



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía

La problemática en la definición de mercado
relevante de las *multi-sided platforms* desde la
perspectiva del Derecho de la competencia

Trabajo de fin de máster presentado por: Ariadna Blanco Casares

Titulación: Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía

Área jurídica: Derecho de la competencia

Director/a: Ana María García Expósito

Ciudad: Barcelona

12 de diciembre de 2019

Firmado por: Ariadna Blanco Casares

Índice

ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	4
I. INTRODUCCIÓN	5
II. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE MERCADO RELEVANTE Y <i>MULTI-SIDED PLATFORMS</i>	7
1. Aproximación teórica	7
1. 1. Definición de mercado relevante tradicional	7
1. 2. Comparación mercado unilateral con mercado bilateral	9
1. 3. Características de las <i>multi-sided platforms</i>	12
1.4. Particularidad del mercado relevante en <i>multi-sided platforms</i>	13
2. Aproximación práctica	15
2.1. Ejemplos de <i>multi-sided platforms</i>	15
2.2. Casos emblemáticos de <i>multi-sided platforms</i>	17
III. ANÁLISIS JURÍDICO DEL MERCADO RELEVANTE DE <i>LAS MULTI-SIDED PLATFORMS</i>	20
1. Normativa y jurisprudencia relevante	20
1.1. Contextualización jurídica europea e internacional	20
1.2. Diferencias entre las medidas de EEUU y la Comisión Europea	24

2. Aspectos característicos	27
2.1. Bases para determinar el mercado relevante de las <i>multi-sided platforms</i>	27
2.2. Análisis de externalidades y efectos de red indirectos	30
2.3. La no aplicación de la lógica de los mercados de un lado a los de dos lados	31

IV. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS Y RETOS PARA LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA 35

1. Problemática prácticas anticompetitivas en <i>multi-sided markets</i>	35
1.1. Restricciones en acuerdos verticales y prácticas excluyentes	35
1.2. Uso de datos y automatización de precios en las plataformas online	37
1.3. Licencias de contenido digital	38
2. Retos para las autoridades de la competencia	39
2.1. Reconsiderar ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE	39
2.2. Homogeneizar características y técnicas de aplicación	40
2.3. Especial atención a los beneficios sociales y económicos	41

V. CONCLUSIONES 43

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 46

1. Fuentes doctrinales	46
2. Fuentes normativas	47
3. Fuentes jurisprudenciales	50

ABREVIATURAS

COM	Comisión Europea
DOJ	<i>United States Department of Justice</i>
EEUU	Estados Unidos
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
GDS	<i>Global Distribution System</i>
ICN	<i>International Competition Network</i>
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
OMC	Organización Mundial del Comercio
SSNDQ	<i>Small-But-Significant-Non-Transitory Decrease-in-Quality Test</i>
SSNIP	<i>Small-But-Significant-Non-Transitory Increase-in-Price Test</i>
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
VBER	<i>Vertical Block Exemption Regulation</i>
WTO	<i>World Trade Organisation</i>

RESUMEN

Los conflictos de Derecho de la competencia asociados a las *multi-sided platforms* son cada vez más frecuentes, por ese motivo se realiza este trabajo que presenta las actuaciones que están llevando a cabo las autoridades de competencia para resolver estos supuestos. La problemática parte de la dificultad de definir estas plataformas, así como por la falta de una regulación específica o una jurisprudencia consolidada que oriente la resolución de estos casos. Asimismo, se van a estudiar las prácticas que generan más controversia y las medidas que deben tomar las autoridades de la competencia para paliar los efectos negativos y fomentar el crecimiento de estos modelos de negocio. Debido a que el fenómeno de las *multi-sided platforms* es global, no se puede limitar el estudio a un ámbito nacional, por lo que se va a enfocar desde la perspectiva de la Unión Europea, considerando las reacciones a nivel internacional.

Palabras clave: Derecho de la competencia, *multi-sided platforms*, definición mercado relevante, problemática, Unión Europea.

ABSTRACT

Competition Law conflicts arising from multi-sided platforms are increasing, therefore this paper sets forth the approaches being undertaken by competition authorities to tackle these scenarios. The issue stems from the difficulty of defining these platforms, as well as the lack of a specific regulation or settled case law to guide the resolution of these cases. The most controversial practices and the actions to be adopted by competition authorities to mitigate the negative effects and promote the growth of these business models will also be examined. Since the multi-sided platforms phenomenon is global, the research cannot be limited to a national scope, so it will be addressed from the European Union perspective, considering the reactions at an international level.

Keywords: Competition Law, multi-sided platforms, relevant market definition, problems, European Union.

I. INTRODUCCIÓN

El aumento del uso de internet y las nuevas tecnologías ha facilitado la aparición de nuevos modelos de negocio como el uso de estas plataformas digitales. A día de hoy, somos muchos los que disponemos de un teléfono móvil o un ordenador con acceso a internet, esto nos permite estar “conectados” todo el día y que el impacto de estas plataformas sea mucho mayor. Los beneficios que nos aportan estas empresas son innumerables, ya que generan eficiencias económicas y aumentan el bienestar de los consumidores, creando productos nuevos y permitiéndoles comparar precios con más facilidad.

El objeto de este trabajo es estudiar estas plataformas ya que dan lugar a interacciones entre diferentes grupos de usuarios, por lo que resulta necesario analizar los efectos de estas relaciones ya que generan externalidades indirectas y afectan al Derecho de la competencia. Asimismo, presentan un componente innovador bastante alto, caracterizándose por un dinamismo que les permite crecer y expandirse a ritmos sin precedentes. Procederemos a realizar una aproximación al concepto de *multi-sided platforms* y a resaltar la problemática asociada a estos modelos de negocio de varios lados, en los que hay dos o más grupos de consumidores con características distintas.

El panorama legislativo actual va a tener que hacer frente a cuestiones para las que no fueron formulados. La adaptación de las técnicas tradicionales a los conflictos generados en el entorno de las *multi-sided platforms* va a ser una parte crucial en el desarrollo de este trabajo. Se analizarán las posibilidades de aplicar análogamente la regulación de los mercados tradicionales y se remarcarán los aspectos que han de ser objeto de un tratamiento distinto. Una posible aplicación de las técnicas tradicionales a estos nuevos modelos de negocio puede dar lugar a conclusiones erróneas. Se valorarán alternativas para llegar a deducciones más acertadas sin que se afecte al potencial de crecimiento de estas empresas.

Para abordar estas cuestiones controvertidas, acudiremos mayormente a la normativa europea y a la normativa nacional sobre defensa de la competencia para abordar la temática. Asimismo, se realizará una aproximación a la regulación de dicha materia a nivel internacional, con especial referencia a Estados Unidos a los efectos de analizar cómo ha reaccionado a este fenómeno. Ante la ausencia de una regulación específica en esta materia, va a ser de especial

relevancia prestar atención a las resoluciones jurisprudenciales y las emanadas de las autoridades en materia de competencia, tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel nacional e internacional. De igual modo, se va a consultar las diferentes posiciones doctrinales publicadas en manuales y revistas especializadas en Derecho de la competencia.

En la primera parte del trabajo, se van a delimitar los conceptos de mercado relevante, de *multi-sided platform* y las diferencias entre mercado unilateral y mercado bilateral, desde un punto de vista tanto teórico, como práctico mediante la exposición de ejemplos. En la segunda parte, se va a realizar el análisis jurídico de la materia. Comenzaremos haciendo referencia a la normativa y la jurisprudencia que resulta de aplicación y en los siguientes apartados, se irán desarrollando de manera pormenorizada cada hecho jurídico controvertido, ofreciendo una posible respuesta que pueda subsanar las cuestiones problemáticas. A continuación, se mencionarán los principales retos que esto supone para las autoridades de competencia que no pueden ignorar esta nueva coyuntura y tienen que reaccionar mediante la adopción de medidas tanto *ex post* como *ex ante* para evitar prácticas anticompetitivas. En última instancia, se van a exponer las conclusiones que expresarán de manera cohesionada y resumida los argumentos que se han proyectado a lo largo de este trabajo.

II. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE MERCADO RELEVANTE Y *MULTI-SIDED PLATFORMS*

1. Aproximación teórica

1. 1. Definición de mercado relevante tradicional

Desde la Unión Europea, las autoridades de la competencia han ido estableciendo a lo largo de los años diferentes Comunicaciones con la finalidad de delimitar el concepto de mercado relevante, que tan importante es en el ámbito del Derecho de la competencia.

A nivel nacional, también vemos la incidencia del concepto de mercado relevante. Así por ejemplo en nuestra Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)), para determinar si estamos ante una operación de concentración, el art. 8 de la LDC establece en su apartado 1.a) que se aplicará el procedimiento de control establecido en dicha ley si se cumple alguno de los dos requisitos contemplados en el artículo 8.1. Así pues, el primer apartado establece <<que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo>> (art. 8.1.a) LDC).

En la misma línea, la legislación europea también ha incluido el concepto de mercado relevante para medir si se está afectando a las buenas prácticas que en materia de competencia han de seguir las empresas o no¹, ya que éstas, para ser acusadas de estar llevando a cabo prácticas anticompetitivas, ha de serlo en un determinado ámbito de actuación que no es sencillo de delimitar y eso ha conllevado a que en la normativa se haya delimitado el concepto de mercado relevante.

¹ El Derecho de la Competencia a nivel europeo lo vemos regulado en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la UE nº 115, el 9 de mayo de 2008, así como en el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 81 (actuales 101 y 102) del Tratado.

Ahora bien, ¿qué solución está dando la Unión Europea a las dudas que genera este concepto que puede llegar a ser muy amplio y a la vez complejo? Tal y como se ha comentado, la UE ya ha hecho diferentes pronunciamientos al respecto, estableciendo una serie de puntos que hay que tener en cuenta a la hora de definir el mercado relevante en el que opera una empresa.

Se parte de la base de que en el derecho de la competencia es muy difícil generalizar, o hacer aplicaciones de casos análogos, ya que cada caso tiene unas particularidades muy distintas y por tanto, siempre habrá que atenerse a analizar de manera pormenorizada los casos que nos encontremos.

Así pues, se suele definir teniendo en cuenta dos elementos que afectan al mercado, es decir, el producto y la zona geográfica. En cuanto al producto, hay que señalar que no se trata solo del producto específico, sino también de todos aquellos que se consideren intercambiables o sustituibles de acuerdo a una serie de parámetros, entre los que se encuentran sus propias características y capacidad para satisfacer idénticas necesidades, como por supuesto el precio de éstos. En segundo lugar, se trata de que sea en un área geográfica determinada en la que las empresas operen, con los productos que se hayan definido como parte del mercado y que estas empresas se encuentren en unas determinadas condiciones de competencia que sean homogéneas (Comunicación COM, 9 de diciembre de 1997).

No obstante, para determinar los aspectos comentados en el párrafo anterior, paralelamente se ha llevado a cabo una delimitación y conceptualización de esas características, las cuales son bastante complejas. Entre las partes a analizar, podemos mencionar, la sustituibilidad de la demanda y la oferta, respectivamente, las barreras de entrada, la tendencia de los precios y las cuotas de mercado.

