

DESEQUILIBRIOS DE PODER EN LOS MERCADOS DIGITALES: PLATAFORMAS Y DEPENDENCIA

POWER IMBALANCES IN DIGITAL MARKETS: PLATFORMS AND DEPENDENCE

CARMEN ESTEVAN DE QUESADA*

RESUMEN

Este artículo examina la posible aplicación de las normas legales sobre abuso de dependencia económica a las situaciones de desequilibrio de poder negociador que se producen en los mercados digitales, en los cuales un buen número de usuarios profesionales dependen de plataformas digitales quedando así expuestos a posibles abusos por parte de estas. Se centra en el análisis de la dependencia económica de los usuarios profesionales, proponiendo una metodología y criterios de análisis específicos para la valoración de esas situaciones, que tengan en cuenta las especiales características de los mercados digitales.

Palabras Clave: mercados digitales, plataformas digitales, desequilibrios de poder, dependencia económica, competencia.

ABSTRACT

This article examines the possible application of the legal rules on abuse of economic dependence to situations of imbalance of bargaining power that occur in digital markets, in which a good number of professional users depend on digital platforms and are therefore exposed to eventual abusive practices by the latter. The article focuses on the analysis of the professional users' economic dependence and proposes a specific methodology and criteria for the assessment of these situations, which take into account the special features of digital markets.

Keywords: digital markets, digital platforms, power imbalances, economic dependence, competition.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE «DEPENDENCIA ECONÓMICA» EN SU SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO TRADICIONAL.—III. PODER RELATIVO DE MERCADO Y *GATEKEEPERS*: DELIMITACIÓN.—IV. VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA EN LOS MERCADOS DIGITALES.—1. Introducción.—2. Mercados digitales y plataformas: características relevantes para el análisis de la dependencia.—2.1. Mercados digitales.—2.2. Tipos de plataformas.—3. La opción alemana: *GWB-Digitalisierungsgesetz*.—4. Metodología y criterios

* Catedrática de Derecho Mercantil (Universitat de València). Dirección de correo electrónico: *carmen.estevan@uv.es*.

de análisis de la dependencia económica en los mercados digitales.—4.1. Especialidades en la definición del mercado relevante.—4.2. Criterios de valoración de la dependencia.—4.2.1. Identificación de las posibles alternativas en el mercado relevante.—4.2.2. Valoración de la equivalencia: suficiencia y razonabilidad.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.—II. THE TRADITIONAL LEGAL-TECHNICAL CONCEPT OF «ECONOMIC DEPENDENCE».—III. RELATIVE MARKET POWER AND GATEKEEPERS: DELIMITATION.—IV. ASSESSMENT OF THE ECONOMIC DEPENDENCE IN DIGITAL MARKETS.—1. Introduction.—2. Digital markets and platforms: relevant characteristics for the analysis of dependence.—2.1. Digital markets.—2.2. Types of platforms.—3. The German option: GWB-Digitalisierungsgesetz.—4. Methodology and criteria for the analysis of economic dependence in digital markets.—4.1. Special factors in the definition of the relevant market.—4.2. Dependence assessment.—4.2.1. Identification of eventual alternatives in the relevant market.—4.2.2. Dependence assessment: sufficiency and reasonableness.—V. CONCLUDING REMARKS.—VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la segunda década del siglo XXI, varios informes han ido poniendo de manifiesto el creciente poder de mercado de las plataformas digitales y la correlativa presión a la que pueden someter a ciertos usuarios, en especial a los usuarios profesionales que necesitan establecer relaciones comerciales con ellas para acceder a sus potenciales clientes. En el año 2016 la Comisión Europea expresaba su preocupación por la posición de algunas plataformas como «puntos de entrada importantes — y a veces los principales — a ciertos mercados y datos»¹, y en los años siguientes varios informes se manifestaban en esa misma línea, refiriéndose a una posición de mercado cualificada de ciertas plataformas, con conceptos o expresiones como «estatus estratégico de mercado»², «poder de intermediación»³, *bottleneck* (cuello de botella)⁴ o *gatekeeper* (guardián o puerta de acceso)⁵. Todos estos conceptos hacen referencia a la posición de la que gozan ciertas plataformas como intermediarios necesarios situados entre los usuarios profesionales y los usuarios finales de los servicios que aquellos prestan, y a menudo se conectan expresamente con el hecho de que los usuarios profesionales (y a veces también los usuarios finales) sean dependientes de ellas⁶. En ese contexto las plataformas tienen la posibilidad de realizar ciertas conductas que pueden ser consideradas desleales, injustas o abusivas respecto de los usuarios profesionales y que, además, pueden repercutir negativamente sobre el correcto funcionamiento del mercado, perjudicando no solo a esos usuarios, sino también a los consumidores.

Esta preocupación por la dependencia de los usuarios profesionales respecto de las plataformas también se menciona expresamente en recientes iniciativas

¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA (2016), pág. 14, en lo que puede interpretarse como una primera referencia a lo que cuatro años más tarde describiría como «*gatekeepers* (guardianes o puertas de acceso) privados de los mercados, los clientes y la información [COMISIÓN EUROPEA (2020), pág. 8].

² FURMAN, COYLE, FLETCHER, MARSDEN y MCAULEY (2019), punto 1.117: «*strategic market status*», aunque también utilizan el término *gatekeeper*.

³ SCHWEITZER, HAUCAP, KERBER y WELKER (2018), págs. 42 y 66-78; CRÉMER, MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), págs. 49-50.

⁴ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS (2019), pág. 30: en concreto, «*mandatory bottleneck*».

⁵ Este es el concepto más empleado: vid. EUROPEAN COMMISSION (2017), pág. 12; HAUSEMER, RABUEL y GRAUX (2017), pág. 10; SCHWEITZER, HAUCAP, KERBER y WELKER (2018), pág. 8; FURMAN, COYLE, FLETCHER, MARSDEN y MCAULEY (2019), punto 1.117; COMMISSION «COMPETITION LAW 4.0» (2019), pág. 47; COMISIÓN EUROPEA (2020), pág. 8.

⁶ Vid. EUROPEAN COMMISSION (2017), pág. 12; SCHWEITZER, HAUCAP, KERBER y WELKER (2018), pág. 8; FURMAN, COYLE, FLETCHER, MARSDEN y MCAULEY (2019), punto 2.117; COMMISSION «COMPETITION LAW 4.0» (2019), pág. 47.

legales de la Unión Europea, como por ejemplo el Reglamento (UE) 1150/2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (en adelante, P2BR)⁷, o en la Propuesta de la Comisión Europea sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (en adelante, Propuesta DMA)⁸.

En realidad, nos encontramos ante la manifestación, en los mercados digitales, de un problema más amplio y ya conocido y tratado jurídicamente desde hace décadas: los posibles desequilibrios de poder negociador en las relaciones comerciales (o el «superior poder negociador» de una de las partes, terminología utilizada en algunas normativas) y la consiguiente posibilidad de que quienes ostentan un mayor poder en la relación contractual lleven a cabo ciertas conductas, respecto de la contraparte más débil, que pueden ser consideradas desleales o abusivas. En ocasiones estos desequilibrios de poder pueden manifestarse en situaciones de dependencia económica de los operadores débiles respecto de los fuertes⁹, situación que se toma en un buen número de ordenamientos como concepto base para controlar las posibles conductas de los operadores fuertes¹⁰.

A pesar de que en los últimos tiempos la respuesta legal al problema parece dirigirse en otras direcciones¹¹, las normas prohibitivas de los abusos de dependencia económica tienen un importante potencial para contribuir en este campo¹². En esta línea, el presente trabajo se centra en el análisis de la dependencia en los mercados digitales, como primer paso para la posible aplicación de dichas normas¹³. Comienza por analizar el concepto de «dependencia

⁷ Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (*DOUE* L 186/57, de 11 de julio de 2019): por ejemplo, en su considerando 2 donde se señala que «la creciente intermediación de las transacciones a través de servicios en línea [...] conduce a que los usuarios profesionales [...] dependan cada vez más de tales servicios para llegar a los consumidores», y el que esa dependencia puede permitir a las plataformas «actuar unilateralmente de una manera que puede ser injusta y perjudicar a los intereses legítimos de los usuarios profesionales y, de modo indirecto, también de los consumidores». También el artículo 18 menciona este problema de dependencia.

⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), Bruselas, 15 de diciembre de 2020, COM(2020) 842 final, pág. 1: «estos guardianes de acceso están afianzados y tienen una gran repercusión en los mercados digitales, así como un control sustancial sobre el acceso a los mismos, lo que conduce a que muchos usuarios profesionales dependan significativamente de estos guardianes de acceso y, en ciertos casos, da lugar a que se lleven a cabo prácticas desleales respecto de dichos usuarios profesionales. Esto también provoca efectos negativos en la disputabilidad de los servicios de plataformas básicas en cuestión».

⁹ Se ha señalado que «la existencia de un poder superior de negociación podría considerarse una clase de la que la posición de dependencia económica sería una especie»: *vid.* RUIZ PERIS (2016), pág. 37.

¹⁰ Aunque esta no es la única posible respuesta legal ante el problema: *vid.* INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2008), que analiza las respuestas legales frente a los abusos del superior poder negociador en 32 ordenamientos. Asimismo, circunscrito a la Unión Europea, *vid.* EUROPEAN COMMISSION (2014). A pesar de ello, esta opción presenta indudables ventajas en la medida en que los conceptos de «dependencia económica» por un lado, y los de «abuso», «explotación abusiva», o «deslealtad» (según los ordenamientos) por el otro, son lo bastante flexibles como para aplicarse a la variedad de escenarios que pueden presentarse en la práctica (*vid.* EUROPEAN COMMISSION (2014), pág. 101); y también porque existe una experiencia interpretativa bastante clara sobre los mismos, que facilita su aplicación.

¹¹ Hacia un enfoque regulatorio sectorial para las plataformas, cuyos máximos exponentes en la UE son los mencionados P2BR y DMA.

¹² Así también SCHWEITZER, HAUCAP, KERBER y WELKER (2018), págs. 47-59.

