

CONDICIONES PARA LA CONCESIÓN DE LICENCIAS SOBRE EL SISTEMA OPERATIVO MÓVIL ANDROID: *TYING*, *SELF-PREFERENCING* Y ACUERDOS DE REPARTO DE INGRESOS POR PUBLICIDAD (*REVENUE SHARING AGREEMENTS*)

CONDITIONS FOR THE GRANTING OF LICENCES ON ANDROID OPERATING SYSTEM: *TYING*, *SELF-PREFERENCING* AND *REVENUE SHARING AGREEMENTS*

Eugenio OLMEDO PERALTA*

RESUMEN:

Alphabet desarrolla su actividad en el mercado digital como un ecosistema en el que se conectan distintos mercados. En este ecosistema algunos productos y servicios se prestan gratuitamente y se financian de forma cruzada con los ingresos obtenidos en los mercados lucrativos, principalmente el de publicidad. A cambio se consiguen los insumos que se precisan para poder desarrollar tales actividades (datos y usuarios). En el sector de las comunicaciones móviles, Alphabet licencia su sistema operativo Android de forma gratuita según un modelo pretendidamente abierto. Sin embargo, la obtención de licencias se condiciona a la aceptación de acuerdos adicionales que apuntalan la racionalidad económica del ecosistema y que se basan en conductas de vinculación (*tying*) y autopreferenciación (*self-preferencing*). El objetivo no es otro que reforzar la posición de dominio en los distintos servicios básicos de plataforma en que opera Alphabet y levantar barreras de entrada ante potenciales nuevos rivales. Especialmente conflictiva es la suscripción de acuerdos de repartos de los ingresos obtenidos por publicidad a través del servicio Google Search.

Palabras clave: sistema operativo, Android, licencias, móvil, Reglamento de Mercados Digitales, vinculación, autopreferenciación

* Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Málaga. E-mail: olmedo@uma.es. Esta publicación es resultado del proyecto *Marco jurídico para la competencia dinámica en mercados digitales y para la innovación a través de Inteligencia Artificial* (CODIG-IA), ref. PID2021-122536OB-I00 (IP Eugenio Olmedo Peralta), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR; así como del proyecto *Consumidores y pequeños profesionales en la contratación en Mercados Digitales: prácticas anticompetitivas, desleales y explotación de dependencia económica* (CoMeDi), Ref. ProyExcel_00665. Proyectos de Excelencia, Programa de Ayudas a la I+D+i, en régimen de concurrencia competitiva, Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) (IPs: Olmedo Peralta / Benavides Velasco).

Fecha de recepción: 2 de abril de 2024 // Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2024

ABSTRACT:

Alphabet operates in the digital market as an ecosystem where different markets are connected. In this ecosystem, some products and services are provided free and are cross-financed with the revenues obtained from profitable markets, mainly advertising. In return, the inputs needed to carry out such activities (data and users) are obtained. In mobile, Alphabet licenses its Android operating system for free, according to a model that is supposed to be open. However, the acquisition of licenses is conditioned on the acceptance of additional agreements that support the economic rationale of the ecosystem and are based on practices of tying and self-preferencing. The goal is none other than to reinforce Alphabet's dominant position in the different core platform services in which it operates and to raise barriers to entry against potential new rivals. Particularly contentious is the signing of agreements for sharing the revenues obtained from advertising through the Google Search service.

Keywords: operating system, Android, licences, mobile, Digital Markets Act, tying, self-preferencing

SUMARIO: I. LOS SISTEMAS OPERATIVOS COMO SERVICIO BÁSICO DE PLATAFORMA.— 1. Notión de sistema operativo y su consideración como servicio básico de plataforma.— 2. El modelo Android como ecosistema abierto.— 3. Razones -naturales y no- del fracaso de sistemas operativos competidores.— 4. La designación de Alphabet como gatekeeper.— II. RÉGIMEN DE LAS LICENCIAS DEL SISTEMA OPERATIVO ANDROID.— 1. Gratuidad.— 2. Modalidades de licencia.— 2.1. Licencia Android básica (bare licences).— 2.2. Licencia Android ordinaria (MADA+AFA).— 3. ¿Es Android realmente un sistema abierto?— 3.1. Incentivos económicos a la licencia ordinaria: acuerdos de repartos de ingresos (ARI).— 3.2. Competencia en el mercado secundario de las tiendas de aplicaciones.— III. EVALUACIÓN ANTITRUST DE LOS CONTRATOS DE LICENCIA ANDROID Y REMEDIOS REGULATORIOS IMPUESTOS POR EL RMD.— 1. El caso Google Android.— 2. Vinculación entre sistema operativo y tienda de aplicaciones.— 3. La vinculación (tying) y autopreferenciación (self-preferencing) de sus propias aplicaciones.— 4. Google Search: compartir beneficios a cambio de exclusividad.— IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ESTRATEGIA DE ANDROID Y DEL MARCO REGULATORIO PARA LA COMPETENCIA EN LOS SISTEMAS OPERATIVOS (A MODO DE CONCLUSIÓN).— V. BIBLIOGRAFÍA

CONTENTS: I. OPERATING SYSTEMS AS CORE PLATFORM SERVICES.— 1. The concept of operating systems and their consideration as core platform services.— 2. Android as an open ecosystem.— 3. Reasons (both inherent and external) for the failure of competing operating systems.— 4. The designation of Alphabet as a gatekeeper.— II. REGIME OF ANDROID OPERATING SYSTEM LICENCES.— 1. Granted for free.— 2. Licence modalities.— 2.1. Bare Android licences.— 2.2. Standard Android licences (MADA+AFA).— 3. Is Android a real open system?— 3.1. Economic incentives for the standard licence: revenue sharing agreements (RSAs).— 3.2. Competition in the app stores downstream market.— III. ANTITRUST ASSESSMENT OF ANDROID LICENCE AGREEMENTS AND REGULATORY REMEDIES IMPOSED BY THE DMA.— 1. The Google Android case.— 2. The linkage between operating systems and app stores.— 3. Tying and own apps self-preferencing practices.— 4. Google Search: revenue sharing in exchange for exclusivity.— IV. CRITICAL ANALYSIS OF ANDROID'S STRATEGY AND THE REGULATORY FRAMEWORK FOR COMPETITION IN OPERATING SYSTEMS (BY WAY OF CONCLUSION).— V. REFERENCES.

I. LOS SISTEMAS OPERATIVOS COMO SERVICIO BÁSICO DE PLATAFORMA

En biología se considera que un ecosistema es un sistema ecológico constituido por un medio y los seres vivos que habitan en él, así como por sus relaciones mutuas. Si trasladamos los elementos de esta definición al ámbito tecnológico, y más concretamente al de los dispositivos móviles¹, podemos afirmar que

¹ A los efectos de estas páginas, la noción de dispositivos móviles se utiliza con carácter abierto, abarcando tanto los teléfonos inteligentes (*smartphones*) como *tablets*, e incluso —cuando sea posible— otros dispositivos de similares características como los relojes inteligentes (*smartwatch*). Todos ellos comparten los caracteres de funcionar a partir de un sistema operativo, tener como finalidad principal permitir la interconexión

se reproduce su estructura. El ecosistema móvil está conformado por un medio —el sistema operativo— en el que se relacionan distintos sujetos —fabricantes de dispositivos, titulares de los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre el sistema operativo y las funcionalidades móviles, desarrolladores de aplicaciones y usuarios finales— y las relaciones que se entablan entre ellos. Estas relaciones son de diversa naturaleza jurídica. Con carácter general, el usuario final adquiere el dispositivo móvil a través de un contrato de compraventa (directamente del fabricante o a través de distribuidores). Salvo que los desarrollen ellos mismos, los fabricantes de dispositivos tendrán que adquirir licencias para instalar en su *hardware* un determinado sistema operativo que permita su funcionamiento, telecomunicación, interoperabilidad y despliegue de una serie de funcionalidades. Una vez que el usuario final tiene en sus manos un dispositivo que funciona bajo un determinado sistema operativo, estará interesado en aumentar sus funcionalidades a través de la instalación de aplicaciones (*apps*). Algunas de ellas —normalmente las de carácter básico y desarrolladas por el creador del sistema operativo— vendrán preinstaladas en el dispositivo. Para acceder a otras funcionalidades, los usuarios finales deberán adquirir las aplicaciones creadas por otros desarrolladores. Para que estos últimos puedan llegar a los usuarios finales deberán celebrar contratos de distribución de contenidos digitales con las tiendas de aplicaciones (*app stores*)². Además, podrán entablar contratos de suscripción de servicios o de adquisición de contenido digital con los usuarios finales —con o sin la intermediación de la tienda de aplicaciones—. Todas estas relaciones implican una importante variedad de contenidos: desde el acceso a derechos de propiedad intelectual e industrial hasta la cesión de datos, pasando por cláusulas contractuales de diversa índole y repercusión (vinculación de productos, exclusiva, trato preferente, etc.).

En estas páginas restringiremos nuestro estudio a analizar las prácticas comerciales aplicadas por los desarrolladores de sistemas operativos en sus contratos de licencia con los fabricantes de dispositivos y estudiaremos de qué forma el modo en que se configuren estas relaciones impacta sobre los demás mercados del entorno móvil: tanto los más directamente conectados, como la venta física de dispositivos o la distribución de apps, hasta otros más lejanos pero vinculados, como los servicios de motores de búsqueda, navegadores o publicidad en línea.

1. Noción de sistema operativo y su consideración como servicio básico de plataforma

Por tratarse de la norma más directamente vinculada con el objeto de este estudio, el Reglamento de Mercados Digitales³ define el sistema operativo como «software de sistema que controla las funciones básicas del hardware o del soft-

con otros dispositivos (del mismo u otros usuarios), permitir la customización de sus funcionalidades mediante la instalación de aplicaciones y por el uso intensivo que de ellos hace el consumidor final.

² En ciertos casos, será posible también su prestación directa vía web (*web-based apps*, aunque presentan funcionalidades más restringidas) o la descarga directa de la aplicación sin la intermediación de una tienda de aplicaciones (*sideload*).

³ 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 (en lo sucesivo, RMD).

ware y permite que se ejecuten en él aplicaciones informáticas»⁴. Seguidamente lo categoriza como un «servicio básico de plataforma» por tener la capacidad de afectar a un gran número de usuarios finales y empresas, lo que conlleva el riesgo de que se produzcan prácticas comerciales desleales⁵. En el marco de la actividad de estos servicios básicos de plataforma se pueden generar restricciones relevantes de la competencia cuando constituyen una puerta de acceso importante al mercado y lo explota una empresa con gran influencia sobre el mismo y con una posición afianzada y duradera, a la que la normativa permitirá designar como guardián de acceso (*gatekeeper*) y le someterá al cumplimiento con una serie de obligaciones⁶.

El mercado de los sistemas operativos móviles en Europa⁷ presenta un grado de concentración extremo con un índice HHI por encima de los 5.533,15 puntos. A febrero de 2024, los dos operadores dominantes copan el 99,48% del mercado, representando Android un 66,84% e iOS un 32,64%⁸. Pudiera parecer, por tanto, que nos encontramos ante una situación muy próxima al duopolio, al menos desde la perspectiva del usuario final, que, salvo en casos marginales, sólo puede optar entre el entorno Android (*Alphabet*) o iOS (*Apple*) a la hora de acceder al mercado móvil.