Cabe mencionar que esta es la definición tradicional, con sus respectivas evoluciones, del concepto de mercado relevante elaborado por las autoridades de defensa de la competencia. Sin embargo, parte del estudio es mostrar como esta definición, óptima para los mercados tradicionales, presenta dificultades, incluso llegando a dejar obsoleta la utilidad de la aplicación de dichas directrices cuando se pretende aplicar a los mercados de dos lados o

multi-sided platforms que hoy en día han irrumpido en nuestro día a día y por tanto son partícipes de nuestra economía.

1. 2. Comparación mercado unilateral con mercado bilateral

Una vez establecido el concepto de mercado relevante tradicional y las dificultades para su aplicación a los mercados de dos lados, cabe por tanto hacer una aproximación a dichos conceptos y proceder a poner en contraposición el mercado unilateral y el mercado bilateral o de *multi-sided platforms*.

Como ya hemos mencionado, la economía ha experimentado una gran evolución, especialmente en las áreas tecnológicas, que ha dado lugar a la aparición de este tipo de mercados bilaterales. Esta irrupción de los mercados bilaterales en nuestras vidas no ha sido repentina, llevan ya décadas formando parte de nuestra economía y siempre han creado situaciones controvertidas. Sin embargo, el auge de este tipo de mercados en todo tipo de sectores ha sido lo que ha desatado que esta problemática se aprecie también por la ciudadanía.

En el análisis de las decisiones adoptadas por la Comisión Europea se observa una evolución de su definición de mercado, que ha ido acompañando los diferentes casos que han tenido que afrontar a lo largo de las últimas décadas.

Las primeras definiciones de mercado que realizaba la Comisión Europea antes de que irrumpieran en nuestra economía las plataformas tecnológicas y antes de que la globalización estuviera tan extendida como ahora, eran definiciones que incluían conceptos más simples, y aunque los problemas en el derecho de la competencia nunca han sido sencillos, la Comisión Europea tenía las herramientas suficientes para afrontar cada caso y resolverlo de manera satisfactoria.

Así pues, vemos esta clara evolución del concepto a lo largo de sus resoluciones y sus Comunicaciones, donde se puede apreciar que ha ido incluyendo conceptos económicos e incluso tecnológicos cada vez más complejos para acompañar la definición de mercado relevante. Entre los cuales encontramos los que se han mencionado en el apartado anterior en lo referente a la definición de mercado relevante tradicional.

La evolución del concepto ha llegado hasta el punto de que, a día de hoy, a parte de ser conscientes de que la definición de mercado relevante no se aplica de manera estricta e indistintamente a todos los casos por igual, han sido muy prudentes en querer matizar que no se puede aplicar la definición actual de mercado relevante unilateral o tradicional a los nuevos mercados que estamos queriendo hacer frente, que son los de *multi-sided platforms*.

En esta línea, vemos que se hace referencia a los mercados unilaterales o de un lado, cuando nos encontramos ante un único mercado, es decir, una empresa que vende un tipo de productos y que los vende a un determinado grupo de consumidores o *target*. Como ya hemos comentado, este tipo de mercados no son ni mucho menos tan sencillos de analizar como parece, ya que, aun así, cada uno tiene sus particularidades y son objeto tanto de estudio como de análisis cuando al encontrarnos ante operaciones de concentración hay que reconocer la competencia real de estas empresas. Sin embargo, la definición de mercado relevante tradicional sí resulta de utilidad y la Comisión Europea la ha aplicado en muchísimas resoluciones para resolver conflictos de competencia.

Por contraposición, nos encontramos ante un mercado bilateral o de dos lados, cuando no podemos decir que la empresa está actuando en un solo mercado, sino que está operando en dos o incluso más mercados. Es decir, nos encontramos con que una empresa, está operando en dos mercados, con productos diferentes y dirigiendo los productos a diferentes grupos de consumidores. Esto ya genera problemática, ya que no se podría ignorar ninguno de los mercados en los que operase la empresa en cuestión, y por tanto, habría que tratar a cada mercado de manera separada. Se iniciaría un procedimiento de investigación para cada mercado partícipe y se seguirían las técnicas que se utilizan para la detección de la competencia de las empresas, como por ejemplo “el test del monopolista hipotético”. Así mismo, cuando nos encontramos ante un caso de *multi-sided platforms*, además de estudiar todos los mercados que interactúan, hay que analizar la presencia de efectos de red indirectos, es decir, la interrelación o interdependencia que ocurra entre ellos. Por tanto, no sería válido determinar la competencia a la que se enfrentan estos mercados sin tener en cuenta esta interrelación entre sus propios mercados.

A la hora de definir cuáles son los mercados relevantes en los que opera una *multi-sided platform*, habrá que valorar si sería válido definir un solo mercado que agrupara a todos

los consumidores, o cabría agrupar a los usuarios en diferentes mercados atendiendo a las características de cada uno (pero teniendo en cuenta los efectos de red indirectos entre ellos). Sin embargo, el *Bundeskartellamt* ya se ha pronunciado al respecto, diciendo que una de las situaciones en las que no se permite que se reconozca solo un mercado en plataformas de dos o más lados, es cuando no hay transacción directa entre los dos lados de la plataforma (WISMER, BONGARD y RASEK 2017).

Debido a estas particularidades de las *multi-sided platforms*, es por lo que se ha querido realizar otra definición de mercado relevante, a parte de cuantificar la cuota de mercado y competencia de estas empresas de manera diferente a la tradicional, ya que en el caso de que se quisiera aplicar la definición tradicional de mercado relevante a estos supuestos, daría lugar por ejemplo, a que se calificara a una empresa de estar en una posición dominante, cuando en realidad no la tenga, al estar dejando de lado algunos efectos de estos mercados que no se pueden ignorar.

Otro aspecto de estos mercados que debemos tener en cuenta, es que se tratan de mercados muy dinámicos y en constante cambio, afectados asiduamente por las innovaciones tecnológicas. Esto afecta a la manera de determinar si una empresa ostenta una posición dominante en un mercado, ya que en este tipo de mercados tan cambiantes, se puede observar que en un determinado período de tiempo, una empresa tiene una posición dominante, pero ésta le puede ser arrebatada de manera mucho más rápida que en los mercados tradicionales (DÍEZ 2014).

Todo esto nos lleva, por tanto, a que si se aplicase la definición de mercado relevante tradicional a una plataforma tecnológica, se podría declarar que esa empresa se encuentra en una posición dominante en ese mercado, cuando en realidad no debería considerarse así, con todos los efectos que eso conllevaría. Así por ejemplo, se podría sancionar a una empresa por llevar a cabo prácticas anticompetitivas o impedirle la realización de determinadas conductas por considerarlas perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado, cuando en realidad, por tratarse de mercados bilaterales, dichas conductas podrían ser beneficiosas para mantener la competencia entre empresas.

1. 3. Características de las *multi-sided platforms*

Las *multi-sided platforms* se caracterizan por ser empresas tecnológicas que actúan mayormente en el mercado online y que tal como su propio nombre indica, venden dos o más tipos de productos a diferentes grupos de consumidores. También sirven para facilitar la interacción entre dos o más partes de la plataforma de manera más eficiente que la que podrían tener los usuarios por sus propios medios.

Se dice que no hay una definición para ellas, sino que mas bien, se definen por una serie de características. No obstante, vemos que la Comisión ha adoptado la siguiente definición para los *online markets*: *<<an undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups>>* (Public Consultation COM, 24 de septiembre de 2015, p. 5).

Entre sus aspectos más relevantes, podemos destacar que se trata siempre de plataformas innovadoras, que otorgan mucha información a los consumidores y que han hecho que no haya tantas barreras de entrada para las empresas de tamaño más reducido. Por tanto, son empresas que desde un punto de vista socioeconómico, generan eficiencias sociales, ya que gracias a la digitalización, disponemos de mucha información, cosa que permite reducir los costes de las transacciones entre las diferentes partes que intervienen en estos mercados. A grandes rasgos, también se ha observado un incremento del empleo y de la actividad directamente relacionado con la aparición de estos nuevos modelos de negocio (ADIGITAL y AFI 2019).

Entre sus particularidades podemos destacar los efectos de red indirectos que existen entre ambos lados de la plataforma. A modo de ejemplo, la interrelación que hay entre los diferentes lados que pueden existir en la plataforma permitirá que los consumidores finales de un producto salgan beneficiados o no, en función de si aumenta la demanda del otro producto por parte de los usuarios del otro lado de la plataforma.

No obstante, en cuanto a las características económicas de este tipo de mercados, hay que tener en cuenta que estas peculiaridades derivadas de los efectos de red indirectos, hacen

que tanto la fijación de precios, como las características de la competitividad de esas empresas tengan que ser objeto de un estudio a parte y pormenorizado.

En cuanto a la relevancia en el ámbito del derecho de la competencia, cabe mencionar que estos efectos de red indirectos pueden ser tanto positivos como negativos. Entendiendo que existe un efecto positivo en aquellos casos en los que si un lado de la plataforma esta viendo aumentada su utilidad o valor, también le está generando beneficios al otro lado de la plataforma. Y sería negativa cuando el aumento de la demanda de un producto de un lado de la plataforma afectara negativamente al otro lado de la plataforma. Y a efectos de incidir en la competitividad, solo lo haría en los casos que el efecto de red indirecto fuera positivo (WISMER *et al.* 2017).

Respecto a la fijación de precios de estos mercados, se observa que no se pueden basar en las normas económicas básicas de atenerse al coste marginal con los ingresos marginales, sino que dados los efectos de red indirectos, la fijación de los precios tiene que ir un paso más allá y se vuelve mucho más compleja.

La primera base para comprenderlo es que la fijación de precios, a diferencia de lo establecido tradicionalmente, va a depender de cómo son los efectos de red indirectos. Concepto que vamos a analizar con más detenimiento en el segundo capítulo de este trabajo.

No obstante, todas las menciones a los diferentes aspectos que caracterizan estas plataformas, la definición o mejor dicho, la delimitación del concepto de estas, constituye todo un reto, incluso para las autoridades de la competencia a nivel mundial que no han sido capaces de posicionarse al respecto.

1.4. Particularidad del mercado relevante en *multi-sided platforms*

Encontramos diferentes aspectos en los *multi-sided markets* que no apreciamos en los mercados unilaterales. A parte de los ya mencionados, que atribuyen dichas particularidades a las características de los diferentes mercados, existen otros aspectos que tienen más que ver con una nueva concepción de la competencia que deberá desarrollarse para afrontar la lógica de estos mercados.

Las autoridades de la competencia luchan constantemente por mantener la competencia entre empresas, ya que está demostrado que la existencia de la competencia nos beneficia a todos. Entre los muchos beneficios que nos aporta, podemos destacar el hecho de que evita que se impongan precios más elevados de los que los consumidores deberían o estarían dispuestos a pagar, en el caso de que se diera un monopolio en un determinado sector, conduciendo todo ello a una disminución del bienestar social. A su vez, hace que las empresas sean más competitivas y tengan que innovar para mantenerse en el mercado, lo que también beneficia a la sociedad. Se mantiene por tanto, la competencia entre empresas por motivos de eficiencia. Sin embargo, ya se ha podido comprobar que la competencia en los mercados de dos o más lados no lleva necesariamente a más eficiencia.

