



**COMILLAS**

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Facultad de Ciencias Humanas y Sociales  
Grado en Relaciones Internacionales

Trabajo Fin de Grado

# **¿Construyendo estándares globales? Los Derechos de la competencia ante el auge de la economía digital**

Análisis comparativo del Reglamento de Mercados Digitales, el  
“American Innovation and Choice Online Act” y el “Open App  
Markets Act”

Estudiante: **Miguel Frognier Pérez**

Director: Prof. Ignacio Ramos Villar

Madrid, abril de 2023

*A Elvira, por abrir una puerta en el momento justo, y no cerrarla nunca.*

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	5
1.1	LA RESPUESTA DE LOS DERECHOS DE LA COMPETENCIA AL AUGE DE LA ECONOMÍA DIGITAL: RESPUESTAS NACIONALES A UN FENÓMENO GLOBAL.....	5
1.2	FINALIDAD, OBJETIVOS, PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS .....	8
1.3	MOTIVOS DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.....	9
1.4	METODOLOGÍA.....	10
1.4.1	Estado de la cuestión: selección de jurisdicciones e identificación de normas aprobadas y propuestas .....	10
1.4.2	Marco teórico: conceptos de abuso de posición dominante y monopolización.....	12
1.4.3	Estructura del análisis.....	14
2.	ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS NORMAS SELECCIONADAS .....	14
2.1	OBJETIVOS .....	14
2.2	ÁMBITOS DE APLICACIÓN.....	15
2.3	PRÁCTICAS, DERECHOS Y OBLIGACIONES .....	18
2.3.1	Regulados por las tres normas .....	18
	A. Uso de datos exclusivos para competir (RMD, AICOA, OAMA) .....	18
	B. Diferenciación de ofertas de usuarios profesionales en función del canal, cláusulas “anti-steering” (RMD, AICOA, OAMA).....	19
	C. Desinstalación de aplicaciones, aplicaciones alternativas y modificación de la configuración por defecto (RMD, AICOA, OAMA).....	21
	D. Discriminación a favor de productos y servicios propios (“self-preferencing”) (RMD, AICOA, OAMA).....	23
	E. Acceso equitativo, razonable y no discriminatorio a productos y servicios (RMD, AICOA, OAMA) .....	24
2.3.2	Regulados por dos de las normas.....	25
	A. Acceso a datos y portabilidad de estos (RMD, AICOA).....	25
	B. Vinculación (RMD, AICOA).....	26
	C. Interoperabilidad (RMD, AICOA) .....	27
	D. Cumplimiento general (RMD, AICOA) .....	29
2.3.3	Regulados por una de las normas .....	29
	A. Tratamiento, cruzado y combinación de datos de los usuarios (RMD).....	30

B. Información para anunciantes y editores (RMD) .....	30
C. Condiciones generales proporcionales y accesibles para poner fin al uso de un producto o a la prestación de un servicio (RMD) .....	31
D. Información sobre concentraciones (RMD) .....	31
2.4    SUSPENSIONES Y EXENCIONES .....	31
3.    CONCLUSIONES .....	33
3.1    RESULTADOS DEL ESTUDIO, VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS PLANTEADAS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO .....	33
3.2    APORTACIONES, LIMITACIONES Y POSIBLES AMPLIACIONES DEL PRESENTE TRABAJO .....	35
4.    BIBLIOGRAFÍA.....	37
4.1    LEGISLACIÓN.....	37
4.2    JURISPRUDENCIA .....	37
4.3    OBRAS DOCTRINALES .....	38
4.4    OTROS RECURSOS DE INTERNET .....	42

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1 LA RESPUESTA DE LOS DERECHOS DE LA COMPETENCIA AL AUGE DE LA ECONOMÍA DIGITAL: RESPUESTAS NACIONALES A UN FENÓMENO GLOBAL**

Gracias al sistema de comercio internacional creado después de la Segunda Guerra Mundial —con la entrada en vigor del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1948, y su sustitución en 1995 por los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC, 2023a)—, el comercio internacional ha pasado de representar un 25% del PIB mundial en 1970 a más de un 50% en 2021, un incremento de más del doble (Banco Mundial, 2023c). La propia OMC cuenta en la actualidad con 164 Estados miembros, la práctica totalidad de los países del mundo (OMC, 2023b). Este crecimiento de los vínculos comerciales globales ha venido acompañado de una creciente internacionalización de las empresas, que, buscando nuevos mercados en los que expandirse, exportan y se establecen en nuevas jurisdicciones.

Con esta expansión del comercio a escala global y la consiguiente internacionalización de las empresas, éstas se enfrentan al reto del cumplimiento normativo, o “compliance” en inglés: ajustar sus actuaciones a las normas aplicables en cada una de las jurisdicciones en las que operan. Este reto deviene aún más complejo cuando se trata de empresas que operan en jurisdicciones con normativas muy dispares, y afrontarlo puede suponer costes considerables para las empresas y un importante obstáculo para su crecimiento transfronterizo y por ende para el crecimiento económico (OCDE, 2014, p. 7). Además, a menudo las empresas tienen que operar en un clima de inseguridad jurídica, pues su actividad puede verse afectada por cambios normativos en decenas de países, cada uno con motivaciones diferentes y potencialmente con soluciones diferentes para las mismas cuestiones.

Uno de los sectores económicos más internacionalizados y globalizados es el de los mercados digitales, que en conjunto conforman la economía digital. Ésta incluye “toda la actividad económica que depende del uso de inputs digitales o que se apoya significativamente en el uso de los mismos, incluidas las tecnologías digitales, la infraestructura digital, los servicios digitales y los datos” y hace referencia a “todos los productores y consumidores, incluidos los gobiernos, que utilizan estos inputs digitales en sus actividades económicas” (OCDE, 2020, p. 5).

Estos nuevos mercados se diferencian de otros sectores económicos por tres grandes rasgos: las considerables economías de escala (el coste de producir un servicio digital es mucho menos que proporcional al número de usuarios que lo usa); las fuertes externalidades de red (a mayor número de usuarios que tiene una tecnología o servicio, mayor es la utilidad de esa tecnología o servicio para ellos), que constituyen una gran barrera de entrada; y la importancia de los datos (el volumen de datos con el que cuenta cada operador y cómo los procesa es un parámetro de competencia cada vez más relevante y favorece a los operadores ya establecidos) (Crémer *et al.*, 2019, p. 5).

Después de décadas de crecimiento internacional con apenas limitaciones, ahora el sector tiene que enfrentarse a una cambiante situación geopolítica que puede dificultar su carácter global. En los últimos años han crecido las voces y políticas dirigidas a fragmentar la economía mundial en bloques, desde las guerras comerciales durante la administración Trump hasta el declive de la OMC (Horton y Hopewell, 2021) y el rechazo expreso a algunas de sus decisiones que han continuado bajo la administración Biden (USTR, 2022), pasando por el auge de políticas industriales y medidas que podrían calificarse de proteccionistas (The Economist, 2023). Esto, unido a la tensión entre Estados Unidos y China —mientras la Unión Europea y otros países tratan de mantener una postura más o menos equilibrada hacia ambos (García Herrero, 2019, p. 14)—, está intensificando la división tecnológica entre países de las órbitas estadounidense y china (Bateman, 2022). También persisten diferencias de política tecnológica entre los Estados occidentales (Komaitis y Sherman, 2021).

El impacto de estas tendencias se suma a un debate cada vez más intenso sobre cómo regular la economía digital, y concretamente sobre cómo abordar lo que se percibe como prácticas abusivas de las principales empresas de plataformas digitales (Lasserre, 2016, p. 429; Herguera, 2021, p. 2). Uno de los instrumentos al que varias jurisdicciones están recurriendo es al Derecho de la competencia. En un primer momento, muchas autoridades de competencia han optado por aplicar las normas existentes de competencia a los mercados digitales, abriendo casos e imponiendo multas a grandes empresas del sector (Bary y Lecole, 2022). Sin embargo, la experiencia ha mostrado que esta vía tiene considerables limitaciones (Carugati, 2022). Entre ellas, que cada caso es muy complejo y puede tardar años en resolverse (Marsden, 2020, p. 553); que un caso solo aborda una práctica de una empresa, en vez de ofrecer una regulación general del conjunto del mercado; y que algunas prácticas abusivas pueden quedar fuera del alcance de la normativa general (De Miguel Asensio, 2022, p. 8).

Es por ello por lo que en algunas jurisdicciones se está explorando una segunda vía complementaria: legislación *ad hoc* (Carugati, 2023). Es decir, nuevas normas, inspiradas en las generales del Derecho de la competencia y en casos recientes (Chirico, 2021, p. 494), pero pensadas específicamente para abordar de forma más eficaz (Chirico, 2021, p. 496) los retos de competencia que plantean los mercados digitales y la economía de plataformas. Es en estas normas, algunas ya aprobadas y otras únicamente propuestas, que se centra este trabajo.

Estas nuevas normas no son a escala global, sino nacional o a lo sumo compartidas entre varios países ya muy integrados (como los miembros de la Unión Europea). Este hecho refleja una realidad más amplia, expresada en el propio título del trabajo: no hay un Derecho de la competencia global que complemente y hasta un punto armonice los distintos ordenamientos nacionales. Sí existe en otras áreas, como en el comercio internacional (*vid.* inicio del apartado).

En el ámbito de competencia, existen iniciativas y mecanismos de colaboración y acercamiento (Valle Lagares, 2010, p. 155; Carugati, 2022), pero no siempre resultan efectivos y se enfrentan a varios retos (Carugati, 2023). Un ejemplo de reciente creación es el Consejo de Comercio y Tecnología entre Estados Unidos y la Unión Europea (Comisión Europea, 2021). Asimismo, las actuaciones legislativas en una jurisdicción pueden influir en las de otras. Y las distintas autoridades de competencia a menudo cooperan o intercambian información cuando están impulsando casos similares (Comisión Europea, 2022), respondiendo a la lógica de que muchos de los retos de competencia trascienden fronteras y por ello deben afrontarse desde la coordinación internacional (Valle Lagares, 2010, p. 155). Pero aún no hay un cuerpo jurídico unificado de competencia que se aplique a nivel global, y tampoco hay uno inspirado en el Derecho de la competencia pero centrado en los mercados digitales. Cada jurisdicción está desarrollando sus propias normas.

Esta realidad puede ofrecer algunas ventajas, derivadas fundamentalmente de la libertad de las distintas jurisdicciones para experimentar con nuevas soluciones, inspirarse de las experiencias de otras, y en conjunto ir mejorando las normas existentes. Pero también puede dificultar el cumplimiento normativo, en la línea de lo ya señalado: si hay normativas bastante dispares, esto puede generar inseguridad jurídica y suponer un obstáculo para la internacionalización de un sector cuya pujanza se basa precisamente en su carácter transfronterizo. Además, puede imponer importantes costes a las empresas que tengan que adaptar sus negocios a varias normativas distintas (Valle Lagares, 2010, p. 155). En última instancia, es clave contar con un entorno de seguridad jurídica

y cierta certeza y homogeneidad normativa, para facilitar la expansión internacional de las empresas del sector y los flujos comerciales internacionales en el ámbito digital como creadores de riqueza.

## 1.2 FINALIDAD, OBJETIVOS, PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS

En este contexto, el presente trabajo responde a la necesidad de analizar estas nuevas normas, tanto las ya aprobadas como las aun solo propuestas, para determinar si divergen en sus aspectos esenciales o si, en cambio, es posible identificar ciertos patrones y principios comunes a todas ellas. En otras palabras, el **objetivo general** y **finalidad** última de este trabajo es contribuir a averiguar si se están creando de facto estándares globales de Derecho de la competencia en los mercados digitales, o si, en cambio, los enfoques de las distintas jurisdicciones son demasiado dispares para identificar dichos patrones y principios comunes.

De este objetivo general se derivan tres **objetivos específicos**. En primer lugar, conocer cómo se está articulando o se propone articular la interacción entre el Derecho de la competencia y la economía digital en algunas de las grandes jurisdicciones de todo el mundo. En segundo lugar, analizar sistemáticamente las normas propuestas o aprobadas en este ámbito en dichas jurisdicciones. En tercer lugar, intentar identificar las principales similitudes y diferencias entre estas normas, poniendo el foco en los aspectos sustantivos.

La **pregunta de investigación** a la que se quiere responder, y que condensa estos objetivos, es: ¿Hasta qué punto son sustantivamente homogéneas las nuevas normas inspiradas en el Derecho de la competencia y centradas en los mercados digitales?

Se parte de cuatro posibles hipótesis, que se validarán a la luz de los resultados del estudio. La primera es que las normas de las distintas jurisdicciones son esencialmente heterogéneas en términos sustantivos: recogen prácticas, derechos y obligaciones muy distintos y los regulan de forma muy distinta. La segunda es que hay prácticamente una total homogeneidad sustantiva entre las normas de las distintas jurisdicciones, ya que recogen esencialmente las mismas prácticas, derechos y obligaciones y con una regulación similar. La tercera es que hay gran homogeneidad en cuanto a las prácticas recogidas, pero no en cuanto a los derechos y obligaciones que se les asocian ni a la regulación de éstos. Y la cuarta es que hay gran homogeneidad en cuanto a las prácticas recogidas e

importantes similitudes en lo que respecta a los derechos y obligaciones vinculados y a su regulación, pero también algunas diferencias reseñables.

### **1.3 MOTIVOS DE LA ELECCIÓN DEL TEMA**

He elegido centrar mi trabajo en este tema por su gran relevancia académica y social y por la importancia que tiene para mí, personal y profesionalmente.

La economía digital es un sector cada vez más importante, y la vertiente económica es a menudo vital en las relaciones entre países. En un contexto de creciente proteccionismo y de dudas sobre el futuro de la globalización (O'Neil, 2022), es importante estudiar cómo se están afrontando retos globales que, precisamente por serlo, posiblemente requieran soluciones globales. Asimismo, frente a la compleja situación económica actual (Banco Mundial, 2023b), una de las vías para lograr un crecimiento económico sostenido y sostenible es la regulación. En particular, una buena regulación, que garantice la existencia de mercados abiertos, competitivos y creadores de oportunidades. Ello puede requerir tomar medidas para que las empresas dominantes estén expuestas a competencia, y a la vez garantizar que las empresas pueden operar en un entorno de cierta estabilidad y homogeneidad normativa, que facilite su crecimiento y potencie su capacidad de aportar valor.

Por otra parte, este tema de investigación encaja con mi ánimo de especializarme en el Derecho de la competencia. Descubrí esta área en un curso de verano y después en mi movilidad Erasmus en Ámsterdam. He ido profundizando en ella a lo largo de sendas prácticas en el sector público (en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la autoridad española de competencia) y privado (en MLAB Abogados, despacho especializado en Derecho de la Unión Europea y de la competencia). Y quiero desarrollar mi carrera profesional en este campo. Para ser un buen profesional de este campo en un mundo muy internacionalizado e interconectado, en el que muchos de los retos son globales, es clave conocer el Derecho de la competencia de otras jurisdicciones, para ver si se pueden imitar o evitar enfoques de alguna de ellas en función de sus resultados.

Asimismo, la economía digital es de los sectores que más me interesa, y juega un papel cada vez más fundamental en el conjunto de la economía y la sociedad. Me parece apasionante estudiarla desde el Derecho de la competencia, en un momento en que las autoridades de competencia y los legisladores de todo el mundo están cada vez más activos en ese sector. Además, teniendo en cuenta

la oportunidad que ofrece el sector de tener un impacto en la vida de millones de personas y en aspectos fundamentales de la estructura de cada jurisdicción. Dado que es un sector en pleno crecimiento y con un alto grado de innovación, es muy estimulante abordarlo y examinar qué puede hacer el Derecho ante una realidad tan disruptiva; concretamente, cómo se puede interpretar y aplicar la normativa ya existente, y diseñar nueva normativa. Y, en última instancia, quería orientar este trabajo no solo al mundo laboral al que saldré cuando acabe mi doble grado, sino también a las décadas en las que voy a desarrollar mi carrera profesional. Creo que es fundamental adquirir un conocimiento en profundidad de los temas e iniciativas que marcan la actualidad de este campo, para intentar adaptarme a su constante evolución y, con ello, ser un mejor profesional.

## **1.4 METODOLOGÍA**

### **1.4.1 Estado de la cuestión: selección de jurisdicciones e identificación de normas aprobadas y propuestas**

El estado de la cuestión a tener en cuenta para este trabajo lo constituyen las normas propuestas y aprobadas en las distintas jurisdicciones.

De entrada, es fundamental delimitar el **concepto de normas**. A efectos de este trabajo, se entiende que normas son leyes o iniciativas regulatorias de rango equivalente, adoptadas o propuestas por el órgano legislativo competente. Dentro de éstas, aquí interesan las normas de Derecho de la competencia o inspiradas en éste que se centren en la regulación de la economía de plataformas.

Se incluyen las normas propuestas pero que aún no han sido aprobadas, por varias razones. Dado que esta es un área del Derecho muy cambiante y marcada por la innovación, es importante orientar el trabajo al futuro e incorporar un cierto grado de prospectiva. El hecho de que hayan sido propuestas, unido a la tendencia cada vez más extendida de regular los mercados digitales por vía legislativa, apunta a que en los próximos años probablemente se aprobarán las normas que ahora solo son propuestas, o versiones de ellas. Asimismo, reflejan los enfoques más elaborados de cada jurisdicción en este campo, amplían el alcance del análisis y también lo enriquecen –pues la mayoría de las normas que aquí interesan aún están en la fase de propuesta, por lo que sin tenerlas en cuenta un análisis comparativo sería difícilmente viable. Por otro lado, quedan fuera otros tipos de normas, como aquellas de rango reglamentario y las directrices administrativas. Se busca con ello centrar el

análisis en las normas con mayor vocación de permanencia, dado el nivel de apoyo que tienen que recibir para aprobarse (mientras que los dos ejemplos citados parten del impulso gubernamental y raramente necesitan concitar amplios apoyos adicionales).

En lo que respecta a las jurisdicciones, por operatividad, se parte únicamente de las principales de todo el mundo. Para determinar cuáles son, se conjugan dos criterios. En primer lugar, el volumen de PIB (Banco Mundial, 2023a); ya que el trabajo se enmarca en la importancia de la internacionalización de las empresas, tiene sentido centrarse en los principales mercados del mundo. En segundo lugar, se han seleccionado, dentro de estos grandes mercados, aquellos que cuentan con normas en el sentido ya descrito. El resultado es una lista de diez jurisdicciones: Estados Unidos, China, Unión Europea, Japón, Alemania, India, Reino Unido, Italia, Canadá y Corea del Sur. Se trata de las diez mayores jurisdicciones en términos de PIB, y en todas ellas existen normas aprobadas o propuestas en el sentido expuesto (Thiemann *et al.*, 2021, pp. 6-7; Bundeskartellamt, 2022).

En este trabajo se analizan solo las normas de dos de estas jurisdicciones: Estados Unidos (nivel federal) y la Unión Europea (nivel comunitario). Por las limitaciones de espacio, es imposible analizar todas las normas de las diez jurisdicciones indicadas con una mínima profundidad. Se han seleccionado dos de las mayores jurisdicciones en términos de PIB, y dos de las jurisdicciones con sistemas de Derecho de la competencia más asentados y desarrollados, que además han servido de modelo para los de otras muchas (Bradford *et al.*, 2019, pp. 3-5). Asimismo, están entre las jurisdicciones más activas en la regulación de los mercados digitales a través del Derecho de la competencia y normas inspiradas en éste (Competition Policy International, 2022). También se ha buscado sortear las barreras de idioma que planteaba el estudio de otras jurisdicciones.

En la Unión Europea se ha aprobado una importante norma comunitaria, el Reglamento de Mercados Digitales (en adelante, RMD), que se analiza en este trabajo. En cambio, en Estados Unidos, no se ha aprobado ninguna norma a nivel federal, aunque entre 2021-2022 se presentaron ocho propuestas legislativas en el Congreso. Por razones de espacio, resulta imposible estudiarlas todas, y hacerlo tampoco reforzaría necesariamente las conclusiones: el hecho de que una norma haya sido propuesta no garantiza que se acabe aprobando, por lo que estudiar todas estas iniciativas implicaría seguramente abordar algunas que cuentan con pocos apoyos y escasas probabilidades de convertirse en leyes a corto o medio plazo.

De esas ocho propuestas, hubo dos que estuvieron bastante cerca de ser aprobadas en 2022: el “American Innovation and Choice Online Act” (en adelante, AICOA), y el “Open App Markets Act” (en adelante, OAMA). Contaban con el apoyo de la administración Biden y amplio respaldo en ambos partidos mayoritarios (Paul *et al.*, 2022). Sin embargo, finalmente no llegaron a ser votadas en pleno en ambas cámaras del Congreso, en parte por la estrategia de lobby de algunas de las empresas que se habrían visto afectadas por la nueva regulación (Birnbaum, 2022). Precisamente por lo recientes que son y por el apoyo que tenían, es posible y hasta probable que se vuelva a intentar aprobar normas similares en los próximos años. Asimismo, de las ocho propuestas, son dos de las más desarrolladas y de las que tienen mayor alcance. Por todas estas razones, se ha elegido centrar el análisis comparativo en estas dos propuestas, además de en el RMD. Se toman la versión en vigor del RMD y las versiones más recientes de las dos propuestas estadounidenses.

#### **1.4.2 Marco teórico: conceptos de abuso de posición dominante y monopolización**

Dado que las tres normas objeto de análisis están inspiradas en el Derecho de la competencia, el marco teórico relevante para estudiarlas lo constituye el Derecho de la competencia general. Concretamente, las áreas de las que se ocupa esta rama del Derecho. A pesar de las diferencias entre jurisdicciones, estas áreas son, por lo general, al menos tres: prácticas colusorias, prácticas unilaterales, y control de concentraciones entre empresas. Estas nuevas normas no han sido diseñadas para encajar dentro de ninguna de estas áreas, pero el área a la que están más estrechamente vinculadas es la de las prácticas unilaterales. La mayoría de las prácticas que recogen son prácticas unilaterales (y están inspiradas en casos de competencia anteriores centrados en prácticas unilaterales). Conviene por tanto abordar el concepto de práctica unilateral, como contexto para el examen comparativo de las normas.

En el ámbito de la Unión Europea, la regulación de competencia de las prácticas unilaterales gira entorno al art. 102 TFUE, que declara que “será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”. El artículo prohíbe, por tanto, los **abusos de posición dominante**, pero no define ni el concepto de posición dominante, ni el concepto de abuso de esta posición. Esta tarea ha quedado en manos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Bailey y John, 2018, pp. 869 y 893), el cual en el caso *United Brands* (párr. 65) declaró que una posición dominante es “la posición

de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”.

El hecho de gozar de una posición dominante no está prohibido por la legislación comunitaria, pero el abuso de esa posición sí (Herguera, 2021, p. 6). El Tribunal definió el concepto de abuso en *Hoffman-La Roche* (párr. 91) como “un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”. Según el Tribunal, solo los comportamientos anticompetitivos de una empresa dominante que se aparten de los propios de una “competencia normal” (más conocida ahora como “competencia basada en los méritos”) constituyen abusos de posición dominante y por tanto están prohibidos (Ortiz Blanco *et al.*, 2008, p. 159).

En Estados Unidos, la figura análoga al abuso de posición dominante es la “**monopolización**”, recogida en la sec. 2 de la Ley Sherman Antitrust. Dicha sección establece que “toda persona que monopolice, intente monopolizar, o se alíe o conspire con otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre varios estados o con países extranjeros, será declarada culpable de un delito [...]”. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró en *Estados Unidos contra Grinnell Corp.* (párrs. 570-71) que, para apreciar que una empresa ha incurrido en monopolización, se necesitan dos elementos (Francis, 2022, p. 779): un poder de monopolio de esa empresa en un determinado mercado (no en sentido estricto; basta con el equivalente de una posición dominante), y, por parte de esa empresa, “la adquisición o mantenimiento deliberados de ese poder [monopolístico], por oposición al crecimiento o desarrollo resultantes de un producto superior, buena gestión empresarial, o un accidente histórico”.

La empresa, por tanto, tiene que haber obtenido ese poder monopolístico, o estar manteniéndolo, a través de conductas impropias, distintas de contar con un producto mejor, una buena gestión de la empresa, o un accidente histórico (FTC, 2023). Hay claros paralelismos con el concepto comunitario de abuso de posición dominante.

### 1.4.3 Estructura del análisis

En el apartado 2 se realiza un estudio comparativo de las tres normas seleccionadas: el Reglamento de Mercados Digitales (RMD), el AICOA (“American Innovation and Choice Online Act”) y el OAMA (“Open App Markets Act”). El análisis es esencialmente cualitativo, centrado en sus objetivos y ámbitos de aplicación; en las prácticas que recogen, en qué derechos y obligaciones asocian a ellas, y en cómo los regulan; y en las suspensiones y exenciones a estos derechos y obligaciones. Quedan fuera, por tanto, aspectos también relevantes, como los procesales o los remedios y sanciones, debido a las limitaciones de espacio y a que se ha optado por examinar el núcleo de las tres normas: la calificación jurídica que hacen de las distintas prácticas de las empresas en los mercados digitales.

Se examinan y comparan pues los elementos señalados, siempre que resulta posible (para los derechos y obligaciones regulados únicamente en una de las tres normas, se realiza únicamente una exposición de la regulación, pues no hay comparación posible). A partir de este análisis se extraen conclusiones, se validan las hipótesis planteadas y se realizan reflexiones en clave de futuro sobre la armonización de las normativas de las distintas jurisdicciones en este campo. Se cierra con una relación de las aportaciones, limitaciones y posibles ampliaciones del trabajo.

## 2. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS NORMAS SELECCIONADAS

### 2.1 OBJETIVOS

El art. 1 **RMD** declara que la finalidad de la norma es “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas que garanticen a todas las empresas, en toda la Unión, la equidad y la disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales”. Su objetivo central es, pues, aumentar la disputabilidad y la equidad de los mercados digitales, introduciendo una batería de obligaciones para grandes operadores de estos mercados (Barrio Andrés, 2022), diseñadas para obligarles a abrir sus servicios a una mayor competencia (Marsden y Brown, 2023, p. 1). Este objetivo se enmarca en la estrategia digital europea y busca en última instancia reforzar la soberanía digital de la Unión (Barrio Andrés, 2022).

Tanto el AICOA como el OAMA tenían objetivos más restringidos y focalizados, pero ambos englobables dentro del del RMD. El **AICOA** buscaba prohibir conductas discriminatorias por parte de plataformas con una posición destacada en el mercado (Bundeskartellamt, 2022, p. 31) e impulsar la innovación al prohibir ciertas prácticas abusivas que la dificultan y desincentivan (Thiemann *et al.*, 2021, p. 23). El **OAMA** pretendía dar a los desarrolladores de aplicaciones más opciones para llegar a sus usuarios finales y clientes sin tener que pasar por las tiendas de aplicaciones controladas por Apple y Google, y sin tener que pagar sus comisiones de hasta el 30% por compras efectuadas dentro de las aplicaciones (MacCarthy, 2022). Buscaba darles más libertad para usar sus propios servicios y sistemas (por ejemplo, sus propios servicios de pago) (Petropoulos, 2021).

## 2.2 ÁMBITOS DE APLICACIÓN

Hay tres conceptos centrales en lo que respecta al ámbito de aplicación de las tres normas. Para el RMD es “guardián de acceso”, mientras que para el AICOA es “plataforma cubierta” y para el OAMA “empresas cubiertas”.

El **RMD** se aplica a “servicios básicos de plataforma” prestados por “guardianes de acceso” a usuarios “profesionales” y “finales”. El art. 2 RMD define “usuario profesional” como “toda persona física o jurídica que, a título comercial o profesional, utilice servicios básicos de plataforma para suministrar productos o prestar servicios a los usuarios finales o utilice dichos servicios en el marco del suministro de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”. Según el mismo artículo, un “usuario final” es “toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional”.

El artículo define el concepto de “servicio básico de plataforma” a través de una lista. Así, son servicios básicos de plataforma cualquiera de los siguientes: “servicios de intermediación en línea; motores de búsqueda en línea; servicios de redes sociales en línea; servicios de plataforma de intercambio de vídeos; servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; sistemas operativos; navegadores web; asistentes virtuales; servicios de computación en nube; servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma” anteriores.

En cuanto al concepto central, un guardián de acceso es una “empresa prestadora de servicios básicos de plataforma” (art. 2 RMD) que cumpla tres requisitos acumulativos (art. 3.1 RMD): tener una “gran influencia” en el mercado interior europeo; prestar un servicio básico de plataforma que sea “una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales”; y tener “una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones”, o que sea “previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo”.

Se presume que una empresa cumple estos tres requisitos acumulativos si supera una serie de umbrales, pero frente a esa presunción cabe prueba en contrario por parte de la empresa; además, aunque la empresa no alcance esos umbrales, la Comisión puede considerar que cumple los tres requisitos y designarla como guardián de acceso atendiendo a otros factores (enumerados en el art. 3.8 RMD). Es importante precisar que una empresa no es guardián de acceso en general, sino respecto de servicios básicos de plataforma concretos. Una empresa puede ser guardián de acceso respecto de un servicio y a la vez no serlo de otro, y en ese caso las obligaciones del RMD solo se le aplican en los servicios respecto de los que es guardián.

Los umbrales hacen referencia al volumen de negocios anual de la empresa (igual o superior a 7500 millones de euros en la Unión Europea), a su valor bursátil o valor de mercado (igual o superior a 75000 millones de euros), a su alcance geográfico (tiene que prestar el mismo servicio básico de plataforma en un mínimo de tres Estados miembros) y a su número de usuarios (mínimo de 45 millones finales mensuales y 10.000 profesionales anuales).

El **AICOA** se aplica, por su parte, a operadores de “plataformas cubiertas”. Una plataforma se considera cubierta si cumple una serie de requisitos, a los que van asociados una serie de umbrales. Sin embargo, a diferencia del RMD, el cumplimiento de esos requisitos no solo se presume si se superan unos umbrales, sino que directamente se consideran cumplidos los requisitos. El AICOA tampoco contiene ninguna lista de plataformas cubiertas, como sí hace el RMD con los servicios básicos de plataforma.

No obstante, define el concepto de plataforma de una forma que responde a los rasgos comunes a los servicios enumerados en el RMD. Una plataforma en línea es, según la sec. 2.g.8 AICOA, “una página web, aplicación, sistema operativo, asistente digital o servicio en línea que (i) permite a un usuario generar contenido que puede ser visualizado por otros usuarios en la plataforma, o

interactuar con otro contenido disponible en la plataforma; (ii) facilita el ofrecimiento, venta, compra, pago o envío de productos o servicios, incluyendo aplicaciones de software, entre consumidores o empresas no controlados por el operador de la plataforma cubierta; y (iii) hace posibles búsquedas por parte del usuario que acceden a o muestran un gran volumen de información”.

Los umbrales que fija el AICOA (sec. 2.g.4) guardan importantes semejanzas con los de las presunciones y los requisitos del RMD. Así, una plataforma se considera cubierta si cumple tres requisitos acumulativos. En primer lugar, contar con un mínimo de 50 millones de usuarios finales mensuales activos en Estados Unidos, y al menos 100.000 usuarios profesionales mensuales activos en Estados Unidos. Los tipos de usuario reproducen los del RMD, y los números de usuarios se parecen en el caso de los finales, pero son mucho mayores en el caso de los profesionales (y se miden mensualmente, en vez de anualmente).

En segundo lugar, estar controlada por una entidad con un volumen de ventas o capitalización bursátil en Estados Unidos superior a 600.000 millones de dólares (considerablemente superior al umbral del RMD). Y, en tercer lugar, constituir un “socio comercial clave” (“critical trading partner”) para poder vender o proveer cualquier producto o servicio ofrecido en la plataforma o directamente vinculado a ella. El concepto de socio comercial clave se asemeja bastante al de guardián de acceso, pues en su sec. 2.g.5 el AICOA lo define como “una entidad con capacidad para restringir o impedir el acceso de usuarios profesionales a sus usuarios finales o clientes, y de usuarios profesionales a herramientas y servicios que necesita para poder servir a sus usuarios finales o clientes”.

El OAMA se aplica a “empresas cubiertas”. Una empresa se considera cubierta si es dueña de o controla una tienda de aplicaciones con más de 50 millones de usuarios finales en Estados Unidos (sec. 2.3 OAMA). El OAMA se diferencia por tanto de las dos normas anteriores en que establece un único requisito, aunque éste guarda semejanza con sendos requisitos del RMD y del AICOA. Asimismo, sigue la estela del AICOA en que fija un umbral firme para el cumplimiento de los requisitos, en vez de una presunción; si se supera el umbral, se cumple directamente el requisito, no solo se presume que se cumple. Nuevamente, tampoco hay una lista, como sí hay en el RMD, aunque en este caso tiene sentido por el foco del OAMA en las aplicaciones y tiendas de aplicaciones.

## 2.3 PRÁCTICAS, DERECHOS Y OBLIGACIONES

### 2.3.1 Regulados por las tres normas

#### *A. Uso de datos exclusivos para competir (RMD, AICOA, OAMA)*

El art. 6 **RMD** prohíbe a los guardianes usar, para competir con los usuarios profesionales, cualquier dato generado o proporcionado por éstos al usar el servicio del guardián para prestar sus propios servicios. Sí pueden usar los datos que sean públicamente accesibles. Esta prohibición está dirigida especialmente a plataformas de comercio en línea verticalmente integradas (es decir, empresas que son dueñas de la plataforma y a la vez compiten en ella como vendedores). Estas empresas tienen acceso a un gran volumen de datos sobre qué productos se venden, de qué características y a qué precio; estos datos no suelen ser públicos y estar disponibles para el resto de los competidores. Gracias a esa información privilegiada, estas empresas cuentan con una importante ventaja competitiva sobre sus competidores: pueden diseñar sus productos ajustándose de forma muy precisa a la demanda del mercado.

La sec. 2.b.3 **AICOA** recoge una prohibición similar, pero con algunos matices. Así, desarrolla el concepto de “competir con los usuarios profesionales” como usar los datos para “ofrecer, o contribuir al ofrecimiento de, los productos, servicios o líneas de negocio del dueño de la plataforma”. También amplía los datos a los que hace referencia: no son solo los generados por el usuario profesional en el curso de su actividad, sino también son los generados por el usuario final al interactuar con los productos o servicios de un usuario profesional a través de la plataforma cubierta.

Por otra parte, la sec. 3.c **OAMA** reproduce la misma prohibición, pero centrada en aplicaciones. En consecuencia, impide usar datos de negocio no públicos derivados de una aplicación de una empresa tercera para competir con esa aplicación. Asimismo, la sec. 2.6 OAMA detalla qué se considera como “datos de negocio no públicos”, especificando que se trata de datos “derivados de un desarrollador o de una aplicación o tienda de aplicaciones propiedad de o controlada por un desarrollador, incluyendo interacciones entre usuarios y la aplicación o tienda de aplicaciones”, y de datos “recolectados por una empresa cubierta al operar su tienda de aplicaciones o proporcionar a los usuarios un sistema operativo”.

## ***B. Diferenciación de ofertas de usuarios profesionales en función del canal, cláusulas “anti-steering” (RMD, AICOA, OAMA)***

El art. 5 **RMD** obliga a los guardianes de acceso en cuatro sentidos. En primer lugar, a permitir a los usuarios profesionales ofrecer, en sus propios canales de venta o en canales en línea de terceros, sus productos y servicios a precios o condiciones diferentes a los que aplica en el servicio del guardián. Es decir, si una empresa vende un producto o servicio X en la plataforma del guardián a un precio y con unas condiciones, tiene que poder ofrecerlo con precio y condiciones diferentes en su propio canal de venta o en canales de venta de terceros. En segundo lugar, a permitir a los usuarios profesionales, sin cobrarles por ello, que comuniquen y promueven ofertas y celebren contratos (incluso con condiciones diferentes) con usuarios finales obtenidos a través del servicio del guardián, incluso si para ello usan el servicio del guardián. En otras palabras, retomando el ejemplo anterior, si el usuario profesional ofrece el servicio X a 50 euros en el servicio del guardián, y a 30 en otro canal de venta, tiene que poder usar la plataforma del guardián para ofrecer al usuario final la oferta de 30, y para contratar con él esa oferta. Esto implica acabar con las llamadas cláusulas “anti-steering”, por las que un usuario profesional no puede redirigir a los usuarios a canales de venta en los que ofrece mejores ofertas que en el servicio del guardián.

En tercer lugar, los guardianes tienen que permitir a los usuarios finales emplear su servicio para acceder y usar bienes y servicios adquiridos a un usuario profesional, incluso si los han adquirido sin usar el servicio del guardián. Supóngase que un guardián tiene un sistema operativo y una tienda de aplicaciones, y un usuario profesional tiene una aplicación a través de la que ofrece un servicio de pago. Ofrece ese servicio de pago a través de la aplicación a 50 euros, y a 30 euros a través de otro canal de venta ajeno a los servicios del guardián. Si un usuario final se suscribe a 30 euros, tiene que poder usar ese servicio en la aplicación, aunque no haya usado los servicios del guardián para contratarla. Y, en cuarto lugar, los guardianes no pueden exigir a los usuarios interactuar con o usar los servicios de pago del guardián en el marco de servicios prestados por los usuarios profesionales. Por tanto, en el mismo ejemplo, el usuario final tiene que poder contratar el servicio de pago ofrecido a través de la aplicación sin que el guardián le obligue a usar sus propios servicios de pago.

El articulado del **AICOA** va en una línea similar pero menos detallada, y omite algunas de las previsiones del RMD. Así, en su sec. 2.b.6 establece que los operadores de las plataformas cubiertas no pueden “restringir o impedir a usuarios profesionales que comuniquen información o

proporcionen enlaces en la plataforma cubierta a sus usuarios para facilitar transacciones de negocios”. Se puede entender que esto reproduce la segunda obligación del art. 5 RMD, aunque no se hace referencia a la gratuidad y a la conclusión de contratos, ni a que las ofertas puedan tener condiciones diferentes. A continuación, su sec. 2.b.8 prohíbe a los operadores de las plataformas cubiertas “interferir con o restringir la política de precios de un usuario profesional sobre sus propios productos o servicios”. Se podría argumentar que esta previsión condensa las obligaciones primera y cuarta del art. 5 RMD, y soluciona la duda sobre la gratuidad, pero de forma mucho menos detallada y, por ello, menos garantista. No parece que se pueda incluir la tercera obligación dentro de ninguna de estas previsiones, porque no está vinculada estrictamente a la política de precios del usuario profesional, ni hace referencia a enlaces a ofertas (se trata de ofertas ya contratadas).

La sec. 3.a **OAMA**, en cambio, compensa hasta un punto esta falta de detalles incorporando numerosas precisiones, aunque centradas en las aplicaciones y las tiendas de aplicaciones. Reproduce la obligación cuarta al prever que una compañía cubierta no puede “exigir a los desarrolladores que usen un servicio de pagos dentro de sus aplicaciones propiedad de o controlado por la compañía cubierta o cualquiera de sus socios, como condición de poder distribuir esa aplicación en una tienda de aplicaciones o de que sea accesible en el sistema operativo”. Así, si un usuario profesional tiene una aplicación, tiene que poder distribuirla a través de la tienda de aplicaciones del guardián, y tiene que ser posible instalarla en el sistema operativo del guardián, sin que tenga que incluir un servicio de pagos del guardián o de sus socios. También recoge, en lo fundamental, la obligación primera, al impedir a las compañías cubiertas que “exijan que los precios y el resto de las condiciones de la oferta sean iguales o mejores en su tienda de aplicaciones que en otras tiendas de aplicaciones”.

Sin embargo, por el énfasis que el OAMA pone en aplicaciones y tiendas de aplicaciones, esta formulación no habla de otros canales (como páginas webs del desarrollador o de terceros). Asimismo, esta propuesta legislativa condensa las obligaciones primera y segunda, pero va más allá: no habla de permitir que se ofrezcan condiciones diferentes en otros canales, sino que directamente prohíbe que la empresa cubierta “imponga condiciones menos favorables” a desarrolladores que ofrecen precios y condiciones mejores en otras tiendas de aplicaciones. No obstante, a diferencia del RMD, no especifica si la empresa cubierta tiene que permitir que se usen sus servicios para contratar esas ofertas diferentes. Vuelve a no haber mención a la obligación tercera.

Por último, la sec. 3.b OAMA vuelve a hacer referencia a la obligación segunda, imponiendo a las empresas cubiertas que permitan que el usuario profesional comunique al usuario final, a través de su aplicación o directamente, ofertas de negocio legítimas, incluyendo precios y ofertas de bienes y servicios. No queda claro si las empresas cubiertas podrían cobrar por esto. El OAMA sí incorpora un elemento sobre el que el RMD no se pronuncia: permite expresamente a las empresas cubiertas dar a los usuarios finales la opción de prestar su consentimiento antes de que una aplicación recoja y comparta sus datos. Permite, pero –y esto es importante– no obliga, por lo que no está claro qué impacto tendría esta previsión en la práctica.

### ***C. Desinstalación de aplicaciones, aplicaciones alternativas y modificación de la configuración por defecto (RMD, AICOA, OAMA)***

El art. 6 **RMD** recoge de nuevo cuatro obligaciones en este campo para los guardianes de acceso. En primer lugar, les exige que permitan y posibiliten técnicamente que el usuario final pueda desinstalar cualquier aplicación informática del sistema operativo del guardián, salvo “aplicaciones informáticas preinstaladas que sean esenciales para el funcionamiento del sistema operativo o el dispositivo y que, desde un punto de vista técnico, no puedan ser ofrecidos de manera autónoma por terceros”. En segundo lugar, que los usuarios finales puedan instalar aplicaciones o tiendas de aplicaciones de terceros y que puedan configurarlas como opción por defecto con facilidad. Al igual que en la obligación anterior, el RMD limita esta obligación: el guardián de acceso puede tomar medidas restrictivas orientadas a garantizar la seguridad de su hardware y de su sistema operativo; estas medidas tienen que ser necesarias y proporcionadas y estar debidamente justificadas.

En tercer lugar, los usuarios finales tienen que poder modificar con facilidad la configuración por defecto del servicio del guardián cuando éste los dirija hacia productos o servicios del guardián. Por ejemplo, si en el navegador del guardián está configurado por defecto el buscador del guardián, el usuario tiene que poder cambiar fácilmente a otro motor de búsqueda por defecto. Y, en cuarto lugar, los guardianes no pueden restringir la capacidad de los usuarios finales de cambiar entre diferentes aplicaciones y servicios accesibles a través de los servicios del guardián, y de suscribirse a ellos. Si el guardián tiene una aplicación y una tienda de aplicaciones, y varios competidores ofrecen aplicaciones rivales a través de esa tienda, el guardián tiene que permitir a los usuarios finales cambiar a esas aplicaciones y suscribirse a ellas.

De nuevo, el **AICOA** sigue aquí la estela del RMD pero con menor grado de detalle y, por tanto, dejando más preguntas abiertas. La sec. 2.b.5 AICOA recoge obligaciones similares a la primera y tercera del RMD. Así, las plataformas cubiertas no pueden “restringir o impedir a usuarios de las plataformas cubiertas” que “desinstalen aplicaciones que veían preinstaladas en la plataforma cubierta” ni que “modifiquen configuraciones por defecto que orientan a los usuarios a productos y servicios ofrecidos por el dueño de la plataforma cubierta”. Se podría sobreentender que, si los usuarios pueden modificar estas configuraciones por defecto, esto implica que pueden instalar aplicaciones y servicios de terceros (obligación segunda), aunque el AICOA no lo dice expresamente. Lo mismo ocurre con la cuarta obligación, aunque, nuevamente, el que no se diga nada deja más espacio a la interpretación.

Una diferencia importante entre el AICOA y el RMD en este punto es que el AICOA no limita las obligaciones que establece, mientras que el RMD sí. Así, una lectura literal de esta sección del AICOA sugiere que el usuario debería poder desinstalar todas las aplicaciones preinstaladas, mientras que el RMD fija algunas excepciones. Posiblemente estas excepciones las habría acabado admitiendo la jurisprudencia del AICOA (porque es dudoso que sea técnicamente viable desinstalar ciertas aplicaciones fundamentales del sistema operativo), pero el legislador comunitario se adelanta a la intervención de los tribunales y las establece ya en el propio texto del RMD.

El **OAMA** se asemeja más al RMD en que reproduce las obligaciones primera, segunda y tercera, e implícitamente parece que la cuarta, aunque restringidas al ámbito de las aplicaciones. La sec. 3.d OAMA obliga a las empresas cubiertas que operen sistemas operativos y, dentro de ellos, una tienda de aplicaciones, a proporcionar medios accesibles para que los usuarios finales puedan hacer tres cosas. Por un lado, elegir como opciones por defecto a aplicaciones o tiendas de aplicaciones de terceros (reflejo de las obligaciones segunda y tercera).

Por otro, instalar aplicaciones o tiendas de aplicaciones de terceros a través de medios alternativos a la tienda de la empresa cubierta (reflejo también de la obligación segunda, pero con el añadido importante de que la instalación se tiene que poder llevar a cabo desde medios distintos a la tienda de la empresa cubierta). Y, por último, esconder o desinstalar aplicaciones o tiendas de aplicaciones ofrecidas o preinstaladas por la empresa cubierta o cualquiera de sus socios (eco de la obligación primera). Aunque no se reproduce literalmente la obligación cuarta, se puede derivar de las tres que sí aparecen. Al igual que el AICOA, en esta sección el OAMA no restringe las obligaciones que impone.

#### ***D. Discriminación a favor de productos y servicios propios (“self-preferencing”) (RMD, AICOA, OAMA)***

El art. 6 **RMD** prohíbe a los guardianes de acceso tratar más favorablemente en términos de clasificación, indexado y rastreo, a los servicios y productos del guardián frente a los similares de terceros. El guardián tiene que aplicar “condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias” a esa clasificación. Por tanto, si un guardián es dueño de una plataforma en la que varios minoristas venden sus productos y servicios, y a la vez compite con ellos como un vendedor más, cuando un usuario final busque un producto o servicio en esa plataforma, el guardián no puede presentar sus ofertas antes que las del resto solo por el hecho de ser el guardián. La posición de las distintas ofertas en la página de resultados tiene que ser producto de la aplicación de “condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias”.

El **AICOA** divide esta obligación en dos, pero la formula de forma mucho más amplia y genérica, y por tanto más ambiciosa. Así, la sec. 2.a AICOA prohíbe a los operadores de las plataformas cubiertas que, en el seno de la plataforma, “den una ventaja a sus propios productos, servicios y líneas de negocio sobre los de otros usuarios profesionales” y “excluyan o discriminen negativamente a los productos, servicios o líneas de negocio de rivales frente a los propios”. La obligación no queda, como ocurre en el RMD, restringida a la clasificación, indexado y rastreo, sino que se extiende a cualquier discriminación de las ofertas de los competidores a favor de las del dueño de la plataforma cubierta. La sec. 2.b.7 sí se acerca más a la redacción del RMD, al prohibir a los operadores de las plataformas cubiertas “tratar a sus productos, servicios y líneas de negocio mejor que a los de cualquier otro usuario profesional” “en el seno de cualquier interfaz de usuario, incluyendo funcionalidades de búsqueda o clasificación ofrecidas por la plataforma cubierta”. El AICOA hace una referencia expresa a los servicios de búsqueda y clasificación, aunque la redacción sigue siendo más amplia que la del RMD, pues se habla de “cualquier interfaz de usuario”.

Como novedad adicional, la sec. 2.a AICOA introduce una tercera cláusula que desarrolla la prohibición de discriminar, prohibiendo expresamente que se discrimine “entre usuarios profesionales similarmente situados”; entre otros, aquellos usuarios profesionales “propiedad de mujeres y minorías”. Podría entenderse que esta práctica ya estaba proscrita por el resto de la sección, pero el hecho de que se centre en los propios “usuarios profesionales similarmente situados”, en vez de en sus bienes, servicios y líneas de negocio, parece apuntar a una obligación de

no discriminación más amplia. Es decir, una obligación que se podría extender, por ejemplo, a las condiciones de acceso a la plataforma para estos usuarios profesionales.

Por su parte, la sección 3.e **OAMA** adopta un enfoque más restringido que las otras dos normas, focalizándose en la discriminación en los servicios de búsqueda en tiendas de aplicaciones. Impide a las empresas cubiertas “dar un tratamiento desigual a distintas aplicaciones en una tienda de aplicaciones, dando una preferencia no razonable en los resultados de búsqueda a las aplicaciones de la empresa cubierta o de sus socios frente a las de empresas rivales”. Se trata pues de una concreción de una previsión ya recogida tanto en el RMD como en el AICOA. El OAMA también va más allá de estas dos normas al definir en términos bastante específicos qué constituye una “preferencia no razonable”. Incluiría “aplicar mecanismos de clasificación o algoritmos que priorizan aplicaciones basándose en sus lazos con la empresa cubierta o sus socios”. No incluiría “anuncios claramente presentados como tales”.

Esto implica que la aplicación de una empresa cubierta o de uno de sus socios puede aparecer en los primeros lugares de los resultados de búsqueda en dos situaciones: como un anuncio (si se indica claramente que es un anuncio) o en virtud de cualquier criterio de clasificación que no tenga en cuenta la propiedad de la aplicación ni constituya un trato no equitativo de distintas aplicaciones. En otras palabras, no se puede aplicar unas reglas del juego a las aplicaciones de la empresa cubierta y de sus socios, y otras distintas y menos favorables a las del aplicaciones del resto de empresas.

#### ***E. Acceso equitativo, razonable y no discriminatorio a productos y servicios (RMD, AICOA, OAMA)***

Conforme al art. 6 **RMD**, los guardianes de acceso tienen que dar acceso, en condiciones generales equitativas, razonables y no discriminatorias, a sus tiendas de aplicaciones informáticas, motores de búsqueda en línea y servicios de redes sociales en línea respecto de las que son guardianes.

A su vez, la sec. 2.b.1 **AICOA** prohíbe a los operadores de plataformas cubiertas que “restringan o impidan el acceso de los usuarios profesionales a las mismas funcionalidades de plataforma, sistemas operativos, hardware y software a las que tienen acceso los productos, servicios y líneas de negocio del operador de la plataforma cubierta”. Esta previsión tiene un foco distinto al del RMD: el RMD busca garantizar un acceso no discriminatorio de otras empresas a ciertos servicios del guardián, mientras que el AICOA busca garantizar el acceso de estas empresas a las funcionalidades que a su

vez usan los servicios de la empresa cubierta. Hay un cierto solapamiento entre ambas normas, pues estas funcionalidades corresponden a servicios del guardián, y entre ellos están los tres que cita el RMD. Pero el alcance del AICOA parece bastante más amplio.

El homólogo de ambas previsiones en el **OAMA** su sec. 3.f, establece que una empresa cubierta tiene que “dar acceso a los desarrolladores a interfaces del sistema operativo, documentación de desarrollo, y funcionalidades de hardware y software, todo ello sin retrasos indebidos y en condiciones que sean equivalentes o funcionalmente equivalentes a los que disfrutan aplicaciones o funciones similares de la empresa cubierta o de sus socios”. Al igual que el AICOA, OAMA se diferencia considerablemente del RMD en cómo define a qué hay que dar acceso, y no parece que haya mucho solapamiento entre las dos: el RMD habla de tres servicios generales, mientras que el OAMA pone el foco en toda una serie de elementos particularmente relevantes para aplicaciones y tiendas de aplicaciones, pero sin incluir las propias tiendas de aplicaciones. El OAMA parece más garantista que el RMD sobre cómo hay que dar acceso: no es únicamente en condiciones generales equitativas, razonables y no discriminatorias, sino que ha de ser “sin retrasos indebidos” y de forma equivalente al acceso que tienen la empresa cubierta y sus socios”.

Precisamente, resulta importante señalar un rasgo común a muchos de los artículos del OAMA, presente en varios de los ya estudiados: las obligaciones no son solo relativas a los bienes y servicios de la empresa cubierta, sino también de sus “socios”. El RMD no incluye ninguna referencia equivalente. Se podría deducir a primera vista que por ello el alcance del OAMA es, en este sentido, mayor, y que para las empresas sería más difícil sortear aquí al OAMA que al RMD, puesto que bajo este último podrían dar un trato preferente a productos y servicios de sus socios. Pero un análisis más detenido parece descartar esta hipótesis, ya que el RMD exige que el guardián trate de forma equitativa a todos los productos y servicios alternativos a los suyos; esto incluye tanto los de sus socios como los de empresas competidoras, por lo que no cabrían tratos de favor.

### **2.3.2 Regulados por dos de las normas**

#### ***A. Acceso a datos y portabilidad de estos (RMD, AICOA)***

Los guardianes de acceso están obligados por el art. 6 **RMD** a dar a los usuarios profesionales y a terceros autorizados por éstos, a su petición y de forma gratuita, acceso a los datos (agregados y

desagregados) que se proporcionen o generen cuando los usuarios profesionales usan el servicio del guardián, o cuando los usuarios finales interactúan con los bienes y servicios del usuario profesional a través del servicio del guardián (primera obligación). Además, los guardianes tienen que proporcionar a terceras empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea, a petición de éstas, el acceso en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones de búsquedas gratuitas y de pago generados por los usuarios finales en sus motores de búsqueda (segunda obligación). Así, los guardianes de motores de búsqueda tienen que compartir con sus competidores los datos que generen esos motores. Con estos datos, los motores de búsqueda rivales pueden mejorar sus algoritmos y tener más opciones de competir.

Por último, los guardianes tienen que proporcionar a los usuarios finales y a terceros autorizados por éstos, también a su petición y de forma gratuita, la portabilidad de los datos proporcionados por el usuario final o generados por éste al usar el servicio del guardián (tercera obligación).

De estas tres obligaciones, el **AICOA** solo reproduce la primera, la relativa a los usuarios profesionales. No garantiza, por tanto, el acceso de motores rivales a los datos, ni la portabilidad de los mismos para usuarios finales. Pero sí desarrolla esa primera obligación de forma algo distinta al RMD. La sec. 2.b.4 AICOA prohíbe a los operadores de las plataformas cubiertas que “restringan o impidan el acceso de un usuario profesional a los datos generados en la plataforma cubierta por sus actividades, o por la interacción de un usuario final con los productos y servicios de ese usuario profesional”. Un ejemplo serían “restricciones contractuales o técnicas que impidan la portabilidad de dichos datos por parte del usuario profesional a otros sistemas y aplicaciones”.

El OAMA no dice expresamente que ese acceso tenga que ser gratuito (aunque cobrar por él se podría interpretar como una restricción al acceso, y por tanto estaría prohibido), ni que los datos tengan que estar agregados y desagregados. En cambio, a diferencia del RMD, obliga no solo al acceso a esos datos por parte de los usuarios profesionales, sino también a su portabilidad.

### ***B. Vinculación (RMD, AICOA)***

La regulación de esta práctica por parte del RMD y del AICOA es similar, aunque con un importante añadido de esta segunda norma. El art. 5 **RMD** prohíbe a los guardianes que exijan a los usuarios profesionales o finales que se suscriban o registren en un servicio para el que la empresa es guardián,

como condición para poder usar otro servicio para el que la empresa también es guardián. La sec. 2.b.2 **AICOA** impide a los operadores de plataformas cubiertas que “condicionen el acceso a la plataforma o un estatus o posicionamiento preferente en ésta a la compra o uso de otros productos o servicios del operador de la plataforma cubierta”. La redacción es, por tanto, claramente paralela, con la salvedad de que el AICOA no solo habla de condicionar el acceso, sino también un “estatus o posicionamiento preferente en ésta”. Parece, por tanto, que bajo el RMD un guardián podría ofrecer un estatus privilegiado o mejor posicionamiento a ciertos usuarios profesionales a cambio de que usen sus otros productos o servicios, mientras que bajo el AICOA esta práctica sería ilícita.

### ***C. Interoperabilidad (RMD, AICOA)***

El **RMD** contiene una regulación extensa y exhaustiva sobre interoperabilidad. Su art. 2 la define como “la capacidad de intercambiar información y utilizar mutuamente la información que se ha intercambiado mediante interfaces u otras soluciones, de manera que todos los elementos de hardware o software funcionen con hardware y software distintos y con los usuarios de todas las maneras en que deben funcionar”. Por ejemplo, si dos aplicaciones de mensajería móvil A y B son interoperables, esto implicaría que un usuario de A podría enviar un mensaje a un usuario de B, y podrían mantener una conversación, cada uno usando distintos servicios de mensajería móvil. No necesitarían usar el mismo servicio para poder comunicarse.

El RMD contiene una obligación general de interoperabilidad, un paquete de obligaciones de interoperabilidad para servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, y una limitación de las obligaciones de interoperabilidad. En su art. 2, el RMD se remite al 2.7 de la Directiva (UE) 2018/1972, que define este tipo de servicio como uno “de comunicaciones interpersonales que no conecta a través de recursos de numeración pública asignados, es decir, de un número o números de los planes de numeración nacional o internacional, o no permite la comunicación con un número o números de los planes de numeración nacional o internacional”.

En cuanto a la obligación general de interoperabilidad, el art. 6 RMD exige a los guardianes que permitan a los usuarios profesionales y a los suministradores de hardware interoperar gratuita y efectivamente con las mismas funciones de hardware y software que estén disponibles para los servicios o hardware del guardián. Éste también tiene que permitir el acceso gratuito y efectivo a estas funciones con fines de interoperabilidad. No obstante, el guardián puede adoptar medidas

necesarias y proporcionadas y debidamente justificadas para garantizar que la interoperabilidad no compromete la seguridad de su hardware y servicios. Así, si por ejemplo una empresa es guardián respecto de un sistema operativo y a la vez fabrica dispositivos que se conectan a ese sistema operativo a través de ciertas funcionalidades del sistema operativo, esas funcionalidades tienen que ser accesibles también para dispositivos rivales.

En lo que respecta a las obligaciones relativas a servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, el art. 7 RMD obliga a los guardianes a que las funcionalidades básicas de su servicio sean interoperables con los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración de otro proveedor que ofrezca o pretenda ofrecer esos servicios. Para ello, el guardián tiene que proporcionar a estas empresas, previa solicitud y de forma gratuita, las interfaces técnicas necesarias o soluciones similares que faciliten la interoperabilidad.

El artículo incluye además una lista de funcionalidades sobre las que los guardianes están obligados a garantizar la interoperabilidad, siempre que también hayan decidido ofrecerlas a sus usuarios finales dentro de los servicios para los que son guardianes. Por ejemplo, si una empresa es guardián de un servicio de llamadas de voz que no incluye mensajes de texto, no tiene que garantizar la interoperabilidad de ese servicio con aplicaciones de mensajes de texto, pero sí con otras aplicaciones de llamadas de voz. El artículo también asocia esta lista a un calendario de cumplimiento, de forma que, en función de la funcionalidad, el guardián está obligado a garantizar su interoperabilidad en un plazo menor o mayor. No obstante, el artículo también permite al guardián tomar medidas necesarias, proporcionadas y debidamente justificadas, para garantizar que la interoperabilidad y su uso por parte de terceros no pone en peligro la integración, seguridad y confidencialidad del servicio del guardián.

El art. 7 RMD también establece una limitación de las obligaciones relativas a la interoperabilidad. Permite a los guardianes adoptar medidas necesarias, proporcionadas y debidamente justificadas con el objetivo de garantizar que la interoperabilidad y su uso por parte de terceros no pone en riesgo la integración, seguridad y confidencialidad de los servicios de los guardianes.

En comparación con la redacción del RMD, el **AICOA** apenas profundiza en esta práctica y se limita a una previsión genérica. Su sec. 2.b.9 declara ilícito que un operador de una plataforma cubierta “ponga obstáculos o impida a un usuario profesional, o a los clientes y usuarios finales de éste,

interoperar o conectarse a cualquier producto o servicio”. Es una disposición tan genérica y amplia que no queda claro su alcance respecto de la interoperabilidad. Parece que podría interpretarse que, si una empresa es guardián respecto de una aplicación de mensajería de texto A, no podría impedir que las aplicaciones de mensajería de texto B y C de la competencia, ni a sus clientes y usuarios, que interactúen con la aplicación A (manteniendo conversaciones desde B y C con usuarios de A, por ejemplo). Pero el texto no lo aclara. El AICOA tampoco establece ninguna limitación específica para esta obligación, ni contiene una lista de funcionalidades, como sí hace el RMD.

#### ***D. Cumplimiento general (RMD, AICOA)***

Tanto el RMD como el AICOA contienen previsiones orientadas a garantizar el cumplimiento del resto de obligaciones por parte de los guardianes y de los operadores de plataformas cubiertas.

Conforme al art. 5 **RMD**, los guardianes no pueden impedir o limitar que los usuarios reclamen por un incumplimiento del guardián del Derecho comunitario o nacional, ante cualquier autoridad pública, incluidos los tribunales (primera obligación). A su vez, el art. 13 RMD prohíbe a los guardianes degradar las condiciones o calidad de los servicios de los que son guardianes para los usuarios que se acojan al resto de derechos y opciones que les da el RMD (segunda obligación). Los guardianes tampoco pueden dificultar indebidamente el ejercicio de esos derechos u opciones. Es decir, si un usuario hace uso de las posibilidades que le ofrece el RMD, el guardián no puede impedirselo ni empeorar la calidad y condiciones de los servicios que le ofrece.

La sec. 2.b.10 **AICOA** no hace referencia a la primera obligación, pero formula la segunda de forma más amplia y con un alcance bastante mayor. Concretamente, prohíbe a los operadores de las plataformas cubiertas “tomar represalias contra cualquier persona que comunique a las autoridades cualquier violación real o potencial de la ley, o que inicie o participe en litigios para hacer cumplir” el AICOA. Se puede decir que el art. 13 RMD contiene un ejemplo de la previsión de la sec. 2.b.10 AICOA.

#### **2.3.3 Regulados por una de las normas**

No hay ninguna práctica que esté regulada solo en el AICOA, o solo en el OAMA. Solo el RMD regula prácticas que ninguna de las otras dos normas regula. Esto apunta a su mayor exhaustividad en comparación con las otras dos normas; sobre este punto se volverá en las conclusiones.

### ***A. Tratamiento, cruzado y combinación de datos de los usuarios (RMD)***

El art. 5 **RMD** impide a los guardianes de acceso realizar una serie de prácticas, salvo que cuenten con el consentimiento del usuario final. Sin éste, no pueden tratar, para prestar servicios de publicidad en línea, los datos personales de los usuarios finales que usen servicios de terceros que a su vez usen el servicio del guardián. Tampoco pueden combinar datos personales de los usuarios finales obtenidos por su uso del servicio del guardián, con datos personales procedentes de otros servicios del guardián o de terceros. Ni cruzar datos procedentes del servicio del guardián con otros servicios del guardián, o iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales.

### ***B. Información para anunciantes y editores (RMD)***

El art. 5 **RMD** obliga a los guardianes de acceso a proporcionar a los anunciantes a los que presten servicios de publicidad en línea, o a terceros que éstos autoricen, información diaria sobre cada anuncio del anunciante, en relación con los precios y las comisiones que ese anunciante paga; la remuneración que percibe el editor; y las medidas que se usan para calcular las remuneraciones, los precios y las comisiones. El mismo artículo también obliga a los guardianes a dar a los editores a los que presta servicio de publicidad en línea, o a los terceros que éste autorice, previa petición del editor, información diaria y gratuita sobre cada anuncio que figure en el inventario del editor. Esta información debe incluir la remuneración percibida y las comisiones que paga ese editor; el precio que paga el anunciante con su consentimiento; y la métrica que se emplea para calcular las remuneraciones y los precios.

Por otro lado, el art. 6 **RMD** establece que los guardianes también tienen que dar a los anunciantes y editores, y a terceros que éstos autoricen, a su petición y gratuitamente, acceso a los instrumentos de medición de rendimiento de los que dispone el guardián de acceso. También tienen que proporcionarles los datos (agregados o desagregados) necesarios para que anunciantes y editores puedan comprobar de forma independiente el inventario de anuncios, y usar sus propios instrumentos para verificar y medir el rendimiento de los servicios del guardián.

### ***C. Condiciones generales proporcionales y accesibles para poner fin al uso de un producto o a la prestación de un servicio (RMD)***

En virtud del art. 6 **RMD**, los guardianes no pueden establecer condiciones generales desproporcionadas para acabar con la prestación de uno o varios servicios para los que son guardianes. Asimismo, deben garantizar el ejercicio de esas condiciones sin dificultades indebidas.

### ***D. Información sobre concentraciones (RMD)***

Las tres normas estudiadas se ocupan fundamentalmente, como ya se ha señalado al inicio, de prácticas asimilables a abusos de posición dominante o monopolizaciones. Sin embargo, el RMD contiene también un artículo relativo al control de concentraciones entre empresas. Así, el art. 14 **RMD** recoge una obligación de información de los guardianes a la Comisión Europea. Tienen que informar sobre concentraciones en las que sean parte, si las entidades fusionadas o la empresa que resulta de la concentración prestan servicios básicos de plataforma o “cualesquiera otros servicios del sector digital”. Esta obligación se aplica incluso si la concentración no es notificable según los regímenes de control de concentraciones a nivel nacional y comunitario. La empresa tiene que informar después de que se anuncie la concentración, pero antes de que se ejecute.

## **2.4 SUSPENSIONES Y EXENCIONES**

Se ha señalado desde la doctrina que una gran diferencia entre el RMD, por un lado, y el AICOA y el OAMA, por otro, es la amplitud de las suspensiones y exenciones (Competition Policy International, 2022). Es decir, de los casos en los que o bien una obligación puede quedar en suspenso o bien una empresa puede quedar exenta de cumplirla; en ambos la empresa tiene que argumentar que cumple determinados requisitos. Mientras que el RMD incluye las dos y las formula de forma bastante restrictiva, ambas propuestas legislativas estadounidenses solo recogen exenciones, pero incluyen varias y las plantean en ocasiones de forma más amplia y por tanto más beneficiosa para las empresas destinatarias de las normas. Asimismo, el RMD las va incluyendo a lo largo de su articulado y después introduce algunas en artículos específicos; en cambio, tanto el AICOA como el OAMA solo las incluyen en secciones y subsecciones específicas para exenciones.

Además de las incluidas a lo largo de su articulado (y ya analizadas), el **RMD** incluye una cláusula de suspensión (art. 9 RMD), y una de exención por salud y seguridad públicas (art. 10 RMD). En virtud del art. 9 RMD, la Comisión Europea puede suspender una de las obligaciones del guardián, si éste demuestra que cumplirla “pondría en peligro, debido a circunstancias excepcionales que escapan a su control, la viabilidad económica de sus operaciones en la Unión”. Conforme al art. 10 RMD, la Comisión puede eximir a un guardián de una de sus obligaciones, si éste demuestra que la exención está justificada por razones de “salud pública” o de “seguridad pública”.

No parece haber mucho solapamiento entre estos artículos del RMD y las causas de exención de la sec. 2.c **AICOA**. Para quedar exentos de una obligación del AICOA, los operadores de plataformas cubiertas tienen dos opciones. Por un lado, pueden probar que la conducta prohibida por el AICOA “no dañaría el proceso competitivo, restringiendo o impidiendo una actividad legítima por parte de usuarios profesionales”. Por otro lado, y de forma alternativa (no cumulativa), pueden probar que la conducta estaba “diseñada para tener un alcance restringido”, “no se podía alcanzar por medios menos restrictivos”, “no constituía un pretexto”, y era “necesaria” para conseguir al menos uno de tres objetivos: “prevenir una infracción de la ley, o poder cumplirla”; “proteger la privacidad de los usuarios y otros datos no públicos”; y “aumentar el bienestar de los consumidores”.

Podría entenderse que los dos primeros objetivos constituyen ejemplos de motivos de “salud pública” y “seguridad pública”, aunque el tercero no parece encajar en ninguno de esos supuestos. Podría vincularse la viabilidad económica de las operaciones de la empresa al daño al proceso competitivo, de forma que, si deja de ser viable para la empresa operar, se dañaría el proceso competitivo, aunque esto podría depender de la situación específica del mercado en cuestión. Parece que el AICOA da más opciones a las empresas que el RMD, aunque a priori las define de forma más restrictiva (no se sabe aún cómo interpretarán la Comisión y los tribunales los arts. 9 y 10 RMD).

Se puede llegar a una conclusión similar respecto del **OAMA**. Incluye bastantes exenciones, pero éstas parecen definidas de forma bastante concreta y tienen aún menos puntos en común con el RMD. Respecto del AICOA, hay algunos puntos de coincidencia (como la exención para prevenir una vulneración de la ley o poder cumplir con ella), pero el OAMA parece más centrado en el impacto sobre el usuario final, en vez de también sobre la sociedad en su conjunto. Así, según la sec. 4 OAMA, una empresa puede realizar una práctica prohibida por la norma, y aun así no ser sancionada, si prueba que esa acción cumple uno de cuatro requisitos alternativos, y tres requisitos acumulativos.

La conducta tiene pues que: ser “necesaria para proteger la privacidad, seguridad, o seguridad digital del usuario”; o “haber sido implementada para prevenir spam o fraude”; o ser “necesaria para prevenir infracciones ilícitas de derechos existentes de propiedad intelectual”; o “haber sido implementadas para prevenir una violación de la ley, o para poder cumplirla”. Además, tiene que: haber sido aplicada de forma continuada y coherente tanto a aplicaciones de la empresa cubierta y de sus socios, como a aplicaciones de otras empresas; y no haber sido usada “como pretexto para excluir, o imponer condiciones innecesarias o discriminatorias, a aplicaciones, sistemas de pago dentro de aplicaciones, y tiendas de aplicaciones, de terceros”; y haber sido “diseñada para tener un alcance restringido” e “imposible de implementar a través de medios menos discriminatorios pero también técnicamente posibles”.

### **3. CONCLUSIONES**

#### **3.1 RESULTADOS DEL ESTUDIO, VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS PLANTEADAS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO**

La pregunta de investigación que guía este trabajo es, conforme a lo ya apuntado en el apartado 1.2: ¿Hasta qué punto son sustantivamente homogéneas las nuevas normas inspiradas en el Derecho de la competencia y centradas en los mercados digitales?

Para darle respuesta, se ha optado por comparar tres de estas normas, seleccionadas según la metodología explicada en el apartado 1.4.1: el Reglamento de Mercados Digitales de la Unión Europea (RMD); y dos propuestas normativas estadounidenses, el “American Innovation and Choice Online Act” (AICOA) y el “Open App Markets Act” (OAMA). El análisis comparativo se ha centrado en cuatro elementos: sus objetivos, sus ámbitos de aplicación, los derechos y obligaciones sustantivos que recogen, y las suspensiones de y exenciones a éstos que establecen.

Los objetivos de las tres normas son similares, aunque el del RMD es más amplio y general y podría considerarse que engloba a los de las otras dos. En lo que respecta a los ámbitos de aplicación, los del RMD y el AICOA son semejantes, mientras que el del OAMA es más restringido, dado el foco de esta norma en los mercados y tiendas de aplicaciones.

El núcleo del análisis lo constituyen los derechos y obligaciones sustantivas, y las suspensiones de y exenciones a éstos. De su análisis comparativo se pueden extraer tres grandes observaciones. Por un lado, una mayoría de las prácticas están reguladas en al menos dos normas (nueve de las trece) y más de un tercio lo están en las tres (cinco de las trece); hay, por tanto, una **cierta homogeneidad en cuanto a las prácticas reguladas**.

Por otro lado, el RMD es con diferencia la norma más exhaustiva de las tres, al ser la que más prácticas regula (hay cuatro que solo están reguladas en el RMD, y ninguna que esté regulada solo en el AICOA o en el OAMA pero no en el RMD) y, salvo alguna excepción, la que lo hace con mayor alcance. No obstante, ya se ha señalado que hay un importante núcleo de prácticas abordadas, no solo en el RMD, sino también en el AICOA o en el AICOA y en el OAMA. Hay, por tanto, **diferencias en cuanto a la exhaustividad de las distintas normas, pero limitadas por la existencia de un núcleo de prácticas reguladas en dos o tres de las normas**.

Por último, la regulación de los distintos derechos y obligaciones es marcadamente similar (las mayores diferencias se suelen deber, no a discrepancias a la hora de regular un derecho u obligación dentro de una práctica, sino a que el AICOA o el OAMA omiten algunos derechos y obligaciones que sí están presentes en el RMD), aunque sí se aprecian mayores diferencias en lo que respecta a las suspensiones y exenciones (en las que hay poco solapamiento). Así, hay **bastante homogeneidad en cuanto a la regulación de derechos y obligaciones, pero existen diferencias en cuanto a la omisión de algunos derechos y obligaciones y al enfoque dado a las suspensiones y exenciones**.

A partir de estas observaciones se pueden validar, para las normas analizadas, cada una de las hipótesis planteadas en el apartado 1.2. La primera hipótesis (que las normas de las distintas jurisdicciones son esencialmente heterogéneas en términos sustantivos) debe desecharse: se ha constatado la existencia de importantes patrones comunes. La segunda hipótesis (que hay prácticamente una total homogeneidad sustantiva entre las distintas normas) también debe descartarse, pues, a pesar de importantes similitudes, también se han apreciado ciertas diferencias en cuanto a las prácticas recogidas, los derechos y obligaciones que se les asocian y las suspensiones y exenciones. La tercera hipótesis (homogeneidad en cuanto a las prácticas recogidas pero heterogeneidad en cuanto a derechos, obligaciones y regulación) debe descartarse también, dado que, a pesar de las diferencias encontradas, hay importantes similitudes en cómo las tres normas abordan la mayoría de las prácticas.

Por todo ello, **debe acogerse la cuarta hipótesis**: efectivamente hay gran homogeneidad en lo relativo a las prácticas recogidas e importantes similitudes en lo que respecta a los derechos y obligaciones vinculados y a su regulación, pero también algunas diferencias reseñables (por ejemplo, en cuanto a las suspensiones y exenciones, o a la omisión de algunos derechos y obligaciones).

Estas conclusiones no son automáticamente extrapolables a otras jurisdicciones, dado que cada una puede tener sus particularidades y, en todo caso, solo se han analizado normas de dos (y las de una ni siquiera han sido aprobadas); sobre este punto se volverá en el siguiente apartado. Pero sí dan indicios de una tendencia, que un estudio más amplio permitiría determinar si se confirma en otras jurisdicciones: al menos en la Unión Europea y en Estados Unidos, las iniciativas para regular los mercados digitales inspirándose en el Derecho de la competencia guardan importantes semejanzas entre ellas y persiguen objetivos equiparables. Incluso si esta tendencia no se confirmase en otras jurisdicciones, la tendencia ya sería de por sí relevante, dado que se trata de dos de los mayores mercados del mundo.

Pero, si se confirmase, y se complementase con una colaboración continuada y reforzada entre autoridades de competencia de todo el mundo a la hora de impulsar casos, y con foros judiciales para que jueces de distintas jurisdicciones intercambiasen perspectivas, una cierta armonización normativa a nivel internacional resultaría alcanzable en este campo. Al menos en las principales jurisdicciones, se pueden establecer unos estándares comunes que den cierta certeza y previsibilidad a las empresas que operen en varias jurisdicciones. Si finalmente se consigue o no dependerá de muchos factores —las políticas de las autoridades de competencia, qué normas se aprueben y dónde, y la voluntad de colaboración entre jurisdicciones—, pero, partiendo de la situación actual, no parece un objetivo inalcanzable.

### **3.2 APORTACIONES, LIMITACIONES Y POSIBLES AMPLIACIONES DEL PRESENTE TRABAJO**

Entre las **aportaciones** de este trabajo, la principal es que pretende contribuir a llenar un agujero en la literatura existente sobre el tema estudiado. En efecto, no se han encontrado estudios comparativos en profundidad sobre las tres normas, probablemente porque las dos estadounidenses no se llegaron a aprobar. No obstante, teniendo en cuenta todo el apoyo bipartito que recibieron, es posible y probable que en los próximos años se aprueben versiones de ambas normas. Por ello se consideraba relevante compararlas, como propuestas de una de las mayores jurisdicciones del

mundo, con la norma ya aprobada de otro de los mayores mercados del mundo, la Unión Europea. Concretamente, se quería hacer un análisis a fondo de las previsiones sustantivas de cada una, para responder a la pregunta de investigación y, desde esa perspectiva, contribuir a analizar la proliferación normativa que está teniendo lugar, y a explorar vías para encauzarla y evitar que genere los posibles efectos negativos ya discutidos al inicio.

Las principales **limitaciones** estriban en el espacio limitado, que ha llevado a restringir las jurisdicciones, el número de normas y los aspectos de éstas que se han podido analizar. Un estudio de más jurisdicciones y más normas (partiendo de la lista del apartado 1.4.1, y poniendo el foco no solo en jurisdicciones occidentales sino en otras como la china), y de más aspectos dentro de ellas (por ejemplo, también de sus elementos procesales, y de remedios y sanciones) habría enriquecido considerablemente las conclusiones y reforzado la respuesta a la pregunta de investigación.

Por otra parte, dado que se trata de un área del Derecho en permanente evolución (al igual que los propios mercados que intenta regular), en los próximos años seguirán desarrollándose nuevas normas y aplicándose las existentes a nuevas situaciones y de maneras distintas. Es imposible predecir completamente la evolución de esta cuestión a medio y largo plazo, pero las conclusiones formuladas aquí bien podrían variar dentro de unos años.

Precisamente de estas limitaciones podrían partir posibles **ampliaciones** futuras de este trabajo. Podrían ir orientadas en una doble dirección: a incorporar más aspectos, de más normas y de más jurisdicciones, y a la vez a tener en cuenta la evolución del Derecho (o, mejor, de los Derechos) aplicables a esta área de la economía en permanente cambio.

## **4. BIBLIOGRAFÍA**

### **4.1 LEGISLACIÓN**

Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida) (BOUE L 321, de 17 de diciembre de 2018, pp. 36–214).

H.R.3816 - American Innovation and Choice Online Act (2022). Recuperado el 14 de marzo de 2023. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3816/text>.

H.R.7030 - Open App Markets Act (2022). Recuperado el 14 de marzo de 2023. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/7030/text>.

Ley Sherman Antitrust, 15 U.S.C. § 2 (2004).

Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (BOUE L 265, de 12 de octubre de 2022, pp. 1–66).

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOUE C 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 47–390).

### **4.2 JURISPRUDENCIA**

Estados Unidos contra Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966).

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 - United Brands Company y United Brands Continentaal BV/Comisión.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG/Comisión.

### 4.3 OBRAS DOCTRINALES

Bailey, D., y John, L. E. (eds.) (2018). *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*. Oxford University Press.

Banco Mundial. (2023a). GDP (current US\$). *The World Bank*. Recuperado el 13 de enero de 2023. [https://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?most\\_recent\\_value\\_desc=true](https://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true).

Banco Mundial. (2023b). Sharp Slowdown in Growth Could be Widespread, Increasing Risks to Global Economy | World Bank Expert Answers. *The World Bank*. Recuperado el 12 de enero de 2023. <https://www.worldbank.org/en/news/video/2023/01/10/global-economic-prospects-slowdown-growth-risks-economy-expert-answers>.

Barrio Andrés, M. (17 de junio, 2022). Avanzando en la soberanía digital europea: los reglamentos DSA y DMA. *Real Instituto Elcano*. Recuperado el 21 de abril de 2023. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/avanzando-en-la-soberania-digital-europea-los-reglamentos-dsa-y-dma/>.

Bary, L. y Lecole, M. (30 de junio, 2022). Antitrust in the digital sector: an overview of EU and national case law. *Concurrences*. Recuperado el 19 de marzo de 2023. <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/antitrust-in-the-digital-sector/antitrust-in-the-digital-sector-an-overview-of-eu-and-national-case-law>.

Bateman, J. (25 de abril, 2022). U.S.-China Technological “Decoupling”: A Strategy and Policy Framework. *Carnegie Endowment for International Peace*. Recuperado el 11 de enero de 2023. <https://carnegieendowment.org/2022/04/25/u.s.-china-technological-decoupling-strategy-and-policy-framework-pub-86897>.

Birnbaum, E. (20 de diciembre, 2022). Big Tech Divided and Conquered to Block Key Bipartisan Bills. *Bloomberg*. Recuperado el 3 de marzo de 2023. <https://globalcompetitionreview.com/guide/digital-markets-guide/second-edition/article/key-developments-in-the-united-states>

Bradford, A. *et al.* (2019). The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law. *SSRN*, pp. 1-68. Recuperado el 18 de marzo de 2023. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3339626](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3339626).

Bundeskartellamt (2022). Compendium of approaches to improving competition in digital markets. *Bundeskartellamt*. Recuperado el 7 de febrero de 2023. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/G7\\_Compodium.pdf?blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/G7_Compodium.pdf?blob=publicationFile&v=4).

Carugati, C. (29 de noviembre, 2022). Coordinar la aplicación de la Ley de Mercados Digitales. *Política Exterior*. Recuperado el 21 de abril de 2023. <https://www.politicaexterior.com/coordinar-la-aplicacion-de-la-ley-de-mercados-digitales-de-la-ue/>.

Carugati, C. (6 de febrero, 2023). How best to ensure international digital competition cooperation. *Bruegel*. Recuperado el 18 de marzo de 2023. <https://www.bruegel.org/policy-brief/how-best-ensure-international-digital-competition-cooperation>.

Chirico, F. (2021). Digital Markets Act: A Regulatory Perspective. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12 (7), pp. 493-499. Recuperado el 18 de marzo de 2023. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab058>.

Competition Policy International (14 de abril, 2022). US Antitrust Bills & EU's Digital Markets Act Have Clear Differences. *Competition Policy International*. Recuperado el 3 de marzo de 2023. <https://www.competitionpolicyinternational.com/us-antitrust-bills-eus-digital-markets-act-have-clear-differences/>.

Crémer, J. *et al.* (2019). Competition policy for the digital era. *Comisión Europea*. Recuperado el 12 de marzo de 2023. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>.

De Miguel Asensio, P. A. (2022). El Reglamento (UE) de Mercados Digitales: Fundamentos, obligaciones de las plataformas y ejecución. *La Ley de la Unión Europea*, 108, pp. 1-22. Recuperado el 21 de abril de 2023.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/76008/1/PADemiguelAsensio%20LaLey%20UE%20n%20108%2011.22.pdf>.

Francis, D. (2022). Making sense of monopolization. *Antitrust Law Journal*, 84 (3), pp. 779-839. Recuperado el 4 de marzo de 2023. <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust/journal/84/3/making-sense-of-monopolization.pdf>.

García Herrero, A. (2019). *Europe in the midst of China-US strategic economic competition: what are the European Union's options?*. [https://www.bruegel.org/sites/default/files/wp\\_attachments/US\\_China\\_strategic\\_competition\\_EU\\_080419\\_updated-04102019.pdf](https://www.bruegel.org/sites/default/files/wp_attachments/US_China_strategic_competition_EU_080419_updated-04102019.pdf)

Herguera, I. (junio, 2021). Competencia y regulación de (algunas) plataformas digitales en la UE. *Fedea*. Recuperado el 21 de abril de 2023. <https://documentos.fedea.net/pubs/dt/2021/dt2021-10.pdf>.

Horton, B. y Hopewell, K. (3 de agosto, 2021). Lessons from Trump's assault on the World Trade Organization. *Chatham House*. Recuperado el 11 de enero de 2023. <https://www.chathamhouse.org/2021/08/lessons-trumps-assault-world-trade-organization>.

Komaitis, K. y Sherman, J. (11 de mayo, 2021). US and EU tech strategy aren't as aligned as you think. *Brookings*. Recuperado el 11 de enero de 2023. <https://www.brookings.edu/techstream/us-and-eu-tech-strategy-arent-as-aligned-as-you-think/>.

Lasserre, B. (2016). Competition Authorities and Digital Markets: The Need for an All-Around Resolute Action. *Journal of European Competition Law & Practice*, 7 (7), pp. 429-430. Recuperado el 19 de marzo de 2023. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpw060>.

MacCarthy, M. (10 de marzo, 2022). The Open App Markets Bill moves out of the Senate Judiciary Committee. *Brookings*. Recuperado el 10 de marzo de 2023. <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2022/03/10/the-open-app-markets-bill-moves-out-of-the-senate-judiciary-committee/>.

- Marsden, C. y Brown, I. (2023). App Stores, Antitrust and Their Links to Net Neutrality: A Review of the European Policy and Academic Debate Leading to the EU Digital Markets Act. *Internet Policy Review*, 12 (1). Recuperado el 10 de marzo de 2023. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4361872](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4361872).
- Marsden, P. (2020). Google Shopping for the Empress's New Clothes –When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it). *Journal of European Competition Law & Practice*, 11 (10), pp. 553-560. Recuperado el 18 de marzo de 2023. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa050>.
- O'Neil, S. K. (4 de noviembre, 2022). The Globalization Myth. *Council on Foreign Relations*. Recuperado el 19 de marzo de 2023. <https://www.cfr.org/article/globalization-myth>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2014). *OECD Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance*. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264209657-en.pdf?expires=1673706757&id=id&accname=guest&checksum=860EEE498C25FE66B947790CB912D5CF>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2020). *A roadmap toward a common framework for measuring the Digital Economy* (5). <https://www.oecd.org/sti/roadmap-toward-a-common-framework-for-measuring-the-digital-economy.pdf>.
- Ortiz Blanco, L., et al. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Tecnos.
- Paul, G. L. et al. (25 de noviembre, 2022). Key Developments in the United States. *Global Competition Review*. Recuperado el 3 de marzo de 2023. <https://globalcompetitionreview.com/guide/digital-markets-guide/second-edition/article/key-developments-in-the-united-states>
- Petropoulos, G. (22 de septiembre, 2021). Opening up digital platforms and reducing anticompetitive risks. *Bruegel*. Recuperado el 10 de marzo de 2023. <https://www.bruegel.org/blog-post/opening-digital-platforms-and-reducing-anticompetitive-risks>.

The Economist (12 de enero, 2023). The destructive new logic that threatens globalisation. *The Economist*. Recuperado el 11 de enero de 2023. <https://www.economist.com/leaders/2023/01/12/the-destructive-new-logic-that-threatens-globalisation>.

Thiemann, A. *et al.* (2021). La réglementation ex ante sur les marchés numériques – Note de référence. OCDE. Recuperado el 7 de febrero de 2023. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)15/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)15/fr/pdf).

Valle Lagares, E. (2010). International Agreements Regarding Cooperation in the Field of Competition: The New Strategy of the European Commission. *Journal of European Competition Law & Practice*, 1 (2), pp. 155-157. Recuperado el 18 de marzo de 2023. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpp013>.

#### 4.4 OTROS RECURSOS DE INTERNET

Banco Mundial. (2023c). Trade (% of GDP). (2023). *The World Bank*. Recuperado el 11 de enero de 2023. <https://data.worldbank.org/indicator/NE.TRD.GNFS.ZS>.

Comisión Europea (15 de junio, 2021). La UE y los Estados Unidos ponen en marcha el Consejo de Comercio y Tecnología para liderar la transformación digital mundial basada en valores. *Comisión Europea*. Recuperado el 12 de enero de 2023. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_21\\_2990](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_21_2990).

Comisión Europea (11 de marzo, 2022). Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google and Meta, in online display advertising. *Comisión Europea*. Recuperado el 12 de enero de 2023. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_1703](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_1703).

Federal Trade Commission (FTC) (2023). Monopolization Defined. *Federal Trade Commission*. Recuperado el 4 de marzo de 2023. <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>.

Office of the United States Trade Representative (USTR). (9 de diciembre, 2022). Statement from USTR Spokesperson Adam Hodge. *USTR*. Recuperado el 19 de marzo de 2023. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2022/december/statement-ustr-spokesperson-adam-hodge>.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2023a). Historia del sistema multilateral de comercio. *Organización Mundial del Comercio*. Recuperado el 12 de enero de 2023. [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/history\\_s/history\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/history_s/history_s.htm).

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2023b). Miembros y Observadores. *Organización Mundial del Comercio*. Recuperado el 12 de enero de 2023. [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org6\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm).