

El Derecho de la competencia ante las plataformas digitales

EUGENIO OLMEDO PERALTA
(DIRECTOR)

MARÍA PASTRANA ESPÁRRAGA
(COORDINADORA)



PAIDI2020
PLAN ANDALUZ
DE INVESTIGACIÓN,
DESARROLLO E INNOVACIÓN

III ARANZADI

© Autor, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente

<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: Marzo 2025

Depósito Legal: M-8065-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1078-964-7

ISBN versión electrónica: 978-84-1078-965-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	19

PARTE I COMPETENCIA Y REGULACIÓN DE PLATAFORMAS Y MERCADOS DIGITALES

ORDENANDO LOS INSTRUMENTOS REGULATORIOS PARA LA APERTURA DEL SECTOR DIGITAL EN EUROPA: ANÁLISIS, DIAGNÓSTICO, ¿SOLUCIONES? EUGENIO OLMEDO PERALTA	27
I. Exploración: de cómo la economía digital ha cuestionado algunas bases del Derecho de la competencia	28
II. Análisis	32
1. <i>La necesidad de nuevas formas de definir el mercado relevan- te y el reto de los ecosistemas digitales</i>	32
2. <i>Nuevas formas de poder de mercado: la noción de plataforma y las plataformas como creadores de mercado</i>	36
3. <i>Nuevas teorías del daño</i>	40
3.1. Prácticas dirigidas a levantar barreras de entrada. . .	41
3.2. Prácticas orientadas crear jardines cerrados (walled gardens)	43
3.3. Extensión de la posición dominante a mercados co- nexos (market leverage)	45

III. Diagnóstico: ¿fallos de mercado en el sector digital? ¿o una pieza que no encaja en los modelos?.....	45
1. <i>Asumiendo la cruda realidad: La existencia de grandes plataformas es virtualmente imprescindible para el sector digital</i>	46
2. <i>La permeabilidad de los ecosistemas como remedio</i>	47
IV. ¿Desestabilización de las bases del Derecho de la competencia? Los retos que plantean los mercados digitales para la aplicación tradicional del Derecho de la competencia	49
V. ¿Tratamiento? Suplementar el Derecho de la competencia con regulación	51
1. <i>¿Un nuevo Derecho de la competencia para el mercado digital?.....</i>	51
2. <i>Aproximaciones regulatorias</i>	54
2.1. <i>Regulación de los mercados y servicios digitales ...</i>	54
2.2. <i>Regulación del acceso a datos.....</i>	59
VI. De los remedios particulares a un tratamiento sistemático: a modo de conclusión	62
Bibliografía	64

FALLOS Y COMPETENCIA EFECTIVA EN MERCADOS DIGITALES. UNA PROPUESTA DESDE LA DMA (MERCADOS DIGITALES) «THE WINNER TAKE-ALL?»

ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ	71
I. Del modelo neoclásico a las plataformas como mercado ..	72
1. <i>Introducción</i>	72
2. <i>El comportamiento de los usuarios en las plataformas</i>	76
2.1. <i>Servicio básico de plataformas</i>	77
2.2. <i>Sesgos Cognitivos y Decisiones Económicas</i>	78
2.3. <i>Influencia y Aprovechamiento del Comportamiento del Consumidor</i>	79
2.4. <i>Implicaciones Económicas y Regulatorias</i>	80

	<u><i>Página</i></u>
II. Los fallos de mercado en el uso de plataformas digitales. .	80
1. <i>Visión general del ecosistema</i>	80
2. <i>El Efecto red y la concentración del mercado.</i>	83
3. <i>Externalidades, red y competencia asimétrica.</i>	87
3.1. <i>Análisis general.</i>	87
3.2. <i>Externalidades de Red y Barreras de Entrada</i>	89
3.3. <i>Costes de Cambio y el Bloqueo del Mercado</i>	90
3.4. <i>Estrategias para Preservar su Posición</i>	90
4. <i>Data-driven network effects</i>	91
5. <i>La asimetría de la información</i>	96
5.1. <i>Falta de Transparencia y Asimetrías de Información en los Mercados Digitales.</i>	96
5.2. <i>Inteligencia Artificial y la Complejidad Contractual en los Mercados Digitales.</i>	97
5.3. <i>Transparencia, Mercados Secundarios y Regulación Económica</i>	98
5.4. <i>Limitaciones de negociación en estos supuestos</i>	99
6. <i>Las limitaciones de acceso a servicios</i>	101
III. Los remedios frente a dichos fallos de mercado.	103
1. <i>Introducción</i>	103
2. <i>Régimen de obligaciones</i>	104
3. <i>Criterios de exención y suspensión temporal de las obligaciones</i>	105
3.1. <i>Suspensión y análisis de impacto</i>	105
3.2. <i>Exención</i>	108
4. <i>Medidas de transparencia, información simétrica y no discriminación</i>	109
5. <i>Medidas contractuales y antidilución</i>	110
6. <i>Medidas de interoperabilidad</i>	111

	<i><u>Página</u></i>
7. <i>Medidas de portabilidad</i>	112
8. <i>Limitaciones en supuestos de competencia y posicionamiento</i>	112
Conclusiones	113
Bibliografía	117

¿CUÁL ES LA VERDADERA FUNCIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES COLABORATIVAS?

PATRICIA BENAVIDES VELASCO	121
I. Introducción	122
II. La Unión Europea y la economía colaborativa. La necesidad de una legislación armonizada	123
III. Servicios de la sociedad de la información prestados por plataformas. Alojamiento de datos y responsabilidad	130
IV. El caso de las plataformas colaborativas de alojamiento Airbnb y Homeaway (Vbro) y su calificación como alojadores de datos	137
1. <i>Antecedentes jurisprudenciales: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-390/18 (Airbnb Ireland)</i>	137
2. <i>Naturaleza jurídica de la actividad realizada por las plataformas objeto de controversia (Airbnb y Homeaway —Vbro—) y responsabilidad en el ejercicio de su actividad: prestadores de servicios de la sociedad de la información como alojadores de datos</i>	139
3. <i>Establecimiento en España y libre prestación de servicios</i> ...	142
4. <i>Obligación de obtener el número de registro impuesto por la normativa sectorial turística y mostrarlo en la publicidad que se realice de los alojamientos</i>	144
Bibliografía	145

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSFRONTERIZA EN EL SISTEMA DE LA «SHARING ECONOMY»

DAVID CARRIZO AGUADO	153
I. Breves apuntes característicos del mercado colaborativo en el plano transnacional	154

	<u>Página</u>
II. El Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea: notas significativas.....	155
1. <i>Consideración inicial</i>	155
2. <i>Ámbito de aplicación material y eficacia territorial</i>	158
3. <i>La «actividad dirigida» como requisito de salvaguarda</i>	159
3.1. Postulado inicial	159
3.2. Base normativa y jurisprudencial.....	159
A) Articulación legal	159
B) Razonamiento desde la perspectiva de la autoridad judicial competente.....	160
C) Descartes a la vista de las normas de Derecho internacional privado	162
III. La misión de las partes intervinientes	163
A) <i>Rol de los actores</i>	163
B) <i>Doctrina judicial</i>	164
Bibliografía	166

LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE SERVICIOS PROFESIONALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

LOURDES MORENO LISO	173
I. Las plataformas digitales y profesiones liberales	173
1. <i>Definición de plataforma digital intermediaria</i>	179
2. <i>Definición de profesión regulada y liberal</i>	184
II. Los retos digitales y los riesgos concurrenciales	189
1. <i>Retos digitales y profesiones liberales</i>	189
2. <i>Riesgos en la competencia: entre profesionales, entre plataformas y profesionales, y entre las propias plataformas (concentración)</i>	192
2.1. Riesgo de incumplimiento de las normas de regulación de la profesión	193

	<i><u>Página</u></i>
2.2. Riesgo de incumplimiento de las normas de deontología	195
2.3. Recomendaciones sobre honorarios o precios	197
2.4. Entrada de operadores sin los requisitos exigidos a los profesionales liberales.	199
2.5. Riesgo a un servicio incompleto y complejidad en la predicción automatizada	201
2.6. Riesgo de cláusulas abusivas y celebración de acuerdos verticales.	202
2.7. Riesgo de concentración de plataformas intermedias de servicios profesionales	203
III. El rol de los Colegios profesionales	204
Conclusiones.	205
LA INDUSTRIA GAMING EN LOS MERCADOS DIGITALES ANDRÉS FCO. SOTORRÍO PÉREZ.	207
I. Consideraciones previas de la industria Gaming	207
1. <i>De la Naturaleza de la Industria</i>	208
2. <i>De los agentes que Intervienen.</i>	209
II. La competencia en el mercado de sobremesa.	210
1. <i>Adquisiciones verticales.</i>	211
2. <i>Las plataformas de descarga digital y el Tech-Tying</i>	213
III. Los e-sports en los mercados digitales	215
1. <i>Especialidades de la industria de los e-sports</i>	215
2. <i>La posición de poder del Publisher</i>	217
Conclusiones.	219
1. <i>Conclusiones: ¿Nuevos gatekeepers?</i>	219
2. <i>Conclusiones: la situación actual del mercado</i>	220
Bibliografía	221