¹³ La doctrina que viene defendiendo la utilidad de las prohibiciones de abuso de dependencia económica para afrontar el problema de la dependencia de los usuarios profesionales respecto de las plataformas se centra mayoritariamente en el análisis de las conductas que llevan a cabo las plataformas y los eventuales problemas para construir en estos casos una teoría del daño sólida y que encaje con los postulados tradicionales del Derecho de la competencia (en su vertiente de defensa de la competencia): *vid.*, en especial, GRAEF (2019); *vid.*, también, MARTY (2020), SCALZINI (2021), TOMBAL (2020). Sin embargo, como primer paso para defender una

económica» en su formulación técnico-jurídica tradicional y por delimitar el correlativo «poder relativo de mercado» respecto del concepto de *gatekeeper* (epígrafes II y III), para a continuación proponer un marco específico de análisis de la dependencia en los mercados digitales que tenga en cuenta las especiales características de estos (epígrafe IV), y finalmente presentar algunas conclusiones (epígrafe V).

II. EL CONCEPTO DE «DEPENDENCIA ECONÓMICA» EN SU SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO TRADICIONAL

La dependencia económica y las posibles conductas abusivas o desleales que pueden darse en conexión con ella se han manifestado y estudiado especialmente en el contexto de las relaciones comerciales que se producen en la cadena de distribución¹⁴. Se trata de un tema que tiene varias aristas, que afectan tanto al Derecho de contratos como al Derecho de la competencia (y que en este último caso pueden analizarse desde la perspectiva de la competencia desleal o de la defensa de la competencia)¹⁵, y que también se ha abordado desde un punto de vista sectorial, en especial en el contexto de la cadena alimentaria¹⁶. Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, las normas dirigidas a castigar estas conductas se construyen sobre el concepto de «dependencia económica» que tiene un significado técnico-jurídico bien definido en esta rama del Derecho.

En la Unión Europea son varios los Estados miembros que cuentan actualmente con normas prohibitivas de los abusos de dependencia económica en el marco del Derecho de la competencia, ya sea en el ámbito de la defensa de la competencia o de la competencia desleal¹⁷. La opción por la vía administrativa o por la civil no es indiferente, en la medida en que el ejercicio de las acciones por competencia desleal en la jurisdicción civil puede verse dificultada de manera

eventual aplicación de este tipo de normas, es necesario analizar la situación de dependencia teniendo en cuenta, en su caso, las especialidades que presentan los mercados digitales.

¹⁴ En general sobre ese tema me remito a lo dicho en ESTEVAN DE QUESADA (2017).

¹⁵ Hay que reconocer que entre la doctrina especializada existe una cierta polémica respecto al tema de si el Derecho de defensa de la competencia tiene que ocuparse siquiera de este problema: *vid.* DI PORTO (2018), págs. 457-458.

¹⁶ En relación con los aspectos específicos de la dependencia económica en la cadena alimentaria, me remito a lo señalado en ESTEVAN DE QUESADA (2016).

¹⁷ En el primer grupo encontramos las normas de Alemania, Austria, Bélgica, Francia y Portugal; mientras que se pueden enmarcar en el segundo las de Chipre, España y Grecia. Aparte hay que mencionar la norma italiana, que tiene la peculiaridad de estar incluida en una regulación de tipo contractual, aunque puede ser invocada por la *Autorità garante della concorrenza e del mercato* en aquellos casos en que la conducta tenga «relevancia para la tutela de la competencia y del mercado». Las normas vigentes en el momento de redactar este artículo son las siguientes: Alemania (art. 20 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB); Austria [art. 4.3. *Bundsgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen* (*Kartellgesetz 2005 - KartG 2005*)]; Bélgica (art. IV.2.1 *Code de Droit économique. Livre IV - Protection de la Concurrence*); Chipre (art. 6.2 Ley de protección de la competencia de 2008); España (arts. 16.2 y 16.3 Ley 3/1991 de competencia desleal); Francia (art. 420-2 *Code de Commerce*; la referencia a la dependencia económica se ha eliminado de las normas sobre prácticas comerciales desleales entre empresas, en cuyo marco el antiguo art. 442-6 hacía referencia a la cuestión, aunque el art. 420-2 sigue haciendo una remisión a los arts. 442.1 a 442.3 de esa sección); Grecia [art. 18.a) Ley de protección de la competencia de 2008]; Italia (art. 9 *Legge de 18 giugno 1998, n. 192, di Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*); Portugal (art. 12 *Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que Aprova o novo regime jurídico da concorrência*). El caso de Bulgaria es un poco especial, ya que introduce el concepto de «dependencia económica» como uno de los criterios a tener en cuenta para determinar si existe un «superior poder negociador» cuyo abuso prohíbe el artículo 37.a de la Ley de Protección de la Competencia (para más detalles sobre la norma búlgara, *vid.* PISZCZ y JASSER (2019), págs. 50-58).

significativa por el llamado «factor miedo»¹⁸, mientras que la eventual sanción de estas prácticas en vía administrativa por una autoridad de competencia independiente (siempre que cumplan con el requisito de la afectación a la competencia) puede facilitar el inicio de estos procedimientos.

En todo caso, en la mayoría de ordenamientos el concepto de «dependencia económica» es similar, ya sea en su formulación legal expresa o en la interpretación que se ha hecho del mismo, deudoras ambas de la primera regulación sobre el tema, la norma alemana contenida en la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). Las notas fundamentales del concepto de dependencia económica en su sentido estricto técnico-jurídico pueden resumirse de la siguiente manera¹⁹.

En primer lugar, la dependencia económica es una situación que se produce en el marco de las relaciones bilaterales, concretándose en un «poder de mercado relativo» de la empresa fuerte, en el sentido de ser un poder exclusivamente sobre las contrapartes dependientes, y no sobre todos los operadores que actúan en el mercado como sucede en los casos de posición dominante. En segundo lugar, la dependencia se suele identificar en la mayoría de ordenamientos como la ausencia de una alternativa equivalente (o satisfactoria, o suficiente y razonable, según el tenor legal de las distintas normas) para que la empresa presuntamente dependiente pueda ejercer su actividad. Esta afirmación debe deslindarse a su vez en dos aspectos, a analizar de manera sucesiva: en primer lugar, hay que comprobar si existe alguna alternativa en el mercado relevante; y si ello es así, en segundo lugar, hay que valorar su «equivalencia» (o similar cualificación legal).

El primer paso conlleva la necesidad de aclarar el concepto de «alternativa», para lo cual hay que empezar por conectarlo con la referencia al «ejercicio de la actividad» de la empresa presuntamente dependiente, que ha de entenderse en relación con el tipo de relación comercial que existe entre ella y la empresa fuerte. De manera que la falta de alternativa no debe interpretarse en el sentido de que no exista ninguna otra opción en el mercado para que la empresa presuntamente dependiente pueda subsistir, sino en el sentido de que no exista ninguna otra empresa que pueda ocupar el lugar que hasta ese momento ocupaba la empresa fuerte en la relación contractual²⁰. Ello implica analizar si hay otras empresas en el mercado relevante que puedan comprar o vender los mismos bienes o servicios que compraba o vendía la empresa con poder relativo de mercado.

El segundo paso consiste en evaluar si esa alternativa puede considerarse como «equivalente», término que se suele interpretar por referencia a los conceptos de «suficiencia» y «razonabilidad» expresamente citados por la norma alemana y que el resto de normas de Derecho comparado, o bien recogen parcialmente, o bien utilizan en su interpretación aunque no los hayan incorporado a su Derecho positivo²¹. Ambos conceptos están estrechamente ligados, ya que

¹⁸ Vid. EUROPEAN COMMISSION (2014), págs. 25-32.

¹⁹ Para más detalles vid. ESTEVAN DE QUESADA (2017).

²⁰ En este mismo sentido, vid. MASSAGUER (1995), págs. 2230-2231. En la doctrina alemana, vid. MARKERT (2014), Rd 16.

²¹ El término «equivalente» se utilizó por primera vez en la primera versión de la norma francesa y se sigue utilizando en ese país para su interpretación, aunque haya desaparecido del actual tenor legal. Por su parte, las normas portuguesa y española mantienen el término (que importaron en su momento de la norma francesa). En cuanto al precepto italiano, este utiliza el término «satisfactoria» (*a priori* similar al de «equivalente»,

es su conjunción la que permite calificar la alternativa para demostrar o rebatir la alegación de dependencia económica, pero existe una importante diferencia metodológica en su análisis: mientras que el de la suficiencia es de tipo objetivo y general, el de la razonabilidad requiere un enfoque más subjetivo e individual²².

Así, al analizar la suficiencia hay que tomar como punto de partida la situación típica de la empresa presuntamente dependiente, entendiendo como tal la de una empresa que actúe en el mismo sector económico, con el mismo o similar objeto social, el mismo o similar tamaño, la misma o similar estructura de costes, el mismo o similar número de clientes o proveedores, etc. Con este punto de partida, hay que examinar si las posibles alternativas que existen en el mercado permiten a la empresa presuntamente dependiente subsistir en condiciones competitivas, centrándose esencialmente en determinar si la alternativa permite a la empresa presuntamente dependiente cubrir sus necesidades desde un punto de vista esencialmente cuantitativo²³. Pero para ello no es necesario que esa alternativa esté en disposición de adquirir o vender exactamente las mismas cantidades que la empresa fuerte. El parámetro determinante será si esas cantidades permiten o no la subsistencia en términos competitivos de una empresa en la situación típica de la empresa presuntamente dependiente.

Una vez comprobada la suficiencia de la alternativa, es necesario examinar su razonabilidad, concepto que tiene una función correctora respecto del de suficiencia²⁴. El enfoque esencialmente subjetivo del análisis de la razonabilidad implica que hay que examinar la situación en que se encuentra la empresa presuntamente dependiente en el caso concreto y las consecuencias que puede tener el uso de la alternativa, en esas circunstancias específicas, sobre su capacidad competitiva. En todo caso, a pesar de este enfoque subjetivo, hay que utilizar criterios objetivos en el análisis²⁵. En la experiencia comparada estos suelen incluir cuestiones relacionadas con las características de la alternativa, como por ejemplo sus costes, la poca fiabilidad de sus suministros o pedidos, el plazo o las condiciones en que se pueda proporcionar²⁶, aunque también pueden ser relevantes en el análisis datos relacionados con las características propias de la empresa presuntamente dependiente (como créditos u obligaciones pendientes que hagan especialmente delicada su situación

aunque la falta de aplicación de la norma no permite extraer reglas concluyentes sobre su interpretación). Finalmente, la norma belga califica la alternativa como «razonablemente equivalente y disponible» (con ulteriores detalles sobre plazos, condiciones y costes). La norma alemana, primera sobre el tema y modelo para las demás, no utiliza una expresión general de este tipo, sino que se califica la alternativa directamente como «suficiente» y «razonable».

