adicionales sobre los portales de entrada (Artículo 6)

	Obligaciones (Art 6)
1	no utilizar datos obtenidos gracias a las empresas que ofrecen bienes por la plataforma, a no ser que sean públicos
2	permitir la des-instalación de aplicaciones pre-instaladas
3	permitir interoperabilidad de tienda online
4	no hacer self- preferencing (o ranking discriminatorio en búsquedas)
5	no poner restricciones al cambio de proveedor de servicio a los usuarios finales
6	interoperabilidad entre el sistema operativo del gatekeeper con otros servicios adicionales
7	ofrecer medidas de performance para verificación por terceros de impacto, sin coste alguno
8	ofrecer portabilidad de datos efectiva a usuarios (de datos generados gracias a estos)
9	ofrecer datos disponibles por plataforma generados gracias a las empresas que en ella ofrecen sus bienes
10	ofrecer a otros motores de búsqueda información de búsquedas, click+view, rankings en condiciones FRAND (anonimizando datos personales)
11	acceso a la tienda online en condiciones justas y no discriminatorias a cualquier empresa que ofrezca servicios o bienes

No hacer uso de información obtenida por la presencia de empresas que ofrecen bienes en el portal de acceso

La plataforma no puede hacer uso de información que pueda obtener gracias a las empresas rivales y explotarla en beneficio de su servicio final. Solo podrá utilizar la información que sea pública para vender en el mercado final. Esto supone de hecho introducir una "muralla china informativa", o separación funcional entre su actividad mayorista (ofrecida en su portal de venta por ejemplo a otras empresas) con respecto a la actividad de venta de un servicio a los usuarios finales. Esta separación "funcional" se debe hacer con respecto a los conjuntos de información relevantes para la venta en el mercado final, información que solo dispone la plataforma y no está disponible a las rivales. Esta obligación se extiende a todas las empresas o servicios controlados por la plataforma.

Prohibición de self-preferencing

El *self-preferencing* consiste en tratar de un modo preferente los servicios propios de una empresa cuando estos entran en competencia con los servicios de empresas rivales que también utilizan la plataforma. De un modo general, esta práctica no es necesariamente considerada un abuso por la legislación de competencia, a no ser que quien lo acometa tenga en propiedad un cuello de botella o facilidad esencial y con esta práctica pueda expulsar a rivales aguas abajo. En otros contextos el *self-preferencing* se somete a un examen posterior más detallado en el que se evalúen los efectos positivos y los negativos que pueda tener sobre la competencia²⁸, pero no se prohíbe *per se*. Sin embargo, en la regulación propuesta se prohíbe a un portal de entrada

²⁸ Ver Cremer *et al* (2019).

acometer "forma alguna de diferenciación o tratamiento preferencial cuando ofrezca un ranking en alguno de los SBP..... (con el objetivo de) favorecer los servicios que la misma plataforma ofrece". Es una prohibición general sobre estos agentes.

La prohibición de hacer *self-preferencing* fue una de las condiciones impuestas a Google en el caso de Google Search-Shopping (2017). Debe señalarse que se aplica solo a portales de entrada integrados verticalmente, donde el portal actúe en ambos mercados a la vez y pueda manipular un resultado de ranking o de comparación de ofertas que ofrezca en su favor y en detrimento de una empresa rival.

Adicionalmente, con el fin de promover la movilidad de usuarios y la contestabilidad, se introducen varias obligaciones adicionales que se comentan a continuación.

Portabilidad de datos

Un aspecto central en el modelo de negocio de muchas plataformas es el uso y explotación de los datos que dejan los usuarios online. Como se ha mencionado, la explotación de esos datos muestra economías de escala y de alcance claras, de las cuales se apropia la plataforma o portal de entrada. Estos datos son generados en muchas ocasiones por las empresas o usuarios profesionales que se anuncian en el servicio ofrecido por una plataforma, quienes atraen a consumidores finales interesados por un tipo de producto o aplicación. Si una empresa anuncia o vende sus servicios por una plataforma y decide cambiar de plataforma de venta o distribución incurre en un coste importante: pierde el conocimiento que ella misma ha generado de los usuarios cuando visitan sus productos, los comparan con otros y adoptan la decisión de comprar o no.

Con el fin de que la empresa que vende el producto pueda cambiar de proveedor sin costes especiales y favorecer la contestabilidad, se establece el derecho de los usuarios profesionales (empresas) a obtener la información relevante generada por ellos al usar la plataforma. Esto es, tienen derecho a la portabilidad de datos y, por tanto, la información sobre patrones de consumo, usuarios, visitas, etc. que haya sido generada por la empresa vendedora debe ser puesta a disposición de ésta cuando desee cambiar de proveedor. Nótese que esta obligación de dar acceso a datos sobre el portal de entrada empodera a los usuarios profesionales. Más aún: el acceso a los datos generados por los usuarios profesionales o empresas debe ser facilitado en tiempo real a través de software (API) accesible y gratuito.

La complejidad en la definición del alcance y en la implementación que supone esta obligación de portabilidad de datos es muy alta. Un símil con las telecomunicaciones puede ser útil. La portabilidad en telefonía móvil o fija es relativamente sencilla porque el usuario se lleva una sola cosa: un número de 9 cifras. Pero la portabilidad de datos es mucho más compleja, con muchas más dimensiones a definir y con problemas de implementación práctica importantes: ¿en qué formato se deben dar los datos? ¿qué información exactamente? ¿con qué nivel de detalle? ¿desde cuándo? ¿con qué periodicidad? ¿habrá un formato común? ¿quién lo define?

