

El sector *cloud* ante el Derecho de la Competencia: el próximo reto regulatorio de los ecosistemas digitales

The cloud sector and competition law: the next regulatory challenge for digital ecosystems

El sector de la computación en la nube ha experimentado un vertiginoso crecimiento en los últimos años, y es sin duda un motor de la digitalización de la economía y el crecimiento empresarial. Sin embargo, tanto sus características estructurales (alto grado de concentración) como algunas prácticas que llevan a cabo los principales proveedores de servicios cloud (vinculación, auto-preferencia, etc) plantean un riesgo al mantenimiento de una competencia efectiva en este mercado. Por ello, en el pasado año 2023 se han sucedido diversos informes y actuaciones por parte de las autoridades de competencia en Europa, y también en España, que se examinan en este trabajo, prestando especial atención a la política de licencias de *software* que lleva a cabo la empresa Microsoft, y consideramos es una práctica anticompetitiva. A este respecto, junto a la «clásica» prohibición de abuso de dominio (art. 102 TFUE) se examina la idoneidad de la regulación sectorial, como los recientes *DMA* o *EU Data Act*.

Cloud, competencia, regulación, abuso de dominio, DMA, EU Data Act.

The cloud computing sector has experienced dizzying development in recent years and is undoubtedly a driver of the digitisation of the economy and business growth. However, both its structural characteristics (high degree of concentration) and some of the practices of the main cloud service providers (bundling, self-preference, etc.) pose a risk to maintaining effective competition in this market. For this reason, in the past year 2023 there have been various reports and actions by the competition authorities in Europe, and in Spain, which are examined in this paper, paying special attention to the *software* licensing policy pursued by Microsoft, which we consider to be an anti-competitive practice. In this respect, in addition to the «classic» prohibition of abuse of dominance (art. 102 TFEU), the suitability of sectorial regulation, such as the recent *DMA* or *EU Data Act*, is examined.

Cloud, competition, regulation, abuse of dominance, DMA, EU Data Act.



Fernando Díez Estella

Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil

Universidad Nebrija

1. INTRODUCCIÓN: LOS ECOSISTEMAS CLOUD

La computación en la nube o 'cloud computing' es posiblemente uno de los desarrollos tecnológicos de la nueva economía digital que más ha favorecido en estos últimos años el crecimiento empresarial y la competitividad de los mercados en la Unión Europea, y en el resto del mundo.

En efecto, estos servicios han sido clave en la digitalización de la economía, permiten ingentes ahorros de costes a las empresas, ganancias de eficiencia, mejora en la organización del trabajo sobre la base de recursos compartidos a los que se puede acceder en remoto, etc. Sirva, como ejemplo, el fenómeno de los sistemas de IA generativa, como el popular ChatGPT, cuyo desarrollo y puesta a disposición de forma gratuita —en las versiones inferiores— a los consumidores sería sencillamente inimaginable sin apoyarse en servicios cloud.

Sin embargo, el vertiginoso desarrollo de este sector plantea también serias preocupaciones desde el punto de vista del derecho de la competencia, que tiene ante sí un reto en este campo: asegurar que los mercados permanecen abiertos y competitivos —*contestables*— y que los consumidores gozan de libertad para elegir su proveedor cloud, cambiarlo, y a unos niveles de tarifas, precios y condiciones comerciales razonables —*equitativas*—.

A este respecto, es muy elocuente la intensa actividad que el año pasado han desplegado las autoridades de competencia en Europa. El pasado mes de octubre de 2023, la CMA (*Competition and Markets Authority*) ha lanzado una investigación de mercado (1) sobre los servicios cloud en el Reino Unido, a raíz de un informe (2) elaborado por la OFCOM. Unos meses antes, en junio de 2023, la *Autorité de la Concurrence* había emitido un extenso informe (3) analizando el mercado de servicios cloud en Francia. Por su parte, la autoridad de competencia en España, la *Comisión Nacional de los*

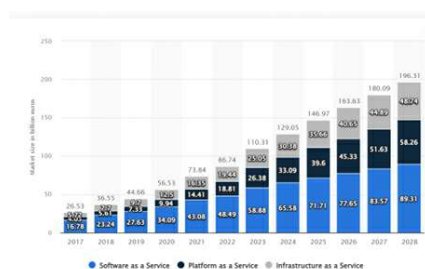
Mercados y la Competencia (CNMC) hizo público (4) el pasado mes de noviembre de 2023 que había iniciado un estudio sobre los servicios de nube en nuestro país. Sorprende, en cambio, la poca atención doctrinal (5) que este sector ha merecido.

En estas páginas nos proponemos, pues, tras hacer una somera descripción de cómo funcionan los ecosistemas cloud, y destacar sus rasgos esenciales, examinar los riesgos que plantean en el mercado, así como evaluar cuál debería ser la respuesta normativa más adecuada. Y aquí surge un primer dilema, planteado hace varios años ya ante los emergentes mercados digitales y los nuevos modelos de negocio de las grandes plataformas en línea: ¿es mejor la aplicación de la normativa sectorial, *ex ante*, o la aplicación de la normativa de competencia, *ex post*?

Hasta la fecha, los ecosistemas cloud se estructuran habitualmente en torno a tres categorías básicas:

1. Infraestructura como servicio (*IaaS*, por sus siglas en inglés): es el tipo de servicio menos externalizado, en el que el proveedor suplente al usuario toda la infraestructura necesaria como los servidores o la capacidad de almacenamiento.
2. Plataforma como servicio (*PaaS*): es un modelo intermedio, en el que los usuarios disfrutan del *software* y las herramientas necesarias para desarrollar sus aplicaciones sin tener que crear o mantener la infraestructura informática necesaria.
3. *Software* como servicio (*SaaS*): es el tipo de servicio más externalizado, que concede al usuario final el acceso a todos los programas y aplicaciones contratados, que son gestionados enteramente por el proveedor cloud.

Para cada uno de estos subsegmentos del mercado de servicios cloud, las previsiones (6) de crecimiento del mercado hasta el año 2028 son multimillonarias:



Es cierto que pueden existir diferentes niveles de proveedores de servicios cloud, en ocasiones sin conocimiento del consumidor final, que contrata por ejemplo un *SaaS* pero a su vez la empresa que se lo suministra emplea a su vez *IaaS* de otra empresa de cloud computing. Esto implica que pueden plantearse problemas de competencia no sólo en el servicio cloud al cliente final, sino también en los diferentes niveles de infraestructura sobre la que dicho servicio se presta.

En la actualidad, cualquiera de las tres categorías básicas citadas se puede ofrecer en el mercado, y se compra y se vende como cualquier otro tipo de producto o servicio; el cloud computing es una

'commodity' más, y como tal sujeta a las normas de competencia, a la vez que expuesta a prácticas que limiten o restrinjan la libre actuación de las empresas. De hecho, como único «remedy» ante restricciones especialmente severas de la competencia, se ha propuesto (7) la separación estructural (*breaking-up*) entre las cuatro capas funcionales clave de las cadenas de valor digitales: capa de datos, capa de computación en nube, capa de inteligencia y capa de servicios inteligentes orientados al consumidor.

Ahora mismo existen clientes —profesionales— de servicios cloud en prácticamente todas las áreas de actividad económica y en todo tipo de escala de negocio, desde grandes multinacionales a pequeñas y medianas empresas

En efecto, ahora mismo existen clientes —profesionales— de servicios cloud en prácticamente todas las áreas de actividad económica y en todo tipo de escala de negocio, desde grandes multinacionales a pequeñas y medianas empresas. En ámbitos económicos sometidos a una intensa regulación sectorial (administraciones públicas, servicios financieros y bancarios, salud, educación, etc.) no es menor el recurso a servicios cloud, pero en estos casos existen requerimientos y protocolos específicos, que no serán objeto de análisis en estas páginas.

Una vez hecha esta caracterización general de los mercados cloud, examinaremos, en el 2º epígrafe, cuáles son principales riesgos que se plantean desde el punto de vista del derecho de la competencia, y que suponen una dificultad —o, incluso, un impedimento absoluto— para que esta emergente industria se desarrolle en un contexto abierto y equitativo. De entre ellas, y por su especial relevancia a tal efecto, dedicaremos el epígrafe 3º a analizar en detalle las licencias de *software* que los proveedores cloud imponen, y que constituyen prácticas abusivas. A continuación, el epígrafe 4º da respuesta a la pregunta que nos hemos planteado en esta introducción: ¿cuál ha de ser la respuesta normativa ante las condiciones estructurales de estos mercados y las prácticas habituales que se llevan a cabo, la regulación *ex ante* o la intervención *ex post*? Finalmente, el epígrafe 5º recoge y sistematiza las principales conclusiones de este trabajo.

2. RIESGOS PARA EL DESARROLLO DE UN MERCADO CONTESTABLE Y EQUITATIVO

De la somera descripción que se ha realizado en el epígrafe anterior sobre los ecosistemas cloud se pueden inferir claramente los riesgos, desde el punto de vista de la competencia, que estos mercados plantean. Para desarrollarlos, en este apartado, examinaremos cómo funciona esta industria (§2.1), cuáles serían los mercados relevantes —a los efectos del análisis antitrust— (§2.2) y, sobre todo, qué riesgos concretos plantean para el mantenimiento de mercados contestables y equitativos de servicios cloud (§2.3).

2.1. El funcionamiento de la industria de los 'cloud services'

Como es conocido, hay en la actualidad tres actores principales en la industria de servicios cloud en la UE, los denominados «hyperscalers»: Amazon, Microsoft y Google. Sin embargo, en términos de análisis *antitrust*, Amazon y Microsoft tienen un poder de mercado mayor (conforme al informe OFCOM, citado anteriormente, en 2022 su cuota conjunta oscilaba entre el 70 y el 80%), mientras que Google se sitúa junto con el resto de proveedores de servicios cloud, con cuotas de mercado que no superan el 10%.

Su destacada presencia en otros ámbitos de la economía digital les da, además, una ventaja competitiva sobre sus rivales en el sector cloud, ya que gozan de amplias bases de datos de clientes (lo que les permite beneficiarse de significativos efectos de red), y pueden aprovechar las economías de escala y alcance ligadas a los variados servicios que ya ofrecen dentro de sus propios ecosistemas. Por otro lado, es evidente que sus prácticamente ilimitadas posibilidades financieras les permiten afrontar las ingentes inversiones necesarias para proveer de servicios cloud, como son los centros de datos, granjas de servidores y en general todo tipo de infraestructuras de 'information technologies' (IT).

Este panorama y las dinámicas existentes en la industria parecen conducir a un grado aún mayor de concentración en el mercado en los próximos años, con los riesgos que ello conlleva para el mantenimiento de la competitividad en el sector. Este rasgo «estructural» de la industria de servicios cloud sugiere (8), naturalmente, el uso de la herramienta del control de concentraciones. Por razones de espacio, no abordaremos aquí ese enfoque, centrándonos exclusivamente en lo que se refiere a prácticas anticompetitivas.

En función del estadio de desarrollo en que un cliente ha adoptado servicios cloud, podemos distinguir entre dos categorías de operadores (como veremos más adelante (9)), con gran relevancia en cuanto al análisis *antitrust*:

- a) Empresas que contratan el uso de servicios cloud para toda o parte de su operativa en las que la infraestructura informática sigue estando físicamente en la sede de la empresa (*on-premises*);
- b) Empresas cuyas infraestructuras informáticas se han desarrollado directamente en y desde la nube (*cloud-native companies*).

Si examinamos el mercado cloud desde el punto de vista de la cadena de valor, encontramos los siguientes tipos principales de operadores:

- Centros de datos: se encargan de crear y mantener las infraestructuras necesarias para proveer servicios cloud;
- Proveedores ya presentes en los mercados digitales: aquí necesariamente hay que hacer referencia a los dos gigantes norteamericanos que han ido generando en estos años una colosal capacidad tanto computacional como de almacenamiento de datos: Amazon y Microsoft. Destacan igualmente, aunque con menor presencia en el mercado, Google y Oracle. Además de ellas, naturalmente, están también presentes un sinnúmero de empresas de *software*, operadores de telecomunicaciones, empresas en general de las tecnologías de la información;

- Proveedores que se dedican únicamente al sector cloud (conocidas como «pure players»);
- Empresas que se dedican a ofrecer certificaciones de servicios cloud «de confianza»;
- Empresas que ofrecen servicios cloud a terceras partes, a modo de «marketplaces».

Aunque en este contexto, la entrada de nuevos operadores en el mercado de servicios cloud con posibilidades de crecer y ganar cuota pudiera parecer altamente improbable, lo cierto es que sí se observa la aparición de nuevas compañías (10) en estos últimos años. Con todo, hay una cierta falta de contestabilidad, que se podría ver reforzada por el hecho de que los hyperscalers han configurado su oferta de servicios como un ecosistema completo, lo que le da una ventaja competitiva — equivalente a una barrera de entrada— sobre rivales que sólo puedan ofrecer una gama limitada de prestaciones.

No parece del todo preciso hablar, como se ha apuntado (11), de competencia *por* el mercado en vez de competencia *en* el mercado; hay competencia entre proveedores de servicios cloud, y hay nuevos entrantes en el mercado. Como veremos en detalle en el siguiente epígrafe, quizá el gran obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva sean prácticas restrictivas como las licencias de *software* impuestas por Microsoft.

2.2. Los mercados relevantes en el sector cloud

Como es bien sabido, una actuación previa a cualquier análisis de una conducta presuntamente anticompetitiva, o una operación de concentración económica, es la definición del mercado relevante, tanto desde el punto de vista geográfico como de producto.

Tras varios años de debate sobre si las herramientas clásicas eran válidas para mercados tan distintos a los tradicionales como son los mercados digitales, la Comisión Europea ha adoptado (12) en fechas muy recientes, el pasado 8 de febrero de 2024, la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia*, que viene a sustituir a la anteriormente vigente, que databa del año 1997.

Además de incorporar la jurisprudencia recaída en esta materia, así como tener en cuenta su aplicación en determinados contextos, una de las intenciones declaradas de esta nueva Comunicación es precisamente actualizar las categorías empleadas en la definición de mercado relevante para aplicarlas a los nuevos mercados digitales, señaladamente los mercados caracterizados como «ecosistemas» (13) digitales.

En el sector cloud, el tipo de requerimiento habitual que un cliente demanda de su prestador de servicios se suele formular en términos de *encargos* («workloads»), que se corresponde con todos los recursos IT y los servicios informáticos y procesos necesarios para cubrir una necesidad u objetivo concreto.

Como en el resto de mercados, las ofertas que se hacen al cliente tendrán habitualmente diferentes niveles de valor añadido para cada encargo, y por tanto —esto no cambia en absoluto con la nueva

Comunicación— los mercados se definen sobre la sustituibilidad por el lado de la demanda, que además habrá de hacerse en cada caso concreto. A este respecto, son varios los elementos que han de tenerse en cuenta: los diferentes niveles o capas de servicio (IaaS, PaaS, SaaS); la posible subcontratación que un proveedor haga de estos niveles; la oferta de estructura/servicios; la competencia entre ecosistemas cloud y no-cloud; etc.

Bajo estas premisas, encontramos tres tipos de mercados conexos:

- 1) el mercado de servicios de colocación en centros de datos;
- 2) los mercados de programas informáticos *in situ*, en los que también operan algunas empresas de los mercados en nube; y,
- 3) los mercados de intermediación de consultoría e integración de soluciones en la nube.

Todos ellos deberán ser objeto de una vigilancia particular por parte de las autoridades de competencia, especialmente en lo que se refiere a su relación con el mercado de los servicios cloud. En particular —y esta es una constante en los nuevos mercados digitales, y los modelos de negocio de ecosistema—, hay que vigilar el posible efecto de apalancamiento (*leveraging*) entre estos mercados y los mercados de servicios cloud, habida cuenta de la posición dominante que ya ostentan algunas empresas de *software* que también están presentes en la nube. Como veremos a continuación, precisamente este apalancamiento —a través de un amplio surtido de prácticas comerciales— es uno de los principales obstáculos al mantenimiento de una auténtica competencia en estos mercados.

2.3. Riesgos para el mantenimiento de mercados cloud contestables y equitativos

Como ya hemos apuntado, en este mercado se da un llamativo desequilibrio en las relaciones entre clientes e hyperscalers, lo que puede dificultar la negociación de cláusulas contractuales incluso por parte de clientes cierto poder de mercado por el lado de la demanda. Además, dada la complejidad de las ofertas y la falta de claridad de los precios, puede resultar difícil para los clientes anticipar los costes futuros de los servicios cloud que están contratando.

Todo ello, unido al elevado grado de concentración por el lado de la oferta, y las patentes barreras de entrada al mercado, nos permite identificar los siguientes riesgos desde el punto de vista de la competencia:

- 1) **Efecto «lock-in»:** habida cuenta de los prolongados y costosos desarrollos informáticos que necesitan los clientes para establecer una arquitectura cloud con un proveedor específico, y los elevados costes técnicos y financieros asociados a la migración, existe un riesgo de «lock-in» (efecto bloqueo) por parte de los principales proveedores de servicios cloud, Amazon y Microsoft.

Esta es posiblemente la práctica que, en el actual estadio de desarrollo de esta industria, más preocupa tanto a las autoridades de competencia como a los propios operadores del mercado. Este efecto podría verse reforzado por el hecho de afecta a clientes con un alto potencial de desarrollo e

innovación, así como por la presencia de cláusulas o prácticas que limiten las opciones de cambiar de proveedor o de utilizar varios proveedores simultáneamente (*multi-homing*).

A este respecto, el recientemente aprobado Reglamento (14) (UE) 2023/2854 de Datos (*EU Data Act*), que entró en vigor el pasado 11 de enero de 2024, hace especial hincapié en que los proveedores de servicios cloud cumplan las especificaciones y protocolos abiertos que faciliten el uso en paralelo de múltiples servicios en nube, es decir, la capacidad de compartir la carga de trabajo de computación entre varios proveedores de nube diferentes que presten servicios interoperables.

2) «Egress fees»: en el sector cloud era habitual el establecimiento de unas «egress fees» (tarifas de salida), que penaliza para el cliente sacar datos de la nube que tiene contratada, o ampliar servicios o productos con proveedores alternativos. Estas tarifas de salida estaban desconectadas de los costes en que incurren los proveedores en relación con las transferencias de datos, y constituían por ello un motivo de preocupación en el sector, ya que en las empresas usuarias de estos servicios su estructura de precios es proporcional al volumen de datos transferidos, y los clientes no podían prever sus necesidades futuras en términos de tráfico de datos y uso de ancho de banda.

Tal como estaban estructuradas, estas tarifas reforzaban el efecto «lock-in» para los clientes en un mercado en rápido crecimiento, al dificultar que los usuarios de la nube abandonen a su proveedor principal o utilicen varios proveedores a la vez en un entorno multicloud, para la misma carga de trabajo o para cargas de trabajo diferentes cuando impliquen transferencias de datos recurrentes entre ellos. Con todo, el impacto económico que suponían era, de media, mucho menor por ejemplo que el coste impuesto por las licencias de *software* de Microsoft.

Esta práctica ha cambiado con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2023/2854 de Datos, que además de prohibir cobrar por hacer el *switching* de proveedor cloud (el proveedor sólo puede cobrar por los costes directamente incurridos por el proceso de cambio y debe eliminar gradualmente todos esos cargos antes de enero de 2027) establece que una serie de disposiciones destinadas a permitir a los clientes de IaaS obtengan la denominada «equivalencia funcional» de un nuevo proveedor de nube. Esta se describe como la garantía de que el nuevo servicio cloud puede ofrecer resultados materialmente comparables en respuesta a las mismas entradas. Es probable que esto plantee numerosos problemas prácticos y técnicos de implementación.

3) Obstáculos a la migración de servicios cloud: tanto si un usuario de servicios cloud quiere trasladar sus sistemas informáticos de soluciones en la propia empresa (*on-premises*) a soluciones enteramente en la nube, o —más radicalmente— quiere cambiar de proveedor de servicios cloud, el proceso es técnico y económicamente complejo, y genera una justificada aprensión por la posible pérdida de datos o información estratégica sensible, protocolos de actuación, historial, etc.

A este respecto, en el plano contractual, son muchos los obstáculos que el proveedor actual puede poner al usuario de servicios cloud para intentar retenerle como cláusulas restrictivas, ventas vinculadas (*bundling*), ventajas de precios que favorezcan sus productos, cláusulas de nación más favorecida, etc. Como veremos en el epígrafe siguiente, si las aplica un operador en posición dominante, estas prácticas podrían constituir prácticas abusivas contrarias al art. 102 TFUE. En el

sector cloud, ninguno de los principales operadores ocupa una posición dominante, lo que no impide —como parece hacer Microsoft— que aproveche en cambio la dominancia que sí ostenta en otros mercados vecinos para llevar a cabo conductas anticompetitivas en el sector cloud.

Por otro lado, desde el plano tecnológico, los obstáculos a la migración pueden aparecer a varios niveles, vinculados a la arquitectura de la nube y las soluciones específicas utilizadas. Así, la variedad de productos y servicios, especialmente los servicios *PaaS*, la interconexión de los servicios informáticos y la falta de portabilidad de los datos y las aplicaciones conllevan importantes costes de migración.

Finalmente, desde el plano comercial, los proveedores pueden poner ciertas barreras adicionales, aumentando los costes de migración con el fin de reforzar su posición. Este podría ser el caso, por ejemplo, de una empresa dominante que utilice deliberadamente un formato de datos específico para impedir la portabilidad de los datos de un cliente a un proveedor de nube alternativo. En definitiva, se trata de imponer condiciones comerciales que contribuyan a «encerrar» a los clientes en su ecosistema.

La eliminación de todas estas trabas y obstáculos es, como venimos señalando, uno de los objetivos del ya citado Reglamento (UE) 2023/2854 de datos. Este texto normativo forma parte de la *Estrategia Europea de Datos*, publicada (15) en febrero de 2020, complementa el también reciente Reglamento (UE) 2022/868 de Gobernanza de Datos (16), y obliga a los fabricantes de cualesquiera productos conectados *on-line* a poner a disposición los datos relacionados con el uso de los correspondientes dispositivos. También exige a los proveedores de servicios de tratamiento de datos (como los servicios cloud) que faciliten a los clientes el cambio de proveedor, por ejemplo, facilitando unos servicios transitorios mínimos. La mayoría de las nuevas normas se aplicarán a partir del mes de septiembre del año 2025 (17).

4) Ausencia de interoperabilidad: la industria cloud está marcada por las barreras técnicas a la interoperabilidad. Éstas afectan a todos los competidores, pero tienen un mayor efecto en los proveedores más pequeños, dado el atractivo de los ecosistemas cloud a la hora de elegir un primer proveedor. Un claro ejemplo son las implicaciones técnicas de la interoperabilidad con respecto al servicio de almacenamiento de objetos (IaaS) *Amazon S3*. La interoperabilidad con los servicios *PaaS* es aún más compleja, ya que, por ejemplo, cambiar el servicio de base de datos *PaaS* requiere reescribir la parte del código de la aplicación que utiliza ese servicio.

Asimismo, los proveedores de servicios cloud que ofrecen productos o servicios especialmente populares podrían impedir o restringir el acceso a información clave necesaria para garantizar la interoperabilidad de estos productos o servicios con los de sus competidores. Esta práctica tiene el efecto de restringir la compatibilidad de las soluciones ofrecida por empresas competidoras y, por tanto, su atractivo para los clientes.

El *Informe OFCOM* cita (18), por ejemplo, las diferencias entre los clientes que no son de Azure y los clientes de Azure a la hora de comprar productos de Microsoft que pueden desincentivar el uso de infraestructuras en la nube que no son de Azure. Así, en algunos casos, los clientes que no son de

Azure obtienen una versión «inferior» de algunos productos de *software* de Microsoft o no pueden acceder a funciones y actualizaciones de seguridad adicionales en comparación con los clientes de Azure, ya que no pueden recibir algunos servicios que sí están disponibles para los usuarios de la nube de Microsoft.

Como es sabido, en el acervo comunitario referente a la práctica anticompetitiva del abuso de posición dominante siempre se ha prestado más atención a los abusos basados en precios que a otras conductas restrictivas no basadas en precios, como esta evidente degradación del servicio y la calidad que Microsoft lleva a cabo a sus clientes de *software* de productividad no usuarios de sus propios servicios cloud Azure. Sin embargo, como demuestra la reciente (19) sanción de 1.800 millones de euros a la compañía Apple por una conducta de abuso de explotación consistente en limitar la información accesible a sus usuarios de música en streaming, privándoles de una mayor capacidad de decisión y elección, nada impide que esta conducta de Microsoft sea perfectamente incardinable en el art. 102 TFUE como práctica restrictiva de la competencia.

5) Prácticas de abuso en mercados conexos: el hecho de que los principales proveedores de servicios cloud están, como ha quedado señalado, presentes en varios mercados vecinos o conexos, posibilita la realización de prácticas de *monopoly leveraging*. Entre otras, podemos señalar:

- restricciones en el acceso de los competidores al *software* necesario para prestar servicios en la nube: un desarrollador de *software* que es a la vez proveedor de servicios en la nube podría aumentar el precio de las licencias que necesitan sus competidores, o condicionar el uso de su *software* a la compra de un número determinado de licencias.
- prácticas de auto-favorecimiento: la aplicación de condiciones comerciales o técnicas más ventajosas para los propios productos o servicios del proveedor. Gracias a su estructura de ecosistema, los hyperscalers pueden desarrollar sistemas de descuentos, ventajas tarifarias o subvenciones cruzadas, utilizando así su poder de mercado en los mercados relacionados para acelerar el desarrollo de sus actividades de proveedor de servicios en nube.

Desde hace tiempo se ha puesto de manifiesto por un autorizado sector doctrinal (20) que las prácticas de auto-favorecimiento o auto-preferencia (*self-favoring*) van a ser prevalentes en los mercados digitales, especialmente en los modelos de negocio de plataforma y ecosistema. Falta todavía mucho que profundizar (21) en esta práctica, y construir una sólida teoría del daño que justifique su carácter anticompetitivo.

La práctica ya la había descrito el Informe OCDE de 2020 al señalar que: «*Las teorías del daño basadas en el apalancamiento abusivo se centran en las formas en que una empresa puede utilizar (o apalancar) su posición dominante en un mercado para favorecer sus productos en un mercado relacionado. Este tipo de conducta, que puede adoptar la forma de auto preferencia (por ejemplo, proporcionar ventajas de acceso a la plataforma a su propio producto), ha sido identificada como un potencial abuso de posición dominante excluyente por algunas autoridades de competencia*» (22).

Conforme a las recientes conclusiones (23) de la A.G. Kokott, en el asunto *Google Shopping*, todo apunta a que esta conducta finalmente sí va a «consagrarse» en el derecho de competencia como

categoría autónoma de abuso de posición dominante contraria al art. 102 TFUE. No obstante, habrá que estar al pronunciamiento del TJUE sobre esta cuestión, ya que, como es sabido, no necesariamente tiene que seguir lo indicado en la Opinión del A.G.

En cualquier caso, y como acertadamente señala el Informe de la *Autorité* francesa, este es el punto de partida de gran parte de las prácticas anticompetitivas que tienen lugar en este sector: «En un contexto de relaciones comerciales desequilibradas entre los proveedores de servicios en nube y los clientes, caracterizado por la ausencia de cláusulas contractuales negociadas, es probable que determinadas prácticas de los proveedores de servicios en nube que también son vendedores de *software* limiten la elección de sus clientes. Los vendedores de *software*, como Microsoft y Oracle, pueden aprovechar la ventaja de sus posiciones históricas para lanzar y desarrollar sus respectivas ofertas en la nube y restringir el uso de su *software* en una nube competidora» (24).

6) Acceso privilegiado a los datos: los dos grandes proveedores de servicios cloud se benefician de un acceso privilegiado, incluso exclusivo, a datos que sus competidores difícilmente pueden reproducir y que probablemente les proporcionen una ventaja competitiva notable. Este acceso privilegiado puede derivarse, en particular, del hecho de que muchos servicios en nube utilizan la inteligencia artificial para explotar los datos y ofrecer servicios de análisis más sofisticados a sus usuarios.

Esto puede conducir a una mejor orientación de las ventas y a una comprensión más detallada de las necesidades de los clientes, así como a la mejora de las funcionalidades de los servicios y al desarrollo de nuevas herramientas innovadoras, como la inteligencia artificial o el aprendizaje automático. Estos avances suponen, sin duda, un impacto positivo en el bienestar de los consumidores y en la innovación.

Sin embargo, también pueden dar lugar a un importante desequilibrio competitivo entre los operadores, en la medida en que los competidores más pequeños no pueden reproducir este acceso y tratamiento de datos fácilmente o a la misma escala. Aunque todavía está por desarrollar una teoría de daño consistente de abuso de dominio a partir de los datos, la reciente Sentencia (25) del TJUE en el asunto *Meta Platforms Inc.* sin duda ha sentado las bases para su construcción doctrinal (26).

7) Licencias de *software* abusivas

Como recientes estudios (27) señalan, pese a la voluntad de cambiar de proveedor, de infraestructura en nube (IaaS), un 40% de los encuestados afirmó que las condiciones de licencia existentes impedían a sus empresas trasladar las licencias on-premises a otro proveedor, y a otro 40% le preocupaba la pérdida de descuentos, otra posible causa del efecto «lock-in» de los servicios cloud en la actualidad. De hecho, sigue afirmando este informe, una de las principales razones por las que el 42% de los clientes de IaaS eligieron originalmente a sus proveedores de servicios cloud fue por los descuentos otorgados gracias a las licencias de *software* preexistentes. Por su entidad, hemos considerado oportuno abordar el análisis de esta práctica de forma monográfica en el siguiente epígrafe de este trabajo.

3. LAS LICENCIAS DE SOFTWARE ABUSIVAS

Posiblemente la práctica anticompetitiva que en estos momentos más está perjudicando al sector cloud es la existencia de licencias de *software* abusivas para los usuarios. En un estudio (28) publicado el pasado año, el profesor F. JENNY cuantificaba en más de 1.000 millones de euros el «sobrecoste» que los usuarios de servicios cloud están pagando en el ámbito de la Unión Europea debido a la existencia de este tipo de prácticas abusivas.

A este respecto, conviene recordar que una vez que un determinado Derecho de Propiedad Industrial (DPI) se ha establecido como «estándar» (29), conforme al art. 102 TFUE no se puede denegar (*refusal-to-supply*) a los competidores el acceso a los DPI que son esenciales para su propia actividad económica. Esto puede ocurrir, por ejemplo, porque el titular de una patente se niegue a conceder una licencia de un DPI o porque condiciones poco razonables para la concesión de licencias. Por lo tanto, si una empresa es dominante la Comisión puede imponer la concesión obligatoria de licencias (*mandatory licensing*) de DPI en condiciones transparentes, razonables y no discriminatorias, para evitar efectos anticompetitivos (30).

Sin embargo, si la empresa no es dominante, no hay mucho que la normativa de competencia pueda hacer al respecto, ya que la propiedad de un DPI otorga a la empresa titular el derecho a decidir a quién concede licencias y en qué condiciones.

El 9 de noviembre de 2022, la asociación de Proveedores de Servicios de Infraestructura de la Nube de Europa (CISPE) planteó una denuncia (31) formal por prácticas comerciales en la concesión de licencias de *software* por parte de la empresa Microsoft, que en su opinión eran abusivas conforme al art. 102 TFUE, solicitando la apertura de una investigación formal.

Igual valoración se desprende del Informe elaborado por el regulador de telecomunicaciones británico (OFCOM), publicado (32) el pasado 5 de octubre de 2023: *Cloud Services Markets study*. Este informe, que está en el origen de la investigación de mercado de la CMA a la que hemos hecho referencia anteriormente, dedica un apartado (33) la política de licencias de *software* de Microsoft.

Conforme a este informe, que recoge tanto el estudio del prof. Jenny como la denuncia de CISPE, Microsoft estaría utilizando su dominancia en el mercado del *software* de productividad (SO Windows para servidores de grupo, Office 365, etc.) para alterar, en beneficio propio, la competencia en el mercado conexo de los servicios cloud.

Como fácilmente puede apreciarse, la práctica encaja en la figura que hemos señalado en el apartado anterior de conductas de abuso en mercados conexos, y no deja ser irónico que replique la práctica comercial que llevó a cabo hace ahora veinte años tratando de extender su posición dominante en el mercado de los SO para PC's al mercado de los reproductores multimedia, mediante la vinculación ilegal de Windows XP al sistema Windows Media Player, y que fue una de las conductas sancionadas por la Comisión Europea en su decisión (34) de 24 de marzo de 2004.

Es también la misma práctica por la que fue sancionada (35) por el gobierno estadounidense al tratar

de monopolizar ilegalmente el mercado de navegadores web para Windows, principalmente a través de las restricciones legales y técnicas que impuso a la capacidad de los fabricantes de PCs y de los usuarios para desinstalar Internet Explorer y utilizar otros programas como Netscape y Java.

Y es exactamente la misma conducta por la que el pasado 27 de julio de 2023 la Comisión Europea le ha incoado (36) un expediente sancionador por abuso de posición dominante contrario al art. 102 TFUE a consecuencia de nueva política comercial (adoptada durante la pandemia) de vincular su popular *software* de videoconferencia *Teams* tanto a su suite ofimática *Office* como al sistema operativo *Windows 11*.

En efecto, como se señala en el apartado 9.5 del Informe OFCOM, este tipo de prácticas en el ámbito de los servicios cloud hacen menos atractivo para los clientes utilizar los productos de *software* con licencia de Microsoft en la infraestructura de nube de un proveedor distinto del propio servicio Azure de Microsoft. Además de que es más caro para ellos utilizar los productos con licencia de Microsoft en nubes de terceros, sufren otras desventajas como la imposibilidad de acceder a determinadas funcionalidades y la menor disponibilidad de actualizaciones de seguridad en comparación con la ejecución del mismo *software* en la nube de Azure .

Como hemos señalado a lo largo de estas páginas, este tipo de prácticas son las que hacen que el mercado de servicios cloud no sea un mercado equitativo y contestable, ya que esa política de licencias desincentiva a los clientes a utilizar nubes de terceros y limita —o llega a impedir por completo— la capacidad de los proveedores de servicios cloud alternativos para hacer ofertas competitivas a dichos clientes.

La práctica tuvo lugar a partir de octubre de 2019, fecha en la que Microsoft introdujo cambios en sus licencias de *software* que restringieron la capacidad de determinados clientes para migrar las licencias ya adquiridas de algunos productos de *software* en infraestructuras en la nube distintos de Azure. Estos cambios obligaron a los clientes con licencias de *software on-premises* a pagar tasas adicionales para «readquirir» sus licencias de algunos productos de Microsoft si querían utilizarlos en la infraestructura de proveedores cloud alternativos.

En tanto en cuanto que esto equivale a pagar dos veces por el mismo servicio, es fácilmente tipificable como un precio excesivo, la clásica categoría de abuso de explotación contemplado por el art. 102 TFUE. Por otro lado, en la medida en que, para disfrutar exactamente de los mismos servicios, los clientes de Azure no tenían que pagar estas tasas adicionales, la práctica es perfectamente tipificable como una política de precios discriminatorios, contraria también al art. 102 TFUE.

El resultado de las condiciones estructurales descritas en el epígrafe 2º y la existencia de este tipo de prácticas no es otro que el de efecto absoluto de cierre de mercado (*foreclosure*): ausencia total de contestabilidad que impide a las empresas ofrecer servicios cloud y efecto *lock-in* en los consumidores, que están «cautivos» sin que puedan libremente optar por un cambio de proveedor.

Esto se refleja, como ha quedado dicho, en recientes estudios (37) de mercado, que constata cómo

una gran mayoría (el 42%) de usuarios de IaaS eligen a su proveedor de *software* únicamente por los descuentos asociados a las licencias ya adquiridas, o que un 39% de los encuestados citaron los «descuentos con el mismo proveedor» como una de las razones por las que la elección del *software* de productividad. Así, estas prácticas podrían ser utilizadas por proveedores con una posición dominante en el mercado de *software* de productividad para forzar a los clientes a elegir sus soluciones IaaS/PaaS en la nube sus servicios informáticos en sede de la empresa (*on-premises*).

De igual modo, el Informe OFCOM no duda en concluir (pág. 231) que «Microsoft adopta una serie de conductas en relación con sus productos de *software* empresarial que incentivan a los clientes a utilizar este *software* en Azure en lugar de la infraestructura de nube de sus competidores. Las alegaciones sostienen que esta conducta tiene un impacto adverso sobre la competencia en los servicios de infraestructura en la nube. En principio, el comportamiento de Microsoft en relación con su *software* empresarial, que conlleva costes más elevados y/o desventajas técnicas para utilizar dicho *software* en la infraestructura rival, podría repercutir en la elección de los clientes. Si esto condujera a que los clientes favorecieran a Azure, podría dificultar la captación de clientes por parte de los proveedores de nube rivales. Esto podría frenar la competencia si socavara aún más la capacidad de los clientes para amenazar con cambiar algunas o todas sus cargas de trabajo a los rivales (...)» (38).

Asimismo, en junio de 2023, Google, en su respuesta (39) a la investigación de la *Federal Trade Commission* (FTC) de EE.UU. sobre las prácticas comerciales en el sector cloud, ya expresó su preocupación por las restricciones abusivas en las licencias de *software* de algunos proveedores informáticos en las empresas, especialmente Microsoft. Dicha investigación de la FTC había culminado en un voluminoso informe (40), cuya versión final fue publicada en julio de 2022, y dedica todo un apartado al sector del 'cloud computing'. Ahí se afirma, entre otras cosas, que «los líderes del mercado se benefician de la ventaja de ser los primeros, junto con efectos de red y elevados costes de cambio que atrapan a los clientes» (pág. 94), y se pone como ejemplo de posible práctica restrictiva el *leveraging* que lleva a cabo Microsoft de su suite informática Office 365 a sus servicios cloud (pág. 97).

No sorprende, en este sentido, el cúmulo de denuncias formales contra Microsoft por esta práctica que se han planteado ya ante la Comisión Europea; además de la ya citada de CISPE, de noviembre de 2022, se han formulado otras por la empresa *OVHcloud* (a la que se unió la empresa *Aruba* y la *Danish Cloud Community*) en julio 2021 (41); por *Nextcloud* en el mismo año (42) (que explícitamente hace referencia a la práctica del «self-preferencing»); y, un año antes, en julio de 2020 (43), por la empresa *Slack*. El entendimiento de que estas prácticas de licencia de *software* por parte de Microsoft son abusivas trasciende el ámbito de la UE, y encontramos idénticas denuncias (44) en jurisdicciones tan lejanas y distantes como la sudafricana.

Ciertamente, el surtido de prácticas comerciales en relación con las licencias de *software* que estos proveedores cloud despliegan con el objetivo de mantener cautivos a sus usuarios y no dejar el más mínimo espacio para ofertas alternativas parece no tener límites, y así, en relación sobre todo a Oracle, pero también atribuibles a Microsoft, el informe de la *Autorité* señala también las siguientes:

- aplicar un período de espera antes de poder reutilizar su licencia en otro entorno, lo que genera costes adicionales cuando se cambia una carga de trabajo de un entorno a otro, ya que se necesitan dos licencias mientras dura el proceso (apartado n. 489);
- restringir el acceso de los proveedores de servicios en nube a su *software*, aunque sea esencial para la prestación de determinados servicios cloud. Aquí hablamos de restricciones de precios, por ejemplo, cuando es menos costoso para un usuario adquirir este *software* directamente al editor (apartado n. 490). Por ejemplo, Microsoft ha creado el mecanismo (45) «Azure Hybrid Benefit» 320, que ofrece a los clientes un incentivo financiero para quedarse en su entorno cloud.
- el uso de estrategias de auditoría con los usuarios de programas informáticos para verificar su conformidad con la política del editor. Ante el riesgo de incumplimiento, muchos clientes desean regularizar su situación mediante compromisos de compra de servicios en la nube (apartado n. 491).

4. RESPUESTA LEGAL: ¿NORMATIVA ANTITRUST O REGULACIÓN SECTORIAL?

Ante tan variado y efectivo —en cuanto a su capacidad de alterar y restringir la competencia— surtido de prácticas comerciales por parte de algunos proveedores de servicios cloud, ¿cuál es la respuesta que debe dar el ordenamiento jurídico para asegurar el mantenimiento de una competencia efectiva y el desarrollo de mercados abiertos y equitativos?

Tras largos años de debate sobre la idoneidad de las herramientas «clásicas» del Derecho de la Competencia para hacer frente a las prácticas que tenían lugar en escenarios muy distantes de los mercados y contextos económicos en los que esta rama del ordenamiento tuvo su origen, en estos últimos años la Comisión Europea ha emprendido una auténtica cruzada por modernizar la normativa *antitrust* comunitaria y actualizarla para afrontar con éxito los retos que plantean los nuevos mercados digitales.

La necesidad de adaptar la normativa a estos nuevos modelos de negocio se ha reflejado en la conveniencia de complementar las prohibiciones tradicionales en materia de competencia

La necesidad de adaptar la normativa a estos nuevos modelos de negocio se ha reflejado en la conveniencia de complementar las prohibiciones tradicionales en materia de competencia (principalmente el abuso de posición dominante, conforme al art. 102 TFUE), que opera *ex post*, una vez la práctica anticompetitiva ha tenido lugar, a través de una regulación sectorial que opere *ex ante*. Fruto de ello es el recientemente aprobado Reglamento de Mercados Digitales (46) (conocido como la DMA, por sus siglas en inglés: *Digital Markets Act*).

Ambas —DMA y el art. 102 TFUE— tienen como objeto propio proteger intereses jurídicos distintos,

pero ciertamente complementarios (47), y no parece que —de momento— la articulación entre ambas normativas esté bien estructurada. Con todo, la finalidad principal de esta normativa sigue siendo la de poner coto al poder sistémico de un pequeño número de plataformas digitales —denominadas «gatekeepers»— que, sin embargo, tienen un enorme impacto en los mercados en los que actúan, actuando como reguladores privados y obstaculizando e impidiendo la entrada a nuevas empresas, a modo de «cuello de botella», lo que priva de elección a los usuarios y consumidores finales.

A esta finalidad obedece asimismo el recientemente anunciado (48) por la Comisión plan para adoptar unas directrices sobre los abusos de exclusión prohibidos por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Al mismo tiempo, se ha publicado un documento (49) de reforma de las *Orientaciones* (50) de 2008, en las que establecía sus «prioridades de control en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», corrigiendo aquellos aspectos en los que dichas prioridades ya no reflejan el enfoque de la Comisión. El trasfondo de esta iniciativa, y el fin último que persigue, los indica igualmente la Comisión en un *Competition Policy Brief* titulado «Un enfoque dinámico y viable basado en los efectos del artículo 102 del TFUE» (51).

En este sentido, las autoridades de competencia tienen una amplia y consolidada práctica decisoria que puede servir de referencia para aplicar la prohibición de abuso de posición dominante a las prácticas específicas del sector cloud que hemos identificado en el apartado anterior. Algunos ejemplos son el asunto *Google Shopping* en 2021 (en el que el Tribunal General consagra (52) como anticompetitiva la práctica del auto-favorecimiento), o el asunto *Microsoft* en 2007, en el que el entonces Tribunal de Primera Instancia (TPI) confirmó (53) la decisión de la Comisión de 2004 y estableció los principios importantes relativos a la negativa de las empresas dominantes a facilitar información sobre interoperabilidad.

Sin embargo, habida cuenta de la conformación «estructural» del sector cloud, que hemos descrito en apartados precedentes, y de las prácticas que de modo normal se han consolidado en esta industria, la sola aplicación del art. 102 TFUE resulta a todas luces insuficiente, y se hace necesaria una regulación sectorial que establezca normas y condiciones que aseguren el mantenimiento de un mercado libre y competitivo.

En efecto, para cuando una autoridad tiene suficientes elementos para intervenir, la competencia puede estar ya distorsionada y ser difícil —o prácticamente imposible— el restablecimiento de una competencia efectiva en el mercado. Así lo reconoció hace ya quince años el entonces Comisario de Competencia J. ALMUNIA cuando señaló que «...una intervención *ex post* caso por caso no siempre es eficaz para tratar los problemas estructurales, [por lo que] la competencia y la regulación sectorial deberán trabajar codo con codo, persiguiendo los mismos objetivos a través de medios complementarios» (54).

Y, teniendo en cuenta que la falta de interoperabilidad, ausencia de multi-homing, los egress fees, el efecto lock-in, etc, han llevado a hacer del 'cloud computing' un mercado cerrado, la DMA es sin duda la mejor herramienta para abrirlo, ya que no en vano el Reglamento 2022/1925 tiene en su

título el objetivo de «mercados disputables y equitativos en el sector digital».

La DMA es bastante poco prolija en lo que al sector cloud se refiere, limitándose a señalar, en su Considerando n.º 48 que:

«En cuanto a los servicios de computación en nube, la obligación de no utilizar los datos de usuarios profesionales debe extenderse a los datos proporcionados o generados por los usuarios profesionales del guardián de acceso cuando utilizan el servicio de computación en nube del guardián de acceso, o a través de su tienda de aplicaciones informáticas que permite a los usuarios finales de los servicios de computación en nube acceder a aplicaciones informáticas. Esa obligación no debe afectar al derecho del guardián de acceso a utilizar datos agregados para la prestación de otros servicios prestados conjuntamente con sus servicios básicos de plataforma o en apoyo de tales servicios, como los servicios de análisis de datos, siempre que se cumpla lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE y se respeten las obligaciones correspondientes del presente Reglamento relativas a dichos servicios ».

Por otro lado, el artículo 2.2. establece, en la relación de «servicios básicos de plataforma» (CPS, por sus siglas en inglés, *core platform services*, en su párrafo i) los «servicios de computación en nube».

Como es sabido, el pasado 6 de septiembre de 2023 tuvo lugar la publicación (55) de la primera designación de *gatekeepers* conforme a la DMA, y de toda la relación de CPS del art. 2.2 solamente dos quedaron «huérfanos»: los asistentes virtuales y los servicios de computación en nube. Por ello, y porque haría falta modificar el art. 12 DMA, para incluir obligaciones específicas para estos operadores que evitaran las prácticas comerciales que hemos descrito en estas páginas, por lo menos en el futuro inmediato, la forma de afrontar estos problemas será principalmente a través de la prohibición de abuso de posición dominante contenida en el art. 102 TFUE.

5. CONCLUSIONES

De todo lo dicho anteriormente podemos extraer las siguientes conclusiones:

En **primer lugar**, no se puede ignorar o minusvalorar la importancia que el sector del 'cloud computing' tiene en la digitalización de la economía y el crecimiento empresarial, en la actualidad, y para los próximos años. De ahí que garantizar un desarrollo de estos mercados conforme a las normas de la libre competencia resulte una tarea especialmente acuciante.

A este respecto, y en **segundo lugar**, tanto las características estructurales de la industria cloud (con la arraigada presencia de dos empresas, Amazon y Microsoft, que dominan el mercado, y cuya cuota no consiguen apenas arañar el resto de proveedores de servicios cloud) como las prácticas que hemos señalado de vinculación de productos y servicios, variadas formas de *leveraging*, conductas de auto-preferencia, etc., conduce a que sean —en la actualidad— mercados que distan mucho de ser contestables y equitativos. Hay un cierto efecto de cierre («lock-in») que retiene cautivos a los usuarios de servicios, e impide el acceso de nuevos proveedores al mercado.

Habrà que ver cómo se implementa en la práctica de las empresas, y el diseño de sus servicios cloud, pero desde luego el recientemente aprobado Reglamento de Datos (*EU Data Act*) aborda directa y explícitamente muchos de estos problemas, estableciendo una serie de disposiciones encaminadas a que no haya costes de cambio, facilitar la interoperabilidad y *multi-homing*, etc.

En **tercer lugar**, de entre esta variada gama de prácticas que se han detectado en el mercado por parte de numerosos informes por parte de autoridades públicas de la competencia, así como consultoras privadas, destacan —por su nocividad— las prácticas abusivas de licencias de *software* que lleva a cabo la empresa Microsoft, y que han sido recientemente objeto de múltiples denuncias formales ante la Comisión Europea.

En **cuarto lugar**, de las dos grandes herramientas de que disponemos para hacer frente a estos problemas, la regulación *ex ante* (plasmada en la reciente DMA) o la intervención antitrust *ex post* (principalmente la aplicación del art. 102 TFUE), parece que sólo esta última va a ser efectiva en un futuro inmediato.

En **quinto y último lugar**, toca ahora a las autoridades de competencia (la Comisión Europea, en el plano comunitario, y la CNMC en nuestro país) abordar la situación que hemos descrito, y decidir si dichas conductas son merecedoras de sanciones antitrust, y contribuir de esta forma al mantenimiento de la competencia en el mercado de los servicios cloud.

.....

(1) Vid. nota de prensa: <https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-market-investigation-into-cloud-services>

Ver Texto

(2) OFCOM (2023): *Cloud services market study. Final report*, 5 de octubre de 2023. Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0027/269127/Cloud-services-market-study-final-report.pdf

Ver Texto

(3) *Opinion 23-A-08 of June 23, 2023, on competition in the cloud sector*. Disponible (en versión lengua inglesa) en: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2023-09/23a08_EN.pdf

Ver Texto

(4) Vid. nota de prensa: <https://www.cnmc.es/prensa/estudio-cloud-20231123>

Ver Texto

- (5) Como excepción, aunque es antiguo ya, para la rápido que ha evolucionado tanto el sector como la normativa aplicable, puede verse WALDEN, I. y LAISE DA CORREGGIO, L. (2011): «Ensuring Competition in the Clouds: The Role of Competition Law?» (April 7, 2011). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1840547>
- Ver Texto
- (6) Statista (2024): *Cloud computing market size in Europe from 2017 to 2028, by segment (in billion EUR)*. Disponible en: <https://www.statista.com/forecasts/1235161/europe-cloud-computing-market-size-by-segment>
- Ver Texto
- (7) SINGH, P. (2020): «Breaking Up Big Tech: Separation of its Data, Cloud and Intelligence Layers» (June 1, 2020). *Data Governance Network Working Paper 09*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3873151>
- Ver Texto
- (8) *Vid.*, para el mercado estadounidense, que presenta unos rasgos similares al europeo, MOSS, D. (2023): «The state of cloud technology markets: challenges for competition», *CPI Antitrust Chronicle*, agosto 2023.
- Ver Texto
- (9) En efecto, una de las prácticas anticompetitivas que más está perjudicando el desarrollo de mercados libres y abiertos tiene lugar precisamente cuando una empresa que tiene contratados unos determinados servicios informáticos, y ha adquirido las correspondientes licencias de *software*, para su empleo en la sede física de la empresa (*on-premises*) opta por migrar y trasladar toda su infraestructura informática a la nube, y es entonces cuando dependiendo de qué proveedor de servicios cloud elija —el mismo o distinto del proveedor de *software*— cuando surgen los obstáculos y dificultades.
- Ver Texto
- (10) A modo de ejemplo, pueden citarse: *OVHcloud, Scaleway, Brainboard, Ecloud VPC y Outscale*.
- Ver Texto
- (11) *Vid.* Opinion 23-A-08 of June 23, 2023, on competition in the cloud sector, *cit.*, pág. 86.
- Ver Texto
- (12) Comunicación C/2024/1645, DOUE de 22 de febrero de 2024. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202401645
- Ver Texto
- (13) Sobre el concepto, *Vid.*, por ejemplo PETIT, N. y TEECE, D. (2020): «Taking Ecosystems Competition

Seriously in the Digital Economy», Note DAF/COMP/WD(2020)90 for the *Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems*, OEDC, 3 December 2020. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)90/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)90/en/pdf)

Ver Texto

(14) Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828, DOUE núm. 2854, de 22 de diciembre de 2023, pp. 1-71.

Ver Texto

(15) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 19 de febrero de 2020, COM(2020) 66 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066>

Ver Texto

(16) Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724, DOUE L 152/1, de 3 de junio de 2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0868>

Ver Texto

(17) Con todo, los proveedores de servicios cloud ya las están implementado; así, por ejemplo, de los tres hyperscalers, el primero en eliminarlas ha sido Google (enero de 2024), y después le han seguido Amazon y Microsoft (marzo de 2024). *Vid.* noticia en: <https://cloud.google.com/blog/products/networking/eliminating-data-transfer-fees-when-migrating-off-google-cloud>

Ver Texto

(18) Informe OFCOM (2023), pág. 230.

Ver Texto

(19) Nota de Prensa de la Comisión Europea, de 4 de marzo de 2024: *La Comisión multa a Apple con más de 1.800 millones de euros por prácticas abusivas de la App Store para los proveedores de música en streaming*. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_1161

Ver Texto

(20) *Vid.*, por todos, BERGOVIST, C.: «Discrimination and Self-Favoring in the Digital Economy» (February 4, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3531688>

Ver Texto

(21) FERNÁNDEZ BUSTILLO, C. (2020): «Auto favorecimiento en mercados digitales», en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir): *Anuario de la Competencia 2020*, Ed. Thomson Reuters, Madrid, pp. 114-136.

Ver Texto

(22) Informe OCDE (2020), *Abuse of dominance in digital markets*. Disponible en la página web: www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf, pág. 54 (traducción propia).

Ver Texto

(23) Conclusiones de la A.G. Kokott, presentadas el 11 de enero de 2024, As. C-48/22 P, *Google LLC, Alphabet, Inc. c. Comisión Europea*.

Ver Texto

(24) Opinión 23-A-08, de 29 de junio de 2023, *cit.*, apartado n. 478, pág. 131.

Ver Texto

(25) Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, As. C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537).

Ver Texto

(26) A este respecto, permítase la referencia a DÍEZ ESTELLA, F.: «¿Se puede cometer un abuso de dominio ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD? La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) *Meta Platforms Inc.*», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 33, Julio-Diciembre 2023, pp. 1-34.

Ver Texto

(27) Consultora SAVANTA (2024): *European cloud customers affected by restrictive licensing terms for existing on-premise software, new research finds*. Disponible en: https://info.savanta.com/11038663/2024-01-31/98tx5h/1038663/1706715090z4m1HiQG/Assessing_the_impact_of_software_licensing_practices.pdf

Ver Texto

(28) JENNY, F. (2023): *Unfair Software Licensing Practices: A quantification of the cost for cloud customers*, Report for CISPE, 21 de junio de 2023. Disponible en: <https://cispe.cloud/studies/fairsoftware>

Ver Texto

(29) Por ejemplo, en el conocido caso Microsoft, el Tribunal de Justicia —avalando la decisión de la Comisión Europea— entendió que el Sistema Operativo Windows para PC's era *de facto* el estándar de interoperabilidad entre servidores de grupo; *Vid.* Asunto T-201/04 *Microsoft Corp v Commission* [2007] II ECR 03601, párrafo n.º 392.

Ver Texto

(30) Así se desprende de una jurisprudencia ya consolidada en el acervo comunitario: *Vid.*, Asuntos C-241/91 P y C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* [1995] ECR I-743 ('Magill') y, sobre todo, el Asunto C-418/01 *IMS GmbH v NDC Health DmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039 .

Ver Texto

(31) Resumen ejecutivo de la denuncia en español en la web de CISPE:
https://cispe.cloud/website_cispe/wp-content/uploads/2022/11/CISPE-Executive-Summary-Spanish.pdf

Ver Texto

(32) Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0027/269127/Cloud-services-market-study-final-report.pdf

Ver Texto

(33) Apartado n.º 9, *Microsoft's licensing practices*, páginas 224 a 231.

Ver Texto

(34) Decisión de la Comisión Europea, de 24 de marzo de 2004, As. COMP/C-3/37.792 *Microsoft*.

Ver Texto

(35) *United States of America v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

Ver Texto

(36) Nota de prensa de la Comisión: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3991

Ver Texto

(37) SAVANTA (2024): *European cloud customers affected by restrictive licensing terms for existing on-premise software, new research finds*. En:
https://info.savanta.com/Assessing_the_impact_of_software_licensing_practices.pdf

Ver Texto

(38) Informe OFCOM (2023), *cit.*, párrafos nn. 9.26 y 9.27 (traducción propia).

Ver Texto

(39) Google's Response to FTC Inquiry into Cloud Computing FTC-2023-0028 (21 June 2023). Disponible en:
<https://www.regulations.gov/comment/FTC-2023-0028-0069>

Ver Texto

(40) *Investigation of Competition in Digital Markets*, Federal Trade Commission, July 2022. Disponible en:

<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

Ver Texto

(41) Noticia recogida en: https://www.theregister.com/2022/03/17/ovhcloud_microsoft_complaint/

Ver Texto

(42) Nota de prensa: <https://antitrust.nextcloud.com/press-release.pdf>

Ver Texto

(43) Comunicado de la empresa en <https://slack.com/intl/en-gb/blog/news/slack-files-eu-competition-complaint-against-microsoft>

Ver Texto

(44) Conforme informa la agencia de noticias REUTERS, el pasado 20 de abril de 2024. Noticia disponible en: <https://www.reuters.com/technology/south-africa-investigate-microsoft-over-its-cloud-computing-licensing-practices-2024-04-04/>

Ver Texto

(45) *Vid.* una explicación detallada en la propia web de Microsoft: <https://azure.microsoft.com/en-us/pricing/hybrid-benefit/#overview>

Ver Texto

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

Ver Texto

(47) LAROUCHE, P. y DE STREEL, A. (2021): «The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions», *Journal of European Comp. Law & Practice*, Vol. 12 (7), pp. 542-560.

Ver Texto

(48) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_1911

Ver Texto

(49) Disponible en la página web de la Comisión Europea (el texto únicamente se encuentra en inglés): https://competition-policy.ec.europa.eu/document/3c8af31c-1bfo-467a-b4a7-a69da6e722bb_en

Ver Texto

(50) Comunicación de la Comisión - *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su*

aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DOUE C45/7, de 24 de febrero de 2009.

Ver Texto

(51) Disponible en la página web de la Comisión: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_o.pdf

Ver Texto

(52) STG (Sala Novena ampliada) de 10 de noviembre de 2021, *Google LLC, anteriormente Google Inc. y Alphabet, Inc. contra Comisión Europea*, Asunto T-612/17 (ECLI:EU:T:2021:763).

Ver Texto

(53) STPI (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft Corp. contra Comisión Europea*, Asunto T-201/04 (ECLI: EU:T:2007:289).

Ver Texto

(54) COMISIÓN EUROPEA: SPEECH/10/610, de 29 de octubre de 2010, «Competition policy for an open and fair digital economy». Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_10_610

Ver Texto

(55) *Vid.* nota de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328

Ver Texto