

Cali, 23 de octubre de 2023

Doctor:

FRANCISCO MELO RODRÍGUEZ

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

E.S.D.

Ref.: Denuncia contra **APPLE INC.** por la posible comisión de prácticas restrictivas de la competencia en determinados mercados digitales en Colombia

Respetado Doctor Melo:

LUIS GONZALO SALCEDO GARRIDO, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre propio, de la manera más respetuosa me dirijo a la Delegatura para la Protección de la Competencia ("**Delegatura**") para presentar denuncia -con fundamento en el Decreto 2153 de 1992 ("**Decreto 2153**"), la Ley 155 de 1959 ("**Ley 155**"), la Ley 1340 de 2009 ("**Ley 1340**") y las demás normas concordantes- en contra de **APPLE INC.** ("**APPLE**") por la posible comisión de prácticas restrictivas de la competencia en los mercados y en las formas que describiremos a lo largo del presente documento. El propósito es solicitar a la Delegatura que analice si los comportamientos de **APPLE** están afectando -o podrían llegar a afectar- en forma significativa las finalidades perseguidas y bienes jurídicos tutelados por el Régimen General de Libre Competencia en Colombia y que, de ser el caso, actúe conforme las atribuciones que le otorga la ley, en beneficio del mercado.

Esta denuncia se presenta para evitar mayores perjuicios a la eficiencia económica, los consumidores de plataformas tecnológicas en Colombia, las empresas de base tecnológica (o *start ups*) -creadas aquí, o que apuestan por invertir en nuestro país- y los desarrolladores de servicios de procesamiento de pago -con capacidad para competir-, quienes podríamos ya estar siendo gravemente afectados.

Con el ánimo de facilitar el análisis de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** ("**SIC**"), hemos dividido el presente memorial así: (i) Peticiones; (ii) Definición de Mercados Relevantes; (iii) Fundamentos de Hecho; (iv) Fundamentos de Derecho; (v) Antecedentes y (vi) Anexos.

I. PETICIONES

Primera.- Que la Delegatura, en el marco de sus funciones de policía administrativa, inicie una averiguación preliminar para determinar si existe mérito y, en caso tal, adelante una investigación en relación con los hechos que se ponen de presente para determinar si **APPLE** estaría incurriendo en conductas contrarias a la libre competencia prohibidas por nuestro ordenamiento jurídico.

Segunda.- Que, en caso de que se tenga certeza de la ocurrencia de una conducta anticompetitiva, la señora Superintendente de Industria y Comercio adopte las medidas cautelares que procedan a fin de evitar un perjuicio irremediable en los mercados relevantes.

Tercera.- Que, en caso de que se determine, en etapa de decisión, que **APPLE** incurrió en conductas contrarias a la libre competencia, la Superintendente de Industria y Comercio imponga las sanciones y/o realice las órdenes necesarias para corregir su comportamiento y evitar un perjuicio mayor.

II. DEFINICIÓN DE MERCADOS RELEVANTES

La definición de mercados relevantes previo a hacer un análisis de comportamientos desde el punto de vista del Derecho de la Competencia es indispensable y tiene tres finalidades principales: **(i)** permite entender el escenario en que las fuerzas competitivas tienen lugar; **(ii)** permite calcular las cuotas de participación de cada competidor en el mercado en cuestión, dado que estas se calculan con base en el tamaño total del mercado y **(iii)** permite advertir los efectos actuales o potenciales de una conducta en la economía y frente a los fines perseguidos por el Régimen de Libre Competencia.

Por ello, en esta sección explicaremos cómo funcionan -anticipando que **APPLE** participa en todos ellos: **(i)** los sistemas operativos para equipos móviles; **(ii)** el desarrollo de plataformas tecnológicas (y/o venta de bienes y servicios digitales); **(iii)** la distribución de plataformas tecnológicas y **(iv)** los servicios de procesamiento de pagos. Esto se hará, con el propósito de entregar a la Delegatura elementos de utilidad para definir los mercados que crea relevantes, como los asociados a sus: agentes de mercado, usos, características, barreras de entrada, clientes, variables competitivas, condiciones contractuales, cuotas de participación y relaciones de conexidad o vertical, entre otros.

Explicaremos, también, por qué cada sistema operativo es un mercado relevante en sí mismo, lo que se traduce en que sus fabricantes puedan ejercer un altísimo poder de mercado respecto de otros mercados conexos en los que también participan, como: la distribución de plataformas tecnológicas, su desarrollo y los servicios de procesamiento de pago requeridos para compras dentro de aquellas.

Todo, con el ánimo de ilustrar -y, en las siguientes secciones, ahondar sobre- cómo **APPLE**, con su conducta, podría estar, en efecto: **(i)** impidiendo el acceso a terceros al mercado de distribución de plataformas tecnológicas; **(ii)** atando el acceso a dicho mercado -en el que, por lo anterior, ostenta posición dominante- a la aceptación de obligaciones adicionales que no son connaturales al objeto del negocio (esto es: el uso obligatorio de sus sistemas de procesamiento de pago para la comercialización de bienes y servicios digitales); **(iii)** impidiendo -mediante la venta atada de *Apple Pay*- el acceso al mercado a otros oferentes de servicios de procesamiento de pago para la compra de bienes y servicios digitales y **(iv)** obstruyendo el acceso -en condiciones de igualdad- al mercado de desarrollo de plataformas tecnológicas y bienes y servicios digitales, al limitar el uso de su *data* a quienes en él participan y, en paralelo, utilizarla en provecho propio en mercados donde les compiten.

1.1. Sistemas operativos para equipos móviles

1.1.1. Descripción del mercado

Para acceder a plataformas tecnológicas, de cualquier tipo, un consumidor requerirá mínimo de dos (2) cosas: **(i)** un dispositivo móvil portátil que pueda sostenerse fácilmente en una mano, sea de uso táctil, proporciona funciones computacionales y permita el acceso a internet ("**equipos móviles**") y **(ii)** un sistema operativo que debe venir pre instalado en el equipo móvil y que, por una u otra vía, permita la búsqueda, descarga, instalación y uso de plataformas tecnológicas ("**sistemas operativos**").

Los sistemas operativos son programas de *software* que proporcionan a los consumidores una serie de funcionalidades en sus equipos móviles que van desde las de control manual más básicas, hasta características mucho más complejas que hacen posible el funcionamiento de diversas plataformas tecnológicas¹. Esto implica que, de no tener cada equipo móvil un sistema operativo pre instalado, los

¹ Esto no es distinto, por ejemplo, a programas como los de Microsoft Office que existen tanto para computadores que operan con Windows como para aquellos que lo hacen con sistemas operativos de Apple o juegos de consolas que pueden jugarse en PS5, Xbox o Nintendo. Los programas apuntan a ser los mismos, pero son específicamente diseñados para la tecnología de cada tipo de sistema operativo.



MAVERICK

usuarios finales no podrían hacer uso de ellos de forma inmediata al adquirirlos, ni descargar, instalar o utilizar plataformas tecnológicas.

Por este motivo, ningún fabricante de equipos móviles (“**FEM**”) pone estos a disposición de sus consumidores finales sin previamente instalar en ellos un sistema operativo, sea propio o licenciado por un tercero. Lo que implica que, en todos los casos, los equipos móviles son comercializados en forma conjunta -pero legítima- con un sistema operativo, ya que los consumidores necesitan de ambos para poder interactuar con el equipo móvil y acceder a plataformas tecnológicas; todo lo cual deja a los **FEMs** con dos alternativas para poder mantenerse relevantes en el mercado y competir: (i) Desarrollar su propio sistema operativo -lo suficientemente atractivo para posicionarse tanto frente a consumidores como desarrolladores de plataformas tecnológicas (“**Desarrolladores**”) o (ii) adquirir una licencia de un sistema operativo proveído por un tercero -suficientemente posicionado- para ofrecerlo en conjunto con sus equipos móviles.

Por esta razón, aparte del mercado de comercialización conjunta de sistemas operativos con equipos móviles -en el que participan todos los **FEM**- existe otro que consiste en el licenciamiento de los primeros a distintos **FEM** que no tienen uno propio -o no suficientemente posicionado. En este, que es un eslabón distinto de la cadena de valor en el que los clientes son **FEM** y no consumidores finales de equipos móviles, Google es el único agente de mercado relevante con más del 99% del mercado global, y en él participa mediante el licenciamiento, a otros **FEM**, de *Android*, su sistema operativo. Así, hoy existe una amplia presencia de *Android* en equipos móviles a nivel global y local (como se verá abajo, en datos) y, esto se debe, primordialmente, a que Google optó por licenciar su sistema operativo a otros **FEM** y logró posicionarlo como relevante, independientemente de no ser el actor más relevante del mercado de equipos móviles, propiamente, ni a nivel global, ni en Colombia.

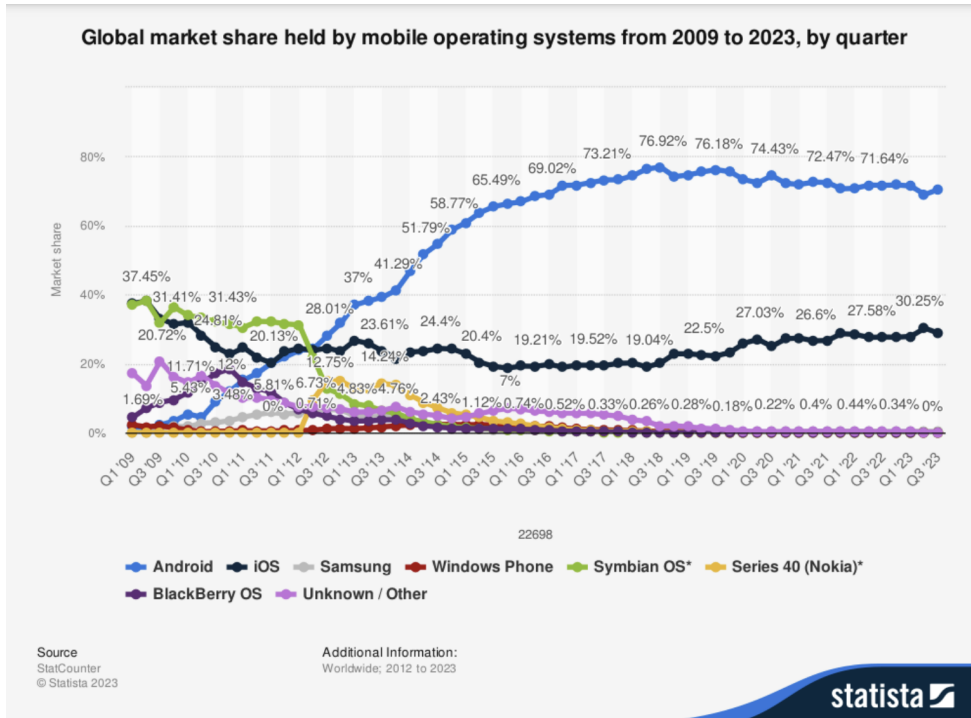
APPLE, a diferencia de Google, nunca ha ofrecido ni licenciado su sistema operativo, *iOS*, a terceros. Por el contrario, únicamente lo distribuye y comercializa en conjunto con sus equipos móviles, con el -legítimo- ánimo de impulsar la venta de estos, en provecho de su posicionamiento tanto en términos de equipos móviles, como de sistema operativo. Esta estrategia -aún siendo distinta a la de Google- le ha permitido a **APPLE** convertirse en el único agente de mercado relevante a nivel global con un sistema operativo no licenciable para equipos móviles, gracias a las altas barreras de entrada al mercado de sistemas operativos, que también explicaremos.

Por lo dicho, aunque las estrategias utilizadas por sus fabricantes para posicionarlos han sido distintas, *iOS* y *Android* son, virtualmente, los únicos sistemas operativos utilizados masivamente por usuarios de equipos móviles tanto en el mundo, como en Colombia, como en seguida ilustraremos.

1.1.2. Datos globales y locales

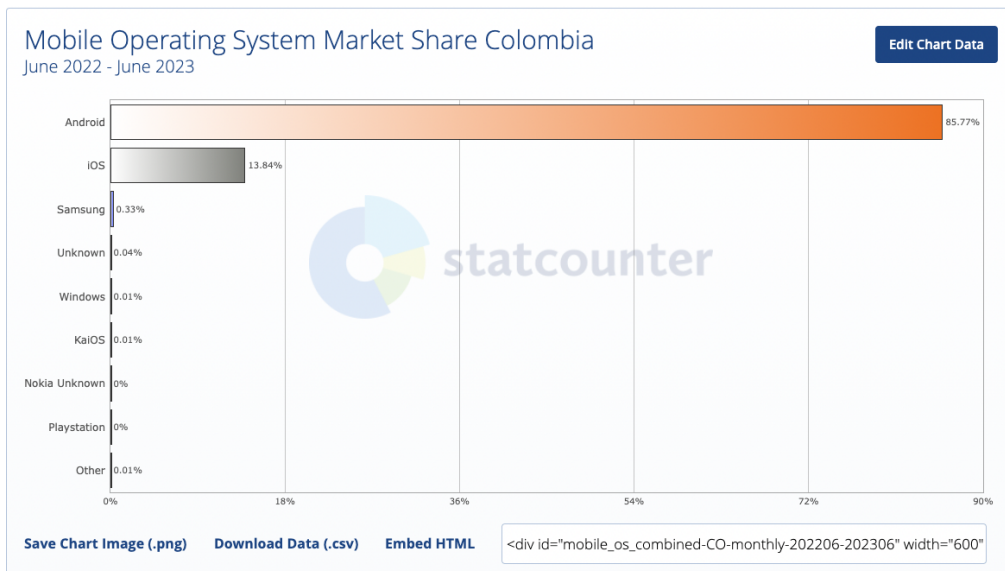
La siguiente gráfica detalla el uso que han tenido los distintos sistemas operativos entre 2009 y 2023, a nivel global. De ella se destaca que cerca del 70.99% de todos los usuarios usan *Android*, seguido de *iOS* con el 28.33%². Lo que, sumado, equivale a 99.32% del uso actual de sistemas operativos:

² <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/worldwide#monthly-202206-202306-bar>



Fuente: Statista³

Ahora, veamos cómo, mientras iOS es utilizado por alrededor del 13.84% de los usuarios de equipos móviles en Colombia y Android por el 85.77%, sólo el 0.39% utiliza alguna alternativa:

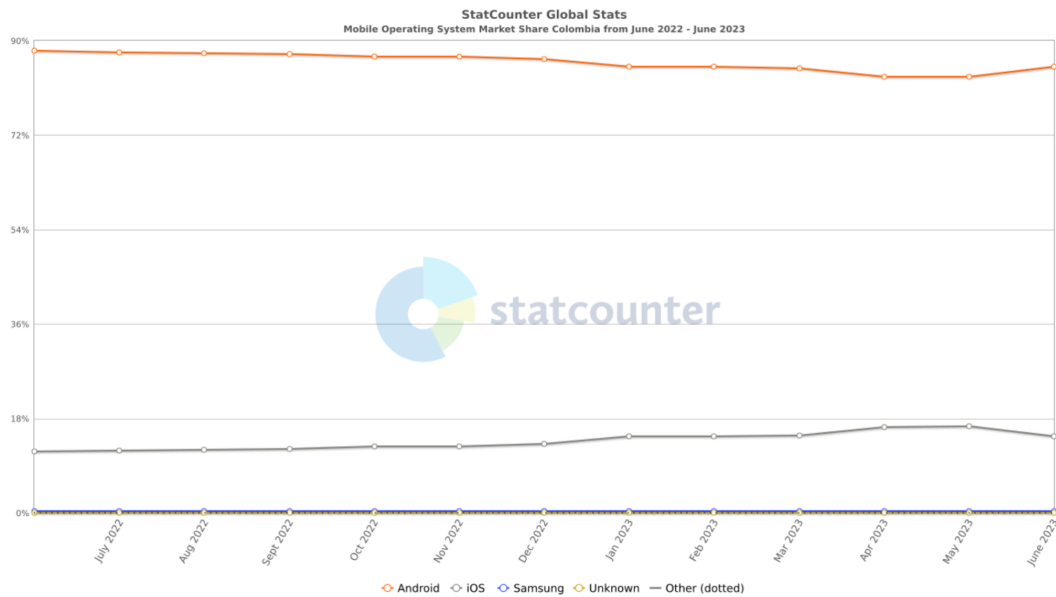


Fuente: Statcounter⁴

Ahora, veamos cómo evolucionó, en el tiempo, entre junio de 2022 y junio de 2023, el uso de sistemas operativos en Colombia:

³<https://www-statista-com.eu1.proxy.openathens.net/statistics/272698/global-market-share-held-by-mobile-operating-systems-since-2009/>

⁴ <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/colombia#monthly-202206-202306-bar>



Fuente: Statcounter⁵

Esto, nuevamente, implica que los únicos sistemas operativos relevantes tanto a nivel global, como en Colombia, son *iOS* y *Android* y, como ya veremos, por sus barreras de entrada, cada uno es -en sí- un mercado relevante en el que sus respectivos fabricantes ejercen posición de dominio, con una participación de mercado del 100%.

1.1.3. Barreras de entrada

Los sistemas operativos se caracterizan por elementos típicamente asociados a mercados digitales: son mercados de múltiples lados, requieren inversiones elevadas para su desarrollo, tienen fuertes *efectos de red*, directos y, especialmente, indirectos⁶, y *feedback loops* positivos, que redundan en una consolidación de poder de mercado en favor de sus fabricantes (**APPLE** y Google). Es decir, mientras más plataformas tecnológicas sean compatibles con un sistema operativo, más popular será éste entre los consumidores finales, lo que derivará así mismo en un incremento de su popularidad entre los Desarrolladores. Debido a este fenómeno, sólo existen incentivos para desarrollar plataformas tecnológicas compatibles con los sistemas operativos más populares, lo que genera para fabricantes de estos sistemas operativos populares una tendencia a mantenerse relevantes. Esto, además, les permite comportarse con independencia de otros agentes, en tanto cada uno domina un mercado cada vez más grande y relevante para los consumidores, Desarrolladores y la economía en general.

Adicionalmente, diversas fuentes han documentado que la mayoría de usuarios no tienen un dispositivo *iOS* y uno *Android* a la vez⁷. De hecho, cuando un consumidor adquiere un equipo móvil

⁵ <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/colombia/#monthly-202206-202306>

⁶ La relevancia de los efectos de red indirectos para el tipping, monopolización y reforzamiento de la posición dominante de Apple y Google en los mercados de los sistemas operativos y de las app stores ha sido extensamente documentada por diversas autoridades de competencia alrededor del mundo. Nótese por ejemplo, la ACCC, en su Interim report "Digital platform services inquiry", pág. 27 sobre los cross side network effects de los sistemas Android.

⁷ En su Interim report, la CMA concluye que la mayoría de los usuarios de smartphones sólo usan un sistema operativo y que la mayoría de los usuarios realiza compras de reemplazo de un smartphone por uno que mantenga el mismo sistema operativo. Lo que sería consistente con lo reportado por desarrolladores de apps de que sólo una proporción menor de usuarios acceden a sus apps tanto de un dispositivo con iOS como de un Android. Competition and Markets Authority, Mobile ecosystem: Interim report, pág. 67, para. 3.21-3.24.

M

MAVERICK

con un sistema operativo específico, experimentará importantes costos de cambio (*switching costs*)⁸ si quisiera sustituirlo por otro. Dichos costos de cambio incluyen la inversión inicial para adquirir un nuevo equipo móvil, la pérdida de contactos, archivos, historiales de conversaciones, notas y fotos, la pérdida de plataformas tecnológicas y suscripciones adquiridas, y la curva de aprendizaje requerida para aprender a usar a un nuevo sistema operativo⁹. Esto se traduce en una fuerte lealtad de parte de los consumidores hacia el sistema operativo que utilizan y refuerza aún más las barreras de entrada al mercado, desincentivando el desarrollo de nuevos sistemas operativos para equipos móviles.

A los niveles de escala en que **APPLE** y Google operan, se hace determinante para la mayoría de Desarrolladores operar con “multihoming”, es decir, que sus plataformas tecnológicas estén presentes en ambos sistemas operativos (*iOS* y *Android*). Esto, además de que implica programar una plataforma específica para cada uno, los obliga a aceptar las reglas que imponen para acceder a cada *marketplace* de estas compañías (*App Store* y *Play Store*), como se explicará más adelante.

Si un Desarrollador programa su plataforma para un sistema operativo específico, experimentará también fuertes costos de cambio para pasar a otro, ya que modificarla para que funcione con otro sistema operativo es un proceso altamente demandante. Así mismo, cualquier ajuste que un Desarrollador pretenda para su plataforma tecnológica, le exigirá adaptarla a uno y otro. Esto redundará en elevadas barreras de entrada de cara a los Desarrolladores, quienes deben adecuarlas a exigencias técnicas -y adecuarse ellos, a exigencias contractuales, de adhesión- para que finalmente estén disponibles para los usuarios de cada sistema operativo.

1.1.4. Poder de mercado de APPLE

Desde una perspectiva de competencia, lo descrito tiene una implicación, que es clara: los sistemas operativos de **APPLE** y Google no son verdaderos sustitutos, ni ejercen presión competitiva entre sí¹⁰. Tanto *iOS* como *Android* son mercados relevantes en sí mismos, creados y dominados por sus fabricantes¹¹. Estas características le permiten a ambas actuar con independencia de la otra, además

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf

⁸ La CMA indica: “(...) las pruebas son consistentes con que sólo un pequeño grupo de usuarios puede y está dispuesto a cambiar entre dispositivos móviles que utilizan diferentes sistemas operativos, como resultado de que la mayoría de los compradores de dispositivos ya forman parte de un ecosistema móvil, un bajo nivel de multi-homing entre ecosistemas móviles, y un bajo nivel de cambio entre sistemas operativos. Esto sugiere que existe una limitada presión competitiva sobre Apple y Google por parte de los proveedores rivales de dispositivos móviles y sistemas operativos (incluidos entre sí)”. Traducción libre de: “(...) the evidence is consistent with only a small group of users being able and willing to switch between mobile devices using different operating systems, as a result of most purchasers of devices already being part of a mobile ecosystem, a low level of multi-homing between mobile ecosystems, and a low level of switching between operating systems. This suggests there is a limited competitive constraint on Apple and Google from rival suppliers of mobile devices and operating systems (including each other)” CMA, op.cit., pág. 95, para. 3.82. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf

⁹ Véase, por ejemplo, CMA, op.cit., pág. 100, para. 3.102. donde se describen encuestas realizadas a usuarios sobre potenciales barreras a cambios entre mobile devices y donde destacan los costos de aprendizaje de cambiar entre mobile ecosystems, la transferencia de data, apps y la gestión de suscripción a través de los dispositivos, entre otras. La CMA analiza cada una de estas potenciales barreras.

¹⁰ En su *Interim report*, la CMA indica que existiría una limitada competencia en precios entre dispositivos *iOS* y *Android*, particularmente en smartphones, ya que los posicionamientos en puntos de precios de ambos normalmente no se contraponen. *Android* concentra su oferta en dispositivos de menor precio que los *iOS* y, precisamente por ello, para la mayoría de los usuarios *Android* los dispositivos *iOS* no son sustitutos cercanos. *Ibid*, pág. 98, para. 3.88. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf

¹¹ La CMA señala que *Apple* y *Google* tienen “substantial and entrenched market power over the users of their mobile operating systems” CMA, op.cit., pág. 123. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf

M

MAVERICK

de los competidores potenciales, los usuarios finales equipos móviles y los desarrolladores de plataformas tecnológicas -entre otros agentes-, tanto en el mundo como en Colombia¹².

Hoy, *iOS* es el segundo sistema operativo más utilizado en Colombia, lo que implica que este mercado -*iOS*- en el que **APPLE** ostenta posición de dominio, es uno sumamente significativo para una gran masa de consumidores, agentes económicos y, en general, la economía colombiana. Y dicho poder de mercado le otorga a **APPLE** una gran capacidad para afectar significativamente a consumidores y participantes en mercados conexos y, actuar con independencia de ellos, en lo que profundizaremos.

Por lo expuesto, cabe en este punto advertir que, respecto de este dominio que ostenta **APPLE** -al ser fabricante de *iOS*- tiene la obligación legal de no incurrir en ninguna de las conductas descritas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

1.2. Desarrollo de plataformas tecnológicas

1.2.1. Descripción del mercado

Como muchos consumidores conocemos, las plataformas tecnológicas son programas de *software* que operan en equipos móviles y que permiten ampliar o complementar las funcionalidades inherentes a ellos y a su respectivo sistema operativo. Hoy, existen para satisfacer un sinnúmero de necesidades, que pueden estar asociadas a: buscadores, entretenimiento, deporte, transporte, viajes, citas, domicilios, envíos, compra de bienes, alquiler, noticias, GPS, redes sociales, finanzas, correos electrónicos, organización, diseño, edición, video, música, juegos, entre muchas otras.

Como se verá, para efectos de llegar su público objetivo, los Desarrolladores deben programar una plataforma tecnológica para cada sistema operativo con el que pretenden sea compatible y, luego, acceder a sus términos de servicio, para solo así lograr que estas estén disponibles para los consumidores finales a través de tiendas de plataformas tecnológicas ("**tiendas digitales**"). Visto más profundo, en el caso particular de **APPLE**, es importante anotar que para que los productos de los Desarrolladores funcionen en equipos móviles de esta marca requieren interactuar con *iOS*, y esa relación queda bajo el control de **APPLE**, entre otras cosas, porque el código fuente de *iOS* es cerrado y no está disponible para los Desarrolladores. Así, es **APPLE** quien les proporciona *software* y herramientas para que ellos programen plataformas tecnológicas que interactúen con *iOS*. Y para obtener acceso a estas herramientas, los contratos de **APPLE** establecen la obligación de sólo distribuir sus productos en *iOS* a través de la *App Store* y técnicamente no es posible instalar otras tiendas digitales en *iOS*.

Por lo mismo, en la práctica, para que sus productos sean compatibles con cada sistema operativo, los Desarrolladores no tienen otra alternativa que programar *softwares* a la medida de cada uno, y acceder a las condiciones que unilateralmente imponga **APPLE** o Google para el uso de sus tiendas digitales, *App Store* y *Play Store*, en cada caso, si lo que pretenden es que sus plataformas tecnológicas estén disponibles para los usuarios de los sistemas *iOS* y *Android* -lo que no sólo es común sino, casi siempre, necesario para los modelos de negocio de base tecnológica.

Visto de otro lado, para que los consumidores finales podamos disfrutar de plataformas tecnológicas que nos interesan y no estén preinstaladas, debemos antes adquirirlas y descargarlas de una tienda digital a la cual tengamos acceso en uso de nuestro equipo móvil. En la práctica, esta descarga sólo es posible en la tienda digital pre instalada en cada equipo móvil, esto es: la *App Store* o la *Play Store*, en función de si el sistema operativo de un usuario es *iOS* o *Android*. Esto es así, como ahondaremos más adelante, ya que más allá de que sus propias tiendas digitales vengan preinstaladas en los equipos móviles, **APPLE** y Google generan impedimentos -técnicos y contractuales- para que los

¹² <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/colombia/#monthly-202206-202306-bar>

M

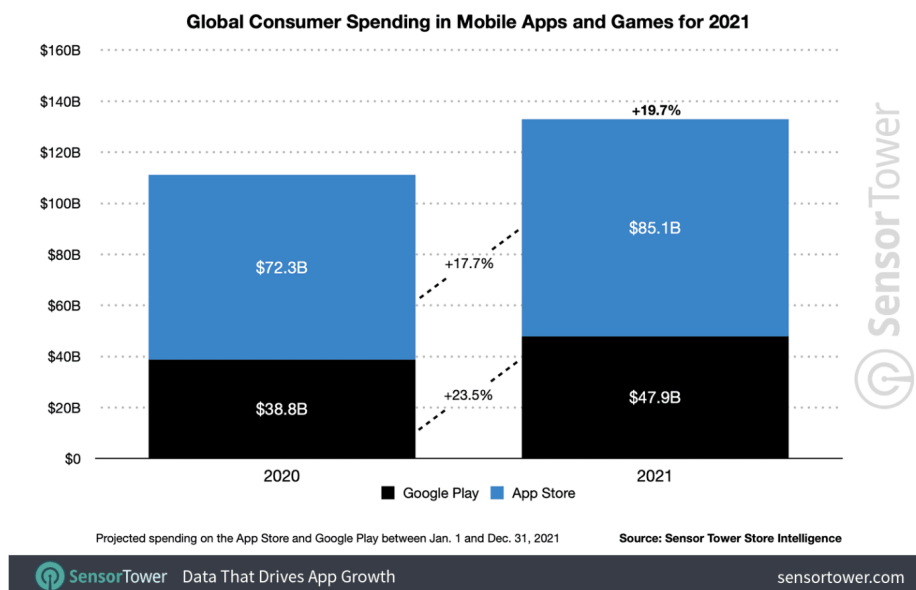
MAVERICK

usuarios de su sistema operativo no cuenten con alternativas a la *App Store* o *Play Store*, según el caso, para la descarga de plataformas tecnológicas; obstruyendo así la entrada, a sus respectivos mercados, de otras tiendas digitales y limitando las alternativas para los consumidores finales. Ello implica que, virtualmente, sean estas 2 tiendas los únicos canales de distribución de sus productos.

Ahora bien, no sobra mencionar que la descarga de plataformas tecnológicas desde tiendas digitales o por medios alternativos (como páginas web, cuando fuera técnica y contractualmente posible) y/o la compra de los productos o servicios que ofrecen, pueden ser gratuitos o pagados. Es común que una plataforma tecnológica que sea gratuita de descargar tenga unas funcionalidades básicas sin costo y otras *premium* que deban pagarse por separado, o bien, que se ofrezca una suscripción de pago periódico, o que los productos que ofrecen deban pagarse por separado.

1.2.2. Datos globales y locales

En 2021, las ventas de plataformas tecnológicas excedieron los USD\$133,000,000,000 lo que representa un crecimiento de 19,7% en relación con el año anterior (USD\$111,000,000,000), e incluye compras al interior de ella ("*in-app*"), suscripciones *premium* y suscripciones de una sola vez, tanto en la *App Store* como en *Google Play*. De este total (2021), cerca de USD\$86,000,000,000 fueron vendidos a través de la *App Store*¹³, o sea cerca de un 65% del total y 17.7% más que el año anterior:



Fuente: Sensortower¹⁴

1.2.3. Poder de mercado de APPLE

En este contexto, no cabe duda de que existe una dependencia económica de los Desarrolladores hacia **APPLE** y Google ya que, efectivamente, ambos -cada uno- actúan como guardianes de acceso o cuellos de botella para la distribución de productos entre usuarios de su ecosistema, siendo su propia tienda digital el canal principal para los Desarrolladores alcanzar ese público objetivo.

¹³<https://www-statista-com.eu1.proxy.openathens.net/statistics/975776/revenue-split-leading-digital-content-store-worldwide/>

¹⁴ Sarah Perez, *App Stores to See Record Consumer Spend of \$133 Billion in 2021, 143.6 Billion New App Installs*, Tech Crunch (Dec. 7, 2021), <https://techcrunch.com/2021/12/07/app-stores-to-see-record-consumer-spend-of-133-billion-in-2021-143-6-billion-new-app-installs/>

M

MAVERICK

Y aunque la participación de mercado de **APPLE** en el desarrollo de plataformas tecnológicas no sea suficiente para considerar que puede ostentar posición dominante, como sabemos, sí la ostenta en relación con *iOS* y la *App Store* -como se ahondará- por lo que tiene la carga de evitar abusar de la misma respecto de los Desarrolladores -es decir, sus clientes- para fortalecer su posición en mercados conexos, como en los que aquellos participan. Ahora bien, como hemos expuesto, existe una íntima relación de conexidad y dependencia entre el desarrollo de plataformas tecnológicas y *iOS* -como sistema operativo- ya que para los Desarrolladores es indispensable que sus productos estén disponibles para los consumidores dentro de ese ecosistema, y para ello nunca deberían verse obligados a acceder a condiciones que restrinjan o limiten su capacidad de competir, carezcan de un fundamento pro-competitivo e infrinjan el Régimen General de Libre Competencia.

1.3. Distribución de plataformas tecnológicas

1.3.1. Descripción del mercado

Las tiendas digitales son plataformas tecnológicas que proporcionan a los Desarrolladores una distribución centralizada de sus productos y permiten a los consumidores finales buscar, adquirir y descargar plataformas tecnológicas en las que estén interesados, para luego instalarlas y utilizarlas en sus dispositivos móviles. Si bien -en el mundo- las tiendas digitales de **APPLE** y Google no son los únicos medios a través de los cuales los usuarios pueden acceder a plataformas digitales, en los hechos, al igual que en el caso de los sistemas operativos, estamos en presencia de mercados independientes para la distribución de plataformas tecnológicas, en los que cada uno de los agentes económicos mencionados tiene una posición dominante que no duda en aprovechar.

En la práctica, los sistemas operativos operan exclusiva o predominantemente con la tienda de plataformas tecnológicas de su respectivo fabricante, la cual siempre viene preinstalada según los equipos móviles. Esta integración vertical permite a **APPLE** y Google apalancarse en su poder de mercado *aguas arriba*, por sus sistemas operativos, para aumentar su participación en el mercado *aguas abajo*, en la distribución de plataformas tecnológicas compatibles con aquellos. En efecto, **APPLE** y Google impiden o dificultan cualquier mecanismo alternativo para la descarga e instalación de plataformas tecnológicas en sus sistemas operativos, que no sean sus propias tiendas digitales.

Si bien existen plataformas tecnológicas preinstaladas en cada sistema operativo (estrategia que utilizan tanto **APPLE** como Google para potenciar sus propios productos), la mayoría de las que los consumidores utilizamos cotidianamente las debemos descargar e instalar en el sistema operativo de nuestro equipo móvil. En el caso de la *App Store* y *Play Store*, ambas cuentan con una gran variedad de opciones de plataformas tecnológicas y el consumidor final decide cuáles instalar.

Para distribuir sus productos, los Desarrolladores que quieran usar la *App Store* deben aceptar las condiciones del *Developer Program License Agreement* y pagarle a **APPLE** una tarifa anual. Para distribuir a través de *Play Store*, deben aceptar las condiciones del *Google Play Developer Account* y del *Google Play Developer Distribution Agreement* y pagarle a Google una tarifa de registro. En ambos casos, esta tarifa o "comisión" es del 30% -o del 15%, si se cumplen ciertos requisitos- del valor de la descarga y/o las compras *in-app* que realice el consumidor, de lo que ellas unilateral y arbitrariamente califican en estos acuerdos como "*digital goods*".

Como detallaremos cuando abordemos el fundamento de hecho, a partir de las condiciones impuestas por **APPLE** en estos acuerdos, los Desarrolladores no tienen una alternativa distinta de la *App Store* para ofrecer sus productos a los usuarios del sistema operativo *iOS*, por lo cual deben necesariamente aceptar esta tarifa y las demás condiciones impuestas por **APPLE**. Lo mismo sucede con la *Play Store*, respecto de usuarios *Android*.

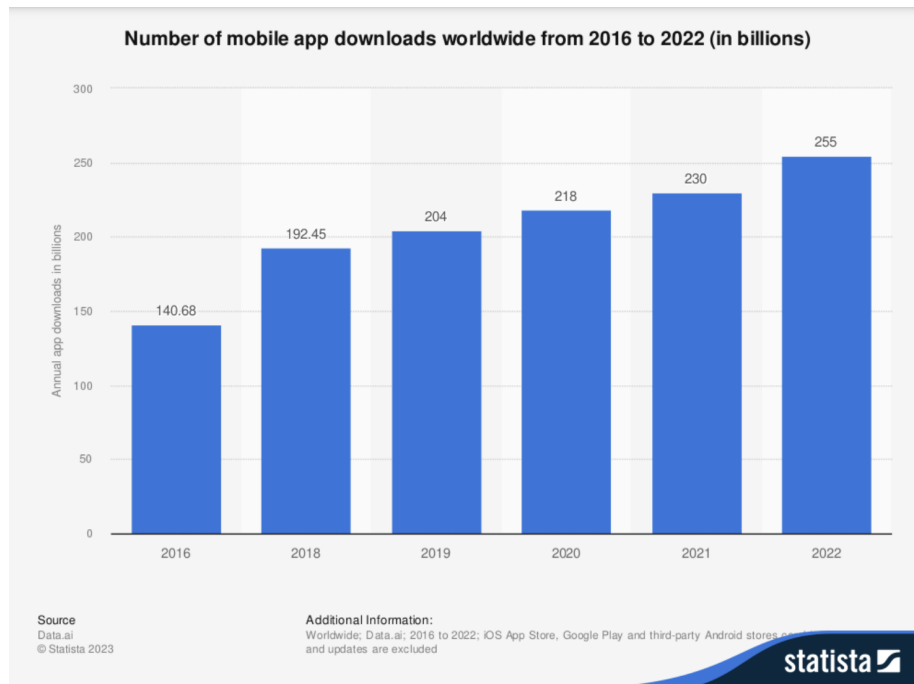
M

MAVERICK

Desde la perspectiva de los consumidores, también será una de dos opciones: la *App Store* o la *Play Store* -según su sistema operativo-, la única tienda digital a la que podrá acceder desde su equipo móvil para la descarga de plataformas tecnológicas.

1.3.2. Datos globales y locales

La distribución de plataformas tecnológicas se ha hecho más relevante para los consumidores en los últimos años, tal como se evidencia en la siguiente gráfica con el incremento en el número de descargas globales de plataformas tecnológicas desde 2016 (en miles de millones de USD):



Fuente: Statista¹⁵

A nivel mundial, sólo dos tiendas digitales se reparten la totalidad del mercado de la distribución: la *App Store*, de **APPLE**, para dispositivos con sistemas operativos *iOS*, y *Google Play*, de Google, para aquellos con sistemas operativos *Android*. Son primero o segundo, según el caso, en todos los países del mundo a nivel de presencia de sistemas operativos, como se evidencia a continuación:

¹⁵ La cantidad de descargas de aplicaciones móviles en todo el mundo ha aumentado constantemente desde 2016 en adelante, superando los 200.000 millones en 2019. En el último año medido, los consumidores descargaron 255 000 millones de aplicaciones móviles en sus dispositivos conectados, un aumento de más del 80 % con respecto a los 140 700 millones de descargas de aplicaciones. en 2016

<https://www-statista-com.eu1.proxy.openathens.net/statistics/271644/worldwide-free-and-paid-mobile-app-store-downloads/>



Fuente: Statista¹⁶

Los sistemas operativos *iOS* y *Android*, y sus respectivas tiendas digitales ejercen una muy limitada presión competitiva entre sí, y junto con otras circunstancias estructurales de los mercados, le entregan a **APPLE** (13.84%) y Google (85.77%)¹⁷ significativo poder de mercado y dominancia en Colombia y el mundo¹⁸, no sólo en su sistema operativo, sino también en el de distribución de plataformas tecnológicas compatibles con ellos, ya que prohíben o entorpecen a sus usuarios la utilización de otras tiendas digitales o alternativas para su descarga.

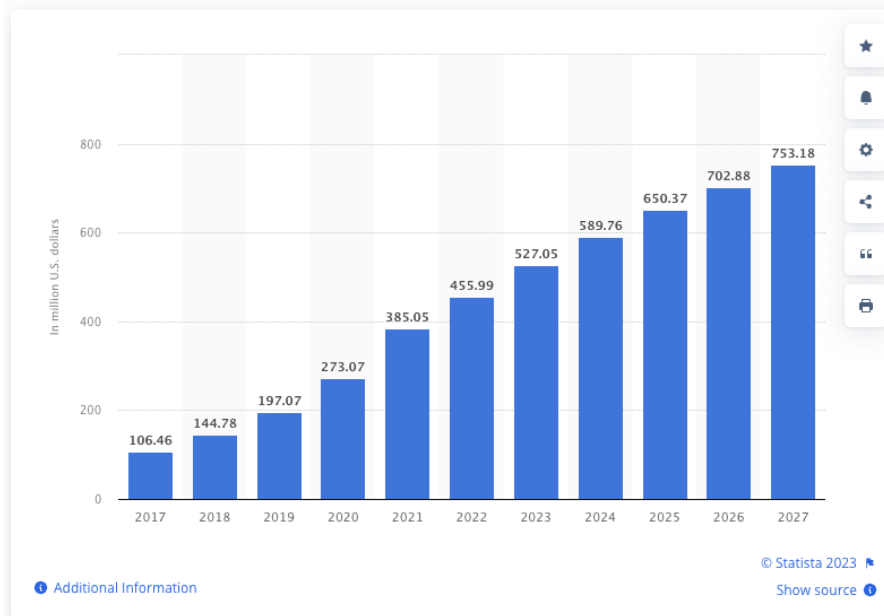
Ahora, para efectos de vislumbrar lo relevante que es para Colombia el mercado de distribución de plataformas tecnológicas, veamos cómo ha aumentado y se proyecta que continuará aumentando el consumo y, por ende, los ingresos de **APPLE** y Google, por la vía de sus tiendas digitales:

¹⁶Android e iOS son los dos sistemas operativos dominantes en el mundo de la telefonía móvil y representan prácticamente la totalidad de los smartphones lanzados en los últimos años. Este duopolio queda patente en el siguiente gráfico de Statista, elaborado con datos de StatCounter Según cifras de marzo de 2023, Android mantiene en la actualidad su posición como sistema operativo móvil líder a nivel mundial, con una cuota de mercado del 71%, mientras que iOS representa el 28%. Por número de países, Android es igualmente el sistema más usado, mientras que iOS es líder en Estados Unidos, con una cuota de mercado del 57% —frente al 43% de Android—. El sistema operativo de Apple también domina en Canadá (61%) y en los europeos Noruega, Suecia y Reino Unido, además de Japón, Australia y otros pocos países más del mundo. <https://es.statista.com/grafico/29620/sistema-operativo-movil-con-la-mayor-cuota-de-mercado-por-pais/>

¹⁷ <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/colombia/#monthly-202206-202306-bar>

¹⁸ Apple (28.33%) y Google (70.99%)
<https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/worldwide/#monthly-202206-202306-bar>

Revenue in the app market in Colombia from 2017 to 2027 (in million U.S. dollars)



Fuente: Statista¹⁹

1.3.3. Barreras de entrada

El mercado de distribución de plataformas tecnológicas también se caracteriza por ser una plataforma de dos lados²⁰, con elevadas barreras de entrada. En efecto, la estructura es muy similar a la de los sistemas operativos, ya que también cuenta con formidables efectos de red directos e indirectos, *feedback loops* positivos, y economías de escala. Además, como se explicó anteriormente, tanto Google como **APPLE** han impuesto barreras de entrada artificiales adicionales desde el mercado de los sistemas operativos, que implican *de facto* la exclusividad y/o predominancia absoluta de sus respectivas tiendas digitales en la absoluta mayoría de los equipos móviles a nivel mundial y en Colombia, ya que vienen preinstalados en sus sistemas operativos.

El caso más claro es el de **APPLE**, ya que explícitamente en *iOS* no está permitida la descarga de otras tiendas digitales diferentes a la *App Store*. Asimismo, la descarga paralela de apps a través de páginas web, conocido como *"sideloading"*, también está prohibido, y no es técnicamente viable, salvo a través del denominado *"jailbreaking"*, que implica desviar las restricciones de **APPLE** al modificar las configuraciones del dispositivo y, en los hechos, infringe la licencia del software²¹. De

¹⁹ <https://www.statista.com/statistics/1396835/revenue-app-market-colombia/>

²⁰ La CMA señala que *Apple* y *Google* tienen "substantial and entrenched market power over the users of their mobile operating systems" CMA, op.cit., pág. 125.

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf

²¹ "iOS está diseñado para funcionar de manera segura y fiable desde el momento en que se enciende el dispositivo. Las funciones de seguridad integradas ayudan a proteger el sistema de virus y malware, así como proteger el acceso del usuario a información personal y datos corporativos. Las modificaciones no autorizadas del sistema iOS (también conocidas como "jailbreak") invalidan las funciones de seguridad y pueden causar una variedad de problemas en el iPhone donde se realicen, tales como vulnerabilidades de seguridad, inestabilidad y duración reducida de la batería. (...) Apple advierte que no se debe instalar ningún software que modifique el sistema iOS. También es importante tener en cuenta que la modificación no autorizada de iOS es una violación del Contrato de licencia de software de iOS y iPadOS y, por lo tanto, Apple puede denegar el servicio para un iPhone que tenga instalado cualquier software no autorizado." <https://support.apple.com/es-us/guide/iphone/iph9385bb26a/ios>



MAVERICK

forma tal que, en la práctica, la *App Store* es efectivamente la única tienda disponible en *iOS*. En el caso de Google, su conducta es distinta, pero el resultado es el mismo.

Desde la perspectiva de los Desarrolladores, la *App Store* y *Play Store* no actúan como sustitutos que compiten entre sí. De hecho, en muchas ocasiones, lo inverso es cierto. Tómese como ejemplo todas aquellas plataformas tecnológicas cuyo modelo de negocio se apoya en efectos de red, es decir, en conectar a usuarios entre sí, como lo son muchas plataformas de domicilios, redes sociales, citas, transporte, alquiler, *marketplaces*, hotelería, música, vídeos, gps, entre muchas otras. Para los Desarrolladores, dadas las condiciones actuales del mercado, es imprescindible estar presentes en el *App Store* y *Play Store* para lograr alcanzar el mayor volumen posible de usuarios. No hacerlo implicaría renunciar a una gran cantidad de usuarios potenciales, además de incomodar a sus clientes actuales, quienes esperan poder interactuar con usuarios que tengan distintos sistemas operativos. Lo anterior, debe considerarse en conjunto con el hecho de que los Desarrolladores deben programar sus apps para funcionar de forma específica en un sistema operativo, de forma tal que las plataformas tecnológicas desarrolladas para *Android* sólo operarán en *Android* y aquellas desarrolladas para *iOS* sólo lo harán en *iOS*. Esto sugiere que los Desarrolladores deben superar barreras de entrada completamente independientes para estar presentes en cada mercado.

Por su parte, en la práctica, los consumidores finales típicamente sólo utilizan un sistema operativo: en ese lado del mercado no existe el "*multihoming*" y rara vez cambian el sistema elegido. Así, sólo tienen una tienda digital de la que escoger. Ahora bien, si algún consumidor fuera propietario de dos equipos móviles con sistemas operativos distintos -o, eventualmente, cambiará de uno a otro-, lo que sea que adquiera en una tienda digital no se podrá utilizar en otro sistema operativo, ni paralelamente, ni a futuro.

1.3.4. Poder de mercado de APPLE

La implicación de la estructura anterior es clara: en la distribución de plataformas tecnológicas, *iOS* y *Android* no ejercen presión competitiva respecto del otro²² y, por lo tanto, son mercados relevantes distintos. En otras palabras, los sistemas operativos en cuestión no están limitados por el del otro fabricante en la determinación de su estructura tarifaria, ni en calidad o innovación. Es muy poco probable que ni los Desarrolladores, ni los consumidores finales de sistemas operativos, sustituyan el mismo por un incremento de precios pequeño, pero significativo y no transitorio, o por una reducción en la calidad de los servicios proporcionados por las tiendas digitales. En la práctica, los Desarrolladores siempre buscarán estar en ambas tiendas digitales para beneficiarse de los efectos de red positivos, y los consumidores sólo acudirán a la tienda digital preinstalada en el sistema operativo de su equipo móvil para descargar plataformas tecnológicas.

Así las cosas, en los hechos, existe un mercado relevante para la distribución de plataformas tecnológicas a usuarios del sistema operativo *iOS*, y otro separado para *Android*, que cada uno de

²² La CMA identifica claramente que, a nivel de la distribución de apps, Apple y Google sólo ejercen una presión competitiva limitada y esto se explicaría, en parte, porque: los grandes desarrolladores de apps que representan la gran mayoría de las descargas en ambas app stores se mantendrían en ambas porque el volumen, valor y diferencia en los usuarios de una y otra. Ello implica que la amenaza de abandonar una app store por parte de un desarrollador de app no conlleva mayor presión competitiva entre ambas. Adicionalmente y como se ha mencionado la mayoría de los usuarios finales no tienen dispositivos *iOS* y *Android* a la vez. CMA, op.cit, pág. 161-162. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf). Por su parte, la ACCC también concluye que: "Aunque la *App Store* puede limitar la *Play Store* en cierta medida, según la información disponible, la limitación parece ser débil. Para la mayoría de los desarrolladores de aplicaciones, la *App Store* y la *Play Store* no son sustitutas. Además, aunque los consumidores que no están satisfechos con las aplicaciones disponibles en la *Play Store* tienen la opción de cambiar a la *App Store*, es probable que ese cambio sea costoso y, por tanto, poco probable". Traducción libre de: "While the *App Store* may constrain the *Play Store* to a degree, from the information that is available, the constraint appears to be weak. For the majority of app developers, the *App Store* and the *Play Store* are not substitutes. Further, while consumers who are dissatisfied with the apps available through the *Play Store* have the option to switch to the *App Store*, such a switch is likely to be costly and hence unlikely", ACCC, op.cit., pág 41.

M

MAVERICK

ellos domina mediante sus productos, *App Store* y *Play Store*, respectivamente. En cada uno de estos mercados relevantes, **APPLE** y Google operan como cuellos de botella o guardianes de acceso de sus respectivas cadenas de distribución²³ y, en conjunto con otras circunstancias estructurales y artificialmente impuestas, ambos detentan un formidable poder de mercado en la distribución de plataformas tecnológicas²⁴.

Se podría pensar que, a raíz de esas condiciones, tanto *iOS* como la *App Store* cumplen los requisitos para ser consideradas *infraestructuras esenciales* al tenor del Derecho de la Competencia ya que se tratan de productos, servicios o activos sumamente relevantes para rivalizar en otros mercados. De ser el caso, para **APPLE** dejaría de aplicar la regla general de que toda compañía es libre de determinar unilateralmente con quien contrata o deja de contratar, y le impondría la obligación de contratar con todo aquel que lo solicite (en términos razonables de retorno de la inversión), con el fin de proteger la libre competencia económica. Así, debe tener presente, en sus actuaciones, que la propiedad intelectual no otorga a sus titulares el privilegio de violar la libre competencia económica.

1.4. Servicios de procesamiento de pago *in-app*

1.4.1. Descripción del mercado

Los servicios o sistemas de procesamiento de pago consisten en *softwares* que permiten a personas y empresas realizar pagos en línea. Se conecta a una tarjeta de crédito o débito y luego le permite realizar pagos con ella, ahorrando tiempo y simplificando transacciones. Para que una transacción sea exitosa, necesita una pasarela de procesamiento de pagos. Este es un mecanismo que conecta la información proporcionada por el banco del cliente con el banco del comerciante, que utiliza el procesador de pagos. El propósito principal de esta pasarela es notificar al procesador sobre la aceptación o rechazo del pago. El procesador del pago, por su parte, obtiene la información de la tarjeta del cliente y la pasa a la cuenta del comerciante, permitiendo que se concrete la transacción.

Como se ha mencionado, **APPLE** y Google establecen en el *Developer Program License Agreement (APPLE)* y en las condiciones del *Google Play Developer Account* y el *Google Play Developer Distribution Agreement* (Google), que los Desarrolladores deben pagarles una “comisión” de hasta el 30% del valor de las descargas no gratuitas y/o compras *in-app*, de aquellos bienes y servicios (*digital goods*) que estas compañías unilateralmente definan. Lo que no hemos dicho aún es que, adicional a eso, **APPLE** y Google le exigen a los Desarrolladores que dichas transacciones sean procesadas exclusivamente por los servicios de pago *in-app* que **APPLE** y Google ofrecen, esto es: *Apple Pay* y *Google Pay*, respectivamente.

Lo anterior, implica no solo una venta atada que perjudica a Desarrolladores y los consumidores finales sino, también, que al igual que en relación con la distribución de plataformas tecnológicas - **APPLE** y Google estarían impidiendo la entrada al mercado de servicios de procesamiento de pago *in-app* a los demás oferentes con capacidad y disposición para hacerlo y, con ello, imponiendo abusivamente un aumento de su participación en este mercado conexo. Y no solo eso, sino que además, esta venta atada en últimas ha implicado una desintermediación entre el Desarrollador de una plataforma tecnológica y su usuario final. En otras palabras, el usuario final debe pagar a través de los servicios de pago impuestos y, para todos los efectos prácticos, **APPLE** y Google actúan como el vendedor o comerciante de registro (“*merchant of record*”) de la compra *in-app* en cuestión. Por

²³ En Estados Unidos, las *apps stores* de Google y Apple han sido calificadas como gatekeepers y se estimó que ambos agentes económicos ejercían significativo poder de mercado y dominancia. Al efecto, respecto de la calificación de *gatekeeper* de Google Play, véase la pág. 213 y respecto de la de Apple la pág. 334 de la *Investigation of Competition in Digital Markets, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary* (2020).

²⁴ CMA, op.cit., pág. 187.

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf

M

MAVERICK

ende, son **APPLE** y Google, y no los Desarrolladores, quienes mantienen la vinculación contractual e interacción con el usuario final, además de toda la información relacionada con la misma.

Así, al ejercer su dominancia indiscutida en la distribución de plataformas tecnológicas al interior de sus sistemas operativos, **APPLE** y Google se posicionan en medio de la relación entre el Desarrollador y su cliente final para recolectar la información y data transaccional y personal de los usuarios, que luego utilizan para beneficio de propios negocios.

1.4.2. Datos globales y locales

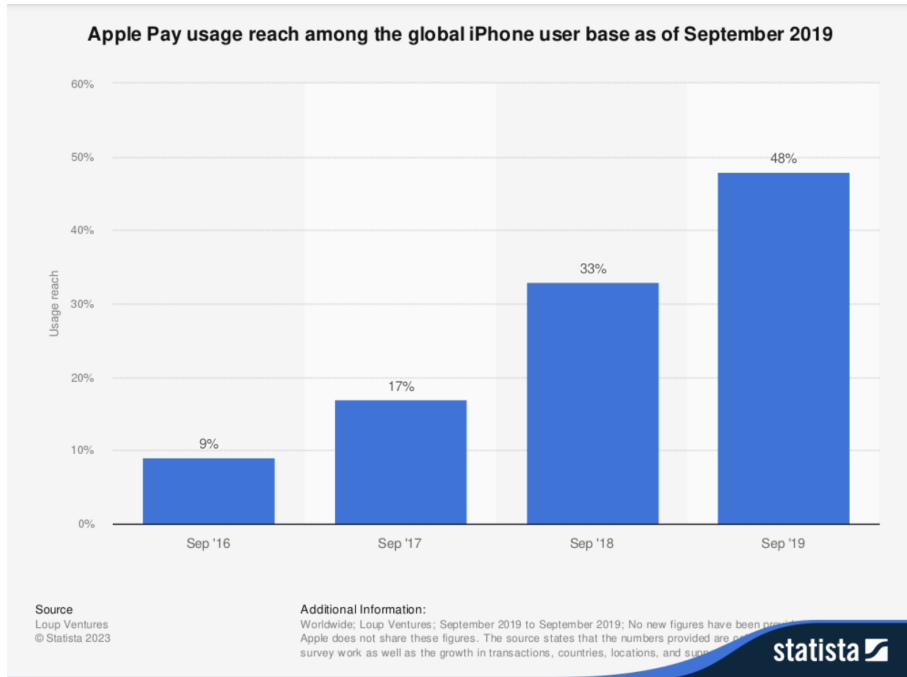
En 2021, el número estimado de usuarios / cuentas de servicios de pago móviles en todo el mundo fue de 4,011.8 millones. De este total, *Apple Pay* tuvo 808.3 millones de usuarios (20.2%) y *Google Pay* tuvo 757.5 millones (18.9%), lo que junto suma 1,565.8 millones (39.1%), como puede verse:



Fuente: Statista²⁵

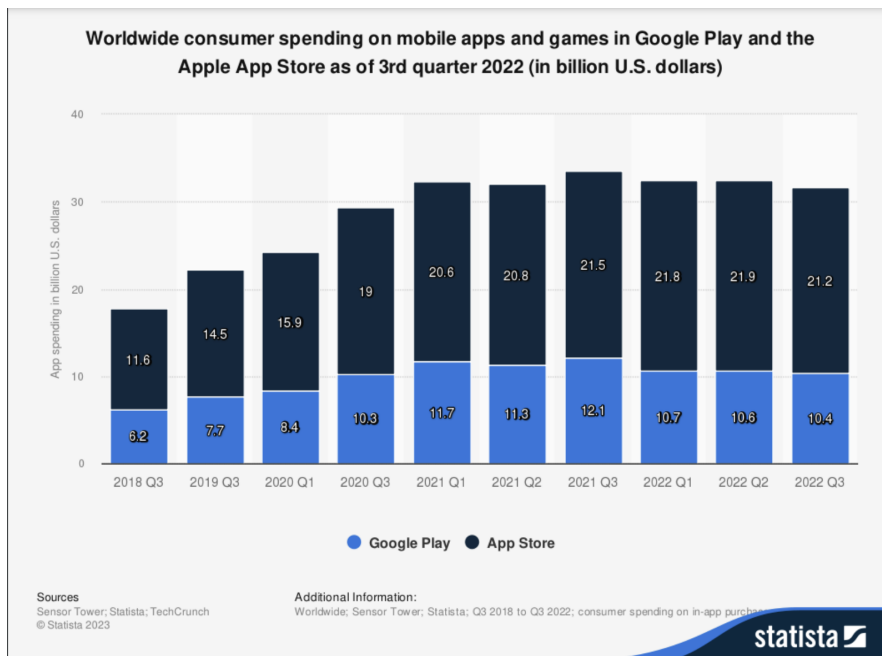
Como veremos, la siguiente gráfica refleja como, con su comportamiento, **APPLE** consiguió que el uso global de *Apple Pay* sólo aumentara, en términos porcentuales, entre su base de usuarios de equipos móviles con sistema operativo *iOS*, entre 2016 y 2019:

²⁵En la actualidad, con la implantación del 5G y el 6G ya en el horizonte, servicios de pagos móviles como PayPal, Google Pay y Apple Pay han atraído a cientos de millones de usuarios. Sin embargo, el mercado asiático, en el que las tasas de penetración suelen ser más altas que en otras regiones (China está a la cabeza, con un porcentaje estimado del 40% de los pagos en el punto de venta realizados con un dispositivo móvil, seguida de Corea del Sur y Vietnam), alberga al líder del mercado. En 2021, Alipay tenía casi 1.700 millones de usuarios. <https://es.statista.com/grafico/28464/numero-estimado-de-usuarios-de-determinados-servicios-de-pagos-moviles-en-todo-el-mundo/>



Fuente: Statista²⁶

Esta tendencia se ha mantenido, incluso después del 2019, como podemos apreciar a continuación:



Fuente: Statista²⁷

²⁶ <https://www-statista-com.eu1.proxy.openathens.net/statistics/911930/apple-pay-usage-reach-iphone-user-base/>

²⁷ <https://www-statista-com.eu1.proxy.openathens.net/statistics/183469/app-stores-global-revenues/>

Según datos recopilados por Statista, para 2021, el mercado de pagos digitales había crecido tanto que ya habría alcanzado, en cifras, el de las tarjetas de crédito:



Fuente: Statista²⁸

1.4.3. Barreras de entrada

En consideración de lo anterior y, al igual que para los sistemas operativos y tiendas digitales, la estructura en este mercado está artificialmente diseñada para que los Desarrolladores no puedan usar los servicios de otros procesadores de pago en la compra de *digital goods*. De forma tal que sólo *Apple Pay*²⁹ puede prestar sus servicios para la compra de *digital goods* que tengan lugar en iOS y

²⁸ <https://es.statista.com/grafico/28243/volumen-anual-de-pagos-globales-de-proveedores-seleccionados/>

²⁹ Traducción libre: "La Comisión considera preliminarmente que Apple disfruta de un poder de mercado significativo en el mercado de dispositivos móviles inteligentes y una posición dominante en los mercados de monederos móviles. En particular, Apple Pay es la única solución de billetera móvil que puede acceder a la entrada NFC requerida en iOS. Apple no lo pone a disposición de los desarrolladores de aplicaciones de billetera móvil de terceros. La tecnología NFC 'touch and go' está integrada en los dispositivos móviles de Apple para pagos en tiendas. Esta tecnología permite la comunicación entre un teléfono móvil y los terminales de pago en las tiendas. NFC está estandarizado, disponible en casi todos los terminales de pago en la tienda y permite los pagos móviles más seguros y fluidos. En comparación con otras soluciones, NFC ofrece una experiencia de pago más fluida y segura y goza de una mayor aceptación en Europa. La opinión preliminar de la Comisión es que la posición dominante de Apple en el mercado de billeteras móviles en su sistema operativo iOS restringe la competencia al reservar el acceso a la tecnología NFC a Apple Pay. Esto tiene un efecto de exclusión sobre los competidores y conduce a una menor innovación y menos opciones para los consumidores de billeteras móviles en iPhones. De confirmarse, esta conducta infringiría el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ('TFUE') que prohíbe el abuso de posición dominante en el mercado. "(...) The Commission preliminarily considers that Apple enjoys significant market power in the market for smart mobile devices and a dominant position on mobile wallet markets. In particular, Apple Pay is the only mobile wallet solution that may access the necessary NFC input on iOS. Apple does not make it available to third-party app developers of mobile wallets. The NFC 'tap and go' technology is embedded on Apple mobile devices for payments in stores. This technology enables communication between a mobile phone and payments terminals in stores. NFC is standardised, available in almost all payment terminals in stores and allows for the safest and most seamless mobile payments. Compared to other solutions, NFC offers a more seamless and more secure payment experience and enjoys wider acceptance in Europe. The Commission's preliminary view is that Apple's dominant position in the



MAVERICK

sólo *Google Pay* para las adquisiciones que pretendan los usuarios de *Android*.

En efecto, los servicios de procesamiento de pago para compras *in-app* de *digital goods* son un servicio distinto a la distribución de plataformas tecnológicas que realizan las tiendas digitales y que, tecnológicamente, no requieren. Por lo demás, existen un número relevante de proveedores de servicios de pago que pueden cumplir con los estándares de seguridad y servicio adecuados, sin que argumentos enfocados en una falta de estos atributos sean plausibles para impedir su acceso. Ello, especialmente considerando que, en los hechos, existen oferentes de servicios de procesamiento de pago en las compras *in-app* de bienes físicos, sin que exista una diferencia funcional para los *digital goods*³⁰.

Mediante estas barreras de entrada artificiales -en forma de ventas atadas- **APPLE** y Google han logrado que los competidores de *Apple Pay* y *Google Pay* en el procesamiento de pagos sean absoluta y totalmente excluidos de ofrecer sus servicios para la compra de *digital goods* en *iOS* y en *Android*, respectivamente, aunque sus servicios puedan ser mejores y/o más baratos que los de **APPLE** y Google.

1.4.4. Poder de mercado de APPLE

Los efectos de la explícita exclusión anterior, deben ponderarse en forma acumulativa con las distorsiones anticompetitivas exclusorias que generan las *anti-steering rules* impuestas por **APPLE** y Google a los Desarrolladores.

Estas distorsiones privan:

- (i) A otros oferentes de servicios de procesamiento de pago de participar en compras *in-app* -aunque sean de mejor calidad y menor precio y
- (ii) a los usuarios de acceder a información sobre la mera existencia de métodos alternativos de pago o modalidades de compra que los Desarrolladores ofrecen por fuera de las *apps* (ejemplo: sus propias páginas web), o que quisieran ofrecer dentro de ellas.

Con el cierre total de mercado aquí descrito, **APPLE** y Google proceden a cobrar una comisión³¹ de hasta un 30% con ocasión del procesamiento de los pagos *in-app* de *digital goods*. Es altamente probable -y así se ha acusado ante diversas autoridades de competencia³²- que dicho monto sea supra-competitivo y no refleje los costos de proveer los servicios de procesamiento de pago, ni de los servicios de las tiendas digitales (que, aunque fuera el caso, estaría siendo discriminatoriamente soportado únicamente por los Desarrolladores que venden *digital goods*, según la definición que de ellos establezcan estas compañías) y que, por ende, estemos frente a un abuso de posición

market for mobile wallets on its operating system iOS, restricts competition, by reserving access to NFC technology to Apple Pay. This has an exclusionary effect on competitors and leads to less innovation and less choice for consumers for mobile wallets on iPhones. If confirmed, this conduct would infringe Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) that prohibits the abuse of a dominant market position". https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2764

³⁰ Este argumento es consistente con lo afirmado por la Authority for Consumers & Markets, de los Países Bajos, en su caso por abuso de posición dominante contra Apple y en la demanda de 36 Estados de los Estados Unidos y Washington D.C. contra Google.

³¹ Schedule 2. Art. 3.4.: "Por las ventas de Aplicaciones con Licencia a Usuarios Finales, Apple tendrá derecho a una comisión equivalente al treinta por ciento (30%) de todos los precios pagados por cada Usuario Final. Únicamente en el caso de las compras de suscripciones de renovación automática realizadas por clientes que hayan acumulado más de un año de servicio de suscripción de pago dentro de un Grupo de Suscripción (como se define a continuación) y sin perjuicio de los Períodos de Gracia de Retención o los Períodos de Extensión de Renovación, Apple tendrá derecho a una comisión igual al quince por ciento (15%) de todos los precios pagaderos por cada Usuario Final para cada renovación posterior." Traducción libre <https://developer.apple.com/programs/apple-developer-program-license-agreement/#S2>

³² Demanda de Match Group, LLC v. Google LLC, Background, pág. 47 y 48.

M

MAVERICK

dominante³³ de corte explotativo, además del efecto excluyente descrito. Así, es sumamente probable que los consumidores estén dejando de beneficiarse de comisiones sustancialmente menores, funcionalidades de pago mejoradas, mejor servicio al cliente y seguridad de datos.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

En el capítulo sobre *definición de mercados relevantes* expusimos muchos de los hechos que sirven de fundamento para esta denuncia, por lo que no hace falta repetirlos, y así pedimos sea interpretado por la Delegatura. En cualquier caso, queremos ser aún más claros en relación con cuáles son en concreto los comportamientos de **APPLE** que pretendemos someter al conocimiento de la **SIC** -sin perjuicio de otros que la averiguación preliminar pueda arrojar- motivo por el cual los resumimos:

- (i) El impedimento -y/o la obstrucción- de acceso al mercado de distribución de plataformas tecnológicas a los Desarrolladores de tiendas digitales distintas a la *App Store* y, con ello, el impedimento a los consumidores de contar con alternativas para su adquisición y descarga;
- (ii) La obligación -no connatural al objeto del negocio- de aceptar (obligación de “hacer”) que toda compra dentro de una plataforma tecnológica de un “*digital good*” utilice, para el procesamiento de esos pagos, los servicios de pago proporcionados por **APPLE**, impidiendo que los Desarrolladores puedan incluir u ofrecer otros sistemas de pago alternativos diferentes a aquellos mediante “*anti-steering rules*” (obligaciones de “no hacer”), que prohíben a Desarrolladores informar, enviar o redirigir a usuarios a otras plataformas de pago, lo que aprovecha **APPLE** para establecer una comisión a los Desarrolladores que generalmente del 30%, y, excepcionalmente del 15%³⁴ por cada adquisición *in-app*³⁵. Esto es así, sea que se trate de un pago puntual o de cada pago periódico aplicable a una suscripción, lo que genera efectos explotativos -respecto de Desarrolladores de todo tipo, quienes total o parcialmente los trasladan a los consumidores- y excluyentes -respecto de los demás agentes interesados en ofrecer sus servicios de procesamiento de pagos en este mercado y
- (iii) La “desintermediación” forzosa de la relación entre el Desarrollador y sus usuarios, y la consecuente recolección de información para beneficio propio en los mismos mercados en que compete con los Desarrolladores, mercados conexos y/o separados.

Así, esta sección la dedicaremos a identificar cómo estas condiciones se ven reflejadas en los acuerdos que deben suscribir los Desarrolladores de cara a **APPLE** y/o se materializan -en los hechos- por otra vía. Estas políticas, que aplican de manera general a la utilización de la *App Store*, se encuentran en la página web de la compañía³⁶, y de ellas resaltamos algunos aspectos que consideramos relevantes a continuación, sin sugerir que sean los únicos apartes que puedan ser relevantes para la Delegatura:

3.1. Apartes relevantes del “*Apple Developer Program License Agreement*”³⁷

³³ Al respecto, la ACCC concluyó que: “es muy probable que las tasas de comisión estén infladas por el poder de mercado que tienen *Apple* y *Google* en sus relaciones con los desarrolladores de aplicaciones. *Apple* y *Google* estructuran sus tarifas y sus niveles para maximizar sus beneficios. En el caso de las aplicaciones, se trata de fijar las tarifas de las comisiones en función de la capacidad y la voluntad probables de los desarrolladores de aplicaciones de pagar, y, en la medida de lo posible, minimizar cualquier efecto de flujo a los consumidores”. Traducción libre de: “(...) it is highly likely that the commission rates are inflated by the market power that *Apple* and *Google* have in their dealings with app developers. *Apple* and *Google* structure their charges and their levels in order to maximise their profits. In the case of apps, this is about setting commission rates based on the likely ability and willingness of app developers to pay, and, to the extent possible, minimising any flow on effects to consumers”. ACCC, op.cit., pág 72.

³⁴ <https://www.apple.com/co/newsroom/2020/11/apple-announces-app-store-small-business-program/>

³⁵ <https://developer.apple.com/programs/apple-developer-program-license-agreement/>

<https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/112622?hl=es>

³⁶ <https://developer.apple.com/support/terms/>.

³⁷ <https://developer.apple.com/programs/apple-developer-program-license-agreement/>

En virtud del *Apple Developer Program License Agreement*, **APPLE** obliga a los Desarrolladores en los siguientes términos:

- **Art. 1.2.:** Se refiere a las “API Documentadas”³⁸, las cuales permiten a los usuarios finales enviar la información de pago que han almacenado en un producto compatible de la marca Apple a una Aplicación para que se utilice en las transacciones de pago realizadas por la Aplicación o a través de ella, e incluye otras funcionalidades relacionadas con los pagos, tal y como se describe en la Documentación³⁹.
- **Art. 3.3.42.:** “Su Aplicación puede utilizar las API de Apple Pay únicamente con el fin de facilitar las transacciones de pago que se realicen por o a través de Su Aplicación, y solo para la compra de bienes y servicios que se vayan a utilizar fuera de cualquier Producto iOS o Apple Watch, a menos que Apple permita lo contrario por escrito. Para mayor claridad, nada de lo dispuesto en esta Sección 3.3.42 sustituye a ninguna de las normas o requisitos para el uso de la API de compras dentro de la aplicación”⁴⁰.
- **Art. 3.3.42.:** “Si Usted utiliza las API de Apple Pay en Su Aplicación, entonces Usted se compromete a realizar esfuerzos comercialmente razonables para incluir Apple Pay Cash como opción de pago con Su uso de las API de Apple Pay de acuerdo con la Documentación y siempre que Apple Pay Cash esté disponible en la jurisdicción en la que se distribuye la Aplicación”⁴¹.

3.2. Apartes relevantes del documento titulado “Schedule 2”⁴²

- En la primera página del “Apple Developer Program License Agreement” se señala lo siguiente: “Si Usted desea distribuir Aplicaciones por las que cobrará una tarifa o desea utilizar la API de compras desde la aplicación para la entrega de contenidos de pago, Usted deberá celebrar un acuerdo independiente con Apple (“Anexo 2”)”⁴³.
- **Art. 3.4.:** “Para las ventas de Aplicaciones con licencia a Usuarios finales, Apple tendrá derecho a una comisión equivalente al treinta por ciento (30%) de todos los precios pagaderos por cada usuario final. Solo por las compras de suscripciones con renovación automática de los clientes que tengan más de un año de servicio de suscripción paga dentro de un Grupo de Suscripción (como se define a continuación) y sin perjuicio de los Periodos de Gracia de Retención o los Periodos de Extensión de la Renovación, Apple tendrá derecho a percibir una comisión equivalente al quince por ciento (15%) de todos los precios que abone cada Usuario Final por cada renovación posterior. El Periodo de Gracia de Retención hace referencia al periodo que existe entre la finalización de la suscripción de un cliente (p. ej., debido a la cancelación o falta

³⁸ Definidas como “Art. 1.2 (...) the Application Programming Interface(s) documented by Apple in published Apple Documentation and which are contained in the Apple Software”.

³⁹ Traducción libre de: ““Apple Pay APIs” means the Documented APIs that enable end-users to send payment information they have stored on a supported Apple-branded product to an Application to be used in payment transactions made by or through the Application, and includes other payment-related functionality as described in the Documentation”.

⁴⁰ Traducción libre de: “Your Application may use the Apple Pay APIs solely for the purpose of facilitating payment transactions that are made by or through Your Application, and only for the purchase of goods and services that are to be used outside of any iOS Product or Apple Watch, unless otherwise permitted by Apple in writing. For clarity, nothing in this Section 3.3.42 supplants any of the rules or requirements for the use of the In-App Purchase API”.

⁴¹ Traducción libre de: “If You use Apple Pay APIs in Your Application, then You agree to use commercially reasonable efforts to include Apple Pay Cash as a payment option with Your use of the Apple Pay APIs in accordance with the Documentation and provided that Apple Pay Cash is available in the jurisdiction in which the Application is distributed”.

⁴² Disponible en: <https://developer.apple.com/programs/apple-developer-program-license-agreement/#S2>

⁴³ Traducción libre de: “If You would like to distribute Applications for which You will charge a fee or would like to use the In-App Purchase API for the delivery of fee-based content, You must enter into a separate agreement with Apple (“Schedule 2”)”.

de pago) y el comienzo de una nueva suscripción dentro del mismo Grupo de Suscripción, siempre y cuando dicho periodo no supere los 60 días, lo cual está sujeto a cambios. El Periodo de extensión de la renovación hace referencia al periodo por el cual Usted extiende la fecha de renovación de la suscripción del cliente, sin cargos adicionales. A los efectos de determinar las comisiones a las que Apple tiene derecho en virtud de esta Sección 3.4 (a), los precios pagaderos por los Usuarios finales serán netos de todos y cada uno de los impuestos recaudados, según lo dispuesto en la Sección 3.2 de este Anexo 2.”⁴⁴.

3.3. Apartes relevantes del documento titulado “Schedule 3”⁴⁵

- En la primera página del “Apple Developer Program License Agreement” se señala lo siguiente: “Si Usted desea distribuir Aplicaciones de pago a través de la Distribución Personalizada de Aplicaciones, deberá celebrar un acuerdo con Apple (“Anexo 3”)”⁴⁶.
- **Art. 3.4.:** “Apple tendrá derecho a las siguientes comisiones en contraprestación por sus servicios como Su agente y / o comisionado según este Anexo 3: Para las ventas de Aplicaciones personalizadas a Clientes de distribución de aplicaciones personalizadas, Apple tendrá derecho a una comisión equivalente al treinta por ciento (30%) de todos los precios pagaderos por cada Cliente de distribución de aplicaciones personalizadas. Solo por las compras de suscripciones con renovación automática de los clientes que tengan más de un año de servicio de suscripción paga dentro de un Grupo de Suscripción (como se define a continuación) y sin perjuicio de los Periodos de Gracia de Retención o los Periodos de Extensión de la Renovación, Apple tendrá derecho a percibir una comisión equivalente al quince por ciento (15%) de todos los precios que abone cada Usuario Final por cada renovación posterior. El periodo de gracia de retención se refiere al periodo entre el final de la suscripción de un cliente (por ejemplo, debido a la cancelación o falta de pago) y el comienzo de una nueva suscripción dentro del mismo grupo de suscripción, siempre que dicho periodo no sea superior a 60 días. sujeto a cambios. El Periodo de extensión de la renovación hace referencia al periodo por el cual Usted extiende la fecha de renovación de la suscripción del cliente, sin cargos adicionales. A efectos de determinar las comisiones que Apple tiene derecho a percibir en virtud de esta Sección 3.4, los precios que abonen los Clientes de la Distribución Personalizada de Aplicaciones no incluirán ninguno de los impuestos recaudados, según lo dispuesto en la Sección 3.2 del presente Anexo 3.

Excepto que se disponga lo contrario en la Sección 3.2 de este Anexo 3, Apple tendrá derecho a percibir las comisiones que se indican en la Sección 3.4 del presente sin reducir ningún impuesto u otros gravámenes gubernamentales, incluidos todos los impuestos u otras obligaciones similares que pertenezcan a Usted, Apple o cualquier Cliente de la Distribución Personalizada de Aplicaciones en relación con la entrega o el uso de las Aplicaciones Personalizadas. Por las ventas de Aplicaciones con licencia y/o personalizadas desarrolladas

⁴⁴ Traducción libre de: “For sales of Licensed Applications to End-Users, Apple shall be entitled to a commission equal to thirty percent (30%) of all prices payable by each End-User. Solely for auto-renewing subscription purchases made by customers who have accrued greater than one year of paid subscription service within a Subscription Group (as defined below) and notwithstanding any Retention Grace Periods or Renewal Extension Periods, Apple shall be entitled to a commission equal to fifteen percent (15%) of all prices payable by each End-User for each subsequent renewal. Retention Grace Period refers to the time period between the end of a customer’s subscription (e.g., due to cancellation or nonpayment) and the beginning of a new subscription within the same Subscription Group, provided that such time period is no greater than 60 days, subject to change. Renewal Extension Period refers to the time by which You extend the renewal date of the customer’s subscription, without additional charges. For purposes of determining the commissions to which Apple is entitled under this Section 3.4(a), the prices payable by End-Users shall be net of any and all taxes collected, as provided in Section 3.2 of this Schedule 2”.

⁴⁵ Disponible en: <https://developer.apple.com/programs/apple-developer-program-license-agreement/#S2>

⁴⁶ Traducción libre de: “If You would like to distribute paid Applications via Custom App Distribution, You must enter into a separate agreement with Apple (“Schedule 3”)”.



por Apple, Apple no tiene derecho a una comisión.”⁴⁷.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Aquí, nos referiremos al Régimen General de Libre Competencia y, en particular, a los conceptos, facultades y prohibiciones que creemos relevantes -sin perjuicio de que la Delegatura identifique otros- para efectos de analizar los comportamientos de **APPLE** en los mercados relevantes e identificar si deben clasificarse en conducta(s) que implique(n) la violación de Derechos colectivos.

4.1. Marco legal

4.1.1. Sobre el concepto de posición dominante

A nivel constitucional, de conformidad con el artículo 333 Superior, se proscribe el abuso de la posición dominante en los siguientes términos:

“(...) El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

De conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153, la **SIC** ejercerá: *“(...) funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante”.*

Con fundamento en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153, la **SIC**⁴⁸ ha dejado establecido que un agente de mercado tiene una posición de dominio en aquellos eventos en los que esté en capacidad de determinar, de manera unilateral y significativa, cualquier variable relevante dentro del mercado, circunstancia cuya ocurrencia supone que ni los actuales o potenciales competidores del agente en cuestión, ni tampoco los consumidores o clientes, pueden generar las presiones competitivas suficientes para disuadirlo de su comportamiento abusivo⁴⁹.

⁴⁷ Traducción libre de: *“Apple shall be entitled to the following commissions in consideration for its services as Your agent and/or commissionaire under this Schedule 3: For sales of Custom Applications to Custom App Distribution Customers, Apple shall be entitled to a commission equal to thirty percent (30%) of all prices payable by each Custom App Distribution Customer. Solely for auto-renewing subscription purchases made by customers who have accrued greater than one year of paid subscription service within a Subscription Group (as defined below) and notwithstanding any Retention Grace Periods or Renewal Extension Periods, Apple shall be entitled to a commission equal to fifteen percent (15%) of all prices payable by each End-User for each subsequent renewal. Retention Grace Period refers to the time period between the end of a customer’s subscription (e.g. due to cancelation or non-payment) and the beginning of a new subscription within the same Subscription Group, provided that such time period is no greater than 60 days, subject to change. Renewal Extension Period refers to the time by which You extend the renewal date of the customer’s subscription, without additional charges. For purposes of determining the commissions to which Apple is entitled under this Section 3.4, the prices payable by Custom App Distribution Customers shall be net of any and all taxes collected, as provided in Section 3.2 of this Schedule 3.*

Except as otherwise provided in Section 3.2 of this Schedule 3, Apple shall be entitled to the commissions specified in Section 3.4 hereof without reduction for any taxes or other government levies, including any and all taxes or other, similar obligations of You, Apple or any Custom App Distribution Customer relating to the delivery or use of the Custom Applications. For sales of Licensed Applications and/or Custom Applications developed by Apple, Apple is not entitled to a commission.”

⁴⁸ Ver: Informe Motivado caso PORTABILIDAD, radicado con el No. 11-137485. y el Informe Motivado caso ANGELCOM, radicado con el No. 13-54936.

⁴⁹ SIC. Resoluciones No. 30835 de 2004 y 3694 de 2013.

M

MAVERICK

Con base en esa definición es posible apreciar los dos elementos que, conforme con lo establecido en la doctrina, caracterizan la posición de dominio, esto es: (i) la capacidad del agente dominante para restringir la competencia y (ii) para comportarse independientemente en el mercado⁵⁰.

De manera que un agente de mercado es dominante si puede aumentar los precios de manera rentable por encima del nivel competitivo, sin que otros puedan rápidamente ejercer contra él una presión efectiva. El dominio puede inferirse, entonces, de factores como cuotas de participación en un mercado relevante, la existencia de barreras de entrada técnicas, económicas o en la forma de requisitos legales que deban superar los agentes de mercado para competir eficazmente, entre otros.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, tener posición dominante no se considera *per se* anticompetitivo y tampoco toda conducta efectuada por quien ocupa una posición de dominio se puede considerar contraria al régimen de libre competencia. Sobre el particular, la **SIC** ha precisado:

“Es importante resaltar que no toda actividad económica de un agente económico con posición de dominio es abusiva, y por lo tanto prohibida, pues la normativa en materia de protección de la competencia es clara en admitir la posición de dominio, pero proscribiendo el abuso de la misma. De hecho, debe permitirse que las empresas dominantes desarrollen en forma leal y razonable sus actividades (...). En este sentido, no resulta consecuente con los objetivos de las políticas de competencia nacionales exigir que la libertad económica de una empresa desaparezca o se haya de ver restringida más allá de lo razonable por el solo hecho de detentar una posición de dominio. (...)”⁵¹.

Así, el agente dominante en un mercado relevante se encuentra situado en una posición de especial responsabilidad y cuidado, en la medida en que su conducta puede valorarse de conformidad con parámetros más estrictos -en comparación con quienes no ostenten tal calidad- para efectos de proteger la libre competencia, ya que tiene mayor trascendencia en la dinámica de rivalidad entre los agentes económicos que participan de aquél. Al respecto, la **SIC** ha sido enfática al señalar:

“(…) [S]in que ello suponga ningún reproche a la dominancia per se, que la noción de posición dominante implica que a los agentes que detentan dicha posición les sea aplicado un régimen especial de responsabilidad al que no estarían sometidas las demás empresas que compiten en el mismo mercado. Esta responsabilidad especial se fundamenta en la influencia que los agentes dominantes tienen en el mercado, y la consiguiente trascendencia que sus conductas implican en el mismo. De tal suerte, las conductas de los agentes dominantes suponen un rigor y gravedad superior que el exigido a las empresas sujetas a una competencia sin las distorsiones que implica la presencia de un agente dominante. Por lo tanto, los agentes dominantes tienen la carga de actuar con un cierto deber de cuidado, en atención a la responsabilidad especial que comporta su carácter de dominante, al paso que la competencia residual en dicho mercado debe ser sujeto de especial protección de parte de las autoridades de competencia. En este escenario, si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 333 de la Constitución Política la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades, el ejercicio de esa libertad con responsabilidad se exige con mayor rigor tratándose de empresas con posición de dominio en un mercado determinado.”⁵²

⁵⁰ Cfr. Richard Whish. *Competition law*, London, Lexis Nexis, 2003, pág. 179.

⁵¹ SIC. Resolución No. 53403 de 2013. “La finalidad de la norma prevista en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no es definir de manera exhaustiva qué debe entenderse por abuso de posición de dominio, sino que se circunscribe a establecer un listado indicativo de conductas que, de ser comprobadas, serían restrictivas de la libre competencia como ejercicio indebido de la posición dominante en el mercado. Comoquiera que eventualmente pueden configurarse otras conductas constitutivas de abuso por agentes que ostenten poder de mercado, es precisamente en este escenario en el que cobra particular relevancia la prohibición general de la que trata el artículo 1 de la Ley 155 de 1959”

⁵² SIC. Resolución No. 53403 de 2013. Caso “Portabilidad”



MAVERICK

Este elemento estructural -la posición dominante- es siempre un requisito para que a un agente le apliquen las prohibiciones que se consideran abuso de la misma, y que están contenidas en el artículo 50 del Decreto 2153.

4.1.2. Sobre el abuso de la posición dominante

El Régimen General de Libre Competencia no se dirige contra conductas competitivas que promuevan la rivalidad, sino contra conductas que tiendan a injustamente destruir la competencia misma.

Entre las conductas que constituyen abuso de posición dominante se encuentran las descritas en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153, las cuales resaltaremos en esta denuncia. A continuación, abordaremos los elementos que las integran para comprender exactamente cómo no pueden realizarlas quienes ostentan posición dominante:

“ARTÍCULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: (...)

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. (...)