**PARTE II
EL NUEVO MARCO REGULATORIO DEL MERCADO
DIGITAL**

**DATA ACT: NUEVO MARCO REGULATORIO EN LA
ECONOMÍA DE LOS DATOS**

MARÍA PASTRANA ESPÁRRAGA 227

I.	Introducción: hacia una mejor portabilidad, acceso e interoperabilidad de los datos	228
II.	Regulación en la Economía de los Datos	230
	1. <i>Reglamento de Gobernanza de Datos</i>	230
	2. <i>Reglamento de Mercados Digitales</i>	233
III.	Data Act: novedades en materia de acceso y utilización de datos	236
	1. <i>Ámbito de aplicación</i>	236
	2. <i>Estructura y contenido del Reglamento</i>	238
	3. <i>Especial referencia a la interoperabilidad</i>	242
	Conclusiones	244
	Bibliografía	244

**CONCEPTO JURÍDICO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN
EL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE LA
UNIÓN EUROPEA**

JORGE VILLALOBOS PORTALÉS 247

I.	La problemática formal de los conceptos ambiguos y la IA	247
	1. <i>Ejemplos sobre las indefiniciones de IA actuales</i>	250
II.	Rasgos característicos y problemáticos de la IA	252
III.	La definición de Inteligencia Artificial ofrecida por el Reglamento (UE) 2024/1689 de inteligencia artificial	258

1. <i>La definición del artículo 3 de la redacción vigente de la LIA y la comparativa con la redacción de la primera propuesta: virtudes y desaciertos</i>	258
2. <i>De una definición inclusiva a una todavía más excluyente</i> ..	265
3. <i>Comparativa de la definición de inteligencia artificial en la normativa china «normas éticas para una inteligencia artificial de nueva generación», del 25 de septiembre de 2021 y la LIA</i>	270
4. <i>Transparencia algorítmica como elemento definitorio y los secretos empresariales</i>	271
Conclusiones	275
Bibliografía	278

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN UN MUNDO DIGITAL

PABLO LIÑÁN ALLER	285
I. Introducción	285
II. Ley de Mercados Digitales	287
1. <i>Ámbito de aplicación y designación de los Guardianes de Acceso</i>	287
2. <i>Relación con el resto del Derecho de la competencia</i>	289
3. <i>Obligaciones de los guardianes de acceso</i>	291
4. <i>Facultades de la Comisión Europea y papel de los Estados miembros</i>	294
5. <i>Facultad de suspensión o exención</i>	297
6. <i>Facultades de Investigación y Sanción</i>	299
Conclusiones	303
Bibliografía	304

**PARTE III
PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN
MERCADOS DIGITALES**

**LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL COMO
INSTRUMENTO ESENCIAL PARA LA PROTECCIÓN DE
LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LAS
PLATAFORMAS DIGITALES**

IRENE SÁNCHEZ FRÍAS	309
I. Introducción	309
II. Conceptualización del término «contrato electrónico»....	311
III. Anotaciones preliminares en materia de protección al consumidor en la fase previa a la contratación electrónica	314
IV. El deber de información previa conforme a la normativa de consumo en los contratos a distancia	316
V. El deber de información previa en la contratación electróni- ca conforme a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y los requisitos generales para la incorpora- ción de condiciones generales en los Contratos electróni- cos de adhesión	329
Conclusiones.....	332
Bibliografía	335

**LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA CON «INFLUENCERS» EN
LAS PLATAFORMAS DIGITALES**

DR. JOSÉ MANUEL MARTÍN FUSTER	339
I. Introducción	339
II. El uso de <i>influencers</i> y la competencia desleal	342
III. Regulación jurídica de la materia	350
1. <i>Cuestiones generales sobre la regulación de la publicidad en las plataformas digitales</i>	350
2. <i>Códigos de Conducta</i>	352
3. <i>Regulación en el Derecho comparado</i>	356

Ordenando los instrumentos regulatorios para la apertura del sector digital en Europa: análisis, diagnóstico, ¿soluciones?

EUGENIO OLMEDO PERALTA
Catedrático ac. de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga¹
olmedo@uma.es

SUMARIO: I. EXPLORACIÓN: DE CÓMO LA ECONOMÍA DIGITAL HA CUESTIONADO ALGUNAS BASES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. II. ANÁLISIS. 1. *La necesidad de nuevas formas de definir el mercado relevante y el reto de los ecosistemas digitales.* 2. *Nuevas formas de poder de mercado: la noción de plataforma y las plataformas como creadores de mercado.* 3. *Nuevas teorías del daño.* 3.1. *Prácticas dirigidas a levantar barreras de entrada.* 3.2. *Prácticas orientadas crear jardines cerrados (walled gardens).* 3.3. *Extensión de la posición dominante a mercados conexos (market leverage).* III. DIAGNÓSTICO: ¿FALLOS DE MERCADO EN EL SECTOR DIGITAL? ¿O UNA PIEZA QUE NO ENCAJA EN LOS MODELOS? 1. *Asumiendo la cruda realidad: La existencia de grandes plataformas es virtualmente imprescindible para el sector digital.* 2. *La permeabilidad de los ecosistemas como remedio.* IV. ¿DESESTABILIZACIÓN DE LAS BASES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA? LOS RETOS QUE PLANTEAN LOS MERCADOS DIGITALES PARA LA APLICACIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. V. ¿TRATAMIENTO? SUPLEMENTAR EL DERECHO DE LA .

¹ *Esta publicación es parte del proyecto Marco jurídico para la competencia dinámica en mercados digitales y para la innovación a través de Inteligencia Artificial (CODIG-IA), ref. PID2021-122536OB-I00 (IP Eugenio Olmedo Peralta), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR; así como del proyecto Consumidores y pequeños profesionales en la contratación en Mercados Digitales: prácticas anticompetitivas, desleales y explotación de dependencia económica (CoMeDi), Ref. ProyExcel_00665. Proyectos de Excelencia, Programa de Ayudas a la I+D+i, en régimen de concurrencia competitiva, Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) (IPs: Olmedo Peralta / Benavides Velasco).*

COMPETENCIA CON REGULACIÓN. 1. *¿Un nuevo Derecho de la competencia para el mercado digital?* 2. *Aproximaciones regulatorias.* 2.1. Regulación de los mercados y servicios digitales. 2.2. Regulación del acceso a datos. VI. DE LOS REMEDIOS PARTICULARES A UN TRATAMIENTO SISTEMÁTICO: A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA. *Jurisprudencia y decisiones de autoridades de competencia*

I. EXPLORACIÓN: DE CÓMO LA ECONOMÍA DIGITAL HA CUESTIONADO ALGUNAS BASES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la competencia se ha configurado desde sus orígenes como un instrumento para proteger el funcionamiento competitivo de los mercados. Aunque virtualmente imposible de alcanzar, el modelo económico de comportamiento de los mercados bajo las premisas de la competencia perfecta se construye a partir de una serie de postulados socialmente valiosos. Entre ellos destacan la asignación más eficiente de recursos limitados; la maximización del bienestar social a partir del mecanismo de mercado; la contención de los precios, en tanto que éstos tienden a igualarse a los costes marginales; o el estímulo continuo a la innovación a partir de los beneficios extraordinarios (rentas de monopolio) que puede obtener temporalmente el desarrollador del nuevo producto (especialmente cuando se le reconocen derechos de propiedad intelectual e industrial). El funcionamiento real de los mercados dista de este modelo por la manifestación de fallos de mercado o por la concentración de poder de mercado en manos de pocas empresas. El poder de mercado puede distorsionar las dinámicas de la competencia perfecta a través de conductas abusivas unilaterales, mediante la ejecución de acuerdos entre empresas que limiten la competencia o con la ejecución de concentraciones empresariales que impacten significativamente sobre la estructura del mercado. El falseamiento de la competencia puede derivar también de la concesión de ayudas públicas ilícitas.

En este contexto, la lógica aplicativa tradicional del Derecho de la competencia se ha basado en la tipificación de las conductas que se entienden dañosas, en la construcción de un sistema represivo que resulte suficientemente disuasorio y en la implementación de medidas o remedios que permitan superar los problemas generados por las empresas infractoras y reparar los daños producidos en el mercado. Además, este aparataje se debe diseñar de modo que permita a las agencias a las que se atribuye la misión de aplicar la normativa operar con eficacia y sin incurrir en costes excesivos.

En los últimos lustros muchos mercados comenzaron a desenvolverse, total o parcialmente, en el ámbito digital. Este nuevo entorno construido a partir de Internet ha permitido a las empresas desmaterializar y deslocalizar buena parte de sus productos y servicios y alcanzar un cuerpo de potenciales usuarios mucho mayor que el dependiente de relaciones físicas. Estos mercados digitales des-

tacan por su alcance global y por regirse por ciertas dinámicas que propician la concentración de poder de mercado en manos de pocas empresas (fuertes economías de alcance y escala, articulación de mercados bilaterales o multilaterales, efectos de red directos e indirectos, *market tipping*, etc.).

En este contexto, las empresas que operan en los mercados digitales pueden desarrollar determinadas estrategias de mercado que no encajan fácilmente en el marco aplicativo del Derecho de la competencia construido en las últimas décadas². Para concretar este razonamiento, hemos de definir la actividad digital como aquella basada en el uso y procesamiento de información a través de medios informáticos³. En consecuencia, podemos decir que un mercado digital es aquél en el que la prestación de productos o servicios de distintas clases se construye a partir de la captación masiva de datos, su combinación, ordenación, procesamiento y utilización para la adopción de decisiones. El resultado final puede ser material —por ejemplo, la compra de un producto físico— o inmaterial —como la prestación de un servicio de redes sociales—. Pero, en todo caso, la actividad empresarial se habrá basado en el procesamiento informático de datos.

