



ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS DIGITALES: ¿NUEVOS TRUCOS PARA UN PERRO VIEJO?

ABUSE OF DOMINANT POSITION IN DIGITAL MARKETS: NEW TRICKS FOR AN OLD DOG?

JAVIER TAPIA CANALES¹
MANUEL ABARCA MEZA²

RESUMEN

Este trabajo resume los casos más recientes relativos a conductas unilaterales que se han iniciado tanto en Estados Unidos y Europa en contra de los denominados “Gigantes Tecnológicos” (Amazon, Google Facebook y Apple). Asimismo, muestra las soluciones regulatorias que se están planteando en distintas jurisdicciones para lidiar con las conductas que han dado lugar a tales casos. Esas conductas producen una tensión que está al centro del Derecho de la Competencia actual: si se trata de categorías nuevas que no son recogidas por el estándar tradicional del Bienestar del Consumidor, o si simplemente se deben a características propias de los mercados tecnológicos y que no producen (nuevos) problemas de competencia.

PALABRAS CLAVE

Gigantes Tecnológicos | conductas unilaterales | mercados digitales | neobrandesianos | bienestar del consumidor

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 1 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 13 de octubre de 2022.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** Conductas exclusorias, **2.1.** Self-preferencing, **2.2.** Preinstalación obligatoria; **3.** Conductas explotativas, **3.1.** Recolección excesiva de datos personales, **3.2.** Restricciones en un App Store; **4.** Conclusiones; **5.** Referencias.

ABSTRACT

This paper summarizes the most recent cases concerning unilateral conduct that have been brought in both the United States and Europe against the so-called “Tech Giants” (Amazon, Google Facebook and Apple). It also shows the regulatory solutions that are being put forward in different jurisdictions to deal with the conducts that have given rise to such cases. These conducts produce a tension that is at the core of today’s competition law: whether they are new categories that are not captured by the traditional standard of consumer welfare, or whether they are simply due to characteristics of technological markets that do not produce (new) competition problems.

KEYWORDS

Technological giants | unilateral behaviors | digital markets | neobrandesians | consumer welfare

1 Abogado por la Universidad de Chile, PhD in Law (University College London) y MSc. in Regulation (London School of Economics and Political Science).

2 Abogado por la Universidad de Chile.

1. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, el análisis de los mercados digitales ha devenido en un eje central de los nuevos desarrollos en materia de libre competencia. En varias jurisdicciones, el debate ha girado en torno al examen de una serie de conductas desarrolladas de manera unilateral³ por cuatro reconocidas compañías: Google, Amazon, Facebook y Apple (o los “Gigantes Tecnológicos”, como se les suele denominar informalmente). El punto de partida común radica en la supuesta dominancia que ellas tendrían en sus respectivos mercados relevantes y la posibilidad que tal condición les conferiría de incurrir en diversas conductas consideradas abusivas⁴.

Lo anterior ha producido, primero, un aumento del *enforcement* enfocado en las mencionadas conductas en jurisdicciones tradicionalmente tomadas como referencia en la materia, tales como la Unión Europea y Estados Unidos. Allí, la mayoría de los casos han versado sobre conductas unilaterales, tanto exclusorias (por ejemplo, *Google Shopping*, *Google Android* y *Amazon* en la Unión Europea y los casos *Google I*, *III* y *IV*, *Amazon*⁵ y parcialmente *Google II*⁶ y *Facebook*⁷ en Estados Unidos) como explotativas (por ejemplo, *Facebook* en Alemania y parcialmente *Apple* en la Unión Europea⁸). En paralelo, se ha originado también una respuesta regulatoria. Atendida la relevancia actual de las mencionadas compañías en la vida diaria de las personas, el control de sus conductas se ha transformado en un tema que ha trascendido el mero ámbito de la competencia para pasar a ser uno de política pública. Por ello, se han propuesto modificaciones a las leyes de competencia (como ha ocurrido en Estados Unidos), o incluso la introducción de nuevas regulaciones (como la “*Digital Markets Act*”⁹, en la Unión Europea, o la “*GWB – Digitalisierungsgesetz*”, en Alemania).

3 En el derecho de la competencia, las conductas unilaterales son aquellas realizadas por una firma que posee un alto grado de “poder” en un mercado, que le permite “excluir” rivales o limitarles su capacidad de competir, dañando así significativamente la competencia; o bien, dañar (“explotar”) directamente a los consumidores extrayendo de ellos más de lo que se podría en condiciones de competencia.

4 Resumiendo esta idea, se ha señalado que “*un agente económico que controle el acceso principal a un producto digital particular —resultados de búsqueda, por ejemplo— puede proteger su posición dominante creando un ecosistema compuesto de distintos portales donde los usuarios pueden cambiarse fácilmente*” (Newman, 2019, p. 1508). Esto generaría incentivos para aumentar artificialmente los costos para los usuarios en caso de querer cambiarse a una plataforma competidora (*Ibíd.*).

5 El caso *Amazon* consiste en la demanda de fiscales generales contra Amazon por monopolización en el mercado de e-commerce, al imponer Cláusulas de Nación Más Favorecida a sus vendedores (*sellers*).

6 El caso *Google II* consiste en la demanda de los fiscales generales republicanos contra Google por monopolización en el mercado de la publicidad online. Si bien esta constituye la principal arista del caso, también se imputa colusión con Facebook para alterar los resultados de las subastas de avisos en el Exchange propio de Google (proyecto “*Jedi Blue*”).

7 El caso *Facebook* consiste en la demanda de los fiscales generales demócratas y la Federal Trade Commission contra Google por monopolización en el mercado de redes sociales. La principal imputación consiste en el hecho de haber adquirido a Instagram y WhatsApp, en su momento, con el único fin de evitar de neutralizar a potenciales competidores. Al mismo tiempo, imputa una política de negativa de interoperabilidad y de acceso a las funcionalidades de Facebook.

8 En este trabajo nos enfocamos en la dimensión explotativa de la conducta, que también posee elementos exclusorios.

9 La *Digital Markets Act* será aplicable a plataformas *Gatekeepers*, esto es, plataformas que operen *core platform services* (como servicios de intermediación online, buscadores, redes sociales, buscadores, entre otros) con impacto significativo en el mercado interno europeo, que provean un *core platform service* que sea una puerta de enlace (*Gateway*) importante para que negocios puedan alcanzar a usuarios y mantengan una posición consolidada y durable en el mercado o que sea probable que lo hará en el futuro cercano. Se presumirá el impacto y la importancia si la plataforma mantiene utilidades superiores a 7,5 mil millones de euros en los últimos 3 años, o tiene más de 10.000 negocios anuales y 45 millones de usuarios mensuales. Para efectos de este trabajo, utilizamos la versión más reciente del proyecto de la *Digital Markets Act*, esto es, la versión del 11 de mayo de 2022, disponible en el siguiente link: <https://www.consilium.europa.eu/media/56086/st08722-xx22.pdf> (última visita: 28.06.22).

Ambos tipos de respuesta han tenido inconvenientes. De un lado, como veremos, la principal dificultad para avanzar en el *enforcement* ha radicado en la dificultad de subsumir los aparentes nuevos problemas dentro de las categorías tradicionalmente conocidas. De otro lado, el problema regulatorio deriva del hecho que si bien nuevas reglas podrían actualizar las categorías tradicionales del Derecho de la Competencia para dar cabida a nuevas conductas, su amplitud podría provocar aún más riesgos anticompetitivos que los problemas que se pretenden solucionar (Hovenkamp, 2021a).

Subyacente a ello, se ha generado un rico debate a nivel doctrinario. Frente al intento de sanción y control de las conductas antes indicadas, han surgido críticas que se centran, en general, en destacar las características propias e inherentes al funcionamiento de los distintos ecosistemas a través de los cuales operan los Gigantes Tecnológicos, ya sea *Marketplaces*, sistemas operativos, redes sociales o *App Stores*.

Por su parte, el sustento de las acciones regulatorias y de *enforcement*, ha provenido del que ha sido denominado “movimiento Neobrandesiano” (Wu, 2020a)¹⁰. Para este, se trataría de nuevas conductas que traerían consigo nuevos efectos anticompetitivos y nuevas teorías del daño, las cuales podrían incluso colisionar con las tradicionales basadas en el estándar del Bienestar del Consumidor utilizado comúnmente para el análisis de competencia (Khan, 2017).

