

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**

*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

**MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**

*Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón*

**MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ**

*Catedrático de Derecho Procesal de la UNED*

**CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**

*Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*

**JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**

*Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**

*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*

**CONSUELO RAMÓN CHORNET**

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia*

**TOMÁS SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España*

**ELISA SPECKMAN GUERRA**

*Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM*

**RUTH ZIMMERLING**

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

**Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# DERECHO DIGITAL Y MERCADO

Directores:

**FERNANDO CARBAJO CASCIÓN**  
**M<sup>a</sup> MERCEDES CURTO POLO**

Coordinador:

**MARTÍN GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO**

**tirant lo blanch**

Valencia, 2024

- JONES AND SUFRINS, *EU Competition Law*, Octava Edición, 2023, p. 760.
- LUNDQVIST, Björn, "Regulating competition in the digital economy with special focus on platforms", en LUNDQVIST B./ GAL M., *Competition Law for the Digital Economy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2019, pp. 2-28
- MARTÍNEZ NADAL, Apollonia, "La propuesta de Reglamento de Mercados Digitales ("Digital Markets Act"): Una aproximación jurídica", en MARTÍNEZ NADAL, Apollonia (Dir.), *Plataformas digitales: Aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 115-134.
- MONTJOYE, Y., SCHWEITZER, H., CRÉMER, J., *Competition policy for the digital era*, Directorate-General for Competition, Publications Office, 2019, Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-243871593>

## *Posibilidades jurídicas de actuación frente al "self-preferencing". ¿Un escenario nuevo para un conflicto de intereses clásico?*

*Legal possibilities for action in the face of "self-preferencing".  
A new scenario for a classic conflict of interest?*

**CARMEN HERRERO SUÁREZ**

*Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid*

**RESUMEN:** El doble papel desempeñado por las plataformas tecnológicas en diversos mercados digitales, actuando simultáneamente como intermediarios y proveedores, encierra un conflicto de intereses que ha despertado el temor de que las plataformas puedan desplegar conductas tendentes a favorecer sus propios productos en detrimento de los de sus usuarios profesionales, lo que se conoce en terminología anglosajona como "self-preferencing". En este trabajo se analizan diversas posibilidades jurídicas de actuación frente a estas conductas: desde el Derecho antitrust, pasando por las soluciones regulatorias a la eventual aplicación del Derecho de la competencia desleal.

**PALABRAS CLAVE:** Reglamento Mercados Digitales, autopreferencia, plataforma, integración vertical, gatekeeper.

**ABSTRACT:** The double role played by technological platforms in various digital markets, acting simultaneously as intermediaries and providers, contains a conflict of interest that has aroused fear that the platforms may display behaviors tending to favor their own products to the detriment of those of their professional users ("self-preferencing"). In this paper, various legal possibilities of action against these behaviors are analyzed, from antitrust law, through regulatory solutions to the eventual application of unfair competition law.

**KEYWORDS:** Digital Markets Act, self-preferencing, platform, vertical integration, gatekeeper.

**SUMARIO:** I. NUEVOS MODELOS DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL EN LOS MERCADOS DIGITALES: LA ECONOMÍA DE PLATAFORMA. II. INTEGRACIÓN VERTICAL DE LAS PLATAFORMAS; DOBLE FUNCIÓN O PAPEL DE ALGUNAS DE LAS GRANDES PLATAFORMAS DIGITALES. III. POSIBILIDADES JURÍDICAS DE ACTUACIÓN FRENTE A ESTA CONDUCTA. 1. ¿Control de estructuras versus control de conductas? 2. Dificultad de aplicación del derecho antitrust. 3. Soluciones regulatorias: valoración de la DMA. 4. Y fuera del marco de la DMA: ¿conducta desleal? IV. VALORACIÓN

## I. NUEVOS MODELOS DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL EN LOS MERCADOS DIGITALES: LA ECONOMÍA DE PLATAFORMA

Los mercados digitales constituyen el nuevo sector favorito y foco de las preocupaciones de las autoridades de competencia nacionales y supranacionales. El grado de concentración alcanzado en estos mercados, con la formación y consolidación de los gigantes o colosos tecnológicos ha desatado un movimiento social y político de alerta sobre las implicaciones negativas que pueden derivarse para consumidores, agentes económicos y la economía en general, reavivándose un debate ya antiguo sobre los riesgos del poder económico privado, que extiende sus efectos perniciosos no solo al deterioro del proceso competitivo, sino también al incremento creciente de las desigualdades económicas y sociales e, incluso, a la propia afectación a la democracia política.

Si bien no son los únicos mercados con tendencia a la concentración, las especiales características de la economía digital y sus agentes, como su ubicuidad y progresiva extensión a una pluralidad de sectores, o la confianza frustrada en su capacidad

de renovación a impulsos de innovación, han determinado una respuesta sin precedentes, tanto frente a su propia configuración estructural como frente a la conducta de los grandes operadores tecnológicos, por parte de autoridades de competencia y reguladores de todas las jurisdicciones.

Cuando empieza a hablarse de economía digital este concepto era más reducido o acotado, limitándose, fundamentalmente, a las transacciones o intercambios de bienes y servicios a través del comercio electrónico. Pero la digitalización ha extendido sus fronteras alcanzando de manera disruptiva otros mercados y sectores tradicionales (turismo, industria de la información, medios de comunicación de masas, transporte, relaciones sociales...) modelando y redirigiendo la forma de hacer negocios de las empresas, la forma de interactuar con los consumidores y la estructura competitiva de estos mercados.

Aunque el potencial ámbito de la economía digital es, por tanto, enorme, en el marco del Derecho de la competencia, al hablar de mercados digitales se suele hacer referencia fundamentalmente a los siguientes: plataformas de intermediación en línea (incluyendo tiendas de aplicaciones e intermediación en otros sectores); motores de búsqueda; navegadores de Internet, redes sociales y medios de comunicación social, sistemas operativos, computación en la nube, asistentes de voz y publicidad digital<sup>1</sup>.

