

La utilidad del poder de mercado en la determinación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales*

The usefulness of market power in determining the legal nature of the services provided by digital platforms

PEDRO MARIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ

*Profesor de Derecho Mercantil (acreditado a Contratado Doctor)
Universidad de Córdoba*

Recibido: 31.08.2023 / Aceptado: 13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8066

Resumen: La determinación de la verdadera naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales es una de las principales cuestiones que suscitan estos nuevos operadores del mercado. Este trabajo persigue avanzar en el conocimiento de dicho asunto. En concreto, propone la utilización para ese fin del criterio del poder de mercado, ampliamente empleado en el Derecho de la competencia empresarial. A juicio del autor, a mayor poder de mercado de la plataforma, mayor nivel de influencia puede ejercer sobre los prestadores de los servicios subyacentes. Por el contrario, a menor poder de mercado, mayor probabilidad de que el grado de influencia ejercido sobre los prestadores no sea significativo y, por tanto, su actividad merezca calificarse de mera intermediación digital.

Palabras clave: Plataformas digitales transaccionales, actividad de intermediación digital o de prestación de los servicios subyacentes, servicios de transporte, servicios de alojamiento turístico, poder de mercado, influencia decisiva.

Abstract: Determining the true legal nature of the services provided by digital platforms is one of the main issues raised by these new market players. This paper aims to advance our understanding of this issue. Specifically, it proposes the use of the criterion of market power, which is widely used in business competition law. In the author's opinion, the greater the platform's market power, the greater the level of influence it can exert over the providers of the underlying services. Conversely, the lower the market power, the greater the likelihood that the degree of influence exercised over the providers will not be significant and, therefore, their activity will qualify as mere digital intermediation.

Keywords: digital platforms, digital intermediation activity, transport services, tourist accommodation services, market power, significant influence.

Sumario: I. Planteamiento y propósito. II. La naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales según las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 diciembre de 2017 (caso *Uber*) y de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb*). 1. la sentencia del Tribunal de Justicia de

* Este trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación intitolado "Modernización y mejora de la protección jurídica de los consumidores en un mercado en creciente digitalización" (referencia: PID2020-117872RB-100) del que son Investigadoras Principales los Profs. Dts. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ, y del Proyecto de Investigación UCOLIDERA del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Córdoba intitolado "La protección del consumidor ante los retos de la digitalización: aspectos contractuales y concurrenciales" del que es Investigador Principal el Prof. Dr. ANTONIO CASADO NAVARRO.

20 de diciembre de 2017 (caso *Uber*). 2. La sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb Ireland*). III. Reflexiones al hilo de las sentencias del Tribunal de Justicia referidas: análisis complementario de la cuestión a través del criterio del poder de mercado. 1. ¿Es suficiente cualquier nivel de influencia? 2. ¿Es cierto que *airbnb* no fija (ni directa ni indirectamente) los precios? 3. Poder de mercado, fijación de precios e influencia decisiva. IV. La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2022: un paso al frente en la toma en consideración del poder de mercado de la plataforma. V. Conclusiones (necesariamente provisionales).

I. Planteamiento y propósito

1. El siglo XXI ha sido testigo de plúrimos avances tecnológicos que están alterando notablemente la forma en la que se intercambian y consumen bienes y servicios. El auge de internet y todo el desarrollo tecnológico e informativo asociado a dicha red han favorecido la proliferación de modelos de distribución ágiles y eficientes que concentran la mayor parte de la oferta y la demanda. Gracias a ello, hemos experimentado un significativo progreso económico sin precedentes históricos.

En efecto, las plataformas digitales, aprovechando las nuevas tecnologías, constituyen un medio idóneo para facilitar el encuentro entre los proveedores y los receptores de bienes y/o servicios, permitiendo masivas contrataciones en línea. De hecho, el novedoso modelo de negocio del que hablamos está transmutando drásticamente la prestación de servicios, al actuar como intermediario en un mercado multilateral entre oferentes y demandantes. De esta manera, mercados tradicionales, como el del alojamiento turístico, se convierten en *marketplaces* en los que las nuevas tecnologías facilitan la incorporación, a bajo costo, de nuevos proveedores de esos servicios, al mismo tiempo que logran una eficiente vinculación entre la oferta y la demanda en un tiempo récord, algo impensable antaño¹.

2. En torno a estos nuevos operadores del mercado que ofrecen servicios de mediación electrónica, surgen algunas relevantes cuestiones que requieren ser adecuadamente respondidas. Entre ellas, destaca muy especialmente la determinación del régimen jurídico al que deben estar sujetos en sus actuaciones, así como el régimen de responsabilidad que asumen². Sin embargo, el tratamiento satisfactorio de estos asuntos requiere abordar una cuestión previa y crucial, cual es la verdadera naturaleza jurídica del servicio prestado por estos nuevos agentes del mercado.

3. Una plataforma digital es un proveedor de servicios de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público³. En este trabajo, en particular, nos centraremos en las plataformas transaccionales, es decir, aquellas que tienen la finalidad de facilitar las transacciones entre dos grupos de usuarios diferentes⁴. El denominador común de todas ellas, prestando atención a los distintos modelos de negocio que pueden presentar, es el servicio de intermediación electrónica. Estas plataformas actúan como *marketplaces* donde se reúnen los diferentes usuarios con el objetivo de contratar un servicio determinado⁵. No parece dudoso que estos operadores realizan una labor de intermediación. No obstante, para determinar la verdadera naturaleza jurídica de la actividad que desarrollan, es necesario examinar el modelo de negocio que explotan y determinar si están organi-

¹ J.J. MONTERO PASCUAL, “El régimen jurídico de las plataformas colaborativas”, en J.J. MONTERO PASCUAL, (Dir.), *La regulación de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 93-97.

² V. HATZOPOULOS y S. ROMA, “Caring for sharing? The collaborative economy under UE Law”, *Common Market Law Review*, Vol. 54, nº 1, 2017, p. 128.

³ Art. 3 del Reglamento (CE) nº 2065/222 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, DOUE L-81573 de 27 de octubre de 2022 (en adelante, LSD).

⁴ A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “El poder de mercado de las plataformas colaborativas”, en S. RODRÍGUEZ MARÍN; A. MUÑOZ GARCÍA y F. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (Coords.), *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 106.

⁵ R. LÓPEZ ORTEGA, “Las plataformas Uber, Blablacar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 321, 2021, pp. 179-180.

zando y asumiendo la prestación del servicio en su propio nombre, o si simplemente se limitan a poner en contacto a los diferentes usuarios, es decir, a actuar como intermediarios.

4. Respecto a la auténtica naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales, doctrinalmente se ha apuntado la existencia de dos soluciones posibles⁶: 1^a) considerar que la plataforma digital proporciona un servicio propio de la sociedad de la información, es decir, una actividad de genuina intermediación digital entre prestadores de servicios y usuarios, o 2^a) entender que en cierto modo interviene en el servicio subyacente.

De acuerdo con la primera solución señalada, la actividad desarrollada por la plataforma digital habría de considerarse liberalizada. No otra cosa se deriva de las normativas europea y española relativas a la sociedad de la información y el comercio electrónico, las cuales reconocen de manera expresa el principio de libre prestación de servicios. Inequívocos resultan, en este sentido, los arts. 6 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en lo sucesivo, LSSI) y el 4 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 (en adelante, DSSI). De modo que, de acuerdo con este enfoque, la plataforma digital no estaría obligada a cumplir con ninguna de las obligaciones propias del servicio subyacente.

En contraposición, de adoptarse la segunda solución planteada, la situación cambiaría significativamente. Bajo esta hipótesis, la plataforma solo podría llevar a cabo su actividad de forma lícita si cumpliera con las exigencias impuestas por la normativa reguladora del servicio subyacente⁷. Además, podría estar sujeta a obligaciones que no necesariamente son compartidas por los operadores convencionales o por otras plataformas que actúan únicamente como intermediarias sin capacidad para ejercer una influencia decisiva en el mercado en cuestión, o lo que es lo mismo, que solo ejercen un control insignificante o de menor importancia.

5. La jurisprudencia comunitaria ha entendido a este respecto que *Airbnb* no debe considerarse un proveedor del servicio subyacente, sino simplemente un prestador de un servicio de la sociedad de la información. No obstante, en este trabajo exploramos y planteamos que, desde una perspectiva *antitrust* (sensible a las consecuencias o efectos económicos derivados de una determinada práctica o modelo de negocio), la cuestión no es tan sencilla al modo en que podría parecer a primera vista según el órgano jurisdiccional comunitario.

En particular, nos centraremos en la posición de mercado, concebida como una especie de criterio apotropaico que previene el surgimiento de mercados altamente concentrados o casi monopolísticos. Al respecto, hemos de confesar que este parámetro de valoración nos pareció de utilidad desde el momento en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) afirmó que la determinación de la verdadera naturaleza del servicio prestado debe basarse en la influencia decisiva que la plataforma ejerce sobre el servicio subyacente⁸. Además, recientemente se ha dictado un nuevo pronunciamiento judicial que parece avanzar tímidamente en esta dirección. Nos referimos a la Sentencia del TJUE de 27 de abril de 2022.

⁶ L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber”, *La Ley Mercantil*, n° 50, 2018, pp. 2-3 de la versión digital, disponible en laleydigital.com.

⁷ Esto al margen de que se cuestione con solvencia la justificación de buena parte de estas obligaciones, como señalan diversos autores, entre otros, L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., p. 3 de la versión digital, disponible en laleydigital.com; E. OLMEDO PERALTA, “Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y VTC: una cuestión de política de competencia”, *Revista de Estudios Europeos*, n° 70, 2017, pp. 250 y ss y G. DOMÉNECH PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa (el caso “Uber contra el taxi””, *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, n° 175-176, 2015, pp. 61 y ss.

⁸ En honor a la verdad, esta tesis surgió con más fuerza escuchando atentamente a los profs. Luis María MIRANDA SERRANO y Ana María TOBÍO RIVAS en el *VIII Congreso Internacional de Transporte: El transporte ante el Desarrollo Tecnológico y la Globalización*, organizado por el Instituto Universitario de Derecho del Transporte, bajo la dirección de los profs. María Victoria PETIT LAVALL y Achim PUETZ.

II. La naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales según las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 diciembre de 2017 (caso *Uber*) y de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb*)

6. No es éste el lugar para realizar un estudio exhaustivo de la jurisprudencia comunitaria. Baste indicar que la enorme popularidad de *Uber* en el sector del transporte y de *Airbnb* en el sector del alojamiento, ha motivado que el TJUE haya tenido la ocasión de pronunciarse acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por estas dos importantes plataformas. Así lo ha hecho, en particular, en las sentencias de 20 de diciembre de 2017 y de 19 de diciembre de 2019, ambas ampliamente estudiadas por la doctrina⁹.

Como se sabe, en estos dos pronunciamientos, se pretendió dar respuesta a diversas cuestiones que surgen en torno a los servicios contratados a través de ambas plataformas. La controversia principal por resolver consistió en determinar si los servicios por ellas prestados merecen categorizarse genuinamente como de transporte o de alojamiento, o se trata, en cambio, de servicios de intermediación digital propios de la sociedad de la información (de conformidad con los parámetros fijados por la DSSI). A continuación, comentamos brevemente cada uno de estos dos pronunciamientos:

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2017 (caso *Uber*)

7. En lo que aquí especialmente interesa, el conflicto jurídico que dio lugar a esta relevante resolución puede sintetizarse del modo siguiente: La Asociación profesional “Élite Taxi” demandó a *Uber Spain* ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, solicitando a este tribunal que sentenciase que la actividad desarrollada por la referida plataforma digital había de ser reputada un acto de competencia desleal encuadrable dentro de la cláusula especial de deslealtad relativa a la violación de normas. Razón por la cual la parte demandante pidió al referido tribunal que la demandada fuera condenada a poner fin a dicha actividad y al pago de las correspondientes costas judiciales.

Desde el principio, el órgano jurisdiccional español consideró que, para determinar si la plataforma realizaba actos de competencia desleal, era necesario primero determinar si su actividad requería o no autorización administrativa. Esto, a su vez, dependía de la verdadera naturaleza jurídica de los servicios que prestaba. Como es natural, la solución no podía ser la misma si se consideraba que la plataforma prestaba un servicio de transporte genuino o, en cambio, se limitaba a ofrecer un servicio de intermediación propio de la sociedad de la información. De modo que el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, con la finalidad de que este alto tribunal comunitario le asistiera en su tarea de encontrar una solución a la controversia señalada.

8. El Abogado General Szpunar, en sus conclusiones sobre este asunto, sostuvo que la plataforma desarrollaba un servicio mixto, toda vez que una parte de él se realizaba de forma electrónica

⁹ SSTJUE 20 diciembre 2017, asunto 434, *Asociación Profesional Élite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981 y 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112. A modo de ejemplo, en lo que respecta a los comentarios doctrinales, vid. L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., *passim*; L.M. MIRANDA SERRANO, “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica de los servicios prestados por Uber”, en M.V. PETIT LAVALL Y A. PUETZ (Dirs.), *El transporte como motor de desarrollo económico*, Ed. Marcial Pons, 2018, pp. 697-724; R. LÓPEZ ORTEGA, “Las plataformas...”, cit., pp. 185-192; M. FINCK, “Distinguishing internet platforms from transport services: Elite taxi v. Uber Spain”, *Common Market Law Review*, Vol 55, nº 5, 2018, pp. 1619-1640; R. PAZOS CASTRO, “Uber, Airbnb y la llamada influencia decisiva de las plataformas digitales”, *Revista de internet, derecho y política*, nº 31, 2020, pp. 1-14; P. HACKER, “Uberpop, Uberblack and the regulation of digital platforms after the Asociación Profesional Élite Taxi judgment of the CJEU”, *European Review of Contract Law*, Vol 14, nº 1, 2018, pp. 80-96; S. BOBOC, *Las plataformas en línea y el transporte discrecional de viajeros por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 2021, *passim*; A. MARTÍNEZ NADAL, “Capítulo 2. Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la Directiva de comercio electrónico a la propuesta de Reglamento de Servicios Digitales”, en A. MADRID PARRA Y L. ALVARADO HERRERA (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, pp. 387-412 y A. ZURIMENDI ISLA Y A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Naturaleza jurídica de las plataformas digitales”, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, nº 6, 2020, versión online.

mientras que la otra no. A su juicio, en concreto, los conductores de *Uber* no realizan una actividad propia que exista al margen del presunto intermediario. Por el contrario, la actividad se genera únicamente en la medida en que la plataforma lo permite. Además, el Abogado General destaca que *Uber* controla aspectos económicos importantes, como los requisitos de acceso a la prestación del servicio, la calidad del servicio (si bien aquí el control es indirecto), la determinación del precio, etc. Se explica así que concluya que el servicio prestado por *Uber Spain* no puede ser considerado simplemente un servicio de la sociedad de la información. En su opinión, consiste en la organización y gestión de un complejo sistema de transporte urbano bajo petición, es decir, un genuino servicio de transporte sujeto a la obtención de licencias y autorizaciones previstas en las normativas internas de los Estados miembros¹⁰.