Una cuestión que hemos aprendido de la regulación de las telecomunicaciones en los últimos 20 años es que una obligación necesita de mucho detalle para que luego no haya problemas en su implementación. Por ejemplo, se impuso que la portabilidad en telefonía móvil podía ser efectuada en un día sin perder servicio efectivo, con plazos, procesos, duraciones y detalles que quedaron bien definidos por la autoridad reguladora. Si surge un conflicto entre operadores o con usuarios, el regulador recibe la denuncia, tiene un plazo para contestarla y es posible que

abra un periodo de consulta pública para su resolución (si implica cambios en el proceso definido).

Sin embargo, este tipo de detalles no quedan definidos en la propuesta, lo que genera un problema. Tal y como está en la regulación propuesta, una plataforma declarada como portal de entrada tendrá seis meses para declarar cómo piensa implementar las obligaciones. ¿Será suficiente hacer una declaración global? ¿Qué nivel de detalle se va a exigir? ¿Se puede multar a una plataforma por proporcionar un servicio de, por ejemplo, portabilidad de datos incompleto?²⁹

Facilidad para desinstalar cualquier software pre-instalado.

A ese respecto ya se vio en el caso Google Android cómo la plataforma imponía, por un lado, la pre-instalación en teléfonos móviles de varias aplicaciones complementarias al buscador general, con el fin de impulsar o introducir con mayor probabilidad de éxito aplicaciones complementarias y de este modo conseguir unas ventajas no alcanzables a las empresas rivales³⁰. Por otro lado, dado el control que tenía sobre el sistema operativo móvil, hacía muy difícil para el usuario des-instalar una aplicación propia, como podía ser el buscador, o el navegador o la tienda GPlay.

Con el fin de garantizar la elección por parte del usuario final de cada aplicación a utilizar se prohíbe de modo general a los SBP y a los *guardianes de entrada* dificultar la desinstalación de cualquier software pre-instalado en su sistema operativo.

Libertad de elección para los usuarios e interoperabilidad

La regulación propuesta desea promover la entrada de nuevas aplicaciones, innovaciones y agentes -los usuarios profesionales- en la cadena de valor generada a partir de internet y limitar las barreras que los portales de acceso puedan suponer en algún estadio de la cadena de valor. Con el fin de dotar de mayores posibilidades de elección a los usuarios profesionales cuando contratan un servicio online, se impone a los portales la obligación de no restringir las condiciones en las que contratan el servicio estos usuarios profesionales, quienes podrán ofrecer condiciones diferentes de sus productos en portales diferentes con libertad. Esto implica de hecho la prohibición a los portales de imponer cláusulas del tipo "most-favoured-nation" (MFN)³¹, por las cuales la empresa que ofrece sus servicios a través del portal se compromete a ofrecer siempre el mejor precio posible a través de ese portal.

Dos condiciones adicionales impuestas, que también tratan de promover la contestabilidad, tienen que ver con la interoperabilidad de los sistemas operativos y el acceso a tiendas online. En especial esta segunda obligación impone que una tienda online deberá dar acceso a cualquier usuario profesional a su tienda en condiciones "justas" y "no discriminatorias", esto es, en las mismas condiciones en que la propia plataforma da acceso a sus propios productos en la tienda

²⁹ Véase Herguera (2021).

³⁰ Se trata de los acuerdos "anti fragmentación del entorno Android" que Google imponía a los fabricantes de *smartphones* y operadores de telecomunicaciones. Caso Google Android (2018).

³¹ MFN es una cláusula muy utilizada en entornos multi- laterales, como por ejemplo en la Organización Mundial del Comercio cuando se negocian rebajas arancelarias entre varios países o zonas comerciales. En contextos de oligopolios esta cláusula puede tener efectos variados y no siempre deseables, como puede ser la exclusión de rivales o la colusión.

online. Esta condición de no discriminación estricta es también empleada en otros contextos, como ocurre en las telecomunicaciones cuando un operador dominante es regulado en su oferta de acceso a su red y se le impone la condición de no-discriminación.

Obligación de notificar cualquier adquisición digital

Una obligación adicional que se introduce en esta regulación tiene que ver con el control de concentraciones. En la UE existen unas reglas *de minimis* para filtrar inicialmente las operaciones que deben pasar por el control de la autoridad nacional de competencia o de la Comisión Europea (si tiene dimensión comunitaria) para su aprobación. Las reglas *de minimis* no suelen cubrir operaciones de compra cuando la empresa que se adquiere es una start-up, de reducido tamaño y experiencia en el mercado y que solo es capaz de generar un reducido volumen de ingresos. El problema surge cuando la plataforma establecida adquiere un potencial rival que pueda suponer competencia efectiva en el medio plazo. La adquisición puede tener un objetivo estratégico: eliminar competencia futura. Una evaluación más rigurosa de la operación no solo debería centrarse en la operación específica, sino en el efecto que a medio plazo esta pueda tener sobre la competencia en un entorno más amplio³².

El problema en este caso para la autoridad es el contrafactual: la autoridad debe evaluar lo que ocurriría con esa start-up en un periodo razonable a futuro si la operación propuesta no tuviera lugar. Varios informes de autoridades recomiendan utilizar un enfoque de "balanceo de daños"³³ por el cual se evalúen tanto la probabilidad como el tamaño de los daños esperados de la operación y se comparen estos con los beneficios esperados. Otra salida puede ser revertir la carga de la prueba: será la plataforma adquiriente la que debe proponer razones de por qué la adquisición puede ser positiva para el consumidor o al menos que la operación no causará daño a la competencia³⁴.

