

FRANCISCO GONZÁLEZ CASTILLA

Consejo Thomson Reuters Aranzadi

D. JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ
Presidente

D. LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO
Vicepresidente

VOCALES

D. ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

D^a. ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO

D. ÁNGEL CARRASCO PERERA

D^a. CARMEN CHINCHILLA MARÍN

D. FAUSTINO CORDÓN MORENO

D. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

D. MARIO GARCÉS SANAGUSTÍN

D. JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO

D. EUGENIO GAY MONTALVO

D. JACOBO BARJA DE QUIROGA

D. LUIS MARTÍN REBOLLO

D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

D. JULIO MUERZA ESPARZA

D. ALBERTO PALOMAR OLMEDA

D. GONZALO QUINTERO OLIVARES

D. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

D. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

D. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

D^a. M^a LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

D. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

D. EUGENIO SIMÓN ACOSTA

**LA ECONOMÍA COLABORATIVA
ANTE EL DERECHO
DE LA COMPETENCIA**

Una introducción al análisis antitrust
y regulatorio de las plataformas

THOMSON REUTERS
ARANZADI



THOMSON REUTERS PROVIEW eBOOKS

Incluye versión en digital

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «Restricción, abuso y discriminación en el mercado tecnológico y sectores regulados» [RTI2018-098295-B-I00]

Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades Proyectos de I+D+i «Retos Investigación» del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Francisco González Castilla]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1308-089-5

DL NA 2105-2019

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

Índice General

Página

1		
LA ECONOMÍA COLABORATIVA, ENTRE REGULACIÓN Y COMPETENCIA		11
2		
EL OBJETO DE ESTUDIO: LAS PLATAFORMAS DIGITALES TRANSACCIONALES DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA		23
3		
BASES PARA UN MARCO LEGAL PROCOMPETITIVO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA		31
I. La discusión sobre el modelo: Regulación, autorregulación y competencia		31
II. Cinco ámbitos para una intervención regulatoria procompetitiva ..		38
III. Un ejemplo práctico de los problema regulatorios: El transporte urbano de pasajeros en vehículos de turismo		52
4		
SOBRE LA ESTRUCTURA DE NEGOCIO DE LAS PLATAFORMAS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA: CARACTERÍSTICAS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS ANTITRUST		59
I. Las plataformas actúan en mercados multilaterales con intensos efectos de escala y de red		59
II. Las plataformas actúan a partir de la explotación algorítmica de macrodatos		62

5

LAS PLATAFORMAS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA 67

I. Introducción 68

II. Los conceptos de empresa y trabajador en el Derecho europeo: consecuencias para el análisis antitrust de la economía colaborativa 72

1. *El punto de partida: plataformas y oferentes como empresas a los efectos del Derecho de la competencia* 72

2. *El problema: poder de dirección, autonomía comercial y atribución del riesgo en la «gig economy»* 77

2.1. *¿Los autónomos de la economía colaborativa son empresas que determinan su comportamiento en el mercado asumiendo el riesgo de su actividad?* 79

2.2. *¿Pueden existir acuerdos restrictivos en las plataformas de la economía colaborativa eximidos del Derecho de la competencia por analogía con el régimen jurídico de la negociación colectiva?* 86

III. La definición del mercado de referencia de las plataformas digitales transaccionales de la economía colaborativa 91

1. *Preliminar: los posibles escenarios contractuales de la prestación de los bienes y servicios intermediados por la plataforma* 93

2. *La definición del mercado de referencia: El mercado de la intermediación, ¿un único mercado con dos lados o mercados distintos?* 96

3. [sigue] *La definición del mercado de referencia: intermediación digital vs mercado subyacente intermediado* 103

4. [sigue] *La definición del mercado de referencia: el mercado de producto y geográfico de referencia* 107

5. [sigue] *La definición del mercado de referencia: conclusiones provisionales* 115

IV. Análisis del poder de mercado de las plataformas de la economía colaborativa 117

1. *Introducción: sobre la irresistible tendencia del modelo hacia el monopolio* 117

2. *Análisis del poder de mercado de las plataformas: macrodatos, algoritmos y competencia en la innovación* 119

3. [sigue] *Análisis del poder de mercado de las plataformas: conclusiones provisionales* 130

V. Los acuerdos y prácticas colusorias en la economía colaborativa: análisis de las restricciones horizontales y verticales intraplataforma 131

1. *En torno a la posible colusión algorítmica en las plataformas digitales* 131

2. *Tipología de los acuerdos restrictivos de la competencia en las plataformas de la economía colaborativa: la relevancia de la «interacción entre la intermediación y los servicios intermediados»* 140

2.1. *La colusión horizontal de los oferentes de la economía colaborativa a través de la intervención de la plataforma: los cárteles Hub&Spoke* 143

2.2. *La colusión horizontal de los oferentes de la economía colaborativa a través de la intervención de la plataforma: las condiciones de adhesión a la plataforma y la imposición de una excesiva transparencia* 147

2.3. *Restricciones verticales en las condiciones de prestación de los servicios a través de las plataformas: contratos que hacen referencia a los rivales (CCR) y recomendaciones de precios* 151

VI. En busca de puerto seguro para los acuerdos intraplataforma (presuntamente) eficientes y necesarios para la articulación de su actividad de intermediación digital 161

1. *Las plataformas de la economía colaborativa como redes de distribución* 162

2. *El Reglamento 330/2010 y los acuerdos verticales en las plataformas de la economía colaborativa* 164

3. *La articulación contractual de las plataformas de economía colaborativa y la doctrina de las restricciones accesorias* 167

4. *Las eficiencias generadas por los acuerdos y prácticas restrictivas en el seno de las plataformas y la excepción del art. 101.3 TFUE* 171

VII. El abuso de posición de dominio en la economía colaborativa y su tipología 180

1. *Introducción. Sobre las debilidades estructurales de las posiciones de dominio en la economía de las plataformas* 180

2. *Tipología del abuso de posición de dominio en la economía colaborativa* 182

2.1. Referencia general a las conductas de explotación y de exclusión en la economía colaborativa	182
2.2. Acuerdos vinculados y prácticas de ajuste del precio y condiciones del servicio al perfil del cliente	184
2.3. El bloqueo de competidores a través de cláusulas que referencian a los rivales	188
BIBLIOGRAFÍA	193

Thomson Reuters Pro View. Guía de uso

La economía colaborativa, entre regulación y competencia

Se ha convertido ya en un tópico recordar que hasta hace poco tiempo únicamente los propietarios de hoteles ofrecían servicios de alojamiento, los bancos prestaban dinero, los taxistas transportaban personas a cambio de una remuneración o los restaurantes ofrecían una *experiencia gastronómica*. En apenas diez años el fenómeno imparable, global y transversal de las plataformas digitales a gran escala ha transformado para siempre el modo en el que compramos y consumimos, el modo en el que viajamos o nos movemos en la ciudad: las plataformas son *protagonistas de una economía digital, de servicios y colaborativa* cuya expansión ha aprovechado sin duda los *pliegues regulatorios*, sobrepasando al legislador¹.

1. Si bien los *tiempos del legislador* han sido claramente superados por la velocidad de los cambios, debe subrayarse que la doctrina jurídica ha estado desde el primer momento muy atenta al fenómeno de las plataformas digitales. En especial en sede de Derecho de la competencia destacan las aportaciones tempranas de EVANS, EZRACHI, FILISTRUCCHI, GRAEF, HATZOPOULOS, ROCHET, STUCKE, SUNDARARAJAN, TIROLE, entre otros; o, en nuestro Derecho, la primera aproximación monográfica de Teresa Rodríguez de las Heras (*El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, Marcial Pons, 2006). En tiempos más recientes son numerosos los trabajos que desde el Derecho privado, administrativo, laboral, o constitucional han configurado un abundante corpus doctrinal en la materia (véase bibliografía). Especialmente meritorio es el esfuerzo transversal de Vassilis HATZOPOULOS en su *The Collaborative Economy and EU Law* (Bloomsbury, Hart Publishing, 2018), donde el profesor y abogado griego ofrece un análisis multidisciplinar y completo del fenómeno desde las diversas ramas del ordenamiento jurídico comunitario aplicables a esta nueva realidad económica.

Pero además de los numerosos artículos científicos dedicados a la materia, el lector interesado puede acudir a diversas obras colectivas que reúnen esa aproximación transversal: ALFONSO SÁNCHEZ, R./VALERO TORRIJOS, J. (Direcc.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, 2017, Aranzadi; MONTERO PASCUAL, J.J. (Direcc.), *La regulación de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017; AA.VV., *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2018; o el número monográfico de la *Revista de*