Una de las características definitorias de estos mercados, desde la perspectiva de su conformación estructural, es la presencia en los mismos de un nuevo tipo de empresa o modelo de negocio: las plataformas. Muchos de estos mercados suelen estar estructurados sobre la base de plataformas, encuadrándose dentro de lo que se conoce como mercados de doble o múltiple cara (*two-sided* o *multisided markets*). Estos mercados

<sup>1</sup> Vid. considerando 14, del Reglamento de Mercados Digitales (DMA).

se caracterizan por la existencia de una empresa-plataforma que pone en contacto a dos colectivos distintos (profesionales y consumidores), vendiendo u ofreciendo dos o más productos o servicios a los dos grupos de clientes, con demandas relacionadas indirectamente. En este sentido, el valor obtenido por uno de los lados de la demanda se incrementa a medida que aumenta el número de consumidores de la otra vertiente (efectos de red indirectos). Esto puede llevar a la plataforma a optar por estrategias de fijación de precios, basadas en el valor económico de los datos, que permitan subsidiar el lado más sensible al precio por parte del lado más sensible al tamaño del otro lado del mercado (estrategias *freemium*). Únicamente a través de las plataformas intermediarias podrá cada uno de los lados de la demanda acceder al otro lado, de ahí el empleo de los términos “guardianes de acceso” o “cuellos de botella” para referirse a la posición de las plataformas en estos mercados<sup>2</sup>.

Otro rasgo de los mercados digitales es la importancia que en ellos revisten los datos o la información (*Big Data*). Muchas de las plataformas basan su modelo de negocios, precisamente, en la recolección y uso comercial de los datos o informaciones personales. Los datos poseen un enorme valor desde una perspectiva estratégica porque permiten la obtención de un mejor conocimiento del cliente y realizar previsiones sobre su comportamiento lo que permite a las empresas la mejora de los productos y servicios existentes, así como la explotación de nuevas oportunidades de negocio. A su vez, la extracción de conocimiento específico posibilita la segmentación de los clientes y facilita recomendaciones o campañas publicitarias más personalizadas.

<sup>2</sup> Vid. una clasificación de los distintos tipos o categorías de mercados de doble cara, en SRNICEK, N.: *Platform Capitalism*, Polity, Cambridge, 2017, pp. 48 y ss.

Además, los datos ofrecen a quien los posee una panorámica del estado de la competencia en los mercados en los que opera. De este modo, una compañía puede detectar con mayor prontitud a rivales que pueden llegar a convertirse en una amenaza y adquirirlos cuando aún están en una fase muy incipiente de su desarrollo. Es más, como tendremos ocasión de analizar, una plataforma puede acceder a toda la información que se produce en su ecosistema, obteniendo un conocimiento superior al de sus propios usuarios profesionales de los mercados en los que estos mismos operan lo que puede incentivar o facilitar ciertas conductas que han suscitado preocupación desde la perspectiva de la competencia. Así, por ejemplo, las plataformas pueden limitar el acceso a los datos generados por los usuarios profesionales o sus clientes para disfrutar de una ventaja competitiva o utilizar información sensible generada por sus usuarios profesionales en el seno de su plataforma en su propio beneficio.

Finalmente, desde una perspectiva estructural, los mercados digitales se caracterizan por la concentración de la actividad en manos de muy pocas empresas. Diversos factores económicos explican la existencia de estas elevadas cuotas de mercado, como las economías de escala, los elevados costes fijos iniciales y, especialmente, la presencia de efectos de red directos e indirectos. Estos, si bien es cierto que pueden ser vistos como un elemento desestabilizador de posiciones de poder de mercado previas, también pueden ser un factor conducente a la concentración de los mercados y a la erección de barreras de entrada. De hecho, los mercados de doble cara suelen ser mercados altamente concentrados con características de oligopolio natural y elevados costes de entrada, como consecuencia de la necesidad de desarrollar ambos lados del mercado para poder competir. Estos mercados, además, llevan implícito un riesgo estructural ya que, en ellos se plantea el problema del único ganador (*winner takes it all*) que se suele producir cuando el valor de la red es muy alto, los costes de multiconexión

muy elevados y menor la diferenciación de la demanda entre los usuarios<sup>3</sup>.

## II. INTEGRACIÓN VERTICAL DE LAS PLATAFORMAS: DOBLE FUNCIÓN O PAPEL DE ALGUNAS DE LAS GRANDES PLATAFORMAS DIGITALES

Si bien los riesgos para la competencia asociados a las conductas y políticas de las grandes plataformas tecnológicas son muy diversos, una de las principales preocupaciones de las autoridades de la competencia se deriva, no tanto del tamaño o poder económico de la empresa en un mercado principal, sino de su conformación estructural, definida por la constitución de ecosistemas integrados por una pluralidad de servicios que giran en torno al negocio principal<sup>4</sup>. Una característica que comparten las plataformas digitales dominantes es que se han integrado en una pluralidad de líneas de negocio, incluidos los mercados que organizan o conectan, de modo que operan una plataforma y comercializan sus propios bienes y servicios en ella. El origen de esta estructura integrada puede deberse tanto al crecimiento interno empresarial como ser resultado de operaciones de concentración en los distintos mercados implicados. En cualquier caso, esta estructura coloca a la plataforma dominante en competencia directa con algunas de las empresas que dependen de ella.

Así, por ejemplo, Apple (*Apple App Store*), Google (*Google's Chrome Web Store, Cloud Marketplace, Play Store*), Windows (*Games*

<sup>3</sup> Vid. sobre las características de los mercados digitales, ERZRA-CHI/STUCKE: *Virtual Competition. The Problems and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.

<sup>4</sup> Vid. ZURIMENDI, A.: *Gigantes tecnológicos, Distribución Online y Derecho de la Competencia*, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 40 y ss.

*Store, Xbox games*), Nintendo (*Games Store*), Sony, Shopifys, etc. no solo organizan un mercado de aplicaciones o juegos sino que ofrecen en este, sus propias aplicaciones o juegos junto con los de terceros profesionales independientes. En el marco del comercio electrónico, diversas empresas como *Amazon, JD.com* o *Walmart* actúan tanto como organizadores de mercados (posibilitando a terceros vendedores la realización de transacciones con los consumidores) como vendedores, suministrando productos bajo su propio nombre.

Este doble papel desempeñado por las plataformas en diversos mercados digitales, actuando simultáneamente como intermediarios y proveedores, encierra un conflicto de intereses que ha despertado el temor de que pueda ser explotado por las plataformas para afianzar aún más su dominio, frustrar la competencia y sofocar la innovación<sup>5</sup>. La integración vertical de las plataformas tecnológicas ha desatado así las sospechas de las autoridades de competencia y el temor de que las plataformas puedan desplegar conductas tendentes a favorecer sus propios productos en detrimento de los de sus usuarios profesionales, lo que se conoce en terminología anglosajona como "self-preferencing", y en una chirriante traducción al castellano, como conductas de "auto preferencia". Estas conductas obedecerían a la doble condición de la plataforma, que habitualmente será capaz de controlar y acceder a toda la información que se produce en su ecosistema, obteniendo un conocimiento superior al de sus propios usuarios profesionales de los mercados en los que estos mismos operan.

En Europa, algunos de los casos planteados en los mercados digitales, se basan, precisamente, en la anticompetitividad de conductas de *self-preferencing*. Así, por ejemplo, el primer caso

<sup>5</sup> Vid. KHAN, L.: "The Separation of Platforms and Commerce", 119, *Columbia Law Review*, 2019, pp. 973 y ss.

contra Google, el conocido como *Google Shopping*<sup>6</sup>, en el que se le acusaba de abusar de su posición dominante en el mercado de los navegadores por favorecer sus propios servicios de comparadores de precios. Preocupaciones análogas están presentes en las acusaciones contra Apple por el uso de su mercado de aplicaciones (App store) en el que ofrece sus propias aplicaciones junto con las de terceros desarrolladores.

El *self-preferencing* constituye también el núcleo de la acusación de abuso de posición dominante planteada contra Amazon por la Comisión por la utilización por parte de la empresa de información sensible de vendedores independientes para competir contra ellos, así como por el uso de la *buy-box* y del programa Amazon Prime. Pese a que la Comisión ha aceptado, en diciembre de 2022, los compromisos de Amazon en relación a ambas investigaciones y si bien este temor de que la integración vertical pueda dar lugar a conductas de auto-preferencia está presente en todos los casos señalados, la facilidad con la que se identifica en Amazon aconseja utilizar este caso como parámetro o punto de partida para examinar si estas conductas (y estructuras) pueden realmente resultar nocivas para la competencia y, en su caso, las posibilidades de actuación desde el Derecho para eliminar o paliar los eventuales peligros, máxime teniendo en cuenta la evanescencia y, a nuestro juicio, escasa operatividad de los compromisos asumidos por la compañía.

Para poder entender el alcance de las acusaciones, es conveniente recordar brevemente el modelo de negocio de Amazon. Amazon ofrece un mercado online, *Amazon Market Place*, intermediando entre vendedores profesionales y consumidores. La empresa opera una plataforma de múltiples caras, que se caracteriza por permitir una interacción directa entre vendedo-

<sup>6</sup> Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, case AT-39740, *Google Search (Shopping)*, confirmada por el TG en Sentencia de 10 de noviembre de 2021, Case T-612/17.

res y clientes, cada uno de los cuales está unido o conectado a la plataforma. Los clientes han de abrir una cuenta en Amazon para poder acceder a la plataforma y los vendedores han de afiliarse a Amazon pagando una cantidad, que variará en función de los planes de venta, la categoría de productos vendidos y la forma en la que se realicen los pedidos.

Este tipo de plataforma es muy atractiva para las empresas comerciantes porque permite extender enormemente sus potenciales clientes, alcanzando a una audiencia que de otro modo hubiera sido imposible. La plataforma, a su vez, se apoya en estos vendedores para incrementar su valor frente a los consumidores. Aunque dependa de estos vendedores para su éxito, en la práctica, como consecuencia de los efectos de red y el control del acceso al mercado, Amazon actúa como un auténtico regulador, estableciendo -e imponiendo- las reglas de interacción. Pueden plantearse así la posibilidad de explotación abusiva de estas situaciones de dependencia económica. Las preocupaciones se incrementan cuando la plataforma actúa no solo como intermediario, sino que además compite directamente con sus vendedores profesionales ofreciendo sus propios productos en el mercado online. Este es el caso de Amazon que ha desarrollado más de veinte marcas propias como distribuidor, *Amazon Basics*, *Spotted Zebra* (ropa para niños) o *Solimo* (artículos para el hogar)<sup>7</sup>.

Las políticas empresariales de Amazon y sus estrategias comerciales no han pasado desapercibidas para las autoridades de competencia. Amazon ha sido en Europa objeto de diversos procedimientos ante la sospecha de vulneración del artículo

<sup>7</sup> Vid. REVERDIN, V.M.K.: "Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n° 3, 2021, pp. 181 y ss.

102 TFUE. En 2019 se inició la investigación aludida sobre posibles prácticas anticompetitivas derivadas del papel dual que desempeña esta compañía en el *Amazon Marketplace*, actuando simultáneamente como plataforma para la interacción entre minoristas y consumidores y como vendedor a través de su propia plataforma.

Se acusaba a Amazon de estar utilizando datos de carácter sensible de/sobre los vendedores independientes (productos que ofrecen, transacciones realizadas...) obtenidos gracias a su papel de intermediario en el Marketplace para informar sus decisiones como vendedor minorista. Al tener acceso a los datos más recientes y relevantes, puede reproducir con éxito productos, bajar sus precios y ajustar su visibilidad en la web.

A raíz de este procedimiento, la Comisión abrió una segunda investigación para explorar las prácticas de Amazon en relación con su *Buy Box*. Amazon no limita la cantidad de vendedores que pueden ofrecer un mismo producto, pero sí selecciona una única oferta que será dispuesta en la *Buy Box*, la cajita blanca en la parte derecha de la pantalla a través de la cual un consumidor puede añadir el producto elegido al carro de la compra. El 80% de las compras se realiza en Amazon a través de la *Buy Box*, por lo que ganarla es crucial para el éxito de los vendedores que actúan a través de esta plataforma. La cuestión que se planteaba era si Amazon -mediante el opaco funcionamiento de la *Buy Box*- favorece artificialmente a sus propias ofertas o las ofertas de aquellos vendedores que utilizan su sistema logístico (el denominado *Amazon FBA*).

El uso de la *Buy Box* y la política logística motivaron la sanción de la compañía en Italia<sup>8</sup> y también se están llevando a

<sup>8</sup> La *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) impuso en diciembre de 2021, una multa a Amazon de 1100 millones de euros por abuso de posición dominante en el mercado italiano, al favore-

cabo investigaciones por estas supuestas conductas de autopreferencia en Alemania, EE.UU. y Reino Unido. En este último territorio, a la investigación realizada por la CMA<sup>9</sup> (*Competition Market Authority*), se suma el anuncio de una acción colectiva multimillonaria (similar a la planteada frente a Facebook). Se acusa a la empresa de derivar a los usuarios de su sitio web y aplicación a ofertas que benefician a Amazon mientras oculta ofertas que pueden ser mejores para los consumidores mediante un algoritmo de autofavorecimiento<sup>10</sup>.

### III. POSIBILIDADES JURÍDICAS DE ACTUACIÓN FRENTE A ESTA CONDUCTA

#### 1. ¿Control de estructuras versus control de conductas?

La formación de ecosistemas con la integración vertical de las grandes plataformas tecnológicas genera inquietud y temor por el posible recurso por parte de estos operadores a prácticas de self-preferencing que puedan lesionar los intereses de los consumidores o el desarrollo del proceso competitivo en los mercados. ¿Cuáles son las posibilidades jurídicas de actuación

cer su servicio de logística entre los vendedores activos en la plataforma Amazon.it, en detrimento de los operadores competidores en dicho mercado. La sanción ha sido suspendida por el Tribunal Administrativo Regional del Lazio hasta que resuelva el Tribunal de Justicia europeo el recurso planteado por Amazon contra la legitimidad de la sanción.

<sup>9</sup> Vid. <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-amazons-marketplace>

<sup>10</sup> <https://www.hausfeld.com/en-gb/news/e-commerce-giant-amazon-faces-legal-action-for-unlawfully-favouring-its-own-product-offers/>

frente a estas conductas? Antes de intentar responder a esta cuestión, es conveniente, adelantar dos consideraciones, en relación tanto a la dificultad de delimitación de las conductas sospechosas como a la propia conveniencia de su sujeción a control jurídico.

En primer lugar, este término "self-preferencing" ha sido recientemente acuñado y utilizado por doctrina, regulador y autoridades de competencia en relación a determinadas prácticas (objeto de enjuiciamiento en procedimientos antitrust) de favorecimiento por parte de las plataformas de sus propios productos o servicios respecto de los de sus usuarios profesionales. Pero dentro de este término pueden encontrar cabida conductas discriminatorias de mayor o menor intensidad, desde formas atenuadas de dar prevalencia a los propios productos o servicios hasta negativas directivas a contratar los productos de los competidores.

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que el temor frente a conductas de autopreferencia no es unánime y que en la base de esta cuestión late el sempiterno debate sobre la necesidad o no de intervención de los poderes públicos y el posible freno a la innovación que la limitación de actuación de estas grandes empresas podría generar<sup>11</sup>.

En principio, frente a estas conductas se plantean dos posibles tipos de medidas. Una solución más radical, que atiende a la naturaleza estructural del problema y que, por tanto, parte de soluciones o remedios de esta naturaleza. En su visión más extrema, prohibiendo directamente la integración vertical de

<sup>11</sup> Vid. por ejemplo, insistiendo en los riesgos para la innovación y la eficiencia económica que podrían derivarse de un control excesivo de la conducta de las grandes plataformas tecnológicas, HOVENKAMP, E.: "Proposed Antitrust Reforms in Big Tech: What Do They Imply for Competition and Innovation?", *CPI Antitrust Chronicle*, July 2022, p.15.

las plataformas tecnológicas. Así, la legislación aprobada en India en 2019 forzó la separación de los dos tipos de negocios (intermediación y venta), obligando a empresas como Amazon o Walmart a cambiar su modelo y a dejar de vender bajo su propia marca. En EE.UU., están siendo objeto de tramitación parlamentaria las conocidas como *Anti-Tech Bills*. Una de ellas, la "*Ending platform monopolies Act*" prohíbe directamente las situaciones de integración vertical, eliminando cualquier posible conflicto de interés.

Esta prohibición estructural es minoritaria, y la mayoría de los Estados están buscando otro tipo de soluciones para contener los riesgos de la integración vertical, más centradas en el control de las conductas de la plataforma susceptibles de constituir manifestaciones de autopreferencia<sup>12</sup>. Ya hemos visto que las autoridades de competencia, como primera solución, han afilado las armas antitrust y han acusado a estas compañías de infringir las prohibiciones que vetan el abuso de posición de dominante o la monopolización de mercados.

Al margen de los casos antitrust abiertos, el 12 de octubre se ha publicado en el DOCE la versión definitiva de la Ley de Mercados Digitales o DMA que da un plazo de seis meses para que las empresas que cualifiquen como guardianas de acceso se amolden a sus exigencias y requisitos de comportamiento. Esta norma contempla específicamente las conductas de *self-preferencing*, por lo que, si se cumplen los requisitos subjetivos,

<sup>12</sup> Desde una perspectiva económica, algunos autores han analizado las posibles implicaciones de las distintas opciones de política legislativa para hacer frente a las conductas de self-preferencing e imitación sistemática de productos de competidores, defendiendo la mayor eficiencia asociada al control de estas conductas frente a la prohibición directa de integración vertical. Vid, HAGIU/TEH/WRIGHT: Should platforms be allowed to sell on their own marketplaces?, *The RAND Journal of Economics*, vol. 53, 2, 2022, pp. 297 y ss.

podría resultar aplicable en este caso, con independencia de cuál sea el resultado de los procedimientos antitrust. Este modelo regulatorio también se ha seguido en otros Estados como Alemania que lo ha aplicado a Amazon y Facebook, y está siendo valorado en otras propuestas normativas en Reino Unido y en otras de las *Anti-tech Bills* estadounidenses como: la "*American Innovation and Choice online Act*, que concede autoridad a la FTC y al DOJ para imponer sanciones civiles y órdenes de cesación frente a las "covered platform" si realizan determinadas conductas de autopreferencia tipificadas o la "*Open App. Markets Act* que intenta evitar prácticas de *self-preferencing* en el mercado de las aplicaciones informáticas<sup>13</sup>.

La participación directa de una empresa en un mercado que organiza y gestiona constituye una situación clara de conflicto de intereses y puede ser analizada también, a nuestro juicio, desde otras perspectivas jurídicas que se centran, más que en el impacto de una conducta empresarial en la estructura o resultados del mercado, en la honestidad o equidad de las transacciones, como, por ejemplo, el Derecho de la competencia desleal.

Vamos a analizar separadamente la aplicabilidad de cada uno de estos sectores del ordenamiento jurídico a la conducta concreta de utilización de datos para informar las decisiones de venta en competencia con los vendedores profesionales.

## 2. Dificultad de aplicación del derecho antitrust

Los casos contra la empresa, tanto el cerrado con compromisos por la Comisión, como otros abiertos por las autoridades de competencia nacionales, se colocan bajo el paraguas del

<sup>13</sup> Vid. HOVENKAMP, E.: "Proposed Antitrust Reforms in Big Tech: What Do They Imply for Competition and Innovation?", *cit.* pp. 10 y ss.

artículo 102 TFUE, es decir, se trata de conductas evaluadas como constitutivas de un posible abuso de posición dominante. En principio, el hecho de que una empresa se integre verticalmente, no está prohibido por las normas de competencia y la expansión de una empresa a un mercado aguas abajo tampoco constituye un acto anticompetitivo.

El problema sería la forma en la que se está llevando a cabo la expansión. La preocupación de la Comisión estaba centrada en la utilización inadecuada de los datos obtenidos de los usuarios profesionales de la plataforma -en principio, para mejorar el servicio prestado- pero, en realidad, para mejorar las propias ofertas de Amazon (de su propia marca o de la de terceros de cuya distribución se ocupa). El acceso a esa información (tendencias del mercado, valoraciones de los consumidores, características de los productos, niveles de ventas, existencia de demanda, inversiones realizadas, etc.) permite a la plataforma decidir si empezar a producir o no un determinado bien, en mejores condiciones que sus rivales y con un posicionamiento mejor en la plataforma. Información de la que no disponen el resto de vendedores que operan en el mercado lo que les coloca en una situación de desventaja competitiva.

El principal problema que plantea la aplicación del artículo 102 TFUE -o sus análogos nacionales- es que las conductas enjuiciadas no encajan netamente en los parámetros habituales de valoración desde el Derecho antitrust de la ilicitud de una práctica empresarial ni en la jurisprudencia que la aplicación de esta norma ha generado, es decir, existe un problema de delimitación del test legal o de la concreta teoría del daño *antitrust* aplicable a estas conductas.

Los eventuales efectos se producirían en un mercado distinto de aquel en el que la empresa ocupa una posición de dominio que está siendo utilizada, precisamente, para lograr esa expansión, lo que constituye una manifestación de la teoría del apalancamiento, de la palanca o *leverage theory* surgida en

EE.UU. y que, en Europa encontraría su paralelo o equivalente en la doctrina del abuso en mercados conexos.

En su versión más restrictiva esta teoría considera que determinadas prácticas empresariales son explicadas o utilizadas como instrumento de extensión del poder de monopolio de un mercado a otro. El efecto necesario de las prácticas es, por tanto, la creación de una posición de poder económico en un mercado en el que ésta no existía con anterioridad.

Ahora bien, esta no es la única acepción de la idea del *leverage*. Diversos autores dotan de contenido mucho más amplio a la figura, definiéndola como la utilización de poder en el mercado de un determinado bien para conseguir una ventaja competitiva en el mercado de un bien distinto<sup>14</sup>. Esta noción permite cubrir todos aquellos supuestos en los que la conducta empresarial, afecta al desarrollo de la competencia en un segundo mercado. Afectación que puede tener mayor o menor intensidad, englobando, desde un mero falseamiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales -con independencia de que se modifique la estructura o funcionamiento del segundo mercado- a la alteración de la estructura competitiva de este, mediante la exclusión de competidores actuales o la erección de barreras de entrada que impidan u obstaculicen el desarrollo de la competencia actual o potencial o, incluso, en su manifestación más intensa, la creación inmediata de posiciones de poder de mercado que se traduzcan en la fijación de precios supracompetitivos.

La teoría del *leveraging* más que constituir una categoría específica de conducta prohibida, ha sido utilizada como instrumento analítico en la valoración de la competitividad de determi-

<sup>14</sup> Vid. AREEDA/TURNER: *Antitrust Law*, Boston-Toronto, 1978, p. 202; CUCINOTTA: "Il regime monopolistico delle tying clauses", *Riv.dir. priv.*, núm.1, 1993, p.79.

nadas prácticas, como los acuerdos de exclusiva, la integración vertical, las políticas discriminatorias de precios, la negativa a contratar y muy señaladamente las prácticas de vinculación.

¿Encaja esta posible palanca o *leveraging* del mercado de la intermediación en el *market place* al mercado o más bien mercados de distribución online en alguna práctica específica?

Una opción es intentar valorar el poder de Amazon de dar acceso preferente a los datos solo a sus servicios afiliados como una suerte de **negativa a contratar**. Con arreglo a la jurisprudencia del TJUE para que una negativa a contratar pueda ser considerada abusiva es preciso el cumplimiento cumulativo de cuatro requisitos: 1) rechazo a proporcionar acceso a un insumo; 2) indispensabilidad de ese insumo (sí existen alternativas, aunque sean menos ventajosas, no se cumple el requisito de la indispensabilidad); 3) eliminación de la competencia en un mercado aguasabajo e 4) inexistencia de una justificación objetiva<sup>15</sup>. En el caso Amazon, se trataría de valorar si los datos, a los que no tienen acceso los competidores en el mercado de la distribución, pueden ser considerados indispensables para competir en ese mercado, y si no existe una justificación objetiva que explique que Amazon no comparta sus bases de datos con los vendedores. La aplicabilidad de esta categoría, es a nuestro juicio, extremadamente forzada. Ni los datos son indispensables para competir en el mercado minorista (en el sentido de irrePLICABILIDAD o inexistencia de alternativas razonables) ni el hecho de que Amazon se reserve para sí misma esa información elimina toda competencia en el mercado minorista. Es más, no solo es que está justificada la negativa a proporcionar dicha información, sino que además puede resultar de un imperativo normativo. La prohibición de conceder acceso a esa información puede resultar no solo directamente de la

<sup>15</sup> Vid. WHISH, R.; *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 698 y ss.

normativa en materia de protección de datos, sino también de las propias normas de competencia que sancionan el intercambio de información entre competidores.

Algún autor propone la posibilidad de examinar la conducta imputada a Amazon desde una forma particular de negativa a contratar que es el **pinzamiento de márgenes**<sup>16</sup>. Esta teoría se refiere, en principio, a los casos en los que la empresa en posición dominante aplica al producto en el mercado ascendente un precio que, en comparación con el precio que aplica en el mercado descendente no permite que ni siquiera un competidor con igual grado de eficiencia comercie de forma rentable en este mercado de forma duradera. Si bien está articulada originalmente en torno al precio, con base en la jurisprudencia europea<sup>17</sup> se defiende una interpretación más amplia de pinzamiento de márgenes, que abarcaría todos aquellos supuestos en los que la empresa dominante comercia con sus competidores aguas abajo en condiciones desventajosas, es decir, el centro no lo constituirían los precios sino en general las condiciones de acceso al insumo.

Sería necesario demostrar, entonces, que las condiciones en las que los minoristas tienen acceso a los datos de la plataforma los colocan en una situación de desventaja y producen efectos anticompetitivos.

En cualquier caso, a la hora de aplicar este test a la conducta de Amazon surgen problemas similares a los que planteaba la negativa a contratar. Si bien es posible acreditar que el acceso a los datos como consecuencia de su labor de intermediación otorga a Amazon una ventaja competitiva en el mercado minorista de la

<sup>16</sup> Vid. REVERDIN, V.M.K.: "Abuse of Dominance in Digital Markets, *cit.*" pp.191 y ss.

<sup>17</sup> Sentencia del TJUE, de 17 de febrero de 2011, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, Caso C-52/09.

que no gozan sus rivales, es necesario probar además la entidad de esta ventaja y su potencial capacidad para excluir del mercado a rivales que sean, al menos, tan eficientes, como ella.

Otra posibilidad sería no reconducir la conducta a ninguna de las categorías o abusos concretos y valorar en sí misma la **autopreferencia o el apalancamiento como una forma específica de abuso**. Esta parece haber sido la solución adoptada en el caso *Google shopping*, en el que la Comisión ha sancionado a la plataforma porque no todos los servicios de comparación de precios tenían el mismo tratamiento en el navegador. Es decir, la discriminación constituye el eje del juicio, pero sin atender a los efectos actuales o potenciales de exclusión, se prohíbe *per se*.

La decisión en el caso *Google Shopping*, refrendada por la Corte General, y otras manifestaciones de la represión de prácticas de autopreferencia por la vía del artículo 102 TFUE como, el caso *Google Android*, o las investigaciones en curso contra Apple o las planteadas en el caso Amazon, son polémicas y han desatado numerosas críticas, que acusan a esta tendencia de suponer una ruptura de la política antitrust y de tener difícil encaje en el marco actual de apreciación del daño anticompetitivo. Supondría un uso regulatorio del Derecho antitrust, que desconectado de los efectos reales de las prácticas, vendría a tratar a las empresas digitales como operadores incumbentes (*common carriers*) presentes en mercados regulados como los mercados de telecomunicaciones o transportes, imponiéndoles por la vía de una configuración lata del Derecho antitrust una obligación general de no discriminación, que vendría a suponer que las empresas no podrían utilizar esos insumos o deberían garantizar a terceros el acceso a los mismos para poder competir en condiciones de igualdad<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> IBAÑEZ COLOMO, P., insiste en esta idea de "common carrier antitrust" en diversos trabajos, vid., *inter alia*, <https://chillingcompetition.com/?s=amazon>

Obviamente, para valorar si una conducta es anticompetitiva, hay que determinar qué se entiende por lesión a la competencia, noción cambiante que ha ido experimentado distinto alcance a lo largo del tiempo. La concepción predominante actualmente en Europa y en EE.UU., con independencia de la mayor o menor flexibilidad en uno u otro sistema es que la conducta ha de tener impacto en el mercado (ya sea inmediatamente en sus resultados con la acreditación de la existencia de un incremento de los precios o una restricción de la producción, ya se mediatamente mediante un impacto significativo en la estructura de los mercados afectados). En mercados además que deben estar adecuadamente delimitados para poder apreciar los efectos de las prácticas en concreto y no sobre la base de un pretendido daño en abstracto sin proyección específica.

Por ello, el Derecho de defensa de la competencia o Derecho *antitrust* no constituye, a nuestro juicio, el instrumento más adecuado para evaluar este tipo de conductas. De hecho, esta inadecuación e insuficiencia para resolver los problemas de competencia en los mercados digitales está probablemente detrás del cierre del caso Amazon con compromisos. Con independencia de la apertura de nuevos casos y del destino de los abiertos, es la propia insuficiencia del Derecho *antitrust* la que ha determinado la búsqueda de otras soluciones, que enjuician estas prácticas desde parámetros distintos, más centrados en la lealtad, equidad o justicia en las transacciones comerciales y en la necesidad de proteger las condiciones conforme a las cuales se desarrolla la lucha concurrencial en el mercado. A esta finalidad obedecen, en nuestra opinión, las nuevas soluciones regulatorias, como la DMA o las propuestas nacionales análogas.

### 3. Soluciones regulatorias: Valoración de la DMA

La DMA o Reglamento de Mercados digitales constituye un modelo de regulación *ex ante* o control preventivo de las con-

ductas de los operadores dominantes que cumplan los requisitos cuantitativos para ser considerados “guardianes de acceso” o “gatekeepers”. La idea que informa esta norma es sujetar a control la posición de determinados operadores de los mercados digitales, las grandes plataformas tecnológicas, mediante soluciones *ad hoc* para hacer frente a situaciones percibidas como de riesgo o peligro para el desenvolvimiento de los mercados o los intereses de los consumidores y que se teme no puedan ser atendidas adecuadamente por las normas antitrust “clásicas” (por ejemplo, prácticas de *self-preferencing*, situaciones de dependencia económica; riesgo de *tipping*...).

Por lo que a la aplicabilidad de la norma a Amazon se refiere, aunque parece evidente que la aprobación de la DMA se hizo con el objetivo claro de fijar unas reglas de conducta para las grandes plataformas incluidas en el acrónimo GAFA, la empresa tiene que ser designada previamente como *gate keeper* por la Comisión. En un marco análogo, ya ha sido específicamente considerada por la autoridad alemana de competencia conforme a la sección 19 a) de su Ley de competencia como una “empresa que tiene una importancia significativa para la competencia en los mercados<sup>19</sup>”.

Es importante entender que la DMA no es un sistema de supervisión discrecional del mal comportamiento por parte de empresas con posiciones de control, como el sistema de control de abuso. Se aplica una lista específica de reglas prescriptivas y proscriptivas tan pronto como se designa a una empresa como guardián de acceso. No existe ningún requisito de uso indebido del poder de control que desencadene la aplicación de las obligaciones de conducta. Se evita así la

<sup>19</sup> Decisión disponible en: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B2-55-21.html;jsessionid=AC10ED758803AB18CD0A995FAD76FDB9.1\\_cid362?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B2-55-21.html;jsessionid=AC10ED758803AB18CD0A995FAD76FDB9.1_cid362?nn=3591568).

principal dificultad que plantea la aplicación de las normas antitrust: la DMA no condiciona su obligación a la prueba de un daño a la competencia.

Por lo que se refiere a las prácticas de *self-preferencing*, el considerando 46 de la norma alerta sobre los riesgos existentes cuando el guardián de acceso tiene una doble función, como empresa prestadora de servicios básicos de plataforma y como competidor de los usuarios profesionales en la prestación de servicios. En relación con los datos, se defiende la necesidad de “garantizar que los guardianes de acceso no utilicen datos que no sean públicos, para prestar servicios similares a los de los usuarios profesionales”. Ya en el cuerpo normativo, el artículo 6.2. recoge la obligación del guardián de acceso de “no utilizar, en competencia con los usuarios profesionales, ningún dato que no sea públicamente accesible generado o proporcionado por dichos usuarios profesionales”<sup>20</sup>. Por tanto, exactamente la misma conducta por la que estaba siendo enjuiciada Amazon bajo el artículo 102 TFUE.

En realidad, la DMA es una regulación *ad hoc*, que codifica el enfoque seguido en diversos casos *antitrust* en un intento de generalizar sus conclusiones y acelera la aplicación de remedios o soluciones mediante el establecimiento de obligaciones de comportamiento exigibles *per se* a los guardianes de acceso (mientras mantengan esa consideración). De hecho, los compromisos ofrecidos (y aceptados por la Comisión) por parte de

<sup>20</sup> Estos datos incluyen “todos los datos agregados y desagregados generados por los usuarios profesionales que puedan inferirse o recopilarse a través de las actividades comerciales de los usuarios profesionales o sus usuarios finales, entre ellos, los datos sobre los clics, las búsquedas, las visualizaciones y la voz, en los servicios básicos de plataforma pertinentes o en los servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso pertinentes, o en apoyo de tales servicios”.

la plataforma, reproducen prácticamente las obligaciones de conducta exigidas por el Reglamento<sup>21</sup>.

La DMA, para evitar el trato discriminatorio no da la opción de garantizar el acceso a la información, sino que prohíbe su utilización por la plataforma. Así, por ejemplo, en *Google shopping*, esta posibilidad estaba abierta, la decisión se limitaba a prohibir a Google un trato discriminatorio entre comparadores de precios. La DMA no prohíbe la integración vertical, pero la empresa tendrá que asegurarse de que existan barreras de información (las denominadas murallas chinas) y que ni sus empleados puedan intercambiar información ni puedan hacerlo tampoco sus algoritmos/herramientas automáticos.

Ahora sí es un *common carrier*, pero por la vía de la regulación no del Derecho de la competencia (y, en realidad, como excepción al mismo).

<sup>21</sup> Amazon se compromete a: a) no utilizar datos privados relativos a las actividades de los vendedores independientes en su plataforma, o derivados de ellas, para la actividad de Amazon como vendedor minorista; b) garantizar el tratamiento igualitario de todos los vendedores a la hora de clasificar las ofertas para la selección de la empresa designada por el sistema Buy Box, c) destacar una segunda oferta competidora a la oferta de la empresa designada por Buy Box si la segunda oferta es suficientemente diferenciada de la primera en cuanto al precio o la entrega. En ambos casos, la plataforma deberá proporcionar la misma información descriptiva y la misma experiencia de compra, d) establecer condiciones y criterios no discriminatorios para la cualificación de sus vendedores y las ofertas Prime, e) garantizar que los vendedores Prime puedan escoger libremente su transportista y negociar con ellos las condiciones del servicio. En este sentido, Amazon deberá poner los medios para que los transportistas independientes se pongan en contacto con los clientes de su plataforma, f) no utilizar para sus propios servicios logísticos información obtenida a través de Prime sobre las condiciones y el rendimiento de terceros transportistas.

#### 4. Y fuera del marco de la DMA: ¿conducta desleal?

Si la DMA no resulta de aplicación porque una empresa no cualifica o ha dejado de cualificar como *gate keeper*, existe aún otra posible vía jurídica de atención a las prácticas de auto-preferencia. Recordemos que el mercado funciona como un parámetro de determinación de la aplicabilidad del Derecho *antitrust* y marca las competencias y relaciones con otro sector del ordenamiento jurídico estrechamente relacionado con este: el Derecho de la competencia desleal.

El recurso a la competencia desleal permite introducir un elemento de equidad, *fari play*, meritocracia, etc., en la valoración de las prácticas empresariales que si bien, en algún momento histórico, sí estuvo presente en la configuración del ilícito *antitrust*, paulatinamente fue desterrado en favor de orientaciones más economicistas.

Aunque la autopreferencia no se contemple expresamente en la LDC, sí hay algunas conductas desleales específicas que pueden tener el mismo aroma, como el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (artículo 12) o los actos de imitación (artículo 11).

La cláusula general sanciona como desleal todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe. La inclusión de la buena fe como criterio de evaluación la de deslealtad de las conductas ha establecido un estándar de conducta que traza un límite al derecho subjetivo a desarrollar libremente una actividad en el mercado. ¿Qué estándar de conducta? Es desleal lo que no haría un empresario honesto. Pero no solo, en algunas conductas empresariales hay que introducir también un elemento que atiende a la gestión de negocios ajenos y a la representatividad. Es también desleal lo que no haría un representante honesto. ¿Un representante honesto entraría en competencia con su representado? ¿Un representante honesto entraría en competencia con su representado

utilizando la información o la posición que su posición de representante le confiere?

En nuestro ordenamiento encontramos numerosos supuestos en los que se tipifica el eventual conflicto de intereses que se puede plantear entre un gestor de intereses ajenos y la persona por cuya cuenta se actúa, y el establecimiento de reglas de conducta exigibles a todos los que actúan por cuenta ajena: contrato de comisión, contrato de agencia, régimen del factor previsto en el Cdec.; o el deber de los administradores de sociedades de comportarse con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal. Algún importante sector doctrinal ha defendido que las plataformas tecnológicas actúan como una suerte de agentes para sus suministradores o vendedores profesionales<sup>22</sup>. Lo que sí es indudable, es que, por ejemplo, en el caso de Amazon, la plataforma actúa como un gestor de intereses ajenos, comprometiéndose a prestar un servicio de intermediación y organización del mercado y a facilitar la colocación en este de los productos de su cliente. Para la gestión óptima de ese servicio -y como consecuencia, de su desempeño- recaba determinada información. La utilización de esa información, no para mejorar el servicio, sino para competir contra el vendedor que la presta, podría ser susceptible, a nuestro juicio, de vulnerar la legítima confianza de este, así como el deber de lealtad y de evitar el conflicto de intereses que como gestor le compete.

<sup>22</sup> Vid. AKMAN, P.: "Online platforms, agency and Competition Law: Mind the Gap", 43, *Fordham International Law Journal*, 2019, pp. 209 y ss.

#### IV. VALORACIÓN

En conclusión, es más factible frente a este tipo de conductas de autopreferencia un reproche de deslealtad que de anti-competitividad en atención a su potencial excluyente. Reproche que puede resultar de la aplicación de las normas de competencia desleal o estar ya tipificado expresamente en la DMA, si la empresa que lleva a cabo ese tipo de prácticas puede ser calificada como guardián de acceso o *gate keeper*. Estos operadores sí ocuparían una posición paralela a los incumbentes en el mercado de las telecomunicaciones. Y este es el marco adecuado para hacerlo, no el Derecho antitrust que correría, de otro modo, el riesgo de convertirse efectivamente en un sistema puramente regulatorio.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- AKMAN, P.: "Online platforms, agency and Competition Law: Mind the Gap", 43, *Fordham International Law Journal*, 2019, pp. 209 y ss.
- CHIRITA, A.: "Abuse of Global Platform Dominance or Competition on the Merits?", 33, *Loyola Consumer Law Review*, 2021, pp. 1 y ss.
- GERADIN, D./KATSIFIS, D.: "Selecting the right regulatory design for procompetitive digital regulation: An analysis of the EU, UK and US approaches", 2021, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4025419> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4025419>.
- HAGIU, A./THE, T./WRIGHT, J.: "Should platforms be allowed to sell on their own marketplaces?", *The RAND Journal of Economics*, vol. 53, 2, 2022, pp. 297 y ss.
- HOVENKAMP, E.: "Proposed Antitrust Reforms in Big Tech: What Do They Imply for Competition and Innovation?", *CPI Antitrust Chronicle*, July 2022, pp. 1 y ss.
- KHAN, L.: "The Separation of Platforms and Commerce", 119, *Columbia Law Review*, 2019, pp. 973 y ss.
- KHAN, L.: "Amazon's Antitrust Paradox", 126, *The Yale Law Journal*, 2017, pp. 710 y ss.

- MARCOS, F.: "Cese de la infracción, remoción de efectos e imposición de obligaciones estructurales y de conducta", en ROBLES (coord.): *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Comares, 2017, pp. 123 y ss.
- PETIT, N.: "The Proposed Digital Markets Act (DMA). A Legal and Policy Review", *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, Vol. 12, n.º 7, pp. 529 y ss.
- REVERDIN, V.M.K.: "Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n.º 3, 2021, pp. 181 y ss.
- SRNICEK, N.: *Platform Capitalism*, Polity, Cambridge, 2017.
- YUN, J.M.: "Vertical mergers and Integration in Digital Markets", 8, *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 2020, pp. 244 y ss.
- ZURIMENDI, A.: *Gigantes tecnológicos, Distribución Online y Derecho de la Competencia*, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021.