En la actualidad, muchas de estas compras de pequeños rivales no satisfacen el criterio de volumen mínimo de facturación relevante como para tener que pasar por el filtro de la autoridad de la competencia y, por tanto, son adquisiciones que no pasan por control previo alguno. La Comisión Europea introduce en la propuesta regulatoria la obligación sobre los portales de entrada de *"notificar a la Comisión sobre cualquier adquisición planificada o realizada de cualquier empresa que ofrezca servicios básicos de plataforma o de cualquier otro servicio en la industria digital"*. O sea, un portal de entrada deberá notificar cualquier compra que quiera acometer en el sector en sentido amplio y sea cual sea el tamaño de la empresa objeto de compra.

4.3 Comentarios globales sobre la propuesta

Además de las dudas planteadas con anterioridad, la actual propuesta de la Comisión Europea suscita multitud de cuestiones adicionales, a las que deberá irse respondiendo en próximos meses una vez avance el proceso de definición del nuevo marco regulador.

Por ejemplo, muchas de las obligaciones que se desean imponer tratan de garantizar que las empresas usuarias de las plataformas, las que por ejemplo ofrecen aplicaciones o venden bienes

³² Ver Fumagalli *et al.* (2020) y Motta y Peitz (2020).

³³ Ver informe Furman (2019).

³⁴ Ver Cremer *et al.* (2019).

o servicios a través de éstas tengan mayor libertad de elección. Si un usuario profesional tiene un problema, ¿se debe dirigir a la Comisión Europea? ¿No sería más conveniente que las unidades reguladoras especializadas en lo digital de cada estado miembro se ocuparan de esta primera ventanilla? Y si hay conflicto, ¿qué plazo se abre para resolver? ¿cómo se dará audiencia a los usuarios profesionales o empresas y a otros posibles afectados? Si las obligaciones del artículo 6 se deben "especificar más adelante", ¿se hará vía consulta pública? ¿o se trata de un diálogo solo entre la plataforma y la Comisión Europea?³⁵

A este respecto, en la UE existe el principio regulatorio general de "proporcionalidad", muy útil en cuanto que limita una intervención pública en un mercado de tal modo que esta sea proporcional al problema detectado. Pero la aplicación de este principio en lo referente a las medidas o remedios propuestos en esta regulación no queda clara. Da la impresión de que las obligaciones de los artículos 5 y 6 se aplican en bloque una vez una plataforma haya sido designada como portal de entrada. ¿Se podrá modular cada una de las obligaciones, en especial las del artículo 6, en base a las características propias del problema a solucionar? Existe heterogeneidad clara en los modelos de negocio que tienen las empresas en el mundo digital. Por ejemplo, hay empresas que no explotan la información de usuarios para ofrecer publicidad, sino que basan sus ingresos en otras fuentes (pagos por suscripción, pagos por uso ...). ¿Se aplicarán también a estas plataformas todas las obligaciones?

Un problema adicional tiene que ver con la implementación de muchas de estas obligaciones: la especificación y el alcance concreto de muchas de ellas es complejo y, en la propuesta actual, se proporciona muy poco detalle, como por ejemplo en el caso de la portabilidad ya mencionado, en la obligación de interoperabilidad o en la condición de no discriminación impuesta.

Junto a la falta de especificación en las obligaciones a imponer, hay una dificultad adicional que es clave: su monitorización posterior. Dados los volúmenes de datos que estas plataformas manejan, los algoritmos y métodos de inteligencia artificial que utilizan para su explotación y las distintas fuentes de las que disponen, es difícil determinar si, por ejemplo, la plataforma se discrimina favorablemente o no a sí misma con respecto a una empresa rival vendedora de un producto (prohibición de hacer *self-preferencing*). O, por ejemplo, saber si una plataforma está cumpliendo la obligación de proveer los datos generados por una empresa que vende sus bienes a través de la plataforma. Es clara la asimetría informativa que existe: cada plataforma podrá delimitar a su conveniencia las dimensiones de los datos a ofrecer.

Esta falta de especificación de las obligaciones puede traer como consecuencia otro efecto: la primera plataforma que detalle, aunque sea mínimamente, especificaciones sobre cómo cumplir con ciertas obligaciones, de facto puede estar implementando un estándar de cumplimiento, que puede extenderse a otras plataformas o negocios.

Un mecanismo que no se apunta en la propuesta pero que podría ser útil es el de elaborar *Ofertas de Referencia*, instrumento muy utilizado en la regulación de las telecomunicaciones. Cada agente regulado haría una oferta pública y detallada sobre la información que provee a cada usuario que quiera cambiar de proveedor y las condiciones en que propone hacerlo, oferta que después pasa por el filtro de la autoridad reguladora. La Comisión Europea podría de este modo introducir ciertas especificaciones comunes para la

³⁵ Véase de Streel (2020) para una discusión sobre el diseño institucional de la propuesta.

portabilidad, la cual afecta a muchos agentes. Pero este proceso necesitaría de aprendizaje: el regulador va aprendiendo de los parámetros necesarios con el tiempo.