Como nuevo factor de producción, los datos transforman la actividad de las empresas de las formas más variadas: desde permitir una gestión más eficiente de los recursos hasta personalizar los productos o servicios para que encajen mejor con las preferencias de los consumidores. Y, por lo que respecta al funcionamiento competitivo de los mercados, generan nuevos e importantes retos difíciles de afrontar con las herramientas que manejamos.

2. A nivel de la Unión Europea, *vid.* el informe elaborado por CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era* de 2019, pp. 3-5, donde, a modo de introducción se señala que la doctrina aplicativa del Derecho de la competencia ha evolucionado a lo largo de los años para hacer frente a los nuevos retos a los que se enfrentaba, manteniendo unos principios centrales estables. La irrupción de la economía digital ha impactado fuertemente sobre determinados aspectos nucleares del sistema, tales como el estándar del bienestar del consumidor, las bases de definición del mercado relevante o el modo en que se ha de valorar el poder de mercado. Otras instituciones han elaborado también una amplia variedad de informes en los que se destacan estas dinámicas. Entre otros, *vid.* STIGLER COMMITTEE on *Digital Platforms*, George Stigler Center for the study of the Economy and the State, University of Chicago Booth School of Business, Chicago, 2019; a nivel de la UE, el informe elaborado por CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era* de 2019; en el Reino Unido el Informe FURMAN de 2019 (*Report of the Digital Competition Expert Panel: Unlocking digital competition*); el informe del Conseil d'Analyse Économique francés de 2019 *Competition and Trade: Which Policies for Europe?*; el informe emitido por CABRAL, HAUCAP, PARKER, PETROPOULOS, VALLETTI y VAN ALSTYNE, *The EU Digital Markets Act: A report from a Panel of Economic Experts*, de 2021; o el elaborado en 2019 por FRANCK y PEITZ para el Centre on Regulation in Europe (CERRE), *Market Definition and Market Power in the Platform Economy*.
3. Esta noción es coherente con la tercera acepción del concepto «digital» ofrecida por el Diccionario de la RAE, entendiendo por tal «Dicho de un dispositivo o sistema: Que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits».

En primer lugar, el poder de mercado no depende ya exclusivamente de la dimensión de la empresa, de sus activos o de la cuota que tenga en un mercado determinado, sino, principalmente, de la capacidad de concentrar y procesar importantes cantidades de datos. Controlar una fuente importante de datos resultará competitivamente más relevante que los activos en el balance de una empresa⁴.

En segundo lugar, estos mercados se configuran normalmente como mercados bilaterales o multilaterales, en los que las empresas asumen una posición de plataforma, disfrutando de importantes economías de escala y alcance. Los datos obtenidos por una empresa en el desarrollo de una de sus actividades son, además, susceptibles de ser reutilizados y combinados con otros para la prestación de otros productos o servicios. En consecuencia, el poder de mercado obtenido en el desarrollo de una determinada actividad puede ser utilizado para extender dicha posición a otro mercado diferente (*market leverage*). En determinados ámbitos la interconexión entre servicios es tan fuerte que nos ha de llevar a abandonar la consideración de mercados para considerar las dinámicas de funcionamiento de *ecosistemas*, generalmente controlados por una empresa que controla el servicio básico de plataforma sobre el que se construye.

Es el caso paradigmático de los ecosistemas móviles, controlados en la actualidad por los dos gigantes digitales titulares de los dos sistemas operativos imperantes: iOS (Apple) y Android (Alphabet). El usuario de un dispositivo móvil que opera bajo uno de estos dos sistemas operativos se encontrará encerrado en el ecosistema creado por dicho gigante, vinculando sus decisiones posteriores en otros mercados relacionados⁵. Esto se ejecuta principalmente mediante conductas de *self-preferencing*, *tying* y *bundling*. Así, para que un usuario de un dispositivo Android pueda instalar en su dispositivo una app desarrollada por un tercero, deberá —normalmente— acceder a ella a través de la tienda de aplicaciones *Play Store* operada también por Alphabet. A su vez, Alphabet

4. En este sentido, resulta paradigmática la evolución comercial de Amazon, gigante digital cuya estrategia comercial se ha basado en comprometer sus beneficios a cambio de ganar poder de mercado en el dominio de los datos. Así, durante los primeros años de su actividad, la empresa incurrió en importantes pérdidas económicas a medida que iba ganando poder de mercado sobre la base de los datos de sus clientes y obteniendo poder de plataforma. En los últimos años, esta dinámica se mantiene. Así, a pesar de que en 2021 obtuviera 33.364 millones de dólares de beneficios, en el año 2022, el gigante estadounidense experimentó unas pérdidas netas de 2.722 millones de dólares. Como se ha analizado en profundidad (*vid.*, por todos, KHAN, L. M., «Amazon's Antitrust Paradox», *The Yale Law Journal*, 126, 2017, pp. 710-805, esp. pp. 747 y ss.) la estrategia de crecimiento del gigante digital se ha diseñado en buena medida a partir de prácticas anticompetitivas, como conductas de precios predatorios, la autopreferenciación de sus productos o una política agresiva de integración vertical.

5. Para un análisis más detallado de los problemas de competencia en los ecosistemas móviles, *vid.* OLMEDO PERALTA, E., «Entornos informáticos: sistemas operativos, tiendas de aplicaciones, asistentes virtuales y aplicaciones», *La regulación de los servicios digitales*, Dir. Montero Pascual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 349-406.

extenderá su posición de dominio en los mercados del sistema operativo y de las tiendas de aplicaciones para imponer a terceros profesionales condiciones contractuales beneficiosas para sus intereses: obligaciones de predisponer *Google Search* como motor de búsqueda, obligaciones de cesión de datos, preinstalación y preferenciación de los servicios propios (*Google Maps, YouTube...*), etc. En suma, una vez que un usuario entra en el ecosistema se activan los mecanismos de cierre para que opere exclusivamente con los servicios prestados (o preferidos) en el ecosistema. Con ello se bloquea la potencial entrada de rivales (otras tiendas de apps, otros servicios de búsqueda, etc.)⁶.

En tercer lugar —y, quizá, con un impacto aún mayor— el juicio de lesividad de las conductas desarrolladas en estos mercados digitales no se puede desarrollar adecuadamente haciendo uso de los criterios tradicionalmente manejados. El criterio del bienestar del consumidor parece no responder adecuadamente a las nuevas realidades, teniendo en cuenta en particular que se suele tratar de productos y servicios que se prestan de forma gratuita. El foco ha de ponerse en la protección de la competencia en el mercado y por el mercado o la erradicación de barreras de entrada y las dinámicas que las provocan. Igualmente, en materia de concentraciones, se evidencian las limitaciones del *more economic approach* ante la necesidad de controlar concentraciones que potencialmente pueden producir un impacto significativo sobre la competencia pero que no superan los umbrales cuantitativos de control basados en el volumen de negocios⁷.

En relación con las prácticas exclusionarias, a través de una amplia diversidad de conductas (desde prácticas de vinculación hasta *killer acquisitions*) las plataformas dominantes impiden la entrada y el éxito en el mercado de potenciales rivales y favorecen la posición de los servicios prestados por ellas mismas o por empresas de su grupo. Resulta harto complejo cuantificar el daño provocado con estas prácticas exclusionarias y demostrar la relación de causalidad

6. Analizamos en mayor profundidad esta dinámica en OLMEDO PERALTA, E., «How Does Android Protect its Dominance in the Mobile Ecosystem and Why Might the Digital Markets Act Be Not Enough: Concerns on Alphabet Practices on Operating Systems», en *New European Competition Trends in Digital Markets*, Ed. Ruiz Peris, Atelier, 2024, 209-235, disponible en open access a través de: <https://atelierlibrosjuridicos.com/libreria-juridica/new-european-competition-trends-in-digital-markets-open-access/>
7. Jurisprudencialmente, la derrota de la tesis mantenida por la Comisión Europea en la saga *Illumina/Grail* es claro ejemplo de ello. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2024, asuntos acumulados C-611/22 P y C-625/22 P, *Illumina Inc. y Grail LLC v. Comisión Europea*. En ella se constata que la Comisión no puede someter a control proyectos de concentración que no superen los umbrales comunitarios fijados en el Reglamento 139/2004, no siendo lícito utilizar el artículo 22 de dicho Reglamento para aceptar proyectos de concentraciones sin dimensión europea cuando la autoridad nacional remitente no sea tampoco competente para examinar tal proyecto con arreglo a su propia legislación nacional (en particular, por no superarse los umbrales nacionales). Y ello a pesar de que la operación que no puede ser sometida a control pudiera efectivamente producir una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el mercado.

entre el beneficio que se hubiera podido conseguir en el mercado y la conducta que lo impidió⁸. De otro lado, las plataformas dominantes pueden imponer a los usuarios profesionales condiciones contractuales de aceptación obligatoria de las que les derive un perjuicio: compromisos de exclusiva, paridad de precios, cesión de datos de su actividad, etc. Muchos de estos daños serán difícilmente cuantificables, así como los distintos tipos de perjuicios provocados a los usuarios finales que no sólo afrontan precios supracompetitivos, sino también una menor libertad de elección, con menos posibilidades de contratación de servicios y, en ciertos casos, un freno a la innovación.

