

RESTRICCIONES DE ACCESO AL MERCADO Y PLATAFORMAS DIGITALES: EL CASO AMAZÓN COMO EJEMPLO¹

MARKET ACCESS RESTRICTIONS AND DIGITAL PLATFORMS: THE AMAZON CASE AS EXAMPLE

Marina ECHEBARRÍA SÁENZ
Universidad de Valladolid

Resumen: el traspaso del régimen de garantías existente en los mercados tradicionales al mercado digital a través del llamado paquete digital es un proceso complejo. La aparición de fenómenos como las grandes plataformas digitales, y su ya amplio historial de conflictos con la Comisión Europea, ha obligado a reconsiderar las reglas tradicionales sobre delimitación del mercado relevante y aplicación del abuso de dominio en el derecho de la competencia. Fruto de los ejemplos dados por la jurisprudencia y las decisiones de la Comisión es la propuesta de regulación ex ante, multisectorial y delimitada por volumen de incidencia que representa la digital market act. En ella se introduce una normativa complementarias, basadas en el control de la dependencia económica y la lealtad en el tráfico más allá de la incidencia del art. 102 TFUE.

Palabras clave: Mercados digitales, grandes plataformas, plataformas guardianas, ley de mercado digital, antitrust, código de conducta.

Abstract: the transfer of the existing guarantee regime in traditional markets to the digital market through the so-called digital package is a complex process. The appearance of phenomena such as large digital platforms, and their already long history of conflicts with the European Commission, has forced a reconsideration of the traditional rules on the delimitation of the relevant market and the application of abuse of domain in competition law. The result of the examples given by jurisprudence and the decisions of the EU Commission is the ex ante regulation proposal, multisectorial and delimited by the volume of incidence that the Digital Market Act represents. In it, complementary regulations are introduced, based on the control of economic dependence and loyalty in traffic beyond the incidence of art. 102 TFEU

Keywords: On line market places, large platforms, gatekeepers platforms, digital market act, antitrust, code of conduct

Sumario: 1. Introducción: acceso al mercado digital y plataformas digitales. 2. Las plataformas digitales en el análisis de eficiencia Antitrust. 3. Riesgos de las plataformas digitales globalizadas. 3.1. Amazon Buy Box y Amazon data como ejemplo de la problemática. 4. Las propuestas de solución en los proyectos de regulación del paquete digital. 4.1. Obligaciones de los Gatekeepers o guardianes de acceso, con implementación inmediata: el código de obligaciones positivas y negativas. 4.1.1. Las obligaciones positivas. 4.1.2. las obligaciones negativas. 4.2. Obligaciones de los Gatekeepers o guardianes de acceso, susceptibles de desarrollo e implementación posterior (art. 6 DMA). 5. Mecanismos de control e intervención. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

¹ Trabajo vinculado al proyecto de investigación “El impacto de la economía digital en el Derecho de la Competencia y la Distribución: del Big Data al Blockchain”, (RTI2018-094201-B-C22), del Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades

1. Introducción: acceso al mercado digital y plataformas digitales

El desarrollo de la economía digital es relativamente novedoso en los términos temporales aplicables a lo económico y jurídico, y ciertamente el traspaso de todas las funciones de la economía analógica o “material” al espacio digital o “virtual” no está siendo un proceso pacífico o exento de dificultades y riesgos para el mantenimiento de los estándares de seguridad jurídica conocidos en los mercados tradicionales. La aparición del comercio electrónico obligó a trasponer todas las reglas del Derecho de obligaciones y contratos al ámbito digital.² De hecho, la digitalización ha transformado el mercado tradicional en sí mismo desde el momento en que múltiples productos tradicionales han pasado del formato material al formato digital en un proceso de digitalización exhaustiva, en el que lo trascendente ya no es la obra material en sí misma, pues ese formato es minoritario o un estadio transitorio del objeto de comercio real que es, finalmente, el producto digital.³ La rápida y posterior evolución hacia la aparición de agregadores de información primero, y organizadores de mercados electrónicos después,⁴ supuso la necesaria formulación de unas reglas básicas para asegurar un tráfico seguro y leal. Normas que rápidamente se vieron superadas por la realidad de la aparición de fenómenos como las grandes plataformas digitales, los instrumentos de pago electrónico, los criptoactivos, los sistemas operativos descentralizados, etc. etc. Un fenómeno vertiginoso que forzó a la Unión Europea al diseño y rápida implementación de una estrategia para la obtención de un mercado único digital (2015) cuya ejecución aun es un proceso en marcha.⁵

Toca en este caso abordar el problema que se plantea por la proliferación y extensión de las llamadas plataformas digitales, y en especial por la posible posición de dominio que estarían obteniendo algunas de ellas, con riesgo de que produzcan

² Principalmente, Ley de servicios de la información y del comercio electrónico. Directive Communication from the Commission for the European Parliament, the Council, the Economic and the Social Committee of the Regions. A Digital Single Market Strategy for Europe, 6-5-2015, Com (2015) 192 Final. Commission Staff working document *A Digital Single Market Strategy. Analysis and Evidence*. 6-5-2015, SWD (2015) 100 Final. Pero también aspectos como las leyes de firma electrónica, la regulación de los medios de prueba digitales, etc.

³ Véase Katz, A. “Digital Exhaustion: North American Observations” En *Research Handbook on electronic commerce Law*. (John A. Rotchild Ed.) 136-67, págs. 1-31. Edward Elgar (2016) disponible en Creative Commons.

⁴ Sobre la diferenciación ya en Echebarría, Sáenz M., “La responsabilidad de los organizadores de mercados electrónicos. Deberes de transparencia y lealtad aplicables a al organizador no comercializador directo” en *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, págs. 420-450. Véase como informe general Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones *Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa*, COM(2016) 288 final, 25-5-2016.

⁵ Commission Staff Working Document *A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence* Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *A Digital Single Market Strategy for Europe*. Brussels, 6.5.2015 SWD (2015) 100 final y anexo de acompañamiento *Analysis and Evidence* (misma referencia).



posibles efectos de red, creación de barreras de entrada al mercado⁶ o prácticas desleales y abusos explotativos frente al doble vértice con el que contratan; los usuarios y los proveedores afiliados al sistema comercial. En realidad, sin embargo, no es posible abordar la totalidad de conflictos abiertos en este ámbito en un trabajo limitado como el presente, y es que la casuística de los conflictos de interés ha ido evolucionando y expandiéndose rápidamente. Veamos sino:

Con la aparición de lo que hoy llamamos plataformas digitales los primeros conflictos se circunscribieron a los problemas de transparencia en la contratación; derecho de información de los usuarios y seguridad en la contratación.⁷ Casi de inmediato, surgió el problema de la responsabilidad de las plataformas digitales por la información a la que enlazaban y en concreto el de su responsabilidad en la agregación de información ilícita, falsa, desleal o que violaba derechos de propiedad intelectual reconocidos.⁸

En un siguiente estadio nos encontramos con el problema de las restricciones de acceso a las plataformas digitales que eran impuestas por los operadores tradicionales de la distribución, y el problema de contemporizar los sistemas distributivos tradicionales como concesiones, franquicias, sistemas de distribución selectiva y las limitaciones admitidas por el derecho de la competencia en el comercio tradicional, al entorno digital. Las prohibiciones de comercio por Internet primero, y la denegación de acceso a las ventas en plataformas, después, ha dado lugar ya a una profusa jurisprudencia.⁹

De ahí, pasamos sin transición alguna al conflicto derivado de las restricciones logísticas transfronterizas¹⁰ y de la aplicación de las técnicas de geolocalización al comercio digital para establecer restricciones de servicio, con riesgo de ruptura del principio de unidad de mercado y en el caso comunitario, con riesgo de falseamiento del principio de libre circulación en el mercado interior,¹¹

⁶ Véase Velasco San Pedro, L.A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia” en *RCD* n° 6, 2010, págs. 13-35.

⁷ R. 2394/2017 Consumer protection Fernández Kranz, D/Merino Castello, A. “Mercados electrónicos y problemas de información: Implicaciones para la política de competencia” en *Economía Industrial*, n° 339, 2001. Págs. 83-93.

⁸ European Parliament study, *Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*, 2013

⁹ Véase como síntesis: Commission Reports vs Coty (6 December 2017, Coty Germany GmbH vs Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16). Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 26 de julio de 2017 1Asunto C-230/16 Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH. Y finalmente sentencia Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, asunto C-230/16 Coty vs Azkente. Anastasiadis. V. “Online Marketplace Bans: Mapping the Landscape under the -commerce Sector Inquiry”, enlace disponible en bibliografía. .

¹⁰ Dado que el 80 % de los paquetes generados en el comercio electrónico pesan menos de dos kilos y a menudo se tramitan a través cadenas de correspondencia postal con configuración claramente nacional y compartimentalizada, Tema, abordado finalmente por el Reglamento (Ue) 2018/644 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de abril de 2018 sobre los servicios de paquetería transfronterizos.

¹¹ Geoblocking R 302/2018 geo-blocking and other forms of discrimination based on place of residence or establishment or nationality within the Single market. Consejo de la Unión Europea, (2020), *Bloqueo geográfico: liberar el comercio electrónico en la UE*. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/geo-blocking/>

tema que se complica cuando se superpone con la normativa estatal sobre derechos de propiedad intelectual¹² o con restricciones logísticas que, de facto, hacen imposible a los usuarios el acceso a ofertas procedentes de otros Estados miembros.

En paralelo aun podríamos establecer factores transversales de creación de barreras de acceso a los mercados, como las restricciones fiscales y el problema de la aplicación del IVA al entorno digital¹³ o las más frecuentes restricciones a la utilización de sistemas de pagos, como factores limitativos de la competencia y del tráfico intracomunitario o si se prefiere como barreras de acceso. Por debajo de todo ello y más sutilmente, aun podríamos hablar de los problemas de compatibilidad técnica o de las normas y situaciones que vulneren el mal explicitado principio de neutralidad tecnológica que, de facto, constituye con frecuencia barreras de acceso al mercado digital en forma sutil y no siempre perceptible.¹⁴

En este caso, sin embargo, acotaremos la discusión al problema que se ha planteado tras la proliferación y expansión de las grandes plataformas digitales como los llamados GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) en relación a las condiciones que estos grandes operadores ofrecen a sus afiliados comerciales al sistema como condición de admisión a la plataforma, y por derivación, a los problemas derivados de dichas condiciones en el plano del tratamiento de datos¹⁵ de dichos operadores y de los consumidores como forma de posible abuso explotativo.¹⁶ O si se prefiere, utilizaremos como ejemplo los dos casos más

Final Commission Staff Working Document. *Impact Assessment. Accompanying the document proposal Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo blocking and other forms of discrimination based on place of residence or establishment or nationality within the Single Market*, (COM 82016) 289 Final, Brussels 25-5-2016, SWD (2016 173 final).