En este contexto, nuestro objetivo en este trabajo no es adentrarnos en los detalles de este debate; en otras palabras, no pretendemos tomar posición ni analizar de manera crítica ninguna de las posiciones del debate doctrinario. Nuestro propósito es más bien descriptivo: mostrar los ejemplos más recientes de conductas unilaterales incurridas en los mercados digitales, intentando sistematizarlas en relación a las categorías tradicionalmente utilizadas en la literatura; es decir, según si se trata de conductas exclusorias o explotativas. Con ello, queremos develar las dificultades que las autoridades de competencia han enfrentado en otras jurisdicciones y que podrían replicarse en el contexto latinoamericano. Para ello, la descripción de cada conducta es acompañada de un relato de los respectivos casos a partir de los cuales ellas han sido analizadas y de las soluciones regulatorias que se han dado para lidiar con ellas.

De este modo, en la sección 2 analizamos el caso de *self-preferencing* y preinstalaciones obligatorias de Amazon y Google, respectivamente. Enseguida, en la sección 3, relatamos el caso de recolección excesiva de datos personales por parte de Facebook y el de restricciones en el App Store de Apple. La sección 4 y final concluye.

2. CONDUCTAS EXCLUSORIAS

2.1. Self–preferencing

El *self-preferencing* consiste en la preferencia ilegítima a la que induce una plataforma dominante hacia sus productos, servicios o *apps* propias, en desmedro de los productos, servicios o *apps* de competidores que también concurren a (utilizan) esa plataforma. Para su configuración, se requieren dos requisitos: la existencia de dos mercados relacionados, ya sea horizontal o verticalmente; y la existencia de un mecanismo por el cual la plataforma favorezca sus propias actividades en uno de

10 El denominado “movimiento Brandesiano” postula, en general, que el Derecho de la Competencia ha permitido y tolerado la concentración económica, producto de una aplicación irrestricta del estándar del Bienestar del Consumidor. De esta manera, el Derecho de la Competencia no vería un problema en la acumulación de poder económico por parte de los monopolios, los cuales no sólo afectarían el precio final al consumidor, sino también a pequeños competidores, trabajadores y, en general, a la democracia. El principal ejemplo de lo anterior consistiría en la concentración de los mercados digitales por los Gigantes Tecnológicos, donde la constatación de que los servicios que prestan tienden a ser gratuitos no generaría un problema desde la visión tradicional del Derecho de la Competencia.

aquellos mercados (Ibáñez Colomo, 2020b). En este sentido, el concepto de *self-preferencing* no sería propiamente un concepto unívoco, sino que tomaría elementos de distintos tipos de abusos (negativas de acceso, estrangulamientos de márgenes, discriminaciones arbitrarias y ventas atadas) para sancionar casos de *leverage*, esto es, la extensión del poder de mercado de un mercado a otro conexo (Carlton, 2020). Lo anterior ocurriría cuando la plataforma pretende extender el poder de mercado que ostenta en el control de la plataforma al del mercado conexo, donde la plataforma actúa como otro competidor más.

Uno de los casos paradigmáticos de *self-preferencing* radica en Amazon. Esta última, en tanto es un Marketplace y un proveedor de marcas propias, es a la vez plataforma y competidor de los negocios (en adelante, *sellers*) que concurren a la plataforma. Producto de esta integración vertical, Amazon tiene acceso a información comercial de los *sellers* y datos personales de los usuarios del Marketplace; típicamente, volúmenes de venta, movimientos de precios e historiales de compra. La mayor parte de esa información, en una forma que sea verdaderamente valorizable, sólo estaría disponible para Amazon o accesible a *sellers* a altos costos (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020).

El problema de competencia radica en que esa información puede ser utilizada por Amazon para privilegiar sus marcas propias; por ejemplo, por la vía de posicionarlos en forma preferente en los resultados de búsqueda. De esta manera, la dominancia de Amazon, en tanto plataforma, su integración vertical y la habilidad de recolectar información y datos personales, le permitiría excluir arbitrariamente a los *sellers* en su propia plataforma (Khan, 2017). Al mismo tiempo, Amazon podría elegir qué *sellers* acceden a un mejor posicionamiento y quiénes serán eventualmente excluidos del Marketplace (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020).

Otro de los casos insignes en esta materia es Google. Google es a la vez plataforma y competidor de los *apps* que aparecen en los resultados de búsqueda de Google Search. Por ejemplo, Google ofrece su propio servicio de comparación de precios (Google Shopping), el cual compite en el buscador con otros servicios en los resultados de búsqueda. En este sentido, Google tendría incentivos para privilegiar su propia página en desmedro de las de sus competidores, por la vía de otorgarle una preferencia en los resultados de búsqueda. Como los usuarios tienden a no hacer "clic" en resultados de búsqueda más alejados de los primeros, el tráfico de usuarios de los servicios comparadores de precios se vería disminuido, en paralelo a un aumento del tráfico de Google Shopping se vería aumentado (Case AT.39740 (Google Shopping), 2017).

La justificación del *self-preferencing* es muy discutida a nivel jurisprudencial y doctrinario. Por una parte, el *self-preferencing* sería una forma de discriminación, donde la plataforma puede excluir a competidores o reducir las transferencias de renta que los competidores reciben de los usuarios (Petit, 2020). Por la otra, esta conducta constituiría un caso de "efectos de redes en reversa" (Stucke, 2022): al reducir el tráfico de búsquedas de los competidores excluidos, también disminuirían la cantidad de consumidores que acceden a aquellos, lo que disminuye los beneficios obtenidos y las inversiones realizadas. De este modo, la única forma que tendría un competidor excluido de volver a recuperar tráfico consistiría en adquirir publicidad personalizada de la plataforma dominante, lo cual acrecentaría aún más su poder de mercado (Jones et al., 2020).

En *Google Shopping*, la Comisión Europea determinó que esta conducta puede ser sancionable, bastando que se haya creado la posibilidad de que competidores de la plataforma puedan dejar de competir o puedan ver reducidos sus incentivos a hacerlo (Caro de Sousa, 2020). Lo interesante, entonces, es que la Comisión habría determinado que el *self-preferencing*, en su forma de *leverage* (i.e., extender la posición dominante que tiene en un mercado a mercados conexos), constituye una teoría del daño en sí misma, lo que diluiría la distinción entre conceptos exclusorios y discriminatorios (explotativos) de abusos de posición dominante (Jones et al., 2020). Con todo, la reciente sentencia

del Tribunal General de Justicia Europeo, que confirmó parcialmente la resolución de la Comisión Europea habría entendido el *self-preferencing* como una forma de “favorecimiento” (*favouring*) y no como *leverage*, atendiendo a la importancia del tráfico de la plataforma dominante, el comportamiento de los usuarios al realizar búsquedas online (en términos que estos sólo privilegiarían los primeros resultados de búsqueda) y que la pérdida de tráfico no podría ser efectivamente reemplazada (Case T-612/17 *Google v Commission*, 2021) (Bostoen, 2022). Este favorecimiento constituiría una forma de discriminación arbitraria, aplicando el test de esta conducta derivado de la aplicación del Art. 103 (c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Bostoen, 2022).

Frente a esto, la principal crítica consiste en que no existiría realmente un deber legal de plataformas verticalmente integradas de “emparejar la cancha” y de compartir sus ventajas competitivas con otros competidores (Ibáñez Colomo, 2020a). En otras palabras, sería un ejemplo de competencia por méritos y no de una conducta anticompetitiva. Enseguida (y de acuerdo con el argumento de la propia Google), el *self-preferencing*, desde el punto de vista estrictamente legal, debería ser sancionado a partir de los *tests* de las conductas unilaterales tradicionales que guardarían una relación género-especie con abusos de *leverage* (Bostoen, 2022). Finalmente, esta conducta no necesariamente disminuiría el bienestar del consumidor (Bowman & Manne, 2021). En efecto, los servicios propios de la plataforma, al ser de menor precio, constituirían servicios ofrecidos por un competidor más eficiente que el negocio. La presencia de este menor precio obligaría a los demás competidores a disminuir los propios, lo que sería benéfico para el consumidor (Hovenkamp, 2021b). En suma, la sanción del *self-preferencing* protegería a pequeños competidores y no a consumidores, protección que no es parte del Derecho de la Competencia tradicional.

El *self-preferencing* es probablemente el “abuso [de posición dominante] de la década”, como coloquialmente señaló la académica Magali Eben en sus redes sociales¹¹. Su persecución se ha intentado realizar por la vía tanto de *enforcement ex post* como de regulación *ex ante*.

Por una parte, en lo que respecta al *enforcement*, los Gigantes Tecnológicos han sido investigados y a veces sancionados por esta conducta tanto a nivel comunitario europeo como en distintos países. Entre estos últimos, Google ha sido investigado y sancionado en Francia¹², Hungría¹³, Italia¹⁴ y Turquía¹⁵. Apple, por su parte, ha sido multada en Rusia por privilegiar su propia *app* de control parental¹⁶. Amazon también fue recientemente sancionada en Italia, por privilegiar ilegítimamente su propio servicio de logística de cara a los *sellers*¹⁷.