II. ANÁLISIS

1. LA NECESIDAD DE NUEVAS FORMAS DE DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE Y EL RETO DE LOS ECOSISTEMAS DIGITALES

Las peculiaridades de funcionamiento de los mercados digitales y de las empresas que operan en él han puesto de manifiesto la necesidad de adaptar algunas de las bases aplicativas mantenidas en el Derecho de la competencia. La Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia fue la primera norma que ha requerido un cambio sustancial⁹. La nueva versión de esta norma lleva a cabo una revisión de la metodología y el enfoque que debe utilizarse en la definición del mercado relevante, en particular, teniendo en cuenta las nuevas realidades del mercado digital¹⁰.

En primer lugar, las nuevas directrices dejan de considerar el factor precio como el elemento central de análisis, reconociendo de forma expresa que la competencia en ciertos sectores, como el digital, no se basa exclusiva o principalmente en los precios. La norma complementa el valor del precio con otros factores fundamentales en el proceso competitivo como la innovación, la calidad, la sostenibilidad o la seguridad de las fuentes de abastecimiento y tiene en

8. Con el objeto de adaptar el marco aplicativo de estas conductas, la Comisión Europea ha sacado a consulta pública una propuesta de Comunicación por la que se revisan las Directrices sobre la aplicación del artículo 102 del tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. La finalidad última de esta reforma es la clarificación de los principios generales para determinar la probabilidad de conductas de abuso de posición de dominio en relación con las nociones de competencia basada en los méritos y efectos de exclusión, incidiéndose para ello en las pruebas necesarias para demostrar que la conducta puede producir efectos de exclusión.

9. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia (C/2024/1645, DOUE de 22.2.2024), que vino a sustituir a la anterior de 1997 (97/C 372/03, DOUE de 9.12.1997).

10. Entre las primeras voces que reclamaron una actualización de las reglas de definición del mercado relevante en el mercado europeo destacan las de SOUSA FERRO, M., *Market Definition in EU Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019; ROBERTSON, V. H. S. E., *Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, Hart, 2020.

cuenta particularmente aquellas prácticas comerciales dirigidas a conseguir el dominio de determinados mercados o fuentes de recursos, como los datos.

En segundo lugar, a diferencia de la norma de 1997, la nueva Comunicación tiene en cuenta las singularidades de los mercados bilaterales o multilaterales y de los efectos que se producen en ellos (economías de alcance y escala, *market tipping*, *winner-takes-all*, etc.). Y también ofrece un tratamiento específico a los ecosistemas digitales.

Las grandes empresas digitales operan en distintos mercados que, pese a responder a la prestación de productos o servicios diferenciados, se encuentran conectados por relaciones más sutiles como la utilización cruzada de datos generados en los distintos servicios, la vinculación técnica o comercial de productos o la preferenciación de los propios servicios. Estas relaciones fomentan la creación de ecosistemas digitales. De forma similar a lo que ocurre en el ámbito de la biología, los ecosistemas digitales están integrados por distintos productos o servicios que se relacionan de formas diversas a partir de la estructura que ofrece un medio que sirve de soporte¹¹. El medio sobre el que se construyen las relaciones puede manifestarse de diversas maneras: como un sistema operativo¹², una plataforma de comercialización de productos, una red social, un motor de búsqueda, etc. Sobre esta base común aglutinadora de servicio, se conectan los distintos elementos de la oferta: productos físicos, servicios digitales, etc. A modo de ejemplo puede considerarse el caso de Apple que, a partir de su sistema operativo iOS, construye un ecosistema en el que conectan la venta de productos físicos (teléfonos móviles, ordenadores, tablets...), con la tienda de aplicaciones *App Store* que canaliza la distribución de aplicaciones y software¹³, con el suministro del software desarrollado por la propia empresa o la prestación de servicios digitales como la reproducción de música o contenidos

11. El ecosistema sería, así, un conjunto complejo de servicios y productos interconectados que, al trabajar en conjunto, generan un valor añadido para el usuario. Así, JENNY, F., «Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run», *ESSEC Business School*, 2021, disponible en ssrn: <https://ssrn.com/abstract=3776274>, pp. 5 y ss.
12. Sobre el funcionamiento y dinámicas competitivas en sistemas operativos móviles nos remitimos a OLMEDO PERALTA, E., «Entornos informáticos: sistemas operativos, tiendas de aplicaciones, asistentes virtuales y aplicaciones», *La regulación de los servicios digitales*, Dir. Montero Pascual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 349-406.
13. En el escenario de mercado previo a las normas del Reglamento de Mercados Digitales, Apple utilizaba su *App Store* como cuello de botella para monopolizar la distribución de aplicaciones dentro de su ecosistema cerrado. Así, los dispositivos móviles y tablets que operaban bajo el sistema operativo iOS sólo podían acceder a aplicaciones móviles —de Apple o de otros desarrolladores— adquiriéndolas a través de la *App Store*. La designación de Apple/*App Store* como *gatekeeper* ha cambiado la situación (Decisión de la Comisión C/2023/548, de 5 de septiembre de 2023 por la que se designa a Apple como guardián de acceso de conformidad con el artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, asunto DMA. 100013 *Apple —online intermediation services— app stores*). El conjunto de obligaciones impuestas por los artículos 6 a 8 del Reglamento resultan ahora de aplicación a la compañía.

audiovisuales en *streaming* (*Apple Music*, *Apple TV+*, etc.) o la prestación de servicios de pago (*Apple Pay*) entre otros.

Estas dinámicas comerciales desaconsejan considerar estos productos o servicios como mercados independientes¹⁴. La política de competencia debe utilizar nuevos instrumentos de juicio a la hora de aproximarse a estos conglomerados digitales, teniendo en cuenta que — pese a la heterogeneidad de los productos y servicios— estamos ante mercados conexos en los que se generan

Para justificar el modo en que se van a abordar las nuevas obligaciones, Apple ha publicado dos informes de cumplimiento con el RMD el 7 de marzo y el 1 de noviembre de 2024 (*vid. Apple's Non-Confidential Summary of DMA Compliance Report*, disponibles en: <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports>). Por lo que aquí respecta, resulta de especial interés la obligación impuesta por el art. 6.4 RMD que prohíbe que Apple pueda impedir la instalación de tiendas de aplicaciones alternativas a su *App Store*: «El guardián de acceso permitirá y posibilitará técnicamente la instalación y el uso efectivo de aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones informáticas de terceros que utilicen su sistema operativo o interoperen con él, y permitirá el acceso a estas aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones informáticas por medios distintos a los servicios básicos de plataforma pertinentes de dicho guardián de acceso. El guardián de acceso no impedirá, en su caso, que las aplicaciones informáticas o las tiendas de aplicaciones informáticas de terceros descargadas soliciten a los usuarios finales que decidan si desean configurar dicha aplicación informática o tienda de aplicaciones informáticas descargada como opción por defecto. El guardián de acceso posibilitará técnicamente que los usuarios finales que decidan configurar esa aplicación informática o tienda de aplicaciones informáticas descargada como opción por defecto puedan efectuar el cambio con facilidad. En la medida en que estas sean estrictamente necesarias y proporcionadas, no se impedirá al guardián de acceso adoptar medidas para garantizar que las aplicaciones informáticas o las tiendas de aplicaciones informáticas de terceros no pongan en peligro la integridad del hardware o del sistema operativo proporcionado por el guardián de acceso, siempre que tales medidas no excedan de lo estrictamente necesario y proporcionado y estén debidamente justificadas por el guardián de acceso. Asimismo, en la medida en que estas sean estrictamente necesarias y proporcionadas tampoco se impedirá al guardián de acceso aplicar unas medidas y una configuración distintas a la configuración por defecto que permitan a los usuarios finales proteger con eficacia la seguridad en relación con las aplicaciones informáticas o las tiendas de aplicaciones informáticas de terceros, siempre que tales medidas y tal configuración distintas a la configuración por defecto estén debidamente justificadas por el guardián de acceso». El problema de la aplicación de esta norma será, precisamente, la posible obstaculización de la plena operatividad de tiendas de aplicaciones alternativas bajo el pretexto de cumplir con condiciones estrictamente necesarias para garantizar la seguridad del sistema operativo y de los dispositivos. Igualmente preocupa el modo en que comercialmente puedan las tiendas alternativas romper la dinámica de los usuarios de utilización exclusiva de la *App Store*, ante una apatía racional a la búsqueda de alternativas. Nos pronunciamos sobre algunos de estos puntos en OLMEDO PERALTA, E., «How Does Android Protect its Dominance in the Mobile Ecosystem and Why Might the Digital Markets Act Be Not Enough: Concerns on Alphabet Practices on Operating Systems», en *New European Competition Trends in Digital Markets*, Ed. Ruiz Peris, Atelier, 2024, 209-235.