²² Diferencia resaltada por la doctrina alemana: *vid.* MARKERT (2014) Rn. 18; RIXEN (2001), Rn. 65; NOTHDURFT (2017), Rn. 31.

²³ *Vid.* MASSAGUER (1995), pág. 2231.

²⁴ La razonabilidad no estaba en la versión original de la norma alemana, sino que fue introducido posteriormente con esta finalidad, a propuesta del comité económico del Parlamento alemán durante la tramitación de la 2.^a Novelle en 1973. La importancia de este requisito se aprecia también en las más recientes normas legales en la materia, como la belga, que introduce expresamente el criterio de la razonabilidad para la calificar la alternativa, definiendo la dependencia económica como la «ausencia de una alternativa razonablemente equivalente» (*vid.* art. I.6. 12 bis. del *Code de Droit Economique* belga).

²⁵ *Vid.* NOTHDURFT (2017), Rn. 33.

²⁶ En especial en lo que se refiere a los criterios utilizados por la jurisprudencia alemana (país que cuenta con mayor casuística sobre el tema), *vid.* RIXEN (2001), Rn. 68; NOTHDURFT (2017), Rn. 33. También merece la pena resaltar que las más recientes normas legales, como la belga, introducen expresamente algunos de estos criterios de valoración de la alternativa en su vertiente de razonabilidad (*vid.* art. I.6. 12 bis del *Code de Droit Economique* belga que hace referencia «plazo, condiciones y costes razonables»).

financiera, o los problemas internos de tipo técnico o de personal que puedan afectar a su funcionamiento).

Con esta base teórica en materia de dependencia económica, desarrollada a lo largo de los años por la doctrina, autoridades de competencia y jurisprudencia en relación con los mercados *offline*, es necesario analizar estas cuestiones de manera más específica en el contexto de los mercados digitales, a fin de concretar un marco de análisis más aquilatado para el mundo *online*. Antes de ello, se delimitará el concepto de «poder relativo de mercado» (reverso de la «dependencia económica») respecto del de *gatekeeper* establecido en la DMA, dado que este último parece presentar ciertas similitudes con el primero.

III. PODER RELATIVO DE MERCADO Y *GATEKEEPERS*: DELIMITACIÓN

Como se adelantó al inicio de este trabajo, en los últimos años varios informes han analizado la situación de desequilibrio de poder entre las plataformas y sus usuarios profesionales, refiriéndose a la posición de poder de las primeras con varias expresiones o conceptos²⁷. De todos ellos, el concepto que progresivamente se ha ido imponiendo entre la doctrina, autoridades de competencia y demás instituciones es el de *gatekeeper*, también adoptado la Comisión Europea en su Propuesta DMA dándole un sentido específico en el marco de esa regulación. Cuando esta norma entre en vigor²⁸, existirá un concepto de *gatekeeper* en el Derecho positivo de la Unión Europea aplicable en todos los Estados miembros de forma paralela, en su caso, al concepto de «poder relativo de mercado» existente en los ordenamientos que han regulado los abusos de situaciones de dependencia económica.

En términos generales, la DMA impone una amplia gama de obligaciones *ex-ante* a las empresas que prestan los llamados «servicios básicos de plataforma» y que, además, cumplen ciertos criterios para ser considerados guardianes de acceso (*gatekeepers*). Por tanto, su ámbito de aplicación subjetivo se basa en dos pilares: los servicios básicos de plataforma identificados por la norma (art. 2.2)²⁹, y los tres criterios cumulativos para ser designado guardián de acceso (art. 3.1) que se especifican a su vez mediante tres presunciones construidas sobre umbrales cuantitativos referidos al volumen de negocio, la capitalización bursátil o el valor justo de mercado, y el número de usuarios a los que se presta el servicio (art. 3.2)³⁰.

²⁷ Vid. epígrafe I, notas 2 a 5.

²⁸ En la fecha de entrega este artículo se acaba de alcanzar un acuerdo en el último trío, pero el texto definitivo de la norma todavía no es público.

²⁹ Según el Comunicado de Prensa del Consejo al finalizar el último trío, los servicios básicos de plataforma finalmente aceptados son: servicios de intermediación en línea; motores de búsqueda en línea; servicios de redes sociales en línea; servicios de plataformas de intercambio de vídeos; servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; sistemas operativos; navegadores de Internet; asistentes virtuales; servicios de computación en nube; y servicios de publicidad en línea (vid. Comunicado de prensa del Consejo, de 25 de marzo de 2022: Ley de Mercados Digitales: acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/03/25/council-and-european-parliament-reach-agreement-on-the-digital-markets-act/>).

³⁰ Los tres criterios para ser considerado guardián de acceso son: a) tener una repercusión significativa en el mercado interior; b) prestar un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a otros usuarios finales; y c) tener una posición afianzada y du-

Es claro que el concepto de *gatekeeper* y la especial situación de poder que estos ostentan en los mercados no coincide con el poder de mercado absoluto (posición dominante), tal y como se advierte en la propia DMA³¹. Sin embargo, la diferencia no es tan clara a primera vista con el concepto de poder relativo de mercado. De hecho, en la DMA se hace referencia en varias ocasiones a que los usuarios profesionales (y también los finales) no pueden acudir a servicios de intermediación en línea alternativos a los *gatekeepers*³², lo que sin duda recuerda al concepto de «ausencia de alternativa equivalente» que se utiliza en la mayoría de ordenamientos positivos que prohíben el abuso de dependencia económica para definir este último concepto. Asimismo, parte de la doctrina ha relacionado el concepto de *gatekeeper* con otros conceptos ya existentes en el Derecho de la competencia, como el «contratante obligatorio» y en particular con el «poder relativo de la demanda»³³; y algunos informes han resaltado que el concepto de *gatekeeper* guarda cierta relación con el control de la relación entre usuarios profesionales (vendedores o anunciantes) y usuarios finales³⁴, dato que conecta con el concepto de poder relativo de mercado en especial en lo que se refiere al control de los canales de distribución.

Es cierto que existe una cierta similitud entre ambos conceptos desde un punto de vista intuitivo, pero desde el punto de vista técnico-jurídico ambos son claramente diferentes, aunque vayan dirigidos a capturar una similar realidad observada en los mercados digitales. Como se explicó anteriormente, el poder relativo de mercado se configura sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados («ausencia de alternativa equivalente» de la contraparte) pero determinables gracias a una experiencia administrativa y judicial de décadas en su interpretación y delimitación. El concepto de *gatekeeper*, por su parte, está definido legalmente en base a tres criterios específicos respecto de los que se establecen presunciones basadas en datos netamente cuantitativos (art. 3 DMA), que se disocian en general de la dominancia en el mercado y en particular de la dependencia económica³⁵. Es por tanto un concepto cuantitativo, separado e independiente de la definición del mercado relevante y de la eventual posición de poder que en él se pueda ostentar³⁶. De hecho, la doctrina ha señalado que los umbrales establecidos en el artículo 3.2 DMA probablemente solo captura-

rada en sus operaciones o ser previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo. Por su parte, los umbrales cuantitativos del art. 3.2 se han concretado finalmente en los siguientes términos: haber tenido un volumen de negocios anual de, al menos, 7.500 millones de euros en la Unión Europea en los últimos tres años o una valoración de mercado de, al menos, 75.000 millones de euros y contar, al menos, 45 millones de usuarios finales mensuales y, como mínimo, 10.000 usuarios profesionales establecidos en la UE (vid. Comunicado de prensa del Consejo, de 25 de marzo de 2022: Ley de Mercados Digitales: acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/03/25/council-and-european-parliament-reach-agreement-on-the-digital-markets-act/>).

³¹ Considerando 5, que señala expresamente que los guardianes de acceso no son necesariamente dominantes en términos de Derecho de la competencia.

³² Vid. considerandos 37 (en referencia a usuarios comerciales), 42 (en referencia a anunciantes y editores) y 47 (en referencia a desarrolladores de *software*).

³³ SCHWEITZER (2021), pág. 17.

³⁴ FURMAN, COYLE, FLETCHER, MARSDEN y MCAULEY (2019), punto 1.117; STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS (2019), pág. 30.

³⁵ Como admite la propia doctrina que relaciona ambos conceptos: SCHWEITZER (2021), pág. 18.

³⁶ Lo cual no obsta para que este concepto no pueda ser utilizado como un dato más para la valoración de la dependencia económica, como parece ocurrir de la reciente práctica de alguna autoridad de competencia nacional: vid. *Bundeskartellamt*, Decisión de 17 de julio de 2019, asunto B2 - 88/18 (Online sale - Amazon), case *Summary*, pág. 10.

rán a algunas de las más importantes plataformas (las denominadas GAFAM), mientras que puede que dejen fuera a otras que ya han sido investigadas, y en ocasiones condenadas, por sus conductas respecto de usuarios profesionales dependientes de ellas³⁷.

IV. VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA EN LOS MERCADOS DIGITALES

1. Introducción

En los ordenamientos en que existe una norma prohibitiva del abuso de dependencia económica, ya sea en el ámbito de la defensa de la competencia o en el de la competencia desleal, este último concepto cuenta con una experiencia de décadas en su interpretación y aplicación. Si bien esta se ha desarrollado fundamentalmente en el marco de las redes de distribución *offline*, nada obsta para que se aplique también en los mercados digitales en relación con las conductas de las plataformas respecto de los usuarios profesionales que dependen de ellas³⁸. La dinámica de las relaciones que se producen en estos mercados entre ambos grupos de operadores guarda importantes similitudes con la que se produce en el mundo de la distribución *offline* entre los vendedores o proveedores de servicios y sus distribuidores. En su paralelo en el ámbito digital, el objeto de examen serán las relaciones entre los usuarios profesionales que ofrecen bienes o servicios a los usuarios finales (clientes) y las plataformas que actúan como intermediarios (como canales de distribución *online*)³⁹.

Para valorar correctamente una posible situación de dependencia económica en este contexto, es necesario tener en cuenta ciertas características de los mercados digitales y de las plataformas que plantean nuevos problemas o riesgos para la competencia y, consiguientemente, la eventual necesidad de un ajuste en la aplicación de las normas existentes⁴⁰.