A nivel comunitario, el primer gran caso de *self-preferencing* fue *Google Shopping*, en el año 2017. En él, la Comisión Europea determinó que Google había abusado de su posición dominante al privilegiar ilegítimamente su propio servicio de comparación de precios en los resultados de búsqueda, en desmedro de sus competidoras. La Comisión determinó un umbral de sanción bastante más bajo que el usual en casos de abuso de posición dominante, pasando de “*likelihood*” (probabilidad) a “*capability*” (aptitud) (Zingales, 2018) the European Commission closed its investigation in the Google

11 <https://twitter.com/MagaliEben/status/1401823281024487425> (última visita: 29.08.21).

12 <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-concurrence-hands-out-eu220-millions-fine-google-favouring-its-own> (última visita: 29.08.21).

13 https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press-releases-2021/another-big-tech-proceeding-the-gvh-is-investigating-whether-google-abused-its-dominant-position (última visita: 29.08.21).

14 <https://www.agcm.it/media/dettaglio?id=a20bb312-9031-47c3-a52e-1ee966f651c7> (última visita: 29.08.21).

15 https://www.dailysabah.com/business/tech/turkey-fines-google-366m-for-abusing-its-dominant-position/amp?__twitter_impression=true (última visita: 29.08.21).

16 <https://www.reuters.com/business/retail-consumer/russian-competition-watchdog-fines-apple-12-mln-abusing-dominant-position-2021-04-27/> (última visita: 29.08.21).

17 <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528> (última visita: 28.06.22).

Shopping case. It found a breach of article 102 TFEU in relation to Google's "more favourable positioning and display of its own comparison shopping service compared to competing comparison shopping services" (hereinafter, "the conduct". Esta resolución fue confirmada parcialmente por el Tribunal General de Justicia Europeo. Posteriormente, la Comisión Europea inició una investigación en contra de Amazon, en 2019, por privilegiar ilegítimamente sus marcas propias en desmedro de sus negocios competidores en la misma plataforma. En el 2020 le formuló cargos, sosteniendo que el traspaso de información de los negocios hacia la propia Amazon le permitía aumentar su posición dominante en el mercado de Marketplaces (Comisión Europea, 2020). Más recientemente, la investigación de la Comisión Europea contra Facebook afirma que ésta sería dominante en el mercado de redes sociales y activa en el mercado de avisos clasificados en Marketplaces. En este contexto, Facebook tendría incentivos, a partir del control de datos personales, para privilegiar sus propios avisos. Otros avisadores serían clientes de Facebook en la red social y competidores en el Marketplace, por lo tanto podrían ser excluidos del mercado por la preferencia (Comisión Europea, 2021)¹⁸.

Estos casos han apuntado eminentemente a remedios conductuales, esto es, a cambios de conducta por parte de las plataformas relacionados con la obligación de otorgar tratamiento equitativo (Bostoen, 2022). Sin embargo, algunos autores han criticado esas medidas afirmando que no eliminarían ni la habilidad ni los incentivos de la plataforma para incurrir nuevamente en *self-preferencing* (Khan, 2019). Por tanto, la única forma de eliminar el conflicto de interés sería la imposición de medidas estructurales, esto es, la separación entre la plataforma y el negocio mismo, lo que mitigaría cualquier riesgo ulterior de discriminación arbitraria (Khan, 2019).

Por otra parte, en lo que respecta a la regulación, se han intentado prohibir conductas de *self-preferencing* tanto en Europa como en Estados Unidos. En Europa, el proyecto de la "Digital Markets Act" prohíbe a plataformas *Gatekeepers* utilizar, "en competencia con negocios, cualquier información que no esté públicamente disponible que sea generada o provista por aquellos negocios en contexto del uso de sus *core platform services* relevantes junto con, o en apoyo de los *core platform services* relevantes, incluyendo información generada o provista por usuarios de aquellos negocios" (Art. 6.1). Del mismo modo, prohíbe "tratar más favorablemente, en rankings y en indexaciones y clasificaciones relacionadas, servicios y productos ofrecidos por el *Gatekeeper* mismo o por terceros", debiendo "aplicar condiciones justas y no discriminatorias a dicho ranking" (Art. 6.5). En Alemania, la nueva sección 19a de la GWB permite que la autoridad de competencia pueda prohibir *ex-ante* a agentes que tengan "significancia primordial para la competencia en los mercados"¹⁹ "tratar las ofertas de competidores en forma diferente a sus propias ofertas al otorgar acceso a mercados de provisión o ventas" (sección 19a(1)(2)1.).

En Estados Unidos, los recientes proyectos de ley de la llamada "American Choice and Innovation Online Act"²⁰ y la "Ending Platform Monopolies Act"²¹ establecen prohibiciones conductuales y estructurales respecto del *self-preferencing*²². La primera prohíbe tres formas de *self-preferencing*:

18 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2848 (última visita: 29.08.21).

19 Traducción disponible en <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2020/02/GWB10-Engl-Translation-2020-02-21.pdf> (última visita: 29.08.21). En su análisis, la Bundeskartellamt debe utilizar criterios como la posición dominante, fortaleza financiera, la integración vertical o mercados relacionados, el acceso a datos personales y la influencia en el acceso y ventas de terceros.

20 <https://cicilline.house.gov/sites/cicilline.house.gov/files/documents/American%20Innovation%20and%20Choice%20Online%20Act%20-%20Bill%20Text.pdf> (última visita: 29.08.21).

21 <https://cicilline.house.gov/sites/cicilline.house.gov/files/documents/Ending%20Platform%20Monopolies%20-%20Bill%20Text.pdf> (última visita: 29.08.21).

22 Ambas leyes son aplicables a plataformas que tengan 50 millones de usuarios, 100.000 usuarios, una capitalización superior a 600.000 millones de dólares y que sean consideradas "Critical Trading Partners", esto es, que tengan la habilidad para restringir o impedir el acceso por parte de negocios a usuarios o servicios necesarios para llegar a estos.

(i) la preferencia de productos, servicios o líneas de negocios propias de la plataforma respecto de los productos, servicios o líneas de negocios de otro negocio; (ii) la exclusión o desventaja de productos, servicios o líneas de negocios de otro negocio respecto de los de la misma plataforma; y (iii) las discriminaciones entre negocios similares (Sec. 2. (a)). Lo anterior, excepto si la plataforma prueba que la conducta no afecta el proceso competitivo. En otras palabras, el proyecto no establece una regla *per se* contra el *self-preferencing*, sino que permite defensas afirmativas por parte de la plataforma, lo que permitiría tanto la protección de *apps* eventualmente excluidas como el rechazo de denuncias o demandas temerarias (Singer, 2021). Por su parte, el segundo proyecto de ley prohíbe la integración entre plataforma y negocio cuando, entre otras, exista un conflicto de interés (Sec. 2. (a). (3)). Existirá un conflicto de interés cuando la plataforma controle una línea de negocios que cree incentivos para dar preferencia a los propios productos, servicios o líneas de negocios de la plataforma respecto de los productos, servicios o líneas de negocios de otro negocio, o para excluir o dejar en desventaja a productos, servicios o líneas de negocios de otro negocio respecto de los de la plataforma.

Finalmente, el proyecto de la “*Open App Markets Act*” también incluye una prohibición de *self-preferencing*, al establecer que plataformas que tengan más de 50.000.000 de usuarios finales (“*covered companies*”) no podrán dar un tratamiento inequitativo a *apps* en un App Store mediante el otorgamiento de preferencias no razonables o la clasificación injustificada de las *apps* de la *covered company* o de cualquiera de sus socios comerciales, sobre la de otras *apps*, en los resultados de búsqueda orgánicos²³.

2.2. Preinstalación obligatoria

La preinstalación obligatoria consiste en la instalación en forma predeterminada de un software o de una *app* en un sistema operativo, de forma tal que cuando el dispositivo es iniciado por primera vez, dicho software o *app* aparece ya instalado y listo para usarse. La preinstalación obligatoria puede realizarse a favor de un software o una *app* verticalmente integrada con el sistema operativo y/o con el dispositivo, o a favor de un software o una *app* con la que exista un acuerdo vertical.