14. Ya el informe *Competition Policy for the Digital Era* de 2019 (CRÉMER, DE MONTJOYE y SCHWEITZER), se pronunciaba sobre la necesidad de analizar los ecosistemas digitales de forma separada o paralela a la definición del mercado relevante correspondiente a los productos específicos (p. 48).

dinámicas de vinculación exclusionaria entre productos¹⁵, de autopreferencia¹⁶ y de aprovechamiento cruzado de los insumos obtenidos en distintos mercados (datos, usuarios cautivos¹⁷). Del mismo modo, la conexión de productos y servicios a través de la tecnología puede dar lugar a un nuevo producto y, con ello, a un nuevo mercado diferenciado de aquel al que pertenecerían los productos y servicios si no se hubieran integrado¹⁸. De este modo, la competencia puede analizarse a distintos niveles dentro de un ecosistema digital. Se distinguiría entre el nivel del ecosistema general, la plataforma como nivel primario y los servicios digitales individuales como nivel secundario. Esta aproximación permitiría analizar de una forma más adecuada las restricciones competitivas que se producen en cada nivel¹⁹. Sin embargo, se enfrenta al problema de que no permite delimitar un único mercado sobre el cual se puedan calcular las cuotas de cada empresa²⁰, lo que obligaría a abandonar este criterio económico para adoptar otros parámetros de determinación del poder de mercado.

Esta definición objetiva o sustantiva del mercado relevante debe complementarse con el enfoque temporal. Las dinámicas derivadas de los mercados

15. Vid. HOLZWEBER, S., «Tying and bundling in the digital era», *European Competition Journal*, 14(3), 2018, esp. pp. 12 y ss; TODD, P. F., «Out of the box: illegal tying and Google's suite of apps for the Android OS», *European Competition Journal*, 13(62), 2017, disponible en ssrn: <https://ssrn.com/abstract=2875253>
16. Vid. RUIZ PERIS, J. I., «Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: la nueva propuesta europea de Digital Markets Act», en *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, dir. Martí Miravalls, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 41-44.
17. Sobre la cautividad de usuarios dentro de ecosistemas digitales se pronunció la Comisión Europea en su decisión de 4 de mayo de 2017, en el asunto AT.40153, *e-book MFNs and related matters (Amazon)*, esp. paras. 112 y ss. Se genera así una situación de jardines cercados (walled gardens) siendo el ecosistema un entorno aparentemente abierto en el que los usuarios se pueden mover, pero no salir de ellos a causa de las prácticas de vinculación desarrolladas por los gigantes tecnológicos que los controlan. Así, PODSZUN, R., «Digital ecosystems, decision-making, competition and consumers - On the value of autonomy for competition», 2019, disponible en ssrn: <https://ssrn.com/abstract=3420692>, p. 11, quien desarrolla su discurso sobre las ideas de FRIEDEN, R., «The Internet of Platforms and Walled Gardens: Implications for Openness and Neutrality», 2016, disponible en ssrn: <https://ssrn.com/abstract=2754583>
18. Así, ROBERTSON, V. H. S. E., «Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems», *Concurrences*, 2, 2021, pp. 7-8; EBEN, M. / ROBERTSON, V. H. S. E., «The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of the EU, US, and Brazil», *Graz Law Working Paper Series*, No. 01-2021, p. 27, siguiendo la línea trazada por el TJUE en la Sentencia del TPI (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, *Microsoft Corp. V Comisión de las Comunidades Europeas* [ECR II-3601, para. 921].
19. Un meritorio intento por desarrollar esta aproximación fue llevado a cabo por la Comisión Europea en el asunto Android (Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, asunto AT. 40099, *Google Android*). En su decisión, la Comisión trató de diferenciar los distintos niveles del ecosistema Android y los distintos elementos que intervienen en el mismo (tienda de aplicaciones, motor de búsqueda, etc.).
20. EBEN, M. & ROBERTSON, V. H. S. E., «The Relevant Market Concept...», *cit.*, p. 29.

digitales obligan a adoptar una perspectiva dinámica y prospectiva en el análisis de las conductas de las empresas y sus implicaciones para la competencia. Se hacen necesarias evaluaciones dinámicas y análisis rápidos adaptados a los veloces cambios estructurales que pueden producirse en estos mercados.

2. NUEVAS FORMAS DE PODER DE MERCADO: LA NOCIÓN DE PLATAFORMA Y LAS PLATAFORMAS COMO CREADORES DE MERCADO

Las empresas que dominan los entornos digitales aprovechan las características del mercado para fortalecer su poder de mercado y perpetuar su posición de dominio. En muchos casos, el poder de mercado no deriva de una mayor eficiencia, ni de la creación y explotación de innovaciones o el desarrollo de modelos de negocio novedosos (*competition on the merits*). Distintos operadores digitales han construido su posición de dominio aprovechando las ventajas competitivas que derivan de poder evitar obstáculos regulatorios²¹. Con todo, es más frecuente que la posición de dominio se construya a partir de prácticas exclusionarias basadas en el levantamiento de barreras de entrada a potenciales competidores y la cautividad de los usuarios. Estas medidas suelen reforzarse con la extensión de la posición de dominio a mercados conexos (*market leverage*) o el desarrollo de políticas de *killer acquisitions*.

El entorno digital dificulta la utilización de los parámetros tradicionales para medir el poder de mercado. Elementos tales como la cuota de mercado pueden dejar de ser expresivos del poder real ostentado por una empresa. De un lado, como se acaba de exponer, porque la definición del mercado relevante en el contexto de ecosistemas digitales se enfrenta al problema de la delimitación de la actividad que supone cada mercado y que se requiere como base para determinar las cuotas que representa cada empresa. Si en un ecosistema digital se deben considerar como mercados tanto el de los servicios individuales como el de su prestación conjunta dentro del conglomerado, ¿cómo se determina el perímetro de actividad para determinar la cuota de mercado ostentada? Por otro lado, incluso si se pudiera disponer de cuotas de mercado perfectamente definidas, puede que éste no resulte un parámetro completamente adecuado para definir el poder de mercado a causa de los posibles efectos de red que se obtienen en los mercados digitales y de la operación de las plataformas en mercados multilaterales. Además,

21. Es el caso, por ejemplo, de operadores como Uber o Cabify en el sector de la movilidad urbana o de AirBnb en el ámbito del alojamiento turístico. La irrupción de estas empresas digitales se debió en gran parte a que pudieron evitar la regulación administrativa relativa a la prestación de servicios de transporte terrestre discrecional o reguladora de los servicios de alojamiento. Como reacción al crecimiento y a ciertas prácticas desarrolladas por estas plataformas, estamos viviendo una reacción administrativa, con la adopción de medidas regulatorias dirigidas a estas formas de prestación de servicios. Sobre esta idea, BAMBERGER, K. A. & LOBEL, O., «Platform Market Power», *Berkeley Technology Law Journal*, 32, 2017, pp. 1053 y ss.

se trata de mercados sometidos a una competencia dinámica y en los que la fortaleza en un mercado puede extenderse fácilmente a mercados conexos, con lo que la relevancia de la competencia potencial es mayor.

El levantamiento de barreras de entrada tiene una especial trascendencia en los mercados digitales. Las empresas con cierto poder de mercado desarrollarán conductas para impedir la entrada al mercado de rivales. Estas barreras presentan un carácter bidireccional. De un lado, se dirigen a impedir que potenciales rivales puedan entrar en el mercado. De otro, tratan de retener a los usuarios dentro del ecosistema, para impedir que los competidores puedan acceder a ellos y lograr, con ello, entorpecer su éxito y expandir la propia posición de dominio a servicios o productos conectados. Para el levantamiento de estas barreras, las plataformas digitales aprovechan la ventaja del primer jugador (*first-mover*) y, a partir de ella, tratan de imponerse como mejor alternativa disponible, ganando la mayor parte del mercado (*winner-takes-all*). Con la primera irrupción en el mercado, las empresas consiguen crear una base sólida de usuarios, a los que vinculan a través de diversas tácticas, lo que combinado con el desarrollo de una estructura tecnológica adecuada les permite diseñar un campo de juego al que los competidores tendrán difícil entrar. Los usuarios que hayan optado por una plataforma se enfrentarán a importantes costes de cambio (*switching costs*), que tendrán tanto carácter económico como no económico (por ejemplo, el tiempo y el esfuerzo que se requieren para aprender a utilizar una nueva aplicación o la pérdida de la experiencia o valoraciones que pudiera tener dentro de una plataforma).

La posición de dominio ganada por las grandes empresas digitales se retroalimenta gracias a los efectos de red directos e indirectos. A medida que aumenta el número de usuarios en cada lado de estos mercados multilaterales, la plataforma refuerza su posición de dominio e incrementa las barreras de entrada que les protegen frente a potenciales rivales y que atrapa a sus usuarios. Para mantener el dominio sobre el lado del mercado que resulta más crítico para el funcionamiento del ecosistema, las plataformas utilizan determinadas prácticas comerciales —que pudieran calificarse de desleales— con los usuarios profesionales que requieren la intermediación de la plataforma para llegar a los usuarios finales. Es el caso de los desarrolladores de aplicaciones, que requieren de las tiendas de aplicaciones (*Play Store* y *App Store*) para poder llegar a los usuarios finales; el de los vendedores profesionales, que precisan de Amazon para la comercialización de sus productos y llegar a un espectro más amplio de usuarios; o el de los establecimientos hoteleros, que precisan de plataformas como *Booking.com* para poder llegar a sus usuarios finales. En estos contextos, las plataformas digitales pueden explotar esa situación de dependencia económica²² imponiendo condiciones comerciales desequilibradas como cláusulas de

22. Vid. ESTEVAN DE QUESADA, C., «Desequilibrios de poder en los mercados digitales: plataformas y dependencia», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 42, 2022, pp. 57 y ss.

paridad²³ u obligaciones injustificadas de cesión de datos de su actividad. Merced a estas prácticas, la plataforma consigue una posición de mercado que sus rivales no pueden igualar, resultando más atractiva para los usuarios de otros lados del mercado. Este aprovechamiento de los efectos de red indirectos produce un evidente efecto bloqueo.

Las plataformas que controlan ecosistemas en los que se conectan diversos productos y servicios tratarán de generar y controlar cuellos de botella en las conexiones entre ellos, asegurando que sus usuarios se moverán entre los mercados conectados y se dificulte la penetración de competidores en cualquiera de ellos. A modo de ejemplo, se aprecia esta situación en los ecosistemas móviles, en los que la empresa que aglutina el ecosistema promueve que el funcionamiento del conjunto de productos y servicios gire en torno al sistema operativo por ella creado, y que el acceso del usuario final a las aplicaciones sólo sea posible a través de una tienda de aplicaciones también bajo su control.

Más allá de los criterios tradicionales basados en las cuotas de mercado, en el mercado digital la posición de dominio se construye a partir del dominio de datos y el control de las fuentes desde las que se obtienen. Tratándose de mercados caracterizados por un coste marginal próximo al cero, marcado por enormes efectos de red directos e indirectos y en los que lo determinante es el control de una masa crítica lo suficientemente amplia de usuarios finales y profesionales²⁴, los datos juegan un papel central en el proceso competitivo por diversos motivos. En primer lugar, por tratarse del insumo sobre el que se construyen muchos de los productos y servicios de estos mercados, tales como la publicidad personalizada o los servicios de redes sociales. En segundo lugar —y con mayor peso— por el hecho de que los datos son el elemento empleado para el levantamiento de barreras de entrada y para conseguir la expansión de las empresas a otros mercados conexos. Finalmente, los datos son el combustible que permite el desarrollo y optimización de algoritmos y herramientas de inteligencia artificial basadas en el aprendizaje automático. Cuantos más datos tiene una empresa, mejor podrá optimizar sus algoritmos para mejorar la precisión de servicios tales como los motores de búsqueda, las redes sociales o los servicios publicitarios.

En la solución regulatoria de los problemas derivados de posiciones de dominio en mercados digitales, el foco se ha trasladado desde la graduación del poder de mercado hacia la calificación de un operador como guardián de acceso o *gatekee-*

23. Sobre el uso de estas cláusulas y su efecto anticompetitivo, *vid.* OLMEDO PERALTA, E., «Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones: el controvertido uso de las cláusulas de nación más favorecida (most favoured nation)», *Revista General de Derecho del Turismo*, n.º 4, 2021.

24. *Vid.* GRAEF, I., «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», *World Competition*, 38(4), 2015, pp. 484 y ss.

*per*²⁵. El Reglamento de Mercados Digitales construye todo su sistema a partir de la consideración de si (a) una empresa tiene una gran influencia en el mercado (b) presta un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales y (c) tiene una posición afianzada y duradera²⁶. Estos tres elementos determinan que una empresa digital pueda ser calificada como guardián de acceso.

Para facilitar la determinación del cumplimiento con estos criterios, el Reglamento establece unas presunciones cuantitativas en su artículo 3.2²⁷. Resulta de destacar que, a diferencia del criterio utilizado para la determinación de posiciones de dominio, los parámetros utilizados no tienen en cuenta cuotas de mercado, sino el volumen de negocio y el número de usuarios de la plataforma. Dadas las fluctuaciones de los mercados digitales, la determinación de la influencia que ejerce una empresa sobre el funcionamiento del mercado deja de depender de la porción del mercado que ocupa²⁸. Lo relevante es considerar el papel que juegan estas empresas como creadores de mercado (*market makers*)²⁹ y su rol fundamental en la conexión entre usuarios finales y usuarios profesionales³⁰.

-
25. Vid. OLMEDO PERALTA, E., «Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿quién? ¿cómo? y ¿para qué?», en *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, dirs. Tato Plaza, Costas Comesaña, Fernández Carballo-Calero, Torres Pérez, Louredo Casado, Comares, Granada, 2022, pp. 97-102.
26. Cfr. Art. 3.1 RMD. Vid. KÄSEBERG, T. & GAPP, S., «Article 3. Designation of gatekeepers», en *Digital Markets Act, Article-by-Article Commentary*, dir. Podszun, Beck-Hart-Nomos, 2024, pp. 66-75.
27. «Se presumirá que una empresa cumple los respectivos requisitos establecidos en el apartado 1:
- a) en relación con el apartado 1, letra a), cuando la empresa consiga un volumen de negocios anual en la Unión igual o superior a 7 500 000 000 EUR en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización bursátil media o su valor justo de mercado equivalente ascienda como mínimo a 75 000 000 000 EUR en el último ejercicio, y preste el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros;
 - b) en relación con el apartado 1, letra b), cuando proporcione un servicio básico de plataforma que, en el último ejercicio, haya tenido al menos 45 millones mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en la Unión y al menos 10 000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión, identificados y calculados de conformidad con la metodología y los indicadores establecidos en el anexo;
 - c) en relación con el apartado 1, letra c), cuando se hayan alcanzado los umbrales establecidos en la letra b) del presente apartado en cada uno de los últimos tres ejercicios».
28. Esta tarea se enfrentaría naturalmente al problema añadido de tener que definir el mercado relevante como base para determinar la cuota que se ocupa en él. Como hemos considerado en el epígrafe anterior esta tarea es harto difícil en mercados digitales dominados por plataformas o ecosistemas.
29. SCHWEITZER, H., «Digitale Plattformen als private Regelgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische "Plattform-Regulierung"», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 27, 1, 2019, pp. 1-12, quien califica a los guardianes de acceso como creadores privados de las reglas de mercado (*private Regelgeber*).
30. Entre las denominaciones que se han empleado para destacar este papel de las plataformas como ordenadoras del mercado, dominando el acceso y la actuación de los usuarios que quieran

3. NUEVAS TEORÍAS DEL DAÑO

En el contexto competitivo que caracteriza a los mercados digitales las empresas tienden a desarrollar sus estrategias comerciales buscando consolidar su posición de dominio. El objetivo común que comparten la mayoría de estas prácticas comerciales es el cierre exclusionario del mercado, bien levantando barreras de entrada frente a los competidores, bien promoviendo obstáculos para que los usuarios de la plataforma tengan dificultad para cambiar de entorno. Un segundo conjunto de prácticas se dirige a extender la posición de dominio a mercados conexos, utilizando para ello la ventaja de que disfrutaban las plataformas en su mercado de origen (*market leverage*).

Estos objetivos del cierre anticompetitivo del mercado y de extensión de la posición de dominio a mercados adyacentes pueden alcanzarse a través de distintas estrategias. Algunas de estas conductas no habían recibido especial atención hasta ahora por el Derecho de la competencia, como es el caso de las prácticas de *self-preferencing* o la aplicación de restricciones contractuales a la comercialización. Otras, en cambio, y pese a ser ya conocidas por la práctica antitrust, han requerido una redefinición de sus presupuestos y un ajuste en su aplicación. Es el caso de las conductas de vinculación (*tying*).

Lo que parece patente es que como derivación de la nueva posición de dominio adquirida por las plataformas en la era digital se hace necesaria una redefinición de las teorías del daño tradicionalmente empleadas por el Derecho de la competencia³¹. Los modelos tradicionales de apreciación de las restricciones a la competencia encuentran dificultades para valorar de forma adecuada estas conductas³². De un lado, influenciadas por la Escuela de Chicago, la mayo-

participar en él, resulta especialmente ilustrativa su consideración como empresas con *eine besondere marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb* (*Undertakings with a Paramount Significance for Competition Across Markets*, UPSCAM o empresas con una relevancia primordial para la competencia entre mercados), noción empleada en la *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, produktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und andere wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen* (*GWB-Digitalisierungsgesetz*), décima reforma de la GWB alemana, de 18 de enero de 2021. Sobre esta reforma, *vid.* FRANCK, J. U. & PEITZ, M., «Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, 7, pp. 513-528. La doctrina y los informes económicos que han estudiado su impacto en el mercado han empleado también otras calificaciones, como su consideración como *structuring platforms* (*Conseil d'Analyse Économique*, BOURREAU, M. / PERROT, A., «Digital Platforms: Regulate Before it's Too Late», n.º 60, oct. 2020, p. 3), *very large platforms* u *online platforms with significant/strategic market status* (OBSERVATORY ON THE ONLINE PLATFORM ECONOMY (EUROPEAN COMMISSION), *Study on «Support to the Observatory for the Online Platform Economy»*, *Analytical Paper #4: Online platforms with significant/strategic market status*, RAND Europe, enero 2021).

31. WITT, A. C., «The Digital Markets Act - Regulating the Wild West», *Common Market Law Review*, 60(3), 2023, pp. 629 y ss.

32. La doctrina ya había apuntado la dificultad (imposibilidad) de crear una teoría unitaria a partir de la cual pudieran enjuiciarse todas las conductas de abuso de posición de dominio. En este

ría de las teorías del daño ponen su foco sobre el precio y no valoran de una forma adecuada los efectos que las conductas pueden producir sobre la innovación, la competencia dinámica y la calidad de los productos. Buena parte de las conductas desarrolladas en el ámbito digital no afectan a los precios (pues los servicios se prestan en muchos casos a precio cero) sino que afectan a la innovación y a la calidad del propio proceso competitivo. De otro lado, encontramos también prácticas restrictivas que impactan sobre la privacidad o la explotación de datos personales, considerando a los datos como el recurso esencial para la competencia en el mercado³³. Finalmente, en ciertos casos encontramos que las empresas persiguen el fortalecimiento de su posición de dominio atacando directamente a la innovación y la competencia dinámica. Las *killer acquisitions* son un claro ejemplo de ello.

3.1. Prácticas dirigidas a levantar barreras de entrada

Las principales conductas anticompetitivas que en los últimos años han llevado a cabo los gigantes digitales se han dirigido a asegurar su dominio sobre el mercado, impidiendo la entrada de competidores o expulsando a sus rivales. Como se ha apuntado, son múltiples las fórmulas concretas en las que se puede materializar esta estrategia: vinculación de productos (*tying* y *bundling*), auto-preferenciación, dificultación de la portabilidad de datos, *killer acquisitions*, etc.

También es significativa la imposición de prácticas comerciales desequilibradas a los usuarios profesionales con el objetivo de cerrar el mercado a los competidores. La desigual posición negocial que ocupan las plataformas y los usuarios profesionales que precisan de ellas para poder llegar a los usuarios finales ha permitido que aquéllas impongan a las empresas dependientes cláusulas contractuales desproporcionadas con el objetivo de expulsar del mercado a potenciales plataformas competidoras. El uso de este mayor poder negociador y la explotación de dependencia económica son la vía utilizada para el cierre

empeño fracasaron tanto los postulados de la Escuela de Harvard como los de la de Chicago. Por ello, se aboga por aplicar un test de carácter más general y evaluar los efectos de las conductas caso por caso. Así, HOVENKAMP, H., «The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm», en *How the Chicago School Overshot the Mark*, ed. Pitofsky, Oxford, 2008, pp. 113-118.

33. El TJUE ya ha considerado que, en su análisis de conductas de abuso de posición de dominio, las autoridades de competencia pueden concluir que las condiciones generales del servicio de una empresa relativa al tratamiento de datos personales no son conformes con el Reglamento General de Protección de Datos cuando dicha conclusión sea necesaria para declarar la existencia del abuso. Así la STJUE (Gran Sala) de 4 de julio de 2023, asunto C-252/21, *Meta Platforms Inc. y otros contra Bundeskartellamt*, paras. 155.1) y 44-48. Sobre este tipo de abusos que impactan sobre los datos y no sobre factores económicos clásicos, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., «Data-Protection Related Abuses by Digital Platforms: a Spanish Enforcement Alternative», en *New European Competition Trends in Digital Markets*, eds. Ruiz Peris / Estevan de Quesada, Atelier, 2024, pp. 281 y ss. (disponible en acceso abierto en: <https://atelierlibrosjuridicos.com/producto/new-european-competition-trends-in-digital-markets-open-access/>).

competitivo del mercado³⁴. Estas conductas, más que producir un daño explotativo a la contraparte, tratan de atacar el funcionamiento competitivo del mercado impidiendo el éxito de plataformas competidoras. Es el caso de la imposición de cláusulas de paridad o de nación más favorecida a través de las cuales la plataforma dominante consigue que los empresarios le aseguren el precio más bajo para la comercialización de sus productos o servicios. Con la imposición generalizada de estas cláusulas, ninguna plataforma rival—incluso cuando fuera más eficiente— podrá prosperar en el mercado ejerciendo una presión competitiva real.

Otras cláusulas contractuales exclusionarias se basan en la prohibición o dificultación del *multi-homing*³⁵. Son numerosos los casos en los que las plata-

34. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento la explotación de una posición de dominio relativo no se encuentra sancionada directamente por la Ley de Defensa de la Competencia, sino que se prohíbe a través del ilícito desleal de explotación de situación de dependencia económica (arts. 16.2 y 3 de la LCD). Contrasta con esta situación la regulación de otros países de nuestro entorno, como Alemania, que sí consideran expresamente la explotación de dependencia económica como un ilícito antitrust (cfr. §§ 20.1, 19.1 y 19.2 GWB). Este dispar tratamiento produce importantes consecuencias, principalmente en materia de enforcement. En nuestra doctrina, por todos, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017; ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2002; MASSAGUER FUENTES, J., «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, tomo II, pp. 2203-2268; FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, esp. pp. 125-156; RUIZ PERIS, J. I., «El abuso de dependencia económica en el Derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas», CACHAFEIRO GARCÍA, F. / GARCÍA PÉREZ, R. / LÓPEZ SUÁREZ, M. A., *Derecho de la competencia y gran distribución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 31-55.
35. El RMD trata de impedir que los guardianes de acceso implementen medidas para impedir el *multi-homing* imponiendo obligaciones concretas al respecto. Así, el art. 5.3 RMD dispone que «El guardián de acceso se abstendrá de aplicar obligaciones que impidan a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros o de su propio canal de venta directa en línea a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso», norma que se complementa con el apartado siguiente al prohibir las obligaciones *anti-steering*: «El guardián de acceso permitirá a los usuarios profesionales, de forma gratuita, comunicar y promover ofertas, en particular con condiciones diferentes, entre los usuarios finales adquiridos a través de su servicio básico de plataforma u otros canales y celebrar contratos con esos usuarios finales, independientemente de si, para este fin, utilizan los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso». Con carácter general —y no limitado a las plataformas designadas como gatekeepers—, el artículo 5.1.d) del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas excluye de la exención a «cualquier obligación, directa o indirecta, que impida al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante servicios competidores de intermediación en línea».

formas tratan de impedir que los usuarios —finales o profesionales— utilicen simultáneamente servicios de distintas plataformas competidoras. Esta forma de vinculación de los usuarios puede implementarse por diferentes vías, entre las que destacan distintas formas de pactos de exclusividad contractual o la concesión de incentivos económicos para promover un determinado servicio. Las plataformas digitales suelen premiar, mediante una mayor visibilidad o incentivos financieros a los usuarios que permanecen en ellas de forma exclusiva, toda vez que adoptan distintas medidas para disuadir la participación en plataformas rivales. Con la penalización del multi-homing se potencian los efectos de red de la plataforma al mismo tiempo que se incrementan los switching costs de los usuarios.

3.2. Prácticas orientadas crear jardines cerrados (walled gardens)

La influencia de la Escuela de Chicago colocó el precio y el bienestar del consumidor como centro del análisis de las conductas anticompetitivas. Según sus postulados, el propósito principal de la política de competencia debía ser maximizar la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, en lugar de centrarse en la estructura de mercado o el número de competidores. En Europa, las premisas del *More Economic Approach* también circunscribieron el análisis de los efectos reales de las prácticas empresariales en el mercado en el uso de herramientas y análisis económicos, colocando su foco en el bienestar del consumidor. Las dinámicas de los mercados digitales han puesto en tela de juicio muchos de estos postulados. Y es que buena parte de las prácticas de las grandes plataformas digitales no producen —al menos en el corto y medio plazo— un detrimento en el bienestar del consumidor ni implican una subida de los precios. Sus efectos impactan más bien sobre la existencia de alternativas competitivas válidas, la posibilidad de una competencia dinámica (con el desarrollo de nuevos productos) y la capacidad de elección del consumidor más allá de su bienestar material.

Dada su estructura de mercados multilaterales, el éxito del funcionamiento de las plataformas se basa en conseguir el mantenimiento de un número crítico (lo más elevado posible) de usuarios en cada lado del mercado para explotar con ello los efectos de red directos e indirectos. Por ello, muchas de sus prácticas se dirigen específicamente a impedir que sus usuarios puedan abandonar la plataforma y utilizar los servicios de otra plataforma alternativa que pudiera potencialmente convertirse en rival (efecto *lock-in*).

Estas estrategias de retención se dirigen tanto a los usuarios profesionales como a los finales. A los usuarios profesionales se les trata de imponer la exclusividad, ofrecer condiciones más ventajosas a cambio de esta o de un trato preferente a la plataforma o impedir por diversas vías que puedan ofrecer sus productos o servicios en paralelo a través de otras plataformas. En cuanto a los usuarios finales, las plataformas tratan de retenerlos haciendo que las alterna-

tivas de competidores parezcan menos atractivas o aumentando los costes a los que se ha de hacer frente en caso de optar por el cambio.

En el plano de los ecosistemas las conductas de *lock-in* son más complejas, dado que su objetivo es conseguir que los usuarios queden cautivos dentro del conjunto de productos y servicios operados por la plataforma. Para ello, se promueve el desarrollo de sinergias entre productos complementarios y se añaden funcionalidades al uso conjunto de distintos servicios para que los usuarios se acomoden a un entorno del que no quieran salir³⁶. Para hacer menos atractivo el paso a un ecosistema alternativo, se trata de incrementar artificialmente los costes de este cambio, ya sean económicos (desembolsos necesarios para adquirir nuevos equipos), técnicos (los nuevos dispositivos no funcionan adecuadamente fuera del ecosistema o con otros servicios), de aprendizaje (el usuario tiene que familiarizarse con el manejo de los nuevos productos o servicios) o temporales (se requiere una inversión en tiempo hasta conseguir el mismo nivel de bienestar en el nuevo ecosistema).