2. Mercados digitales y plataformas: características relevantes para el análisis de la dependencia

2.1. Mercados digitales

La doctrina económica suele hacer hincapié en ciertos rasgos de los mercados digitales y de la competencia que en ellos se desarrolla, distintos de los que se dan en los mercados *offline*. Entre ellos tiene especial relevancia la tendencia

³⁷ Vid. CAFFARRA y SCOTT MORTON (2021), que señalan que plataformas como Expedia, Booking, Twitter, AirBnB, Bing, LinkedIn, Xbox Netflix, Zoom, Spotify, Uber, Bytedance/TikTok, Salesforce, Google Cloud o IBM Cloud no cumplirían los umbrales cuantitativos establecidos en la Propuesta DMA, por lo que no cabría designarlos como *gatekeepers*. Teniendo en cuenta que los umbrales finalmente acordados en los trílogos son superiores a los de la Propuesta DMA de la Comisión, este efecto se acentúa.

³⁸ Algunas autoridades nacionales de competencia ya han iniciado este camino: *vid.* por ejemplo *Bundeskartellamt*, asunto B2 - 88/18 (Online sale - Amazon) cit., pág. 10, donde la autoridad alemana señalaba que el papel significativo de Amazon en lo que se refiere al acceso a los clientes podría sostener la asunción de dependencia por parte de los vendedores online respecto de Amazon (aunque finalmente dejó la cuestión abierta).

³⁹ Varios informes señalan el papel central de las plataformas como canales de distribución en los mercados digitales: *vid.*, por ejemplo, STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS (2019), pág. 97.

⁴⁰ O incluso la adopción de nuevas normas, si las especialidades fueran lo suficientemente importantes como para requerirlo.

de los primeros al *tipping*⁴¹. En el estudio de esta cuestión se han identificado múltiples factores que fomentan esa tendencia, en especial la presencia de unos fuertes efectos de red, de elevadas economías de escala, de economías de ámbito debido al papel de los datos, de costes marginales cercanos a cero, de costes de distribución radicalmente menores que los de las empresas tradicionales, el tener un alcance global, o las limitaciones de cambio y *multihoming* por parte de los usuarios, incluyendo factores de comportamiento⁴².

Los efectos de red son, sin duda, uno de los factores más característicos de los mercados digitales y que más inciden en esa tendencia al *tipping*. Son también uno de los rasgos más característicos del modelo de negocio de las plataformas digitales. Al analizar el concepto general de efectos de red, se puede deslindar entre los efectos directos y los indirectos. En el caso de los primeros, que se producen dentro de un único grupo de usuarios que utilizan la plataforma para lo mismo, el beneficio de los usuarios aumenta cuanto más gente utilice la plataforma (efectos positivos), o se reduce cuanto menos gente lo haga (efectos negativos)⁴³. En el caso de los efectos de red indirectos, por su parte, se pueden identificar al menos dos grupos de usuarios distintos y, al menos para uno de ellos, el valor del bien o servicio que se adquiere o utiliza en la plataforma aumenta (efectos positivos) o decrece (efectos negativos) con el número de usuarios del otro. Los efectos positivos, que son los que se producen para que el modelo de negocio de la plataforma sea viable, pueden ser a su vez bilaterales o unilaterales: son bilaterales cuando los miembros de un grupo se benefician indirectamente del crecimiento de su grupo, porque eso supone un incentivo para el otro grupo de crecer también, lo cual a su vez tiene un efecto positivo en el primer grupo (como en el caso de las llamadas *matching platforms*)⁴⁴; y son unilaterales cuando solo un grupo se beneficia del crecimiento del otro y el grupo que crece no obtiene beneficio o incluso puede verse perjudicado (caso de las llamadas plataformas de audiencia o de publicidad).

Junto a los efectos de red, la otra característica fundamental del modelo de negocio de las plataformas es la adquisición y uso de los datos de los usuarios. Si se dan efectos de red positivos, el número de usuarios crece y con él aumenta también la cantidad de datos que adquiere y puede utilizar la plataforma. Ese ingente volumen de datos permite refinar, mejorar, el funcionamiento del servicio, y ello atrae a más usuarios que también proporcionan sus datos, con los que se pueden seguir mejorando el servicio, y así sucesivamente, en lo que se ha llamado un «círculo virtuoso»⁴⁵. Y no hay que olvidar tampoco que los datos tienen también un papel fundamental en la monetización del modelo de negocio de las plataformas mediante la publicidad, ya que permiten mostrar a

⁴¹ Para una de las primeras definiciones del término, *vid.* KATZ y SHAPIRO (1994), pág. 106: «*the tendency of one system to pull away from its rivals in popularity once it has gained an initial edge*».

⁴² STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS (2019), págs. 34-40; FURMAN, COYLE, FLETCHER, MARDEN y MCAULEY (2019), págs. 32-38. Algunos trabajos de la doctrina económica añaden otros factores como la existencia de servicios gratuitos, el aprendizaje mediante datos, la confianza, o las ofertas complementarias de las plataformas: *vid.* BEDRE-DEFOLIE y NITSCHKE (2020).

⁴³ Como sucede por ejemplo en las redes sociales o en las redes de telecomunicaciones, que tienen efectos de red directos positivos.

⁴⁴ Estas pueden ser a su vez transaccionales, si conectan a los usuarios de los dos grupos para que realicen la transacción (como sucede por ejemplo en las plataformas de compraventa o alquiler de vivienda, o de reservas de hoteles), o no transaccionales, si solo los ponen en contacto para que ellos interactúen, sin transacción en la plataforma (como por ejemplo las plataformas de citas).

⁴⁵ *Vid.*, por ejemplo, PRUFER y SCHOTTMÜLLER (2017), OECD (2015).

los usuarios anuncios personalizados según sus intereses, revelados por los datos de ellos recogidos. Esa personalización de la publicidad tiene un alto valor para los anunciantes, que demandan más este tipo de publicidad y consiguientemente están dispuestos a pagar más por ella. A ello cabría añadir, por último, un uso adicional de los datos que se está desarrollando en los últimos tiempos: el procesamiento de los datos denominados «excedente conductual» mediante sofisticados algoritmos, para la creación de «productos predictivos» (que puedan predecir las conductas y deseos de los usuarios finales) que son vendidos a los usuarios profesionales para que puedan dirigirse de manera anticipada y más «afinada» a sus potenciales clientes⁴⁶.

2.2. Tipos de plataformas

Al examinar los mercados digitales se observa que existe una gran variedad de plataformas, que pueden clasificarse siguiendo varios criterios⁴⁷. Se pueden adoptar clasificaciones funcionales, estructurales, por sectores económicos, por tipos de usuarios, por el tipo de datos recogidos o la finalidad para la que las plataformas los usan, o por fuentes de ingresos⁴⁸. En todo caso, la definición de una determinada taxonomía y la clasificación de las plataformas dentro de ella es una tarea compleja que, más allá de disquisiciones teóricas, solo tiene sentido si tiene alguna utilidad. Así, lo más lógico es adoptar el criterio de clasificación relevante para el objeto de estudio, y en este sentido se ha señalado que para un análisis concurrencial es conveniente poner el foco en los aspectos relacionados con el poder de mercado y, en concreto, en el hecho de que las plataformas proporcionan servicios de intermediación que permiten una interacción directa entre dos o más grupos de usuarios conectados por efectos de red indirectos⁴⁹.

Desde ese punto de vista se pueden distinguir como categorías más relevantes las *matching platforms* (a su vez transaccionales o no-transaccionales) y las plataformas de publicidad o de audiencia. Ambos tipos se caracterizan por tener unos importantes efectos de red indirectos, ya sean bilaterales (caso de las *matching platforms*) o unilaterales (caso de las plataformas de publicidad). Se ha señalado también⁵⁰ que la preocupación, desde el punto de vista de la competencia, por la conducta de las plataformas respecto de sus usuarios profesionales se centra básicamente en las primeras, también denominadas en ocasiones «*online intermediary platforms*» debido a su especial poder en relación con esa función de intermediación (al que la doctrina se refiere a veces como «*intermediation power*»⁵¹).

En todo caso, se trate de uno u otro tipo de plataforma, el punto de partida para analizar si existe dependencia económica habrá de ser la comprobación de la existencia o no de alternativas en el mercado relevante definido; y a continua-

⁴⁶ ZUBOFF (2020), pág. 21.

⁴⁷ Como ha puesto de manifiesto algún organismo internacional, no es fácil elegir un criterio de clasificación a estos efectos, ya que estos son numerosos y variados, y ninguno permite establecer una taxonomía que englobe a todas las plataformas que operan en la práctica: *vid.* OECD (2019), pág. 60.

⁴⁸ OECD (2019), págs. 61-68.

⁴⁹ BUNDESKARTELLAMT (2016), pág. 14.

⁵⁰ LEE y SCHIBLER (2019).

⁵¹ SCHWEITZER, HAUCAP, KERBER y WELKER (2018), págs. 42 y 66-78; CRÉMER, MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), págs. 49-50.

ción la valoración de si las alternativas existentes pueden considerarse equivalentes en términos de suficiencia y razonabilidad. Para ello, el curso de acción más indicado es conectar estos conceptos de análisis tradicionales con la realidad específica de los mercados digitales. En especial con sus dos características más relevantes: los importantes efectos de red que fomentan su tendencia al *tipping* (con las consiguientes dificultades para encontrar operadores alternativos que ofrezcan un servicio de intermediación equivalente al de la plataforma de la que presuntamente se depende) y la importancia de la adquisición y uso de los datos de los usuarios. Esta parece haber sido la óptica que se ha tomado recientemente en algún ordenamiento nacional, como se verá a continuación.

3. La opción alemana: *GWB-Digitalisierungsgesetz*

La modificación de la Ley alemana de defensa de la competencia mediante la denominada *GWB-Digitalisierungsgesetz*⁵², está fundamentalmente dirigida a actualizar esta normativa al contexto de la economía digital. Entre las modificaciones que dicha Ley introduce en la *GWB* están, en especial, las que afectan a sus artículos 18, 19, 20 y la introducción de un nuevo artículo 19(a)⁵³. Para este trabajo tiene especial interés la modificación realizada en el artículo 20 *GWB*, el precepto del Derecho alemán de defensa de la competencia que se ocupa de los abusos de dependencia económica.

La modificación del artículo 20 incluye varios aspectos importantes⁵⁴, entre los cuales son especialmente relevantes para la valoración de la dependencia económica en los mercados digitales dos novedades que implican una calificación específica de la dependencia en dichos mercados. La primera es la introducción de una segunda frase en el artículo 20.1, que establece que las

⁵² «*Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)*», de 18 de enero de 2021.