¹² Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. (DOCE L 168 de 30-6-2017). Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOCE L 136 de 22-5-2019)

¹³ Véase la página de la Taxation and Custom Union, y allí el régimen del Iva transfronterizo aplicable a partir de julio de 2021, las notas explicativas sobre la aplicación del IVA al comercio electrónico de 2020 el régimen simplificado (Moss) y el llamado paquete sobre el IVA digital compuesto por nueve directivas y varios informes aclaratorios. Para un histórico véase el informe: *VAT digital single market cross border ecommerce (2017-2021)*. Enlaces disponibles en Bibliografía.

¹⁴ Ejemplos en el informe OCDE sobre el uso de algoritmos, *Algorithm awareness building: Algorithms and Collusion. Competition policy in the digital age*, OCDE, 2017. Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

Annex to the Communication From the Commission to The European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*. Brussels, 7-12-2018, COM(2018) 795 final

¹⁵ Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos. Decisión (UE) 2018/1927 de la Comisión de 5 de diciembre de 2018 por la que se establecen las normas internas sobre el tratamiento de datos personales por la Comisión Europea en el ámbito de la competencia en relación con la comunicación de información a los interesados y la limitación de determinados derechos.

¹⁶ Sobre el concepto. Yanes Yanes, P. Voz “Abuso Explotativo” en *Diccionario de Derecho de la competencia*, Velasco San Pedro, L. (Dir) Iustel 2006, págs. 31-35. Berenguer Fuster, I. “Otras formas de



recientes abiertos por la Comisión europea contra la compañía Amazon, como excusa para introducir el análisis y crítica de la solución legislativa que se propone en los proyectos del paquete digital de servicios, la *Digital Market Act* y *Digital Service Act*.¹⁷ Movimiento normativo que, a su vez, deberíamos englobar en el más amplio de reforma del llamado Paquete digital, que engloba la reforma del Derecho de la competencia¹⁸ y del Derecho financiero digital.¹⁹

Para terminar en la labor de enmarcado de la cuestión, conviene explicar que se considera que hay más de diez mil plataformas digitales en la UE, de las que un 90% son pequeños y medianos negocios. Que los medios digitales de comercio incrementan el comercio transfronterizo a un ritmo superior al 2% anual, a falta de computar el efecto de incremento que haya podido tener la reciente Pandemia del Covid 19. La realidad de los estudios de seguimiento europeos indica que cerca de un 40% de las ventas on line se realiza a través de e-markets (y la cifra crece exponencialmente), y que siete de cada diez de las compañías mundiales más grandes en capitalización son plataformas digitales, algunas de ellas ya con más de mil millones de usuarios registrados. Hablamos de un “pastel” de entre doce a veintitrés mil millones de euros en la Unión Europea en un contexto en el que el 88% de los negocios afiliados a dichas plataformas afirma afrontar condiciones

abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de dependencia económica) en Fundación Rafael del Pino, 2015, pág. 415-436. Enlace disponible en Bibliografía.

17 Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) y Proposal for a Regulation on a single Market for Digital Market Act, ambas de 15 Diciembre 2020. Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (Text with EEA relevance). The Digital Services Act package | Shaping Europe’s digital future (europa.eu) The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets | European Commission (europa.eu) . The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets | European Commission (europa.eu)

18 New Competition Toolkit Initiative. Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (Text with EEA relevance). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe* COM/2016/0288 final. *Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the New Competition Tool*, (Open Public consultation ex ante rules disponible en la red). Véase también, Wifo. *Business-to-Business relations in the online platform environment*, FWC ENTR/300/PP/2013/FC. Larouche, P/DE Streeel, A. *Interplay between the Sector-Specific Regulation in the EU. Wish, R. New Competition Tool: of existing competition tools aimed at Legal comparative study addressing structural competition problems with a particular focus on the UK’s market investigation tool*. (disponible en red, sede Comisión)

19 (MICA) Propuesta Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (24-9-2020) Comunicación Estrategia Digital Financiera EU (23-9-2020) Com 591 2020. Propuesta de régimen piloto infraestructuras de Mercado basadas en tecnología distributiva (DTL) Com 594 2020. Propuesta de resiliencia operativa del sector digital financiero. Com 595 2020. Propuesta de enmienda Directivas 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, 2015/2366 EU, 2016/2341 EU - COM(2020)596. -Plan de acción Fintech Com 2018 109. Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de octubre de 2018, sobre las tecnologías de registros distribuidos y las cadenas de bloques: fomentar la confianza con la desintermediación (2017/2772(RSP))

desleales en las condiciones contratación y una competencia desleal por las propias plataformas.²⁰

2. Las plataformas digitales en el análisis de eficiencia Antitrust

Probablemente sea innecesario, pero considero útil recordar, aunque sea brevemente, que los mercados electrónicos y/o plataformas digitales superan con facilidad el análisis de eficiencia antitrust. Ofrecen a los consumidores un amplísimo acceso a suministradores variados de bienes y servicios con notoria reducción de los costes de búsqueda. Facilitan un mejor conocimiento de los niveles de precios y demás condiciones comerciales y extienden la oferta de nuevos bienes y servicios a sectores del mercado que, de otro modo, difícilmente accederían a la oferta realizada en el plano digital.

Por su parte, e-markets y plataformas digitales ofrecen a las PYMES posibilidades de un aumento exponencial de sus ventas *on line* al darles acceso a un mercado de millones de consumidores potenciales en un ámbito global. Les reduce sustantivamente el esfuerzo de inversión que supone crear un sistema propio de ventas o una red logística propia, como demuestra el dato de que el 73% de las ventas transfronterizas comunitarias se realice en *e-markets*. A mayores, las plataformas permiten el acceso a Apps y robots de venta e incluso a mecanismos de inteligencia artificial que difícilmente estarían al alcance una pequeña o mediana empresa.

Desde el punto de vista de la competencia en sentido objetivo, las plataformas incrementan la transparencia en precios facilitando el análisis comparativo y suponen un incremento y difusión de los recursos tecnológico que de otro modo quedarían limitados a ámbitos restringidos.

Quedarnos en estas afirmaciones, sin embargo, sería simplista.

En primer lugar porque es obvia la diferenciación entre las plataformas locales y las plataformas digitales globales en el análisis de todos estos beneficios de eficiencia.

En segundo lugar, porque hablar de plataformas introduce una ambigüedad conceptual. Las plataformas digitales poseen funcionalidades muy distintas: intermediación, afiliación, suministro de bienes y servicios, aporte de logística, financiación, aceptación de sistemas de pago... Sus estructuras de mando y operativa son, igualmente, muy diferentes; no tiene la misma consideración una red

²⁰ Relaciones de Negocio a Negocio en el entorno de las Plataformas Online WCENR/300/PP/2013/FC-WIFO. Commission Staff Working Document accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament. *Final report on the E-commerce Sector Inquiry* {COM(2017) 229 final}. Commission Staff Working Document Accompanying the document

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Un sector minorista europeo adecuado para el siglo XXI Bruselas, 19.4.2018 COM(2018) 219 final.



propietaria, sometida un poder de dirección único y a procedimientos de admisión reglados por el titular, que las redes descentralizadas o las redes cooperativas abiertas.

Si nos fijamos en las operativas comerciales las diferencias son igualmente relevantes: Tenemos “*sales on line Hubs*” o redes que se limitan a ofrecer un listado de productos y servicios en venta bilateral, Intermediarios puros, frente a organizadores de mercados que estructuran la oferta y la demanda electrónica y ofrecen en grado creciente servicios complementarios (logística, servicios de pago mecanismos de reclamación y resolución de conflictos, etc.)

“Plataforma” es un concepto vacío de sentido si no se analiza la función que realiza y no se diferencia en atención al elenco de servicios que ofrece y a su posicionamiento en el mercado. Lo que nos ha demostrado la aparición de las grandes plataformas digitales globalizadas es que la dimensión del mercado relevante en el entorno digital ha de ser juzgada en el campo de las funciones que desarrolla cada operador del mercado y en atención a su importancia relativa en el mercado digital como entorno diferenciado de los mercados territoriales tradicionales.

Los estudios de la Comisión afirman que el 68% de los mercados electrónicos son de pura intermediación, pero también que estos no son los de mayor volumen de ventas. Se observa un predominio progresivo y en rápida evolución de los mercados electrónicos no meramente intermediarios, en los que se ofrecen servicios multifuncionales y en los que cada vez más, el organizador del mercado o plataforma digital es competidor de los proveedores afiliados al sistema. Se impone en definitiva un dominio de las plataformas con titular único, con sistema de afiliación sometido a las condiciones del titular y a la vez competidor del afiliado, como es el caso en los GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) y BATX (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi).

En atención a estas consideraciones, no es de extrañar que tanto la UE en su proyecto de reforma de DMA y DSA como los EEUU en su proyecto de reforma de la Sherman Act²¹ hayan reorientado la determinación del mercado relevante a la noción de los “gatekeepers” o empresas “guardianas de acceso” o a la del monopsodio, reconociendo la realidad de que algunas compañías han adquirido una posición de dominio propia en un entorno diferenciado o que en todo caso, se han convertido en actores relevantes en la competencia en el entorno digital y promueven efectos de alcance general.