En la regulación propuesta se introducen tres mecanismos que ayudan a suavizar la asimetría informativa existente entre la Comisión y las plataformas. En primer lugar, la obligación de que las plataformas hagan una auditoría todos los años de sus métodos, profiling de usuarios y algoritmos utilizados sin duda aportará a la Comisión abundante información sobre los métodos aplicados. En segundo lugar, la obligación introducida consistente en que las plataformas deben ofrecer estos servicios, como la portabilidad, *by design*, esto es, integrados en la propia tecnología de la plataforma. Pero estas mediciones o diseños no se hacen en pocos días, necesitan tiempo.

Un tercer mecanismo interesante es la reversión de la carga de la prueba: con respecto a las condiciones del artículo 6 propuestas, si una plataforma quiere desviarse de alguna de estas restricciones deberá ser ella la que demuestre a la autoridad que en su caso, y dadas las características existentes, la práctica concreta trae beneficios mayores que los costes esperados.

4.4. ¿Es necesaria una reforma de la legislación de defensa de la competencia en España?

Los dos Reglamentos propuestos por la Comisión Europea están aún en proceso de discusión entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea. Es previsible que al final acabe proponiéndose un Reglamento de Mercados Digitales y otro de Servicios Digitales y estos Reglamentos serán, una vez aprobados por el Parlamento Europeo, de aplicación directa al derecho español. Además, se trata, como se ha explicado a lo largo de este trabajo, de regulación *ex ante*, complementaria a la existente de defensa de la competencia, la cual a nivel europeo no se modifica.

Hay países en la UE que han reformado, o al menos han propuesto la reforma, de su legislación de defensa de la competencia para introducir nuevos conceptos de cuasi-dominancia diseñados especialmente para ser aplicados a los mercados digitales, donde ciertas características de los mismos y la observación de altas concentraciones hacen que los instrumentos tradicionales existentes no sean considerados suficientes para el objetivo común: promover y garantizar la competencia efectiva en los mercados.

- En Alemania se ha introducido el concepto de empresa "*con especial incidencia en la competencia en los mercados*" sobre la cual la autoridad podrá imponer medidas cautelares o temporales sin necesidad de finalizar para ello un caso de abuso de posición de dominio. Se ha ampliado en la legislación el concepto de *cuello de botella* a casos donde el input consista en datos o información de usuarios de importancia para la entrada o subsistencia en el mercado. Y se introduce la posibilidad de declarar abuso de posición de dominio la negativa de una empresa a dar acceso a los datos relevantes sobre el mercado recogidos bajo ciertas circunstancias.
- En Francia, la autoridad propone definir un nuevo concepto de cuasi-dominancia: el agente con "poder de mercado estructural", que será aquel que: (1) ofrece servicios de intermediación online, (2) ostenta poder de mercado "estructural" debido al acceso a datos que obtienen y el control del acceso de o hacia usuarios, y (3) que otras empresas o usuarios dependan de esta empresa y de los servicios que ofrece. En un caso reciente, la autoridad declaró abuso de posición de dominio la explotación de una "dependencia económica" de un agente estructural sobre sus distribuidores.

- En el Reino Unido se ha propuesto incluir el concepto de empresa con "*status de agente de mercado estratégico*", sobre la cual la autoridad podrá definir obligaciones específicas *ex ante*, sin necesidad de finalizar una investigación por dominancia. Estas podrán consistir en imposiciones como la obligación de dar acceso a sus datos a otras empresas. Se propone también definir un "código de conducta competitivo" o listado de prácticas a las que un operador estratégico se compromete *ex ante*.
- Los países del Benelux proponen introducir mecanismos "fast-track" de intervención en mercados digitales, con capacidad para la autoridad de adoptar medidas temporales en ciertas actividades donde un agente controle un cuello de botella en el ecosistema digital.

Son estas ampliaciones del concepto de cuasi-dominancia o de "facilidad esencial" en el ámbito digital las que no existen en la legislación española de competencia. Es previsible que la figura de "portal de acceso" y "servicios básicos de plataforma" terminen siendo aprobadas en la regulación *ex ante* sobre mercados digitales a nivel europeo, pero serán de aplicación en el contexto de esta regulación digital y no podrán ser utilizados, al menos directamente, en un caso de posible abuso de posición de dominio.

La Ley de Defensa de la Competencia en España tiene en el artículo 2 apartado c) una cláusula adicional que no aparece en el artículo 102 del Tratado de la UE, por la cual se considerará como abuso de posición de dominio la práctica de una empresa con dominancia establecida en un mercado consistente en una "*negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios*". Sin duda es una cláusula útil pero su dominio viene restringido por la definición anterior de "dominancia" a la que está sometida. Y es precisamente la dominancia tradicional el concepto que está siendo ampliado por otros de cuasi-dominancia aplicables a los sectores digitales por parte de muchas autoridades de competencia.

Otro instrumento nuevo e interesante introducido por parte de la Comisión Europea y de otras autoridades nacionales (como las de Holanda, Reino Unido o Alemania) es la posibilidad de realizar *investigaciones de mercado*, mediante las cuales se puedan analizar sectores o actividades donde se detecten problemas de competencia, para poder así proponer remedios sin necesidad de abrir investigaciones tradicionales por abuso de posición de dominio o por colusión³⁶. Es un instrumento complementario y no punitivo, pero sí de cooperación forzosa, por cuanto puede concluir con imposiciones conductuales sobre los agentes en los mercados analizados³⁷.

Será necesario en España contar con una unidad especializada en la CNMC para el seguimiento y evaluación de la competencia y del cumplimiento de la regulación en estas actividades que se propone regular, esto es: una "unidad digital" con especialistas en estos mercados y en contacto directo con la Comisión Europea, institución que es quien asume plenamente el control de la implementación de esta regulación propuesta.

³⁶ Véase Fletcher (2020).

³⁷ Para una evaluación del diseño de este instrumento en el Reino Unido, véase Crawford *et al.* (2020).

5. Conclusiones

Muchas actividades digitales muestran características específicas que pueden conducir a estructuras de mercado muy concentradas. Los datos o información que dejan los usuarios son utilizados para mejorar las prestaciones del servicio y para, a menudo, ofrecer un nuevo servicio a un grupo de agentes del otro lado del mercado: la publicidad. Los efectos de red directos e indirectos, la multi-lateralidad de estas actividades o las sinergias en costes en la explotación de datos son factores que conducen fácilmente a estructuras de mercado muy concentradas. Cuando esto se produce los usuarios, ya sean empresas o individuos, no tienen apenas capacidad de elección del servicio de plataforma, en un contexto en que estas se están convirtiendo en el principal canal de venta, anuncio y comunicación para un creciente número de agentes.

El Reglamento de Mercados Digitales (*Digital Markets Act*) propuesto por la Comisión Europea es un nuevo instrumento legal complementario a la legislación de defensa de la competencia ya existente en la UE y amplía la intervención pública en actividades digitales de un modo muy significativo. Con los objetivos de promover la contestabilidad y evitar la imposición de contratos injustos se introduce una nueva categoría de cuasi-dominancia (el portal de entrada) más amplia que el tradicional concepto de "dominancia" en sentido estricto. Se propone delimitar las actividades a regular en base a una lista de servicios ex ante seleccionados (los servicios básicos de plataforma, SBP) y es la intersección de SBP y los agentes-portales de entrada lo que es objeto de regulación *ex ante*.

Las condiciones impuestas sobre este conjunto de agentes-portales son de tipo conductual y se basan muchas de ellas en la experiencia de la UE en casos ya decididos de abusos de posición de dominio y remedios específicos ya aplicados. Pero muchas de estas obligaciones son complejas en su diseño y no quedan bien especificadas en la regulación propuesta. Existe una asimetría informativa evidente entre las plataformas y su conocimiento del negocio y la Comisión. No queda clara en la propuesta la especificación de detalle individual de los remedios a los portales de entrada- en especial de las obligaciones especificadas en el Artículo 6-, aspecto este muy importante dada la gran heterogeneidad en los modelos de negocio de las distintas plataformas. Tampoco queda clara la dinámica de revisión de estas obligaciones y de los servicios básicos.

Si bien la regulación, una vez sea aprobada por el Parlamento Europeo, será de aplicación directa en toda la UE, hay un buen número de autoridades de la competencia de estados miembros que han modificado, o piensan modificar, su legislación de defensa de la competencia introduciendo algunos elementos nuevos, como categorías de cuasi-dominancia, extensión del concepto de "facilidad esencial", competencias para imponer medidas cautelares o realizar investigaciones de mercado. ¿Es necesaria esta revisión también en la legislación española?

Referencias

- Argentesi, E., Buccirosi E. P., Calvano, E., Dusso, T., Marrazzo, A. y Nava, S. (2020). "Merger policy in digital markets: an ex post assessment", *Journal of Competition Law & Economics*.
- Armstrong, M. (2006). "Competition in two sided markets", *Rand Journal of Economics*, 37 (3), p. 668- 691.
- Armstrong, M. y Wright, J. (2007). "Two sided markets, competitive bottlenecks and exclusive contracts", *Economic Theory*, 32 (2), p. 353- 380.
- Autorité de la Concurrence (2020). Contribution de l'Autorité de la Concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, febrero.
- Belleflamme, P. y Peitz, M. (2018). "Platforms and network effects", en Corchón, L. y Marini, M. (eds.) *Handbook of Game Theory and Industrial Organization*, Vol. II.
- Benelux Competition Authorities (2019). Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world, (Belgian Competition Authority, Authority for Competition and Markets and Conseil de la Concurrence), octubre.
- Caillaud, B. y Jullien, B. (2003). "Chicken & Egg: Competition Among Intermediation Service Providers", *Rand Journal of Economics*, 34(2), p. 309–328.
- Calvano, E. y Polo, M. (2021). "Market power, competition and innovation in digital markets: a survey", *Information Economics and Policy*, 54.
- Comisión Europea (2020). Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on a single market for digital services (Digital Services Act) and amending Directive 200/31/EC.
- Comisión Europea (2020). Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM 2020/842, diciembre 2020.
- Comisión Europea (2019). Caso AT.40411 Google Search (AdSense), C(2019) 2173, marzo.
- Comisión Europea (2017). Caso AT. 39740 Google Search (Shopping), C(2017) 444, junio.
- Comisión Europea (2018). Caso AT. 40099 Google Android, C(2018) 4761, julio.
- Comisión Europea (1991). Decisión 92/163/EEC caso TetraPack II (IV/ 31043), julio.
- Crawford, V., Rey, P. y Schnitzer, M. (2020). "An economic evaluation of the EC's proposed "New Competition Tool", Office of the European Union.
- Crémer, J., de Montoye, Y.A. y Schweitzer, H. (2019). "Competition policy for the digital era. Report to the European Commission".
- de Streel, A. (2020). "Designing an EU intervention standard for digital platforms", Working Paper Robert Schuman Center for Advanced Studies- *Florence School of Regulation* 2020/ 14.
- de Streel, A. (2021). "Digital Markets Act: policy choices and conditions for success", *Promarket*, 13 de enero de 2021.
- Evans, D. (2003). "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets", *Yale Journal on Regulation*, 20, p. 325-382.
- Federal Ministry of Economic Affairs (2019), Commission "Competition Law 4.0".