Si, en cambio, consideramos la estructura del mercado desde la perspectiva de los fabricantes de dispositivos que no desarrollan su propio sistema operativo y que dependen de licencias de terceros encontramos un monopolio de facto controlado por Android. Ello es debido a la estructura empresarial y la estrategia comercial de su rival Apple. Apple es una empresa verticalmente integrada que opera tanto en la fabricación de dispositivos, como en el desarrollo de su propio sistema operativo iOS y la distribución de sus propias aplicaciones. Su estrategia comercial se basa en la configuración de su ecosistema móvil con carácter cerrado y el mantenimiento de una imagen de marca y estándares de calidad altos, impidiendo que terceros fabricantes puedan instalar su sistema operativo o,

⁴ Art. 2.10) RMD. Aunque refiriéndose al concepto en el ámbito de los ordenadores, la Comisión Europea ofreció una definición de sistema operativo en su decisión de 24 de mayo de 2006, en el asunto COMP/C-3/37.792, *Microsoft* (esp. paras. 37 y ss.). En ella considera el sistema operativo como una modalidad de sistema software. «El software controla el hardware del [dispositivo] por cuenta de las aplicaciones que satisfacen una específica necesidad del usuario, como el procesamiento de texto. Concretamente, los sistemas operativos son un tipo de software de sistema que controla las funciones básicas del [dispositivo] y permite al usuario utilizarlo y ejecutar otros softwares». En el mismo sentido se pronunciaría posteriormente en la decisión de 16 de diciembre de 2009, asunto COMP/C-3/39.539, *Microsoft (tying)* (para. 18).

⁵ Art. 2.2) RMD y considerando 14 y 15. Se ha de destacar que esta definición ha de ser neutral desde el punto de vista tecnológico, incluyendo a los servicios con independencia de los medios o dispositivos a través de los que se presten. Por lo que aquí interesa, será irrelevante que el sistema operativo se incluya en un smartphone, tablet, reloj inteligente, etc. y —aunque no serán objeto de nuestro estudio— también se mantendrán esta consideración de servicios básicos de plataforma los sistemas operativos de otros tipos de dispositivos tales como los ordenadores, televisores, altavoces inteligentes, vehículos, etc.

⁶ Distintas autoridades de competencia han publicado sendos estudios sobre el funcionamiento de los ecosistemas móviles. Destacan: Competition & Markets Authority, *Mobile Ecosystems. Market study final report*, de 10 de junio de 2022; Autoriteit Consument & Markt, *Market study into mobile app stores*, de 11 de abril de 2019; o el de la Australian Competition & Consumer Commission, *Digital platform services inquiry, Interim report No.2 – App marketplaces*, de marzo de 2021.

⁷ Se consideran en estas reflexiones sólo la situación del mercado en la Unión Europea, si bien otros países occidentales (América y Oceanía fundamentalmente) presentan una estructura de mercado similar. En Asia se intentó la irrupción de otros agentes, como el sistema operativo COS (*China Operating System*). Sin embargo, según fuentes de *Statcounter*, Android sigue dominando el mercado con una cuota del 75,2 %. que unida a la del segundo operador, iOS -con un 24,46%- , prácticamente suponen todo el mercado.

⁸ La presencia de otros operadores como Samsung (0,45%), Windows (0,03%) o Linux (0,01%) representa sólo una competencia muy residual. Fuente: *statcounter.com*

incluso, muchas de sus aplicaciones. Corolario de lo anterior, los fabricantes de dispositivos móviles tienen tres alternativas: celebrar un contrato de licencia de Android con Alphabet, obtener la licencia e instalar un sistema operativo alternativo o desarrollar su propio sistema operativo. Como veremos, estas dos últimas opciones no resultan viables en la práctica.

2. El modelo Android como ecosistema abierto

El modelo de negocio de Alphabet es distinto al de Apple y, por ello, opta por una configuración abierta de su sistema operativo. A pesar de que Alphabet comercializa sus propios teléfonos móviles, tablets y smartwatches bajo la marca *Pixel*, la venta de dispositivos representa una proporción muy reducida de sus ingresos totales⁹. Su principal fuente de ingresos la conforman los servicios de publicidad canalizada especialmente a través del motor de búsqueda *Google Search* y productos vinculados (*shopping, maps, etc.*). La rentabilidad de su modelo empresarial no descansa en la venta directa de dispositivos, sino en la captación, concentración y canalización del mayor número de usuarios posible hacia sus servicios lucrativos. Junto a ello, y aunque no tenga una traducción monetaria directa, la segunda gran fuente de beneficios de Alphabet es la captación de datos muy diversificados de un inmenso espectro de usuarios¹⁰.

Para maximizar los beneficios de este sistema, Alphabet presta de forma gratuita la mayor parte de los servicios dirigidos a los usuarios finales (no profesionales). A través de los ingresos por publicidad, que serán mayores cuanto más dirigida pueda prestarse ésta, Alphabet obtiene los fondos necesarios para poder subsidiar las inversiones precisas para prestar sus servicios gratuitos, consiguiendo con ello una constante retroalimentación. La publicidad es un mercado bilateral platformizado a través de *Google Advertising*, en el que se ofrece a los anunciantes acceso a un espectro inmenso de destinatarios a los que se puede dirigir un mensaje publicitario personalizado. Gracias al procesamiento de datos y a la segmentación de usuarios, Google ofrece el servicio publicitario de forma dirigida, aumentando la tasa de éxito de la inversión que las empresas hacen en publicidad. Esta forma de prestación de servicios —que se beneficia del conglomerado de actividades que presta Alphabet en el ámbito digital— hace que no haya competidores que puedan ofrecer sus servicios con una eficiencia equiparable. En suma, los servicios publicitarios son la base económica sobre la que se construye el modelo de Alphabet y su principal fuente de beneficios¹¹. Por ello, la empresa diseña las relaciones con sus clientes de modo tal que se puedan obtener los mayores datos posibles de su uso para patrimonializarlos a través de los servicios lucrativos de publicidad.

⁹ A pesar de que las cuentas publicadas por Alphabet no ofrecen un desglose mayor, la partida relativa a «suscripciones, plataformas y dispositivos» representó en 2023 un total de 10.794 millones de dólares, lo cual supone tan sólo un 12,5% del total de ingresos para ese año fiscal (86.310 millones de dólares). Si tenemos en cuenta que la venta de dispositivos es sólo una fracción (la menor) de esta partida, puede colegirse que los ingresos por ventas de dispositivos suponen una porción muy reducida de los beneficios de Alphabet. Datos según la propia empresa obtenidos de su plataforma de comunicación con los accionistas a 30 de enero de 2024: <https://abc.xyz/assets/95/eb/9cef90184e09bac553796896c633/2023q4-alphabet-earnings-release.pdf>

¹⁰ Vid. WALKER (2016).

¹¹ Los ingresos de Alphabet por publicidad a nivel mundial ascendieron en el año 2023 a más de 237 mil millones de dólares según Statista, lo que representa más de un 77% de sus ingresos totales: [https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/#:~:text=In%202023%2C%20Google's%20ad%20revenue,and%20apps\)%20to%20web%20users.](https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/#:~:text=In%202023%2C%20Google's%20ad%20revenue,and%20apps)%20to%20web%20users.)

En el marco del ecosistema móvil se observa que la licencia sobre el sistema operativo Android se ofrece de forma completamente gratuita¹² pero conectada a otros servicios con monetización directa o indirecta. Como analizaremos seguidamente, la concesión de licencias para la instalación y distribución de dispositivos con sistema Android se vincula al favorecimiento de los servicios de búsqueda online de Alphabet, que permiten la oferta directa y personalizada de sus servicios de publicidad (monetización directa). Del mismo modo, en el sistema operativo aparecen implicados una serie de servicios prestados por Alphabet también de forma gratuita (mapas y geolocalización, servicios de pago, reconocimiento facial...) que permiten la captación de datos que, posteriormente, podrán ser empleados para la comercialización de otros productos o servicios (monetización indirecta).

Como ocurre con otras plataformas digitales, la estrategia de Alphabet se dirige a potenciar los efectos de red indirectos y a ganar una masa crítica de usuarios a ambos lados de la plataforma en los distintos mercados en los que opera¹³. A partir de ahí, y una vez que se dominan ambos lados del mercado —y se conectan los mercados entre sí—, consigue producir un efecto de cierre (*lock-in*).

3. Razones —naturales y no— del fracaso de sistemas operativos competidores

Si tenemos en cuenta que el propio sistema operativo Android no fue desarrollado por Google¹⁴, en la teoría nada impediría que otras empresas —especialmente los grandes fabricantes de dispositivos o desarrolladores de software— pudieran crear sus propios sistemas operativos que compitiesen con Google. Sin embargo, la realidad muestra que los sistemas Android e iOS cubren más del 99% del mercado de sistemas operativos. Esto ha de llevarnos a analizar cuáles son las razones de que no surjan sistemas competidores.

En la última década se ha visto cómo han fracasado empresas tecnológicas que intentaron desarrollar sistemas operativos móviles competidores. Entre estas *mavericks* destacan casos como el de Nokia¹⁵ o el de Amazon¹⁶.

¹² Android se construye sobre un código fuente de carácter abierto sobre el que se conceden licencias libres y gratuitas según el *Android Open Source Project* (AOSP).

¹³ En el mercado de los sistemas operativos: fabricantes de dispositivos y usuarios finales de un sistema móvil; en el mercado de la publicidad: empresas anunciantes y usuarios a los que se dirige ésta; en el mercado de la distribución de aplicaciones: desarrolladores de aplicaciones y usuarios de un dispositivo móvil que las adquieren (normalmente a través de su tienda de aplicaciones, *Play Store*), etc.

¹⁴ En agosto de 2005 Google adquirió la compañía Android Inc., que había empezado a operar en 2003 en el desarrollo de un sistema operativo móvil. El crecimiento de Alphabet en este sector no fue fruto de sus propios esfuerzos e inversiones, sino que se consiguió a partir de la compra de una rival prometedora.

¹⁵ A pesar de haber liderado el sector móvil en los inicios de esta tecnología, con el desarrollo de los smartphones conectados en todo momento a Internet, la compañía finlandesa fracasó en su proyecto de sistema operativo alternativo *Nokia X OS*. Éste se construyó como una derivación del sistema Android (lo que se conoce como *fork*) que se desvinculaba de los servicios de Alphabet y utilizaba los servicios propios de Nokia. El sistema se integraba a través de la propia tienda de aplicaciones de Nokia. Pero igual que en el caso de Amazon, la no disponibilidad de las aplicaciones de Google y la dificultad para acceder a aplicaciones específicas como *WhatsApp* aceleraron el fracaso de estos dispositivos y su sistema operativo, que dejaron de comercializarse en julio de 2014.

¹⁶ Similar fracaso está sufriendo el sistema operativo Fire OS desarrollado por Amazon. En el año 2011 Amazon comenzó la comercialización de su propia tablet Kindle Fire, a la que seguiría el dispositivo móvil Fire Phone en junio de 2014. Ambos conjuntos de dispositivos funcionaban sobre la base del sistema operativo Fire

El hecho de que dos empresas tecnológicas tan potentes no hayan conseguido mantenerse en el mercado de los dispositivos con sistema operativo propio pone de manifiesto la existencia de importantes dinámicas exclusionarias. Los dispositivos informáticos tienen una vocación a la interconexión, por lo que es fundamental la interoperabilidad entre dispositivos. En la medida en que un determinado tipo de dispositivos Y deja de ser interoperable para ciertas funcionalidades con otros dispositivos X, con mayor presencia en el mercado, comenzará un trasvase de usuarios finales hacia el dispositivo X, manifestándose una tendencia natural a la concentración en este mercado (efectos de red directos). La solución a este fallo de mercado —como ocurre en otras tecnologías— debería pasar por la creación de estándares y la previsión de obligaciones de interoperabilidad, medidas que el RMD impone expresamente a los prestadores de servicios básicos de plataforma calificados como *gatekeepers*. Consideraremos en profundidad la virtualidad de estas medidas más adelante. Pero, además de ello, Alphabet lleva a cabo una serie de prácticas en sus contratos de licencia sobre Android que acentúan este efecto de cierre de mercado y bloquean el éxito de compañías competidoras. Estas conductas potencialmente anticompetitivas se basan en la vinculación de los productos y servicios de Alphabet, la autopreferenciación y el desarrollo de estrategias predatorias.

Los dos mercados principales en los que se comercializan los productos del ecosistema móvil se encuentran vinculados entre sí: el mercado de los dispositivos y los sistemas operativos sobre los que funcionan y el de las aplicaciones móviles y las tiendas de aplicaciones a través de las cuales se distribuyen. Al menos hasta que las obligaciones impuestas por el RMD se cumplan plenamente, los guardianes de acceso que controlan los sistemas operativos vinculan estos servicios básicos de plataforma con sus propias tiendas de aplicaciones, generando un doble cuello de botella: los fabricantes de dispositivos sólo pueden instalar el sistema operativo Android (pues la alternativa de iOS sólo se instala en los dispositivos fabricados por Apple) y, a su vez, Alphabet propicia, mediante prácticas de vinculación y de autopreferenciación, que la tienda de aplicaciones preponderante en el sistema Android sea la Play Store.

4. La designación de Alphabet como gatekeeper

Con la entrada en vigor del RMD, tras la notificación presentada por Alphabet basada en la superación de los umbrales fijados por la norma¹⁷, el pasado 6 de septiembre de 2023 la Comisión Europea le designó como guardián de acceso en los servicios básicos de plataforma de sistemas operativos (*Android*)

OS desarrollado como *fork* de Android y, en consecuencia, sin que pudiera incorporar las aplicaciones desarrolladas por Google. El dispositivo resultaba poco atractivo, dado que los usuarios no podían acceder a aplicaciones que requerían tales como Google Play, Maps o YouTube. Además, los usuarios que anteriormente hubieran adquirido aplicaciones en otro dispositivo Android no podían portar éstas al dispositivo de Amazon, debiendo proceder —cuando fuera posible— a una nueva compra en la tienda de aplicaciones de Fire. A causa de estos motivos, Amazon dejó de comercializar sus smartphones en 2016 y, a pesar de que continuó en el negocio móvil con sus propias tabletas y sistemas operativos para ellas, a finales de 2023 Amazon ha dejado de comercializar sus tablets en España, aunque sí se comercializan en otros mercados geográficos, lo que puede ser señal de una progresiva retirada del mercado.

¹⁷ Cfr. Art. 3.1 y 2 RMD.

y tiendas de aplicaciones (*Google Play*)¹⁸, entre otros¹⁹. Centrándonos en los sistemas operativos, la decisión de designación sólo concierne al sistema Android utilizado para controlar el hardware de dispositivos móviles (smartphones y tablets). No abarca, por tanto, otros sistemas operativos desarrollados por Alphabet para otras categorías de dispositivos, teniéndose en cuenta para esta delimitación el uso específico que hace el consumidor final²⁰.

La designación cubre también el *middleware* licenciado por Alphabet, entendiéndose por tal todo aquel software que se conecta con el software distribuido como núcleo del sistema operativo y las aplicaciones que funcionan sobre éste. Este *middleware* se conoce como *Google Play Services* e incluye un paquete de servicios y librerías desarrollados por Alphabet para su instalación sobre el sistema operativo básico Android, permitiendo la ejecución en el dispositivo de ciertas aplicaciones especialmente relevantes, como el motor de búsqueda, la tienda de aplicaciones o el servicio de geolocalización.

Como requiere el art. 11 RMD, el pasado 7 de marzo de 2024 Alphabet publicó el informe en que describe de forma detallada las medidas aplicadas para garantizar que cumple con las obligaciones impuestas por esta norma²¹. Analizaremos tales medidas y consideraremos de forma crítica su virtualidad en los dos últimos epígrafes.

II. RÉGIMEN DE LAS LICENCIAS DEL SISTEMA OPERATIVO ANDROID

1. Gratuidad

Para ganar cuota de mercado y conseguir imponerse como sistema operativo dominante, Alphabet optó por la concesión gratuita de licencias de Android. Con esta estrategia disruptiva logró romper la dinámica natural de distribución retribuida de sistemas operativos que habían mantenido los principales desarrolladores, *Symbian* y *Windows Phone*. Los rivales tuvieron que reducir progresivamente sus tarifas hasta ofrecer también de forma gratuita las licencias sobre sus sistemas operativos. Sin embargo, esta reacción de los rivales no se beneficiaba de la racionalidad económica de Android. Mientras que Google puede canalizar la falta de ingresos por las licencias Android de forma indirecta, reconduciendo a los usuarios hacia servicios que sí producen beneficios; *Symbian* y *Windows Phone* no obtenían ingresos alternativos de otros productos vinculados, lo que bloqueó cualquier forma de ingresos por la licencia del sistema operativo y llevaría a suspender su distribución.

¹⁸ Decisión C(2023) 6101 final, exptes. DMA.100009 y DMA.100002 respectivamente.

¹⁹ Se les añaden los servicios de intermediación online especializados en ubicaciones (*Google Maps*), los servicios de intermediación online especializados en productos (*Google Shopping*), el motor de búsqueda online *Google Search*, el servicio de plataforma de compartición de vídeos (*YouTube*), el navegador web *Google Chrome* y su servicio de publicidad online. En cambio, no se le designó como gatekeeper para el servicio de comunicación independiente de la numeración a través de *Gmail*.

²⁰ El usuario final utiliza los dispositivos con sistema operativo Android para acceder a apps, la búsqueda web, el servicio de mensajería y acceder a contenido online. Esta utilidad es distinta de la perseguida a través de otros sistemas operativos de Alphabet. Por ello, no se incluyen en esta designación como gatekeeper los sistemas operativos *Android Automotive OS* (para sistemas en vehículos), *Android TV* (para televisores inteligentes), *Wear OS* (para relojes y wearables), *Chrome OS* (para ordenadores portátiles y de sobremesa), *Cast OS* y *Fuchsia OS* (los dos para servicios de domótica y altavoces inteligentes).

²¹ Vid. ALPHABET, *EU Digital Markets Act (EU DMA) Compliance Report, Non-Confidential Summary*.

2. Modalidades de licencia

Los fabricantes de dispositivos pueden optar entre dos tipos de licencias Android en función de los compromisos que adquieran: una licencia básica o una licencia estándar que implica la asunción de mayores obligaciones y vinculaciones. En la práctica, la gran mayoría de los fabricantes optan por licencias estándar a causa de la limitación de funcionalidades que deriva de las licencias básicas.

2.1. Licencia Android básica (*bare licences*)

La licencia básica de Android permite al fabricante una mayor libertad para configurar libremente el funcionamiento del hardware de los dispositivos en los que instala el sistema operativo. Las obligaciones del licenciatarario con Alphabet se limitan a aceptar el acuerdo básico de licencia (*Android License Agreement*) que tiene carácter libre y gratuito y a cumplir ciertos requerimientos técnicos (*Compatibility Test Suite*). A pesar de estas ventajas evidentes, la mayor libertad de configuración del dispositivo se obtiene a costa de renunciar a ciertos beneficios que Alphabet sólo concede a los fabricantes que suscriben la licencia estándar. En particular, este acuerdo sólo habilita a la instalación del sistema operativo, pero no al resto de *middleware* de Android. No se pueden instalar los *Google Mobile Services* (GMS) ni tampoco las aplicaciones desarrolladas por Google, algunas de las cuales son consideradas básicas por los usuarios finales y determinantes de su decisión de compra²². Destaca entre ellas la tienda de apps Google Play, tan imprescindible para que los usuarios de los dispositivos puedan acceder a un amplio catálogo de aplicaciones móviles que pudiéramos llegar a calificarla como un recurso esencial²³ para la competencia de desarrolladores de apps y sistemas operativos competidores²⁴. La instalación de este tipo de licencia impide así el acceso al segundo cuello de botella en el ecosistema móvil. Sin posibilidad de acceder a la Play Store, sólo podrán operar de forma eficiente en el mercado a aquellos fabricantes de dispositivos que tengan la capacidad de desarrollar una tienda propia con una actividad equiparable²⁵.

²² EDELMAN / GERADIN (2016), pág. 165. Optar por la versión básica de la licencia Android y no por la estándar impide instalar la tienda Google Play, pero también a YouTube, Google Maps, Gmail, etc.

²³ En las demandas presentadas frente a Apple y Alphabet en 2020 por bloquear la distribución del juego *Fortnite* a través de sus tiendas de aplicaciones, el desarrollador de videojuegos alegó que estas tiendas de aplicaciones tenían el carácter de essential facilities. Cfr. District Court, N.D. California, *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.* (4:20-cv-05640); District Court, N.D. California, *Epic Games Inc. v. Google LLC et al* (3:20-cv-05671). En la doctrina, GRAEF (2019), esp. págs. 16 ss.; NELSON (2021), págs. 379 ss.

²⁴ No en vano recuérdese que Alphabet también ha sido designado por la Comisión Europea como gatekeeper por lo que respecta al servicio básico de plataforma de tiendas de aplicaciones.

²⁵ En la actualidad el mercado de las tiendas de aplicaciones se encuentra acaparado por la *App Store* de Apple y la *Play Store* de Alphabet. La *App Store* conserva un monopolio de facto para la distribución de apps en dispositivos con iOS, al menos hasta que en virtud de la nueva obligación impuesta por el RMD de permitir la instalación de tiendas de aplicaciones competidoras éstas surjan y soliciten su distribución en este sistema operativo. Por su parte, pese a admitir tiendas de aplicaciones competidoras, la *Play Store* acapara más del 90% de las descargas de aplicaciones nativas en dispositivos que funcionan con el sistema operativo Android o sus derivaciones. Vid. CMA, *Mobile Ecosystems, cit.*, págs. 90 y ss. Con independencia del sistema operativo, entre un 50 y un 60% del total de aplicaciones nativas descargadas en dispositivos móviles se hace a través de la *Play Store* y entre un 30 y un 40% a través de la *App Store*. La cuota de mercado agregada del resto de tiendas de aplicaciones se mantiene por debajo del 5%.

A partir de la licencia básica de Android los fabricantes de dispositivos desarrollan sus propios sistemas operativos derivados de Android, lo que se conoce como *Android Forks*. Es el caso de los sistemas *Fire OS* desarrollado por Amazon, de *HarmonyOS* de Huawei²⁶ o de *Nokia X*.

2.2. *Licencia Android ordinaria (MADA + AFA)*

Alphabet restringe el acceso completo a todas las funcionalidades del sistema Android a los fabricantes que suscriben de forma estándar el acuerdo de licencia. Ello implica firmar dos acuerdos adicionales: el acuerdo de distribución de aplicaciones móviles (MADA)²⁷ y el compromiso de antifragsmentación (AFA)²⁸.

A pesar de que Google perfila los extremos de sus acuerdos MADA para cada fabricante en particular, ciertas exigencias comunes están presentes en todos ellos²⁹. La primera es la vinculación de productos (*tying*): los fabricantes deben preinstalar en sus dispositivos el middleware GMS, esto es, un conjunto de software, utilidades y aplicaciones desarrolladas por Google y que no son indispensables para el funcionamiento del sistema operativo (por ello, no se incluyen en la versión básica) pero que habilitan funcionalidades adicionales³⁰. La segunda es comprometerse a conceder un trato preferente a Alphabet —lo que pudiéramos calificar como práctica de autopreferenciación o *self-preferencing*—. Por este compromiso las aplicaciones que Alphabet determine deben estar disponibles en un lugar preeminente de la disposición del sistema operativo³¹. La tercera —y más relevante a efectos económicos— ha sido la obligación de establecer el motor de búsqueda *Google Search* y la funcionalidad de geolocalización de Google (*Network Location Provider*) como servicios utilizados por defecto, sin que los fabricantes puedan preconfigurar otros motores de búsqueda o sistemas de geolocalización³² (propios o de otros desarrolladores)³³. Como veremos, la vinculación del motor de búsqueda *Google Search* fue declarada anticompetitiva —y, por tanto prohibida— por la Comisión Europea. Como reacción Alphabet ha pasado a implementar formas más sutiles de vinculación. En ciertos contratos MADA la obligación de preinstalación y configuración por defecto se extiende también a los servicios de asistente o búsqueda por voz. Como veremos más adelante, a partir del 7 de marzo de 2024, con la

²⁶ Por razones de seguridad en mayo de 2019 se prohibió a los dispositivos Huawei utilizar los GMS, lo que obligó a la compañía china a desarrollar sus propios Huawei Mobile Services (HMS), distanciando su operatividad de la controlada por Alphabet. La abrupta caída de los resultados económicos de la empresa en el mundo occidental ha puesto de manifiesto la importancia que los usuarios finales dan a poder acceder a los GMS a la hora de adoptar su decisión de compra.

²⁷ *Mobile Application Distribution Agreement (MADA)*.

²⁸ *Anti-Fragmentation Agreement (AFA)*.

²⁹ KÖRBER (2014) págs. 6 y ss.

³⁰ TODD (2017) pág. 78.

³¹ Así, según el acuerdo MADA en particular se exige que estén disponibles en el primer panel de aplicaciones que aparezca en la vista del usuario, al menos en el panel adyacente a la pantalla de inicio por defecto, o no más debajo de la primera fila de aplicaciones mostrada a los usuarios. Incluso en ocasiones Google llega a determinar el orden y secuencia en que se deben mostrar las aplicaciones obligatorias.

³² Nótese que la instalación de este servicio permite monitorizar en todo momento la localización geográfica del usuario y que Google reciba dicha información.

³³ Sobre las implicaciones del acuerdo MADA y sus efectos sobre la competencia, *vid.* SIDAŁ (2015) págs. 669-693.

total efectividad del RMD, Alphabet se ha visto obligada a modificar o eliminar muchas de estas condiciones contractuales.

Los acuerdos antifragsmentación (AFA) tienen un carácter más técnico. Sí están estandarizados e incluyen una serie de obligaciones que impiden a los fabricantes modificar el código de Android para crear nuevas variaciones de éste (*forks*) que pudieran dificultar o impedir el uso de ciertas aplicaciones, preservándose así la integridad y funcionamiento del sistema Android como Google lo tiene concebido.

3. ¿Es Android realmente un sistema abierto?

A pesar de que los fabricantes pueden obtener una licencia básica de Android de manera completamente gratuita y abierta, sin necesidad de incorporar ninguna aplicación desarrollada por Google, esta opción es mucho menos atractiva que la licencia ordinaria de Google y los casos en que se ha apostado por esta vía han acabado en fracaso (ej. *Fire OS*, *Nokia X*)³⁴. Los fabricantes de dispositivos ven muy limitada su posibilidad de optar por la licencia básica y desarrollar su propio sistema operativo como *fork* de Android, ya que en tal caso no podrán instalar ninguna de las aplicaciones de Google que los usuarios exigen y que resultan imprescindibles para que el dispositivo resulte atractivo. Entre ellas, destaca disponer de la *Play Store* como tienda de aplicaciones desde la que se puede acceder a la gran mayoría de aplicaciones disponibles³⁵.

3.1. *Incentivos económicos a la licencia ordinaria: acuerdos de repartos de ingresos (ARI)*

Para fortalecer el efecto de vinculación entre productos y que los fabricantes de dispositivos no tengan otra alternativa que instalar la versión estándar de Android aceptando los acuerdos MADA y AFA, Alphabet les ofrece un incentivo económico por la aceptación de tales acuerdos, la preinstalación por defecto de Google Search en sus dispositivos y el compromiso adicional de no preinstalar motores de búsqueda competidores. Este sistema de incentivos se articula a través de un acuerdo de reparto de ingresos³⁶, por medio del cual Alphabet paga una parte de los beneficios que obtiene en el mercado de la publicidad a partir de las búsquedas realizadas con origen en cada dispositivo y que no procedan del uso de la propia web de Google³⁷. De este modo, los fabricantes de dispositivos participan en el beneficio obtenido por Alphabet en el mercado de la publicidad por las búsquedas realizadas por sus clientes que utilizan los servicios vinculados preinstalados y configurados por defecto en sus dispositivos. Alphabet consigue desincentivar que los fabricantes preinstalen paralelamente otros motores de búsqueda, fortaleciendo su posición de dominio en el servicio lucrativo de las búsquedas y de la publicidad asociada.

³⁴ VEZZOSO (2018) pág. 31.

³⁵ Los fabricantes de dispositivos no podrán instalar la Play Store si no aceptan los acuerdos MADA y AFA y, por tanto, si no se comprometen a preinstalar y dar preferencia al conjunto de aplicaciones y servicios preconfigurados por Google.

³⁶ *Revenue Sharing Agreement*. En lo sucesivo, ARI.

³⁷ Por ejemplo, búsquedas en la barra URL, servicio de Google Search, quick search, etc.

Para asegurarse la hegemonía total en el mercado de la publicidad digital, Alphabet también ha suscrito un acuerdo similar con el ecosistema móvil rival, iOS de Apple. De este acuerdo consigue importantes beneficios, en tanto que se asegura el control de los datos generados a partir de las búsquedas de la práctica totalidad de usuarios de dispositivos móviles, con independencia de su fabricante y del sistema operativo en el que operen. Aunque en este caso nos encontremos ante otros servicios básicos de plataforma (el de los motores de búsqueda y los servicios de publicidad), dado que Alphabet asume también en ellos el rol de gatekeeper, por imperativo del RMD deberá modificar estas prácticas de modo que se permita una competencia justa en dichos mercados.

3.2.. *Competencia en el mercado secundario de las tiendas de aplicaciones*

Otra cuestión singularmente relevante desde la perspectiva de la competencia es el modo en que Alphabet extiende su posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos al de las tiendas de aplicaciones (*market leverage*)³⁸. A diferencia de lo que ocurre en iOS, en Android ya era posible la instalación de tiendas de aplicaciones alternativas creadas por otros desarrolladores³⁹. Sin embargo, la licencia estándar del sistema operativo con los acuerdos vinculados que trae aparejada implica la preinstalación de la Play Store y su configuración por defecto⁴⁰. Ello permite someter a los usuarios de dispositivos Android a una inercia natural hacia el uso de esta tienda y desincentivar que exploren intermediarios alternativos: la Play Store es la tienda de aplicaciones más difundida y la que ofrece un catálogo más amplio de aplicaciones.

Samsung supone un caso excepcional. Tratándose del primer fabricante de dispositivos móviles a nivel mundial disfruta de un mayor poder negociador que le ha permitido modular las obligaciones que acepta en sus contratos de licencia. En particular, se ha permitido que los dispositivos fabricados por Samsung puedan tener preinstalada su propia tienda de aplicaciones, *Galaxy Store*, de forma paralela a la *Play Store*⁴¹.

El interés de Alphabet por extender —y mantener— su dominio en el mercado de las tiendas de aplicaciones es debido a que ésta es fuente directa e indirecta de beneficios. Directa, porque Alphabet carga una comisión a los desarrolladores de aplicaciones por las descargas que hacen sus usuarios y por los pagos que se realizan dentro de la aplicación y que son gestionados por Alphabet (los llamados *In-App Payments*). E indirecta porque le permite obtener una enorme cantidad de datos sobre los usuarios finales que puede utilizar en otros ámbitos de su actividad o para desarrollar sus propias aplicaciones.

³⁸ EDELMAN (2015) pág. 390.

³⁹ Existen otras tiendas de aplicaciones desarrolladas por terceros que se pueden descargar en Android como es el caso de *APKpure*, *Aptoide* o *F-Droid*. Su uso sigue siendo muy marginal, pues su descarga ha de realizarse fuera del sistema de tiendas de apps (*sideloading*) y aceptando advertencias de riesgos de seguridad bastante disuasorias.

⁴⁰ Nos referimos exclusivamente a las versiones estándar de Android y no a las *forks*, dado que éstas tienen bloqueada la posibilidad de instalar la Play Store de forma ordinaria y los usuarios de los dispositivos sólo pueden acceder a ésta a través de *sideloading*. Así, los dispositivos de Amazon que usan Fire OS acceden a la descarga de aplicaciones a través de su propia *Amazon App Store*.

⁴¹ Con todo, la presión competitiva que representa esta tienda de aplicaciones continúa siendo muy limitada dado que ofrece un catálogo bastante más reducido de aplicaciones y tiene una difusión mucho menor.

Con todo, la vinculación sistema operativo-tienda de aplicaciones es más conflictiva en el ecosistema Apple que en el de Android. Dada su configuración como un ecosistema cerrado, Apple impide la instalación en sus dispositivos de tiendas alternativas a la App Store. Nuevamente, entre las obligaciones que el RMD impone a los gatekeepers destaca la prohibición de impedir o dificultar la instalación de tiendas de aplicaciones alternativas.

La disrupción en este ámbito ha de venir de manos de tiendas de aplicaciones creadas por los desarrolladores de aplicaciones que tengan una demanda amplia y consolidada entre los usuarios finales, pues sólo ello garantizará que la creación de sus propias tiendas de aplicaciones resulte exitosa. Es el caso de los desarrolladores de videojuegos entre los que destaca *Epic Games*, que ya tienen proyectado el lanzamiento de sus propias tiendas⁴². Hace años, esta empresa comenzó una ofensiva para conseguir una distribución más libre de sus contenidos que le permitiese evitar las comisiones por descarga e *in-app-payments* a través de las tiendas de aplicaciones de Alphabet y Apple⁴³.

III. EVALUACIÓN ANTITRUST DE LOS CONTRATOS DE LICENCIA ANDROID Y REMEDIOS REGULATORIOS IMPUESTOS POR EL RMD

Teniendo Android una clara posición de dominio, su modelo de distribución gratuita de licencias puede producir el efecto de limitar la competencia, articulando un cierre de mercado que impida la entrada efectiva de sistemas operativos competidores. Sin embargo, las prácticas concretas a través de las cuales se refuerza su posición de dominio no encuentran cómodo encaje en las teorías del daño tradicionalmente utilizadas en Derecho de la competencia. Así, estas licencias gratuitas no pueden considerarse una práctica de precios predatorios o venta a pérdida al faltar el elemento de la recuperación posterior de los beneficios no obtenidos. Tampoco consideramos adecuado considerar que la licencia de Android supone una conducta arquetípica de vinculación o *tying* puesto que,

⁴² En 2018 Epic Games adoptó la decisión de distribuir sus títulos —y especialmente su juego emblema *Fortnite*— para Android exclusivamente a través de descargas directas, eludiéndose así el uso de la Play Store. Sin embargo, dos años más tarde, tuvo que reconsiderar su decisión y la descarga de *Fortnite* volvió a estar disponible a través de la tienda de aplicaciones de Alphabet. Sin lugar a dudas, el cambio de estrategia de la empresa se debió a los obstáculos e inconvenientes a que tenía que hacer frente Epic Games para distribuir directamente sus juegos y a la pérdida de clientes que no estaban seguros con las condiciones de la descarga directa (mensajes disuasorios y advertencias de seguridad).

⁴³ El 13 de agosto de 2020, Epic Games habilitó una opción de pago dentro de su propia aplicación de *Fortnite* en dispositivos iOS y Android que permitía a los usuarios comprar la moneda de juego (V-Bucks) a un precio inferior al usual (7,99\$ en lugar de 9,99\$), evitando que el pago se realizase a través del instrumento de pago de las tiendas de aplicaciones (*IAP* en App Store y *Google Play In-app Billing* en Google Play). Ello supone una vulneración de la obligación *anti-steering* impuesta a los desarrolladores de apps por las tiendas. Como consecuencia de esta actuación, Apple eliminó la oferta de la aplicación *Fortnite* de su App Store ese mismo día a causa del incumplimiento con sus políticas. A raíz de esta medida, nuevos usuarios no podían descargar la aplicación de la Store y Epic Games no podía implementar actualizaciones de la misma. Como represalia, Apple amenazó con eliminar (y, de hecho, eliminó durante unos días) las demás cuentas que como desarrolladores de aplicaciones tenía Epic Games, deshabilitando su *Unreal Engine* en los dispositivos Apple. El asunto llegó Tribunal del Distrito Norte de California y fue decidido por el 9th Circuit Court of Appeals No. 21-16506, el 14 de noviembre 2023. En enero de 2024 el Tribunal Supremo estadounidense descartó mantener una vista sobre este asunto. Apple ha reactivado la cuenta de desarrollador de Epic y ha permitido que siga comercializando sus juegos. Se aprecia así que en Europa las prácticas de los gigantes digitales se empiezan a adaptar a las nuevas obligaciones impuestas por el RMD.

en puridad, es posible adquirir licencias básicas de Android sin necesidad de adquirir prestaciones suplementarias de Alphabet (productos vinculados). Pese a ser viable esta opción de compra simple, en la mayoría de los casos los fabricantes de dispositivos optarán por instalar una licencia estándar de Android, lo que implica suscribir los acuerdos MADA y AFA y asumir obligaciones adicionales. Entre ellas, la instalación de Google Mobile Services.

El centro del problema antitrust es que, a través de determinadas prácticas contractuales, Google fortalece su posición de dominio en determinados servicios o aplicaciones clave en el ecosistema digital y que son su fuente principal de ingresos. Destaca el direccionamiento de búsquedas hacia el motor Google Search o la canalización de todas las descargas de aplicaciones a través de la Play Store, conducta que se hace en perjuicio de otros prestadores de servicios de búsqueda y desarrolladores de aplicaciones.

1. El caso Google Android

Sobre la base de estas prácticas, en abril de 2015 la Comisión Europea incoó un expediente frente a Google que terminaría con la constatación de prácticas de abuso de posición de dominio por parte de Android en el mercado de los sistemas operativos⁴⁴ y la imposición de una multa por un importe de más de 4.342 millones de euros⁴⁵. El expediente cubría las conductas abusivas de Google en distintos mercados: el de licencias de sistemas operativos móviles, el de tiendas de aplicaciones y el de servicios de búsqueda. La Comisión estimó que a través de cuatro formas de conducta Google estaba reforzando su posición de dominio en los servicios de búsqueda general, siendo ésta su principal fuente de ingresos. Las conductas sancionadas implicaban la vinculación de la aplicación Google Search a la Play Store; la vinculación de Google Chrome a esas dos aplicaciones; las obligaciones anti-fragmentación impuestas en la concesión de licencias sobre Android y los acuerdos de reparto de ingresos conforme a modelo de cartera supeditados a la no preinstalación de servicios de búsqueda general competidores (pagos de exclusividad).

Centrándonos en las prácticas relativas a la concesión de licencias sobre Android y la Play Store, la Comisión centró su análisis en las obligaciones anti-fragmentación impuestas en las licencias estándar de Android, quedando condicionada a su aceptación la posibilidad de instalar la Play Store y Google Search. Según la Comisión el sistema creado por Google sólo permite el desarrollo de derivaciones de Android compatibles (como la de Samsung), las cuales no suponen una amenaza competitiva para la empresa pues quedan completamente insertadas en su ecosistema y mantienen la canalización de usuarios hacia sus servicios lucrativos. Las bifurcaciones que se apartan de las obligaciones impuestas por Google pasan a ser no compatibles y, a pesar de que éstas pudieran suponer una amenaza competitiva, la imposibilidad de acceder al middleware de Google, a la Play Store y a sus APIs impiden de facto su éxito comercial.

⁴⁴ Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, asunto AT.40099, *Google Android*.

⁴⁵ La decisión ha sido confirmada en buena parte por la Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta ampliada) de 14 de septiembre de 2022, asunto T-604/18, *Google Android*, que rebajó la multa a 4.125 millones. La sentencia, sin embargo, anula la decisión de la Comisión por lo que respecta a la calificación como abuso de posición de dominio de los acuerdos de reparto de ingresos (*revenue sharing agreements*).

En los siguientes epígrafes analizaremos el modo en que Google adaptó sus prácticas comerciales tras la decisión, sus efectos sobre la competencia y el modo en que se trata de evitar su impacto pernicioso en el mercado a través de las obligaciones del RMD.

2. Vinculación entre sistema operativo y tienda de aplicaciones

La obtención de una licencia estándar de Android es un todo o nada. Los fabricantes han de elegir entre instalar la opción básica de Android y quedar excluidos de la posibilidad de que sus dispositivos utilicen fácilmente cualquier aplicación desarrollada por Google o suscribir la licencia ordinaria junto a los acuerdos MADA y AFA. Por esta vía se consigue cerrar el mercado a potenciales rivales en servicios y aplicaciones estratégicos de los que se obtienen rendimientos económicos (como el motor de búsqueda) o fuentes importantes de datos (servicios de geolocalización, mapas, etc.).

La fortaleza de Android no sólo se construye sobre la base de su gratuidad, sino también a partir de la conexión directa entre el sistema operativo y la tienda de aplicaciones Google Play que permite el acceso a un importante conjunto de aplicaciones con las que los usuarios pueden aumentar la funcionalidad de sus dispositivos. El acuerdo AFA vincula férreamente ambos mercados, produciendo un mayor efecto de bloqueo que frena la entrada de posibles rivales tanto al mercado de los sistemas operativos como de las tiendas de aplicaciones. A pesar de que en el sistema Android siempre haya sido posible instalar tiendas de aplicaciones alternativas a la Play Store, al imponerse a los fabricantes de dispositivos licenciatarios la obligación de preinstalar esta tienda y siendo el medio que ofrece un mayor catálogo de aplicaciones, se bloquea el éxito de distribuidoras alternativas, pues los usuarios finales no las requerirán. Y es que Alphabet utiliza su mayor tamaño y el hecho de estar disponible en la mayoría de dispositivos para obtener mejores condiciones contractuales de los desarrolladores de aplicaciones. Éstos se encuentran en una clara situación de dependencia económica respecto de la Play Store. Si quieren que sus apps estén disponibles para los usuarios de dispositivos Android (que representan la mayor parte del mercado) deben aceptar las condiciones de distribución impuestas en la Play Store, algunas de las cuales pueden considerarse desleales o incluso abusos por explotación⁴⁶.

⁴⁶ Aunque se refiera al ecosistema rival, es oportuno señalar que el 16 de abril de 2020 la Comisión Europea abrió a Apple tres expedientes por posibles prácticas anticompetitivas cometidas a través de su App Store (asuntos AT.40437, *App Store Practices – music streaming*; AT.40652, *App Store Practices – e-books/audiobooks*; y AT.40716, *App Store Practices*). Los dos primeros expedientes fueron abiertos tras denuncias presentadas por desarrolladores de apps (*Spotify* y *Rakuten*). En ellos se consideraba la compatibilidad con las normas de competencia del uso obligatorio del sistema de compras dentro de la aplicación (*in-app purchase system*, IAP) y a las restricciones a que los desarrolladores de estas aplicaciones puedan informar a los usuarios de dispositivos móviles de Apple sobre formas alternativas de compra más barata fuera de las apps (vulnerando la obligación anti-bypass *anti-steering*- impuesta en las condiciones de las tiendas de aplicaciones). Respecto al uso de IAP se planteaba si era excesiva la tasa cargada por Apple de un 30% por los pagos realizados dentro de las aplicaciones (comisión similar a la aplicada en la Play Store). No obstante, nos quedamos sin un pronunciamiento en este sentido, pues en un segundo pliego de cargos la Comisión comunicó que eliminaba sus dudas sobre la validez de las obligaciones de uso de su servicio de IAP y las comisiones aplicadas, tras haber justificado Apple que esos pago retribuyen a la empresa por todas las funciones que ha implementado para que se lleven a cabo estas compras dentro de la aplicación (incluyendo la tecnología, la conexión de los clientes y la confianza de los consumidores). Por lo que respecta a la valoración de la deslealtad de estas prácticas resulta plenamente de aplicación el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019,

La vinculación opera también en sentido inverso. Si el sistema operativo Android se ofrece de forma gratuita y la Play Store es una de las formas de monetizar los ingresos, un sistema operativo que opte a ser suficientemente aceptado en el mercado e instalado por fabricantes de dispositivos se ha de distribuir también de forma gratuita. Para que la inversión en el desarrollo del software pueda ser amortizada, es necesario que la empresa pueda obtener ingresos por otras fuentes, lo que puede proceder, en particular, de operar una tienda de aplicaciones suficientemente aceptada y generalmente utilizada o, como en el caso de Alphabet, por la vinculación también del servicio Google Search.

Para superar el cierre de mercado derivado de esta vinculación de productos, el artículo 6.4 RMD impone a los guardianes de acceso el deber de permitir la instalación de tiendas de aplicaciones alternativas en sus sistemas operativos. Además, los gatekeepers que presten servicios de sistema operativo deberán permitir que estas tiendas de aplicaciones puedan configurarse como opción por defecto y que los usuarios puedan articular fácilmente el cambio de la tienda que eligen por defecto. Con ello se trata de evitar la inercia de utilizar la Play Store en el caso de Android⁴⁷. Con todo, la aplicación de la norma tiene un punto conflictivo y es que se prevé —como no puede ser de otro modo— que el guardián de acceso pueda adoptar medidas para garantizar que estas tiendas de aplicaciones de terceros no pongan en peligro la integridad del hardware o del sistema operativo⁴⁸. En la práctica resultará crucial determinar si dichas medidas reúnen tales requisitos de necesidad y proporcionalidad, pudiendo vaticinarse que por esta vía Alphabet (en Android) y Apple (en iOS) traten de imponer medidas desproporcionadas que entorpezcan las posibilidades de éxito de tiendas paralelas.

A diferencia de lo que ocurre en iOS, en Android ya era posible la descarga de aplicaciones fuera de la Play Store (*sideload*), así como la instalación de tiendas de aplicaciones de terceros en los dispositivos, y su establecimiento como servicios por defecto⁴⁹.

3. La vinculación (*tying*) y autopreferenciación (*self-preferencing*) de sus propias aplicaciones

Los acuerdos MADA y AFA transmiten el efecto de ecosistema también al conjunto de aplicaciones desarrolladas por Alphabet de las que obtiene beneficios⁵⁰. Así, bajo el sistema de licencia estándar, los fabricantes adquieren de forma conjunta una licencia por todo el paquete integrado por el sistema operativo y el conjunto de aplicaciones estratégicas de Alphabet (*Google Mobile Services*). Aunque todo el paquete se licencia de forma gratuita, se sometía a la asunción de una serie de obligaciones de priorización de las aplicaciones y con-

sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento Platform-to-Business, P2B).

⁴⁷ «Sesgo de statu quo» en palabras del TJUE, Sentencia Google Android (cit. supra) paras. 88, 321 y ss.

⁴⁸ Vid. PODSZUN (2024) págs. 161 y ss.

⁴⁹ Por el contrario, el ecosistema cerrado de iOS sólo permitía la descarga de aplicaciones a través de la App Store y no admitía la instalación de tiendas de aplicaciones alternativas. Serán precisos mayores cambios en este sistema operativo para habilitar dichas funciones y dar debido cumplimiento al RMD.

⁵⁰ Sobre las implicaciones de la competencia por ecosistemas, vid. JACOVIDES / LIANOS (2021), esp. págs. 7 ss.; JENNY (2021), págs. 34 ss.

figuración por defecto (*defaults*), obligaciones que se reforzaban con medidas sobre el modo en que se muestran las aplicaciones al usuario (formato, ubicación en la pantalla de inicio del dispositivo, etc.)⁵¹.

De ello deriva un cierre potencial del mercado para posibles aplicaciones rivales. Aunque sea posible instalar aplicaciones diferentes desarrolladas por terceros⁵², los usuarios finales estarán poco interesados en hacerlo, dado que el sistema tiene preinstaladas las más populares y frecuentemente demandadas, que funcionan de manera adecuada e interoperando con el resto del sistema. Se desincentiva el descubrimiento e instalación de alternativas, pues Alphabet aprovecha su posición de dominio en el mercado de ciertas aplicaciones que no tienen un rival directo (Play Store, YouTube, etc.) y que son las que demanda el fabricante que quiere obtener la licencia de Android, para extenderla a otros servicios y aplicaciones para los que sí hay buenos sustitutos (como Google Maps o el motor de búsqueda de Google), consumando el cierre de mercado.

Como ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia⁵³ para que se derive un daño anticompetitivo de una práctica de vinculación de productos no es preciso que los consumidores tengan que pagar directamente por el producto vinculante o vinculado. En este caso no hay pago por ninguno de los dos. De hecho, la falta de retribución va más allá, considerándose la posibilidad de daño también cuando el proveedor retribuya por la instalación del producto vinculante o vinculado (como hace Google por el uso de su motor de búsqueda). Estas prácticas tienen su racionalidad económica en tanto que son el medio idóneo para canalizar flujos de usuarios hacia el servicio que ofrece beneficios.

Para corregir estas dinámicas, el art. 6.3 RMD impone a los gatekeepers designados la obligación de permitir que los usuarios finales puedan desinstalar con facilidad cualquier aplicación del sistema operativo del guardián de acceso, salvo por lo que respecta a aquellas aplicaciones que resulten esenciales para el funcionamiento del sistema operativo o el dispositivo y que no puedan ser ofrecidas de manera autónoma por terceros. Para desbloquear los efectos de esta vinculación, se fija que el guardián de acceso deberá permitir que los usuarios finales puedan modificar fácilmente la configuración por defecto del sistema operativo cuando determinadas aplicaciones o servicios vengán preconfigurados. En particular, se deberá lanzar una ventana que permita a los usuarios elegir entre los principales prestadores de servicios disponibles aquellos de su preferencia para servicios de motor de búsqueda en línea, asistente virtual o navegador⁵⁴.

Para cumplir con las obligaciones del RMD, Android permite la desinstalación de cualquier aplicación que haya sido descargada o que hubiera sido preinstalada en un dispositivo con su sistema operativo. Además, para evitar la

⁵¹ EDELMAN (2015).

⁵² Obligación que también se impone por el art. 6.4 RMD que acabamos de ver.

⁵³ En efecto, el propio art. 102 TFUE en su letra d) no hace referencia a «pagos» cuando habla de «prestaciones suplementarias». Así la decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, asunto COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, paras. 812, 830, 831, 833; la STPI (Gran Sala), de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, *Microsoft*, paras. 967-969, o la decisión de la Comisión Europea de 16 de diciembre de 2009, asunto COMP/C-3/39.530, *Microsoft (tying)*, paras. 48. En la doctrina, HERRERO SUÁREZ (2006) pág. 233 y ss., 366 y ss.; NAZZINI (2018) págs. 24-25.

⁵⁴ PODSZUN (2024) págs. 152 y ss.

inerencia de las aplicaciones configuradas por defecto, se permite a los usuarios cambiar fácilmente, a través del menú de configuración, las aplicaciones que se utilizarán por defecto para cada servicio. Para un mejor cumplimiento de este deber, Alphabet ha pasado a incluir lo que se da en llamar *disambiguation boxes*, ventanas que aparecen cuando un usuario que no ha predefinido su aplicación favorita lanza una funcionalidad configurada por defecto que puede ser ejecutada por más de una aplicación (motores de búsqueda, navegador web, etc.). A través de esta ventana puede elegir la aplicación que utilizará por defecto, que podrá ser la de Alphabet u otra de terceros⁵⁵. Del mismo modo, cuando el usuario descarga una aplicación nueva que desarrolla una determinada funcionalidad, el sistema le preguntará si quiere configurar ésta por defecto en lugar de la que hasta entonces tuviera definida⁵⁶.

4. *Google Search: compartir beneficios a cambio de exclusiva*

Un aspecto problemático que no ha quedado resuelto es el de los pagos realizados por Alphabet a los fabricantes de dispositivos por la preinstalación exclusiva de Google Search y que se perfecciona a través de sus ARI⁵⁷. Como hemos considerado, ésta fue una de las cuatro conductas de abuso sancionadas por la Comisión Europea en el asunto Google Android. Sin embargo, en diciembre de 2022 la sentencia del TGUE anuló la decisión de la Comisión en la parte correspondiente a estos acuerdos.

Mientras que los acuerdos MADA y AFA son indispensables para obtener una licencia estándar de Android, los acuerdos ARI implican un compromiso adicional que puede asumirse o no. Así, bajo el marco MADA+AFA los fabricantes de dispositivos y operadores de redes sólo asumen la obligación de preinstalar Google Search como motor de búsqueda⁵⁸. Con la suscripción del ARI se comprometen, además, a no preinstalar cualquier aplicación de búsqueda de la competencia, no ya como requisito para poder obtener una licencia estándar de Android, sino para poder participar en los ingresos por publicidad de Alphabet. Los ingresos por publicidad que se consideran en estos acuerdos de reparto no son los procedentes de las búsquedas realizadas en dispositivos móviles a través de la página de internet de Google, sino mediante el uso de Google Search, de Chrome o de la barra URL de otros navegadores de internet⁵⁹.

⁵⁵ Para permitir que cualquier tercero pueda optar a que su aplicación sea incluida en las sugerencias para el establecimiento por defecto, Alphabet habilita una plataforma de comunicación para que los desarrolladores manifiesten su interés en ser incluidos en la lista. Anualmente se actualizará el listado de servicios entre los que el usuario final puede optar.

⁵⁶ Cfr. ALPHABET, *EU Digital Markets Act (EU DMA) Compliance Report, Non-Confidential Summary*, 7 de marzo de 2024, para. 24, pág. 113

⁵⁷ En lo sucesivo, ARI.

⁵⁸ Según la decisión de la Comisión en Google Android no queda claro si la obligación asumida por el MADA implica el establecimiento por defecto de Google Search como motor de búsqueda en cualquier navegador utilizado en el dispositivo o sólo en Google Chrome. La segunda opción sería considerablemente menos restrictiva y dejaría un resquicio para la entrada de posibles competidores a través de otros navegadores. Con todo, sólo sobre la base de los MADA Google se reserva ya la exclusiva de determinados puntos de entrada para las búsquedas a causa de la obligación de preinstalar la aplicación de Google Search en la pantalla de inicio del dispositivo y Google Chrome como navegador, operando éste a través del motor Google Search para sus búsquedas generales.

⁵⁹ Estos acuerdos no se celebran exclusivamente con dispositivos con sistema operativo Android. Es más, el principal desembolso que realiza Alphabet en su actividad (un 36% de sus ingresos por publicidad en búsquedas) es el pago de ARI a Apple por las búsquedas realizadas a través de dispositivos con sistema operativo iOS

El objetivo de estos acuerdos no es otro que asegurarse la exclusividad de la preinstalación de las aplicaciones de búsqueda general en dispositivos móviles⁶⁰. Se trata, en consecuencia, de una forma más sutil de articular la vinculación de productos y blindar la posición de dominio de Google en su servicio más lucrativo. A este respecto hemos de diferenciar entre ARI por cartera y ARI por dispositivo. Según los primeros, los fabricantes de dispositivos y operadores de redes móviles obtendrían una participación en los ingresos obtenidos por la publicidad de Google a condición de no preinstalar en una determinada cartera de dispositivos servicios competidores con el de Google Search. En función de este acuerdo, la preinstalación de un servicio competidor en alguno de los dispositivos incluidos en la cartera ya inhabilitaría a poder participar en el reparto de beneficios de forma absoluta. Google utilizó este tipo de acuerdos en un primer momento, pero a partir de 2013 modificó sus acuerdos hacia ARI por dispositivos, en virtud de los cuales la participación en los ingresos depende del número de dispositivos vendidos que cumplen la obligación de no preinstalar servicios de búsqueda general de la competencia. En consecuencia, según este segundo tipo de acuerdo, los fabricantes de dispositivos y operadores de redes podrían preinstalar el servicio de Google Search en unos dispositivos y de un motor competidor en otros, accediendo al reparto de ingresos en función de los dispositivos vinculados.

Estos acuerdos impiden la entrada en el sistema Android de motores de búsqueda competidores, incluso si pagasen a los fabricantes y operadores de redes una tasa por ello. El importe que pueden pagar estos servicios competidores por que su motor de búsqueda se utilice por defecto es mucho menor que el que paga Alphabet⁶¹. Los fabricantes, además, no pueden establecer por defecto otro motor para la mayoría de puntos de búsqueda, pues ello implica incumplir con el acuerdo MADA. El coste estratégico de la renuncia a disfrutar de la potencialidad global del ecosistema supera con creces la contraprestación que se pueda recibir del servicio alternativo. Cierto es que los fabricantes pueden preinstalar otras aplicaciones y otros navegadores con otros motores de búsqueda, pero no pueden fijarlas como de uso por defecto o darles un trato preferente en la disposición del dispositivo como colocarlas en un lugar prioritario de la pantalla. El

(principalmente a través del navegador Safari). En el asunto actualmente tramitado en el District Court for the district of Columbia por el juez Amit Mehta en el asunto *United States, State of Arkansas, State of Florida, State of Georgia, State of Indiana, Commonwealth of Kentucky, State of Louisiana, State of Mississippi, State of Missouri, State of Montana, State of South Carolina and State of Texas v. Google LLC*, iniciado por el DOJ el 20 de octubre de 2020 se ha revelado que en el año 2021 Google pagó un total de 26.300 millones de dólares en concepto de ARIs. El juicio concluyó el 16 de noviembre de 2023 estando previstos los alegatos finales para mayo de 2024.

⁶⁰ El efecto conseguido es, por tanto, similar al de los descuentos de fidelidad, considerados, entre otros, por la Comisión en su decisión de 14 de mayo de 2009, en el asunto COMP/C-3/37.990, *Intel*; o a los pagos de exclusividad considerados en la decisión de la Comisión de 24 de enero de 2018, en el asunto AT.40220, *Qualcomm (Exclusivity payments)*. Vid. MONTI (2022) págs. 4 y ss.

⁶¹ Aunque las cifras hayan sido falseadas por el Tribunal General, la Comisión Europea apuntó en el caso Google Android que, si el acuerdo MADA obligase a establecer por defecto Google Search en todos los navegadores distintos de Chrome, un servicio competidor debería ofrecer a los fabricantes y operadores de red más del 100% de sus ingresos publicitarios para compensar la pérdida de ingresos de Google, aunque ésta sólo pagase un 10-20% del total de sus ingresos en este ámbito. Si, por el contrario, se interpreta que el MADA sólo obliga a fijar por defecto Google Search para Chrome, permitiendo que otros navegadores preinstalen otros motores de búsqueda, los competidores deberían renunciar a más del 70-80% de sus ingresos publicitarios para compensar un reparto de ingresos de entre el 10-20% de Google; lo que subiría a más del 100% de sus ingresos si el porcentaje del reparto realizado por Google llegase al 30-40% de sus ingresos por publicidad, importe que parece más próximo a la práctica contractual de Alphabet.

valor de esta instalación (el importe que el desarrollador de la aplicación está dispuesto a pagar al fabricante del dispositivo) será mucho menor que el satisfecho por Google, que obtiene un mejor trato para sus aplicaciones. Si, pese a ello, el desarrollador de la aplicación siguiera queriendo competir con Google, estaría teniendo que afrontar un coste elevado por los beneficios limitados de ser un servicio adicional al establecido por defecto⁶².

La conclusión alcanzada por la Comisión Europea de que los ARI implican una conducta de abuso de posición de dominio fue anulada por el Tribunal General al apreciar que se habían cometido diversos errores en su razonamiento, en particular, por lo que respecta a la aplicación del *as efficient competitor test*⁶³. Estos errores impiden, según el Tribunal, acreditar que los ARI por cartera produzcan por sí mismos el efecto de expulsión de un competidor hipotéticamente al menos igual de eficaz, requisito necesario para calificarlos como práctica de abuso de posición de dominio. Con todo, la sentencia ha de leerse en sus justos términos. Anula en este punto la decisión de la Comisión por errores en el razonamiento y en la construcción económica del supuesto contrafáctico⁶⁴, pero no se pronuncia sobre la potencialidad de este tipo de acuerdos para producir un efecto real de cierre del mercado a motores de búsqueda competidores⁶⁵.

A pesar de su anulación en este punto, para cumplir con las obligaciones derivadas de la decisión de la Comisión, Android pasó a mostrar una pantalla de elección de servicios de motores de búsqueda online en los dispositivos para su establecimiento por defecto⁶⁶. El servicio seleccionado (que podrá ser Google Search o uno de terceros) será también el utilizado en la aplicación (*widget*) de búsqueda rápida de los dispositivos Android. Tras el RMD similares medidas para garantizar la libre elección de los usuarios finales se han adoptado por lo que respecta a la elección del navegador que se utilizará en el sistema operativo —y del motor de búsqueda que tenga asociado—, pudiéndose optar entre Chrome u otros de terceros⁶⁷.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ESTRATEGIA DE ANDROID Y DEL MARCO REGULATORIO PARA LA COMPETENCIA EN LOS SISTEMAS OPERATIVOS (A MODO DE CONCLUSIÓN)

Los mercados digitales presentan una estructura económica singular. En ellos, buena parte de los productos y servicios se ofrecen al usuario final de for-

⁶² EDELMAN / GERADIN (2016) pág. 179.

⁶³ Cfr. paras. 700-802 de la sentencia.

⁶⁴ En particular, por lo que respecta a la proporción de consultas de búsqueda general que podría disputar un competidor igualmente eficiente si su aplicación se preinstalara junto a Google Search; a la determinación de los costes imputables a ese competidor igualmente eficiente; a la capacidad de este competidor de conseguir la preinstalación de su aplicación en determinados dispositivos móviles; y, finalmente, a la capacidad de los dispositivos móviles en circulación de generar ingresos inferiores a los dispositivos móviles nuevos.

⁶⁵ Un análisis de los motivos de esta sentencia y la necesidad de una nueva aproximación a los efectos de la sentencia es ofrecida por HUSEN (2023) esp. págs. 11 y ss.

⁶⁶ La obligación derivada de esta decisión dejaba escapar de esta obligación a los dispositivos Pixel fabricados por la propia Alphabet. A partir de la entrada en vigor del RMD esta obligación se extiende también a esos dispositivos. Cfr. ALPHABET, *EU DMA Compliance Report*, cit., para. 26, pág. 113

⁶⁷ Según su informe de cumplimiento con el RMD Alphabet implementará esta medida en todos los dispositivos que establecen a Google Chrome como navegador por defecto, que son la totalidad de los que utilizan el sistema operativo Android a excepción de los dispositivos Samsung que disponen por defecto el uso de Samsung Internet browser.

ma gratuita. Y, sin embargo, requieren importantes inversiones y tienen costes de prestación. La racionalidad económica del sistema se basa en su configuración como sistemas multilaterales en los que se interconectan diversos mercados en los que participan distintos agentes. En algunos de estos mercados ha de potenciarse la captación de usuarios pues de ellos se obtienen datos y permiten generar la masa crítica de destinatarios que se ofrecerá a otras partes en otros mercados; en otros mercados, en cambio, se obtienen los ingresos que permiten subsidiar las inversiones necesarias para todo el sistema. El ecosistema es precisamente la conexión cruzada de distintos mercados y servicios de plataforma.

Éste es el modelo seguido por Alphabet. Buena parte de sus productos o servicios se ofrecen de forma gratuita (sistema operativo, motor de búsqueda, vídeos en streaming, etc.) y permiten la captación de usuarios. Estos usuarios, además de ser la fuente de datos que debidamente procesados generan valor económico, son el activo que permite desarrollar también las actividades y servicios que se ofrecen de forma lucrativa. La actividad publicitaria es la principal fuente de ingresos de Alphabet, pero también los obtiene por otras vías, como las comisiones que pagan los desarrolladores de aplicaciones por descargas y pagos dentro de sus aplicaciones, la suscripción a servicios, etc.

Para que este sistema se sostenga es imprescindible garantizar la conexión entre mercados y asegurar que se mantiene el flujo de usuarios desde los servicios ofrecidos de forma gratuita hacia los lucrativos. Los grandes gatekeepers operadores de distintos servicios básicos de plataformas llevan a cabo prácticas contractuales como la vinculación (*tying* y *bundling*) o la autopreferenciación con un doble objetivo. De un lado, conseguir el equilibrio entre flujos de usuarios y de ingresos para que el conjunto de la actividad proporcione (enormes) beneficios. De otro lado, lograr un trasvase de poder, de modo que la posición de dominio que se ostenta en un determinado mercado pueda extenderse, por vinculación, a otros mercados en los que no se tiene dicha posición o en los que las barreras de entrada no son tan robustas.

Aunque parezca natural el mantenimiento de esta estructura cruzada para que se puedan seguir ofreciendo servicios de forma gratuita, ello no ha de contribuir al mantenimiento de posiciones monopolísticas ni al levantamiento de barreras de entrada infranqueables que conviertan a estos mercados en indisputables.

Centrándonos en las prácticas llevadas a cabo en Android, Alphabet argumenta en su defensa que el desarrollo de este sistema operativo es costoso y requiere una importante inversión, tanto en mejoras y nuevas versiones, como en seguridad y protección de derechos de propiedad intelectual. Para poder ofrecer el sistema de forma libre y gratuita es necesario establecer una serie de vinculaciones de uso de sus aplicaciones y servicios, de modo que se pueda recuperar la inversión⁶⁸. Presenta claramente la estructura típica de un mercado bilateral o multilateral, en el que Alphabet obtiene de sus propias aplicaciones (un lado del mercado) los ingresos que necesita para subsidiar la prestación del sistema operativo de forma gratuita a los fabricantes de dispositivos (el otro lado del mercado). Por medio de sus acuerdos MADA, AFA y ARI, Alphabet puede evitar el

⁶⁸ EDELMAN / GERADIN (2016) págs. 173-174, reconocen de forma muy ilustrativa que «While there is nothing inherently wrong in distributing Android for free, Google's choice to do so cannot legitimize the company's exclusionary tactics».

parasitismo de sus competidores. Sin embargo, por lícita que pueda resultar la recuperación de la inversión realizada, su forma de articulación es anticompetitiva, en tanto que se basa en el cierre del mercado para los desarrolladores de otros sistemas operativos competidores, así como en la autopreferenciación de los servicios y productos propios, sobre todo de aquéllos de los que se obtiene un beneficio directo o indirecto⁶⁹.

Desde la óptica de los fabricantes de dispositivos hemos de cuestionarnos si, precisamente por estas prácticas, no se ha convertido Android ya en un contratante obligatorio del que se derivan perjuicios también para ellos. Así, al haberse convertido este sistema operativo en el estándar utilizado en el mercado y no haber disponible —precisamente por estas conductas exclusionarias— una alternativa igualmente válida en términos de disposición de funcionalidades y aplicaciones, los fabricantes ven limitadas las posibilidades de elección entre otros sistemas operativos alternativos. Para que un desarrollador de un sistema alternativo pudiera entrar eficientemente en el mercado habrá de superar importantes barreras de entrada: en primer lugar, la de acceder a aplicaciones básicas alternativas a las de Google que sean igualmente valoradas por los consumidores; en segundo lugar, ha de disponer de una tienda de aplicaciones que permita a sus usuarios acceder a un catálogo de apps igualmente amplio; finalmente, este desarrollador ha de compensar de algún modo a los fabricantes de dispositivos por la renuncia los ingresos que éstos obtendrían en virtud de los acuerdos ARI firmados con Google.

Si no llevara a cabo estas prácticas, e incluso permitiendo el acceso libre total o parcialmente al sistema operativo, Google podría obtener beneficios por otras vías, permitiendo el mantenimiento del sistema. Así, a través de la instalación de Google Play en otros sistemas operativos —o en sistemas Android no GMS— seguiría obteniendo beneficios a partir de las comisiones cargadas por las compras. Cuanto más extendido esté el uso de Google Play, mayores beneficios potenciales se conseguirán.

Otro tanto puede predicarse de las prácticas de favorecimiento de Google Search. En este mercado Google ya tiene una posición de dominio. Las prácticas de vinculación del sistema operativo y de los dispositivos móviles con este motor de búsqueda para blindar —aún más— su posición de indisputabilidad como motor de búsqueda, supone apartarnos de una competencia *on the merits*, para basar su conducta en el mercado exclusivamente en su rol de *gatekeeper*.

El problema central del mercado de los sistemas operativos es que en puridad está compuesto por dos monopolios construidos por Apple en iOS y por Alphabet en Android y que no compiten entre sí, pues los usuarios de un ecosistema no interactúan con los productos del otro. Y realmente ambos gatekeepers no quieren competir entre sí, pues resulta más lucrativo conservar las rentas de monopolio derivadas de la conexión sistema operativo-tiendas de aplicaciones-aplicaciones y servicios propios, que un escenario en el que se compita con la tienda de aplicaciones y los productos del rival⁷⁰.

⁶⁹ IBÁÑEZ COLOMO (2020) págs. 432 y ss.; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2023) págs. 247 y ss.

⁷⁰ Con todo, se permiten ciertas filtraciones. Así, a través de un ARI Apple ha consentido establecer a Google Search como motor de búsqueda por defecto en sus sistemas operativos. Igualmente se permite la

La disrupción de este *statu quo* que no hacía más que consolidar las posiciones de superdominio de las grandes plataformas se articula a través de una regulación dirigida a permitir la disputabilidad de estos mercados eliminando las prácticas tendentes al fortalecimiento de las barreras de entrada. En Europa, la pieza clave para ello es el RMD, mientras que el resto de Estados occidentales se están dotando de normas similares para superar los fallos de mercado que se generan en la economía digital derivados de la concentración de poder. En las páginas precedentes hemos analizado algunas de las obligaciones y prohibiciones del RMD dirigidas a la apertura de los sistemas operativos.

Entre ellas se ha de destacar la importancia de la obligación impuesta en el artículo 6.4 de que los sistemas operativos permitan la instalación, uso y configuración por defecto de otras tiendas de aplicaciones. Su puesta en práctica permitirá romper la conexión —única en el caso de iOS y reforzada para Android— entre los dos cuellos de botella principales del ecosistema móvil: los sistemas operativos y las tiendas de aplicaciones. La libertad de entrada de tiendas de aplicaciones permitirá una competencia real inter-ecosistemas pues la App Store podría estar disponible también para dispositivos Android y los usuarios de iOS podrían utilizar la Play Store para adquirir sus aplicaciones. A pesar de que ello implica para estos gigantes digitales una ampliación del público objetivo al que pueden dirigir sus servicios, supone sobre todo la pérdida de rentas de monopolio y la apertura de la actividad de distribución de aplicaciones a la competencia. Resulta fácil colegir que, una vez se produzca esta apertura y empiecen a existir tiendas alternativas, los usuarios finales y profesionales podrán disfrutar de los efectos beneficiosos de la competencia que se traducirá en una reducción de las comisiones cargadas a desarrolladores de apps (por descargas y por gestión de pagos in-app) y una mayor disponibilidad de aplicaciones. Además, desde la perspectiva de los grandes desarrolladores de aplicaciones, la entrada de nuevas tiendas de aplicaciones les permitirá escapar de la dependencia económica respecto a la Play Store y la App Store. Desarrollando sus propias tiendas de aplicaciones, estos creadores podrán distribuir sus productos y servicios por sí mismos, liberándose de las comisiones de distribución.

Pese a ser necesarias y adecuadas para solucionar los principales problemas de disputabilidad de los mercados digitales, las obligaciones y prohibiciones del RMD no abarcan todas las prácticas que pueden utilizarse para levantar barreras de entrada o para fortalecer la posición de dominio de los gatekeepers. Es igualmente probable que estas grandes plataformas encuentren otras formas de blindar los mercados a través de conductas no consideradas por la norma. De la regulación actual de los mercados digitales escapan conductas como ciertos tipos de pagos por exclusividad o descuentos por fidelidad. Por ello, los listados del RMD parecen estar abocados a un *in fieri* permanente.

Es el caso de los ARI que fueron considerados en el caso Google Android y que, tras la anulación parcial de la decisión de la Comisión por el Tribunal General, se mantienen en vigor. A mi juicio, la anulación de la decisión se basó exclusivamente en los errores de la Comisión al aplicar el test del competidor igualmente eficiente, sin que llegara el Tribunal General a pronunciarse sobre

instalación de aplicaciones desarrolladas por el otro operador en los dispositivos propios (Google maps, Apple Music, etc.). En cambio, no se ha conseguido aún que compitan entre sus tiendas de aplicaciones.

la manifiesta virtualidad de estos acuerdos como abuso de posición de dominio por exclusión. Prueba de ello es que paralelamente el DOJ haya promovido un asunto por motivos similares en Estados Unidos y cuya resolución —esperada para dentro de unos meses— confiamos que aclare la potencialidad lesiva de estos pagos por exclusiva. De su solución depende que se den unas condiciones adecuadas para que desarrolladores de motores de búsqueda alternativos a Google Search puedan efectivamente competir en dispositivos móviles.

Sin embargo, el RMD no los prohíbe expresamente. Habiéndose constatado en la práctica de la Comisión la dificultad para cuantificar la disputabilidad del mercado y aplicar el *as-efficient-competitor test*, la solución regulatoria habría sido adecuada para frenar este tipo de prácticas cuando sean llevadas a cabo por plataformas designadas como guardianes de acceso. Esta situación pone nuevamente de manifiesto que las teorías del daño mantenidas hasta ahora por el Derecho de la competencia no resultan adecuadas para todo tipo de conductas en mercados digitales, principalmente cuando involucran situaciones de ecosistema.

Se requiere construir nuevas teorías del daño para abordar adecuadamente el efecto de vinculación a través del pago que se consigue por medio de las distintas configuraciones de estos acuerdos. Así, la propia Alphabet ya pasó de utilizar unos ARI por cartera a ARI por dispositivos, que parecen (sólo parecen) tener un menor efecto vinculante en la decisión de los fabricantes de dispositivos a la hora de preconfigurar un motor de búsqueda por defecto. Pero es seguro que ante una eventual declaración de este tipo de acuerdos como anticompetitivos, el gigante de las búsquedas diseñará otras formas más sutiles de proteger la hegemonía de su motor. Por ejemplo, los repartos de ingresos podrían no condicionarse a la configuración del motor como servicio por defecto, sino concederse en función de las búsquedas efectivas que los usuarios finales realicen a través de puntos de búsqueda determinados. Con ello, Alphabet no estaría imponiendo expresamente una obligación de exclusiva, sino retribuyendo a los fabricantes de dispositivos por la canalización de búsquedas a través de su motor. La carga de disponer los medios para que el mayor porcentaje posible de usuarios utilice este servicio quedaría entonces en manos del fabricante en la configuración final del sistema operativo. Se sortearían con ello las principales exigencias de la normativa antitrust y se mantendría, en gran medida, el efecto de vinculación sistema operativo-motor de búsqueda.

Los guardianes de acceso buscarán siempre nuevas formas de proteger sus efectos de ecosistema y sus rentas de monopolio. Y aunque ya éramos conscientes de que los instrumentos del Derecho de la competencia eran demasiado rígidos para abordar adecuadamente muchas de estas conductas, parece que la solución regulatoria del RMD requerirá también de una continua adaptación ante nuevas prácticas⁷¹.

⁷¹ No en vano, tras la plena imperatividad de las normas del RMD el pasado 7 de marzo de 2024 y la publicación por parte de los gatekeepers de sus informes de cumplimiento, la Comisión ha abierto ya sendos expedientes contra Alphabet, Apple y Meta por los que se investiga posibles incumplimientos de las obligaciones y prohibiciones.

V. BIBLIOGRAFÍA

- EDELMAN, Benjamin G. / GERADIN, Damien (2016) «Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile», *European Competition Journal*, vol. 12, nº 2-3, págs. 159-194.
- EDELMAN, Benjamin G. (2015) «Does Google Leverage Market Power Through Tying and Bundling?», *JCL&E* 11, 2015, págs. 365-400.
- GRAEF, Inge (2019) «Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy», *TILEC Discussion Paper*, DP 2019-028.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco (2023) «Integración vertical y self preferencing en los mercados digitales», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (dirs.), *Cooperación y mercados digitales*, Atelier, Madrid, págs. 241-258.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen (2006) *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La Ley, Madrid.
- HUSEN, Nadia (2023) «The Shift to Effects-based Analysis: An Evaluation of the Application of Article 102 TFEU to Exclusivity Rebate cases in light of the culmination of Intel, Qualcomm (Exclusivity Payments) and Google Android», disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4770069>
- IBÁÑEZ COLOMO, Pablo (2020) «Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles», *World Competition*, 43, 4, págs. 417-446.
- JACOBIDES, Michael G. / LIANOS, Ioannis (2021) «Ecosystems and Competition Law in Theory and Practice», *Centre for Law, Economics and Society UCL Research Paper Series* 1/2021.
- JENNY, Frederic (2021) «Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run», disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3776274>
- KÖRBER, Torsten (2014) «Let's Talk About Android – Observations on Competition in the Field of Mobile Operating Systems», disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2462393>
- MONTI, Giorgio (2022) «Rebates after the General Court's Intel Judgment», *TILEC Discussion Paper* No. DP2022-004.
- NAZZINI, Renato (2018) «The Evolution of the Law and Policy on Tying: A European Perspective from Classic Leveraging to the Challenges of online Platforms», *King's College London Law School Research Paper* No. 2018-04
- NELSON, Joshua (2021) «Tech Platforms are Essential Facilities», *Nevada Law Journal*, 22, 1, págs. 379-404.
- PODSZUN, Rupperecht (2024) (ed.) *Digital Markets Act, Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden Baden.
- SIDAK, J. Gregory (2015) «Do Free Mobile Apps Harm Consumers?», *San Diego Law Review* 52, págs. 619-694.
- TODD, Patrick (2017) «Out of the Box: Illegal Tying and Google's Suite of Apps for the Android OS», *European Competition Journal*, 13, 1, págs. 62-92.
- VEZZOSO, Simonetta (2018) «Android and Forking Restrictions: On the Hidden Closedness of 'Open'», *Market and Competition Law Review*, vol. II, no. 2.
- WALKER, Kent, «Android's Model of Open Innovation», *Google Europe Blog*, April 20, 2016.