3. Riesgos de las plataformas digitales globalizadas

A lo largo de la reciente historia de las plataformas digitales son muchas las denuncias que se han formulado contra las mismas por la comisión de posibles

²¹ “Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021”, 117TH Congress. 1ST Session, SIL21191 6C1.

abusos de posición, comisión de prácticas desleales o participación en conductas constitutivas de barreras de mercado. Entre ellas:²²

- La imposición de canales de distribución
- La restricción geográfica de ventas
- La imposición de restricciones al uso de la propia web a los proveedores afiliados
- La restricción publicitaria o a las promociones de ventas o la imposición de políticas publicitarias como condición de afiliación
- La restricción al uso de comparadores de precios
- La utilización abusiva de algoritmos de fijación de precios o de seguimiento a las políticas de promoción y competencia de los afiliados que redundaban en un pinzamiento de márgenes comerciales de los afiliados competidores.
- La restricción a la admisión de sistemas de pago distintos de los ofrecidos por la plataforma (con la evidente apropiación de costes marginales por la desviación de fondos a las compañías seleccionadas por la plataforma)
- Prácticas de dominio como la discriminación de precios, pinzamiento de márgenes comerciales (margin squeeze), negativas a contratar, imposición de contratos vinculados, priorización de ofertas propias o del grupo empresarial, precios predatorios, uso abusivo de las cláusulas de fidelización o lealtad.²³
- Y como último capítulo la posible utilización abusiva de la información aportada al sistema en beneficio del titular de la red como competidor y en perjuicio de proveedores afiliados y consumidores

La práctica totalidad de estas conductas ha dado lugar a algún procedimiento en Europa o en Estados Unidos y algunos de dichos procedimientos alcanzaron notoriedad, como el caso de Amazon Book (2015),²⁴ o Google shopping (2017)²⁵

²² Para un muestrario completo junto a los documentos de trabajo de la Comisión ya citados, es oportuno el Informe Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary (2020), Investigation of competition in digital markets: majority staff report and recommendations. Igualmente, OECD (2018) *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Págs. 203 y ss. Enlace disponible en Bibliografía.

²³ Véase Herrero Suárez, C. *Contratos vinculados en el Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2006.

²⁴ Fijación de conductas unilaterales en el sistema de venta de libros de Amazon. La plataforma imponía condiciones no transparentes, se arrogaba la facultad de controlar y gestionar el catálogo de productos de los proveedores o de eliminar las ofertas... Se apreció la existencia de abuso y se impuso sanción.

²⁵ Promoción preferente de los productos propios en el buscador convirtiendo a las ofertas rivales en prácticamente invisibles (aparecían en la cuarta página de búsqueda). Se impuso sanción. Para seguir el procedimiento: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, Brussels, 10 November 2020. Informe final del consejero auditor, [Asunto AT.39740 — Búsqueda de Google (Shopping)] (2018/C 9/07). Case AT.39740, Google Search (Shopping), C(2017) 4444 final. Antitrust Procedure, Council Regulation (EC) 1/2003, Article 7 Regulation (EC) 1/2003, Date: 27/06/2017.



por mencionar sólo los más mediáticos, y antecedentes de las dos últimas causas abiertas por la Comisión Europea contra Amazon (Amazon Buy box, 2019 y Amazon Data, 2020)

3.1. Amazon Buy Box y Amazon data como ejemplo de la problemática

En concreto, la apertura de expediente al sistema Amazon Buy Box revela algunos datos de interés que centran el conflicto sobre este tipo de sistemas. Buy Box es un sistema de selección de los mejores oferentes de la plataforma, los que van a recibir un posicionamiento preferente en la oferta comercial y lo que según estadísticas, monopolizan un porcentaje abrumador de las ventas totales (80%). La afiliación al sistema se consigue aceptando unas condiciones comerciales de afiliación y sobre pasando un sistema de selección en el que se asumen condiciones como un elevado coste de intermediación (21%), una política de comunicación de datos muy amplia en materia de precios y condiciones comerciales, un compromiso de capacidades de venta de gran volumen y en el que se prima la utilización del sistema logístico de la plataforma y la combinación con el sistema Prime de fidelización. Finalmente, el acceso a la Buy Box sólo está al alcance de grandes operadores con posibilidades de realizar ofertas centradas en precios con un margen de adaptación rápido y flexible.

Un somero repaso a las condiciones de admisión nos remite a algunas de las prácticas denunciadas en el apartado anterior y en concreto a conductas que pueden ser identificadas como posibles contratos vinculados,²⁶ mecanismos de apropiación de costes marginales o de pinzamiento de márgenes comerciales

En Amazon Data, se constata un “data mining” o minado de datos exhaustivo de los afiliados al sistema: la admisión a la plataforma implica la cesión de datos que de ordinario no son hechos públicos o comunicados a potenciales competidores, como el número de órdenes, entregas y unidades vendidas, los márgenes de ingreso de los vendedores, el número de visitas a las ofertas realizadas, datos de transporte y logística, datos sobre garantías, sobre el grado de ejecución y cumplimiento y sobre las reclamaciones recibidas. Si ya es obligado distinguir entre la aportación de datos voluntaria, los datos observados (los datos recopilados de manera automática de forma indirecta con perspectiva general) y los datos inferidos (aquellos que se extraen como conclusión del resto de datos obtenidos)²⁷ el problema añadido por las plataformas es que añaden los datos de entrega obligada por el condicionado de afiliación del contrato y el carácter exorbitante de alguno de ellos. Problema que a fin de cuentas también se vio en el caso Amazon Marketplace.²⁸

²⁶ Herrero Suárez, C. *Contratos vinculados... capítulo 2*

²⁷ George J. Stigler Center for the Economy and the State and the University of Chicago Booth School of Business, pág. 26, en *Committee for the Study of Digital Platforms. Market Structure and Antitrust Subcommittee* (2019).

²⁸ Caso 40.4662. https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40462

Algunos de estos datos guardan una lógica con la operativa de un mercado electrónico y sin duda pueden ser necesarios para la selección de las mejores ofertas o para la erradicación de los malos operadores, pero otros plantean algo más que dudas si consideramos que todos estos datos son integrados en algoritmos de fijación de precios para las ofertas competitivas que realiza la propia Amazon y sus empresas agregadas al sistema Prime/Buy Box. La agregación automática de datos incide a juicio de la Comisión en un tratamiento preferente de las empresas que utilizan la logística y servicios de entrega de la propia plataforma y en posibles políticas de opacamiento de las ofertas competidoras (estrategia de ahogamiento). La existencia de estas sospechas cobra mayor relieve si se tiene en cuenta que en países comunitarios como Francia o Alemania Amazon disfruta de una posición de dominio en el comercio electrónico, y que en otros Estados esté cerca de conseguirla. A la consideración de posibles abusos de la posición de dominio como la imposición de contratos ligados se une la sospecha implícita de si estaríamos ante un posible abuso explotativo de la información en sí mismo.

Y, sin embargo, la defensa de la plataforma en el análisis de adecuación a la competencia y en el análisis de eficiencia no es tan difícil:

La búsqueda de la eficiencia es un objetivo lícito, lo mismo que el derecho a competir adoptando las decisiones más válidas. Una plataforma que obtiene sus ingresos del comercio digital está obligada a intentar seleccionar las mejores ofertas basándose en datos objetivos, así como a intentar obtener los mejores márgenes de realización en términos económicos, de eficacia, de conflictividad, etc. La utilización de criterios objetivos de selección como mejor precio, mejor cumplimiento, (tiempo de ejecución, satisfacción del consumidor, índice de reclamaciones, respuesta ante reclamaciones, política de devoluciones) exige un control. Ciertamente, habrá margen a la discusión sobre qué convierte a una oferta en la mejor y a revisar los criterios de la misma frente a criterios alternativos o complementarios, como podrían ser apreciaciones de calidad frente a las de simple precio, factor de cercanía, la flexibilidad en los pagos, etc. pero todo esto es ya en sí mismo una opción de estrategia comercial.

Por otro lado, hay que comprender que la venta *on line* es un cuello de botella en sí misma. Por mucho ingenio que se derroche, toda la oferta de una plataforma con miles de productos y de operadores se concentra únicamente en una pantalla en la que pueden aparecer un número limitado de estímulos y está ya perfectamente estudiado que los consumidores, salvo interés especial, hacen un esfuerzo limitado de búsqueda. Y que todos nosotros poseemos una capacidad limitada de retención y evaluación ante la saturación de información. Competir bien implica seleccionar bien los estímulos publicitarios y promover las mejores ofertas. Y a nadie se le puede obligar a competir mal.

Tampoco es un hecho indiscutido que las plataformas sean culpables del comportamiento perezoso o fidelizado de los consumidores (*Custom Boundary*).²⁹ Ciertamente las plataformas digitales poseen una política de marketing agresiva

²⁹ George J. Stigler Center...*Study of Digital Platforms. Market Structure...*cit., págs. 34 y ss.

tendente a conseguir la captación de clientela y el mantenimiento de la misma dentro del sistema comercial y una estrategia comercial de bloqueo a potenciales competidores por el expediente de una continua extensión de los servicios ofertados a otros sectores que podrían ofrecer plataformas alternativas y mediante una estrategia de ahogamiento y adquisición de las *startups* potencialmente competidoras.³⁰ Y ello no obstante, la manifestación de vinculaciones permanentes del consumidor a los sistemas de fidelización de las plataformas digitales es en mayor medida responsable de quien otorga una vez su confianza y se desentiende de mantener un escrutinio periódico sobre la racionalidad y eficiencia de sus opciones.³¹ Nos acomodamos, y raramente comprobamos si estamos pagando sobreprecios o aceptando condiciones comerciales mejorables. La posible solución a este problema pasará por mitigar la tendencia fortaleciendo los mecanismos de identidad digital,³² restringiendo la recopilación de datos sobre los usuarios o permitiendo la extensión de los datos desagregados sobre consumo a otros comparadores, aplicaciones o redes competidoras, con el fin de equilibrar las posibilidades.³³ También habrá un campo de trabajo en la revisión del tratamiento legal al consentimiento informado, cuya utilidad en la contratación y navegación electrónica es más que discutible. El problema es que consentimos sin saber qué implicaciones y alcance tiene nuestro consentimiento. Que no podemos estar sometidos a un bombardeo constante de peticiones de consentimiento que bloquean el acceso a los servicios que se buscan. Probablemente deberemos desarrollar mejor las posibilidades que ofrece el art. 6º del RGPD que, pese a que permite el tratamiento de datos sin consentimiento por un interés legítimo, aumenta la responsabilidad del responsable del tratamiento de los datos y permite una supervisión de las agencias de protección de datos sobre el carácter legítimo y el uso leal que se hace de los datos recabados.³⁴ Subyace en el fondo otro problema que llevamos ya varios decenios intentando no abordar, el de decidir sobre la titularidad de los datos en atención a su función (no sólo a su origen) y establecer una categorización de los mismos, indicando con más precisión qué datos pertenecen al consumidor, al proveedor o empresario afiliado (ingresos, ordenes comerciales,

³⁰ En concreto, compañías como Facebook ha adquirido un total de 64 empresas competidoras o *startups* con fuerte potencial de desarrollo como estrategia de consolidación de su posición en el mercado, al tiempo que ha ido extendiendo sus servicios a sectores que el eran ajenos, como el comercio, la edición de videos, la mensajería instantánea.... De estas fusiones o adquisiciones hay que decir que todas ellas han sido aprobadas por las autoridades de la competencia y que sólo la adquisición de Wassapp ha encontrado resistencia en autoridades nacionales de la competencia como la británica o la alemana. Market Authority UK: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf). Véase, sobre la construcción del monopolio en redes de socialización el análisis del Subcommittee on Antitrust, Commercial...*Investigation of competition in digital markets...* cit. Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe especial nº 24, 2020 sobre plataformas digitales*.