- Fletcher, A. (2020). "Market investigations for digital platforms: panacea or complement", *Center for Competition Policy*, University of East Anglia.
- Fumagalli, Ch., Motta, M. y Tarantino, E. (2020). "Shelving or developing? The acquisition of potential competitors under financial constraints," *Economics Working Papers 1735*, Department of Economics and Business, Universitat Pompeu Fabra.
- Furman, J., Coyle, D., Fletcher, A., McAuley, D. y Marsden, Ph. (2019). "Unlocking Digital Competition", marzo.
- Herguera, I. (2021). "La regulación que viene sobre las plataformas digitales, I y II", Nada es Gratis, 29 y 31 de marzo 2021.
- Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world, octubre 2019.
- Katz, M.L. y Shapiro, C. (1985). "Network externalities, competition, and compatibility", *American Economic Review*, 75(3), p. 424-440.
- Motta, M. (2004). *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press.
- Motta, M. y Peitz, M. (2020). "Intervention triggers and underlying theories of harm. Expert advice in the impact assessment of a new competition tool".
- Motta, M. y Peitz, M. (2020). "Removal of Potential Competitors – A Blind Spot of Merger Policy?", *Discussion Paper No. 208, Collaborative Research Center Transregio 224*, University of Bonn-- University Mannheim, agosto.
- Reisinger, M. (2014). "Two part tariffs competition between two sided platforms", *European Economic Review*, 68, p. 168- 180.
- Rochet, J-C. and Tirole, J. (2006). "Two sided markets: a progress report", *Rand Journal of Economics*, 37 (3), p. 645- 667.
- Rochet, J-C. and Tirole, J. (2003). "Platform competition in two sided markets", *Journal of the European Economic Association*, 1(4), p. 990- 1029.
- Rysman, M. (2009). "The economics of two-sided markets", *Journal of Economic Perspectives* 23 (3), p. 125–143.
- Schallbruch, M., Schweitzer, H. y Wambach, A. (2019). "A new competition framework for the digital economy. Report by the Commission", septiembre.
- Slaba, M., Blaison, H. y Renie, P. (2020). "Main developments in competition law and policy 2020: France", *Kluwer Competition Law Blog*, diciembre.
- Stigler Committee of digital platforms (2019). Final Report, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago.
- Wismer, S. y Rasek, A. (2017). "Market definition in multi-sided markets. Hearing on re- thinking the use of traditional anti- trust enforcement tools in multi sided markets", OECD, DAF/COMP/WD(2017) 33, junio.

Anexo 1. Nuevas propuestas de competencia y regulación en mercados digitales

Alemania

En enero de 2021 el Parlamento alemán³⁸ aprobó una reforma de su legislación de defensa de la competencia en la que se introducen elementos nuevos que dotan a la autoridad de mayor control sobre los mercados digitales, tanto en cuanto a medidas de investigación de posibles casos de abuso, como de regulación ex ante o condiciones que podrá imponer a plataformas digitales³⁹.

La legislación en Alemania ya contemplaba considerar elementos como efectos de red directos e indirectos, la multilateralidad de algunas actividades o las economías de escala obtenidas para evaluar la dominancia de una empresa. En esta reforma de la legislación se introduce también el *poder de intermediación* y el *acceso a datos relevantes para el proceso de la competencia* como elementos adicionales a evaluar. El poder de intermediación consiste en la posibilidad de que una empresa que actúe como intermediaria informacional tenga la capacidad de conducir a los usuarios a ciertas ofertas o productos concretos actuando de este modo como portal de entrada en diferentes mercados.

Existía en la legislación también el concepto de *poder de mercado relativo*: cuando se da una posición de dependencia económica entre empresas de pequeño tamaño y otra que ofrece un servicio a éstas y no existe para las menores posibilidad suficiente y razonable de cambiar de proveedor⁴⁰. Podría suponer, por tanto, un abuso de posición de dominio la negativa de acceso de una empresa con poder de mercado relativo propietaria de una red o infraestructura a rivales, siempre que este acceso fuera imprescindible para que los rivales pudieran competir en el mercado final. Este concepto de dependencia se amplía ahora al caso de servicios de intermediación ofrecidos por una empresa que den acceso a mercados finales o mayoristas, así como cuando la dependencia se basa en la información que la empresa con incidencia en el mercado tenga y sea necesaria para que los rivales puedan competir en el mercado final⁴¹.

De aquí emana una obligación importante: la de compartir datos por parte de las empresas que recolectan información que dejan los usuarios en una aplicación para su posterior explotación, siempre que esos datos o información sean relevantes para la competencia final. Se trata de reducir las ventajas que debido a la información recogida pueda tener una empresa grande que se aprovecha de los efectos de red y sinergias que se derivan de la escala, para trasladar parte de esta ventaja a otras empresas alternativas. En suma, se trata de aumentar la *contestabilidad* de estos mercados. La negativa a compartir datos relevantes para la competencia puede ser considerada ahora como un abuso si: (1) la empresa tiene una incidencia especial en los mercados, (2) hay negativa de acceso a datos, a la infraestructura o a una red, (3) el acceso de

³⁸ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB- Digitalisierungsgesetz), enero 2021.

³⁹ Un informe previo a petición del gobierno federal alemán proporciona también una lista de reformas a acometer, ver "Competition Law 4.0", Federal Ministry of Economics Affairs, septiembre 2019.

⁴⁰ En la legislación alemana de defensa de la competencia el abuso de una posición de dominio se extiende también a prácticas abusivas de empresas con poder de mercado relativo.

⁴¹ Se trata de una ampliación de la doctrina de la facilidad esencial a otra dimensión: los datos.

rivales es objetivamente indispensable para que éstos puedan competir en mercados relacionados, (4) la negativa supone una amenaza de eliminar la competencia en esos mercados. Se introduce así mismo la posibilidad de intervenir en un mercado si la autoridad considera hay peligro de *tipping* en una actividad concreta, esto es, que la dinámica propia de esa actividad acabe resultando en un equilibrio en monopolio. Para la intervención no es necesario que la empresa ostente "dominancia" en sentido estricto. Se introduce un nuevo concepto cercano al mismo que es suficiente: que se trate de empresas "*con especial incidencia en la competencia en los mercados*". Para identificar esta posición de incidencia la autoridad evaluará si ostenta dominancia en uno o varios mercados, si está verticalmente integrada, si dispone de acceso a datos o información relevante y la importancia que tiene que otras empresas accedan a mercados relacionados. Se trata de una nueva categoría de "cuasi-dominancia" especialmente indicada para actividades digitales donde puede darse el caso que una empresa no ostente dominancia en sentido estricto en todos los mercados o actividades donde está presente, pero sí tenga una incidencia significativa en todos ellos debido a los lazos que existen entre las distintas actividades, ya sea por efectos de red indirectos, externalidades, sinergias en costes, en la explotación de los datos de los usuarios o por los modelos de negocio existentes.

Las empresas que sean identificadas con "especial incidencia en el mercado" pueden ser sometidas a obligaciones, como por ejemplo:

- prohibición de favorecer sus productos finales en detrimento de productos rivales (*self-preferencing*);
- prohibición de utilizar estrategias de tying, empaquetamiento de servicios, contratos exclusivos o en precios que resulten en una restricción a la competencia efectiva en los mercados;
- prohibición de utilizar datos o información recogida de usuarios con el fin de elevar o introducir barreras a la entrada sobre rivales.

Sobre las empresas con dominancia en un servicio mayorista que también se dediquen a la distribución o venta de bienes en el mercado final se impone una condición de no discriminación estricta: cuando se ostente dominancia en un servicio mayorista que ofrece a otras empresas- como puede ser un canal o tienda virtual de distribución-, y compita también en el mercado final con estas- por ejemplo vendiendo ella misma también bienes a usuarios finales-, deberá entonces ofrecer a las empresas rivales el mismo precio por el servicio mayorista que se ofrece a sí misma. Si existe alguna justificación objetiva de un trato diferencial, es la empresa dominante la que debe aportar evidencia y justificar esa práctica.

La autoridad de la competencia podrá abrir investigaciones sectoriales si considera que hay evidencia de distorsión a la competencia en algún sector.

Reino Unido

El gobierno en el Reino Unido pidió a un grupo de expertos que analizaran la competencia y evolución de los mercados digitales y propusieran cambios en la legislación si lo consideraban necesario. Las conclusiones básicas del informe Furman⁴² se centran en una reforma de la legislación de defensa de la competencia que dote a la autoridad de mayores poderes de

⁴² Furman *et al.* (2019).

regulación sobre aspectos concretos del comportamiento de algunas plataformas digitales con el fin de promover un entorno de competencia.

Se resalta en el informe la alta concentración observada en muchas actividades digitales (sistemas operativos móviles, aplicaciones de medios sociales, mercado de publicidad online, aplicaciones de búsquedas, entre otras) y algunas características estructurales que conducen a situaciones del "ganador-se-lo-lleva todo" y las implicaciones que para la entrada de rivales y la innovación esto conlleva. Se plantea un equilibrio entre el corto plazo y las ganancias de eficiencia que una práctica pueda tener, con los costes a medio-largo plazo sobre la limitación de la competencia y la innovación. La competencia por el mercado, o contestabilidad, no es suficiente, a juicio de estos expertos, para garantizar un buen entorno dadas las características propias de algunas de estas actividades (economías de escala y alcance, externalidades de red, los datos como fuente de ventaja competitiva y la importancia de la escala de operaciones) que conducen a posiciones de concentración estables, difícilmente contestables por entrantes. Dadas las innovaciones que se esperan ocurran en IA o en *machine learning* es fundamental crear las condiciones para que nuevas empresas y servicios logren introducirse en el mercado sin especiales barreras o ventajas para las ya establecidas.

La legislación de defensa de la competencia puede ser de alcance o rapidez limitados y por esto proponen introducir una regulación específica sobre algunas plataformas digitales para mitigar los riesgos inherentes a estas estructuras de mercado y con el fin de promover la entrada de agentes, innovaciones y servicios.

Se propone definir un tipo de agente con "*status de agente de mercado estratégico*", de tal modo que quede sometido a un código de conducta competitivo específico ex ante. Las principales actuaciones que se proponen son:

- Crear un *código de conducta competitiva* sobre los "agentes de mercado estratégicos" que promueva el acceso a los usuarios de servicios digitales ofrecidos por estos en condiciones transparentes y justas; este código debe incluir también la prohibición de penalizar o impedir que los usuarios de una plataforma puedan al mismo tiempo utilizar plataformas distintas para la venta o intercambio online.
- Promover la movilidad de los datos entre aplicaciones y servicios y el uso de estándares abiertos.
- Posibilidad de obligar a una plataforma a dar acceso a los datos conseguidos cuando estos supongan una clara barrera a la entrada a los nuevos agentes.
- Introducir *criterios prospectivos* en el análisis de las fusiones y adquisiciones objeto de investigación por la autoridad con el fin de que las plataformas más relevantes no adquieran empresas o innovaciones con el fin de reforzar su dominio o impedir su implementación en el mercado. Se trata de balancear los daños y beneficios esperables de una operación propuesta que evalúe la escala de la empresa resultante, así como la probabilidad de daños que esa operación pueda tener sobre la entrada o la innovación a medio plazo. Las empresas con estatus de "agente de mercado estratégico" deberán notificar cualquier adquisición que quieran realizar a la autoridad. Se resalta en el informe la "especial responsabilidad" que una empresa dominante en alguna actividad tiene de no reforzar o crear dominancia también en mercados nuevos.
- Dotar a la autoridad de la capacidad de imponer medidas cautelares a los "agentes de mercado estratégicos" en actividades que puedan ser consideradas como cuellos de botella

sin necesidad de esperar a la resolución final de un caso de posible abuso de posición de dominio.

- Explotar la capacidad de realizar "estudios de mercado" específicos en actividades en las que, afectando a varios mercados, haya presunción de existir problemas de competencia.

Las recomendaciones y contexto regulatorio que se proponen en este informe Furman son similares a la propuesta de la Comisión Europea.

Francia

La Autorité de la Concurrence en Francia, en un informe reciente⁴³, propone extender el concepto de posición de dominio para incluir en el mismo a "agentes estructurales", aquellos que controlan el acceso a usuarios finales o a servicios específicos de un mercado o de varios al mismo tiempo. Estos agentes o plataformas estructurales se definen como aquellos: (1) que ofrecen servicios de intermediación online que faciliten el intercambio de servicios, (2) que ostentan poder de mercado "estructural" debido a su posición conseguida, o que mediante el acceso a datos que obtienen logran controlar el acceso de o hacia usuarios o afectar a los mercados en donde opera, y (3) que otras empresas o usuarios dependan de esta empresa y de los servicios que ofrece.

Dado que en muchas actividades el acceso y la explotación de la información de usuarios puede suponer una barrera a la entrada de nuevos agentes se amplía el concepto de facilidad esencial a otras dimensiones, como son los datos recopilados por un agente sobre el mercado que tienen importancia clara en el desarrollo de la competencia.

La Autoridad plantea publicar una lista de prácticas prohibidas a las plataformas con "poder de mercado estructural" como, por ejemplo: la discriminación de contenidos o servicios en favor propio en detrimento de rivales, utilizar datos de un mercado o de servicio para elevar barreras a la entrada en otro servicio, dificultar la interoperabilidad de servicios y aplicaciones rivales o dificultar el multi-homing por parte de los usuarios.

Se defiende también una mayor rapidez en la aplicación del derecho de la competencia. Uno de los modos de hacer más rápido el proceso es invertir la carga de la prueba para ciertas prácticas: una vez un listado de comportamientos son considerados peligrosos, será la plataforma que los implemente la que es responsable de demostrar a la autoridad que las ganancias de eficiencia de la práctica que acomete son mayores que los riesgos que esta pueda suponer para la competencia. De este proceso se pueden derivar "compromisos conductuales"- compromisos de la plataforma de no hacer determinadas prácticas-, lo cual dotaría de flexibilidad a la autoridad y le permitiría evitar la imposición de obligaciones de tipo "horizontal" a todas las empresas de una categoría determinada, con la pérdida de eficiencia que esto puede suponer, esto es, la posibilidad de cometer un error de tipo I- que la práctica sea pro-competitiva pero quede prohibida-.

⁴³ Contribution de l'Autorité de la Concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, febrero 2020.

Posición común de Bélgica, Luxemburgo y Holanda

Las autoridades de competencia de los tres países publicaron a finales de 2019 una declaración común donde proponen ciertos cambios, tanto en la coordinación de las autoridades en temas de competencia en mercados digitales como en las legislaciones domésticas⁴⁴. Las propuestas más significativas consisten en:

- Capacidad de la autoridad de imponer restricciones ex ante al comportamiento de agentes dominantes que gestionen algún cuello de botella en el ecosistema con el fin de prevenir problemas de competencia previsibles y no hacer descansar toda la actuación de la autoridad en investigaciones ex post. Se trata de introducir un mecanismo de intervención en algunos aspectos de la economía digital acelerado o "fast track".
- Esta capacidad ya la ostenta la autoridad holandesa a través de sus "investigaciones de mercado", instrumento no punitivo que dota a la autoridad de flexibilidad con las plataformas, las cuales pueden llegar a aceptar voluntariamente ciertas obligaciones⁴⁵.

⁴⁴ Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world, octubre 2019.

⁴⁵ La sugerencia consiste en ampliar la aplicabilidad y alcance de los artículos 8 y 9 del Reglamento EC 1/2003 sobre la implementación de las reglas establecidas en los Artículos 81 y 82 (ahora 101 y 102) del Tratado de Funcionamiento de la UE.