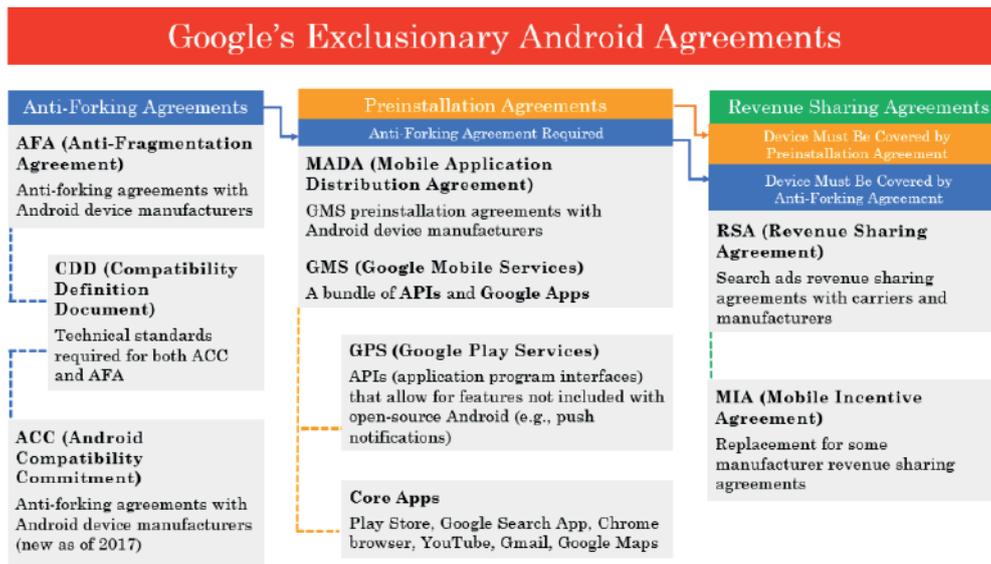
El caso paradigmático de preinstalación obligatoria es Google. Google ofrece Android, su sistema operativo para *smartphones* y *tablets*, el cual, en principio, es de acceso abierto y gratuito, licenciable para cualquier fabricante de teléfonos. Esto implica que, en principio, éstos son libres para modificar las características y funcionalidades del sistema operativo²⁴.

Sin embargo, los fabricantes que deseen licenciar Android deben celebrar distintos acuerdos para tener acceso a las *apps* propias de Google (como Google Play, Maps, YouTube y, especialmente, el buscador) (*Colorado et al v. Google LLC, 2020*): en primer lugar, acuerdos que prohíben a fabricantes alterar el código de fuente de Android más allá de lo establecido por Google (“*Anti-Forking Agreements*”); luego, acuerdos que obligan a preinstalar y otorgar un posicionamiento relevante a las *apps* de Google a cambio de poder tener acceso al App Store (“*Mobile Application Distribution Agreements*”); y, finalmente, algunos fabricantes de teléfonos u operadores móviles pueden acceder a un porcentaje de los beneficios obtenidos por publicidad en el buscador de Google, a cambio de preinstalar y dar preferencia al mismo buscador (“*Revenue Share Agreements*”). Un resumen de los acuerdos entre Google y fabricantes puede verse en la Figura 1.

23 <https://www.blumenthal.senate.gov/imo/media/doc/8.11.21%20-%20Open%20App%20Markets%20Act%20-%20Bill%20Text.pdf> (última visita: 29.08.21).

24 A diferencia de Apple, por ejemplo, donde el sistema operativo (iOS) se encuentra integrado al dispositivo (iPhone o iPad), sin posibilidad de ser modificado.

Figura 1: Acuerdos entre Google y fabricantes.



Fuente: (United States and Plaintiff States v. Google LLC, 2020)

La aplicación conjunta de estos acuerdos implicaría que el ecosistema de Android no sería en realidad un ecosistema completamente abierto, sino sujeto a importantes limitaciones. Asimismo, las restricciones que se imponen a través de ellos sólo tendrían como fin que el buscador de Google mantenga su poder de mercado, excluyendo a otros buscadores competidores, los cuales no pueden acceder a la preinstalación.

El reproche a la preinstalación obligatoria se justificaría en la creación de un sesgo en los usuarios y en la generación de costos de cambio artificiales para estos. En efecto, en primer lugar, la preinstalación permitiría a la app obtener una mayor cantidad de tráfico móvil, debido a que se facilita la experiencia de uso por parte del usuario y a que se otorga una ventaja superior en relación a la navegación tradicional por Internet (Etro & Caffarra, 2017). En concreto, los usuarios adquirirían una preferencia por la app preinstalada, a pesar de la existencia de otras apps, de tal forma que los desarrolladores de éstas ven aumentados sus costos porque deben derrotar el sesgo y persuadir a los usuarios de ignorar la opción preinstalada (Stucke, 2012). Es decir, la opción predeterminada otorgaría una ventaja competitiva difícil de replicar por otros desarrolladores.

En segundo lugar, y debido a lo anterior, los usuarios verían aumentados sus costos de cambio a competidores. En el antiguo caso *Microsoft*, la preinstalación obligatoria de Internet Explorer permitió mantener altos costos de cambio en los usuarios (Edlin & Harris, 2013). En concreto, si los usuarios hubiesen querido cambiar de navegador, habrían tenido que cambiar de sistema operativo (Abarca, 2020). En el caso de las apps, "mientras existe un número de apps de terceros equivalentes que podrían competir con las apps preinstaladas, se hace más difícil para un consumidor comparar la app preinstalada con apps de terceros y tomar una decisión informada respecto a cuál app podría satisfacer mejor sus necesidades" (Australian Competition and Consumer Commission, 2021, p. 107).

Frente a estos postulados, las principales críticas a estas conductas radican en que ellas no aumentarían los costos de cambio y que tendrían justificación objetiva. En primer lugar, se sostiene que el cambio de la opción preinstalada por parte de los usuarios sería una operación muy sencilla, realizable "con pocos clics" (Houck, 2018). Al mismo tiempo, los usuarios preferirían la opción preinstalada por la simple razón de que es la mejor app. Así, en el caso del buscador de Google, este sería elegido por los usuarios, y consecuentemente no desinstalado, porque es el buscador más sencillo y con mejores resultados (Melamed, 2020). Por tanto, la exclusión de otras apps estaría basada en la competencia por méritos y no en una conducta anticompetitiva.

En segundo lugar, la preinstalación obligatoria sería la forma que tiene el sistema operativo integrado para monetizar el uso de la *app*. En el caso de Google, la preinstalación del buscador sería la forma en que se asegura el acceso gratuito de Android a los desarrolladores de *apps* (Picker, 2018). El modelo de negocios principal de Google consiste en la publicidad personalizada basada en la recolección de datos personales, a partir del uso por parte de los usuarios de todo su ecosistema de *apps*. La preinstalación del buscador le permitiría acceder a la escala de usuarios necesaria para subsidiar el costo de Android. Consecuentemente, en ausencia de los acuerdos de Google con los fabricantes, Android pasaría a ser pagado y con más restricciones al licenciamiento a terceros (Akman, 2018).

La preinstalación obligatoria, en el caso de Google, ha sido una de las principales preocupaciones a nivel jurisprudencial y regulatorio en los últimos años. La principal pregunta ha consistido en determinar por qué serían necesarios estos acuerdos, si es que los usuarios prefieren las *apps* de Google por ser sencillamente las mejores (Wu, 2020b). En otras palabras, Google podría seguir manteniendo su posición en el mercado sin la necesidad de establecer restricciones a los canales de distribución de *apps*, lo que sí sería indicativo de competencia por méritos.

En general, las conductas de Google se han sancionado como casos de venta atada y acuerdos de exclusividad (Chirita, 2018). Google ataría el buscador a Android, de manera que esté preinstalado en todos los dispositivos que utilicen el sistema operativo. Al mismo tiempo, acordaría con los fabricantes de teléfonos que el buscador sea, en la práctica, el único buscador; fortalecido por el sesgo de la preinstalación en los usuarios. De esta manera, Google extendería el poder de mercado que tiene en el mercado de buscadores (con su propio buscador) al mercado secundario de distribución de estos últimos, por la vía de cerrar el canal de Android (Abarca, 2020). De cara a los usuarios, estas conductas desincentivarían la innovación por parte de desarrolladores de *apps*. Desde la perspectiva de los consumidores, la preinstalación obligatoria privaría a los usuarios de más opciones de *apps*, reduciendo su bienestar (Chirita, 2018).

En el año 2018, la Comisión Europea multó a Google por la preinstalación del buscador (Case AT.40099 (*Google Android*), 2018a). En ese momento, la Comisión únicamente le impuso remedios conductuales, exigiéndole que dejara de incurrir en la venta atada. Sin embargo, Google reemplazó la atadura por el otorgamiento de pagos y descuentos, lo que para efectos prácticos implicó mantener la misma conducta sancionada (Caffarra, 2020). Posteriormente, Google anunció la creación de una ventana emergente al momento del primer uso de un dispositivo Android ("*Choice Screen*"), en la cual el usuario podría escoger qué buscador le gustaría instalar en forma predeterminada. Sin embargo, esta medida fue criticada porque el modelo original de Google consistía en un sistema de subastas, en virtud del cual el buscador que pagara más podía acceder a más *slots* y mayor posicionamiento. A la fecha de este trabajo, Google ha anunciado la modificación de la *Choice Screen*, eliminando el sistema de subastas y reemplazándolo por un sistema de acceso gratuito y con mayor opciones de buscadores elegibles (Bethell, 2021).

En paralelo, el Art. 6.3 del proyecto de la "*Digital Markets Act*" establece que un *Gatekeeper* deberá permitir y asegurar técnicamente a los usuarios finales, en forma sencilla,

desinstalar cualquier software preinstalado en su sistema operativo, sin perjuicio de la posibilidad de ese *Gatekeeper* para restringir dicha preinstalación en relación a aplicaciones que sean esenciales para el funcionamiento del sistema operativo o del dispositivo y que no puedan ser técnicamente ofrecidos solo por terceros.

En Estados Unidos, la conducta de preinstalación ha sido el puntapié inicial para la ola de acciones, proyectos de ley y regulaciones que se han visto desde mediados de 2020. Los casos *Google I* y

*Google III*²⁵ imputan que los acuerdos representan la monopolización del mercado de resultados de búsqueda y de publicidad en resultados de búsqueda. De cara a los desarrolladores de apps, Google impediría “la distribución de apps innovadoras que ofrecen resultados de búsqueda que de otra manera podrían desafiar a Google” (*United States and Plaintiff States v. Google LLC*, 2020, p. 53). En concreto, Google aumentaría artificialmente los costos de sus competidores y los excluiría de los canales de distribución de las apps. Por su parte, desde el punto de vista de los usuarios, Google “reduciría la calidad de los resultados de búsqueda generales (incluyendo dimensiones como privacidad, protección de datos personales y uso de datos de consumidores), dañando la capacidad de opción en servicios de búsqueda generales, e impidiendo la innovación” (*United States and Plaintiff States v. Google LLC*, 2020, p. 53). Por su parte, en *Google IV* los fiscales generales cuestionaron la obligación impuesta a los fabricantes de teléfonos de preinstalar y de otorgar una visibilidad prominente tanto a todo el ecosistema de apps propias de Google como a su App Store (llamado “Play Store”), lo que “desplazaría a App Stores competidores y también desincentivaría la innovación por parte de apps con funcionalidades que se traslapen con aquellas de la suite de apps preinstaladas de propiedad de Google” (*State of Utah et al v. Google LLC et al*, 2021).

En paralelo, la sección 2(b)(5) del proyecto de la “*American Choice and Innovation Online Act*” prohíbe “restringir o impedir a los usuarios de la plataforma desinstalar softwares que estén preinstalados en la plataforma o cambiar configuraciones predeterminadas que dirijan a los usuarios a productos o servicios ofrecidos por la plataforma”.

3. CONDUCTAS EXPLOTATIVAS

3.1. Recolección excesiva de datos personales

La recolección excesiva de datos personales consiste en la capacidad que tiene una plataforma dominante para extraer una cantidad de datos personales de sus usuarios superior a las que podría obtener en condiciones competitivas. Como puede apreciarse, la recolección excesiva de datos personales es homologable a los casos ya tradicionales de precios excesivos (Stucke, 2018). En estos casos, el actor dominante es capaz de cobrar un precio significativamente alto o recolectar muchos datos en relación con un *benchmark*. En general, la dominancia de la plataforma está dada porque el volumen de datos personales no sería replicable por otros competidores, debido a la presencia de efectos de redes y economías de escala propias de los mercados digitales (Haucap, 2019).

Típicamente, estos casos proceden para plataformas en las cuales su modelo de negocios consiste eminentemente en la recolección de datos personales, como Facebook y Google. En estos modelos, la plataforma permite el acceso gratuito a los usuarios a una experiencia de uso. A cambio, ella recolecta datos personales, los cuales permiten obtener perfiles de usuarios, incluyendo sus intereses y gustos. Tales perfiles son posteriormente utilizados al otro lado del mercado para ofrecer servicios de publicidad personalizada a los avisadores.

La justificación del reproche de la recolección excesiva de datos personales radica en la disminución de la calidad de los servicios y en el aumento de la asimetría negocial entre la plataforma y los usuarios (Stucke, 2018), todo por la vía de la degradación arbitraria de las políticas de privacidad aplicables al uso de la plataforma. En efecto, dado que el acceso a la plataforma es gratuito en el lado del mercado de los usuarios, una conducta anticompetitiva de la plataforma no puede resultar en un aumento de los precios. Sin embargo, ello no excluye que existan afectaciones a otras variables distintas al precio, tales como la calidad y la privacidad. En este sentido, una plataforma dominante tiene incentivos “para reducir sus niveles de privacidad a niveles infracompetitivos y recolectar datos personales por sobre niveles competitivos” (Stucke, 2018, p. 286). Lo anterior genera dos tipos de

²⁵ *Google III* corresponde a la demanda de fiscales generales, liderados por Colorado, donde imputan a Google no sólo las conductas que el Departamento de Justicia (DOJ) imputó en *Google I*, sino también negativas de interoperabilidad y la exclusión de buscadores especializados.

daño: la capacidad de la plataforma para disminuir las políticas de privacidad y mejorar estrategias de discriminación de precios entre los usuarios (Economides & Lianos, 2021). En este sentido, la regulación de protección de datos personales puede servir como *benchmark* común para el mercado, de tal forma que una desadecuación a éste podría presumirse excesivo, en principio (Economides & Lianos, 2021).

Frente a estos postulados, la principal crítica a esta conducta radica en la confusión que se produciría entre la protección de la Competencia, la protección de los Datos Personales y la protección al consumidor (Colangelo, 2019). En efecto, la recolección excesiva de datos personales sería una forma encubierta de *enforcement* de estas reglas. Las reglas de privacidad, en lo medular, establecen el consentimiento de los usuarios como regla general para la recolección de sus datos personales. Por su parte, las reglas de protección al consumidor, en general, establecen un deber de los proveedores de entregar los términos y condiciones de uso de los servicios en forma clara y completa. En este sentido, la recolección excesiva de datos sería un problema de consentimiento generado por asimetrías de información, sin que exista causalidad entre la dominancia de la plataforma y la degradación de las políticas de privacidad (Vásquez & Hoffmann, 2021). De esta manera, las autoridades de privacidad y protección al consumidor estarían en mejor posición de hacerse cargo de este problema. Por otra parte, y a diferencia de los precios excesivos, el uso de los datos personales por parte de una plataforma no excluiría el uso de estos por parte de otra (Stapp, 2019). Por tanto, su aptitud para generar una ventaja competitiva irreplicable no sería tal. Finalmente, el valor de cambio de los datos personales sería distinto al valor de cambio del dinero. Cuando un usuario accede a una plataforma, técnicamente no estaría “pagando con sus datos”, ya que la cantidad de datos disponible no se vería disminuida, de modo que no podría existir un efecto explotativo basado en la transferencia de datos desde los usuarios hacia la plataforma (Haucap, 2019).

El caso paradigmático de recolección excesiva de datos personales es el caso alemán contra Facebook. En 2019, la Bundeskartellamt, la autoridad de competencia alemana, publicó su resolución sancionatoria (*Decision B6-22/16 («Facebook.com»)*, 2019), donde estableció que Facebook tendría una posición dominante en el mercado de redes sociales, dadas su alta participación de mercado, la gran escala de usuarios y datos personales a los que tendría acceso, y la ausencia de competidores efectivos en el ecosistema digital. El abuso, por su parte, consistiría en uno de tipo explotativo basado en la imposición de cláusulas abusivas contra los usuarios (“*Konditionenmissbrauch*”) (Botta & Wiedemann, 2019). La degradación de las políticas de privacidad habría permitido a Facebook obtener una cantidad “abusiva” y “excesiva” de datos personales, los que en condiciones competitivas no habría podido obtener. Lo anterior también generaría barreras de entrada a pequeños competidores que no hubieran incurrido en prácticas similares. Como remedio, la autoridad de competencia ordenó el cese de esta forma de recolección masiva de datos, salvo en cuanto exista consentimiento expreso de los usuarios. No hubo imposición de una multa como sanción.

Facebook reclamó judicialmente contra el remedio impuesto ante el Tribunal Regional de Düsseldorf. En agosto de 2019, el tribunal revocó la medida (al ordenar su efecto suspensivo), constatando razonamientos erróneos en la resolución final de la Bundeskartellamt (*Sentencia VI-Kart 1/19 (V) («Facebook»)*, 2019). En concreto, de acuerdo con el Tribunal, la autoridad de competencia no habría analizado en forma correcta el contrafactual, esto es, cuál sería la cantidad razonable de datos personales que una plataforma podría recolectar en condiciones competitivas (Lamadrid, 2019). Al mismo tiempo, el tribunal no constató un daño efectivo a los consumidores, toda vez que estos todavía podrían optar entre usar Facebook (y recibir publicidad personalizada), o no usarlo, según sus preferencias. En otras palabras, la falla de mercado de cara a los usuarios (pérdida de privacidad) tendría su origen en un problema estructural y no en el ejercicio de poder de mercado por parte de Facebook (Lamadrid, 2019). De esta manera, de una eventual infracción a la regulación de datos personales (como lo habría pretendido la Bundeskartellamt) no se seguiría necesariamente un abuso de posición dominante.

Esta resolución fue apelada por la Bundeskartellamt ante el Tribunal Federal de Justicia, el máximo tribunal alemán. El Tribunal revocó la resolución del Tribunal Regional de Düsseldorf en junio de 2020 (Bundesgerichtshof, 2020). Para el tribunal superior, existirían antecedentes serios de la posición dominante de Facebook como para mantener el remedio, toda vez que las políticas de privacidad de esta última eliminarían la opción de los consumidores para optar entre una red social personalizada (basada en la recolección masiva de datos personales) y una red social menos personalizada (basada únicamente en los datos personales recolectados bajo el consentimiento expreso de los usuarios) (Witt, 2020).

La discusión sobre el fondo del asunto siguió radicada en el Tribunal Regional de Düsseldorf. En marzo de 2021, éste remitió el caso a la Corte de Justicia Europea (aplicando el Art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), dadas las dudas que el caso ha generado (Oberlandesgericht Düsseldorf, 2021). En general, el tribunal determinó preliminarmente que la Bundeskartellamt se habría extralimitado en sus funciones, pues al determinar *prima facie* que una infracción a la regulación de datos personales (la actual GDPR) constituiría un abuso de posición dominante explotativo, estaría actuando en la práctica como un regulador de datos personales (Podszun, 2021).

A nivel regulatorio, el proyecto de la “*Digital Markets Act*” también incluye una disposición relativa al tratamiento de datos personales respecto a *Gatekeepers*. El Art. 5.2 establece que estos no podrán “procesar, para efectos de proveer servicios de publicidad online, datos personales de usuarios usando servicios de terceros que usen *Core Platform Services* del *Gatekeeper*”; “combinar datos personales del *Core Platform Service* relevante con datos personales con otros *Core Platform Services* o de cualquier otro servicio provisto por el *Gatekeeper* o con datos personales de servicios de terceros”; “usar en forma cruzada datos personales del *Core Platform Service* relevante en otros servicios provistos separadamente por el *Gatekeeper*, incluyendo otros *Core Platform Services* y viceversa”; así como tampoco podrán “adscribir usuarios a otros servicios del *Gatekeeper* con el fin de combinar datos personales”. Con todo, no se aplicarán partes de la señalada disposición si es que al usuario le han presentado las opciones específicas y este ha prestado su consentimiento.

3.2. Restricciones en un App Store

Las restricciones en un App Store consisten en la capacidad que tiene una plataforma para imponer obligaciones de uso de determinadas funcionalidades del sistema operativo, lo que le permite cobrar comisiones supracompetitivas²⁶.

El caso paradigmático de restricciones en el App Store se presenta en Apple. El App Store de Apple es el único canal de distribución de *apps* disponible en el sistema operativo iOS (Geradin & Katsifis, 2021), debido a que Apple no permite la instalación de otros App Stores²⁷. Los desarrolladores de *apps* que ofrecen productos o servicios “digitales” y que quieren distribuir sus *apps* en el App Store, están obligados a utilizar el sistema de pagos propio de Apple (“*In-App Purchasing Systems*” o “IAP”) y pagar un 30% de comisión. Las aplicaciones basadas en publicidad o que ofrecen productos o servicios *offline* no pagan nada, en principio (Geradin & Katsifis, 2021). Por su parte, las *Readers Apps* (como Netflix, Spotify y Kindle) pueden deshabilitar el IAP, pero no pueden ofrecer medios de pagos alternativos dentro de la misma *app* (Geradin & Katsifis, 2021). Al mismo tiempo, los desarrolladores de *apps* no pueden publicitar la existencia de otros sistemas de pago alternativos al IAP (“*Anti-Steering Provisions*”). En caso que la *app* no cumpla con estas obligaciones, puede ser expulsada de App Store, perdiendo acceso al único canal de distribución de *apps* (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020).

26 También pueden apreciarse efectos exclusorios en las restricciones en el App Store, especialmente en caso del uso de medios de pago. Con todo, como hemos señalado *supra*, en este trabajo nos enfocamos en la dimensión explotativa de la conducta.

27 A diferencia de lo que hace Google en el sistema operativo Android.

La combinación de la comisión y la obligación del IAP ha sido fuertemente criticada por Spotify y por Epic (dueña del popular juego Fornite). En la práctica, señalan, constituiría un “impuesto discriminatorio”²⁸, que las apps que no compiten con Apple (como Uber) no deben pagar, pero que sí deben hacerlo las que compiten con alguno de sus servicios, como ocurre con Spotify y Apple Music. En suma, las críticas de Spotify y Epic apuntan a que el App Store debiera ser un ecosistema más abierto, en que se permita, por una parte, la instalación de App Store u otros sistemas de pago competidores, compitiendo por cuál ofrece las mejores comisiones.

La justificación de la sanción de las restricciones en que la plataforma tiene un monopolio en el mercado del App Store (Geradin & Katsifis, 2021), que genera restricciones innecesarias en un ecosistema de por sí cerrado. En general, el App Store de Apple no sería sustituible por el Play Store de Google. De cara a los desarrolladores de apps, existen altos costos de cambios entre los sistemas operativos donde cada App Store opera, relacionados principalmente por la pérdida de la escala de usuarios que ello significaría. De cara a los usuarios, también existen altos costos de cambio entre los dispositivos, debido principalmente al hecho de tener que descargar y aprender el uso de todo el nuevo universo de apps, y por la ausencia de portabilidad efectiva de datos personales (Case AT.40099 (Google Android), 2018b). A partir de lo anterior, la plataforma tiene incentivos para extender su poder de mercado a otros mercados conexos, por ejemplo, del mercado del App Store al mercado de apps de Streaming de música o al de sistemas de pagos dentro del mismo App Store (Otegui, 2015). En este contexto, la plataforma tiene incentivos para incurrir en conductas explotativas, típicamente ventas atadas y precios excesivos y condiciones de contratación injustas. En concreto, Apple ataría el IAP al App Store, en términos que los desarrolladores de apps estarían impedidos de salirse del App Store, donde se mantiene la gran escala de usuarios necesaria para que las app sean rentables (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020). El 30% de comisión de Apple sería superior a las comisiones que otros sistemas de pago (como marcas de tarjetas de crédito o PayPal) cobran por las mismas transacciones (Kotapati et al., 2020). En este sentido, como el App Store de Apple es el único permitido en iOS, sería imposible que ante un aumento de la comisión, se incentive la entrada de nuevos actores (Geradin & Katsifis, 2021). De cara a los consumidores, estas restricciones encarecerían el valor de las apps.

Ante esto, las principales críticas a esta conducta radicarían en que la plataforma no tendría poder de mercado y que la conducta estaría justificada. En concreto, el mercado relevante no debería incluir sólo al App Store de Apple, sino a todos los canales de distribución por los cuales los usuarios adquieren contenidos, incluso fuera del mismo App Store (Voelcker & Baker, 2020). Por tanto, el App Store de Apple sí competiría con el Play Store de Google, no teniendo, consecuentemente, poder de mercado. Al mismo tiempo, el 30% de comisión sería la forma que tendría Apple de subsidiar el hecho que las apps basadas en publicidad se mantengan en el App Store, sin tener que pagar nada (Picker, 2020). La comisión estaría justificada en todas las inversiones en que debe incurrir Apple para asegurar estándares de calidad, seguridad, privacidad, y en general, mantenimiento de un App Store, que los sistemas de pago por sí solos no deben incurrir (Picker, 2021a). En paralelo, se ha sostenido también que permitir la instalación de otros App Stores eliminaría la competencia por seguridad, una de las formas de diferenciación entre Apple y Google (Picker, 2021b).

Las restricciones en el App Store por parte de Apple han sido fuertemente investigadas en Europa e imputadas judicialmente en Estados Unidos. En 2020, la Comisión Europea envió un *Statement of Objections* a Apple por abuso de posición dominante en el mercado de distribución de apps de Streaming de música en su App Store, tras la denuncia de Spotify²⁹. La Comisión ha imputado el uso obligatorio del IAP y *Anti-Steering Provisions*. Estas restricciones elevarían los costos de apps competidoras, lo que sería traspasado a los usuarios en forma de mayores precios. Por su

28 Mayor información puede verse en la página que al efecto creó Spotify: <https://www.timetoplayfair.com/timeline/> (última visita: 29.08.21).

29 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061 (última visita: 29.08.21).

parte, la autoridad de competencia británica ha iniciado también una investigación por abuso de posición dominante en el App Store³⁰. Apple impondría condiciones de contratación injustas a los desarrolladores de *apps*, debido a la prohibición de App Stores, y los mismos IAP y *Anti-Steering Provisions*. En paralelo, la autoridad de competencia holandesa ordenó a Google permitir el uso de medios de pagos alternativos en el caso de *apps* de citas³¹, existiendo una controversia respecto al incumplimiento sostenido y continuo de Apple respecto de esta obligación³².

En Estados Unidos, existen tres casos paradigmáticos relativos al App Store de Apple. En primer lugar, *Apple v. Pepper* (*Apple Inc. v. Pepper*, 2019), resuelto por la Corte Suprema en 2019. Un grupo de consumidores imputó que Apple habría monopolizado el mercado del App Store al cobrar la comisión supracompetitiva del 30% a los desarrolladores de *apps*, lo que encarecería su valor final. Apple se defendió³³ sosteniendo que los desarrolladores de *apps* serían las víctimas directas de la conducta imputada y que, por tanto, los consumidores no tendrían legitimación activa. El voto de mayoría de la Corte, sin embargo, determinó que los usuarios son consumidores al final de la cadena productiva, sin que haya intermediarios en la cadena entre Apple y estos, toda vez que son éstos los que adquieren directamente las *apps* mediante el App Store. Por tanto, sí tendrían legitimación activa.

El segundo caso es *Cameron et al v. Apple Inc.*, del 2019. De acuerdo con la demanda, Apple, junto con imponer la distribución de *apps* sólo mediante el App Store y con pago del 30% de comisión, impondría un precio mínimo de \$.99 para las *apps*. Recientemente, Apple ha propuesto una conciliación en este caso, permitiendo que las *apps* puedan informar a los consumidores acerca de las opciones de pago fuera del App Store. Sin embargo, esta medida no tendría ningún efecto, dado que no incluiría la posibilidad de informar dentro de la misma *app* otras opciones de pago, donde se generarían los verdaderos efectos anticompetitivos³⁴.

El tercer caso es *Epic v. Apple*, del 2020. La controversia surgió luego de que Epic anunciara la posibilidad de adquirir funcionalidades del juego a un precio menor si es que eran descargados directamente desde Epic y no en App Store. Ante esto, Apple eliminó el juego de la plataforma, por incurrir en infracción a los acuerdos. Epic demandó. De acuerdo al escrito, Apple prohibiría a los usuarios descargar App Stores o *apps* directamente de páginas webs, preinstalaría el App Store en todos los dispositivos con iOS, impediría que los usuarios puedan desinstalar App Store, y condicionaría el acceso de los desarrolladores de *apps* a iOS a que estos tengan que distribuir sus *apps* únicamente mediante App Store y no en los de terceros (*Epic Games Inc. v. Apple Inc.*, 2020). El tribunal de primera instancia rechazó la mayoría de las imputaciones consistentes en infracciones a las secciones 1 y 2 de la Sherman Act. Respecto a la sección 1, señaló que las restricciones de Apple no configurarían un acuerdo, sino una conducta unilateral, y que Epic no habría cumplido el estándar de inexistencia de opciones alternativas menos lesivas que la conducta imputada, ante las justificaciones basadas en seguridad aducidas por Apple. Respecto a la sección 2, sostuvo que si bien Apple tendría una alta participación de mercado, no tendría poder monopólico, condición necesaria para la sanción de la monopolización. Tampoco sería un insumo esencial. Con todo, el tribunal acogió una imputación a la regulación de *unfair competition* del estado de California, al existir una infracción incipiente a una ley de competencia que amenaza la política o el espíritu de esta ley porque sus efectos serían comparables o los mismos a una infracción. En este contexto, ordenó

30 <https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-apple-over-suspected-anti-competitive-behaviour> (última visita: 29.08.21).

31 <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/summary-of-decision-on-abuse-of-dominant-position-by-apple.pdf> (última visita: 28.06.22).

32 <https://www.acm.nl/en/publications/acm-apple-changes-unfair-conditions-allows-alternative-payments-methods-dating-apps> (última visita: 28.06.22).

33 Apple invocó un antiguo caso: *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

34 <https://www.theverge.com/2021/8/26/22643807/apple-developer-class-action-lawsuit-collect-information-ios-apps-anti-steering> (última visita: 29.08.21).

que los desarrolladores de *apps* puedan incluir links en sus *apps* que permitan a los usuarios comprar fuera del App Store y que puedan comunicar opciones de pago más baratas dentro de la *app*. Sin embargo, un tribunal de segunda instancia suspendió temporalmente el primer remedio impuesto.

En un sentido similar, debe tenerse en cuenta *Google IV* (esto es, como mencionamos, la demanda de un grupo de fiscales generales contra Google por monopolización de su App Store). A diferencia de Apple, si bien Google permitiría la instalación de otros App Stores competidores y la distribución de *apps* por fuera de su Play Store, en realidad pondría trabas a los usuarios finales para realizarlos; por ejemplo, por la vía de advertencias de potenciales daños a los equipos (*State of Utah et al v. Google LLC et al*, 2021).

Finalmente, ahora a nivel regulatorio, en Europa, el proyecto de la “*Digital Markets Act*” determina que un Gatekeeper deberá permitir a negocios “en forma gratuita, comunicar y promover ofertas, incluso en diferentes condiciones, a usuarios adquiridos a través de su *core platform service* o a través de otros canales y celebrar contratos con dichos usuarios, independientemente de que, para dicho propósito, utilicen los *core platform services* del Gatekeeper”; y “permitir a usuarios acceder y usar, mediante sus *core platform services*, contenidos, suscripciones, características u otros ítems, al usar la *app* de un negocio, incluso cuando dichos usuarios adquirieron dichos ítems del negocio relevante sin usar los *core platform services* del Gatekeeper”.

En EE. UU., la sección 2(b)(2) del proyecto de la “*American Choice and Innovation Online Act*”, en directa alusión a esta conducta, prohíbe “condicionar el acceso a la plataforma o el status o posicionamiento preferencial en la plataforma a la adquisición o uso de otros productos o servicios ofrecidos por la plataforma”, en paralelo a la prohibición de impedir la desinstalación de *apps* predeterminadas. Al mismo tiempo, el reciente proyecto de la “*Open App Markets Act*” pretende prohibir la atadura del medio de pago a la distribución mediante el App Store, entre otras prohibiciones, a plataformas que tengan más de 50.000.000 de usuarios finales, salvo en cuanto estas prueben que las restricciones son necesarias para la privacidad y seguridad de los mismos usuarios³⁵. En fin, al otro lado del océano pacífico, un reciente proyecto de ley en Corea del Sur prohíbe también atar el medio de pago propio de la plataforma al App Store³⁶.

4. CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, el catálogo de conductas típicamente asociadas a los Gigantes Tecnológicos está en una suerte de “limbo” entre conductas tradicionalmente sancionadas por el Derecho de la Competencia y otras nuevas conductas que se alejarían de las categorías normalmente usadas en mercados tradicionales. En el caso de Amazon, el *self-preferencing* podría homologarse a casos de *leverage* y discriminación arbitraria. La preinstalación obligatoria por parte de Google seguiría la jurisprudencia de Microsoft, en tanto se imponen costos de cambio generados por factores estudiados por la Economía del Comportamiento. Las conductas imputadas a Facebook por la recolección excesiva de datos personales se han intentado asimilar a casos de precios excesivos. Finalmente, las restricciones impuestas por Apple seguirían también la suerte de los casos de precios excesivos y, en general, de las condiciones de contratación “injustas”.

Hasta hoy, han existido comúnmente dos formas de reacción frente a estas conductas. En primer lugar, mayor *enforcement*, como muestran los casos europeos y las demandas estadounidenses. Sin embargo, la principal dificultad de esta respuesta radica precisamente en la dificultad de subsumir estos supuestos nuevos problemas dentro de las categorías tradicionales. En segundo lugar, se ha

35 <https://www.blumenthal.senate.gov/imo/media/doc/8.11.21%20-%20Open%20App%20Markets%20Act%20-%20Bill%20Text.pdf> (última visita: 29.08.21).

36 <https://www.wsj.com/articles/google-apple-hit-in-south-korea-by-worlds-first-law-ending-their-dominance-over-app-store-payments-11630403335> (última visita: 29.08.21).

intentado utilizar mayor regulación. Esta vía se encuentra actualmente en desarrollo, con el proyecto de “*Digital Markets Act*” en Europa y los proyectos de leyes de competencia en Estados Unidos. Con todo, aunque estas reglas podrían actualizar las categorías tradicionales del Derecho de la Competencia, su potencial efecto expansivo podría provocar aun más riesgos anticompetitivos que los problemas que se pretenden solucionar.

Aún está por verse, entonces, si el perro viejo necesita —y quiere— aprender trucos nuevos.

5. REFERENCIAS

- Abarca, M. (2020). EE.UU. c. Google: No tan nuevas tendencias del derecho de competencia. *Derecho, Economía y Competencia*. <https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/eeuu-google/>
- Akman, P. (2018). *Will the European Commission’s Google Android Decision Benefit Consumers? Truth on the Market*. <https://truthonthemarket.com/2018/07/19/will-the-european-commissions-google-android-decision-benefit-consumers/>
- Apple Inc. V. Pepper, (Supreme Court 2019). https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-204_bq7d.pdf
- Australian Competition and Consumer Commission. (2021). *Digital platform services inquiry—March 2021 interim report*. <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20March%202021%20interim%20report.pdf>
- Bethell, O. (2021). Changes to the Android Choice Screen in Europe. Google. <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/changes-android-choice-screen-europe/>
- Bostoen, F. (2022). The General Court’s Google Shopping Judgment: Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse. *Journal of European Competition Law & Practice*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4014487>
- Botta, M., & Wiedemann, K. (2019). Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(8).
- Bowman, S., & Manne, G. (2021, marzo 4). *Platform Self-Preferencing Can Be Good for Consumers and Even Competitors*. Truth on the Market. <https://truthonthemarket.com/2021/03/04/platform-self-preferencing-can-be-good-for-consumers-and-even-competitors/>
- Caffarra, C. (2020, junio 15). The Remedies Sinkhole: Where all good theories go to die, and how to think again. *Politico*. <https://www.politico.com/f/?id=00000175-4d15-d7aa-af77-5f9ddab20000>
- Carlton, R. (2020). *Self-Preferencing by Digital Platform is a form of leveraging behaviour*. 4th Innovation Economics Conference #2 - Self-Preference: The Gatekeeper Role. https://www.concurrences.com/IMG/pdf/concurrences_synthesis_200624.pdf?60785/12f67bea2aabc344558d06a13f59aae4ee7ae35a
- Caro de Sousa, P. (2020). *What Shall We Do About Self-Preferencing?* (SSRN Scholarly Paper ID 3659065). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=3659065>
- Chirita, A. D. (2018). *Google Android: Record-Breaking Fine on Anti-Competitive Practices under Article 102 TFEU* (SSRN Scholarly Paper ID 3841512). <https://papers.ssrn.com/abstract=3841512>

- Colangelo, G. (2019, septiembre 23). Facebook and the Bundeskartellamt's Winter of Discontent. *Competition Policy Internacional*. <https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-and-bundeskartellamts-winter-of-discontent/>
- Economides, N., & Lianos, I. (2021). Restrictions On Privacy and Exploitation In The Digital Economy: A Market Failure Perspective. *Journal of Competition Law & Economics*, nhab007. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab007>
- Edlin, A. S., & Harris, R. G. (2013). The role of switching costs in Antitrust analysis: A comparison of Microsoft and Google. *Yale Journal of Law and Technology*, 15(2), Article 2.
- Etro, F., & Caffarra, C. (2017). On the economics of the Android case. *European Competition Journal*, 13(2-3), 282-313. <https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1386957>
- Geradin, D., & Katsifis, D. (2021). The Antitrust Case Against the Apple App Store. *Journal of Competition Law & Economics*, nhab003. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab003>
- Haucap, J. (2019). *Data Protection and Antitrust: New Types of Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook Decision*.
- Houck, S. (2018). Android—Is There a Viable Monopolization Case? *SSRN Electronic Journal*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3230355
- Hovenkamp, H. (2021a, junio 25). Congress' Antitrust War On China and American Consumers. *ProMarket*. <https://promarket.org/2021/06/25/congress-antitrust-china-consumers-merger/>
- Hovenkamp, H. (2021b). *President Biden's Executive Order on Promoting Competition: An Antitrust Analysis* (SSRN Scholarly Paper ID 3887776). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=3887776>
- Ibáñez Colomo, P. (2020a). *The Shaping of EU Competition Law*. Cambridge University Press.
- Ibáñez Colomo, P. (2020b). Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles. *World Competition*, 43(4). <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/43.4/WOCO2020022>
- Jones, A., Sufrin, B., & Dunne, N. (2020). *EU Competition Law: Text, Cases and Materials* (Seventh Edition). Oxford University Press.
- Khan, L. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 96.
- Khan, L. (2019). The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review*, 973. <https://papers.ssrn.com/abstract=3180174>
- Kotapati, B., Mutungi, S., Newham, M., Schroeder, J., Shao, S., & Wang, M. (2020). *The Antitrust Case Against Apple* (SSRN Scholarly Paper ID 3606073). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=3606073>
- Lamadrid, A. (2019, septiembre 3). The Suspension of the Bundeskartellamt's Facebook Decision- Part I: What the Order Actually Says. *Chillin' Competition*. <https://chillingcompetition.com/2019/09/03/the-suspension-of-the-bundeskartellamts-facebook-decision-part-i-what-the-order-actually-says/>

- Melamed, D. (2020, octubre 22). *Lawyers who went after Microsoft in antitrust case say DOJ will have a difficult time succeeding against Google* [CNBC]. <https://www.cnbc.com/2020/10/22/lawyers-who-pressed-microsoft-on-antitrust-claims-say-the-google-case-differs.html>
- Newman, J. (2019). Antitrust in Digital Markets. *Vanderbilt Law Review*, 72(5), 1497.
- Otegui, J. N. (2015). Apple and Spotify, a Competition Law Song? *E.C.L.R.*, 36(436). <https://papers.ssrn.com/abstract=2628051>
- Petit, N. (2020). *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*. Oxford University Press.
- Picker, R. (2018). The European Commission Picks a Fight with Google Android over Business Models. *ProMarket*. <https://promarket.org/2018/07/23/european-commission-picks-fight-google-android-business-models/>
- Picker, R. (2020, junio 24). At the Heart of the European Commission's Investigations of Apple Is a Basic Question: How Should Apple Make Money? *ProMarket*. <https://promarket.org/2020/06/24/at-the-heart-of-the-european-commissions-investigations-of-apple-is-a-basic-question-how-should-apple-make-money/>
- Picker, R. (2021a). Europe Lacks a Vision for How Apple's App Store Fees Should Work. *ProMarket*. <https://promarket.org/2021/05/05/european-commission-apple-app-store-fees-spotify/>
- Picker, R. (2021b). Security Competition and App Stores. *Le Concurrentialiste*. <https://leconcurrentialiste.com/picker-app-stores/>
- Podszun, R. (2021, marzo 25). Facebook: Next Stop Europe [D' Kart]. *D' Kart*. <https://www.d-kart.de/en/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/>
- Singer, H. (2021, julio 2). Cicilline's Nondiscrimination Bill Would Help Independent App Developers. *ProMarket*. <https://promarket.org/2021/07/02/antitrust-self-preferencing-preinstallation-app-developers-apple/>
- Stapp, A. (2019, octubre 8). *Why Data Is Not the New Oil*. <https://truthonthemarket.com/2019/10/08/why-data-is-not-the-new-oil/>
- Stucke, M. E. (2012). The Implications of Behavioral Antitrust. *University of Tennessee Legal Studies*, 192. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109713
- Stucke, M. E. (2018). Should We Be Concerned About Data-Opolies? *Georgetown Law Technology Review*, 2(275), 275-324.
- Stucke, M. E. (2022). *Breaking Away: How to Regain Control Over Our Data, Privacy, and Autonomy*. Oxford University Press.
- Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. (2020). *Investigation Of Competition In Digital Markets: Majority Staff Report And Recommendations*. <https://permanent.fdlp.gov/gpo145949/competitionindigitalmarkets.pdf>
- Vásquez, O., & Hoffmann, J. (2021). Can data exploitation be properly addressed by competition law? A note of caution. *Concurrences*, 1.
- Voelcker, S., & Baker, D. (2020). *Why There Is No Antitrust Case against Apple's App Store: A Response to Geradin & Katsifis* (SSRN Scholarly Paper ID 3660896). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=3660896>

- Witt, A. C. (2020, julio 10). How Germany Managed to Outlaw Facebook's Core Business Model. *Promarket*. <https://promarket.org/2020/07/10/how-germany-managed-to-outlaw-facebooks-core-business-model/>
- Wu, T. (2020a). *The Curse of Bigness*. Atlantic Books.
- Wu, T. (2020b, octubre 22). *The Google Case: An Explanation and Evaluation for Non-Lawyers*. Medium. <https://superwuster.medium.com/the-google-case-8fd0b26328c7>
- Zingales, N. (2018, enero 8). Google Shopping: Beware of 'Self-Favouring' in a World of Algorithmic Nudging. *Competition Policy Internacional*. <https://papers.ssrn.com/abstract=3707797>