³¹ Informe Subcommittee on Antitrust.... Cit.

³² Proposal for a Regulation of The European Parliament and of the Council Amending Regulation (Eu) No 910/2014 As Regards Establishing A Framework For A European Digital Identity (Sec(2021) 228 Final) - (Swd(2021) 124 Final) - (Swd(2021) 125 Final).

³³ George J. Stigler Center.... *Committee for the Study...* cit. págs.74-79.

³⁴ Gil González, E.. *Big data, Privacidad y Protección de Datos*, Agencia Española de Protección de Datos Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, págs. 61 y ss.

márgenes de beneficio), a la plataforma gestora (datos sobre realización, solvencia, garantías...) y cuáles son mixtos y han de someterse a un proceso conjunto de decisión o a un marco colectivo de acceso (datos que afecten a la prospectiva de mercado).

Desestimaré, sin embargo, algunos de los argumentos que al parecer pueden constituir parte de la línea de defensa de Amazon, como la alegación de que no posee una posición de dominio en el mercado mundial minorista, o que ofrece amparo a más de 150.000 empresas. Mercado minorista global y mercado digital son ya perfectamente diferenciables y dentro del mercado digital, el mercado de oferta bilateral de productos o servicios simples es diferenciable del que constituyen plataformas multifuncionales con un elenco de servicios combinados y también son diferenciables las plataformas puramente intermediarias de las que son simultáneamente competidoras de los oferentes. Además, un simple vistazo a las propuestas de la Digital Service Act, Digital Market Act y Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act de 2021 (USA) indican a las claras la voluntad de las autoridades de la competencia en modificar las reglas de delimitación del mercado relevante en el entorno digital o incluso de obviarlas y centrarse en la regulación ex ante de los actores considerados relevantes en el mercado.

Con más claridad aún: algunas de las conductas observadas en Amazon Buy Box o en Amazon data podrían ser calificadas como prácticas de abuso explotativo o abuso anticompetitivo desleal, de manual.

Así, la política de fijación de precios de reventa a la que obliga el sistema buy box es identificable con las prácticas de fijación de “margées arriere” ya observadas en las relaciones entre las grandes centrales de compra y los operadores minoristas en la distribución ordinaria.³⁵ La plataforma, al obligar a una constante comparativa sobre la oferta más barata y condicionar la permanencia en el sistema a una reacción inmediata opera de facto como una apropiación de costes marginales en favor del operador de la plataforma, que finalmente es quien se queda con un porcentaje fijo de las ventas realizadas y quien siempre cobra por los servicios complementarios a la venta, sobre cuyos precios no existe una presión similar.

La aplicación del algoritmo de fijación de precios a la oferta propia de la plataforma, por otro lado, juega con el conocimiento del nivel de precios de todas las ofertas competidoras y del conocimiento sobre cuáles son las ofertas que suscitan interés, lo que permite a la plataforma centrar sus esfuerzos sólo en los

³⁵ Extensamente sobre el tema en Echebarría Sáenz, M., “La distribución mayorista: proveedores, centrales de compra y centrales de intermediación” en *Los contratos de distribución*. Alonso Ledesma/Alonso Ureba/Echebarría Sáenz/Viera González.(Dir). pp. 95-162. (España): La Ley, 2010. y allí con ejemplos equiparables en el entorno no digital. Idem en FABRE, R., “Regroupements á L’Achat, Aspects techniques, droit de la concurrente et droit des sociétés” en *Juris Classeur Commercial, Contrats, Distribution*, Lexis Nexis, Vol III, 2002, Fasc. 1122. Andre, M. E. *Les contrats de la grande distribution*, Bibl dr. Entr. n° 25, Paris, Litec, 1991. *Cahiers de Droit de L’Entreprise* 1986/3. Recientemente véase: Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain.



productos rentables, en una banda de precios que por definición va a ser muy competitiva y con la facilidad de que los costes de logística, publicidad, gestión de pagos y reclamaciones que ofrece la propia plataforma son un coste marginal que redundan en beneficio propio y con el que esta vez sí, se puede jugar a abaratar los costes en beneficio propio.

Algo parecido ocurre si observamos a Amazon Data: la recopilación de los datos que permiten la selección de las mejores ofertas obedece a una lógica intachable... si no fueran datos que se entregan a un competidor que a su vez es el organizador de la oferta, de la publicidad de la colocación del producto en el entorno de la plataforma. El abuso no reside en la recopilación de la información en sí misma, tanto como en la utilización en perjuicio de los informantes al falsear el juego de la libre competencia, porque la plataforma dispone de una práctica facilitadora que elimina la incertidumbre propia de una libre competencia. Los distribuidores competidores juegan a las cartas contra el organizador del casino que, además, puede verles las cartas antes de apostar. Y aquí, difícilmente se podrían extrapolar argumentos justificativos como los que se producen en el entorno de la competencia intrabrand de las redes de distribución ordinarias, ya que ni existe una política de clientela conjunta, ni existe un reparto indirecto de los beneficios de la competencia conjunta, como en el caso de las redes de distribución ordinarias sometidas a imagen de marca común. Si el gestor de la plataforma y del sistema de afiliación no fuera un competidor, probablemente todas las conductas de minería de datos podrían encontrar una justificación en principios de eficiencia que ofrecerían ventajas o mejoras a la distribución y a los consumidores. Si la recopilación de los datos fuera categorizada en datos particulares, datos de utilización conjunta y datos de utilización general al alcance de terceros, como comparadores de precios, sin duda estaríamos ante conductas acordes a los reglamentos comunitarios de acuerdos verticales³⁶ y de protección de datos. Pero, en el contexto en el que realiza el recabado de datos, y en atención a la utilización de los mismos, es difícil no apreciar un abuso en el uso de la información.

4. Las propuestas de solución en los proyectos de regulación del paquete digital

A falta de la resolución sobre los casos Amazon e incluso del pronunciamiento orientativo de los abogados generales, disponemos ya de propuestas doctrinales concretas y de dos proyectos de regulación para los mercados y servicios digitales que podemos analizar.

Son muchas las propuestas que se han formulado para normar las plataformas digitales: dictar una regulación blanda basada en un código *Dont Do/Must Do*. Pero el debate sobre los gigantes digitales ha llegado más allá y hemos visto reverdecer la polémica sobre la necesidad de promulgar **medidas**

³⁶ Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 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

estructurales de control, como la separación de funciones de las plataformas digitales, la disgregación de los grupos empresariales o el reforzamiento de la supervisión sobre las concentraciones empresariales. Se han efectuado muchas propuestas de **medidas centradas en el consumidor**, como el fortalecimiento de las identidades digitales, el acortamiento de los plazos de contratación o la restricción en el acceso a datos no esenciales. Proliferan igualmente las propuestas de **medidas técnicas**, como la interoperabilidad forzosa entre plataformas y sistemas de comercio digital, el traslado de datos forzado entre plataformas, asegurar la neutralidad tecnológica forzosa, etc. También podemos señalar **medidas de fomento de la competencia**, como la publicidad abierta de los datos comerciales, la interoperabilidad forzada entre plataformas, la imposición de medidas de compatibilidad entre aplicaciones o sistemas de pagos, etc. Y, finalmente, **medidas de reforzamiento del control y supervisión**, como podría ser la creación de un supervisor único, la creación de deberes de comunicación de datos, la creación de mecanismos de investigación, el tratamiento automatizado de los datos de grandes operadores, etc.³⁷

En este contexto previo hemos de situar las propuestas de *Digital Service Act* (DSA) y *Digital Market Act*, (DMA) o ley de mercados digitales, que promueven un control activo de las plataformas digitales en tanto sean calificados como “*Gatekeepers*” o “guardianas de acceso”. El concepto de *gatekeeper* hace referencia a aquellas plataformas con un efecto señalado sobre la competencia practicable y que constituyan un cuello de botella en la economía digital, ya que poseen un impacto significativo en el mercado interior, una cuota de mercado relevante y una posición estable o que se prevé estable (art. 3 DMA)³⁸. La extensa recopilación de estudios realizados por la Comisión y otras instituciones europeas y norteamericanas, en resumen, constata la progresiva implantación de plataformas con un elevado grado de concentración de la oferta y de la demanda, con un comportamiento autónomo respecto a las demandas de sus proveedores afiliados, que con frecuencia se encuentran en una posición de dependencia económica.³⁹ La idea de regular las plataformas digitales guardianas, sin embargo, es una opción polémica, por cuanto implica una opción por la regulación ex ante, si bien muy limitada a propuestas sobre las que ya existe una experiencia previa. Y porque nos remite, aparentemente, a una regulación sectorial, que parecía haber sido abandonada tras la unificación de los reglamentos sobre acuerdos verticales y acuerdos horizontales en el Derecho de la competencia. Ahora bien, no es necesariamente así.

³⁷ Sobre el elenco de medidas propuestas véase Subcommittee on Antitrust... cit. Págs.. 376 y ss.