⁵³ Los artículos 18, 19 y 19(a) se refieren a la posición y conductas de empresas en posición dominante, respecto de las cuales se han introducido referencias a los mercados multifacéticos y al uso de los datos en la valoración de estas posiciones y conductas. El artículo 19(a) por su parte define un nuevo tipo de poder de mercado, el de las empresas con un «significado destacado (o sobresaliente) para la competencia en los mercados» («*Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb*»), que a todas luces se refiere a operadores que actúan en los mercados digitales.

⁵⁴ En primer lugar, la supresión en el apartado 1 de la referencia a las pequeñas y medianas empresas, de manera que ahora pueden alegar que sufren un abuso de su situación de dependencia económica las contrapartes contractuales (habitualmente usuarios profesionales) de las plataformas digitales que no tienen la consideración de pequeñas y medianas empresas (supresión que había sido sugerida en el Informe de expertos para el Ministerio de Economía alemán: *vid.* SCHWEITZER, HAUCAP, KERBER y WELKER (2018), págs. 56-58). En segundo lugar, se introduce en la primera frase de ese mismo apartado 1 una referencia a la existencia de un «desequilibrio de poder significativo», adicional a la falta de alternativa hasta entonces contemplada en la definición de poder relativo de mercado. En tercer lugar, se añade una segunda frase al artículo 20.1, estableciendo que las prohibiciones dirigidas a las empresas con poder relativo de mercado también se aplicarán a las empresas que actúan como intermediarios en mercados multifacéticos cuando otras empresas dependan de los servicios de intermediación que aquellas les proporcionan, manteniéndose a continuación la presunción de dependencia económica de los proveedores, en los mismos términos que anteriormente (esta cuestión del denominado «poder de intermediación» también fue planteada en SCHWEITZER, HAUCAP, KERBER y WELKER (2018), pág. 77). En cuarto lugar, se añade un apartado 1(a) al artículo 20, en el que se establece que la dependencia a que se refiere el artículo 20.1 *GWB* puede producirse también por el hecho de que una empresa dependa del acceso a los datos controlados por otra empresa, para poder desarrollar sus propias actividades; que la negativa a proporcionar acceso a dichos datos, por una adecuada compensación, puede considerarse como una conducta desleal de conformidad con el apartado 1 en conexión con el artículo 19(1) y (2).1; y que esto será de aplicación incluso cuando los datos no hayan sido todavía objeto de tráfico comercial (también sugerido en SCHWEITZER, HAUCAP, KERBER y WELKER (2018), págs. 82-83).

prohibiciones dirigidas a las empresas con poder relativo de mercado también se aplicarán a las empresas que actúan como intermediarios en mercados multifacéticos cuando otras empresas «dependan de los servicios de intermediación que aquellas les proporcionan para acceder a los mercados de oferta y demanda, de manera que no existan alternativas suficientes y razonables». Ello supone una concreción del concepto general de dependencia económica en los mercados digitales, identificándolo con la ausencia de un servicio alternativo (suficiente y razonable) de intermediación en un mercado multifacético. La segunda novedad relevante es la introducción de un nuevo apartado 1(a) en el artículo 20, en el que se especifica, a los efectos de aplicar las prohibiciones establecidas en el artículo 19 a las que se remite el artículo 20.1, que la dependencia a que se refiere este último (*i. e.*, el concepto de dependencia económica propio de la normativa alemana) puede conectarse también con la importancia del acceso a los datos controlados por otra empresa. De manera que en este nuevo apartado se establece otro criterio específico de dependencia económica en los mercados digitales, concretado en «la dependencia en el acceso a datos controlados por otra empresa, para poder desarrollar las propias actividades».

Como se aprecia rápidamente, esta opción regulatoria en materia de dependencia en los mercados digitales va en una línea completamente diferente del enfoque elegido por la DMA, comentado anteriormente. Mientras que en esta se valora esa especial situación de las plataformas, identificada con el concepto de *gatekeeper*, por referencia a datos cuantitativos, en la reciente modificación de la GWB se ha optado por consolidar la utilización de los criterios tradicionalmente utilizados en el Derecho positivo nacional, cuya interpretación administrativa y judicial cuanta con una larga experiencia, conjuntamente con los nuevos parámetros que la doctrina y algunos informes institucionales han identificado como relevantes en este ámbito: los servicios de intermediación que permiten conectar a los usuarios profesionales con los finales y la importancia de los datos en la economía digital.

Este segundo enfoque presenta importantes ventajas para afrontar el problema de los abusos que pueden cometer las plataformas digitales sobre los usuarios profesionales que dependen de ellas, en la medida en que la flexibilidad y adaptabilidad del concepto de «dependencia económica» (así como el de abuso o explotación abusiva), la experiencia administrativa y judicial adquirida en relación con él, y las especialidades a tener en cuenta en cada uno de los grupos de casos, o modalidades, identificados por la doctrina y adoptados en la práctica administrativa y judicial de varios países, pueden proporcionar valiosos instrumentos para analizar estas conductas en el marco de estas normas.

4. Metodología y criterios de análisis de la dependencia económica en los mercados digitales

4.1. Especialidades en la definición del mercado relevante

Como paso previo a la valoración de la dependencia económica es necesario definir el mercado relevante, ya que es en este marco donde se podrán identificar las posibles alternativas para los usuarios profesionales (*i. e.*, los

operadores que podrían reemplazar a la empresa con poder relativo de mercado en su relación con ellos).

Para ello hay que tener en cuenta, en primer lugar, las características de los mercados digitales que pueden influir en esa definición; y en segundo lugar las especialidades propias de los asuntos de dependencia económica.

En cuanto a lo primero, la mayoría de la doctrina considera que hay que analizar un buen número de características de estos mercados⁵⁵, entre las cuales son especialmente importantes el carácter multifacético y la presencia de efectos de red indirectos, así como la frecuente oferta de servicios gratuitos⁵⁶. Por un lado, existe consenso entre la doctrina económica y jurídica en que la naturaleza multifacética y los efectos de red han de tenerse en cuenta a la hora de definir el mercado relevante⁵⁷, y paralelamente ciertas dudas en cuanto la elección de un enfoque unilateral o multilateral en dicha definición (definir un solo mercado relevante, o varios). Aunque la práctica de las autoridades de competencia no es todavía uniforme al respecto, en la doctrina jurídica parece que va imponiéndose la visión de que en la mayoría de los asuntos puede ser necesario definir varios mercados⁵⁸, y que siempre hay que tener en cuenta los distintos lados en que operan las plataformas y los efectos de red indirectos, aunque se opte por definir un solo mercado⁵⁹. Por otro lado, en relación con la gratuidad de ciertos servicios, la doctrina discute si es o no posible definir un mercado relevante cuando no se paga una contraprestación monetaria por aquellos⁶⁰, aunque las autoridades de competencia han definido en varios casos mercados relevantes de servicios gratuitos⁶¹ y parecen tener ya claro que — independientemente de la posible consideración de los datos como remuneración por servicios aparentemente gratuitos — en los mercados multifacéticos el lado con «pago no monetario» suele estar vinculado a otro lado sujeto a pago y es el resultado de la estrategia de precios de la plataforma⁶². Ciertamente, la aplicación de instrumentos como el SSNIP-test a plataformas que ofrecen servicios gratuitos es problemática y puede requerir de

⁵⁵ Como, por ejemplo, las decisiones y capacidad de los usuarios de la plataforma sobre el *multi or single homing*, la posibilidad de que existan múltiples mercados en una plataforma que opere en un solo lado, la necesidad de adaptar el SSNIP-test cuando se aplica a los mercados digitales [FRANCK y PEITZ (2019), págs. 54-67; BUNDESKARTELLAMT (2016), págs. 44-46], la relevancia de los ecosistemas digitales y de la innovación o la necesidad de tener en cuenta la competencia potencial en algunos casos [vid. ALEXIADIS y DE STREEL (2020), págs. 23-28].

⁵⁶ La gratuidad plantea por supuesto también problemas en otros campos del Derecho de la competencia, como por ejemplo en la necesaria adaptación de las metodologías de análisis de conductas relacionadas con los precios, como los precios predatorios o los precios excesivos: vid. BOSTOEN (2019).

⁵⁷ EVANS y SCHMALENSEE (2014), pág. 420; FILISTRUCCHI, GERADIN, VAN DAMME y AFFELDT (2014), pág. 338. WISMER y RASEK (2018), pág. 55; CRÉMER, MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), págs. 42-43; FRANCK y PEITZ (2019). También las autoridades de competencia se van posicionando en esa misma línea: vid. BUNDESKARTELLAMT (2016), págs. 5-8.

⁵⁸ FRANCK y PEITZ (2019), pág. 38. También hay quien defiende que en estos casos debería ser incluso obligatorio definir un mercado relevante secundario: vid. LEE (2021). Sobre el problema específico que plantean los datos y la posible existencia de un mercado relevante de datos, separado del de producto o servicio principal, vid. GRAEF (2015).

⁵⁹ FRANCK y PEITZ (2019), págs. 38-39; CRÉMER, MONTJOYE y SCHWEITZER (2019), págs. 45-46.

⁶⁰ POLVERINO (2012), SOUSA FERRO (2015), NEWMAN (2016), págs. 60-71.

⁶¹ Por ejemplo, en su decisión en materia de concentraciones del asunto *Microsoft/Skype*, la Comisión ya utilizó como hipótesis de trabajo mercados para servicios gratuitos, como el de las comunicaciones de particulares (asunto COMP/M.6281, §§ 18-63, confirmado por el Tribunal General, vid. asunto T-79/12 *Cisco vs. Comisión*, §§ 65-74); mercado que ha definido posteriormente en otros asuntos como *Microsoft/Nokia* (COMP/M.7047, §§ 43-5), *Facebook/WhatsApp* (COMP/M.7217, §§ 20-34); o *Microsoft/LinkedIn* (COMP/M.8124, §§ 77-83).

⁶² Vid. BUNDESKARTELLAMT (2016), págs. 41-42.

ciertos ajustes⁶³, como por ejemplo la necesidad de considerar patrones de sustitución en base a parámetros distintos del precio, como la calidad o la innovación, cuando el precio en un lado del mercado es cero⁶⁴. En todo caso, el SSNIP-test requiere también cierta adaptación en los casos en que haya que determinar un nivel de precio único para los distintos lados en que opera la plataforma aun en el caso de productos o servicios no gratuitos, de manera que su adaptación a escenarios de gratuidad no parece un obstáculo insalvable.