Este último aspecto lo encontramos en el hecho de que un aumento de competencia produzca una bajada de precios, sin embargo, en estos casos, podría suceder que un número menor de plataformas hiciera aumentar los beneficios que pueden generar los efectos de red indirectos entre las diferentes partes de una misma plataforma (WISMER *et al.* 2017).

En este tipo de empresas aparece lo que se denomina como *single-homing* o *multi-homing*, que consiste en diferenciar si los usuarios del mercado en cuestión se sirven de los servicios ofrecidos por una plataforma o si bien, toman parte en varias plataformas.

Asimismo, las autoridades de la competencia van a tener que resolver el problema de que el test del monopolista hipotético, utilizado para resolver dudas sobre cuál es el mercado relevante, cuáles son los productos sustitutivos y quién es la competencia, no resulta de utilidad cuando se trata de un mercado de múltiples lados. En la misma línea, el antiguo concepto de que si un mercado no genera ingresos, al no haber transacciones de dinero en el mismo, no se debía tener en cuenta, queda desterrado para los casos de las plataformas en las que en un lado de las plataformas los servicios se ofrecen de manera gratuita pero en otro lado sí se cobra y existen efectos de red indirectos (WISMER *et al.* 2017).

2. Aproximación práctica

2.1. Ejemplos de *multi-sided platforms*

Hoy en día, nos encontramos con *multi-sided platforms* en prácticamente todos los sectores en los que se desarrolla nuestra actividad diaria. Sin lugar a dudas, los más comunes y fáciles de reconocer son las plataformas con varios lados, como Uber o AirBnB, pero también hay muchísimas más empresas que ya están actuando bajo estos modelos de negocio.

La Comisión Europea (*Public Consultation COM*, 24 de septiembre de 2015, p. 5) ha hecho también una aproximación a una clasificación de los diferentes tipos de plataformas online que existen:

- <<Buscadores generales de internet (Google, Bing...)
- Herramientas de búsqueda especializadas (Google Shopping, Kelkoo, Twenga, Google Local, TripAdvisor, Yelp)
- Mapas, directorios de empresas... (Google Maps, Bing Maps...)
- Agregadores de noticias (Google News...)
- Mercados online (Amazon, eBay, Allegro, Booking.com...)
- Plataformas audiovisuales y musicales (Deezer, Spotify, Netflix, Canal play, Apple TV...)
- Plataformas para compartir vídeos (YouTube, Dailymotion...)
- Sistemas de pago (PayPal, Apple Pay...)
- Redes sociales (Facebook, LinkedIn, Twitter, Tuenti...)
- Tiendas de apps (Apple App Store, Google Play...)
- Plataformas de economía colaborativa (AirBnB, Uber, Taskrabbit, Bla-bla car...)>>

A modo de ejemplo, AirBnB es una de estas plataformas online que se encarga de facilitar la interacción entre dos o más partes de manera más eficiente que la que podrían llevar a cabo las partes sin la ayuda de estas plataformas.

Otro caso sería el de los periódicos y las revistas. En una decisión del *Bundeskartellamt* (*Bundeskartellamt*, Case B6-98/13, 2014) se observa que los cataloga como mercados multilaterales. Esto se debe a que se aprecian dos mercados, uno para los lectores y otro para los anunciantes, y con efectos de red indirectos entre ellos. Entre los motivos que encontramos para ello, se observa que no hay ninguna transacción directa entre lectores y anunciantes. La gente no compra un periódico o una revista por los anuncios que haya en ella, sin embargo, si podría darse el caso de que un periódico con demasiados anuncios, dejara de ser atractivo para los usuarios de éste. Además de que, a mayor número de lectores, mayor será el número de anunciantes que quiera publicitarse en la revista o periódico (WISMER *et al.* 2017).

Igualmente, podemos mencionar el caso de las tarjetas de crédito como por ejemplo American Express, también se trataría de una plataforma de más de un lado, ya que por un lado tenemos al poseedor de la tarjeta, y por otro lado al comerciante que decide permitir el cobro con esta tarjeta en función de unos criterios. Además del hecho de que American Express no es sólo una tarjeta que ofrece los servicios tradicionales de una tarjeta de crédito, sino que también ofrece una diversidad de servicios muy amplia, entre los que se encuentran seguros de viaje, servicios corporativos, etc. Puede observarse que una persona tendrá más interés en adquirir una tarjeta si sabe que la puede utilizar en diversos establecimientos. Lo mismo pasaría con los comerciantes, que van a decidir aceptar o no una tarjeta en función del número de usuarios que podría acudir a su establecimiento con la intención de pagar con dicha tarjeta (ROBLES 2016b).

Como aproximación al conocimiento de cómo funcionan estas plataformas, podemos observar cómo por ejemplo, en el caso de Facebook o Twitter, así como otras redes sociales, existen efectos de red directos que hacen que si aumenta el número de usuarios de la red, aumente la utilidad que para los usuarios tiene usar los servicios de esa red. O los efectos de red indirectos que se aprecian en plataformas como Uber, que a mayor número de usuarios, mayor será la demanda de conductores que quieran formar parte de ella (ROBLES 2016b).

Cabe matizar que el concepto de mercado de varios lados o *multi-sidedness* no se aprecia sólo en los modelos de plataformas online (como Uber, Amazon, Facebook...), los cuales se denominan mercados online, sino que también está presente en los llamados

mercados offline, entre los cuales encontraríamos los periódicos, revistas y tarjetas de crédito que ya hemos mencionado anteriormente (WISMER *et al.* 2017).

2.2. Casos emblemáticos de *multi-sided platforms*

La presencia de *multi-sided platforms* se ha extendido por todo el mundo, por lo que las autoridades de competencia de diferentes partes del mundo han tenido que tomar decisiones y dictar resoluciones para afrontar la problemática de la nueva concepción de mercado relevante para estos nuevos mercados. Entre ellas, encontramos resoluciones, tanto de la Comisión Europea a nivel europeo, como de autoridades de la competencia de países de la UE, como del *Bundeskartellamt*, autoridad de la competencia alemana, así como de las autoridades de competencia de Estados Unidos, que son pioneros en dictar resoluciones sobre estos temas.

Un caso remarcable sería el asunto de Estados Unidos contra American Express, que tiene relevancia en este trabajo, ya que precisamente trata la existencia de este doble lado de la plataforma. Uno de los aspectos por los que se acusaba a American Express de estar llevando a cabo prácticas anticompetitivas <<al prohibir que los comerciantes ofrecieran a los titulares de las tarjetas descuentos u otros incentivos para que usaran determinada tarjeta, manifestaran su preferencia por una u otra o, incluso, informara a los compradores sobre los costes para el vendedor de cada tarjeta>> (ROBLES 2016b, p. 1) era debido al poder de mercado que tiene American Express, por lo que estas actividades afectaban directamente a la competitividad de sus rivales.

Esto es debido a los efectos de red indirectos que en un principio habría en esta plataforma, ya que el aumento o disminución de los precios en un lado de la plataforma, afectaba al otro lado, de manera que, reduciendo los costes para los titulares de la tarjeta, u otorgándoles más beneficios, hacía que fuera más atractivo para estos. No obstante, bajar los precios en un lado de la plataforma o aumentar los beneficios en los servicios ofrecidos, conllevaba un aumento de las comisiones cobradas a los comerciantes. De aquí esta interdependencia y por tanto no se podía excluir el mercado conformado por los emisores de tarjetas de crédito al analizar la práctica discriminatoria que había llevado a cabo al otro lado

de la plataforma con los comerciantes (United States v. American Express Co., No. 15-1672, 2016).

Este caso es importante para mostrar la divergente tendencia que están tomando los Tribunales de EEUU frente a los europeos. En contra de la tendencia europea y de la Comisión, tal y como se había dejado ver en determinada doctrina norteamericana, en este caso se establecía que, aunque sea un *two-sided market*, al haber transacciones directas entre ambos lados de la plataforma, se entendía que solo había un mercado relevante que iba a ser objeto de estudio.

Otro ejemplo, sería la decisión del *Bundeskartellamt* en una fusión de dos plataformas de citas online, en la que se establece que se trata de una plataforma de diferentes lados, por un lado estarían los servicios de *Matchmaking*, y por otro, los servicios propios de citas. No obstante, se reconoce que en estos casos, al tratarse de una plataforma que pretende conectar, en la mayoría de los casos, hombres con mujeres, es esencial la participación de los dos, además de que ambos lados tienen la misma perspectiva en cuanto a la sustituibilidad del producto. En base a esto, declara que se trata de un solo mercado, sin diferenciar ambos lados (Bundeskartellamt, Case B6-57/15, 2015). Esta decisión se mantiene en la línea de la que habían marcado en otro caso (Bundeskartellamt, Case B6-39/15, 2015).

Otro de los casos resueltos por la Comisión es el de Travelport/Worldspan, mediante el cual se fusionaban dos compañías de GDS (*Global Distribution System*), que se catalogaban como plataformas de varios lados, sin embargo, la Comisión resolvió el asunto considerando que sólo se definía un mercado, y este era en general el mercado de GDS. Por lo tanto, incluía dos tipos de servicios en un mismo mercado (COM, Case COMP/M.4523, 2007).

Según el concepto tradicional si en un mercado no se generaban beneficios o transacciones al no cobrar a los clientes por los servicios, ese mercado no debía tenerse en cuenta. Sin embargo, como ya hemos comentado, en el momento en el que hay otro mercado (en el que sí se cobra a los usuarios y por tanto, se generan ingresos) que está interrelacionando con ese, y por lo tanto, existen efectos de red indirectos, sí que hay que contar también con ese otro mercado. Eso ha sido lo que ha establecido el *Düsseldorf Higher Court* en el caso HRS (Düsseldorf Higher Regional Court, Case VI Kart 1/14 (V), 2015).

Pese a esos ejemplos, puede observarse una falta de consenso a nivel mundial, pero incluso ni las propias autoridades de competencia, como la Comisión Europea, son capaces de resolver casos similares con resultados parecidos, ya que cada caso, aunque no disten mucho las características de uno a otro, tienen muchísimas particularidades que hacen que cada asunto sea tratado de manera específica, lo cual lleva a tomar decisiones que a primera vista pueden llegar a no parecer muy concordantes con decisiones previas.

III. ANÁLISIS JURÍDICO DEL MERCADO RELEVANTE DE LAS *MULTI-SIDED PLATFORMS*

1. Normativa y jurisprudencia relevante

1.1. Contextualización jurídica europea e internacional

Ya se ha indicado qué normativa española es de aplicación para los problemas generados en el ámbito del derecho de la competencia. No obstante, dado que el objeto de estudio son las plataformas tecnológicas, las cuales son un fenómeno global, cabe atenerse a lo que ha expuesto la Unión Europea, así como ver las decisiones que están tomando otros países extranjeros para poder recopilar toda la información y las diversas opiniones existentes para poder establecer juicios más adecuados.