³⁸ Se presume la condición de “guardián de acceso” (art. 3.2 DMA) a las compañías que facturen 6.500 millones en los últimos tres años fiscales o donde la media de capitalización del Mercado o valor estimado de Mercado alcanza los 65.000 millones en el último año financiero, siempre que preste servicio en un mínimo de tres Estados miembros. O bien cuando provee de servicio a más de 45 millones de usuarios mensuales establecidos en la Unión y a más de 10.000 negocios activos establecidos en la Unión en el último año fiscal.

³⁹ Europa-EU Competition Consultations. *Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the New Competition Tool*, 2020.



El concepto de “gatekeeper”, de hecho es multifuncional pues comprende, entre otras, tanto a las plataformas de servicios de intermediación, como a las plataformas de servicios de búsqueda, intercambio de contenidos digitales, servicios en nube, provisión de servicios o plataformas de venta de productos, así como cualquiera de sus combinaciones, pues esta es otra característica común a muchas plataformas “guardianas de acceso”; la tendencia a la multifuncionalidad expansiva. La diferenciación entre DMA y DSA en realidad sólo se realiza en relación a sus objetivos, ya que la DMA se centra en los posibles desequilibrios económicos derivados de las posibles prácticas desleales de los guardianes, mientras la DSA aborda de manera más específica la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos de terceros y los riesgos para los usuarios de unas obligaciones de diligencia asimétricas en el aporte de contenidos a la sociedad de la información. Pero en ambos casos, el carácter sectorial es discutible desde el momento en que se regulan plataformas con funciones múltiples y de hecho parcialmente coincidentes muchas veces con otras regulaciones sectoriales o básicas, como ocurre con la Directiva sobre servicios de la información y del comercio electrónico, la Directiva general de servicios o con regulaciones nacionales sectoriales sobre plataformas dedicadas a la intermediación inmobiliaria, de servicios turísticos, etc. Una plataforma guardiana, de facto, puede superponer sus actividades con regulaciones sectoriales definidas previamente, en un concurso de regulación en que se deberá dar primacía a la regulación más específica y pertinente si se produce un conflicto regulatorio.

Por otro lado, la propuesta de DMA y DSA es una propuesta acotada por tamaño o relevancia, pues no se aplica, en teoría, a quienes queden por debajo del umbral del art. 3º. Plataformas con idénticas funciones pero de distinto alcance en el mercado se someterán pues a un régimen diferenciado de supervisión y control.

Con la DMA y DSA, por otro lado, la Comisión europea ha optado por establecer un marco flexible de obligaciones destinadas a ser revisadas e incluso dialogadas en su implementación con las plataformas. Las propuestas se limitan a intentar identificar un listado de prácticas consideradas especialmente lesivas, sobre las que ya existe experiencia previa, y sobre las que se considera a la luz de los estudios, que las herramientas actuales del Derecho de la competencia, y en especial la aplicación individualizada del art. 102 TFUE es insuficiente, pues, de hecho, buena parte de los problemas se dan más por la especial situación deslealtad o dependencia económica que por el abuso de una posición de dominio.⁴⁰ La DMA en definitiva no es necesariamente una concreción del régimen del abuso de posición dominante, aunque la situación concorra con frecuencia, pues una vez se sobrepasa los umbrales de definición de una plataforma como guardiana no se entra a considerar su posición en el mercado relevante o a comprobar si existe en efecto una posición de dominio. Y porque buena parte de sus propuestas son enmarcables con más propiedad en el elenco de los actos desleales con repercusión en la

⁴⁰ Europa EU Consultations. Factual summary of the contributions... cit.

competencia. Se parte pues del principio de que la normativa antitrust es complementaria porque en sí misma no es suficiente para controlar el fenómeno.⁴¹

Se pretende pues, establecer un marco legal claro y no ambiguo en las relaciones de las plataformas con los consumidores y con los proveedores afiliados al sistema y establecer mecanismos de diálogo, investigación y en su caso intervención.

Con carácter general, el paquete digital propone obligaciones de conducta positivas y negativas a estos operadores, un control dinámico y actualizado de su información, y propone remedios para quienes incurran en conductas de infracción sistemática o reiterada, lo que incluye multas de hasta el 10% del volumen de negocio mundial, multas periódicas de hasta el 5% de la cifra de negocios diaria y todavía remedios adicionales para el incumplidor sistemático o reincidente, que incluyen la imposición de medidas estructurales (venta de unidades empresariales, separación de funciones, etc.) como opción final. No consta intento alguno de crear una supervisión unificada y queda en situación de incertidumbre, más bien para un posible desarrollo futuro, la imposición de un control automatizado de datos o el cruce datos con el de otros supervisores, como el control cruzado de datos financieros (propuesta de reglamento MICA).

4.1. Obligaciones de los Gatekeepers o guardianes de acceso, con implementación inmediata: el código de obligaciones positivas y negativas

El núcleo más trascendental de la propuesta reside en sus arts. 5 y 6 en los que se establecen obligaciones de implementación inmediata (art. 5) y obligaciones susceptibles de posterior desarrollo e implementación (art. 6), creando de facto un código de obligaciones positivas y negativas *dont do/must do*,

4.1.1. Las obligaciones positivas

Entre los distintos mandatos que recoge la DMA podemos agrupar como obligaciones positivas:

1. Permitir a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso (art. 5.1 b DMA). Precepto que probablemente tiene origen en Amazon Books,⁴² o en el enjuiciamiento de los sistemas de reserva automatizados

⁴¹ Una visión resumen a través de los hearings del Congreso americano en Kimmelman, G./SLAIMAN, C. “Why Antitrust Alone Is Not Enough? Only Regulation Can Jumpstart Competition in Big Tech. *Fortune*, July 16, 2019

⁴² Coincidiendo y siguiendo a Vezzoso, S. “The proposed digital Market Act What Kind of regulatory Animal is it?” (disponible en web, Bibliografía)

Case AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon)



de los hoteles⁴³. Se intenta con ello que la diversificación de las ofertas sea una realidad y promover una competencia practicable, al permitir a los proveedores mantener una vida comercial propia fuera de los dictados de la plataforma. Se pretende con ello asegurar una accesibilidad a las ofertas de los competidores del sistema o a un uso complementario de los servicios de la plataforma y de sus competidores que evite la actuación de la plataforma guardián como barrera de acceso al mercado.

2. Permitir a los usuarios profesionales promover ofertas para los usuarios finales adquiridos a través del servicio básico de plataforma y celebrar contratos con estos usuarios finales, independientemente de si para este fin utilizan o no los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso, y permitir a los usuarios finales utilizar y acceder, a través de los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso, a contenidos, suscripciones, prestaciones u otros elementos mediante el uso de programas de aplicación de un usuario profesional, si los usuarios finales han adquirido estos elementos a través del usuario profesional pertinente sin utilizar los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso (art. 5.1 c DMA). Mandato que probablemente nace del caso *Apple Store/music*⁴⁴ y de *Google Android*.⁴⁵ En la misma línea que el mandato anterior se ataca directamente al fenómeno del *Boundary custom* y el uso de la afiliación comercial con fines exclusivos creando potenciales barreras de acceso.
3. Proporcionar a los anunciantes y editores a los que presta servicios de publicidad, a petición de estos, información sobre el precio pagado por el anunciante y el editor, así como la cantidad o remuneración pagada al editor, por la publicación de un anuncio determinado y por cada uno de los servicios de publicidad pertinentes proporcionados por el guardián de acceso (art. 5.1 g DMA). Obligación que nacería de la experiencia de los casos *Google AdTech/Google Ad sense*.⁴⁶ Igualmente, se busca proporcionar a las empresas que publicitan en su plataforma las herramientas y la información necesaria para que los anunciantes y editores realicen su propia verificación independiente de sus anuncios alojados por el guardián. Obviamente, con la intención de que la plataforma “guardián” no se apropie en exclusiva de las política publicitaria de los proveedores

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_4392_3.pdf ,

⁴³Los llamados casos Booking, Expedia, Grupo Meliá Hotel, etc. reportados por diversas autoridades Estatales y recogidas en Report on the Monitoring Exercise Carried out in the Online Hotel Booking Sector by EU Competition Authorities. 2016.

Multa al grupo Meliá: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_302

⁴⁴ Asunto Apple Store, Apple Music (asunto 40.437)

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061

⁴⁵ https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099

⁴⁶ https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411

Para un resumen del mismo supuesto en los USA Manne/Bowman/Fruits. *The Antitrust Case Against Google's Adtech Business, Explained*: (disponible enlace en Bibliografía)

afiliados u obtenga una apropiación indebida de márgenes comerciales por la privación de dichas políticas de publicidad.

4.1.2. Las obligaciones negativas

Como **Obligaciones negativas**, por su parte, se impondría como mandatos efectivos:

1. Abstenerse de combinar datos personales procedentes de dichos servicios básicos de plataforma con datos personales de cualquier otro servicio que ofrezcan o con datos personales de servicios de terceros, y abstenerse de conectar a usuarios finales a sus otros servicios para combinar datos personales, a menos que se haya presentado al usuario final esa opción específica y este haya dado su consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 (art. 5.1 a DMA). Mandato que con probabilidad proviene de la instrucción del caso Facebook ante la autoridad alemana de competencia en 2019,⁴⁷ del caso Amazon Marketplace y de la instrucción de Amazon Data en la Comisión. Aunque la idea es clara el planteamiento es, a mi juicio, insuficiente, ya que el planteamiento olvida que la afiliación a las grandes plataformas se produce en un entorno de dominio y/o dependencia económica, por lo que recabar el consentimiento para el tratamiento de datos no es una gran barrera defensiva. La cuestión, más bien, debería residir en si los datos recabados son, necesarios y se cumple el principio de minimización de datos, si el beneficio de la minería de datos es compartido con el afiliado y en especial, si dichos datos no van a ser utilizados en un proceso de competencia contra el aportante de los datos (Amazon Buy Box). Por otro lado la experiencia nos demuestra que la recolección del consentimiento no implica un consentimiento informado en la mayoría de los casos ya que la petición se configura como condición de acceso al servicio pretendido y se interpreta mayormente con un obstáculo a la contratación o acceso al servicio.⁴⁸ La intención última de este mandato es la impedir el uso de datos no públicos del afiliado en competencia con él y evitar el abuso explotativo de información, pero la formulación no es suficientemente clara.
2. Abstenerse de impedir o restringir la presentación de reclamaciones por parte de los usuarios profesionales ante cualquier autoridad pública pertinente en relación con cualquier práctica de los guardianes de acceso (art. 5.1 d DMA). En este caso, evitando una clara vulneración de las normas de protección de los consumidores y usuarios y/o la imposición de una condición general abusiva.
3. Abstenerse de exigir a los usuarios profesionales que utilicen, ofrezcan o interoperen con un servicio de identificación del guardián de acceso en el marco de los servicios ofrecidos por los usuarios profesionales que utilicen los

⁴⁷Caso B6-22/16, disponible enlace en Bibliografía. Nota resumen en Bundeskartellamt Pressemitteilungen. Disponible enlace en Bibliografía.

⁴⁸ En este sentido véase Gil González, E. *Big data...* págs. 51 y ss.



servicios básicos de plataforma de ese guardián de acceso (art. 5.1 e DMA). La inspiración del precepto probablemente se encuentra en el mencionado caso Apple Store. Medida destinada a facilitar la permeabilidad entre plataformas y proveedores u oferentes comerciales competidores al diversificar los sistemas de identificación e impedir la afiliación masiva y obligada al sistema de la plataforma fortaleciendo el proceso de toma de dominio y de acceso al control de datos. Medida de neutralidad técnica absolutamente necesaria.

4. Abstenerse de exigir a los usuarios profesionales o a los usuarios finales que se suscriban o registren en cualquier otro servicio básico de plataforma identificado de conformidad con el artículo 3 o que cumpla los umbrales establecidos en el artículo 3, apartado 2, letra b), como condición para acceder, inscribirse o registrarse en cualquiera de sus servicios básicos de plataforma identificados de conformidad con ese artículo (art. 5.1 f DMA). Aquí el referente más inmediato probablemente sea la política de comunicación de datos promovida por Facebook tras la fusión con otras plataformas complementarias como Instagram o Wassap y el caso Google Android⁴⁹. En este caso, claramente, impidiendo el uso de los contratos ligados e indirectamente, impidiendo o restringiendo la comunicación de datos entre plataformas afiliadas al sistema del *gatekeeper* sin una demanda efectiva del consumidor o del afiliado comercial.

4.2. Obligaciones de los Gatekeepers o guardianes de acceso, susceptibles de desarrollo e implementación posterior (art. 6 DMA)

Pero estas obligaciones positivas o negativas de implementación directa para las plataformas guardianas se complementan con las establecidas en el art. 6º, que, pese a requerir un desarrollo y concreción posterior, establecen unos mandatos mínimos claramente identificables y probablemente, exigibles en aplicación directa en sus contenidos esenciales. La idea general del precepto viene a ser la de que se establecerá un diálogo con las plataformas sobre la fórmula concreta de implementación de estos mandatos, un sistema de “traje a medida”, pero el análisis de los mandatos contenidos más bien da a entender que algunas obligaciones positivas y negativas van a ofrecer un escaso margen de flexibilidad. El análisis de alguno de estos mandatos, con independencia de su concreción y desarrollo, posee un contenido mínimo esencial que, a mi entender, podrá ser interpretado y exigido como obligación de conducta mínima o en todo caso, proscibirá conductas contrarias, al señalarlas como desleales.

Así, como conductas u **obligaciones positivas** nos encontraríamos con las obligaciones de:

1. Permitir a los usuarios finales desinstalar cualquier programa de aplicación preinstalado en su servicio de plataforma básico sin perjuicio de la posibilidad de que un guardián de acceso restrinja la desinstalación de

⁴⁹ https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099

programas de aplicación preinstalados que sean esenciales para el funcionamiento del sistema operativo o el dispositivo y que, desde un punto de vista técnico, no puedan ser ofrecidos de manera autónoma por terceros (art. 6.1 b DMA). Precepto inspirado probablemente en el caso Google Android y en el conflicto Microsoft Explorer,⁵⁰ lo que nos lleva a deducir que al menos algunos mandatos mínimos en este sentido quedan perfectamente definidos y que el margen de desarrollo se circunscribirá, como mucho, a la delimitación de los sistemas operativos esenciales para el funcionamiento del sistema. Aquí puede que sea necesario un desarrollo posterior identificando los criterios que determina el carácter esencial de una aplicación para el funcionamiento del sistema operativo, pero obviamente, el mandato ya implica un campo de aplicación directa respecto a múltiples aplicaciones de software con funciones periféricas. Estaríamos como mucho ante una restricción accesoria basada en la defensa del software básico perfectamente comprensible.

2. Permitir la instalación y el uso efectivo de programas de aplicación o tiendas de programas de aplicación de terceros que utilicen, o interoperen con, sistemas operativos de dicho guardián de acceso y permitir el acceso a estos programas de aplicación o tiendas de programas de aplicación por medios distintos a los servicios básicos de plataforma de dicho guardián de acceso. No se impedirá que el guardián de acceso tome medidas proporcionadas para garantizar que los programas de aplicación o las tiendas de programas de aplicación de terceros no pongan en peligro la integridad del hardware o el sistema operativo proporcionado por el guardián de acceso; (art. 6.1 c DMA) Se pretende con ello permitir a los operadores externos a la plataforma adaptarse al funcionamiento de la misma y crear una política comercial de competencia complementaria o bien facilitar a los consumidores el uso de los servicios y ofertas de la plataforma sin necesidad de realizar una afiliación a la misma. El antecedente habría que buscarlo en los conflictos sobre los códigos fuente de las interfaces que han tenido diversas manifestaciones desde los primeros conflictos con Microsoft.
3. Aplicar condiciones generales justas y no discriminatorias de acceso para los usuarios comerciales a su tienda de aplicaciones de software designada de conformidad con el artículo 3 del presente Reglamento (art. 6 k DMA). Medida de carácter técnico destinada a impedir la creación de barreras tecnológicas de acceso al mercado. Como antecedente Apple Store.
4. Permitir a los usuarios profesionales y proveedores de servicios complementarios el acceso y la interoperabilidad con las mismas funciones del sistema operativo, el hardware o el software disponibles o utilizadas en la prestación de servicios complementarios por parte del guardián de

⁵⁰ https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39530
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_13_196



acceso (art. 6 f DMA): Obviamente con la finalidad de permitir una interoperabilidad técnica y limitar el efecto del usuario cautivo por los “costes de cambio”, entendidos estos últimos en sentido material y en sentido operativo por las dificultades de acceso.

5. Proporcionar a los anunciantes y editores, a petición de estos y de forma gratuita, acceso a los instrumentos de medición del rendimiento del guardián de acceso y a la información necesaria para que los anunciantes y editores realicen su propia verificación independiente del inventario de anuncios (Art. 6 g DMA). Media técnica destinada a facilitar los estudios de prospectiva comercial en línea con la experiencia de los casos Google Ad sense y Ad tech.
6. Proporcionará una portabilidad efectiva de los datos generados a través de la actividad de un usuario comercial o usuario final y, en particular, proporcionará herramientas para que los usuarios finales faciliten el ejercicio de la portabilidad de datos, de conformidad con el Reglamento UE 2016/679, incluido el acceso continuo y en tiempo real (art. 6.1 h DMA). Portabilidad efectiva de datos, permitiendo o facilitando el cambio de plataforma a los afiliados y a los consumidores sin una pérdida objetiva de funcionalidad y sin un coste de cambio que refuerce la fidelización de manera abusiva.
7. Permitir a los usuarios profesionales, o a terceros autorizados por un usuario profesional, el acceso y el uso efectivos, de alta calidad, continuos y en tiempo real de los datos agregados o no agregados, que se proporcionen o se generen en el contexto de la utilización de los servicios básicos de plataforma pertinentes por parte de dichos usuarios profesionales y de los usuarios finales que interactúen con los productos o servicios proporcionados por dichos usuarios profesionales; en el caso de los datos personales, permitir el acceso a estos y su utilización únicamente cuando estén directamente relacionados con el uso que el usuario final haya hecho con respecto a los productos o servicios ofrecidos por el usuario profesional de que se trate a través del servicio de plataforma básico pertinente, y si el usuario final opta por tal intercambio prestando su consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 (art. 6.1 i DMA). Se pretende con ello evitar o compensar la ventaja competitiva que otorga la minería de datos exhaustiva que realiza la plataforma, permitiendo el desarrollo de aplicaciones propias o el uso para análisis de prospectiva comercial, aplicación de algoritmos o aplicaciones de inteligencia artificial a los afiliados del sistema.
8. Permitir a terceros proveedores de motores de búsqueda en línea, a petición de estos, el acceso en condiciones justas, razonables y no discriminatorias a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones en relación con la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales en los motores de búsqueda en línea del guardián de acceso, con la obligación de anonimizar aquellos datos sobre consultas, clics y visualizaciones que

constituyan datos personales (art. 6.1 j DMA). Permitir a los motores de búsqueda un acceso razonable y no discriminatorio a los datos necesarios: se pretende con ello facilitar el uso de los comparadores y agregadores de información que permitan a los consumidores y a las empresas afiliadas un juicio adecuado sobre la adopción de sus decisiones comerciales.

9. Aplicar a los usuarios profesionales condiciones generales justas y no discriminatorias de acceso a su tienda de programas de aplicación designada de conformidad con el artículo 3 del presente Reglamento (Art. 6.1. k DMA) Nuevamente asegurar la interoperabilidad técnica como se viene defendiendo desde los primeros conflictos sobre los códigos fuente de Microsoft, o en el contencioso sobre Apple Store.

Y, nuevamente, se formulan prohibiciones y obligaciones negativas que, pese a requerir un posible desarrollo posterior, implican de facto un mandato mínimo o cuando menos establecen un criterio de interpretación sobre la lealtad de la conducta que es difícil que sea ignorado, aun sin dicho desarrollo posterior.

1. Abstenerse de utilizar, en competencia con los usuarios profesionales, cualquier dato que no sea públicamente accesible generado a través de las actividades de dichos usuarios profesionales, incluidas las de los usuarios finales de dichos usuarios profesionales, en sus servicios básicos de plataforma o proporcionado por dichos usuarios profesionales de sus servicios básicos de plataforma o por los usuarios finales dichos usuarios profesionales (art. 6.1 a DMA). Aquí, entendiendo por datos no disponibles públicamente a los datos agregados o no agregados, generados por el usuario comercial afiliado que se puedan inferir, recolectar a través de sus actividades comerciales o la de sus clientes en el uso de los servicios de la plataforma guardián. La prohibición es clara y tiene base en la posición de la Comisión en Amazon Buy Box, entre otras.
2. Abstenerse de tratar más favorablemente en la clasificación a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso o por terceros pertenecientes a la misma empresa en comparación con servicios o productos similares de terceros y aplicar condiciones justas y no discriminatorias a dicha clasificación (art. 6.1 d DMA). Nuevamente siguiendo a Google Books y otros casos similares como Google Sear (Ad sense)⁵¹. Medida claramente encaminada a regular un mínimo juego limpio de la plataforma como competidora de sus afiliados comerciales No tratar los servicios y productos ofrecidos por plataforma de manera más favorable en la clasificación, que los servicios o productos similares ofrecidos por terceros: A fin de cuentas, es una conducta prohibida como clásico abuso explotativo comprendido en el art. 102 TFUE, como posible trato comercial discriminatorio y en el caso, conducta tendente a la apropiación de márgenes comerciales derivados de los servicios propios,

⁵¹ https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411



siendo estos ingreso para la plataforma como competidora y no gasto, como lo es para el afiliado.

3. Abstenerse de restringir técnicamente la capacidad de los usuarios finales para cambiar y suscribirse a diferentes programas de aplicación y servicios accesibles mediante el sistema operativo del guardián de acceso, incluso en lo que respecta a la elección del proveedor de acceso a Internet para los usuarios finales (art. 6 e DMA). Nuevamente, una medida de neutralidad tecnológica destinada a impedir la creación de barreras de acceso por el efecto de las aplicaciones de la plataforma al extenderse entre los usuarios.

Como podemos observar, el conjunto de las disposiciones propuestas por la Comisión se encamina a salvaguardar la posibilidad de usar varias plataformas o servicios de las mismas simultáneamente. Es decir, es un ataque directo a la concepción de la plataforma “guardiana” como distribuidor “de marca” o distribuidora selectiva, con posibilidad de acogerse a la doctrina de las restricciones accesorias y a las líneas directrices de las restricciones verticales, que justificarían la eliminación de la competencia intra Brand por su sustitución por una competencia inter Brand al existir un reparto de utilidades en el interior del sistema comercial. Las plataformas digitales “guardianas” quedan así diferenciadas de los sistemas de distribución selectiva o de marca, digitales o no digitales, en los que se crea una clientela compartida o se comparten los efectos de la utilización de un sistema operativo común. Las plataformas “guardianas de acceso” quedan enmarcadas con claridad como organizadoras del mercado digital al estructurar la oferta y la demanda en el medio virtual, y como tales, se les pide una mínima neutralidad y juego limpio en relación a sus proveedores comerciales y en la relación con los restantes sistemas competidores. Estamos ante un sistema suave de control de la competencia entre la plataforma y sus afiliados.

Igualmente, las propuestas se encaminan a evitar que los consumidores se vinculen con las plataformas y sus empresas satélites en un marco cerrado o que queden atrapados por el uso de aplicaciones vinculadas en una dinámica de fidelización abusiva o en condición de usuario cautivo, por los costes (técnicos y temporales y materiales) de cambio. O por la posible pérdida de información y utilidades, derivada de la pretensión de contratar con terceros o por recurrir a otros proveedores.

Finalmente, se imponen algunas medidas básicas destinadas a promover la Interoperabilidad y a evitar la creación de barreras de acceso basadas en la superposición de criterios técnicos con la enorme expansión de las plataformas. En la pretensión de evitar que los usuarios no puedan usar o desinstalar cualquier aplicación o software se intenta evitar que la estandarización de las aplicaciones de la plataforma termine por convertirse en una barrera técnica de acceso al mercado.

Como se puede ver Digital Market Act promueve un reequilibrio de las prestaciones existentes entre las plataformas digitales y sus afiliados promoviendo conductas pro competitivas, pero, sobre todo, impidiendo la realización de conductas desleales que por su contexto pueden ser constitutivas de abuso de dependencia económica y, con bastante probabilidad, abuso de posición de dominio

en el sector del comercio digital transfronterizo o global. Lo interesante, sin embargo, es que el mandato se aplica a las plataformas guardianas sin necesidad de acreditar y probar la existencia de una posición de dominio efectiva, sólo por su relevancia como operador en el mercado digital.

4.3. El problema de la eficacia normativa de la Digital Market Act sobre las plataformas no guardianas:

Con extrema brevedad, porque el tema excede de las posibilidades de este artículo, el código de conducta que perfilan los art. 5 y 6 de la DMA para las plataformas guardianas aun nos presentan una duda razonable, la de su aplicabilidad a las plataformas digitales no guardianas que, por su dimensión o expansión no reúnen las dimensiones del art. 3º DMA.

Considero la cuestión de interés desde el momento en que los mandatos contemplados en los art. 5º y 6º son una recopilación de actos o conductas que previamente han sido sancionados por su afeción a la competencia en el mercado comunitario o expresan una definición y criterio de interpretación sobre la conducta desleal en el entorno digital. Y porque es difícil que este parámetro de conducta o si se quiere esta definición de lo correcto en el ámbito digital, no tenga una aplicación espejo en ámbitos inferiores y en concreto en la aplicación nacional de las normas de competencia y de protección frente a las conductas desleales.

Obviamente algunos mandatos de la DMA cobran sentido por la especial relevancia de la conducta de los guardianes en el mercado digital y por su afeción a objetivo de lograr una competencia practicable. En estos mandatos el tamaño importa. Aunque el tema es susceptible de un análisis más profundo y reposado este podría ser el caso de preceptos como el artículo 5.1 a, 5.1 b, 5.1 c...

Pero, cuando se señala una conducta como un riesgo para el equilibrio de las contraprestaciones, para el respeto a los derechos de los consumidores o para la defensa de la lealtad en el mercado, es difícil ponerle puertas al argumento por una simple cuestión de dimensión y queda abierta la veda para la aplicación extensiva del Reglamento en ámbitos y jurisdicciones inferiores. Este sería el caso probablemente de preceptos como el art. 5.1 d, 5.1 f...

Otros preceptos creo que darán lugar a discusiones interesantes y probablemente a soluciones divergentes entre los Estados miembros.

5. Mecanismos de control e intervención

La necesidad de establecer medidas *ex ante* en el orden europeo para conseguir un mercado digital único no ha sido una opción exenta de debate. La supervisión y cooperación entre autoridades europeas en orden a la consecución de un mercado digital comunitario ha sido objeto de oposición, aunque a la postre haya prevalecido la idea de que las grandes plataformas necesitaban una visión pan europea y requerían de medidas coordinadas en el ámbito nacional y comunitario,



así como entre los distintos supervisores. Los estudios de la Unión barajan una expectativa de incremento del comercio intracomunitario transfronterizo del 1,8% , entre 8,6 y 15,5 mil millones de euros, razón suficiente para establecer una cooperación transfronteriza entre los Estados y la Unión y mutualizar los recursos técnicos de inspección y auditoría de los sistemas de ejecución, ante la evidencia de que los recursos estatales dispersos se ven desbordados por las dimensiones del fenómeno.

El mecanismo general de cooperación, la Directiva 2000/31, pese a contemplar un marco básico de colaboración adolece, sin embargo de una definición clara de los tiempos de respuesta de las autoridades nacionales, y ha demostrado en su recorrido una preocupante ausencia de respuesta de los Estados miembros. Situación que ha llevado a muchos operadores a una desconfianza sobre el marco general aplicable al comercio digital transfronterizo y objetivamente, a una fragmentación de las respuestas estatales. Las respuestas de los Estados se han centrado principalmente en las obligaciones de plataformas e intermediarios en orden a la licitud de sus contenidos y la protección de los usuarios, pero, de hecho, ofrecen respuestas parciales y desestructuradas al fenómeno. La suma de la DMA y DSA pretende, en este sentido, ofrecer un marco uniforme de respuesta y crear sinergias entre los supervisores de la actividad comercial (nacionales y comunitarios) y los supervisores de los intermediarios de servicios (Coordinador de servicios digitales) y en su caso, si llegara a apreciarse la necesidad, con los supervisores de otros ámbitos como podría ocurrir con los supervisores financieros en un problema que aunara al tiempo práctica comercial, control de datos y medios de pago o inversión en criptoactivos, por poner un ejemplo. No se ha producido, sin embargo, la polémica que observamos en los USA sobre la conveniencia de crear un supervisor digital único, autoridad que ciertamente es difícil de concebir por la estructura de nuestros tratados y el complejo marco de competencias existente entre la UE y los Estados miembros.

Por el momento, pues, quedamos a la expectativa de la próxima proliferación de Decisiones de la Comisión sobre la implementación efectiva de los mandatos de la DMA prevista en su art. 7 y a la incoación de procedimientos (art. 18 DMA). Es una incógnita igualmente qué alcance tendrá la posibilidad de suspensión de obligaciones específicas mediando procedimiento de consultivo del art 32 o de exención por razones imperiosas de interés público (art. 9 DMA) por razones de moral pública, salud pública o seguridad pública, conceptos todos ellos y en especial el primero, susceptibles de interpretaciones muy diversas. Aún más interesante será ver qué juego de adaptación a la evolución del mercado ofrece la modificación de las medidas aprobadas mediante actos delegados (art. 10 DMA) cuando se demuestre que existe un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los usuarios profesionales y los guardianes de acceso por la que estos últimos obtengan una ventaja desproporcionada o ante la constatación de que la disputabilidad del mercado (¿competencia efectiva?) disminuye por las prácticas de los guardianes, ya que aquí se da pie a una valoración de equidad en el balance

material de las contraprestaciones contractuales por sus efectos. Ahorro al lector la duda sobre el fundamento de competencia comunitaria sobre esta materia.

Previsiones, que como puede verse, son ambiciosas y arriesgadas y para cuyo cumplimiento efectivo se confía en las investigaciones de mercado (art. 14 a 17 DMA), en un mayor control de las concentraciones en el sector (art. 12 DMA) y en una obligación de auditoría sobre las técnicas de perfilado de los consumidores a lo que habría que sumar el refuerzo de la inspección producido por la Directiva ECN en el ámbito de la competencia. Todo augura, de hecho, un previsible aumento de los mecanismos de transacción o compromisos (art. 23 DMA) como mecanismo en el que se depositará más confianza que en el efecto disuasorio de las multas previstas en los arts. 26 y ss. DMA.

6. Conclusiones

A pesar de que aún nos encontramos en un estadio temprano para definir con precisión las reglas de lealtad exigibles a las plataformas digitales, o para definir con precisión cuáles van a ser los nuevos parámetros en la definición del mercado relevante aplicable al contexto digital, creo que es posible adelantar algunas más que previsibles soluciones.

La primera es constatar que el mercado digital finalmente si va a disponer de reglas diferenciadas de las de los mercados de la distribución tradicional. Las propuestas realizadas en Europa y en EEUU implican una nueva concepción o aplicación del mercado relevante al entorno digital. En el mismo sentido, constato una apuesta decidida de la Comisión por declarar inaplicables a las plataformas digitales multifuncionales como las plataformas guardianas algunos de los criterios de exención propios de la distribución tradicional, y en especial las derivadas de la teoría de las *ancillary restraints* basadas en la protección de la marca o imagen común o en la explotación de una clientela conjunta. Tan sólo las posibles restricciones basadas en la defensa de un sistema operativo propio parecen tener opción a ser consideradas en el ulterior desarrollo del art. 6º de la propuesta. Los argumentos que han resultado válidos en sistemas de distribución como franquicias o cadenas de distribución selectiva, no parece que vayan a ser admitidos en este contexto más allá de la defensa del *software* operativo de la plataforma.

En segundo lugar, constatar que hay abusos explotativos pese a no tener propiamente acreditada una posición de dominio en el sentido del art. 102 TFUE, sino una utilización desleal de prácticas comerciales en situaciones de dependencia económica o de asimetría de poder de contratación, cerrando con ello polémicas al respecto desarrolladas en otros entornos.

Señalar que, quizás abrimos un interesante capítulo de regulación del fenómeno de la conducta desleal con trascendencia en el derecho de la competencia, cuyo alcance final es aún incierto. Por el momento, asistimos a una regulación de la dependencia económica como causa de abuso explotativo en el entorno digital.



Quizás estamos ante un elenco tímido de medidas y es previsible que se quede corto. A modo de ejemplo, las medidas propuestas se quedan en el plano más superficial de la operativa comercial de las plataformas. No hay una supervisión propia sobre el conjunto de la operativa digital, ni se contemplan las sinergias que pueden generar este tipo de plataformas en sectores del mercado sometidos a supervisiones diferenciadas; pongamos por ejemplo, por superposición de las operativas, comerciales, de tratamiento de datos y de aplicación de mecanismos financieros.

Frente a la concepción en red de los titulares de las plataformas digitales, para los que la suma de funciones se integra en un negocio único, tenemos una autoridad dividida en diversos sectores de regulación, con autoridad fragmentada y un acceso parcial a los datos que se corresponden con su ámbito de supervisión. Los mecanismos de encuesta e investigación están limitados por su formalidad y su ámbito. La colaboración entre los diversos reguladores sólo aparecerá ante la constatación de problemas de gran magnitud y está por ver en qué medida será posible esa acción coordinada. En el estadio actual, es más que previsible que los gigantes digitales continúen en su consolidación de posiciones en el mercado pese a la prohibición de algunas operativas desleales, pues disponen de un marco de actuación mucho más flexible que el de las autoridades supervisoras y su capacidad de adaptación es mucho mayor que la de sus potenciales competidores. Y porque evidentemente, su concepción de red y su adaptabilidad va muy por delante de la capacidad legislativa de la Unión Europea y de los Estados.

En este contexto, cabe plantearse cuál debería ser la estrategia legislativa de las instituciones de defensa de la competencia. Asistimos al hecho evidente de que algunas directivas quedan obsoletas con rapidez, pensemos sino en la Directiva sobre servicios de la sociedad de la información y sus desarrollos estatales. Por otro lado, establecer un consenso de mínimos que permita la promulgación de una norma es un proceso largo y trabajoso y que, para cuando ofrece algún resultado, puede estar regulando fenómenos que ya han sido abandonados o superados por los operadores del mercado (véase la propuesta de regulación de criptoactivos tomando como ejemplo la propuesta de Libra por Facebook, cuando los autores del proyecto ya lo han modificado a la vista de la propuesta inicial). Estando así las cosas, probablemente lo más sensato sea, en efecto, promulgar un reglamento con principios generales y habilitar a las autoridades para dictar actos delegados posteriores, pese al evidente riesgo de la “norma a medida” y su consiguiente inseguridad jurídica. Pero en este estadio de las cosas, y no existiendo un supervisor sectorial propio, autónomo, y con capacidad de adaptación al ritmo del mercado, quizás es lo más práctico.

7. Bibliografía

- AA.VV., Fernández Kranz, D/Merino Castillo, A. (2001), “Mercados electrónicos y problemas de información: Implicaciones para la política de competencia” en *Economía Industrial*, nº 339, Págs.. 83-93.

- AA.VV. Kimmelman, G./Slaiman, C. (2019) “Why Antitrust Alone Is Not Enough? Only Regulation Can Jumpstart Competition in Big Tech. *Fortune*, July 16.
- AA.VV. Larouche, P/de Stree, A. (2020), *Interplay between the Sector-Specific Regulation in the EU*. Disponible en Europa-Eu Competition Consultations.
- AA.VV. Manne/Bowman/Fruits. *The Antitrust Case Against Google’s Adtech Business, Explained*: <https://truthonthemarket.com/2020/09/14/the-antitrust-case-against-googles-adtech-business-explained/>.
- Anastasiadis. V. “Online Marketplace Bans: Mapping the Landscape under the -commerce Sector Inquiry”, disponible en <http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2017/3.Vyron.pdf>
- Andre, M. E. (1986) *Les contrats de la grande distribution*, Bibl dr. Entr. n° 25, Paris, Litec, 1991. Cahiers de Droit de L’Entreprise 1986/3.
- Berenguer Fuster, L. (2015), “Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de dependencia económica) en Fundación Rafael del Pino, pág. 415-436. En https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE006-016_Otras_formas_abuso_posicion_dominante-Berenguer.pdf
- Bundeskartellamt. Caso Facebook, Caso B6-22/16, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=6A5BA2E3BBFAAE15FA745D40039C679C.1_cid387?nn=3600108
- Bundeskartellamt, Resumen de prensa caso Facebook. Bundeskartellamt Pressemitteilungen. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html
- Commission Staff working document *A Digital Single Market Strategy. Analysis and Evidence*. 6-5-2015, SWD (2015) 100 Final
- Commission Staff Working Document Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *A European retail sector fit for the 21st century* { Brussels, 19.4.2018, COM(2018) 219 final }.
- Commission Staff Working Document. *Impact Assessment. Accompanying the document proposal Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo blocking and other forms of discrimination based on place of residence or establishment or nationality within the Single Market*, (COM 82016) 289 Final, Brussels 25-5-2016, SWD (2016) 173 final
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa*. COM (2016) 288 final, 25-5-2016
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Un sector minorista europeo adecuado para el siglo XXI*, Bruselas, 19.4.2018 COM(2018) 219 final.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*. Brussels, 7-12-2018, COM (2018) 795 final.
- Consejo de la Unión Europea, (2020), *Bloqueo geográfico: liberar el comercio electrónico en la UE*. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/geo-blocking/>
- Echebarría Sáenz, M., (2010), “La distribución mayorista: proveedores, centrales de compra y centrales de intermediación” en *Los contratos de distribución*. Alonso Ledesma/Alonso Ureba/Echebarría Sáenz/Viera González.(Dir). pp. 95 - 162. (España): La Ley.
- Echebarría, Sáenz M., (2014) “La responsabilidad de los organizadores de mercados electrónicos. Deberes de transparencia y lealtad aplicables a al organizador no comercializador directo” en *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, págs. 420-450.



- Europa-Eu Competition. Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by eu competition authorities. 2016. (disponible en web: https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf)
- Europa-Eu Competition consultations. *Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the New Competition Tool*, 2020.
- European Parliament study, *Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*, 2013
- Fabre, R., (2002), "Regroupements á L'Achat, Aspects techniques, droit de la concurrente et droit des sociétés" en *Juris Classeur Commercial, Contrats, Distribution*, Lexis Nexis, Vol III, Fasc. 1122.
- George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. The University of Chicago Booth School of Business. *Committee for the Study of Digital Platforms. Market Structure and Antitrust Subcommittee* (2019)
- Gil González, E. (2016), *Big data, Privacidad y Protección de Datos*, Agencia Española de Protección de Datos. Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- Herrero Suárez, C. (2006), *Contratos vinculados en el Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley.
- Katz, A. (2016) "Digital Exhaustion: North American Observations" En *Research Handbook on electronic commerce Law*. (John A. Rotchild Ed.) 136-67, págs. 1-31. Edward Elgar, disponible en Creative Commons.
- OCDE (2017), *Algorithm awareness building: Algorithms and collusion. Competition policy in the digital age*. OCDE.
- OCDE (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, disponible en www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm
- Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the committee on the judiciary (2020), *Investigation of competition in digital markets: majority staff report and recommendations*.
- Taxation and Custom Union. VAT digital single market cross border ecommerce (2017-2021).
- Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe especial n° 24, 2020 sobre plataformas digitales*.
- Velasco San Pedro, L.A., (2010), "Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia" en RCD n° n° 6, págs. 13-35.
- Vezzoso, S. "The proposed digital Market Act What Kind of regulatory Animal is it?" https://www.dropbox.com/s/sy63bly25wcleqq/Vezzoso_Malaga_presentation_DMA-animal_2.pdf?dl=0VEZOSO,
- Wifo. *Business-to-Business relations in the online platform environment*, FWC ENTR/300/PP/2013/FC.
- Wifo. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT *Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry* {COM(2017) 229 final}.
- Wish, R. *New Competition Tool: of existing competition tools aimed at Legal comparative study addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool*. Disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420573enn.pdf
- Yanes Yanes, P. (2006), Voz "Abuso Explotativo" en *Diccionario de Derecho de la competencia*, Velasco San Pedro, L. (Dir) Iustel, págs. 31-35.