En cuanto a las especialidades propias de los casos de dependencia económica, hay que comenzar señalando que, fuera del entorno digital, la principal especialidad en la definición del mercado relevante desde el punto de vista objetivo es la necesidad de partir de la óptica de la empresa dependiente⁶⁵, analizando la sustituibilidad de los canales alternativos de suministro o distribución de sus productos o servicios (según se trate de dependencia de un distribuidor o de un productor). En el caso concreto de la dependencia por parte de usuarios profesionales frente a plataformas digitales, tomar la óptica de la empresa dependiente implica analizar la existencia de otros canales de distribución que los usuarios profesionales consideren funcionalmente intercambiables con los que presta la plataforma de la que presuntamente dependen. Y si la plataforma presta también, de manera complementaria a esta actividad principal, un servicio de publicidad de dichos productos o servicios, o de servicios de pago para completar la transacción (que a veces se realizan de forma integrada en esta), la óptica de la definición de mercado ha de ser, en consonancia con lo que se acaba de señalar, la identificación de otros posibles canales de publicidad y/o de pago, funcionalmente intercambiables a los ojos de los usuarios profesionales.

Más dudas surgen a la hora de incluir en el mercado relevante servicios de comercialización *offline*, ya que no es evidente en todos los casos que estos puedan considerarse hoy en día como funcionalmente intercambiables o sustituibles por los que operan por Internet. Claramente hay que excluirlos en el caso de actividades que solo tiene cabida en el sector digital, como por ejemplo la de los desarrolladores de *software* que comercializan sus *apps*, pero en otras actividades habrá que analizar la sustituibilidad *online/offline* en el contexto específico del caso⁶⁶.

⁶³ Tal y como ha estudiado la doctrina: *vid.* NEWMAN (2016); FRANCK y PEITZ (2019), págs. 46-54.

⁶⁴ Parte de la doctrina ha analizado la medida en que los demandantes de un servicio gratuito son proclives a sustituirlo por otro similar, como respuesta a una disminución en la calidad del primero: *vid.*, en especial, GEBICKA y HEINEMANN (2014), págs. 156-159, que proponen el uso de un SSNDQ-test (*small but significant and non-transitory decline in quality*). *Id.*, también, FILISTRUCCHI, GERADIN, VAN DAMME y AFFELDT (2014), pág. 293; FILISTRUCCHI (2018), pág. 15.

⁶⁵ La doctrina alemana, la que más en profundidad ha analizado estas cuestiones, así lo señala mayoritariamente: *vid.*, por todos, MARKERT (2014). La doctrina de nuestro país sigue esta misma línea: *vid.*, por todos, MASSAGUER (1995) pág. 2230.

⁶⁶ En algunos casos puede que los servicios *online* y *offline* sean sustituibles, como ha señalado la Comisión Europea en algunos asuntos que afectaban a agencias de viajes online (*vid.* por ejemplo, en asuntos de control de concentraciones, COMP/M.2197 *Hilton/Accor/Forte/Travel Services/JV*, de 16 de febrero de 2001, COMP/M.2510 *Cendant/Galileo*, de 24 de septiembre de 2001, o COMP/M.2794 *Amadeus/GGL/JV*, de 21 de mayo de 2002), pero también es cierto que en otros asuntos analizados por autoridades nacionales de competencia se ha identificado un mercado relevante exclusivamente *online* en este campo (*vid.* por ejemplo, la Decisión de la Autoridad Francesa de la Competencia: Decisión núm. 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, puntos 95-102).

En cuanto a la determinación del servicio concreto a incluir en el mercado relevante, hay que tomar como punto de partida el tipo de servicio que se demanda de la plataforma, en consonancia con la óptica de la empresa dependiente antes comentada. En algunos asuntos que afectaban a agencias de viaje *online*, se ha definido un «sistema de distribución global»⁶⁷, mientras que en otros se ha optado por servicios más específicos como por ejemplo el «servicio de reserva de noches de hotel individuales en plataformas de reservas de hotel en línea»⁶⁸. En otros casos que analizan los términos y condiciones que ciertas *marketplaces* (como por ejemplo Amazon) imponen a los usuarios profesionales que venden sus productos en ellas, aunque su terminación por medio de compromisos no proporciona una información muy detallada, cabe deducir que el mercado relevante en consideración era el de las *online marketplaces*⁶⁹. Por su parte, la Comisión Europea, en asuntos contra esta misma plataforma, ha definido los mercados de manera ligeramente diferente según las conductas analizadas: en el conocido caso de los *eBooks*, en el que se examinaba la imposición de cláusulas NMF a varias editoriales, el mercado considerado relevante fue el de la «distribución minorista de libros electrónicos en lengua inglesa y alemana»⁷⁰; mientras que en las investigaciones abiertas más recientemente sobre las prácticas de Amazon de recogida de datos de los vendedores que operan en su *marketplace* y de prácticas de auto-preferencia, la Comisión parece que se inclina por definir un mercado general de venta minorista *online* (*online retail market*)⁷¹. También hay disparidades de enfoque en los asuntos frente a plataformas como Facebook, en los que algunas autoridades como el *Bundeskartellamt* han definido un mercado relevante de redes sociales⁷², mientras que otras como la Comisión Europea parecen estar centrándose en *Facebook Marketplace* y en su servicio de publicidad clasificada⁷³.

⁶⁷ Como ha definido la Comisión Europea en algunas concentraciones que afectaban a plataformas digitales (*vid.* por ejemplo, en los asuntos de control de concentraciones antes mencionados: *Hilton*, cit. *Cendant*, cit., o *Amadeus*, cit.), sistema que incluiría las herramientas técnicas para que los usuarios profesionales (en los casos, agencias de viajes) obtengan información y puedan hacer reservas de vuelos, hoteles o alquiler de coches con otros operadores.

⁶⁸ *Vid.* Autoridad Francesa de la Competencia: *Décision núm. 15-D-06*, cit., pto. 100. La autoridad francesa reconoce en esta decisión (ptos. 95-98) que la actividad de las plataformas se desarrolla en un mercado digital de dos lados (por un lado, con los hoteles, y por el otro con los clientes particulares que demandan las noches de hotel) y que hay que tener en cuenta también el otro lado del mercado (con los consumidores), dado que puede tener un impacto sobre el considerado relevante.

⁶⁹ En este sentido es especialmente relevante la investigación del *Bundeskartellamt* sobre los términos y condiciones de Amazon en Alemania, cerrada mediante compromisos en julio de 2019, en la que esta autoridad apuntaba a los «*online marketplace services*» como mercado de producto, y en la que contempla expresamente la posibilidad de que Amazon tenga un poder de mercado relativo sobre los vendedores que operan en su *marketplace*, que podrían por tanto ser considerados dependientes de esta plataforma, dado el papel significativo que tiene esta en términos de acceso a los consumidores finales (*vid.* Decisión de 17 de julio de 2019, asunto B2 - 88/18, case *Summary*, pág. 10).

⁷⁰ *Vid.* CE: Resumen de la Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 54 del Acuerdo EEE (asunto AT.40153 - Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines), punto 9.

⁷¹ E.C. Press Release: «Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices», Brussels, 10 November 2020. Según la Comisión, Amazon utiliza su poder de mercado en el mercado de las *online marketplaces* para fortalecer su posición competitiva en el mercado minorista *online* en contravención del artículo 102 TFUE.

⁷² *Bundeskartellamt*: Decisión de 19 de febrero de 2019, asunto B6-22/16 (Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing), case *Summary*, págs. 3-5.

⁷³ E.C. Press Release: «Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct of Facebook», Brussels, 4 June 2021 (la Comisión Europea considera preliminarmente que Facebook puede

Otra cuestión relevante que se ha planteado en algunos asuntos es la de la posible inclusión en el mercado relevante de todas las plataformas cuya actividad principal no consiste en la prestación de ese mismo tipo de servicio, pero que pueden operar parcialmente como sustitutivos para la empresa presuntamente dependiente. Por ejemplo, en algunos asuntos relacionados con agencias de viajes *online* se ha planteado si los buscadores web generales (tipo Google, Bing, Baidu, Yahoo, etc.) pueden considerarse como sustitutivos de las herramientas específicas de búsqueda y reserva de viajes que operan las agencias, llegándose a la conclusión de que este tipo de buscadores generales no pueden incluirse en el mercado relevante desde el punto de vista objetivo⁷⁴.

Finalmente, en cuanto al aspecto geográfico de la definición del mercado relevante, en el escenario objeto de estudio en este trabajo la cuestión no es tan relevante como en los tradicionales casos de dependencia en el mundo *offline*, ya que muchos de los servicios que se prestan en el sector digital pueden considerarse como de oferta global y sería posible considerar como mínimo un mercado nacional⁷⁵, en el que aplicar las normas nacionales de dependencia económica.

4.2. Criterios de valoración de la dependencia

4.2.1. Identificación de posibles alternativas en el mercado relevante

Una vez definido el mercado relevante, la valoración de la dependencia comienza por identificar las alternativas que operan en aquel. Como se ha señalado anteriormente, la alternativa se concreta en cualquier empresa que pueda ocupar la posición de la empresa fuerte en la relación que la une a la empresa presuntamente dependiente. En el caso que nos ocupa, las posibles alternativas para los usuarios profesionales que comercializan sus productos o servicios *online* son en principio todas las plataformas que presten un servicio de intermediación *online* similar al de la plataforma fuerte, o en su caso la propia web del usuario profesional si fuera posible por las características del producto o servicio que se comercializa⁷⁶. Por tanto, en la mayoría de los casos será posible identificar alguna alternativa y este primer paso de análisis podrá realizarse de

estar usando los datos de sus usuarios de su red social para reforzar su posición competitiva en *Facebook Marketplace*).

⁷⁴ Vid. *Bundeskartellamt*: Decisión núm. B9-66/10, de 20 de diciembre de 2013 (asunto B9-66/10, HRS-Hotel Reservation Service), punto 73, donde se especifica que estos meta-buscadores solo proporcionan información de precios pero que no prestan el servicio de reservas, por lo que no pueden incluirse en el mercado; con un análisis más somero, pero llegando a la misma conclusión, *vid.* Autoridad Francesa de la Competencia: *Décision núm. 15-D-06*, cit., pto. 100.

⁷⁵ Vid. *Bundeskartellamt*: Decisión núm. B9-66/10, punto 7, donde se define un mercado nacional para portales hoteleros: aun reconociendo que estos portales son plataformas digitales técnicamente accesibles en todo el mundo, la autoridad alemana considera que el mercado de los portales hoteleros no es un mercado global ni un mercado europeo. En una línea similar, aunque con una menor argumentación, *vid.* Autoridad Francesa de la Competencia: *Décision núm. 15-D-06*, cit., pto. 101, donde se define también un mercado geográfico nacional, aunque en este caso se señala que este podría tener una dimensión europea.

⁷⁶ Por ejemplo, si se analiza la dependencia de desarrolladores de *software (apps)* respecto de una plataforma en la que comercializan esas aplicaciones, se trata de averiguar el conjunto de plataformas que funcionalmente pueden realizar ese mismo tipo de prestación, y que por tanto serían intercambiables con la plataforma fuerte desde el punto de vista técnico. Si se trata de la dependencia de un hotel frente a una plataforma de viajes *online* o de publicidad de alojamientos, o de la de un restaurante frente a una plataforma de reservas o de reseñas/publicidad de establecimientos de restauración, el mercado relevante de producto debería incluir a todas las plataformas que funcional y técnicamente tienen la capacidad de prestar ese tipo de servicios.

manera simplificada, para centrarse a continuación en el más complejo tema de la eventual equivalencia de las posibles alternativas.

4.2.2. Valoración de la equivalencia: suficiencia y razonabilidad

En algún asunto nacional⁷⁷ se ha analizado la equivalencia de las posibles alternativas —tanto la web propia del usuario profesional como otras plataformas digitales—, tomando en consideración factores habitualmente utilizados en los análisis de dependencia, trasladados al ámbito digital.

Así, en cuanto a la posibilidad de considerar a la web propia como una alternativa equivalente, se ha destacado que su desarrollo es costoso y complejo (por cuestiones técnicas como la ergonomía, funcionalidades, o calidad de la web) y que ello implica unos altos costes económicos que hacen que no sea una opción viable para la mayoría de usuarios profesionales que operan en la plataforma (en el caso de autos, Amazon Francia); aspectos que se pueden relacionar fácilmente con la falta de razonabilidad en términos de costes de la presunta alternativa. Asimismo se ha señalado que estas webs propias, aunque pudieran desarrollarse con esas buenas condiciones técnicas, no proporcionarían el mismo rendimiento que la de Amazon, ya que no alcanzarían al mismo número de clientes, porque ello depende del posicionamiento de las webs en los motores de búsqueda y esto a su vez va ligado a la notoriedad de la marca/plataforma; y además que los usuarios finales no visitan webs específicas cuando tienen webs generales donde encuentran todo tipo de productos; aspectos claramente ligados a la falta de suficiencia en términos cuantitativos, en este caso de acceso a usuarios finales (potenciales compradores)⁷⁸.

En cuanto a la posible equivalencia de otras plataformas alternativas, se ha señalado que, además de que no existe apenas ninguna de tipo generalista como Amazon y muy pocas de tipo especializado, ninguna de ellas está en medida de proporcionar los mismos servicios que Amazon⁷⁹; aspectos que conectan claramente con un análisis de suficiencia. Se ha indicado además que el eventual cambio a otras plataformas es complicado, porque hay que revisar la logística (sistema informático, fichas de productos, política comercial), y costoso, tanto por los propios costes de esos cambios logísticos como por la pérdida del volumen de negocio que suelen tener estos vendedores con Amazon⁸⁰; aspectos claramente relacionados con un análisis de razonabilidad en términos de coste de la alternativa.

Siendo este tipo de análisis tradicional perfectamente aplicable en los asuntos de dependencia en los mercados digitales, cabe señalar que para una mejor valoración de la dependencia en estos casos es conveniente tener también en

⁷⁷ *Vid.* Jugement du Tribunal de Commerce de Paris (1^{ère} Chambre) du 02/09/2019, RG 2017050625, 9 de noviembre de 2017), en un asunto contra Amazon por infracción del artículo 442-6 *Code de Commerce* en el que el tribunal analiza la falta de alternativas de los usuarios profesionales que venden sus productos en la plataforma de Amazon Francia, examinando si las posibles alternativas se pueden considerar equivalentes al servicio que presta Amazon.

⁷⁸ Jugement du Tribunal de Commerce de Paris du 2 de septembre de 2019, cit., pág. 19.

⁷⁹ Por ejemplo, en lo que se refiere a las posibilidades de envío rápido de productos: *vid.* Jugement du Tribunal de Commerce de Paris du 2 de septembre de 2019, cit., pág. 19.

⁸⁰ Volumen de negocios que se sitúa entre el 15 y el 35 por 100: *vid.* Jugement du Tribunal de Commerce de Paris du 2 de septembre de 2019, cit., pág. 20.

cuenta otros factores conectados con las especiales características de estos mercados y de las relaciones empresariales que en ellos se producen.

Para ello, un aspecto esencial es el análisis de los efectos de red indirectos presentes en el mercado y que fomentan la tendencia al *tipping*, ya que ello está íntimamente conectado con los costes que tiene para los usuarios el cambiar de una a otra plataforma (*switching costs*), dato que tiene una evidente conexión con la razonabilidad de la alternativa. En especial en el caso de las plataformas transaccionales con efectos de red indirectos bilaterales positivos, si estos son importantes, el coste de abandonar una plataforma bien implantada en el mercado —que presumiblemente reforzará esa posición gracias a esos efectos, alcanzando un número cada vez mayor de usuarios finales en detrimento de otras plataformas (*tipping*)— puede ser inasumible para el usuario profesional, en términos de pérdida de acceso a potenciales clientes.

Paralelamente, hay que considerar también algunos factores que pueden reducir esa tendencia al *tipping*, como pueden ser los límites de capacidad (asociados al riesgo de saturación de la plataforma), las preferencias heterogéneas de los usuarios (que favorecen la diferenciación entre plataformas) y las posibilidades de *multihoming* para los usuarios (participar en varias plataformas a la vez)⁸¹. Todos estos datos deben utilizarse en el análisis de la equivalencia de la alternativa: los límites de capacidad están directamente asociados con su suficiencia (aspecto cuantitativo), mientras que las preferencias heterogéneas y las posibilidades de *multihoming* pueden servir para modular su razonabilidad en cuanto al perjuicio a la capacidad competitiva del usuario profesional si cambia de plataforma (*i. e.*, si las preferencias son homogéneas y no existe posibilidad de *multihoming* o existe una preferencia de *singlehoming* por parte de los usuarios finales⁸², el cambio a otra plataforma puede implicar unos costes en término de acceso a usuarios finales que no sean razonables).

Otra característica específica de los mercados digitales que es conveniente tener en cuenta a la hora de valorar la posible dependencia en estos casos es la importancia de los datos digitales, en relación con lo cual hay que examinar dos aspectos importantes. Por un lado, el muy relevante hecho de que, a mayor cantidad de datos, mayor personalización de la publicidad, lo cual tiene un enorme valor para los usuarios profesionales/anunciantes. El posible cambio a una plataforma que tenga una menor capacidad de personalización de la publicidad puede suponer importantes costes en términos de pérdida de los usuarios finales más susceptibles de convertirse en adquirentes efectivos de los productos o servicios comercializados por los usuarios profesionales, que hagan que la posible alternativa no sea equivalente desde el punto de vista de la razonabilidad. Por otro lado, hay que tener en cuenta también la posibilidad y condiciones de acceso a sus propios datos por parte de los usuarios profesionales. A menudo las plataformas no les dan acceso a esos datos y los usuarios profesionales no pueden ni generarlos por sí mismos ni duplicarlos⁸³.

⁸¹ HAUCAP y HEIMESHOF (2014), pág. 52.

⁸² BOUGETTE, BUDZINSKI y MARTY (2018), pág. 23.

⁸³ *Vid.* RANGASWAMY, MOCH, FELTEN, VAN BRUGGEN, WIERINGA y WIRTZ (2020), pág. 75 sobre el uso de los datos por las plataformas, en su propio beneficio y denegando su acceso a los usuarios que los generan. En una línea similar, *vid.* TRABUCCHI y BUGANZA (2019), pág. 9 sobre el uso exclusivo de los datos (protegidos por la política de privacidad de las plataformas) para desarrollar nuevas estrategias de generación de beneficios.

Y aunque se tenga acceso a los datos, estos podrían no ser susceptibles de importarse a otras plataformas⁸⁴, o podrían no tener utilidad en ella por razones técnicas o de diseño⁸⁵, o el coste impuesto por la plataforma para acceder a ellos podría ser significativo⁸⁶. La posible pérdida de estos datos propios, en caso de cambio a otra plataforma, puede hacer que la alternativa no sea razonable en relación con los costes que implicaría volver a recoger la cantidad y calidad de datos que se ha ido acumulando en la actividad desarrollada a través de la anterior plataforma.

Junto a estos aspectos, hay otros que también tienen una especial significación en la valoración de la dependencia en los mercados digitales, como es el caso, en especial, de los costes reputacionales⁸⁷. La reputación obtenida por los usuarios profesionales en una determinada plataforma suele estar conectada con el número de transacciones realizadas en esta y/o las reseñas positivas dejadas en ella por los usuarios finales, de manera que suele estar específicamente relacionada con la plataforma en cuestión⁸⁸. Si esa reputación no se puede trasladar a otra plataforma y las reseñas favorables de los usuarios finales desaparecen de la anterior, se pierde todo el *goodwill* reputacional acumulado hasta entonces. Este es un enorme coste para los usuarios profesionales, que puede determinar que la alternativa no sea razonable.

También otros aspectos señalados por la doctrina económica, como la contrastada inercia de los usuarios finales y su reluctancia a cambiar la configuración por defecto de sus dispositivos⁸⁹, pueden servir para valorar la no razonabilidad de las posibles alternativas, en caso de que los usuarios profesionales decidieran prescindir de la plataforma fuerte para operar a través de otra.

V. CONCLUSIONES

Las normas prohibitivas de abusos de dependencia económica, tradicionalmente aplicadas en el marco de las redes de distribución *offline*, pueden ser un valioso instrumento para la valoración concurrencial en los mercados digitales de las conductas de las plataformas respecto de los usuarios profesionales que ofrecen a través de ellas bienes o servicios a usuarios finales. Para una correcta valoración de la dependencia en estos mercados, primer paso en el análisis de aplicabilidad de estas normas en ese contexto, es necesario tener en cuenta varias especialidades propias de los mercados digitales que impactan significativamente tanto en la definición del mercado relevante como en la valoración de la dependencia. En particular en este último aspecto, es esencial incluir en el análisis datos como los efectos de red, los límites de capacidad de las plata-

⁸⁴ Vid. BOUGETTE, BUDZINSKI y MARTY (2018), pág. 14.

⁸⁵ MARTY (2020), pág. 21, en referencia a aspectos técnicos como las líneas de código o los protocolos de interoperabilidad en los ecosistemas digitales, como factor de dependencia de los «complementadores» (o terceros desarrolladores) de estos ecosistemas. Sobre las barreras técnicas en general, y en particular las dificultades de interoperabilidad en productos vinculados introducidas en el diseño técnico por las propias plataformas, y que fomentan las dificultades de cambiar de plataforma, vid. FURMAN, COYLE, FLETCHER, MARSDEN y MCAULEY (2019), pág. 36.

⁸⁶ HAUSEMER, RABUEL y GRAUX (2017), págs. 49-51, en especial para usuarios dependientes (vid. pág. 51).

⁸⁷ Vid. FURMAN, COYLE, FLETCHER, MARSDEN y MCAULEY (2019), pág. 36.

⁸⁸ HAUCAP y HEIMESHOF (2014), pág. 54.

⁸⁹ Vid. FURMAN, COYLE, FLETCHER, MARSDEN y MCAULEY (2019), pág. 36; ALEXIADIS y DE STREEL (2020), pág. 8. Vid., también, sobre el concepto de *consumer path dependence*, LEE y SCHIFLER (2019), págs. 20-21.

formas, las preferencias heterogéneas de los usuarios, las posibilidades de *multihoming* o la preferencia por el *singlehoming*, aspectos relacionados con los datos, los costes reputacionales, o la inercia de los usuarios finales respecto de la configuración por defecto de sus dispositivos. Con la metodología y criterios específicos el análisis de la dependencia económica expuestos en este trabajo, se puede mejorar y facilitar la aplicación de estas normas, que tienen un indudable potencial para disciplinar las conductas de las plataformas respecto de sus usuarios profesionales dependientes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXIADIS, Peter, y DE STREEL, Alexandre (2020), «Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms», *EUI / RSCAS Working Papers 2020/14*.
- BEDRE-DEFOLIE, Özlem, y NITSCHKE, Rainer (2020), «When Do Markets Tip? An Overview and Some Insights for Policy», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11, núm. 10, págs. 610-622.
- BOSTOEN, Friso (2019), «Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance assessments to the economic reality of free products», *Computer Law & Security Review*, vol. 35(3), págs. 263-280.
- BOUGETTE, Patrice; BUDZINSKI, Oliver, y MARTY, Frédéric (2018), «Exploitative abuse and abuse of economic dependence: What can we learn from an industrial organization approach?», *Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 119, Technische Universität, Institut für Volkswirtschaftslehre, Ilmenau*.
- BUNDESKARTELLAMT (2016), *B6-113/15, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*, Juni 2016.
- CAFFARRA, Cristina, y SCOTT-MORTON, Fiona (2021), «The European Commission Digital Markets Act: A translation», *CEPR VoxEU* (<https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>).
- EUROPEAN COMMISSION (2014), *Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain. Final Report, 26 February 2014, Prepared for the European Commission, DG Internal Market DG MARKT/2012/049/E*, EU Publications Office.
- (2017), «Business-to-Business relations in the online platform environment», *FWC ENTR/300/PP/2013/FC-WIFO Final Report* by Ecorys.
- COMISIÓN EUROPEA (2016), *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*, Bruselas, 25 de mayo de 2016 COM(2016) 288 final.
- (2020), *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: Configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, 19 de febrero de 2020 COM(2020) 67 final.
- COMMISSION ‘COMPETITION LAW 4.0’ (2019), *A new competition framework for the digital economy. Report*, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (BMWi), Berlin.
- CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre, y SCHWEITZER, Heike (2019), *Competition Policy for the digital era. Final report*, European Union.
- DI PORTO, Fabiana (2018) «Abuses of dominant and non-dominant position: a tale of (ir)reconcilable views?», en DI PORTO, Fabiana, y PODSZUN, Ruprecht. (eds.), *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar Publishing, págs. 451-466.
- ECORYS (2017): *Business-to-Business relations in the online platform environment, FWC ENTR/300/PP/2013/FC-WIFO Final Report*, European Union.
- ESTEVAN DE QUESADA, Carmen (2016), «La explotación de la dependencia económica debida al poder relativo de la demanda en la cadena alimentaria», en GONZÁLEZ

- CASTILLA, Francisco, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio (dirs.), *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria*, Marcial Pons, págs. 113-139.
- (2017), *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- EVANS, David S., y SCHMALENSEE, Richard (2014), «The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses», en BLAIR, Roger D., y SOKOL, Daniel D., *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol. 1, OUP.
- FILISTRUCCHI, Lapo (2018), «Market definition in multi-sided markets», en OECD, *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms* (www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm).
- FILISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; VAN DAMME, Eric, y AFFELDT, Pauline (2014), «Market definition in two-sided markets: Theory and practice», 10 (2) *Journal of Competition Law and Economics* 2014.
- FRANCK, Jens Uwe, y PEITZ, Martin (2019), *Market definition and market power in the platform economy*, CERRE Report, May 2019.
- FURMAN, Jason; COYLE, Diane; FLETCHER, Amelia; MARSDEN, Philip, y MCAULEY, Derek (2019), *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel (Furman Report)*.
- GEBICKA, Aleksandra, y HEINEMANN, Andreas (2014), «Social Media & Competition Law», *World Competition*, vol. 37(2), págs. 149-172.
- GRAEF, Inge (2015), «Market definition and market power in data: the case of online platforms», *World Competition*, vol. 38(4), págs. 473-506.
- (2019), «Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence», *Yearbook of European Law*, vol. 38, núm. 1, págs. 448-499.
- HAUCAP, Justus, y HEIMESHOF, Ulrich (2014), «Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization?», *International Economics and Economic Policy*, vol. 11, págs. 49-61.
- HAUSEMER, Pierre; RABUEL, Lison, y GRAUX, Hans (2017), *Study on data in platform-to-business relations. Final Report*, European Union.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2008), *Report on Abuse of Superior Bargaining Position*.
- KATZ, Michael L., y SHAPIRO, Carl (1994), «Systems Competition and Network Effects», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 8(2), págs. 93-115.
- LEE, Sangyun, y SCHIBLER, Jan (2019), «Platform Dependence and Exploitation», *14th ASCOLA Conference 2021* (<https://ssrn.com/abstract=3403002>).
- LEE, Ki Jong (2021), «Cross-Market Impact of Platforms' Activities: A Proposal to Introduce the Obligation to Define a Secondary Relevant Market» (<https://ssrn.com/abstract=3879943>).
- MARKERT, Kurt (2014), «GWB § 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht», en IMMENGA, Ulrich, y MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, *Wettbewerbsrecht*, Band 2, C.H. Beck, Rn 14.
- MARTY, Frédéric (2020), «Is the consumer welfare obsolete? A European Union competition law perspective», *GREDEG Working Papers Series*, WP No. 2020-13 (<https://ideas.repec.org/s/gre/wpaper.html>).
- MASSAGUER FUENTES, José (1995), «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, págs. 2203-2268.
- NEWMAN, John M. (2016), «Antitrust in Zero-Price Markets: Applications», 94 *Washington University Law Review*, págs. 49-11.
- NOTHDURFT, Jörg (2017), «§ 20. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht», en LANGEN, Eugen, y BUNTE, Hermann-Josef, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Luchterhand, Rn. 31.

- OECD (2015), *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris, 2015 (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>).
- (2019), *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>).
- PISZCZ, Anna, y JASSER, Adam (eds.) (2019), *Legislation Covering Business-to-business Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain in Central and Eastern European Countries*, Centre for Antitrust and Regulatory Studies University of Warsaw, Faculty of Management.
- POLVERINO, Fabio (2012), «Hunting the wild geese: competition analysis in a world of “free”», *Concorrenza e Mercato* (<https://ssrn.com/abstract=2145545> 2012).
- PRUFER, Jens, y SCHOTTMÜLLER, Christopher (2017), «Competing with Big Data», *TILEC Discussion Paper No. 2017-006, CentER Discussion Paper 2017-007* (<https://ssrn.com/abstract=2918726>).
- RANGASWAMY, Arvind; MOCH, Nicole; FELTEN, Claudio; VAN BRUGGEN, Gerrit; WIERINGA, Jaap E., y WIRTZ, Jochen (2020), «The Role of Marketing in Digital Business Platforms», *Journal of Interactive Marketing*, vol. 51, págs. 72-90.
- RIXEN, Siegfried (2001), «§ 20. Diskriminierungsverbot; Verbot unbilliger Behinderung», en GLASSEN, Helmut; VON HAHN, Helmut; KERSTEN, Hans-Christian, y RIEGER, Harald (eds.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Otto Schmidt, Rn. 65.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio (2016), «El abuso de dependencia económica en el derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas», en CACHAFEIRO, Fernando; GARCÍA PÉREZ, Rafael, y LÓPEZ-SUÁREZ, Marcos A., *Derecho de la competencia y gran distribución*, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 31-56.
- SCALZINI, Silvia (2021), «Economic Dependence in Digital Markets: EU Remedies and Tools», *Markets and competition Law Review*, vol. V, Issue 1, págs. 81-103.
- SCHWEITZER, Heike (2021), «The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 3, págs. 503-544 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=38373).
- SCHWEITZER, Heike; HAUCAP, Justus; KERBER, Wolfgang, y WELKER, Robert (2018), *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. Endbericht*, BMWi, Berlin.
- SOUSA FERRO, Miguel (2015), «Ceci n'est pas un marché: Gratuity and competition law», *Concurrences* 13, 2015.
- STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS (2019), *Final Report of the Committee for the Study of Digital Platforms: Market Structure and Antitrust Subcommittee (Stigler Report)*, Stigler Center for the Study of the Economy and the State.
- TRABUCCHI, Daniel, y BUGANZA, Tommaso (2019), «Fostering digital platform innovation: From two to multi-sided platforms», *Creativity and Innovation Management*, págs. 1-14.
- TOMBAL, Thomas (2020), «Economic Dependence and Data Access», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, págs. 70-98.
- WISMER, Sebastian, y RASEK, Arno (2018), «Market definition in multi-sided markets», en OECD: *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms* (www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm).
- ZUBOFF, Shoshana (2020), *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós.