

Abusos digitales ¿Quimera o realidad?

Junio 2024

Estimados amigos:

Cada vez son más las voces que se alzan contra las prácticas de los grandes gigantes digitales y cada vez son más los mecanismos que se están poniendo sobre la mesa para evaluar esas prácticas. En Europa se habla de exceso de regulación, pero lo cierto es que la andadura de los nuevos mecanismos jurídicos (principalmente, la llamada *Digital Markets Act*) es todavía escasa, y escasos son también por ahora los asuntos en los que se han podido constatar prácticas abusivas en el ámbito digital. No obstante, la tendencia es creciente y hay algunas novedades relevantes. Os las contamos.

Sanción a Apple de 1.840 millones de euros

En marzo de este año la Comisión Europea decidió finalmente sancionar a Apple con la friolera de 1.840 millones de euros por prácticas abusivas en su Apple Store.¹ No es la multa más alta impuesta a una tecnológica (recordemos, entre otros, los sucesivos asuntos contra Google) pero sí se sustenta en varios razonamientos novedosos. El pasado 6 de mayo se publicó la versión provisional de la prolija decisión.²

¹ [Commission fines Apple \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202419/AT_40437_10026012_3547_4.pdf)

² https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202419/AT_40437_10026012_3547_4.pdf

❖ Contexto

El caso se remonta a una denuncia de Spotify en 2019 en la que fundamentalmente se cuestionaba la comisión que cobra Apple a todos los desarrolladores de aplicaciones que quieren acceder a dispositivos iOS.

Como es comúnmente conocido por los desarrolladores, Apple decide unilateralmente la regulación que gobierna la *App Store* mediante sus *Guidelines* y a través del *License Agreement* que impone a esos desarrolladores de aplicaciones. Quienes comercializan contenido o servicios digitales en las apps necesariamente deben ofrecerlos a través del mecanismo *In-App Purchase* (IAP) de Apple. Apple cobra una comisión por las ventas a través del IAP, que asciende al 30% el primer año y se rebaja al 15% después. De esa comisión y de su carácter absoluto e ineludible, gracias a las llamadas *anti-steering provisions* (cláusulas anti-desviación), se quejaba Spotify.

El caso no era fácil pero la Comisión Europea decidió investigarlo. En los cinco años que han pasado desde entonces, mucho se ha especulado sobre cómo definiría la Comisión el mercado relevante, cómo determinaría la posición de dominio y cómo explicaría el abuso. Básicamente los tres elementos esenciales del abuso eran peliagudos en este caso. ¿No compite ferozmente Apple en el mercado de dispositivos inteligentes? ¿Acaso no tiene legítimo derecho a organizar su ecosistema -muy exitoso entre sus leales compradores, por cierto- como considere oportuno? ¿Acaso no es legítimo cobrar a los desarrolladores por el uso de ese ecosistema, en la medida en que acceden a una importante masa crítica de consumidores gracias precisamente a la tecnología costosamente desarrollada por Apple? ¿Debe una autoridad de competencia determinar cuál es el precio justo que debe pagarse por ese acceso?

❖ Mercados relevantes y posición de dominio

La Comisión ha indicado que su análisis ha requerido el examen de tres mercados relevantes:

- (i) El mercado de dispositivos inteligentes en el espacio económico europeo (EEE), en el que Apple compite con el resto de fabricantes (OEM), con la diferencia fundamental de que Apple incorpora a sus dispositivos su propio sistema operativo (iOS), mientras la gran mayoría del resto de fabricantes incorpora el sistema operativo de Google (Android).

Respecto a este mercado destacaremos únicamente que la Comisión lo aborda trazando un claro paralelismo con la casuística de los llamados *aftermarkets* o mercados secundarios. El mercado de comercialización de dispositivos inteligentes sería el mercado primario y la Comisión considera que la competencia allí existente por la venta del dispositivo no disciplina la

conducta de Apple en el mercado secundario: el de servicios de plataforma para la distribución de apps en dispositivos iOS. Existe una gran lealtad a la marca que ocasiona la cautividad de los usuarios, sin que exista evidencia de que el precio del dispositivo durante toda su vida útil (incluyendo el coste de las apps y las compras dentro de ellas) tenga incidencia en la decisión de compra.

- (ii) El mercado de aprovisionamiento de servicios de plataforma para la distribución de apps de música en *streaming* para usuarios de iOS, desde el lado de los desarrolladores, en el EEE.

En este mercado, secundario, como hemos dicho, Apple sería dominante (100% de cuota) y es aquí donde obligaría a todos los desarrolladores a aceptar sus *Guidelines* y sus *Licence Agreements*, sin posibilidad de discutirlos y sujetos a cambios discrecionales y unilaterales por parte de Apple en cualquier momento. Los desarrolladores de apps, dice la Comisión, no tienen ningún poder compensatorio y vienen obligados a obedecer las normas de Apple, so riesgo de pérdida del acceso a los usuarios de iOS.

- (iii) El mercado de servicios de música en *streaming* en el EEE.

El negocio de música en *streaming* requiere grandes inversiones (derechos de autor y necesidad de contar con un amplio repositorio), presenta acusados efectos de red y opera con márgenes muy ajustados. Acceder a las dos principales *app stores* (App Store y Play Store) es esencial para la viabilidad del negocio. Además, Apple ofrece su propio servicio de música en streaming (Apple Music) que viene pre-instalado en los dispositivos iOS y no debe pagar la comisión del 30-15%.

❖ Prácticas abusivas

La Comisión Europea ha optado por cuestionar las llamadas cláusulas anti-desviación, considerando que constituyen un abuso de explotación, contrario al artículo 102(a) TFUE, por imposición de condiciones inequitativas. La Comisión no cuestiona el sistema IAP, ni el porcentaje de comisión de Apple, ni las condiciones más ventajosas de Apple Music. El problema son las cláusulas anti-desviación que limitan la información a la que han podido acceder los consumidores.

Muy resumidamente, las cláusulas anti-desviación (*anti-steering provisions*): (i) prohibían a los desarrolladores ofrecer botones de compra u otros enlaces directos a posibilidades de suscripción fuera de estas aplicaciones; (ii) prohibían a los desarrolladores informar sobre ofertas de suscripción fuera de la app o diferencias de precio entre las suscripciones a través del IAP y las disponibles en otros sitios; y (iii) limitaban la posibilidad de los desarrolladores

de enviar correos a los usuarios de iOS, aunque los usuarios hubieran solicitado recibir información específica, ofertas o promociones. Apple solo permitía dirigir al usuario a la “gestión de su cuenta” (*manage account*), sin que se pudiera hablar nunca de precios.

La Comisión considera que con esas cláusulas se ha producido un daño para los usuarios de iOS, tanto monetario (en forma de precios más altos), como no monetario (debido a la falta de información y la reducción de las opciones de compra). Según la Comisión, además, ni son necesarias para conseguir un objetivo legítimo (e.g. evitar el parasitismo o financiar la App Store) y en todo caso serían desproporcionadas.



❖ ¿Y ahora qué?

Apple ya ha anunciado su decisión de recurrir. Desde luego, la batalla judicial será larga y promete dar que hablar. Entre las múltiples novedades que presenta el caso y los múltiples interrogantes que deberá enfrentar la jurisdicción comunitaria, destacamos:

- ¿Cómo encajar con la casuística existente el hecho de que quien pacta las condiciones (Apple – desarrolladores) sea distinto de quien sufre las consecuencias de la supuesta deslealtad (consumidores)?
- ¿Hasta dónde llega el derecho de Apple de cobrar por el uso de su sistema y proteger ese cobro?
- Y sobre la multa... 40 millones aplicando las *guidelines* de la Comisión y 1.800 millones a tanto alzado, sobre la base del párrafo 37... Novedoso es poco.

Investigación del mercado de servicios de nube

El mes pasado saltaba la noticia de que la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC) estaba investigando las prácticas comerciales en el mercado de los servicios de nube (*cloud services*).

Los servicios de nube (*cloud services*) permiten procesar, almacenar y gestionar datos de forma remota. Esta tecnología facilita que los usuarios accedan a los recursos informáticos de sus proveedores de forma flexible y a un coste variable, externalizando parte de las inversiones y las tareas de gestión asociadas. La CNMC está interesada en investigar cómo funcionan, puesto que estos servicios son un pilar básico del proceso de transformación digital y de la competitividad empresarial y, por eso, deben prestarse en un entorno que fomente la competencia en precios, calidad e innovación. Más del 30 % de las empresas ya utilizan los servicios de nube en España.

❖ Consulta pública

Por un lado, la CNMC ha lanzado una consulta pública, abierta hasta el próximo 21 de junio, en la que pregunta por el funcionamiento de este mercado.³ Le preocupan especialmente la tendencia a la concentración en unos pocos operadores y la dificultad de cambiar de proveedor. Probablemente, ambas constataciones son obvias y, precisamente por ello, parece muy oportuno que la autoridad de competencia se interese por ellas y verifique si hay prácticas que pudieran resultar cuestionables.

La participación está abierta a todo aquel que tenga interés, pudiendo solicitarse la confidencialidad de la identidad y/o de la información facilitada.

Por un lado, el análisis cristalizará en un probable informe de promoción con recomendaciones para el funcionamiento más eficiente del mercado. Por otro lado, dado el interés mostrado por la autoridad, no es en absoluto descartable la apertura de investigaciones concretas relacionadas con la información que haya podido aportarse.

❖ Denuncia contra Microsoft

³ [Consulta pública de la CNMC sobre los servicios de nube | CNMC](#)

En paralelo al lanzamiento de la consulta pública saltó la noticia de la denuncia presentada por la Asociación Española de Startups contra Microsoft por prácticas restrictivas observadas en el mercado de los servicios en la nube.⁴ La entidad representa aproximadamente a 700 empresas y asegura que Microsoft estaría aprovechando su posición de dominio en los mercados de sistemas operativos (Windows) y de ofimática o software de productividad (Microsoft Office) para forzar el uso de su nube Azure.

Las prácticas que se cuestionan incluirían, particularmente

- (i) barreras a la portabilidad de los datos y
- (ii) condiciones contractuales restrictivas de la competencia en las licencias de software.

Se dificultaría con ellas la libre elección de los proveedores de servicios, reduciendo la competitividad de las startups afectadas.

No hay más información pública sobre la denuncia o sobre la tramitación que vaya a dar la CNMC a la misma. Vemos en todo caso ciertos paralelismos con el caso Apple de la Comisión Europea, antes abordado.

Por un lado, el operador digital sería dominante dentro de su ecosistema, con independencia de la mayor o menor competencia que pueda afrontar en el oportuno mercado aguas arriba en el que comercialice sus dispositivos, sistemas operativos o aplicaciones de ofimática.

Por otro lado, las prácticas cuestionadas incidirían en la capacidad del operador dominante de privilegiar sus propios servicios, en la medida en que ello afecte la capacidad de elección de consumidores y/u operadores afectados.

Seguiremos con interés los posteriores desarrollos de los que os mantendremos puntualmente informados.

⁴ [Las startups españolas denuncian a Microsoft ante la CNMC por "prácticas anticompetitivas" en servicios cloud \(europapress.es\)](https://europapress.es)

Para cualquier información sobre el contenido de esta publicación:

Diego Crespo | Socio

dcrespo@marimon-abogados.com

Yolanda Martínez | Socia

ymartinez@marimon-abogados.com

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción por cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extractada, sin previa autorización.

Marimón Abogados © 2024

Barcelona

Aribau, 185

08021

Tel.: +34 934 157 575

Madrid

Luchana, 23

28010

Tel.: +34 913 100 456

Sevilla

Balbino Marrón, 3

Planta 4ª-10

(Edificio Viapol)

41018

Tel.: +34 954 657 896