En la misma dirección, el TJUE consideró que el servicio prestado por *Uber Spain* no puede reducirse a los propios de sociedad de la información. Por el contrario, dicho servicio va más allá de la mera intermediación digital. Razón por la cual ha de considerarse que la plataforma provee un genuino servicio de transporte. El órgano jurisdiccional comunitario respalda esta afirmación sobre la base de dos argumentos principales: 1º) La empresa de base tecnológica crea una oferta de servicios de transporte urbano que no existiría sin ella; en palabras del TJUE, sin *Uber* los conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte, ni los usuarios podrían disponer de ellos para desplazarse de un lugar a otro de la ciudad¹¹. 2º) Además, resulta acreditado que la plataforma ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por cada uno de los conductores adscritos a la plataforma.

9. A la luz de estas consideraciones, el TJUE concluyó que el servicio prestado por la plataforma *Uber Spain* se debe calificar como de transporte, quedando al margen de la DSSI, cuyo ámbito de aplicación material u objetivo viene delimitado por los servicios de intermediación digital¹². Razón por la cual dichos servicios no están protegidos por la libre prestación de servicios incluidos en el art. 56 TFUE. Antes bien, el TJUE establece que la actividad de *Uber Spain* debe regirse por las disposiciones relativas al transporte¹³. Por consiguiente, parece que la plataforma merece la consideración de transportista contractual, en la medida en que su función principal estriba en crear y gestionar una red empresarial de transporte, para lo cual se vale de un conjunto de transportistas efectivos¹⁴.

10. En cualquier caso, en lo que atañe al propósito de este trabajo, resulta de especial importancia enfatizar que el órgano jurisdiccional supranacional, para resolver la cuestión prejudicial y determinar la auténtica naturaleza jurídica de los servicios enjuiciados, se basa en el criterio de la *influencia decisiva* ejercida por la plataforma sobre los prestadores de los servicios. Se trata de un parámetro de valoración coincidente con el propuesto por la Comisión Europea en su Comunicación de 2016¹⁵. Merced a él, el

¹⁰ El Abogado General reitera el planteamiento señalado en sus conclusiones de 4 de julio de 2017, asunto *Uber France SAS* (C-320/2016).

¹¹ Este criterio nos parece desafortunado para determinar la correcta naturaleza de la plataforma en la medida en que es una característica inherente a cualquier servicio de intermediación digital que tenga éxito, tal como magistralmente ha sostenido P. HACKER., “Uberpop, Uberblack...”, cit., pp. 80-96.

¹² Sobre este caso se puede consultar, entre otros trabajos, A.M. TOBÍO RIVAS, *Las plataformas electrónicas de transporte terrestre de personas y su configuración jurídica*, Madrid, Reus, 2021, pp. 79-98.

¹³ Idea que reitera el TJUE en su sentencia 10 de abril de 2018, asunto 320, *Uber France SAS*, ECLI:EU:C:2018:221.

¹⁴ L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., p. 15 de la versión digital, disponible en laleydigital.com; sin embargo, este mismo autor (MIRANDA SERRANO) en “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 712 y 713, nota 38, matiza su opinión, al entender que, en el fondo, *Uber* merecería la consideración de transportista contractual y efectivo, habida cuenta la relación laboral existente entre dicha plataforma y los prestadores de los servicios subyacentes. También se pronuncia sobre esta cuestión A.M. TOBÍO RIVAS, *Las plataformas electrónicas...*, cit., pp. 99-129.

¹⁵ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones sobre Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, 2 de junio de 2016 COM (2016) 356 final. Sobre esta comunicación, entre otros, vid. L.M. MIRANDA SERRANO, “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas colaborativas?”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 70, 2017, pp. 197 y ss; A.M. TOBÍO RIVAS, *Las plataformas electrónicas...*, cit., pp. 79-98; P. BENAVIDES VELASCO, “La nueva regulación sobre la contratación de viviendas con fines turísticos”, en L.M. MIRANDA SERRANO, y J. PAGADOR LÓPEZ (Dirs.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 159 y ss; R. ALFONSO SÁNCHEZ, “Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 66, 2016, p. 13 y ss; L. GARCÍA MONTORO, “Agenda europea para la economía colaborativa”, *Revista CESCO de Derecho de*

TJUE adopta una solución que generalmente ha recibido una valoración positiva por parte de la doctrina¹⁶. Según la comunidad jurídica (integrada por la doctrina y la jurisprudencia), queda corroborado de manera fundamental que existe control o influencia significativa de la plataforma sobre los conductores, esto es, sobre la prestación del servicio subyacente, cuando se aprecian una serie de circunstancias. Entre ellas, cabe mencionar como más relevantes las siguientes:

11. Primera: La propia aplicación está habilitada para que los usuarios del servicio de transporte puntúen a los conductores con un sistema de estrellas (cuantas más estrellas, mejor servicio)¹⁷. Basándose en estas valoraciones, la plataforma toma medidas que demuestran su injerencia en el desarrollo efectivo del servicio de transporte. Un ejemplo inequívoco es la expulsión de aquellos conductores peor evaluados por parte de los usuarios.

12. Segunda: El cliente realiza el pago directamente a la plataforma utilizando para ello una tarjeta de crédito. Posteriormente, la plataforma paga al conductor, pero deduce previamente una determinada cuantía. En cualquier caso, lo decisivo es que la empresa de base digital es la que efectivamente fija de forma unilateral los precios a través de su algoritmo, lo que representa una prueba evidente del control significativo que la plataforma digital ejerce sobre la prestación del servicio subyacente.

13. Tercera: A la idea precedente (que nos parece fundamental), debemos añadir que los conductores no pueden rechazar una carrera específica sin más. Más bien, se ven implícitamente obligados a aceptar la mayoría o todas las solicitudes de viaje. La razón es sencilla. Si un conductor acepta una carrera y luego la cancela, y repite esta conducta con frecuencia, corre el riesgo de ser desactivado de la plataforma, ya que se exige a los conductores mantener un porcentaje bajo de cancelación y alto de aceptación. Y esto ocurre pese a que los conductores no conocen el destino del trayecto ni su rentabilidad hasta que no lo aceptan.

14. Cuarta: Por último, conforme sostienen tanto la doctrina como la jurisprudencia, refuerza la idea de que existe la influencia significativa de la que venimos hablando el hecho de que *Uber* es el responsable de organizar los medios tecnológicos en los que se basa la plataforma e incluso establece qué tipos de vehículos pueden utilizarse o cuál puede ser su antigüedad.

15. Como era de esperar, el Tribunal Supremo español tomó en consideración todos los fundamentos expuestos en esta sentencia del TJUE para resolver el asunto que originó la cuestión prejudicial a la que nos referimos, así como otros casos similares¹⁸. En consecuencia, siguiendo al órgano jurisdiccional comunitario, concluyó que *Uber Spain* “no es un mero servicio de intermediación, sino que constituye una parte sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros, estando por ello sujeta a la autorización exigida en el art. 42.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes terrestres”¹⁹.

16. Para finalizar con este asunto judicial, un último apunte dirigido a poner de manifiesto que la solución conferida por la jurisprudencia a este caso contrasta abiertamente con la ofrecida judicialmente a la plataforma *BlaBlaCar*. En efecto, a diferencia del caso *Uber*, en este otro supuesto los tribunales

Consumo, nº 18, 2016, pp. 107 y ss y A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Capítulo 22. Calificación jurídica de las plataformas de alojamiento colaborativo”, en P.A. MUNAR BERNAT; M.A. MARTOS CALABRÚS; R. LÓPEZ SAN LUIS Y V. BASTANTE GRANELL, (Dir.), *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 421-443.

¹⁶ L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., pp. 15-16 de la versión digital, disponible en laleydigital.com; IDEM, “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 701 y ss.

¹⁷ En rigor, se trata de un sistema de reseñas online de los servicios prestados por cada uno de los conductores. Al respecto, sobre el concepto y la relevancia de estas reseñas, así como sobre su regulación desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal *vid.* ampliamente L.M. MIRANDA SERRANO, “Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios”, *InDret*, nº 2, 2023, pp. 155-253.

¹⁸ SSTS 25 enero 2018, núm. 120/2018, ECLI: ES:TS:2018:120 y 4 junio 2018, núm. 2695/2018, ECLI: ES:TS:2018:1913.

¹⁹ STS 25 enero 2018, núm. 120/2018, ECLI: ES:TS:2018:120, FJ 5º.

españoles consideraron que la actividad realizada por la plataforma *BlaBlaCar* era ajena a la regulada por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, toda vez que se limitaba simplemente a poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje juntos y compartir los gastos a él asociados²⁰.

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb Ireland*)

17. Como acabamos de exponer, el TJUE ha determinado que *Uber* es un empresario del sector del transporte y que, por tanto, no tiene la consideración de mero servicio de la sociedad de la información, de conformidad con los criterios fijados por la DSSI. Sin embargo, este mismo órgano jurisdiccional supranacional ha calificado a la plataforma *Airbnb* como un servicio de la sociedad de la información incluido en la DSSI. A su juicio, esta otra plataforma ha de considerarse un simple intermediario digital o electrónico sin intervención en la prestación del servicio de alojamiento u hospedaje²¹.

18. La plataforma *Airbnb* se caracteriza por “poner en contacto a través de medios electrónicos, a cambio de una remuneración, a potenciales arrendatarios y arrendadores profesionales o no profesionales que ofrecen servicios de alojamiento de corta duración, con el fin de que los primeros puedan reservar un alojamiento”²². La determinación de la verdadera naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por esta otra plataforma del sector turístico también ha sido objeto de una cuestión prejudicial ante el TJUE, en este caso formulada por el Tribunal de Primera Instancia de París. En esencia, el órgano jurisdiccional francés preguntó si el servicio prestado por *Airbnb* debe clasificarse como mero servicio de la sociedad de la información o si, por el contrario, ha de reputarse un prestador de servicio de alojamiento sujeto a la ley nacional motivo de la controversia (la *Ley Hoguet*).

19. Como se verá a continuación, el TJUE destaca que el servicio prestado por *Airbnb* no puede asimilarse al servicio de intermediación ofrecido por *Uber*, en la medida en que esta plataforma que oferta viviendas de uso turístico no ejerce el nivel de control o influencia decisiva en la prestación del servicio constatado en la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (caso *Uber*). Antes bien, considera que *Airbnb* presta únicamente un servicio de intermediación que tiene por objeto conectar oferentes y demandantes de un servicio de alojamiento de corta duración, aunque al mismo tiempo también brinde servicios complementarios relacionados con su función principal.

20. En el caso de *Airbnb*, la Asociación Francesa para la Defensa del Alojamiento y el Turismo Profesional argumentó que el servicio proporcionado por la plataforma forma parte de un servicio integral, siendo el elemento principal la prestación de servicios de alojamiento. Según la asociación, *Airbnb* no se limita a conectar la oferta y la demanda a través de una plataforma digital, sino que también ofrece servicios adicionales propios de la intermediación en transacciones inmobiliarias.

21. El TJUE, empero, no aceptó este planteamiento. Al contrario, consideró que el servicio de intermediación se puede dissociar de la transacción inmobiliaria propiamente dicha, ya que la función de *Airbnb* es más bien facilitar la conclusión de contratos mediante la creación de un listado de las diferentes viviendas de uso turístico ofertadas. De hecho, la creación de ese listado es el principal rasgo de la plataforma, a juicio del tribunal²³.

Además, el TJUE determinó que el servicio prestado por *Airbnb* no es imprescindible o esencial para desarrollar la prestación de servicios de alojamiento, ya que tanto la oferta como la demanda tienen

²⁰ Sentencias 2 febrero 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, núm. 6/2017 y 18 febrero 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 1255/2019. Sobre *Blablacar* y la hipotética deslealtad de su actividad, *vid.* S. BOBOS, “BlaBlaCar: ¿Un posible supuesto de competencia desleal?: Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017”, *Revista de Derecho de Transporte*, n° 19, 2017, pp. 241 y ss.

²¹ STJUE 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112.

²² R. LÓPEZ ORTEGA, “Las plataformas...”, *cit.*, p. 189.

²³ STJUE 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112, apdo. 53°.

a su disposición otros muchos medios para poner a disposición de los usuarios las viviendas de uso turístico, como las agencias inmobiliarias o los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico,²⁴. Es más, incluso señaló que el hecho de que *Airbnb* compitiera directamente con estos últimos ofreciendo un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no es suficiente para considerar que la plataforma es indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento²⁵.

Por otro lado, a diferencia de lo argumentado tanto por la asociación antes mencionada como por el Gobierno francés, el TJUE sostuvo que el servicio proporcionado por *Airbnb* no podía equipararse al servicio de intermediación que fue objeto de las sentencias del 20 de diciembre de 2017 y del 10 de abril de 2018, ya que los servicios ofrecidos por *Airbnb* no eran comparables a los de *Uber*. Sobre todo, porque en el caso *Airbnb* no era observable el mismo nivel de control que sí fue constatado en esas otras resoluciones judiciales relativas a la plataforma *Uber*.

22. Con facilidad se desprende de la sentencia comentada que, opuestamente a lo concluido para la plataforma *Uber* (que, a los ojos del TJUE, sí ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación de transporte efectuada por los transportistas efectivos), no se sostiene que *Airbnb* ejerce una influencia importante o significativa sobre los propietarios de viviendas de uso turístico que se ofrecen en su plataforma. En particular, el TJUE considera que esta plataforma no determina ni directa ni indirectamente el precio de los arrendamientos, al igual que tampoco elige a los arrendadores ni los alojamientos ofertados en su plataforma.

23. La conclusión precedente, además, no se ve afectada por los diversos “servicios accesorios” que presta la plataforma, entre los cuales pueden destacarse: a) la puesta a disposición de una plantilla opcional en la que se define el contenido de sus ofertas, b) el ofrecimiento de un servicio de fotografía opcional, c) la existencia de un seguro de responsabilidad civil y una garantía por daños, d) la puesta a disposición de una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado, e) el hecho de que el pago se efectúe directamente a *Airbnb*, quien detrae una parte en concepto de gastos y del servicio prestado por la plataforma y, f) la utilización de un sistema de valoración mediante el cual el arrendatario puede hacer valer su opinión, consistente en una puntuación de entre cero y cinco estrellas.

III. Reflexiones al hilo de las sentencias del Tribunal de Justicia referidas: análisis complementario de la cuestión a través del criterio del poder de mercado

24. Como se infiere (o, al menos, intuye) de la intitulación del epígrafe que ahora desarrollamos, en él nos proponemos abordar un par de cuestiones que nos surgen al hilo de los pronunciamientos judiciales a los que acabamos de aludir. 1ª) En primer lugar, nos preguntamos si es necesario que la plataforma ejerza un determinado grado de influencia o control sobre los efectivos prestadores del servicio subyacente o si, por el contrario, tan solo se requiere la capacidad, en abstracto, de influir o controlar el servicio subyacente [*infra*, 1]. 2ª) En segundo lugar, nos cuestionamos una de las premisas de las que parte el TJUE en su resolución del caso *Airbnb*, concretamente, la relativa a que dicho *marketplace* no fija ni directa ni indirectamente los precios de las viviendas de uso turístico ofertadas a través de la plataforma [*infra*, 2]. La respuesta a estos interrogantes nos conducirá, finalmente, a ofrecer unas reflexiones en torno a los conceptos de poder de mercado, fijación de precios e influencia decisiva, que nos permitirán concluir que existe (o ha de existir) una relación directa entre unos y otros, esto es, que a

²⁴ *Airbnb* encajaría, por tanto, en la definición de plataforma en línea del art. 3 LSD.

²⁵ Sobre este particular, nos preguntamos si podría haberse seguido en el caso *Uber* antes comentado exactamente el mismo planteamiento. A nuestro juicio, ambas plataformas merecen la misma valoración acerca de este extremo, ya sea en un sentido o en otro, pero la posibilidad de ofrecer o buscar las viviendas de uso turístico por otros medios no nos parece que sea un argumento suficiente para justificar un trato diferente al que recibió *Uber*. No en vano, la actividad desarrollada por esta plataforma no es nueva en absoluto, sino que resulta plenamente sustituible respecto a la realizada por los taxis desde hace décadas.

mayor poder de mercado de la plataforma, mayor será la probabilidad de que desarrolle la prestación de un servicio que exceda de la mera intermediación digital [*infra*, 3].

Es claro que las consideraciones que se exponen a continuación son realizadas desde la perspectiva del Derecho de la competencia empresarial. Y no menos indubitado es también que la materia sobre la que versa este trabajo no puede calificarse propiamente como concurrencial. No obstante, no podemos obviar, por un lado, que el ordenamiento jurídico es un todo unitario, de modo que las distintas parcelas que lo conforman están estrechamente conectadas entre sí, lo que debe ser aprovechado por el jurista a la hora de analizar la realidad²⁶. A lo que ha de añadirse, por otro lado, cómo la experiencia reciente ha evidenciado que el Derecho de la competencia sigue siendo vital en la era digital para proteger el bienestar social en nuestro modelo económico, en la medida en que las innovaciones tecnológicas disruptivas y la dinámica del mercado no protegen por sí mismas de los abusos monopolísticos²⁷. De ahí que algún autor haya afirmado (con razón) que, lamentablemente, no hemos alcanzado la “arcadia procompetitiva” que la revolución digital parecía prometer²⁸. Y de ahí también que nos parezca interesante introducir la perspectiva antimonopolio (hasta ahora muy poco explorada) en el debate acerca de la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales.

1. ¿Es suficiente cualquier nivel de influencia?

25. Como se sabe —y se ha puesto de relieve al comienzo de este trabajo—, las plataformas digitales desempeñan un papel relevante en numerosos sectores económicos. Han transformado la forma en que se prestan y consumen servicios. Desde servicios de transporte compartido hasta alquileres de viviendas, estos nuevos operadores han dinamitado la manera en que los usuarios venían accediendo tradicionalmente a estos diferentes servicios, generando con ello controvertidos debates jurídicos y regulatorios en torno a su naturaleza y responsabilidades.

26. Más arriba hemos aludido expresamente a que un aspecto crucial en este contexto lo constituye el concepto de “influencia” que las plataformas digitales ejercen sobre los servicios subyacentes. Pues bien, en relación con esta materia resulta pertinente plantear la siguiente pregunta: ¿qué grado de control sobre los proveedores y las condiciones en las que se prestan los servicios es requerido para que una plataforma no sea considerada únicamente como proveedora de un servicio de la sociedad de la información? En otras palabras, ¿es suficiente con que los intermediarios digitales ejerzan cualquier tipo de influencia o, por el contrario, es exigible la superación de un cierto umbral?

27. Ofrecer respuesta a la pregunta que acabamos de formular parece, *a priori*, un cometido carente de dificultad. En la Comunicación de la Comisión sobre la Agenda europea para la economía colaborativa se afirma que la plataforma ejerce un nivel de control de una “importancia significativa” sobre el prestador efectivo de dicho servicio cuando ofrece el servicio subyacente²⁹. Razón por la cual

²⁶ Como subraya la doctrina, el carácter unitario del ordenamiento exige, por ejemplo, no considerar lícito por el Derecho de contratos lo que es declarado ilícito por la disciplina de la competencia desleal y a la inversa. Según estos autores el ordenamiento jurídico requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a estos sectores normativos, como lo corrobora de forma muy clara (añaden estos autores) la doctrina de las restricciones accesorias (*ancillary restraints*). Acerca de esta doctrina de origen americano y de la conexión que a través de ella se realiza entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia, puede consultarse ampliamente: L.M MIRANDA SERRANO, “Restricciones accesorias y Prácticas colusorias”, *Derecho de los Negocios*, núm. 122, 2000, pp. 1 y ss. e ÍDEM, “En el Derecho *antitrust* también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, 2013, pp. 15 y ss.

²⁷ A. CAPOBIANCO y A. NYESO, “Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy”, *Journal of European Competition Law and practice*, Vol. 9, nº 1, 2018, p. 23 y F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El concepto de empresa y la aplicación del derecho de la competencia a los prestadores de servicios a través de plataformas digitales”, en MARTÍ MIRAVALLS, J y RODILLA MARTÍ, C (Dirs.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 66.

²⁸ F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El concepto de empresa...”, *cit*, p. 66.

²⁹ *Comunicación Una Agenda Europea...*, *cit*, p. 6.

parece exigirse que la influencia sea significativa, en la medida en que se utiliza la expresión “un gran nivel de control”, con referencia a la injerencia de la plataforma que justifica su consideración como prestadora del servicio subyacente.

28. La conclusión anterior se corrobora si atendemos a la mencionada Comunicación de la Comisión Europea en otros idiomas. En inglés, por ejemplo, se habla de “significant importance” o de “high level of control”³⁰. En francés, por su parte, se alude a un control de “une grande importance”³¹. Con bastante similitud, se habla en portugués de “grande importância” e “influência significativa”³². Finalmente, en alemán se emplea la expresión “sehr bedeutend”³³.

29. Por otro lado, no causa sorpresa ni extrañeza que obtengamos un resultado idéntico tan pronto prestemos atención a la jurisprudencia. Efectivamente, las sentencias del TJUE sobre la materia también demuestran que no cualquier influencia es suficiente para concluir que la plataforma digital realiza el servicio subyacente, sino que es necesario que dicho control sea importante o significativo. Las resoluciones dictadas en los casos *Uber* y *Airbnb*, analizadas *supra*, son un buen ejemplo de ello³⁴.

30. Cabe por tanto afirmar, sin miedo a equivocarnos, que es necesaria la concurrencia de una influencia significativa o un control importante para calificar al intermediario electrónico como prestador del servicio subyacente. De hecho, el debate en torno a esta cuestión es prácticamente inexistente. De modo que el verdadero problema radica en determinar qué ha de entenderse a estos efectos por influencia significativa. Una tarea que resulta esencial al tiempo que compleja en consideración a que dichos términos constituyen un concepto jurídico indeterminado.

31. A la hora de ofrecer ciertos criterios que coadyuven a llenar de contenido el concepto que se está analizando, cabe hablar de un extremo sobre el que no parece existir disenso. Nos referimos a que la influencia significativa es una cuestión que debe ser examinada caso por caso. Por consiguiente, hemos de aceptar que, en última instancia, la respuesta a la pregunta que nos planteamos no puede ser categórica, ni aplicarse de manera generalizada a todas las plataformas digitales. Cada supuesto debe ser analizado individualmente, teniendo en cuenta las características y el impacto específico de la plataforma en cuestión. A este respecto, tanto la propia Comunicación sobre la Agenda europea como la jurisprudencia ya citada consideran relevantes, entre otros factores, la capacidad de establecer precios y condiciones o la influencia en la calidad y seguridad de los servicios prestados.

32. En la dirección indicada, huelga decir que la determinación de cuándo una determinada plataforma ejerce un control importante o significativo no implica únicamente un examen formal. De hecho, se reconoce expresamente la posibilidad de que puedan desempeñar un papel importante para este cometido otros criterios diferentes a los sugeridos³⁵. Esto tiene dos consecuencias fundamentales:

³⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of regions about An European Agenda for the collaborative economy*, Brussels, June 2th of 2016 COM(2016) 356 final, p. 6.

³¹ *Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions Un agenda européen pour l'économie collaborative*, Brussels, Juin 2th de 2016 COM(2016) 356 final, p. 7.

³² *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, Brussels, Junho 2th de 2016 COM(2016) 356 final, pp. 6-7.

³³ *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen*, Brussels, Juni 2th, 2016 COM(2016) 356 final, p. 7.

³⁴ SSTJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto *Asociación Profesional Élite Taxi* (C-434/15) y de 19 de diciembre de 2019, asunto *Airbnb Ireland* (C-390/18).

³⁵ La Agenda Europea para la Economía colaborativa habla de tres criterios que sirven como indicio, entre los que se señala la fijación del precio. Sin embargo, además de estos criterios, la Comunicación de la Comisión Europea reconoce que “según el caso de que se trate, otros criterios pueden también desempeñar un papel” (Véase, *Comunicación Una Agenda Europea...*, cit, p. 7). En la doctrina, enfatiza esta idea, entre otros: L.M. MIRANDA SERRANO, “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 706-707. En concreto, este autor se pregunta si los criterios ofrecidos por la Comisión para determinar si existe o no influencia significativa tienen o no carácter cerrado, ante lo cual se decanta por una respuesta claramente nega-

1ª) Por un lado, el operador digital puede considerarse como prestador del servicio subyacente a pesar de que no se cumplan todos y cada uno de los indicios que la Comunicación y la jurisprudencia han señalado como más relevantes o trascendentes. 2ª) Pero, además, por otro lado, para concluir sin reservas que la plataforma actúa como prestadora del servicio subyacente y no como una mera intermediaria, no basta con cumplir los criterios enunciados. Habrá que analizar caso por caso con el propósito de averiguar si el examen formal se corresponde con un resultado material consistente en el ejercicio por la plataforma de una influencia decisiva o un control significativo o de gran importancia. En este sentido se pronuncia también la doctrina. A su juicio, el concepto de influencia decisiva se presenta como “una noción de resultado y no de medios”, lo que implica que lo importante y decisivo es que la plataforma ejerza un control efectivo sobre los prestadores de los servicios, con independencia de cuáles sean los medios utilizados para ello³⁶.

33. Desde nuestro punto de vista, lo anterior vendría a justificar un enfoque concurrencial en sede de plataformas digitales. Sobre todo, en la tarea de determinar la verdadera naturaleza jurídica de las actividades que desarrollan o los servicios que prestan en el mercado. Y es que si se trata de saber cuándo un control es importante o significativo, el Derecho la competencia puede ser de utilidad, ya que en no pocas materias toma en consideración la importancia o significancia de aquello que examina.

34. Algunos ejemplos que nos permiten entender mejor la afirmación precedente pueden ser los siguientes: 1º) En primer lugar, ocupan un lugar destacado las conductas de menor importancia³⁷. Como se sabe, se trata de comportamientos de mercado que quedan fuera de la normativa *antitrust*, a pesar de que formalmente pueden encajar en las prohibiciones legales, siempre que no afecten a la competencia de forma sensible, significativa o apreciable. 2º) En segundo lugar, cabe recordar que en la Unión Europea no se prohíben las subvenciones a empresas que sean insignificantes debido a su escasa cuantía, lo que se conoce como ayudas *de minimis*³⁸. 3º) En tercer y último lugar, no debe perderse de vista que las autoridades *antitrust* solo examinan las operaciones de concentración de empresas que, además de cumplir ciertas exigencias en volumen de negocios y/o cuotas de mercado, dan como resultado un nuevo operador económico de ciertas dimensiones, especialmente aquellas que representen un obstáculo signi-

tiva, destacando, por un lado, que ni es necesario que concurren todos los criterios para hablar de influencia significativa, ni los criterios tienen carácter cerrado o exhaustivo, pues “nada impide el empleo de otros criterios distintos”. Más brevemente, *ÍDEM* “La economía colaborativa desde la competencia desleal”, en J.I. PEINADO GRACIA (Coord.), *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Economía colaborativa*, vol. 46, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pp. 123-125.

³⁶ L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza...”, cit., pp. 15-16 de la versión digital, disponible en laleydigital.com; *ÍDEM*, “Transporte colaborativo: Sobre la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 706-707; *ÍDEM*, “Economía colaborativa y competencia desleal...”, cit., pp. 197 y ss.

³⁷ Sobre las conductas de menor importancia en el derecho de la competencia, sin ánimo de ser exhaustivo, entre otros: P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *Las conductas de menor importancia en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2022; C. BERGQVIST, “What does an appreciable negative effect on competition mean?”, *European Competition Law Review*, Vol. 42, nº 9, 2021; F. PALAU RAMÍREZ, “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en J. MASSAGUER FUENTES (Dir.), *Comentario a la ley de la Defensa de la Competencia*, 6ª ed, Madrid, Thomson-Civitas, 2020; M. SONNBERGER, *Die spürbarkeit im europäischen Kartellrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2017; L.M. MIRANDA SERRANO “La problemática antitrust de los acuerdos de menor importancia. (En especial, tras la Ley 52/1999 de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)”, *Revista General de Derecho*, nº 676-677, 2001; *ÍDEM*, “La regla de minimis en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los Negocios*, nº 216, 2008; R. VALLINA, “¿De minimis lex non curat o de minimis praetor non curat?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, nº 2, 2008; U. SCHNEIDER, *Das Bagatellkartell*, Köln, Heymann, 1994; J. COSTAS COMESAÑA, “Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, nº 15, 1993; M. LAURILA, “The de minimis doctrine in EEC competition law: agreements of minor importance”, *European Competition Law Review*, Vol. 14, nº 3, 1993 y M.C. BOUTARD-LABARDE y R. SAINT-ESTEBEN, “Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence”, *La semaine juridique. Edition entreprise*, nº 5, 1989.

³⁸ Art. 3 Reglamento (CE) nº 1407/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 del TFUE a las ayudas *de minimis* (DOCE L-352/1, de 24 de diciembre de 2013). Sobre *ayudas de minimis*, entre otros, J.A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, “La nueva legislación comunitaria de las ayudas “de minimis”: el Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001”, *Actas de Derecho Industrial*, nº 21, 2000, pp. 1329-1332 y A. ESTOA PÉREZ, “La regulación de las ayudas de Minimis en el Derecho comunitario - comentario al Reglamento (CE) nº 1998/2006”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 27, 2007, pp. 623-636.

ficativo para la competencia efectiva mediante la creación o el reforzamiento de una posición dominante en el mercado común o una parte sustancial del mismo³⁹.

35. Junto a lo anterior, es posible destacar otras cuestiones en las que se realiza un análisis casuístico que, en cierto modo, tiene en cuenta la trascendencia de los efectos de la actuación enjuiciada. Por ejemplo, así ocurre en el examen conducente a determinar si una concreta restricción puede ser reputada “por el objeto”, para lo cual no basta acreditar que la conducta es nociva para la competencia en cualquier grado, sino que éste ha de ser suficiente⁴⁰. Por otro lado, en sede del art. 102 TFUE, el concepto de abuso también requiere que se tenga en cuenta el conjunto de circunstancias del caso concreto, de manera que no merecerá considerarse abuso cualquier conducta que formalmente pueda ser calificada como ejercicio abusivo de una posición de dominio⁴¹.

36. En lo que ahora interesa, esto es, dotar de cierto contenido a los términos “influencia decisiva” o “control significativo”, quizás conviene centrarse particularmente en las conductas de menor importancia. No en vano, la necesidad de un análisis caso por caso de las conductas colusorias para determinar si de ellas deriva un impacto sensible o de cierta importancia sobre el mercado, fue una cuestión enfatizada por la doctrina hace más de cuarenta años⁴². Razón por la cual contamos en esta materia con una amplia y dilatada experiencia. Pero si bien es cierto que existen numerosos criterios definitorios del carácter sensible o apreciable de un comportamiento concurrencial, es especialmente relevante para los fines aquí perseguidos uno de ellos: la cuota de mercado, que es probablemente el que goza de un mayor grado de respaldado y consenso en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia⁴³.

37. A nuestro parecer, no se equivoca quien señala que la valoración de la cuota de mercado no es “una mera operación aritmética”, en la medida en que deben tenerse en cuenta otras condiciones del mercado de referencia, como su dinámica y el grado de diferenciación de los productos o la propia estructura de la empresa⁴⁴. De hecho, en nuestra opinión, la utilidad de este criterio radica precisamente en su conexión, en términos generales, con el concepto de poder de mercado, el cual es de suma importancia para el Derecho de la competencia. Tanto es así que algunos autores incluso han afirmado que es una cuestión fundamental en cualquier análisis *antitrust*⁴⁵. De manera que creemos no equivocarnos al sostener que el poder de mercado (y la cuota de mercado como presunción de dicho poder) es un factor

³⁹ Art. 2 Reglamento (CE) nº 139/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOCE L-24/1, de 29 de enero de 2004). Sobre este particular, entre otros, L.M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994 y L.M. MIRANDA SERRANO y M.A. PÉREZ MOLINA, “El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 294, 2014, pp. 115-170.

⁴⁰ I. FLOREA, “Contributions towards elucidating the concept of restriction of competition by object”, *International Conference Education and Creativity for knowledge-based society: law*, nº 12, 2018, p. 153 tras estudiar la jurisprudencia del TJUE en materia de restricción por el objeto, ha afirmado que en definitiva el criterio legal para determinar si una coordinación entre empresas supone una restricción por el objeto o no es el grado suficiente de nocividad para la competencia.

⁴¹ M. CASPARI, “EEC Enforcement policy and practice: an official view”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 54, nº 2, 1985, pp. 605-606.

⁴² H. GRAUEL Y W. MACK, *Das Mittelstandskartell in der Praxis*, Köln, Deutscher Wirtschaftsdienst, 1979, p. 27.

⁴³ Véase a modo de ejemplo la Comunicación de la CE relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOUE C-291, de 30 de agosto de 2014); la Comunicación de la CE relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE C-368/13, de 22 de diciembre de 2001); el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio de 2007) o el art. 1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la competencia (BOE de 27 de febrero de 2008).

⁴⁴ R. BAHAMONDE DELGADO, “El poder de mercado y su relevancia en el Derecho de la competencia europeo”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº 17, 2013, p. 496.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 488. Asimismo, hay quien ha afirmado que el “concepto de poder de mercado está en el centro del Derecho antitrust” (G.A. HAY, “Market power in antitrust”, *Antitrust Law Journal*, nº 60, 1991-1992, p. 807.) o que “el poder de mercado es un concepto clave en el derecho antitrust” (W.M. LANDES y R. POSNER, “Market power in antitrust cases”, *Harvard Law Review*, nº 94, 1981, p. 937).

que merece la pena explorar y considerar a la hora de determinar la verdadera naturaleza del servicio prestado por las plataformas desde un enfoque antimonopolio⁴⁶.

38. Al respecto, es difícil negar que el poder de mercado tiene una relación directa con el grado de influencia que una empresa puede ejercer sobre sus competidores y/o clientes. De hecho, nos parece evidente que el poder de mercado, tanto en términos absolutos como relativos, incide en el resultado de cualquier examen que determine el nivel de control ejercido por una plataforma digital o electrónica.

39. Es cierto que, a nuestro juicio, no es necesario exigir una supremacía concurrencial tan pronunciada como la que se constata en un poder de mercado absoluto. Basta con que exista un poder relativo para calificar a una plataforma digital como prestador del servicio subyacente⁴⁷. Lo anterior es bastante simple de entender. En ausencia de poder de mercado en términos relativos, los efectivos prestadores de los servicios podrían optar por cualquiera de los diversos intermediarios existentes, de modo que la influencia potencial que una plataforma digital puede ejercer estaría limitada por el propio mercado. Un ejemplo lo tenemos en las plataformas que ponen a disposición de los usuarios vehículos para realizar breves desplazamientos por carretera. No es lo mismo que *Uber* sea la única plataforma que existe en el mercado o que existan varias *apps* similares y que todas ellas carezcan de dominio relativo de mercado⁴⁸.

40. A mayor fortaleza relativa en el mercado, mayor dependencia de la plataforma digital sufrirán los efectivos prestadores del servicio subyacente. A su vez, cuanto más dependientes sean quienes realizan el servicio, mayor puede ser el nivel de influencia o control que la plataforma puede ejercer sobre ellos. Tanto es así que cuando existe un poder de mercado relativo no creemos que sea adecuado calificar sin más al intermediario como un mero servicio de la sociedad de la información porque así lo sugiera un análisis formal de los criterios generales esbozados por la Comunicación de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE. Por el contrario, si la plataforma goza de poder de mercado relativo, es más que probable que el nivel de influencia no sea insignificante o de escasa importancia.

41. En cualquier caso, de constatarse un poder de mercado en términos absolutos, habrá de concluirse que adquiere una mayor probabilidad la existencia de una influencia decisiva o un control de gran importancia. Como se sabe, esta situación concurrencial privilegiada hace referencia a la capacidad de una empresa para establecer los precios y condiciones sin tener en cuenta a la competencia. Básicamente, implica un control significativo sobre el mercado en el que opera, lo que le permite actuar de manera más o menos independiente y tomar decisiones que afecten a los precios, la producción y otros aspectos clave del mercado. De modo que, por definición, si una plataforma digital disfruta de este poder, lo más probable es que directa o indirectamente fije el precio y las condiciones en las que se presta el servicio subyacente (por ejemplo, de transporte o de alojamiento turístico) por parte de los prestadores efectivos.

42. Nuestra afirmación, que puede parecer algo temeraria a simple vista, se ve con relativa claridad si se piensa en una mera propuesta de sugerencia de precios. Esta proposición puede ser inocua cuando la realiza un operador que carece de poder de mercado. Pero si quien la hace disfruta de dicho poder, el efecto real que a ella se anuda puede ser muy parecido (o idéntico) a una fijación indirecta de

⁴⁶ Si bien se ha de tener en cuenta que las definiciones de poder de mercado de la jurisprudencia antitrust pueden ser insuficientes para determinar cuándo existe aquél. Sobre este particular, véase G. KIMMELMAN, "Syncing antitrust and regulatory policies to boost competition in the digital market", *Model for platform governance*, 1 de enero, 2019, p. 49.

⁴⁷ Los conceptos de *poder de mercado absoluto* y *relativo* se han estudiado principalmente al hilo del análisis del ilícito del abuso de situación de dependencia económica, pues en él se ha de constatar (como elemento del tipo) la existencia de un poder de mercado *relativo*, frente al poder de mercado *absoluto* presente en el ilícito del abuso de posición de dominio. Al respecto, *vid.* más información y bibliografía sobre el tema en J.I. FONT GALÁN y L.M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y anti-trust. Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 125-156.

⁴⁸ Hoy en día ya existen varias empresas en el mercado de los VTC, como por ejemplo *Didi* (de origen chino), *Cabify* (española), *Lyft* (americana), *Avant app* (mexicana), *Indrive* (rusa) o *Bolt* (estonia).

precios. Y es que se convendrá en que, a mayor poder de mercado, mayor será la capacidad para fijar precios, directa o indirectamente, así como para establecer otras condiciones de la contratación, como la obligación de prestar el servicio o cualquier instrucción acerca de cómo prestarlo.

43. En suma, la *influencia decisiva* implica que la plataforma tiene la capacidad de influir en las condiciones en las que se prestan los servicios, ya sea a través de la regulación de los precios o la imposición de ciertas políticas y requisitos. Esta influencia puede ser directa (*hard influence*), cuando la plataforma toma decisiones de manera activa, o indirecta (*soft influence*), cuando establece un marco operativo que limita las opciones de los prestadores del servicio o incluso de los competidores. En cualquier caso, nos parece obvio que a mayor poder de mercado (absoluto o relativo) mayor capacidad tendrá la plataforma de ejercer un fuerte control sobre el prestador efectivo del servicio o sobre la competencia. De modo que, en presencia de poder de mercado, mayor será la probabilidad de que el operador digital no pase con éxito el examen (formal y material) que determina que actúa únicamente como prestador de un servicio de la sociedad de la información.

44. A mayor abundamiento, no ha de perderse de vista que cuando una empresa cuenta con poder de mercado relativo, surge lo que se conoce como una situación de dependencia económica⁴⁹. Aludimos con estos términos a una posición comercial donde los clientes o proveedores de la empresa que disfruta de dicho poder carecen de opciones o alternativas comparables para llevar a cabo sus actividades comerciales. De modo que el cliente será considerado económicamente dependiente en tanto que no pueda prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la compañía que posee el poder de mercado relativo, sin poner en riesgo de manera significativa su viabilidad económica⁵⁰. En consecuencia, en este tipo de situaciones se observa una relación contractual en la cual una parte ejerce una posición de cierto control o influencia respecto de otra más vulnerable.

45. Los parámetros o indicadores que permiten determinar la presencia de poder de mercado relativo (o, si se prefiere, de una situación de dependencia económica) se basan principalmente en dos aspectos: 1º) El primero estriba en la identificación del mercado relevante, la cual se rige por tres criterios: objetivo, geográfico y temporal. 2º) El segundo consiste en la verificación de la existencia (o no) de alternativas equivalentes disponibles para un cliente o proveedor específico.

46. En cuanto al primero de los elementos señalados, es crucial percatarse de que la determinación del mercado relevante se realiza principalmente desde una perspectiva subjetiva, es decir, adaptada a la empresa en cuestión con vistas a determinar si está o no en una posición de dependencia con respecto a otra⁵¹. Esto, como es natural, contrasta abiertamente con la delimitación objetiva del mercado relevante, que prevalece en el ámbito *antitrust*, conforme a los arts. 102 TFUE y 2 LDC, en lo que atañe al abuso de posición dominante.

47. En relación con el segundo de los elementos expuestos, es esencial verificar la existencia de alternativas equivalentes para el usuario o cliente en cuestión. Tomando el ejemplo de *Airbnb*, esto implicaría examinar si los proveedores de alojamiento turístico tienen a su disposición otras plataformas transaccionales que puedan considerarse alternativas factibles. Al respecto, se considera que no existen

⁴⁹ Una situación de desequilibrio de poder que podría ser calificada como un acto de competencia desleal si se abusa de ella (art. 16 LCD). Sobre este ilícito de deslealtad, entre otros, M. ZABALETA DÍAZ, *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Madrid, Marcial Pons, 2002; J.I. RUÍZ PERIS, “El abuso de dependencia económica en el derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas”, en F. CACHAFEIRO, R. GARCÍA PÉREZ y M. LÓPEZ SUÁREZ (Coords.), *Derecho de la competencia y gran distribución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 31-56 y R. MAESTRE BENAVENTE, “El abuso de situación de dependencia económica: grupos de casos”, *Derecho de los negocios*, n° 231, 2009, pp. 29-38.

⁵⁰ M. ZABALETA DÍAZ, *La explotación de una situación de dependencia...*, *cit. passim*.

⁵¹ Entre otras, STS 75/2012, de 29 de febrero. ECLI: ES:TS:2012:1580; SAP A Coruña 328/2020, de 7 de octubre. ECLI: ES:APC:2020:2811 y SAP Barcelona 349/2020, de 18 de febrero. ECLI: ES:APB:2020:851.

dichas alternativas cuando carecen de la posibilidad de conectarse con otras empresas para promocionar y ofrecer su propiedad vacacional dentro del área geográfica y el período temporal considerados⁵². Pero no solo en ese caso tan extremo cabría hablar de dependencia económica por carencia de alternativas. También se podría argumentar la existencia de dicha situación de dependencia en aquellos supuestos en los que, pese a existir alternativas, estas no resultan equivalentes en términos de suficiencia y viabilidad. Además, no debemos olvidar que otras circunstancias, como la prominencia de la marca que se distribuye en una relación de suministro vertical o una cuota de mercado significativa por parte del proveedor de bienes o servicios, pueden sugerir también la existencia de dependencia económica⁵³. Finalmente, otros indicios que permiten acreditar la situación de dependencia económica serían la duración de las relaciones comerciales, el volumen de negocio que la empresa dependiente tiene con la empresa con poder relativo de mercado y el tipo de mercado en el que actúa la empresa dependiente (a mayor especificidad, menor número de operadores y mayor posibilidad de dependencia)⁵⁴.

48. El abuso del poder de mercado relativo da lugar a un ilícito de deslealtad conocido como abuso de dependencia económica (art. 16.2 LCD). Se trata de un comportamiento ilícito que, aunque hoy conforma indubitadamente una prohibición de la LCD, en un momento histórico ya pasado estuvo tipificado en nuestra LDC⁵⁵. Esto probablemente se explique por tratarse de un ilícito de deslealtad singular que, a diferencia de la mayor parte de ilícitos de la LCD, toma en consideración el poder de mercado del sujeto agente de la conducta, que es un asunto al que normalmente es ajena la disciplina de la deslealtad concurrencial (no así, sin embargo, la *antitrust*, para la que el poder de mercado constituye uno de sus ejes principales). De ahí que el abuso de situación de dependencia económica se catalogue por la doctrina como un ilícito de deslealtad de mercado⁵⁶.

49. En cualquier caso, poder relativo y poder absoluto (de mercado) son conceptos disímiles que no han de equipararse. De hecho, se pueden dar perfectamente situaciones en las que determinadas empresas dependen económicamente de otra que no goza de una posición dominante en el mercado relevante⁵⁷. De ahí que el ilícito de deslealtad del abuso de la situación de dependencia económica haya de diferenciarse necesariamente del ilícito *antitrust* relativo al abuso de posición de dominio, tipificado en los arts. 2 LDC y 102 TFUE.

50. En la comunidad jurídica existe consenso en entender que cabe hablar de posición de dominio cuando una empresa detenta un poder sustancial en el mercado en cuestión que le otorga la capacidad de actuar de manera autónoma ante sus competidores y clientes, y en última instancia, de ejercer influencia sobre los precios y otros aspectos concurrenciales⁵⁸. El TJUE ha forjado una sólida jurisprudencia con el fin de definir cuándo efectivamente una empresa ostenta una posición de dominio. Al respecto, se han identificado varios criterios o elementos que conforman este análisis. Entre ellos cabe destacar los siguientes:

51. Primero: La participación en el mercado. Aunque la cuota de mercado de la empresa constituye un indicador significativo, es crucial examinar este dato de forma conjunta con la estructura del mercado y otros factores. En otras palabras, no existe una cuota específica que automáticamente

⁵² Entre otras, SAP de Córdoba 111/2008, de 3 junio. ECLI: ES:APCO:2008:1688 y SAP Madrid 313/2011, de 28 de octubre. ECLI:ES:JMM:2019:221.

⁵³ M. ZABALETA DÍAZ, *La explotación de una situación de dependencia...*, cit, *passim*. A este respecto, parece evidente la importancia de la marca *Airbnb* a la hora de ofertar una vivienda turística, así como su cuota de mercado.

⁵⁴ *Ibidem*, entre otros.

⁵⁵ Sobre este momento histórico y su controvertida presencia en la LDC, véase por todos J.I. FONT GALÁN y L.M. MIRANDA SERRANO., *Competencia desleal...*, cit, pp. 125-126..

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 142.

⁵⁸ Al respecto, puede consultarse, por ejemplo, lo que se expone (y la doctrina y jurisprudencia que se cita) en L.M. MIRANDA SERRANO, "La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones", *Derecho de los Negocios*, n° 113, 2000, pp. 19 y ss.

categorice a una empresa como dominante⁵⁹. Sin embargo, es lógico inferir que a medida que la cuota de mercado aumenta, también se incrementa la probabilidad de que la empresa se encuentre en una posición de dominio.

52. Segundo: La existencia de barreras de entrada. Una posición de dominio puede derivar también del control sobre recursos esenciales por parte de la empresa o de la existencia de barreras de diferente naturaleza que dificulten la entrada de competidores al mercado⁶⁰. A este respecto, en el ámbito concreto de las plataformas transaccionales, cabría preguntarse si la propia plataforma o los datos que genera han de ser considerados o no una hipotética barrera de entrada sustancial⁶¹.

53. Tercero: La capacidad para actuar sin competencia. Asimismo, una empresa con posición dominante debe tener la capacidad de comportarse en el mercado de manera independiente, sin tener en cuenta a los competidores (que, en rigor, no merecerían dicha consideración)⁶². Esto significa poder fijar precios de manera unilateral o tomar por sí misma otras decisiones de mercado.

54. En conjunto y a grandes rasgos, es evidente que, si existe semejante poder de mercado, el control significativo sobre la empresa más débil (por ejemplo, en el caso del alojamiento turístico, los distintos anfitriones) resulta obvio e indiscutible. Sin embargo, no creemos que deba exigirse un poder concurrencial tan notable para considerar que una determinada plataforma es la prestadora del servicio subyacente. Por el contrario, coincidimos con la tesis favorable a entender que la exigencia de una posición de dominio es considerada cada vez más una medida insuficiente para salvaguardar unos niveles mínimos de competencia efectiva⁶³. De modo que el parámetro de valoración más adecuado para determinar la verdadera naturaleza de los servicios prestados por la plataforma es sencillamente el poder de mercado relativo. Esto, sin perjuicio de que la efectiva concurrencia de una posición de dominio sea un indicio difícilmente rebatible de la existencia de un control significativo por parte de la plataforma, aunque en ningún caso un requisito indispensable para afirmar la existencia de una influencia decisiva. Piénsese, por ejemplo, que *Uber* difícilmente puede considerarse que tiene posición de dominio en todos los mercados en los que opera. Sin embargo, la ausencia de ese poder de mercado absoluto no ha impedido colegir que dicha plataforma transaccional es quien en realidad presta el servicio subyacente, para lo cual podría ser relevante —en el sentido que aquí proponemos— la constatación de la existencia de un poder relativo (o, si se prefiere, de una situación de dependencia económica) entre los prestadores de los servicios de transporte y dicha plataforma.

55. A continuación, al hilo de las anteriores reflexiones, sugerimos que la solución dada por el TJUE al asunto *Airbnb* quizá haya sido demasiado precipitada. Más allá de la respuesta que ha ofrecido a este asunto el órgano jurisdiccional supranacional y que hemos recogido más arriba, lo cierto es que, si analizamos el caso desde una perspectiva *antitrust* o antimonopolio, podemos considerar discutible que *Airbnb* merezca ser categorizado como un mero prestador de un servicio de la sociedad de la información.

⁵⁹ Entre otras, STJUE 13 febrero 1979, asunto 85, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*. ECLI:EU:C:1979:36.

⁶⁰ Sobre la existencia de barreras de entrada en el Derecho de la competencia recomendamos la lectura de A. PETITBÒ I JUAN, “Barreras de entrada y competencia”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2003, pp. 185-206. En la jurisprudencia, entre otras, STJUE 29 marzo 2012, asunto 336, *Telefónica, S.A., y Telefónica de España, S.A. c. Comisión*. ECLI:EU:T:2012:172.

⁶¹ Sobre datos masivos y derecho de la competencia, sin ánimo de ser exhaustivos, pueden consultarse a C. HERRERO SUÁREZ, “Big data: ¿Hacia un nuevo instrumento de poder de mercado?”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dirs.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 341-358 y V. ROBERTSON, “Excessive data collection: Privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data”, *Common Market Law Review*, Vol. 57, nº 1, 2020, pp. 161-190.

⁶² Entre otras, STJUE 14 febrero 1978, asunto 27, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión*. ECLI:EU:C:1978:22.

⁶³ *Ibidem*, p. 151.

2. ¿Es cierto que *Airbnb* no fija (ni directa ni indirectamente) los precios?

56. La solución ofrecida por el TJUE al asunto *Airbnb* (a la que nos hemos referido expresamente más arriba), no ha gozado del apoyo unánime de la doctrina. Hay voces favorables a sostener, con buen criterio, la existencia de argumentos para considerar que *Airbnb* no es meramente un intermediario, pues de su funcionamiento y actuaciones se infiere que debe ser categorizada como algo más que un mero prestador de un servicio de la sociedad de la información⁶⁴.

57. Por un lado, la doctrina advierte que, tras el inicio de la pandemia por COVID-19 en marzo de 2020, *Airbnb* implementó unilateralmente una política de cancelación por motivos relacionados con la crisis sanitaria global⁶⁵. No deja de sorprender el carácter unilateral de esta medida, sin previa consulta ni consentimiento de los propietarios afectados, siendo, como es, una decisión dotada de una indiscutible repercusión en la relación contractual sinalagmática entre arrendadores (huéspedes) y arrendatarios (anfitriones); una relación en la que, según los propios términos de uso de la plataforma, *Airbnb* asegura no tener injerencia. Sin embargo, es evidente que imponer una condición de tanta trascendencia contractual, que afecta a la misma existencia y continuidad del contrato bilateral entre anfitrión y usuario, demuestra que la plataforma no es ajena a la relación contractual, sino que ejerce sobre ella una influencia decisiva⁶⁶.

58. Por otro lado, parece claro e indubitado que la plataforma digital no ostenta la titularidad de los activos necesarios para proporcionar el servicio de alojamiento, es decir, los inmuebles. De hecho, su modelo de negocio se caracteriza precisamente por la ausencia de ese tipo de activos empresariales. No obstante, esto no debería impedir considerarla como prestador del servicio subyacente, ya que en el ámbito del alojamiento tradicional los empresarios hoteleros están avanzando cada vez más hacia una gestión desligada de la propiedad. En efecto, las sombras de la crisis inmobiliaria y financiera de 2008, junto al aumento de la competitividad en el sector, han derivado en poner un mayor foco en la gestión, en detrimento de la parte inmobiliaria (la propiedad del inmueble). A esto se le conoce en Norteamérica como estrategia empresarial “*asset-light*”, es decir, “libre o ligera de activos”, caracterizada por requerir poco activo no corriente y, en consecuencia, menores necesidades de financiación externa.

La afirmación que acabamos de hacer es fácilmente verificable. Según el informe “Gestión de activos hoteleros” de 2017, elaborado por la consultora *Magma HC*, solo el 36,36% de los activos hoteleros en nuestro país se encuentran gestionados por el propietario⁶⁷. De hecho, las dos grandes sociedades anónimas cotizadas de nuestro país que se dedican a la explotación de activos hoteleros corroboran sin fisuras esta realidad. Así lo confirman los datos de 2022 facilitados por el Grupo *NH Hotels*, según los cuales la titularidad de sus activos hoteleros oscila en sus diferentes mercados entre un 6 y un 37%⁶⁸. Pero las cifras son aún más contundentes en el caso de *Meliá Hotels*, donde la propiedad sólo alcanza al 11% de activos hoteleros explotados⁶⁹.

59. A lo anterior, hemos de añadir que la plataforma digital en sí misma puede ser un activo casi imprescindible para cualquier oferente que pretenda conseguir la contratación de su servicio de alojamiento vacacional. De lo contrario, sería casi imposible llegar a tantos potenciales clientes. Pero es que, además, si consideramos que la plataforma digital normalmente goza de un poder de mercado importante, puesto que exige un elevado número de usuarios para imponer sus servicios y ser rentable, es evidente que un propietario que quiera ofertar una vivienda de uso turístico lo tendrá muy complicado si permanece fuera de este *marketplace*. En este sentido, es importante destacar que *Uber* tampoco es

⁶⁴ A. MARTÍNEZ NADAL, “Capítulo 2. Naturaleza...”, cit. pp. 395 y ss.

⁶⁵ Sobre esta cuestión, más extensamente, *vid.* A. MARTÍNEZ NADAL, “COVID-19, alquiler turístico y políticas de cancelación. Emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales”; *IDP: revista de internet, derecho y política*, nº 32, 2021, versión online disponible en raco.cat/index.php/IDP/issue/view/29005.

⁶⁶ A. MARTÍNEZ NADAL, “Capítulo 2. Naturaleza...”, cit. p. 397.

⁶⁷ Informe disponible en acceso abierto en: docplayer.es/52430501-Gestion-de-activos-hoteleros.html

⁶⁸ Según información facilitada por la presentación disponible en: nh-hotels.es/corporate/accionistas-e-inversores.

⁶⁹ Según información facilitada por la presentación disponible en: meliahotelsinternational.com/es/ourCompany.

propietaria de los vehículos que realizan los transportes de pasajeros y, sin embargo, ello no ha impedido reconocerle que posee un activo esencial: la propia plataforma.

60. Finalmente, conviene reparar en que la configuración del modelo de tasas de servicio de *Airbnb* es muy similar al modelo propio del comisionista, el cual recibe en pago una comisión por cada reserva realizada, en lugar de ser simplemente un proveedor de datos que gana dinero por la mera publicación de anuncios, independientemente de las reservas posteriores⁷⁰. Así, no causa sorpresa ni extrañeza que la empresa esté sumamente interesada en promover la contratación dentro de su plataforma, dado que, a mayor número de contratos, mayor será su remuneración. Además, no debemos olvidar que, a mayor precio por noche en las reservas realizadas, mayor remuneración recibe la plataforma. Y es que si la comisión se configura como un porcentaje del subtotal de la reserva (precio por noche + gastos de limpieza), es evidente que será más elevada cuanto mayor sea el precio por noche, otro motivo por el cual es difícil concebir a la plataforma como ajena a la relación contractual y a la fijación del precio⁷¹.

61. Esto último explica que, en nuestra opinión, la afirmación realizada por la STJUE, de 19 de diciembre de 2019, sobre el caso *Airbnb Ireland*, según la cual se asevera que la plataforma no controla *ni directa ni indirectamente* los precios, deba considerarse bastante apresurada⁷². De hecho, como ya hemos adelantado, el recurso en esta materia al Derecho de la competencia permite concluir la existencia de razones más que suficientes para pensar que la plataforma no solo controla de modo indirecto los precios, sino que, además, lo hace muy probablemente de una forma de dudosa licitud⁷³.

62. Para comprender mejor la afirmación anterior quizá convenga poner un ejemplo imaginario. Pensemos, en concreto, en una asociación de empresas dedicadas a la gestión y explotación de activos hoteleros con presencia en la hermosa Costa del Sol. Y supongamos que esta asociación toma una decisión merced a la cual se recomienda a todos los hoteles que participan en ella que suban sus precios. O, si se prefiere, imaginemos que el presidente de dicha asociación sugiere en un artículo de la prensa local que la subida de precios es la única opción razonable para las empresas en un contexto de una subida notoria y generalizada de los costes. Se ha de enfatizar que ni la recomendación ni el artículo de prensa suponen una imposición para los empresarios. Se trata de meras sugerencias que los hoteles pueden seguir o no libremente.

63. Al respecto, es ampliamente reconocido y compartido que la normativa de defensa de la competencia, tanto en el ámbito nacional como comunitario, presupone que cuando una asociación de operadores económicos toma una decisión secundada por los asociados, es como si todos ellos la hubieran adoptado⁷⁴. De ahí que el caso puesto como ejemplo no pueda considerarse una actuación unilateral. En rigor, podría catalogarse como una conducta colusoria con encaje en la prohibición del art. 1 LDC. De hecho, se sostiene que este precepto es aplicable a los supuestos de mera recomendación carente de efectos vinculantes para los asociados⁷⁵ y no seguida por ellos⁷⁶. Es más, una mera nota de prensa,

⁷⁰ A. MARTÍNEZ NADAL, “Capítulo 2. Naturaleza...”, cit, p. 399.

⁷¹ Sobre las comisiones de servicio de *Airbnb* puede consultarse la web de la propia plataforma: airbnb.es/help/article/1857.

⁷² STJUE 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112, apdos. 55º, 56º y 62º.

⁷³ En nuestra opinión, que coincide con la de otros autores, lo más razonable sería sopesar los efectos positivos y negativos del uso del algoritmo, es decir, comparar los efectos procompetitivos y anticompetitivos. Pero, en cualquier caso, nos parece indudable que el empleo del algoritmo de sugerencia de precios *Airbnb* tiene efectos anticompetitivos. Cuestión distinta es que esos efectos se vean compensados por supuestos efectos procompetitivos. Sobre esta postura, véase K.A. BAMBERGER y O. LOBEL, “Platform market power”, *Berkeley Technology Journal*, Vol. 32, nº 3, 2017, pp. 1078-1079.

⁷⁴ Una recopilación amplia de decisiones y recomendaciones colectivas prohibidas en sede nacional puede encontrarse en F. DÍEZ ESTELLA y A. GUERRA FERNÁNDEZ, “Artículo 1. Conductas colusorias”, en J. MASSAGUER FUENTES; J.M. SALA ARQUER; J. FOLGUERA CRESPO y A. GUTIÉRREZ (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2020, pp. 148-154. En el ámbito comunitario, *vid.* A. EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical guide to the leading cases*, 4ª edición, Gran Bretaña, Hart Publishing, 2014, pp. 83-84.

⁷⁵ RCNC de 17 de mayo de 2010, *Almacenes Hierro* (Expte. 106/08) y de 16 de septiembre de 2013, *Transportes Madrid* (Expte. 397/12).

⁷⁶ RTDC de 13 de febrero de 2004, *Empresas cárnicas* (Expte. 556/03).

como la aludida en nuestro ejemplo, ha sido prohibida en virtud del art. 1 LDC en alguna ocasión⁷⁷. A la luz de estos precedentes, lo previsible es que la decisión o recomendación colectiva de la asociación de empresarios hoteleros de la Costa del Sol también reciba el mismo tratamiento y, consecuentemente, resulte prohibida en consideración a su carácter colusorio.

64. Sin perder de vista lo anterior, imaginemos ahora que una plataforma donde se ofertan viviendas turísticas comparte información con todos los propietarios (anfitriones) de una determinada zona, como la Costa del Sol. Supongamos que la plataforma les proporciona datos sobre las ganancias promedio de un alojamiento en esa ubicación e incluso la tasa media de ocupación mensual.

65. Pero eso no es todo. Imaginemos también que esa plataforma digital tiene una sección llamada “estrategias de precios” en la que se encuentran numerosos artículos dedicados a la fijación de precios y, en especial, se hace mención al establecimiento de unos “precios inteligentes” y a una “herramienta de precios para multiplicar reservas” facilitada por la propia plataforma. En términos generales, esto significa que un algoritmo recomienda precios a los propietarios teniendo en cuenta la oferta y la demanda. De modo que cuando la demanda es alta, por ejemplo, porque hay un determinado evento deportivo, el algoritmo “invita” a los anfitriones a que fijen precios superiores a aquellos con los que se podrían conformar. Incluso puede que la plataforma los fije automáticamente, utilizando su inteligencia artificial, sin necesidad de que el anfitrión esté pendiente de la fluctuación de los precios de mercado. Pues bien, este supuesto no es ficticio, sino que se trata del *modus operandi* de *Airbnb*⁷⁸.

66. Algunos podrían argumentar que esto no es equivalente a la recomendación de una asociación de empresarios, ya que los propietarios de viviendas de uso turístico no son empresas en sí mismas. Sin embargo, esta posible objeción parece carecer de fundamento. El concepto de empresa ha sido delimitado de manera muy amplia en el ámbito comunitario⁷⁹. El aspecto clave a considerar siempre ha sido lo que hace o realiza un determinado sujeto en el mercado. No, desde luego, su configuración jurídica. Tanto es así que la doctrina es unánime al afirmar que no existe, en el ámbito de la Unión Europea, una regla *de minimis* subjetiva que excepcione del Derecho *antitrust* a microempresas ni, tampoco, a trabajadores por cuenta ajena⁸⁰.

67. Lo mismo ocurre en el ámbito nacional. La propia DA 4ª de nuestra LDC afirma que a sus efectos “se entiende por empresa *cualquier persona* o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”⁸¹. Como se comprueba con facilidad, también aquí se define la empresa en términos muy amplios⁸². Así lo confirma el Tribunal Supremo, para quien “la conducta prohibida puede ser realizada por *cualquier agente económico, entendido en un sentido amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en el mercado, y también las asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos*”⁸³. De modo que parece hartamente difícil que los oferentes de viviendas de uso turístico puedan eludir la consideración de empresas en sede *anti-*

⁷⁷ RCNC de 14 de octubre de 2009, *FIAB y Asociados y CEOPAN* (Expte. 53/08) y de 31 de marzo de 2011, *Conservas* (Expte. 181/09).

⁷⁸ El apartado “estrategia de precios” está disponible en airbnb.es/resources/hosting-homes/t/pricing-strategies-9; el correspondiente a “precios inteligentes” en airbnb.es/help/article/1168 y el relativo a la “herramienta de precios para multiplicar reservas” en airbnb.es/resources/hosting-homes/a/pricing-tools-you-can-use-to-attract-more-bookings-464.

⁷⁹ Sobre el concepto de empresa y sus límites en el Derecho comunitario, por todos, *vid.* A. JONES, “The boundaries of an undertaking in EU competition law”, *European Competition Journal*, Vol. 8, nº 2, 2012, pp. 301-331.

⁸⁰ F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El concepto de empresa...”, cit, p. 69.

⁸¹ Énfasis añadido.

⁸² J. MASSAGUER, FUENTES, “Introducción a la legislación española de defensa de la competencia”, en J. MASSAGUER FUENTES; J.M. SALA ARQUER; J. FOLGUERA CRESPO y A. GUTIÉRREZ (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2020, pp. 101-103.

⁸³ STS 19 de octubre 2018, núm 1516/2018, ECLI: ES:TS:2018:3622.

trust, aunque esto deba evaluarse caso por caso, esto es, a través de un análisis singular y específico de cada plataforma⁸⁴.

68. Más verosímil resulta afirmar que *Airbnb* no es una asociación y que, en consecuencia, su recomendación o sugerencia de precios (merced a la inteligencia artificial) no encaja en el art. 1 LDC. Al respecto, es importante destacar que, según la jurisprudencia comunitaria, existe un concepto amplio de asociación en el Derecho de la competencia⁸⁵. Pero, a pesar de ello, reconocemos que parece forzado reputar a *Airbnb* una asociación y no una auténtica empresa con entidad propia. No obstante, aun cuando justifiquemos la recomendación de precios de *Airbnb* gracias a este argumento, aún cabría la posibilidad de que nos encontremos ante un potencial acuerdo colusorio. Particularmente, será necesario descartar que el esquema de fijación de precios por noche dentro de la plataforma no se ajusta al concepto de práctica concertada.

69. Analizar el esquema de fijación de precios por noche para las viviendas de uso turístico publicadas en *Airbnb* requiere comprender dos tipos de relaciones: una de carácter vertical y otra de carácter horizontal. Por un lado, existe una relación entre la plataforma y los distintos anfitriones (propietarios de alojamientos turísticos). Pero, por otro lado, también es importante tener en cuenta que la plataforma constituye un *marketplace* en el que se encuentran no solo oferentes y demandantes de alojamientos turísticos, sino también distintos empresarios que, en principio, son competidores entre sí. Si estos empresarios intercambian entre ellos información, aunque no sea de forma directa, sino utilizando a la plataforma como intermediadora (o cooperadora necesaria), podríamos hablar de un potencial acuerdo colusorio. Y es que lo conflictivo no es tanto la relación entre la plataforma y los anfitriones, sino el hecho de que aquella sirve de medio para intercambiar información sensible en materia de precios. Seguidamente tratamos de explicar mejor esta idea.

70. En el caso *Tabacos*, por ejemplo, la CNMC sancionó a distintas empresas tabaqueras por intercambiarse información sensible⁸⁶. Sin embargo, esta información no se intercambiaba directamente entre ellas, sino que utilizaban un esquema algo más complejo. Concretamente, *Logista S.A* actuaba como intermediaria entre los distintos competidores, quienes compartían información sobre precios a través de su distribuidora común. De modo que cada una de las tabaqueras proporcionaba información a *Logista*, quien luego la entregaba agregada a cada una de las empresas tabaqueras.

En este caso, la CNMC tuvo muy en cuenta que *Logista* es el principal distribuidor de cigarrillos en nuestro país, ostentando nada más y nada menos que una cuota de mercado del 99% de las ventas de cigarrillos a nivel mayorista. Por si esto fuese poco, además, es el único distribuidor de los principales fabricantes a nivel nacional. Esta posición preeminente en el mercado, a ojos de la autoridad *antitrust*, “supone para la distribuidora el acceso a la práctica totalidad de los datos de ventas de todos los fabricantes a nivel nacional y, en particular, de los datos de los principales fabricantes de tabaco, por lo que representa una fuente de información de indudable valor y de gran interés estratégico para estos últimos”⁸⁷. En este contexto, se consideró que el hecho de que *Logista* proporcionara a todos los fabricantes de tabaco información estratégica que difiere sustancialmente de la que periódicamente publica el CMT (y que por ende no puede considerarse como pública) constituye una práctica prohibida según el art. 1 de la LDC.

71. El esquema anterior es muy similar en *Airbnb*, aunque a otra escala y en otro mercado⁸⁸. No en vano, cada usuario, ya sea huésped o anfitrión, proporciona una ingente cantidad de datos a la plata-

⁸⁴ F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El concepto de empresa...”, cit, pp. 75-76.

⁸⁵ STJUE 29 octubre 1980, asunto 209, *Heintz van Landewyck Sari*, ECLI:EU:C:1980:177 y 30 enero 1985, asunto 123, *BNIC*, ECLI:EU:C:1985:33.

⁸⁶ RCNMC de 10 de abril de 2019, *Tabacos* (Expte. 607/17).

⁸⁷ *Ibidem*, FD 4º.

⁸⁸ Sobre el modelo de negocio y sus implicaciones *antitrust* en materia de fijación de precios, véase A. EZRACHI y M.E. STUCKE, “How pricing bots could form cartels and make things more expensive”, *Harvard Business Review*, 27 de octubre, 2016, disponible en hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive y E. OLMEDO PERALTA, “Liberalizar el transporte...”, cit, p. 267.

forma. Esta información es de lo más variada e incluye el número de búsquedas para una determinada zona, características valoradas por los huéspedes, precios máximos o mínimos fijados por los anfitriones, nivel de ocupación, precio medio que se ha pagado con anterioridad a una determinada fecha, etc.

72. Todos estos datos pueden ser procesados por el algoritmo y puestos a disposición de cada uno de los anfitriones a través de los “precios inteligentes” o la “herramienta de precios para multiplicar reservas”. De modo que el algoritmo no hace sino procesar esa información y sugerir un precio que el anfitrión puede seguir o no. No obstante, aunque la sugerencia no es vinculante, resulta lógico que ese precio sea el seguido en la mayoría de los casos, ya que la plataforma maneja más datos que el oferente de viviendas turísticas⁸⁹. Además, no debemos perder de vista que la sugerencia o recomendación de la plataforma no es inocua y desinteresada, pues (como tuvimos ocasión de precisar *supra*) la remuneración que recibe aquella depende principalmente de dos variables: número de reservas y precio pagado por ellas.

73. En efecto, hay que tener en cuenta que en la práctica protagonizada por *Airbnb* se dan dos características en común con el asunto Tabacos. En primer lugar, *Airbnb* goza de una posición prominente en lo que respecta a la intermediación entre demandantes y oferentes de viviendas de uso turístico. No es eficiente que existan muchas plataformas que conecten a huéspedes y anfitriones. Antes bien, lo natural (y económicamente racional) es que unos y otros se concentren en pocas o muy pocas plataformas⁹⁰. Es un modelo económico en el que va todo al ganador (o ganadores), fenómeno que se conoce como “*tipping*”⁹¹. Como ha señalado la doctrina, esta posición puede dar lugar a un sistema “*hub-and-spoke*” en el que el desarrollador del algoritmo, como centro, contribuya a orquestar la colusión en todo el sector, lo que conduce a precios más altos⁹². Además, no debe olvidarse que, una vez conseguida esta dimensión, resulta difícilmente discutible⁹³. En segundo lugar, la información suministrada de forma gratuita merced a los “precios inteligentes”, esto es, al algoritmo, no está disponible públicamente en su mayor parte y, en la medida en que lo está, un oferente de viviendas de uso turístico no dispone de una capacidad de manejo de datos (tanto en tiempo como en forma) similar al de la plataforma.

⁸⁹ Para A. ZURIMENDI ISLA y A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Naturaleza jurídica...”, cit, p. 19, esto no es sino una ayuda o recomendación lógica propia de toda relación de intermediación, que no es ningún obstáculo para que el propietario fije el precio libremente. Se sobreentiende así que, para estos autores, *Airbnb* no fija ni directa ni indirectamente los precios ni mucho menos que lo haga de manera ilícita.

⁹⁰ Entre otros, E. OLMEDO PERALTA, “Las plataformas de economía colaborativa ante la propuesta de Ley de Mercados Digitales: ¿son suficientemente disputables los mercados colaborativos?”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 361; A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “El poder de mercado...”, cit, p. 103; C. ESTEVAN DE QUESADA, “Desequilibrios de poder en los mercados digitales: Plataformas y dependencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, n° 42, 2022, p. 66 y R. BAHAMONDE, “Competencia y plataformas digitales en Portugal”, en J. MARTÍ MIRAVALLS y C. RODILLA MARTÍ (Dir.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 153. Sin embargo, hay autores que, desde una óptica empresarial, han cuestionado esta aseveración afirmando que la competencia entre plataformas no consiste únicamente en construir la mayor red, sino en su capacidad de ofrecer contenidos únicos y atractivos. Al respecto, véase C. CENNAMO y J. SANTALO, “Platform competition: strategic trade-offs in platform markets”, *Strategic Management Journal*, Vol. 34, n° 11, 2013, pp. 1346-1347.

⁹¹ M. KATZ y C. SHAPIRO, “Systems competition and network effects”, *Journal of economics perspectives*, Vol. 8, n° 2, 1994, pp. 105-106. Al respecto, es interesante destacar que hay quien ha afirmado que la legislación *antitrust* no debe impedir ni atacar el efecto económico natural del mercado hacia un escenario “the winner takes it all” en la economía digital de plataformas. Sobre esta postura, véase G. KIMMELMAN, “Syncing antitrust...”, cit, p. 46.

⁹² A. EZRACHI y M.E. STUCKE, “How pricing bots...”, cit. Sobre este sistema en el sector del transporte urbano de pasajeros véase S. BOBOC, “La determinación de precios por Uber como ilícito concurrencial”, en M.V. PETIT LAVALL y A. PUETZ (Dir.), *El transporte como motor del desarrollo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 630-633 e ÍDEM., *Las plataformas en línea y el transporte discrecional de viajeros por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 2021, *passim*. También señala que el riesgo de que una adaptación de precios sea anticompetitiva aumenta cuando algún operador controla una parte importante del mercado, como es el caso de *Airbnb*, E. OLMEDO PERALTA, “Competencia dentro de las plataformas de economía colaborativa: posibles prácticas restrictivas de los mal llamados prosumidores”, en I. GONZÁLEZ CABRERA y B. FONTICIELLA HERÁNDEZ (Dir.), *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 217.

⁹³ E. OLMEDO PERALTA, “Las plataformas de economía colaborativa...”, cit, pp. 365; ÍDEM., “Competencia dentro de las plataformas...”, cit, p. 223 y M. THOMAS; P. LE MASSON; B. WEIL y J. LEGRAND, “The future of digital platforms: conditions of platform overthrow”, *Creativity and innovation management*, Vol. 30, n° 1, 2021, p. 93.

74. La irrelevancia de la práctica desarrollada por *Airbnb* en lo relativo a la determinación indirecta queda descartada si, a lo anterior, añadimos que la propia plataforma compele a sus anfitriones a establecer un precio mínimo en caso de que la demanda fuese baja. De hecho, afirma lo siguiente: “Nuestra intención es proporcionarte la información más fiable a la que tenemos acceso para que puedas tomar decisiones comerciales informadas y que te den buenos resultados. Es posible que nuestras sugerencias de precios no siempre reflejen los matices de tu actividad como anfitrión ni aquello que consigue que tu espacio sea único. Por eso, es importante que añadas un *precio mínimo* que garantice que los *Precios inteligentes solo te consigan reservas por importes que consideres suficientes*”⁹⁴.

75. A esta aseveración debemos de añadir otra para el caso contrario, esto es, para los supuestos en los que la demanda fuese alta. Para esta otra hipótesis la plataforma dispone lo siguiente: “En tal caso, lo que realmente hace falta son herramientas que te aseguren que no pierdes dinero por estar cobrando *un precio demasiado bajo* cuando hay mucha demanda. Por eso, hemos dedicado la primera mitad de 2018 a analizar este problema y hemos aplicado mejoras a nuestras sugerencias de Precios inteligentes para seguir las tendencias del mercado durante los periodos de gran demanda”⁹⁵.

76. Si lo anterior no fuese suficiente, la plataforma añade: “el modelo actualizado examina los datos de *Airbnb* de años anteriores y la relación entre la demanda (reservas) y los precios de los alojamientos reservados en tu zona. Al tener en cuenta estos factores, tus sugerencias de Precios inteligentes serán más útiles. Este es solo el primer paso. Seguimos trabajando en nuevas formas de conseguir que nuestras sugerencias de precios se adapten mejor a tus objetivos y en modos de ofrecerte más datos de mercado, en vez de sugerencias, para que puedas tomar decisiones informadas sobre el precio que estableces”⁹⁶.

77. A nuestro juicio, resulta sorprendente que no se conozca aún ninguna investigación acerca de esta práctica, dada su posible naturaleza anticompetitiva. Especialmente si tenemos en cuenta dos datos. Por un lado, que en los últimos años el uso de algoritmos ha despertado un gran interés en la comunidad jurídica⁹⁷. Por otro lado, que *Airbnb* tiene que ser calificado bien como un intermediario del servicio de alojamiento, bien como el efectivo proveedor del servicio subyacente. Si el TJUE ha descartado la segunda opción, debe optar por la primera. En este caso, la integración del modelo de *Airbnb* en un sistema “*hub-and-spoke*” parece factible⁹⁸. No en vano, sería deseable garantizar que la propia aplicación funcione en condiciones de competencia, evitando que lleve a cabo prácticas que distorsionen o falseen la competencia dentro de la plataforma⁹⁹. En cualquier caso —y al margen del posible carácter *antitrust* de esta práctica—, resulta difícilmente comprensible que la sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2019 (caso *Airbnb Ireland*), considere tan alegremente que *Airbnb* no determina los precios ni directa ni indirectamente¹⁰⁰.

⁹⁴ Énfasis añadido. Texto literal extraído de “Respuestas de Airbnb: sugerencias de precios”, disponible en community.withairbnb.com/t5/Actualizaciones-de-Airbnb/Respuestas-de-Airbnb-sugerencias-de-precios/td-p/790647.

⁹⁵ Véase, nota anterior.

⁹⁶ Véase, nota anterior.

⁹⁷ A modo de ejemplo acerca del interés despertado, y sin ánimo de desmerecer a otros autores, véase: A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, *Actas de Derecho Industrial*, n° 38, 2018, pp. 77-103; A. EZRACHI y M.E. STUCKE, “Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition”, *University of Illinois Law Review*, 2017, pp. 1775-1810; U. SCHWALBE, “Algorithms, machine learning, and collusion”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 14, n° 4, 2018, pp. 568-607; M. PASTRANA ESPÁRRAGA, “Algoritmos, big data e inteligencia artificial: nuevos desafíos en el derecho de la competencia”, en E. OLMEDO PERALTA (Dir.), *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 219-247; E. SOLERNAU SANZ, “La colusión en el contexto de los algoritmos”, *Revista de estudios europeos*, n° 78, 2021, pp. 138-153 y J. FRAMIÑÁN SANTAS, “La colusión tácita mediante algoritmos de precios”, en A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 255-303.

⁹⁸ En relación con el sector transporte, en términos similares S. BOBOC, “La determinación de precios por *Uber*...”, cit, p. 633.

⁹⁹ E. OLMEDO PERALTA, “Competencia dentro de las plataformas...”, cit, p. 224.

¹⁰⁰ STJUE 19 diciembre 2019, asunto 390, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112, apdos. 55°, 56° y 62°.

3. Poder de mercado, fijación de precios e influencia decisiva

78. A la luz de lo expuesto, parece innegable que *Airbnb* ejerce influencia, al menos de manera indirecta, sobre los precios. Sin perjuicio de la valoración que merezca la práctica analizada de acuerdo con el art. 1 LDC (lo que va más allá del propósito perseguido en estas páginas), es indudable que *Airbnb* no es ajena a la fijación del precio. La influencia ejercida en materia de precios puede ser lícita o ilícita, pero en cualquier caso existe¹⁰¹. Hay diversos motivos que respaldan esta afirmación: 1º) la plataforma tiene un interés indirecto en maximizar tanto el precio como el número de reservas, pues así también se maximizan sus comisiones y, por ende, sus beneficios; 2º) “los precios inteligentes” propuestos por *Airbnb* emplean diferentes variables, las cuales pueden ser determinadas por la plataforma gracias a la información de la que dispone; 3º) la propia plataforma reconoce que dicha herramienta trata de maximizar la rentabilidad de los alojamientos cuando la demanda es alta; 4º) la plataforma permite e incluso invita al establecimiento de un precio mínimo que complemente el uso de la herramienta “precios inteligentes”; 5º) por último, la plataforma goza, al menos en cierta medida, de una posición de dominio relativa, lo que le permite que sus propuestas o sugerencias tengan efectos relevantes en el mercado y en el nivel de competencia vía precio, el cual se ve sensiblemente afectado.

79. A nuestro juicio, habría sido deseable que el TJUE, en su conocida sentencia de diciembre de 2019, hubiese tomado en consideración el poder de mercado a la hora de determinar la verdadera naturaleza jurídica del servicio prestado por *Airbnb*. En nuestra opinión, un intermediario digital puede o no ser calificado como prestador del servicio subyacente, teniendo en cuenta, entre otros factores, la fuerte o débil posición económica de la que disfruta la empresa. No en vano, a mayor poder de mercado, mayor será la influencia decisiva que puede ejercer el operador digital sobre el servicio subyacente. He aquí la principal propuesta que hacemos a través de este trabajo, convencidos de la utilidad del criterio del poder de mercado para determinar la verdadera naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas transaccionales.

80. La imposición de mayores obligaciones a intermediarios digitales basándose en su posición o fuerza económica no es algo extraño en nuestro Derecho. Antes bien, existen ejemplos de normas recientes que fijan mayores obligaciones para operadores de gran tamaño. La Ley de Servicios Digitales, por ejemplo, establece en sus arts. 33 y siguientes obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos para prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de gran dimensión¹⁰². Por otra parte, la Ley de Mercados Digitales define en su art. 3 qué es un guardián de acceso teniendo en cuenta la tenencia de un elevado volumen de negocios y número de usuarios. Estos guardianes de acceso, como no podría ser de otro modo, quedan sometidos a una serie de obligaciones que no tienen otros operadores de menor tamaño, como se infiere de los arts. 5 a 7¹⁰³.

¹⁰¹ K.A. BAMBERGER y O. LOBEL, “Platform...”, *cit*, pp. 1078-1079.

¹⁰² Sobre esta ley, sin ánimo de ser exhaustivos: A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Ley de servicios digitales: Nuevas obligaciones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de intermediación”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 213-223; C. SANDEI, “Digital Services Act: regolazione d’impresa e tutela del mercato. New wine in old bottles”, en A. MARTÍNEZ NADAL (Dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters- Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 415-431 y S. MERABET, “Le Digital Services Act: guide d’utilisation de lutte contre les contenus illicites”, *La Semaine Juridique*, nº 42, 2022, pp. 1959-1964.

¹⁰³ Sobre esta ley, sin ánimo de ser exhaustivos: J.I. RUÍZ PERIS, “La nueva digital market act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los gatekeepers”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 57, 2021, *passim*; E. OLMEDO PERALTA, “Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?”, en A. TATO PLAZA; J. COSTAS COMESAÑA; F. CARBALLO-CALERO; F.J. TORRES PÉREZ y S. LOUREDO CASADO (Dir.), *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y la propiedad industrial III*, Granada, Comares, 2022, pp. 87-116; F. DÍEZ ESTELLA, “La DMA: ¿Un nuevo Reglamento para -o contra- los mercados digitales en la UE?”, en E. HERNÁNDEZ SÁINZ; C. MATE SATUÉ y M.T. ALONSO PÉREZ (Dir.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, A Coruña, Colex, 2023, pp. 51-79 y J.J. MONTERO PASCUAL y M. FINGER, “La regulación de las plataformas digitales como industrias en red”, *Revista general de derecho de los sectores regulados*, nº 9, 2022, p. 9 y ss.

81. Por ello creemos no equivocarnos al afirmar que la posición económica relativa de una compañía en el mercado relevante debe tenerse en cuenta para determinar la verdadera naturaleza del servicio prestado por una plataforma digital. Esto debería conducir a sostener que una plataforma podría realizar el servicio subyacente cuando, además de encajar en alguno de los parámetros utilizados por el TJUE en su jurisprudencia, goza de posición de dominio relativa (en el sentido más arriba explicado).

Es cierto que lo anterior puede parecer discriminatorio. Sin embargo, en nuestra opinión, no lo es. Y es que no ejerce una influencia decisiva quien quiere, sino quien puede. El poder de mercado del que goza la compañía guarda una relación directa con el concepto de influencia decisiva. Por lo tanto, una plataforma que conecta a huéspedes y anfitriones, en principio, no tiene por qué ser calificada como prestadora del servicio subyacente.

82. Si una nueva plataforma que ofrece viviendas de uso turístico presenta un modelo similar al de *Airbnb*, pero ostenta una pequeña posición en el mercado, difícilmente ejercerá una influencia decisiva. Sobre todo, porque no tendrá capacidad para imponer sus condiciones, en la medida en que los anfitriones disponen de alternativas con más usuarios. Sus sugerencias de precios serán menos nocivas para la competencia efectiva por idéntico motivo. De hecho, si la nueva empresa pretende disputar la hegemonía de los grandes operadores, tendrá que ofrecer ventajas competitivas significativas. Sin embargo, los grandes operadores de ese mercado, como pueden ser *Airbnb* o *Booking*, sí que pueden influir, dada su dimensión, en las condiciones y fijación del precio de las transacciones entre anfitrión y huésped. De ser así, deberían ser calificadas como prestadores del servicio subyacente, incluso si no son propietarios de los activos o no fijan directamente los precios.

83. Por otro lado, un mismo servicio prestado por otra empresa que no tiene esa posición de mercado no debe ser considerado como servicio subyacente, a pesar de cumplir con algunos de los parámetros utilizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en las sentencias sobre *Uber* y *Airbnb*. La razón es simple. Si una empresa no disfruta de una posición fuerte en ese mercado, en realidad no ejerce una influencia decisiva. Esto se puede observar fácilmente en el caso de los servicios de transporte interurbano.

84. El TJUE determinó en 2017 que *Uber* era prestadora del servicio subyacente. Sin embargo, cada vez existen más alternativas a esta empresa a nivel mundial: *Didi* (de origen chino), *Cabify* (española), *Lyft* (americana), *Avant app* (mexicana), *Indrive* (rusa) o *Bolt* (estonia), por citar solo algunas. En un escenario ideal desde la perspectiva de la competencia, en el cual varios de estos operadores funcionarían en un determinado mercado y tuvieran una cuota similar entre sí, ninguno ejercería una influencia decisiva en el servicio subyacente. Una plataforma concreta dejaría de ser un activo esencial, en la medida en que existan otras. La fijación del precio obedecería más a una cuestión de mercado que de fijación unilateral de la plataforma, salvo acuerdos colusorios entre las distintas *apps*. Además, los conductores podrían prestar sus servicios en varias plataformas, a no ser que alguna impusiese en sus condiciones cierta exclusividad, lo cual también puede plantear problemas desde el punto de vista *antitrust*. En este escenario idílico (aunque no imposible), no es tan intuitivo sostener que son las plataformas las que ejercen una influencia decisiva sobre el servicio subyacente y que, por tanto, han de ser tratadas como si fuesen las prestadoras de dicho servicio.

IV. La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2022: un paso al frente en la toma en consideración del poder de mercado de la plataforma

85. Acabamos de exponer y comentar en los epígrafes precedentes la jurisprudencia del TJUE acerca de la verdadera naturaleza de los servicios de intermediación prestados por las plataformas digitales. Ahora es el momento de abordar una resolución judicial de la cual podemos extraer interesantes conclusiones sobre nuestro tema de estudio. Nos referimos, en concreto, a la sentencia del TJUE, de 27 de abril de 2022, asunto *Airbnb Ireland UC vs Région de Bruxelles-Capitale*.

En particular, este pronunciamiento resulta aquí de interés por dos cuestiones. 1^a) En primer lugar, en él el TJUE parece enmendar por la puerta de atrás, o al menos matizar, la conclusión alcanzada en la sentencia de 19 de diciembre de 2019. No en vano, reconoce que *Airbnb*, en tanto que operador digital de cierto tamaño que cuenta con un elevado número de intermediaciones y de cuota de mercado, puede quedar sujeto a obligaciones de información que no son exigibles a una empresa tradicional que carezca de dicho carácter digital y de una dimensión similar. 2^a) En segundo lugar, asegura que la imposición de más obligaciones para este tipo de operadores no resulta discriminatoria ni socava el principio de neutralidad tecnológica. El trato diferencial se justifica en el mayor número de transacciones en las que intermedia y en la elevada cuota de mercado. Con estas afirmaciones parece que el TJUE abre la puerta a considerar la posición económica o de poder de mercado de una empresa al determinar la verdadera naturaleza del servicio que presta y, por consiguiente, las responsabilidades a las que ha de quedar sujeta.

86. El supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia referida trata sobre un par de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional belga acerca de la compatibilidad de cierta normativa nacional, que obliga a los prestadores de servicio de intermediación a facilitar determinada información a la Administración tributaria, con la Directiva 2000/31/CE, de Servicios de la Sociedad de la Información y con el art. 56 TFUE. Concretamente, se exige a los intermediarios digitales como *Airbnb* que faciliten, previa solicitud por escrito de la Administración tributaria y so pena de multa administrativa, datos sobre el operador, las señas de los alojamientos en cuestión, el número de pernoctaciones y de unidades de alojamiento explotadas durante el año anterior. Previsión que, según *Airbnb*, es incompatible con el art. 56 TFUE porque en la práctica supone una discriminación respecto a sus competidores que operen mediante un modelo de negocio tradicional.

87. Pues bien, dejando al margen detalles fácticos y jurídicos que carecen de interés para la cuestión que ahora nos concierne, lo llamativo y destacable de este pronunciamiento es que el TJUE justifica la normativa belga y su afectación dispar a operadores tradicionales y digitales, merced al elevado número de transacciones que llevan a cabo estos últimos e, incluso, a su cuota de mercado. Si bien es cierto que el órgano jurisdiccional no se contradice ni cambia de línea jurisprudencial expresamente, no menos cierto es que, implícitamente, llega a reconocer que *Airbnb* ha de asumir algunas responsabilidades (en este caso, en materia de información de relevancia tributaria) que no ha de asumir de la misma manera un intermediario que opere fuera del ecosistema digital. En definitiva, se evidencia una mayor imputación de responsabilidad a plataformas electrónicas de cierta dimensión, lo cual está en línea con la Ley de Servicios Digitales y la Ley de Mercados Digitales.

88. En palabras del TJUE, “es cierto que la evolución de los medios tecnológicos y la actual configuración del mercado de prestación de servicios de intermediación inmobiliaria conduce a la constatación de que los intermediarios que prestan sus servicios mediante un sitio de Internet pueden hacer frente, en aplicación de una normativa como la controvertida en el litigio principal, a una obligación de transmisión de datos a la Administración tributaria más frecuente y más importante que la que recae sobre otros intermediarios. Sin embargo, *esta mayor obligación no es más que el reflejo del número más elevado de transacciones que llevan a cabo dichos intermediarios y de su cuota de mercado respectiva*. Por consiguiente, de ello no se deriva ninguna discriminación”¹⁰⁴.

89. En consecuencia, de esta STJUE cabe inferir que *Airbnb* ofrece un mero servicio de la sociedad de la información y no ha de ser reputado prestador del servicio subyacente (STJUE de 19 de diciembre de 2019). Sin embargo, puede estar sujeto a mayores obligaciones de información que un agente u operador tradicional en la medida en que realiza un mayor número de transacciones y goza de una cuota de mercado más elevada (STJUE de 27 de abril de 2022). Esto —en lo que aquí interesa— nos lleva a preguntarnos si no debería tenerse en cuenta el poder de mercado en el análisis encaminado a dilucidar si la plataforma digital ejerce o no una influencia decisiva en la prestación del servicio sub-

¹⁰⁴ STJUE 27 abril 2022, asunto 674, *Airbnb Ireland UC vs Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2022:303, apdo. 44°.

yacente¹⁰⁵ Nuestra respuesta, como cabe esperar de lo hasta aquí expuesto, ha de ser necesariamente afirmativa. Aunque el futuro es incierto e impredecible, tal vez algún día esta opinión llegue a ser compartida por el TJUE.

V. Conclusiones (necesariamente provisionales)

90. La calificación de una plataforma digital como prestadora del servicio subyacente o de un servicio de intermediación digital plantea un falso dilema. No es fácil encajar los servicios que prestan estos operadores digitales en categorías tan extremas y antagónicas. Con frecuencia, estas empresas no prestan realmente el servicio subyacente. Pero no por ello deben ser calificados sin más como meros prestadores de un servicio de intermediación propio de la sociedad de la información. Razón por la cual esta disyuntiva debería superarse tanto en sede comunitaria como nacional. En su lugar, habría de adoptarse una nomenclatura más flexible que permita dar cabida a modelos de negocio dispares.

91. No obstante, en tanto que la disyuntiva señalada no sea superada, es deseable, a nuestro juicio, que se tenga en cuenta el poder de mercado relativo de las plataformas digitales de intermediación en el examen encaminado a determinar la verdadera naturaleza jurídica de los servicios que prestan en el mercado. Desde nuestro punto de vista, a esta propuesta pueden atribuírsele, al menos, las tres bondades que exponemos a continuación.

92. La primera de ellas estriba en que la consideración del poder de mercado relativo es respetuosa con el caso concreto y evita juzgar en abstracto los servicios prestados. Si se está de acuerdo en que el parámetro de valoración que determina la auténtica naturaleza del servicio prestado por una plataforma digital es la influencia decisiva, no puede obviarse que dicha influencia dependerá, en buena medida, del poder de mercado del que goce el operador digital. Dos empresas que realicen un servicio muy similar, pero que tengan un poder de mercado dispar, pueden influir de manera muy diferente en la prestación del servicio subyacente. Obviamente, cuando la plataforma disfruta de un elevado poder de mercado, tendrá más fácil fijar precios (aunque sea de forma indirecta) y otras condiciones contractuales. Asimismo, la propia plataforma será un activo más esencial, esto es, se volverá más imprescindible para la prestación del servicio, en tanto que un determinado intermediario digital consiga aglutinar a la mayoría de la oferta y la demanda.

93. Otra bondad de la propuesta que realizamos es el tratarse de una interpretación dotada de efectos procompetitivos, en la medida en que aumenta la disputabilidad entre los diferentes operadores. En efecto, si una plataforma con un elevado poder de mercado relativo asume obligaciones de hacer y no hacer que no ostentan aquellas otras de menor tamaño, ello aumentará la presión competitiva que por propia naturaleza resulta mermada desde el mismo momento que una empresa consigue concentrar una parte importante de ese mercado. De modo que la aplicación del criterio del poder de mercado evitaría, en la medida de lo posible, la existencia de un mercado demasiado concentrado, a la par que una mayor competitividad entre plataformas brindaría mayor libertad a los usuarios, al hacerlos menos dependientes en términos económicos.

94. Finalmente, como última bondad de nuestra propuesta cabe invocar que la aplicación del criterio del poder de mercado posee también efectos positivos sobre los consumidores y la administración pública, ya que los grandes operadores con poder de mercado quedarían sujetos a otras obligaciones que no podrían exigirse a un mero intermediario. De esta manera, el análisis de la auténtica naturaleza del servicio prestado por una plataforma sería más complejo y, en consecuencia, permitiría que ciertos

¹⁰⁵ Si bien compartimos la opinión de aquellos que han señalado que tomar en cuenta solo la cuota de mercado para determinar el poder de mercado de una empresa es engañoso. Sobre este particular, véase W.M. LANDES y R. POSNER, “El poder de mercado en los casos de libre competencia”, *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, nº 26, 2003, p. 142.

operadores no eludieran responsabilidad so pretexto de su carácter digital o su modelo de negocio ambiguo, a medio caballo entre la pura intermediación y la prestación del servicio subyacente de manera externalizada.

95. En cualquier caso, al margen de las bondades imputables a la adopción del poder de mercado como criterio útil en la determinación de la verdadera naturaleza de los servicios prestados por las plataformas, no nos resistimos a cerrar este trabajo sin realizar una doble crítica en los términos que exponemos a continuación.

96. Por un lado, resulta obvio que, según las normas vigentes, una plataforma debe ser categorizada como una simple intermediaria digital o como prestadora contractual del servicio subyacente. O se es una cosa o la otra, pues no cabe la posibilidad de quedar fuera de ambas categorías. De modo que, si la plataforma ejerce una influencia decisiva sobre los prestadores efectivos, tiene que asumir más responsabilidad que la de un mero intermediario. La dependencia de los empresarios que ofertan sus servicios a través de ella así lo exige. Pero, en caso contrario, esto es, si la plataforma transaccional no goza de ese control de gran importancia sobre los prestadores efectivos, los distintos empresarios han de considerarse independientes y habrá de concluirse que la plataforma actúa como el núcleo de un potencial sistema “*hub-and-spoke*”. En este caso, consecuentemente, su conducta debería ser anticompetitiva.

97. Por otro lado, no termina de convencernos que en el ámbito privado una plataforma como *Airbnb* se considere prestadora de un servicio de la sociedad de la información que no merece mayor responsabilidad que otro operador tradicional, mientras que en el ámbito público-fiscal sí que se justifica ese trato diferenciado a favor del Estado. ¿Son acaso las plataformas digitales como el test de *Rorschach*? A nuestro juicio, no parece conforme con la seguridad jurídica que los legisladores y los jueces puedan encontrar mensajes ocultos y significados profundos en las manchas de tinta cuando se trata de intereses públicos, pero pierdan toda habilidad interpretativa en lo que atañe a los intereses privados.

98. En suma, se explora y sostiene aquí que el concepto de poder de mercado se presenta como un criterio considerablemente útil en la tarea de determinar la auténtica naturaleza jurídica de los servicios proporcionados por las plataformas digitales. Se trata de una propuesta elaborada principalmente desde una perspectiva vinculada al Derecho de la competencia empresarial, a pesar de que la temática que se aborda en este trabajo no se enmarca por completo dentro de la esfera concurrencial. Pero no vemos problema alguno en este modo de proceder. Nos parece un error concebir a las distintas ramas o parcelas del Derecho como compartimentos estancos. De ahí que el empleo del enfoque concurrencial nos parezca muy razonable para abordar la materia aquí analizada.

En la era digital, la importancia del Derecho de la competencia se vuelve primordial, al desempeñar un papel esencial en la protección del bienestar colectivo. En este sentido, es evidente que las innovaciones tecnológicas y la dinámica del mercado por sí solas no son suficientes para prevenir abusos de poder. Es por ello que, en lo que concierne a las tendencias legislativas, podemos identificar un claro patrón hacia la atribución de mayores responsabilidades a las plataformas que gozan de un mayor poder económico. Un ejemplo palpable de esto se encuentra en la Ley de Servicios Digitales. Sus artículos 33 y siguientes estipulan requisitos suplementarios orientados a la gestión de riesgos sistémicos por parte de las plataformas en línea dotadas de una considerable envergadura, así como a los motores de búsqueda en línea de gran calado. Y lo mismo puede afirmarse de la Ley de Mercados Digitales. No en vano, en sus artículos 5 a 7, se imponen una serie de obligaciones específicas a los denominados “guardianes de acceso”, que, sin embargo, no afectan a actores digitales de menor magnitud y relevancia económica.