A nivel de la Unión Europea, la normativa aplicable² la encontramos contenida, sobre todo, en los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Asimismo, otra pieza clave sería el Reglamento (CE) 1/2003, de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, así como el Reglamento (CE) 139/2004, sobre el control de las concentraciones económicas, resultando especialmente relevante para este trabajo, al tratarse de un aspecto concreto, las diferentes Directrices y Comunicaciones de la Comisión Europea que vamos a analizar con más detalle a continuación.

La importancia de estas Directrices y Comunicaciones reside en que serían el denominado *soft Law*, y por tanto, su contenido vincula a la Comisión Europea en sus decisiones. Contra estas decisiones que toma la Comisión Europea, respecto a prácticas no permitidas por la normativa europea, se puede interponer un recurso ante el Tribunal General. Asimismo, siempre estará la instancia superior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra las sentencias dictadas por este último Tribunal.

² Para más conocimiento acerca del funcionamiento y normativa aplicable, acceder a: https://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm

Otro aspecto a tener en cuenta, es que la Unión Europea también se ha ocupado de las reclamaciones de daños y perjuicios que pueden llevar a cabo los consumidores y compradores. Encontramos a este respecto, la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre indemnizaciones de daños (Directiva 2014/104/UE). En esta línea, cabe hacer hincapié en las acciones colectivas, las cuales están muy extendidas en los Estados Unidos y que también están presentes, aunque menos, a nivel europeo.

Una comunicación que ya hemos analizado y comentado por su relevancia, es la “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia” (Comunicación COM, 9 de diciembre de 1997). Sería la más general y nos ayuda a comprender la definición de mercado relevante tradicional.

También podemos mencionar la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una estrategia para el mercado único digital de Europa” (Comunicación COM, 6 de mayo de 2015). En esta Comunicación se destaca que la Unión Europea pretende mejorar el acceso al comercio online, tanto por parte de los consumidores, como de las empresas. (Informe COM, 10 de mayo de 2017). Cabe tener en cuenta que la relevancia de esto se debe a que la Unión Europea tiene uno de los mayores mercados de comercio online. El “*Eurostat Community Survey on ICT usage in households and by individuals, 2016*” sostiene que ha aumentado de un 30% en 2007 hasta a un 55% en 2016 la compra de productos y servicios a través de una plataforma online. De aquí la importancia de tener que actuar al respecto (Informe COM, 10 de mayo de 2017).

En esta estrategia de crear un mercado digital único para toda Europa tiene un papel crucial la normativa europea que surge con el fin de impedir el bloqueo geográfico injustificado (R (UE) 2018/302). En el comercio online, un consumidor español sufría más restricciones al querer comprar un producto de Alemania que un producto de su propio país, por ese motivo aparece esta nueva regulación que va acorde con los nuevos objetivos de la Unión Europea.

También cabe destacar la “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” que pretende hacer una aproximación a los conceptos económicos de las plataformas online y hace un estudio sobre el impacto y los beneficios que aportan a Europa, haciendo una comparativa con terceros países.

En este contexto cabe mencionar la “*Vertical Block Exemption Regulation*” (R (UE) 330/2010), en adelante VBER, mediante la cual la Unión Europea permitió algunas excepciones en cuanto a la aplicación del artículo 101 del TFUE. Permite en los contratos de distribución vertical, que se imponga a los minoristas la prohibición de revender sus productos a determinadas plataformas. En base al art. 101 del TFUE esta conducta estaría prohibida, sin embargo, con esta regulación quedaría permitido aunque sólo para los casos en los que esta acción se esté llevando a cabo por motivos cualitativos. Un ejemplo sería el caso del mercado de los bienes de lujo. Esta exención no se hizo pensando en los mercados online, no obstante, la aplicación de esta normativa también está funcionando bien en estas plataformas. Como sabemos que la innovación tecnológica va a seguir creciendo exponencialmente, con la inteligencia artificial y con la aplicación de algoritmos para la determinación de precios, la Comisión Europea es consciente de la posibilidad de que esta regulación quede obsoleta al hacer frente a los nuevos progresos (Informe COM, 10 de mayo de 2017).

El fenómeno del comercio online es global, lo que conlleva problemas legales a esos niveles. En estos momentos, no hay ninguna autoridad de la competencia a nivel internacional con fuerza superior a la de los Estados, por lo que estos conflictos suelen ser resueltos por las autoridades de la competencia internas de los Estados. En la Unión Europea, los Estados Miembros sí que son llamados a cumplir con la normativa de la Comisión.

Estados Unidos es líder en la creación de plataformas online y en la comercialización de ideas, le sigue Asia, quedando Europa en una posición más pobre en este aspecto. Cabe destacar que estas plataformas son el modelo de negocio más exitoso en el sector de Internet. De hecho, el 70% de las *start-up* más valiosas son plataformas online. Estas serían las llamadas empresas “unicornio” por tener un valor superior al billón de euros (*Staff working document* COM, 2016).

Debido al liderazgo del país norteamericano en la difusión de estas plataformas, acudimos a las normas de defensa de la competencia de Estados Unidos para observar cómo están afrontando esta nueva coyuntura. Lo estudiaremos en el siguiente apartado por su importancia ya que son pioneros en dictar resoluciones sobre estos casos. Observaremos también opiniones divergentes a las expresadas por la Comisión en los últimos años.

En el panorama internacional, la República Popular China ha adoptado una Ley de Comercio Electrónico que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2019 y que dispone de regulaciones en materia de competencia que sirven de complemento a las normas de defensa de la competencia del país. La introducción de estas cláusulas cambia la lógica de la aplicación de la normativa china a las prácticas anticompetitivas. Se aprecia a nivel internacional la complejidad de aplicar la regulación tradicional en la materia para hacer frente a estos nuevos modelos de negocio (LI y YOULIN 2019).

La Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) o conocida por sus siglas en inglés (OECD), ha elaborado un informe que aborda los retos que suponen para las autoridades de competencia la irrupción de estos nuevos modelos de negocio “*Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*”. Este informe elaborado en base a artículos tanto académicos como de antiguos cargos de autoridades de competencia europeas y estadounidenses, puede ser un punto de partida para valorar a nivel internacional el nuevo escenario que las plataformas digitales presentan desde el punto de vista del Derecho de la competencia (ZAFRILLA 2018).

En definitiva, habrá que atenerse a lo que dispongan las autoridades de competencia nacionales de los diferentes países del mundo para resolver la situación ante la que nos encontramos. La proliferación de plataformas tecnológicas y el aumento de las transacciones comerciales electrónicas que se esperan para los próximos años puede promover la movilización por parte de los Estados de crear un organismo internacional que controle la competencia a estos niveles.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) o conocida por sus siglas en inglés (WTO) es la máxima autoridad a efectos de promover el comercio internacional. A nivel internacional también contamos con la presencia de otros organismos como “*United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*”, numerosos acuerdos internacionales de cooperación en

estas materias y con la “*International Competition Network (ICN)*”. La ICN fue creada como un foro para promover la cooperación entre autoridades de la competencia cuando se trataban casos que traspasaban al plano internacional y ha adquirido una especial relevancia en la situación actual (WHISH y BAILEY 2011).

1.2. Diferencias entre las medidas de EEUU y la Comisión Europea

En las últimas décadas se ha observado más que nunca la necesidad de cooperación entre diferentes autoridades de la competencia debido a la proliferación de grandes multinacionales operando a nivel global. Cuando estas empresas afectaban a la competencia de diferentes Estados, surgía la duda de si las autoridades de competencia de un Estado podían aplicar su normativa extraterritorialmente. La Comisión Europea y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos han llevado a cabo investigaciones a nivel mundial y ejemplos de esto son los cárteles de “*Vitamins*” y “*AirCargo*”. También se ha contemplado la posibilidad de extraditar ciudadanos no estadounidenses por llevar a cabo prácticas anticompetitivas para ser juzgados ante las autoridades norteamericanas (WHISH *et al.* 2011).

Una vez localizada la normativa europea, observamos la regulación estadounidense en materia de Derecho de la Competencia. Entre ellas, cabe destacar “*Sherman Antitrust Act of 1980*”, “*Federal Trade Commission Act of 1914*” y “*Clayton Antitrust Act of 1914*”. También cuentan con las “*Horizontal Merger Guidelines of 2010*” en las que se describen las técnicas para proceder a la hora de identificar prácticas que restrinjan la competencia. Las normas de competencia de Estados Unidos están afrontando los mismos retos que la Comisión Europea en cuanto a su aplicación a los *multi-sided markets*. El caso de “*Microsoft*” en 1990 provocó un punto de inflexión en el país norteamericano en cuanto a la forma de abordar los conflictos de competencia derivados de plataformas tecnológicas (CNBC 2019).

Las normas sobre competencia de Estados Unidos también han sido objeto de estudio en diversas ocasiones en cuanto a su aplicabilidad extraterritorialmente. Internamente, se observan discrepancias entre las opiniones emitidas por diferentes jueces dentro del territorio

estadounidense³. De hecho, cuentan con las “*Antitrust guidelines for international enforcement and cooperation*” emitidas por “*U.S. Department of Justice*” (en adelante, DOJ) junto a la “*Federal Trade Commission*” (en adelante, FTC), que exponen cómo actuar en un conflicto de competencia a nivel internacional, en cuanto a su cumplimiento y cooperación. Se observan numerosos casos en los que el país norteamericano pretende aplicar extraterritorialmente sus leyes como el actual contra Huawei o como el del Mexicano “*United States of America v. Marciano Millan Vasquez (Chano)*” (United States District Court, No. 17-50564, 2018).

En la sentencia “*Reiter v. Sonotone Corp.*” se expone por primera vez, después de muchos años de una tendencia más prohibitiva en cuanto a las concentraciones de empresas, que se atendería principalmente al bienestar de los consumidores. Si una empresa se fusionaba con otra, pero eso no afectaba a la calidad del producto, ni al precio, se permitía la fusión ya que se empezó a observar en las concentraciones de empresas una oportunidad de mejorar la eficiencia económica del país y de innovar. Esta tendencia es la que se ha mantenido en Estados Unidos hasta hoy día. Como muestra de ello, el número de empresas en Estados Unidos se ha visto reducido notablemente y la concentración de empresas está presente en todos los sectores de la economía. El caso *Microsoft*, así como las investigaciones que el FTC junto al DOJ tienen abiertas contra Facebook, Apple, Amazon y más empresas tecnológicas, están haciendo que se replanteen la manera de aplicar las leyes de la competencia (CNBC 2019).

Por parte de los tribunales de Estados Unidos, hay diferentes tendencias en base a las particularidades de cada caso. En la resolución “*United States v. Visa U.S.A., Inc. (2004)*” se reconoce que el llevar a cabo prácticas excluyentes, aunque no se llegue a expulsar a los rivales del mercado, tiene consecuencias negativas en la competencia. En la misma línea encontramos el caso “*United States v. Blue Cross Blue Shield of Michigan*” (United States Court, 726 F. Supp. 1517, 1989) que demuestra que una restricción vertical en un lado de la plataforma puede perjudicar a los usuarios del otro lado. Observamos sin embargo que

³ Casos en los que jueces estadounidenses determinan la aplicabilidad de sus normas fuera de Estados Unidos: “*United States v Aluminum Co of America (Alcoa)*” y “*Hartford Fire Insurance Co v California*”. En contraposición, el caso “*American Banana Co v United Fruit Co*” expuso que la “*Sherman Act*” no sería de aplicación a actividades fuera de Estados Unidos.

“*United States v. Microsoft Corp. (2001)*” sostiene que las transacciones o conductas unilaterales que se puedan llevar a cabo, si dan lugar a una mayor eficiencia, podrían servir de base a una justificación para llevar a cabo estas conductas. Esta tendencia es la que nos lleva a cuestionarnos si se trata de una práctica anticompetitiva al excluir a la competencia, o si por el contrario, de una práctica competitiva al generar eficiencias. En el contexto actual, una misma actuación puede llevar a mejorar o empeorar el bienestar de los consumidores dependiendo del supuesto (OECD 2018).

La Comisión Europea ha reconocido que incluso las prácticas que dejan fuera a competidores menos eficientes pueden dañar la competencia en determinadas circunstancias. Así como que, a causa de los efectos de red, aunque se practique una conducta colusoria en un lado del mercado, podría afectar a la eficiencia de los rivales del otro lado. En el caso de la Comisión “Microsoft/LinkedIn” (Commission, Case M.8124, 2016) no se contempló el *multi-homing* en la definición de mercado relevante. En la sentencia del DOJ contra Master Card y Visa, se dictamina que se está dañando la competencia al prohibir determinadas formas de *multi-homing*. Shelanski, Knox y Dhillon también se han pronunciado al definir las “*multi-sided platforms*” como “*matching platforms*”, plataformas que sirven para poner en contacto a los usuarios y también reconocen la diferencia entre “*transaction platforms*” y “*non-transaction platforms*” (OECD 2018).

La divergencia de opiniones no tiene que enfocarse como una amenaza en el caso de una cooperación entre las autoridades de la competencia estadounidenses y europeas, sino como una oportunidad de conocer las diferentes perspectivas. No permitir prácticas anticompetitivas, pero suscitar aquellas que puedan promover la innovación y eficiencias económicas entre las empresas. Dejar de lado las discrepancias, así como fomentar la colaboración entre autoridades de la competencia nacionales en conflictos globales va a ser una pieza clave para afrontar con éxito la nueva era a la que se enfrenta el Derecho de la competencia.

2. Aspectos característicos

2.1. Bases para determinar el mercado relevante de las *multi-sided platforms*

Las plataformas online tienen hoy en día un rol económico y social muy importante, aumentan el bienestar de los consumidores e incrementan los beneficios de las empresas. Este sería uno de los motivos que han propagado las inquietudes acerca de estos modelos de empresa y cómo se deben regular. Un ejemplo de ello sería la intención por parte de la Unión Europea de crear un mercado digital único (Comunicación COM, 6 de mayo de 2015).

Los mercados de dos lados se caracterizan por vender dos tipos de productos a dos grupos de consumidores diferentes. Así como por la presencia de efectos de red indirectos entre ambos lados, que son los causantes del dinamismo de estos mercados. Una empresa que sepa llevar a cabo las acciones correctas para ganar poder de mercado, lo conseguirá de manera mucho más rápida que en los mercados tradicionales, hecho que también puede conllevar la creación de barreras de entrada que minimicen la competencia. Esto supondría riesgos para la competencia ya que podría otorgar poder de mercado a determinadas empresas, y que alguna llegara a ostentar una posición dominante. El primer paso para saber si nos encontramos ante un monopolio o ante una empresa con tal poder de mercado sería conocer el mercado relevante de dicha empresa. Determinarlo correctamente es de crucial importancia ya que una delimitación imprecisa podría llegar a prohibir una conducta que en realidad es beneficiosa para la sociedad, o por el contrario, permitir una actuación que dañe la competencia (ROBLES 2016a).

En primer lugar cabe aclarar la diferencia entre “*non-transactions platforms*” y “*transactions platforms*”. Las primeras son aquellas en las que no hay interacción directa entre los usuarios finales de esa plataforma. A modo de ejemplo estaría Google, en el que por un lado están los anunciantes, y por el otro lado, los usuarios que acceden a Google para usarlo como motor de búsqueda. Dado que no hay una transacción directa entre anunciantes y los otros usuarios de Google, la doctrina mayoritaria está optando por considerar que ante esta situación se deberían definir dos mercados relevantes, uno para cada lado. Todo esto sin dejar de tener en cuenta los efectos de red indirectos entre ellos. Los segundos serían en los que sí

ocurre una transacción entre los consumidores finales. Este sería el caso de AirBnB, ya que, de hecho, la finalidad de esta plataforma es poner en contacto a ofertantes con personas que buscan alojamiento. Aquí la situación sería más compleja ya que hay resoluciones como la de American Express en las que se ha establecido que se trataría de un único mercado relevante que engloba ambos lados de la plataforma y las externalidades que éstas generan (MANDRESCU 2017).

Para determinar el mercado relevante en el que actúa una empresa, se suele utilizar el conocido “*Small-But-Significant-Non-Transitory Increase-in-Price Test*” (en adelante, SSNIP)⁴. Este test como su propio nombre indica, consistiría en ponernos en la situación de una empresa que goza de una posición de monopolio en un mercado y que tiene poder suficiente para subir el precio de su producto. Consistiría por tanto, en una subida entre un 5-10% del precio competitivo del producto, por un año (para que no se trate de una situación solo temporal) y observar si los beneficios de la empresa bajan. Si ese fuera el caso, las empresas a las que ha acudido el consumidor para proveerse de los productos que, de no haber aumentado los precios de la otra empresa, se los hubieran comprado a ella, son empresas que venden los productos sustitutivos de la primera empresa. Formarían parte del mismo mercado relevante.

Este test es utilizado de manera asidua en los mercados unilaterales, sin embargo, adquiere ciertos matices en su aplicación a mercados multilaterales. Especialmente, en “*non-transaction platforms*” el SSNIP se tendría que aplicar por separado a cada mercado diferente que hubiera. En “*transaction platforms*”, habría que tenerse en cuenta la suma total del precio pagado por ambas partes partícipes en ese mercado. Las externalidades que un lado de la plataforma genere a la otra y viceversa no deben ser ignoradas.

En el caso de una plataforma de dos lados (X e Y) que tiene efectos de red indirectos positivos entre ellos, nos encontraríamos con que al aplicar el SSNIP en el lado X, evaluaríamos las consecuencias que pasarían sólo en ese lado. No obstante, si el SSNIP conllevara una reducción de los usuarios en el lado X de la plataforma, debido a que son positivos los efectos de red indirectos en esta plataforma, daría lugar a una disminución de la demanda del producto del lado Y, que, en el mismo sentido, reduciría aún más las pérdidas en el lado X.

⁴ Conocido también por su equivalente en Estados Unidos “*hypothetical monopolist test*”.

Esto daría lugar a unas pérdidas mucho mayores de las que en un inicio había previsto la aplicación normal del SSNIP al lado X, delimitando un mercado relevante más pequeño de lo que en verdad es, por lo que nos llevaría a pensar que una empresa goza de más poder de mercado del que en realidad dispone. Este procedimiento para calcular los efectos de red indirectos puede ser aplicado para todos los lados de la plataforma e independientemente de si hay efectos de red indirectos negativos o positivos (OECD 2018).

Otro aspecto característico de algunas plataformas tecnológicas es que haya un lado de la plataforma en el que los usuarios no pagan. En estos supuestos, se podría aplicar el SSNIP en el lado en el que sí se pagara, pero no podría aplicarse en el lado en el que el precio es cero. Aunque el precio es una de las herramientas para medir la competitividad, no es la única, y en las plataformas en las que hay un lado en el que los usuarios no pagan, lo que entra en juego es la diferenciación por calidad o variedad. Asimismo, podría aplicarse el “*Small-But-Significant-Non-Transitory Decrease-in-Quality Test*” (en adelante, SSNDQ), el cual seguiría la misma lógica del SSNIP, pero sería el caso en el que el hipotético monopolista llevara a cabo una reducción de la calidad del producto y analizar si en ese caso bajaría la demanda de dicho producto. Una controversia que genera es que no está claro, que, si hay productos sustitutivos, una empresa no bajaría la calidad del suyo por miedo a que sus consumidores acudan a las otras alternativas. O por lo contrario, la disminuiría en base a que quizás tiene competencia manteniendo un producto de calidad pero no la tiene en un mercado ofreciendo un producto de una calidad inferior.

De cualquier manera, es un buen método para aplicar en los lados de una plataforma en las que el precio es cero. En el caso de que se viera que los productos sustitutivos de ese lado de la plataforma fueran de pago en otras plataformas, para analizar el mercado relevante de ese lado, sería conveniente aplicar el SSNIP en la plataforma que sea de pago. Ante esta situación, generaría dudas la aplicación del SSNDQ porque este hecho hace pensar que quizás el precio sí es una herramienta de competitividad importante en ese mercado (OECD 2018).

2.2. Análisis de externalidades y efectos de red indirectos

Los efectos de red indirectos tienen un papel muy importante en la definición de mercado relevante en los *multi-sided markets* ya que están muy presentes. Los efectos de red pueden ser directos, cuando se dan dentro del mismo grupo de usuarios. Este sería el ejemplo de Facebook, que cuantos más usuarios tiene la plataforma, mayor es la utilidad del resto de usuarios de seguir utilizándola. O pueden ser efectos de red indirectos, cuando un grupo de usuarios de una plataforma se beneficia o se ve afectado por un aumento o disminución de los consumidores del otro lado de la plataforma. Un ejemplo sería Amazon, que cuanto mayor sea el número de vendedores, más aumentará la participación de usuarios en la plataforma y viceversa. Ya hemos observado que estos efectos de red indirectos pueden ser tanto positivos como negativos. Una mayor intensidad de estas externalidades afectará en mayor medida a la estructura de precios de la plataforma, pudiendo dar lugar a que un lado de la plataforma soportara un precio mayor en compensación al bajo precio que estuvieran pagando en el otro lado. De la misma manera, una mayor presencia de estos efectos de red complicará más la tarea de análisis por parte de las autoridades de la competencia, ya que cada afectación a un lado de la plataforma va a tener repercusiones en el resto (MANDRESCU 2017).

Es usual que la intensidad con la que se dan estos efectos de red indirectos en las *multi-sided platforms* sea de manera asimétrica. Es decir, que un mayor número de usuarios quieran formar parte de la comunidad de LinkedIn, no va a conllevar de manera directa un aumento en los beneficios de la plataforma. Los anunciantes que quieran colocar su publicidad en LinkedIn serán los que aumentarán los ingresos de la plataforma. En este contexto, los anunciantes van a estar más interesados en que mayor sea el número de usuarios que accedan a la plataforma, para que mayor sea el impacto de sus anuncios. Será mayor la externalidad que genera el lado de la plataforma en la que se encuentran los usuarios de la red social hacia los anunciantes, que el que el que los anunciantes puedan generar (*Staff working document COM*, 2016).

Las plataformas digitales se caracterizan por ser muy dinámicas. Esto se traduce en que dado su alto grado de innovación, la competitividad, así como el poder de mercado que adquieran estas empresas, puede quedar notablemente afectado a raíz de una nueva

innovación tecnológica. En relación con las externalidades que estas plataformas presentan, las posibilidades de innovar y de ganar poder de mercado se multiplican, tanto para bien como para mal.

En la creación de una *multi-sided platform*, la estrategia de negocio para atraer nuevos clientes, va a tener en cuenta que la existencia de usuarios en un lado de la plataforma, va a fomentar la aparición de usuarios en la otra y viceversa. En base a esto, el éxito de la empresa en cuestión no va a ir en función del número de clientes que consiga atraer, sino en la capacidad de generar demanda en ambos lados de la plataforma. Los efectos de red indirectos funcionan de manera que aunque se consigan muchos usuarios en el lado A de la plataforma, si no aumenta la demanda del lado B, los consumidores del grupo A acabarán abandonando la plataforma. Aquí surge el concepto de “*critical mass*”, haciendo referencia a la proporción de usuarios que tiene que atraer una empresa en ambos lados de la plataforma para poder ser viable a largo plazo. La consecución de la “*critical mass*” va a determinar la permanencia (o no) de la empresa en el mercado (*Staff working document COM*, 2016).

Las externalidades que se generan también afectan a la estructura de precios de la plataforma. No sería de aplicación la tradicional fórmula económica en la que el precio equivaldría al coste marginal sino que habrá que comparar los precios que ha pagado cada grupo de usuarios de la plataforma. AirBnB sería una muestra de *multi-sided platform* en la que el acceso a la plataforma por parte de los que buscan alojamiento es gratis. Que el precio sea cero en este lado de la plataforma, atrae más usuarios. Que haya más compradores interesa a los ofertantes de alojamiento, por ese motivo, AirBnB sólo cobra a los ofertantes. Esta capacidad que tiene la plataforma de cobrar sólo a uno de los lados, no implica que tenga poder de mercado. Los vendedores aceptan pagar por ambos lados de la plataforma como medida para propiciar un incremento de la demanda en el otro lado, ya que ellos salen beneficiados (ROBLES 2016a).

2.3. La no aplicación de la lógica de los mercados de un lado a los de dos lados

La aplicación del SSNIP a las *multi-sided platforms* sería una muestra de la dificultad que presenta la aplicación de las herramientas tradicionales a estos nuevos modelos de

negocio. Han surgido muchas dudas a nivel global acerca de si se debería crear una regulación específica para los mercados bilaterales. Esta idea ha sido rechazada debido a la estructura de estos mercados y por eso, se ha optado por aplicar los métodos tradicionales con algunos ajustes a estas plataformas. Al llevar a la práctica estos ajustes, hemos sido conscientes de la complejidad de haber optado por esta solución. Hay conceptos tradicionales que mantienen su lógica en estos mercados, como el hecho de tener en cuenta los productos sustitutivos para definir el mercado relevante. En las plataformas online, habrá que atenerse a la funcionalidad que tienen los productos. Si acudimos al caso de la fusión entre Microsoft y LinkedIn (Commission, Case M.8124, 2016) observaríamos que se tuvo en cuenta la diferencia entre el uso profesional, en contraposición al uso personal, de la red social. Atendiendo al criterio de funcionalidad, observaríamos ligeras diferencias como que LinkedIn tiene un componente mucho más profesional que Facebook y estos son los aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar los productos sustitutivos (MANDRESCU 2017).

El objetivo de fomentar la competencia por parte de las autoridades de la competencia tiene como finalidad, fomentar la innovación, generar eficiencias y mejorar el bienestar social de los consumidores. En estos nuevos mercados, esta lógica puede verse afectada ya que el hecho de que haya más competidores en un mercado, no va a significar directamente que se beneficie el bienestar social. (WRIGHT 2003) Hay que evaluarlo teniendo en cuenta los efectos de red indirectos que presentan estas plataformas, ya que quizás un número inferior de empresas en el mercado podría hacer aumentar las externalidades que estas presentasen, dando lugar a un mayor bienestar de la sociedad (WISMER *et al.* 2017).

La concentración que se está observando en estos mercados es causa de que aumente el riesgo de que se dé la situación conocida como "*cellophane fallacy*". Esta falacia ocurre cuando al aplicar un incremento en los precios, para descubrir si estamos ante una empresa con mucho poder de mercado, disminuirían las ventas de este producto aunque esta plataforma fuera un monopolio. Esto sucede cuando se presupone que el precio de mercado es el precio competitivo. Sin embargo, una empresa con suficiente poder de mercado puede haber subido los precios por encima del nivel competitivo. Si se suben aún más los precios, es normal que los beneficios de la empresa acaben disminuyendo. La última tendencia a la hora de definir dos mercados relevantes para cada lado de la plataforma en "*non-transaction*

platforms”, incrementaría el riesgo de que no se tuvieran en consideración todas las externalidades que se pudieran generar entre ambos lados. Para ello, se tendría que ajustar también el tiempo de espera para que se generen reacciones por parte del resto de intervinientes en la plataforma. Es decir, si en la aplicación del SSNIP, normalmente se considera que un año es tiempo suficiente para evaluar si disminuyen o no los beneficios de la empresa, en las *multi-sided platforms*, el lapso de tiempo va a ir en función de cuanto tarden en generarse estos efectos de red indirecto (OECD 2018).

La competitividad de estas empresas también viene influenciada por las particularidades en cuanto al comportamiento de sus consumidores. Puede tratarse de “*single-homing*” cuando hacen uso exclusivo de una plataforma. Los sistemas operativos serían un claro ejemplo de ello, la gente suele usar sólo uno, como Windows o Mac. El caso contrario sería el “*multi-homing*”, por el cual los usuarios utilizan varias plataformas de manera simultánea. Los usuarios de las tarjetas de crédito normalmente suelen disponer de varias, por ejemplo, no es extraño que una persona utilice Visa y American Express. Una plataforma de dos lados, en la que en un lado se da “*single-homing*”, y en el otro “*multi-homing*”, podría ostentar una posición dominante sólo en uno de los lados. Para fomentar el “*single-homing*”, tendrían que ofrecer al cliente grandes beneficios y ventajas, así como diversificar sus productos, y que bajase la utilidad del cliente al utilizar los servicios ofrecidos por otra plataforma (*Staff working document COM*, 2016).

Se ha observado que el lado que presenta “*single-homing*”, podría actuar como “cuello de botella” al no dar acceso a ese lado de la plataforma a los usuarios que participaran en más de una plataforma. Es decir, que actuará como una limitación a la elección de los usuarios, incentivando su comportamiento “*single-homing*” para hacer uso de los servicios de la plataforma. La clave en el “*multi-homing*” está en la diferenciación del producto. Un usuario acudirá a diversas plataformas a la vez si encuentra utilidades diferentes en los productos que oferta cada plataforma. Ambas situaciones justificarían la determinación de un mercado relevante más limitado, resultando en un mayor poder de mercado por parte de la empresa (OECD 2018).

El fenómeno “*multi-homing*” disminuye el riesgo de que una empresa ostente mucho poder de mercado debido a la libertad de movimiento de sus usuarios, asimismo, reduce los

efectos de red indirectos en los casos en que los usuarios están presentes en más plataformas. Cabe, no obstante, el riesgo de que una empresa con un lado “*single-homing*” y el otro lado “*multi-homing*”, aplique precios más altos en este último al no permitir a los “*multi-homing*” el acceso al lado “*single-homing*” (WISMER *et. al* 2017).

IV. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS Y RETOS PARA LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

1. Problemática prácticas anticompetitivas en *multi-sided markets*

1.1. Restricciones en acuerdos verticales y prácticas excluyentes

El artículo 101 del TFUE prohíbe los acuerdos entre competidores, ya sean verticales u horizontales. En ese contexto surgió la ya mencionada VBER que contemplaba excepciones a las prohibiciones contempladas en dicho artículo en base a algunas justificaciones. La aparición de las plataformas digitales ha aumentado la transparencia en el precio, así como la competencia. La competitividad generada en los precios es un aspecto positivo para el bienestar de los consumidores, no obstante, no lo será si los vendedores se centran únicamente en bajar precios, dejando de lado otros aspectos, como la calidad o la innovación (Informe COM, 10 de mayo de 2017).

Ante la reciente proliferación de *multi-sided platforms*, se han hecho presente acuerdos selectivos de distribución entre los productores y los minoristas para paliar las consecuencias de estos mercados. Estos acuerdos selectivos, en una primera instancia, quedarían prohibidos al caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE. No obstante, podrían quedar amparados por las excepciones contempladas en la VBER siempre que tal conducta fuera justificada por razones de calidad del producto. Junto con estos acuerdos, también se han observado otras conductas, como la prohibición de vender en plataformas online en general, o en alguna en particular, así como recomendaciones o imposiciones en los precios de venta al público (Informe COM, 10 de mayo de 2017). Podemos observar el caso Pierre Fabre (STC TJUE, C-439/09, 2011) en el que se determina que sería un incumplimiento de las normas de competencia europeas la prohibición de vender en el comercio online si no se da ninguna justificación. En otra perspectiva, se encuentra el caso Coty (STC TJUE, C-230/16, 2017) en el que se permitiría tal acción con el argumento de preservar la imagen de ciertos productos de lujo. También se observa la justificación de estas

restricciones verticales en base al concepto de “contratación incompleta”, debido a que la limitación en la venta de productos a determinados comerciantes podría incentivar la oferta de servicios adicionales que benefician al consumidor final, conocidos como los servicios postventa.

En contra de la última voluntad europea de crear un único mercado digital en Europa se encontraría el bloqueo geográfico, en el que se dan discriminaciones de precio o incluso prohibiciones de venta, en función del país en el que te ubiques. Este tipo de restricciones territoriales quedarían fuera de las excepciones contempladas en la VBER, de acuerdo al artículo 4. (b) de la norma. De manera que quedaría prohibida explícitamente esta conducta en el artículo 3 de la regulación sobre el bloqueo geográfico (R (EU) 2018/302). Un sector de la doctrina considera que estas discriminaciones geográficas podrían estar justificadas por la consideración de las diferencias en el poder adquisitivo de los compradores según el Estado Miembro al que pertenezcan, hecho que podría beneficiarlos (BOTTA y STASI 2017).

Entre las prácticas excluyentes que se observan en estas empresas, la imposición de precios predatorios en las plataformas online es la que está generando más controversia. Partiendo de la base de que a la hora de valorar si una empresa está utilizando precios sumamente bajos, que incluso le generen pérdidas, se deberán tener en cuenta todos los lados que conformen la plataforma. De esta manera se compensaría el hecho de que en un lado de la plataforma el precio fuera cero, haciendo balance con lo que se cobre al otro lado.

La capacidad que tienen las empresas de aplicar precios predatorios es mayor debido al dinamismo de estos mercados, disponen del poder de cambiar los precios de una manera ágil y discriminar en función de la persona que está comprando, así se puede dar la situación de que en un lado de la plataforma apliquen precios predatorios y al otro lado no. Se convierte en una tarea extremadamente compleja la de determinar por parte de las autoridades de la competencia si una plataforma está llevando a cabo estas malas prácticas (MANDRESCU 2017).

1.2. Uso de datos y automatización de precios en las plataformas online

La recolección de datos, así como su procesamiento para su posterior aplicación a los efectos de detectar patrones u obtener información es un tema que está en el punto de mira de las autoridades. Las posibilidades de acumular grandes volúmenes de datos, también conocido como “big data” se multiplican en el comercio online. A nivel global, el buen uso del big data aporta beneficios a la sociedad, permitiendo mejorar productos y servicios, así como generando eficiencias en las compañías. No obstante, se podrían llegar a observar conflictos con las leyes de competencia en el momento en que la información que se esté procesando pudiera afectar la competitividad entre empresas, como compartir datos acerca del precio o de las cantidades vendidas (Informe COM, 10 de mayo de 2017). El gran acceso a datos del que disponen las plataformas online junto a los efectos de red pueden llegar a aumentar el poder de mercado de las empresas aumentando las barreras de entrada (WISMER *et al.* 2017).

El fácil acceso a Internet a través de nuestros teléfonos u ordenadores, así como el hecho de que muchas empresas llevan a cabo sus actividades online, no para de incrementar exponencialmente la cantidad de datos acumulados en el “universo digital”. Las plataformas tecnológicas adquieren un rol importante debido a que recolectan una inmensa variedad de datos y a gran escala. Hemos observado que por parte de la Unión Europea ya se han tomado medidas para remodelar la regulación de protección de datos (R (UE) 2016/679), fomentando el uso de técnicas como anonimizar los datos, encriptarlos, y establecer unos protocolos que mantengan la seguridad de los datos compartidos protegiendo a los usuarios. En base a esto, no deberíamos ser reacios a las posibilidades que puede ofrecernos el Big Data. Puede ayudar a poner en contacto a personas de manera más efectiva, optimizar y reducir costes y conocer nuevas oportunidades. No se debe olvidar que los resultados que se obtienen en el procesamiento de estos datos son superiores a lo que sería capaz cognitivamente un ser humano (*Staff working document COM, 2016*).

Mientras que las plataformas tecnológicas, benefician a los consumidores al permitirles navegar por diferentes páginas web buscando la mejor oferta, un aumento en la transparencia del precio también ha permitido la monitorización de los precios por parte de la competencia. La mayoría de los comerciantes hace un seguimiento del precio de sus

empresas rivales, e incluso dos tercios utilizan software automáticos que les permiten ajustar en tiempo real sus precios de venta en función de los cambios que vaya realizando la competencia. La Comisión Europea se ha pronunciado permitiendo el uso de estos softwares (Informe COM, 10 de mayo de 2017).

En la práctica, sin embargo, se ha observado que el uso de estos programas informáticos pueden conllevar consecuencias no deseadas. Puede dar lugar a situaciones similares a las de un cártel o de un acuerdo de colusión, con la dificultad de que no podrían enmarcarse en las prácticas prohibidas por el artículo 101 del TFUE, al no haber ningún acuerdo. En la medida en que se pruebe que la utilización de estas técnicas de seguimiento de los precios de nuestros rivales puede afectar a la competencia podría llegar a ampliarse el ámbito de aplicación del artículo 101 también a estas prácticas (MANDRESCU 2017).

1.3. Licencias de contenido digital

En el comercio electrónico se observa también mucha controversia alrededor de la obtención de licencias de contenido digital. Los propietarios de los derechos de *copyright* tienen el poder de restringir el acceso a estas licencias, pudiendo dar lugar a la creación de barreras de entrada en algunos mercados. Además, se da una superposición entre las normas de competencia con las normas de propiedad intelectual, pudiendo dar lugar a excepciones en la aplicación de las normas de competencia como los artículos 101 y 102 del TFUE, motivado razonablemente por cuestiones de derechos de autor. Este factor podría dificultar la consecución de un mercado digital único para Europa, ya que no hay armonización entre países acerca de la regulación de los derechos de propiedad intelectual (BOTTA *et al.* 2017). Para paliar estos efectos, en abril de 2019 surgió la directiva sobre *copyright* en el mercado digital único europeo (Directiva (UE) 2019/790).

Cada vez son más utilizados los contratos de exclusividad para otorgar este tipo de licencias, restringiendo la venta de determinados productos por parte de otros comerciantes. Además, los derechos de autor se suelen restringir contractualmente a su explotación a nivel nacional, como podemos observar en el caso de las películas o series de televisión, así como

en los partidos de fútbol. De la misma manera, estas restricciones se dan con más intensidad en algunos países de la Unión Europea en comparación a otros.

Otro aspecto que presenta dificultades es el tiempo de duración de estos contratos, ya que suelen durar entre 10 y 20 años. Como consecuencia de todo ello, podría dificultarse la aparición de nuevas plataformas online, así como de que estas empresas puedan crecer y expandirse a otros mercados o a otros países debido a no tener acceso a determinadas licencias o debido a restricciones contractuales. Se va a tener que seguir trabajando en el tema con la finalidad de valorar si la realización de estas prácticas está debidamente justificada (Informe COM, 10 de mayo de 2017).

2. Retos para las autoridades de la competencia

2.1. Reconsiderar ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE

La formulación de los artículos 101 y 102 del TFUE no se dio teniendo en cuenta las innovaciones tecnológicas que han acontecido los últimos años. A causa de esto, una estricta aplicación de estos artículos a las acciones llevadas a cabo por *multi-sided platforms*, podría actuar como obstáculo al desarrollo e innovación de estos nuevos modelos de negocio (ZAFRILLA 2018). Para que la aplicación de estos artículos sea efectiva, no habrá que fijarse en las prácticas llevadas a cabo en mercados tradicionales que quedarían enmarcadas bajo los supuestos contemplados en el artículo 101 y 102 del TFUE, sino observar si las diferentes actuaciones que se lleven a cabo en los *multi-sided markets* tienen como consecuencia las prácticas anticompetitivas expuestas en estos preceptos. Las posibles justificaciones por las que una empresa está realizando actuaciones que perjudiquen a la competencia también serán diferentes a las observadas en los mercados tradicionales (MANDRESCU 2017).

Ya hemos observado ciertas dificultades en la aplicación del artículo 101 del TFUE, que sanciona acuerdos y prácticas concertadas, como por ejemplo que se puedan producir las consecuencias negativas de un cártel sin que se llegue a dar un acuerdo explícito entre las partes. Asimismo, la comunicación entre empresas para llegar a acuerdos a nivel online es mucho más difícil de probar. Mientras que el artículo 101 del TFUE va a tener que afrontar los

retos sobre la automatización de precios mediante el uso de software, el artículo 102 TFUE, va a tener que hacer frente a estudiar si las conductas excluyentes que se desarrollan en las *multi-sided platforms* pueden estar justificadas.

2.2. Homogeneizar características y técnicas de aplicación

La tarea de fijar de manera más exhaustiva las características de estos mercados para que sean de fácil reconocimiento, así como establecer las diferentes técnicas que se van a aplicar, debería ser llevada a cabo por las autoridades de la competencia. Por ejemplo, se ha ido observando una preferencia por parte de la Comisión Europea de dar solución a estos conflictos optando por medidas cualitativas en vez de aplicar modelos económicos. En estos términos, también ha perdido importancia la cuota de mercado que dispongan las empresas a la hora de definir el mercado relevante a causa de los efectos indirectos que aceleran la innovación. El análisis de la competencia potencial, en contraposición, va a ganar importancia (ROBLES 2016a).

En cuanto a una regulación *ex ante* de las normas que deberían modelar este tipo de mercados, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en no regular este tipo de plataformas de una manera específica, ya que aún están siendo objeto de estudio y además se espera que evolucionen aún más. En base a esto, no se quiere limitar su potencial de crecimiento que puede dar lugar a futuros beneficios y tampoco se puede regular sobre una materia que no se conoce bien (ROBLES 2016a). Sin embargo, la falta de regulación específica y la resolución caso por caso, genera cierta inseguridad jurídica acerca las decisiones que pueda tomar la Comisión Europea en sus resoluciones. El hecho de que la normativa general sobre normas de competencia nos esté siendo suficiente en estos momentos para abordar los conflictos derivados de las plataformas bilaterales, no significa que ante una creciente evolución de las tecnologías, especialmente con el auge de la inteligencia artificial, toda esta regulación resulte inservible.

Por lo que respecta a la aplicación de la normativa de manera *ex post*, no habrá cabida a las prohibiciones absolutas, la manera de proceder ante conflictos en *multi-sided platforms*, será la de estudiar caso por caso las diferentes variables a tener en cuenta. Además, se

tendrán en consideración las dificultades que supone en estos mercados la definición de mercado y la facilidad con la que se puede obtener un resultado erróneo, como determinar que una empresa tiene una posición de dominio que realmente no tiene, o al revés.

2.3. Especial atención a los beneficios sociales y económicos

Las autoridades de competencia, al afrontar controversias acerca de las *multi-sided platforms* tendrán que ser cautelosos y no tomar decisiones en términos absolutos que puedan perjudicar los beneficios que pudieran generar estas plataformas. La transparencia en el precio, así como la posibilidad de cambiar del mercado online al offline con facilidad beneficia mucho a los consumidores, no obstante, esto podría ocasionar conductas de “*free-riding*”, en las que los usuarios se benefician de los servicios de las tiendas físicas pero luego efectúan la compra en la plataforma online, o que los usuarios primero comparen todos los precios online y luego acudan directamente a la tienda que tenga el precio más bajo. Habrá que mantener un balance para que la inversión que hacen las empresas en las tiendas físicas siga siendo viable, ya que ofrecen servicios que las plataformas online no pueden ofrecer y no se pueden perder. La posibilidad de comparar precios online con mucha facilidad aumenta la competencia en términos de precio, sin embargo, las autoridades de la competencia también tendrán que preocuparse de que se siga incentivando la competencia en términos de calidad e innovación que nos permita avanzar y garantizar la viabilidad de estas empresas a largo plazo (Informe COM, 10 de mayo de 2017).

Para proteger estos posibles beneficios, se requerirá de una mejor comprensión de estos modelos de negocio. Para ello resultan especialmente relevante las consultas, entrevistas y un constante dialogo con los empresarios partícipes en estos mercados. Asimismo, sería conveniente evaluar las resoluciones que la Comisión va emitiendo y valorar las diferentes consecuencias que esas decisiones han comportado. La inclusión de herramientas para proteger los intereses de los consumidores también se prevé que empiecen a usarse, no obstante, van a presentarse más dificultades en su aplicación debido a la falta de armonía entre los diferentes estados miembros respecto al uso de estas técnicas (BOTTA *et al.* 2017). La Comisión se ha pronunciado en este sentido afirmando que perseguir la

estrategia europea de mercado digital único, a la vez que se protegen los derechos de los consumidores, va a ser clave para mantener la fuerza competitiva de la Unión Europea. Se trata, por tanto, de establecer una balanza entre llevar a cabo regulaciones que defiendan los intereses de los individuos en las plataformas digitales y que aporten eficiencia y celeridad en los procesos, pero que sigan fomentando el crecimiento de estos modelos de negocios y de otros que puedan surgir (*Staff working document COM*, 2016).

La inclusión de nuevos conceptos para afrontar nuevas concentraciones en este sector, así como la modificación de estas innovadoras técnicas, o incluso la inclusión de una específica regulación para hacer frente a los sucesos que se vayan desarrollando en las próximas décadas van a venir determinadas por la intensidad, el dinamismo y la innovación que supongan la inclusión de las nuevas tecnologías que se esperan.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo ha quedado ilustrada la problemática asociada a la definición de mercado relevante en las *multi-sided platforms* y qué medidas se pueden tomar para evitarlo. Asimismo, ha quedado plasmada la importancia de seguir incentivando la innovación de estos modelos de negocio que generan bienestar social y promueven el crecimiento económico.

No existe una definición específica de *multi-sided platform*, pero parece que hay bastante consenso en decir que se caracterizan por empresas que actúan en dos o más mercados, que tienen dos o más grupos de usuarios con características diferentes y que los comportamientos de un grupo tienen repercusión en otro. Las autoridades de la competencia van perfilando caso por caso la manera de actuar frente a estos supuestos.

En el contexto de la Unión Europea, se sigue acudiendo a los tradicionales artículos 101 y 102 del TFUE para resolver controversias derivadas de estas empresas, asimismo, sigue siendo de aplicación la VBER para estos supuestos. Por otro lado, se han publicado Comunicaciones, Informes, Directivas y Reglamentos para poder enfocar la resolución de conflictos asociados a estas plataformas. De igual modo, diversos organismos internacionales han elaborado informes para orientar la actuación de las autoridades nacionales de competencia. En el panorama internacional, se aprecia la complejidad de aplicar la regulación tradicional sobre la materia para hacer frente a estos nuevos modelos de negocio. La falta de un organismo internacional que pueda resolver las cuestiones que traspasan al plano internacional va a dificultar la resolución de controversias. En este contexto, está la figura del ICN como organismo para promover la cooperación entre autoridades de la competencia en estos sucesos, pero surge la duda de si en un futuro se requerirá de la existencia de un organismo al que se le otorgue poder para la resolución de conflictos.

En Estados Unidos, se observa que antes eran más permisivos con las concentraciones de empresas y ahora se están sancionando conductas para defender los derechos de los consumidores. Aprecian la necesidad de resolver las controversias caso por caso y estar atentos si hay justificaciones a ciertas conductas que puedan generar eficiencias económicas o para los consumidores. Para mantener la competitividad, habrá que fomentar la

colaboración entre autoridades de la competencia, evitar visiones dispares y buscar el consenso.

Los efectos de red indirectos son muy importantes en la definición de mercado relevante de estas empresas. Hay que tenerlos en cuenta ya que podemos pensar que nos encontramos ante una plataforma con posición dominante y prohibir buenas conductas o permitir conductas anticompetitivas. Hay bastante consenso en que en una *transaction platform* debe definirse un sólo mercado que incluya los efectos de red indirectos. Para las *non-transaction platforms*, se definirán tantos mercados como lados haya en la plataforma con el consiguiente aumento del riesgo de que no se evalúen los efectos de red indirectos.

En relación con la aplicación del SSNIP, se aumentará el tiempo para analizar los efectos de dicho test, para permitir que los efectos de red indirectos hayan actuado. La problemática de aplicar el SSNIP a los lados de una plataforma en los que el precio fuera cero, se está solucionando mediante la aplicación del SSNDQ atendiendo a la calidad del producto. Se trata de una buena alternativa, pero aun así, los resultados deben ser examinados y razonados.

En cuanto a la no aplicación de la lógica de los mercados de un lado a los de dos lados, no se debe rechazar de manera absoluta la lógica anterior, ya que hay conceptos que siguen siendo útiles. Pese a no haber una regulación específica sobre la materia, es necesario un cambio de mentalidad para no impedir el crecimiento, pero vigilando qué conductas pueden afectar a la competencia.

Las restricciones en acuerdos verticales, en relación con la aplicación de la VBER, se va a permitir siempre que tenga por finalidad mantener la calidad de determinados productos, como los de lujo. Por el contrario, no va a sostenerse sin una debida justificación basada en estos valores. Del mismo modo, una restricción que provoca bloqueo geográfico no quedaría bajo la excepción de la VBER, y se prohibiría por ir en contra de la estrategia de mercado digital único. Un sector de la doctrina considera que el bloqueo geográfico podría estar justificado si se diera atendiendo a las diferencias de poder adquisitivo entre los Estados Miembros. También ha quedado plasmada la dificultad de vigilar la imposición de precios predatorios en este tipo de plataformas.

Mientras que el procesamiento de datos se lleve a cabo de manera segura, que las plataformas cuenten con esta información puede aportarnos beneficios. La problemática asociada a la automatización de precios se debe a que aunque no haya acuerdos entre empresas, las consecuencias son las mismas que las de un cártel. En el contexto de las licencias de contenido digital, habrá que seguir trabajando para disminuir las divergencias entre la normativa sobre copyright y la estrategia de mercado digital único europeo.

Habrá que reconsiderar el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE aunque no haya acuerdos colusorios, fijarnos en las finalidades de esas prácticas y observar si hay justificación a las conductas excluyentes. Además, se aprecia la necesidad de homogeneizar las características y técnicas de aplicación para evitar inseguridad jurídica. En la actualidad no se busca una regulación *ex ante* pero va a estar condicionada por el gran potencial de crecimiento de estas plataformas. Se deberá realizar *ex post* un estudio de las decisiones que toma la Comisión para evaluar sus consecuencias.

Los recursos que se han utilizado han sido de gran utilidad para el desarrollo de este trabajo, pero dificulta la labor el que no haya una normativa específica sino la resolución individualizada de los casos, así como el hecho de que existan decisiones contradictorias en base a que están justificadas por motivos diferentes.

A nivel de Estados Unidos también se han afrontado importantes dificultades ya que la recopilación de normativa se efectúa de manera diferente lo que dificulta la labor comparativa. En el plano internacional, hay mucha falta de consenso y tampoco se ha encontrado normativa o jurisprudencia muy extensa al respecto. No está consolidada y eso dificulta establecer juicios adecuados.

En definitiva, no está claro aún cómo afrontar la problemática de estas *multi-sided platforms* y esto vendrá determinado por las próximas innovaciones. No obstante, sabemos que será buscando un equilibrio entre perseguir la eficiencia económica, a la vez que se protege el interés de los consumidores y a la democracia.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Fuentes doctrinales

- BOTTA, M. y STASI, M. L.. *Competition Policy and E-Commerce after the EU Commission Sector Inquiry: What Comes Next?*. European University Institute, 2017.
- LI, Z. y YOULIN, Z.. *The Connection Between E-Commerce Law and Laws About Competition: System Logic and Future Enforcement*. Competition Policy International, 2019. Disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-connection-between-e-commerce-law-and-laws-about-competition-system-logic-and-future-enforcement/>
- DÍEZ ESTELLA, F.. <<Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?>>. *CEF Legal - Revista práctica de Derecho*. 2014, núms. 163-164.
- La contribución económica de las plataformas de *delivery* en España. ADIGITAL; AFI. 2019.
- MANDRESCU, D.. *Applying EU competition law to online platforms: the road ahead*. Europa Institute, 2017.
- *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. OECD, 2018. Disponible en: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.. *Posición de dominio, mercado relevante y regulación de las plataformas colaborativas*. Competencia y regulación, 2016. Disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com/2016/11/posicion-de-dominio-mercado-relevante-y.html>
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.. *Sobre el poder de mercado de las plataformas: el asunto United States v. American Express Company*. Competencia y regulación, 2016.

Disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com/2016/11/sobre-el-poder-de-mercado-de-las.html>

- *US antitrust law enforcers have Big Tech in their sights. Here's what's happening.* CNBC, 16 de agosto de 2019.
- WISMER, S.; BONGARD, C. y RASEK, A.. <<Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement>>. *Journal of European Competition Law & Practice*. Abril 2017, Volumen 8, núm. 4, pp. 257-262. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpw082>
- WHISH, R. Y BAILEY, D.. *Competition Law*. 7ª ed. Londres: Oxford 2011.
- WRIGHT, J.. *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*. National University of Singapore (NUS), 2003.
- ZAFRILLA, V.. *Informe de la OECD "Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms 2018"*. LVCENTINVS, 2018. Disponible en: <http://www.lvcentinvs.es/2018/05/03/informe-de-la-oecd-rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018/>

2. Fuentes normativas

- Europa:

- Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26 de diciembre de 2012. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>
- Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Diario Oficial de la Unión Europea, 23 de abril de 2010. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 4 de mayo de 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>
- Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2 de marzo de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32018R0302>
- Directiva 2014/104/UE del parlamento europeo y del consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 5 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104&from=ES>
- Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 17 de mayo de 2019. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&from=ES>

- Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 9 de diciembre de 1997, vol. 97. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29>
 - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 6 de mayo de 2015. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192>
 - Commission staff working document on Online Platforms, accompanying the document. *Communication on Online Platforms and the Digital Single Market*. European Commission, 2016. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-staff-working-document-online-platforms>
 - Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. *Informe final de la investigación sobre el comercio electrónico*. Comisión Europea, 10 de mayo de 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_es.pdf
 - Public Consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy. Comisión Europea, 24 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>
- **España:**
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, núm. 159, pp. 28848-28872. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15>

3. Fuentes jurisprudenciales

- Europa:

- Sentencia de 13 de octubre de 2011, C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cométique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* ECLI:EU:C:2011:649.
- Sentencia de 6 de diciembre de 2017, C-230/16 *Coty Germany gmbh v. Parfümerie Akzente gmbh* ECLI:EU:C:2017:941.
- Commission Decision 21 August 2007, *Travelport/Worldpan* (Case COMP/M.4523).
- Commission Decision 6 December 2016, *Microsoft/LinkedIn* (Case COMP/M.8124).

- Alemania:

- Bundeskartellamt Decision 25 April 2014, *Funke/Springer Programmzeitschriften* (Case B6-98/13).
- Bundeskartellamt Decision 20 April 2015, *Immonet/Immowelt* (Case B6-39/15).
- Bundeskartellamt Decision 22 October 2015, *Parship/Elitepartner* (Case B6-57/15).
- Düsseldorf Higher Regional Court 9 January 2015, *HRS* (Case VI Kart 1/14 (V)).

- Estados Unidos:

- *United States v. Blue Cross and Blue Shield of Michigan*, December 12, 1989, 726 F. Supp. 1517.

La problemática en la definición de mercado relevante de las *multi-sided platforms* desde la perspectiva del Derecho de la competencia

- United States v. American Express Co., September 26, 2016, No. 15-1672.
- United States v. Marciano Millan Vasquez, August 7, 2018, No. 17-50564.

La problemática en la definición de mercado relevante de las *multi-sided platforms* desde la perspectiva del Derecho de la competencia