Estas estrategias de retención forzada o de fidelización forzada pueden adoptar múltiples variantes. Pueden destacarse los obstáculos a la portabilidad de datos e información relativa a la actividad que se ha desarrollado dentro de una plataforma³⁷; la incompatibilidad o falta de interoperabilidad entre servicios —con lo que se promueve que determinados servicios o productos que se consideran esenciales o básicos para el usuario no puedan disfrutarse en la plataforma o ecosistema rival, obligando al usuario a permanecer en un ecosistema cerrado—; mediante la concesión de incentivos de lealtad o la necesidad de suscribir programas de pago (especialmente cuando la suscripción es por un período temporal dilatado); o limitando la propiedad sobre los contenidos crea-

36. Vid. RODILLA MARTÍ, C., «Jardines vallados en ecosistemas de plataformas y cuestiones de interoperabilidad», en *Cooperación y mercados digitales*, dirs. Ruiz Peris / Estevan de Quesada, Atelier, Madrid, 2023, pp. 191 y ss. (disponible en acceso abierto a través de: <https://atelierlibrosjuridicos.com/producto/cooperacion-y-mercados-digitales-open-access/>).

37. Problemática que en Europa trata de resolverse por la vía regulatoria concediendo derechos de portabilidad e imponiendo obligaciones de portabilidad a las grandes plataformas. Estas medidas se han articulado a través del Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento —o, impropiaemente, Ley— de Datos). Vid. LUNDQVIST, B., «Data Access and Data Portability in the Platform Economy», en *New European Competition Trends in Digital Markets*, eds. Ruiz Peris / Estevan de Quesada, Atelier, 2024, pp. 239 y ss (disponible en acceso abierto en: <https://atelierlibrosjuridicos.com/producto/new-european-competition-trends-in-digital-markets-open-access/>). Analizamos las implicaciones de esta norma en OLMEDO PERALTA, E., «Fallos en el mercado de intercambio de datos entre empresas (B2B) y medidas para abordarlos desde la regulación y los remedios de competencia: una perspectiva europea de lege lata y de lege ferenda», *Revista Jurídica Digital UANDES*, 7(2), 2023, esp. pp. 45 y ss. (disponible en acceso abierto a través de: <https://rjd.uandes.cl/index.php/rjd/uandes/article/view/154>).

dos dentro de la plataforma (publicaciones, valoraciones, etc.), con lo que se dificulta su recuperación y utilización en otro entorno.

3.3. Extensión de la posición dominante a mercados conexos (market leverage)

Para maximizar sus beneficios en el mercado digital las plataformas tratan de no limitar su actividad a un único producto o servicio, sino que intentan aprovechar relaciones de complementariedad y vinculación para extender su posición dominante a mercados adyacentes, más o menos conectados. En los casos de productos más próximos, esta estrategia se podrá beneficiar de escalar las inversiones y recursos utilizados en un mercado. En otros casos, se aprovechará la versatilidad de ciertos recursos —especialmente del dominio de los datos o una cartera amplia y fidelizada de usuarios— para entrar a mercados que, en principio, no tienen conexión directa con su ámbito originario de actividad.

El empeño por la extensión del dominio a otros mercados se dirige también a la creación de ecosistemas cerrados que refuercen el efecto de retención forzada de sus usuarios como acabamos de considerar.

III. DIAGNÓSTICO: ¿FALLOS DE MERCADO EN EL SECTOR DIGITAL? ¿O UNA PIEZA QUE NO ENCAJA EN LOS MODELOS?

En economía, dentro del concepto de fallos de mercado se trata de englobar a un conjunto de situaciones que ponen de manifiesto que la actividad de autorregulación del mercado (la mano invisible de Adam Smith) es insuficiente para alcanzar determinados objetivos de política económica que se consideran valiosos. Las externalidades, la inadecuada valoración de los bienes públicos o los mercados no competitivos son algunos de los casos típicos. Ante estos fallos se considera necesaria la intervención regulatoria de la autoridad para corregir los problemas que el mercado no resuelve adecuadamente.

En el mercado digital cabe cuestionarse si realmente nos encontramos ante fallos de mercado, al menos en el sentido habitual del término. Más bien parece que nos encontramos ante mercados cuyas propias dinámicas de funcionamiento distan considerablemente de las generalmente apreciadas en el funcionamiento de los mercados tradicionales de bienes y servicios. Los ecosistemas digitales no son simplemente mercados en línea, sino entornos interconectados y complejos donde múltiples productos, servicios y actores interactúan bajo el control de una plataforma dominante³⁸.

38. JACOBIDES, M. G. & LIANOS, I., «Rethinking Competition: From Market Failures to ecosystem Failures», *Promarket*, 12 abril 2021, disponible en: <https://www.promarket.org/2021/04/12/competition-market-failure-digital-platforms-ecosystem-regulation/>

En las plataformas digitales se aprovechan rendimientos (cuasi-ílimitadamente) crecientes de escala a causa de los efectos de red. Las plataformas de mayor tamaño que pueden extender una mayor red y captar más usuarios en los distintos lados del mercado obtienen unas ventajas muy relevantes respecto a las pequeñas. En cambio, se promueve la expulsión del mercado de aquellas plataformas que se encuentran por debajo de un determinado nivel o que no llegan a alcanzar una determinada masa crítica de usuarios. Ello provoca que estos mercados digitales manifiesten una tendencia natural al monopolio: el funcionamiento de estos mercados está marcado por importantes economías de escala y alcance que hacen que la máxima eficiencia en el funcionamiento del mercado se logre con una única empresa. Dado que la estructura de estos mercados tiende a un equilibrio agregado basado en la existencia de una sola empresa en el mercado, la presencia de más de un operador resultará ineficiente. Ello generará una dinámica natural hacia la concentración de las empresas, la colusión o el abuso de la ventaja de la que disfrute la empresa de mayor dimensión³⁹.

En este marco no se trata ya de superar los fallos de un mercado determinado, sino de considerar que estamos ante ecosistemas de productos y servicios complementarios que se retroalimentan a sí mismos. Una vez dentro de un ecosistema, el usuario cautivo no considera alternativas. La competencia se establece entre los ecosistemas y no entre los productos o servicios. Por ello, si se debe destacar un fallo de estos mercados, éste ha de ser precisamente la sustracción de la libertad de elección de los agentes económicos como principio básico de funcionamiento de las economías de mercado.

1. ASUMIENDO LA CRUDA REALIDAD: LA EXISTENCIA DE GRANDES PLATAFORMAS ES VIRTUALMENTE IMPRESCINDIBLE PARA EL SECTOR DIGITAL

Los análisis y estudios sobre mercados digitales suelen pasar por alto la consideración de que el establecimiento de relaciones de ecosistemas y el aprovechamiento de los efectos de red es consustancial para la propia prestación de los productos y servicios digitales. O, al menos, lo es para que se puedan prestar en el modo en que se hace actualmente. Piénsese en servicios como el motor de búsqueda Google operado por Alphabet, que permite utilizar sin retribución monetaria una herramienta de gran utilidad y complejidad. Si Google no pudiera capturar los datos de sus usuarios y monetizarlos en otros servicios y productos de su ecosistema (como los servicios de publicidad), seguramente no podría ofrecer su motor de búsqueda de forma gratuita y abierta. Dicho de otro modo,

39. En estos mercados «if output is undifferentiated, a winner-take-all market has an equilibrium of one firm. If such a market contains two firms, each will be inefficiently small. Further, the larger one will have cost advantages over the smaller one. Such markets move naturally to either collusion or monopoly» HOVENKAMP, H., «Antitrust Interoperability Remedies», *Columbia Law Review Forum*, 123(1), 2023, p. 15.

La evolución desde el comercio electrónico hacia el desarrollo de los mercados digitales actuales ha venido marcada por el fenómeno la plataforma de la economía. Este proceso ha puesto de manifiesto la necesidad de modernizar el Derecho de la competencia e incorporar herramientas regulatorias. Las plataformas digitales, caracterizadas por efectos de red y economías de escala crecientes, tienden al monopolio, generando riesgos para la competencia y el bienestar general. Utilizan estrategias como el cierre de mercado, la autopreferencia y la imposición de cláusulas restrictivas para mantener su dominio en perjuicio de competidores –actuales y potenciales– y usuarios.

El marco tradicional del Derecho de la competencia, influenciado por los postulados de la Escuela de Chicago y el enfoque de bienestar del consumidor, se enfrenta a dificultades para abordar prácticas como el *tying*, el uso cruzado de datos o la explotación de la dependencia económica en relaciones *platform-to-business* (P2B). La creación y consolidación de ecosistemas digitales agrava estos desafíos, dificultando la propia definición del mercado y difuminando los contornos de qué ha de entenderse por una competencia justa y leal.

Para mitigar estos problemas, la Unión Europea ha desarrollado un importante esfuerzo regulatorio que se ha concretado en normas como el Reglamento de Mercados Digitales, el Reglamento de Datos, el Reglamento Platform-to-Business o –más recientemente– la Ley de Inteligencia Artificial, que –entre otras cosas– imponen obligaciones *ex ante* para prevenir conductas anticompetitivas y la consolidación de posiciones indisputables. En el marco actual de inestabilidad en las relaciones geopolíticas a nivel global y ante la rápida evolución del mercado digital, se hace patente la necesidad de una aplicación ágil de estas normas, de modo que sirvan para evitar la consolidación de fuertes posiciones de dominio en detrimento de la competencia y la innovación.