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

4.1.2.1. Sobre la prohibición de ventas atadas (numeral 3)

En lo que se refiere al numeral 3, la subordinación -o venta atada- es una forma de abuso de la posición dominante en la que un agente que ostenta tal posición en un mercado específico, realiza un aprovechamiento de esta calidad para sujetar o atar clientes a otro bien o servicio, o para imponer obligaciones de no hacer que no sean indispensables para la viabilidad del negocio principal. Para que se configure una venta atada, entonces, es necesario que haya dos o más productos diferentes y que, en ausencia de la conducta, los consumidores, en condiciones normales, no adquirirán el producto atado del mismo comprador de quien adquiere el producto que originalmente les interesa⁵³.

Tal y como señala la norma, y como ha establecido la **SIC**, esta conducta es sancionable tanto por objeto como por efecto, entendiéndose el objeto como la idoneidad o potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea necesario que el resultado esperado se produzca⁵⁴. En consecuencia, la conducta dirigida a subordinar el acceso a un bien o servicio a la adquisición de otro puede ser sancionada sin esperar a que se produzca un daño. Por su parte, el efecto de la conducta, además de explotativo -respecto de los clientes del agente dominante y/o los consumidores finales- también resulta excluyente -respecto de oferentes en el mercado secundario o conexo- y este último ha sido entendido como un resultado ineludiblemente producido como consecuencia de la ejecución de esta conducta, independientemente de que el agente investigado haya perseguido o no ese resultado, pues una vez se produzca, la conducta ya será merecedora de reproche⁵⁵.

La **SIC** ha señalado que una venta es atada y se configura un abuso de la posición dominante si concurren los siguientes requisitos⁵⁶:

⁵³ SIC. Resolución No. 40912 de 2012. Caso “Fedegán” y Resolución No. 80406 de 2020. Caso “Taxi Imperial”.

⁵⁴ SIC. Resolución No. 8323 de 2003. Caso “EPM”.

⁵⁵ SIC. Resolución No. 8323 de 2003. Caso “EPM”.

⁵⁶ SIC. Resolución No. 40912 de 2012. Caso “Fedegán” y Resolución No. 80406 de 2020. Caso “Taxi Imperial”.



MAVERICK

- (i) la verificación de la posición dominante;
- (ii) la singularización del producto vinculante y el producto vinculado;
- (iii) la configuración del factor de coerción y
- (iv) la inexistencia de una relación de interdependencia, por eficiencia o necesidad, entre el producto vinculante y el producto vinculado que justifiquen la conducta.

Una vez realizado el análisis de estos elementos, se puede determinar si se configura o no una venta atada. Adicionalmente, se ha señalado que el efecto coercitivo se puede dar tanto por forzar al consumidor a adquirir el bien o servicio vinculado o atado, como por establecer un incentivo financiero de tal magnitud que, en la práctica, termina imponiendo la compra del bien atado o, finalmente, por impedir la adquisición de un producto sin el otro⁵⁷.

4.1.2.2. Sobre la prohibición de obstruir o impedir el acceso al mercado (numeral 6)

En lo concerniente al numeral 6, es de resaltar que las conductas constitutivas de abuso de posición dominante pueden ser de naturaleza explotativa o exclusoria. En relación con las primeras, la conducta del agente de mercado tiene la habilidad para explotar su posición de una manera que no sería posible en un mercado en condiciones de competencia normales, extrayendo así réditos supra competitivos⁵⁸. En las segundas, la conducta del agente de mercado tiene la habilidad de excluir competidores, actuales o potenciales, ya sea del mercado en el que ostenta posición dominante o en uno secundario o conexo, que esté también en capacidad de alterar.

A su vez, la **SIC** ha señalado que la práctica constitutiva de abuso de posición dominante exclusoria por excelencia está contemplada en el numeral 6 del artículo transcrito, que proscribe a las firmas dominantes obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización⁵⁹. Sobre estos, ha establecido que son aquellos en lo que la empresa dominante limita directamente la competencia mediante conductas que obligan a los competidores a abandonar el mercado, a impedir, obstruir, entorpecer o dificultar injustificadamente su acceso, o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse⁶⁰. Por lo que cualquier agente de mercado con posición dominante no puede negarse a prestar sus servicios injustificadamente, ni ofrecerlos en condiciones que no correspondan a las leyes de mercado y/o que tenga el efecto de excluir a terceros de acceder a los mismos.

La **SIC** ha manifestado que los elementos configurativos de la conducta de obstrucción para quien ostenta posición dominante, son:

- (i) Que el acto obstruya o impida el acceso;
- (ii) que se realice en contra de un tercero y
- (iii) que la obstrucción se ejerza sobre un mercado o un canal de comercialización⁶¹.

4.2. Adecuación típica de las conductas de APPLE

4.2.1. Adecuación típica del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153

Explicada la prohibición de “venta atada” del numeral 3, procederemos a realizar la adecuación típica del comportamiento de **APPLE**, quien podría estar incurrido en dicha conducta:

⁵⁷ SIC. Resolución No. 33361 de 2011. Caso “Bavaria”.

⁵⁸ Cfr. Alison Jones. EC Competition Law. Oxford, 2001, pág. 240.

⁵⁹ SIC. Informe Motivado Caso “Portabilidad”.

⁶⁰ SIC. Resolución No. 53403 de 2013. Caso “Portabilidad”

⁶¹ SIC. Resolución No. 40912 de 2012. Caso “Fedegán” y SIC. Resolución No. 1079 de 2022. Caso “Sayco”.

M

MAVERICK

- (i) En primer lugar, ya se pudo demostrar que *iOS* es en sí mismo un mercado relevante en el que **APPLE** tiene el 100% de la participación. Con ello, se prueba el elemento estructural de la conducta, al menos en el mercado de su sistema operativo. Luego, hemos de tener en cuenta que al impedir **APPLE**, en uso de esa posición dominante, que en *iOS* haya disponibles otras tiendas digitales (lo que analizaremos cuando hagamos la adecuación típica del numeral 6), la posición dominante original ha sido trasladada por **APPLE** al mercado de distribución de plataformas tecnológicas compatibles con su sistema operativo. Por lo mismo, el elemento estructural también estaría probado en relación con el mercado de la distribución de plataformas tecnológicas, por lo que *iOS* y la *App Store*, son los mercados principales, y el desarrollo de plataformas tecnológicas y los servicios de procesamiento de pagos *in-app*, los mercados conexos;
- (ii) Segundo, sobre la singularización del producto vinculante se establece que **APPLE**, a través de su *App Store*, obliga a todos los Desarrolladores a que utilicen como único medio de pago el usado de esta empresa (*Apple Pay*), sin dar ninguna opción al Desarrollador como al consumidor de pagar de forma diferente que no sea por ese medio. Estos servicios son distintos a los servicios de la *App Store* misma, y podrían prestarse de manera separada de forma que consumidores y Desarrolladores tuvieran formas alternativas para realizar y recibir los pagos por la adquisición y venta del servicio, sin que ello sugiera o implique gratuidad por el uso de la *App Store*;
- (iii) En tercer lugar, sobre el elemento coercitivo, existen pruebas suficientes para concluir que las condiciones exigidas por **APPLE** a los Desarrolladores no son negociables, sino de adhesión. La alternativa, para Desarrolladores, sería no participar de este mercado con sus plataformas digitales y no tener forma de ofrecer sus productos a un masivo grupo de usuarios potenciales y
- (vi) Finalmente, en relación con la inexistencia de una relación de interdependencia, por eficiencia o necesidad, entre el producto vinculante y el producto vinculado, que eventualmente justifique la conducta, debemos decir que ni nosotros ni muchas autoridades de competencia (como se verá en los antecedentes) hemos podido ubicarla, ni concordar con las justificaciones que **APPLE** ha argumentado en otras jurisdicciones.

Es por esto, que encontramos configurados los requisitos para la adecuación típica establecida por la **SIC** y la Delegatura para dar inicio a una investigación formal en contra de **APPLE** por la conducta descrita en el numeral 3 del artículo 50 de la Ley 2153.

4.2.2. Adecuación típica del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153

Habiendo establecido en qué consiste la conducta de obstrucción, y determinado que **APPLE** ostenta posición dominante respecto tanto de *iOS* como de la distribución de plataformas tecnológicas al interior de dicho ecosistema (es decir, mediante la *App Store*) por lo que el elemento estructural también está presente en estos dos mercados principales, procederemos a realizar la adecuación típica del comportamiento de **APPLE**, ya que de conformidad con las evidencias presentadas ante la Delegatura, **APPLE** habría obstruido y/o impedido el acceso:

- (i) Por una parte, al mercado de distribución de plataformas tecnológicas, a todos los participantes -actuales y potenciales- de este mercado, distintos a la *App Store*, utilizando los medios técnicos, contractuales y de hecho que hemos descrito a lo largo del presente documento para, de todas las formas, impedir este acceso tanto desde la perspectiva de los consumidores, como de los Desarrolladores de tiendas digitales;
- (ii) Por otra, al mercado de servicios de procesamiento de pagos *in-app*, a todos los prestadores de estos servicios distintos a *Apple Pay*. Esto, al impedir tanto al Desarrollador como al consumidor final utilizar un medio distinto a este, así como redireccionar a otro al momento de realizar su compra y

MAVERICK



MAVERICK

(iii) Por último, al mercado de desarrollo de plataformas tecnológicas, a todos los Desarrolladores a quienes fuerza a la desintermediación de sus servicios y/o les limita el tratamiento de su data comercial, sacando provecho de la misma en paralelo -incluso cuando se trata de información comercialmente sensible- lo que genera para los Desarrolladores en general una desventaja competitiva y tiene la capacidad de afectar la experiencia del usuario final, lo que en últimas les dificulta competir en condiciones justas -esto es, no abusivas- en el mercado *aguas abajo* de desarrollo de plataformas tecnológicas, en el que **APPLE** también participa con múltiples productos.

Es por esto, que encontramos configurados los requisitos para la adecuación típica establecida por la **SIC** y la Delegatura para dar inicio a una investigación formal en contra de **APPLE** por el presunto abuso de su posición dominante, mediante las conductas establecidas en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153, pero respecto de diversos mercados, como se ha explicado.

Todo lo anterior, sin dejar de lado que si la Delegatura encuentra que los comportamientos de **APPLE** se adecuan a cualquier otra(s) conducta(s) contraria(s) al Régimen General de Libre Competencia en la(s) que no hayamos ahondado particularmente, no limite su investigación únicamente a las profundizadas en el presente escrito. Un ejemplo de lo anterior puede ser que la Delegatura, en su averiguación preliminar, se encuentre con que algunas de las condiciones que, en la práctica, **APPLE** impone a los Desarrolladores, se ejecuten de manera más o menos estricta, por ejemplo, en función del sector en el que participa el Desarrollador (es decir, en función de si **APPLE** compite o pretende competir en determinado sector -o de otro criterio subjetivo, no verificable y/o que no tenga un impacto en la estructura de costos y carezca, por tanto, de una justificación pro-competitiva; de manera que a la luz del numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 quizás pueda interpretar la Delegatura que -también, en abuso de su posición dominante- **APPLE** podría estar aplicando condiciones o tratamientos discriminatorios entre operaciones equivalentes, colocando así a ciertos Desarrolladores en una situación desventajosa frente a otros de condiciones análogas, en perjuicio del mercado de desarrollo de plataformas tecnológicas, en el que ampliamente participa).

4.2.3. Significatividad

En cuanto al elemento de *significatividad* que debe ser probado por la Delegatura y es indispensable -en todo caso- para justificar una apertura de investigación administrativa por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, se solicita amablemente a la Delegatura considerar los los datos, hechos y estadísticas proporcionados en el presente escrito, en términos de la relevancia de estos mercados para la economía colombiana y, por ende, y de la afectación que ha podido -o podría llegar a- generar **APPLE** a intereses colectivos como lo son: el bienestar del consumidor, la libre participación de empresas en el mercado y la eficiencia de la economía, protegidos justamente por el Régimen General de Libre Competencia en Colombia.

Como dato relevante, puede tenerse que de conformidad con un reporte presentado por el reconocido economista Hal Singer en representación de consumidores⁶², los daños generados a ellos por **GOOGLE**, en Estados Unidos, a raíz de su conducta, fueron estimados en un rango que oscila entre US\$3,660,000,000 y US\$8,039,000,000, lo que evidentemente son enormes sumas de dinero. Ahora bien, si trasladamos dicho reporte a Colombia, basándonos únicamente en la diferencia poblacional, podrían estimarse daños por alrededor de US\$50,268,000 y US\$110,411,000, lo que representaría una transferencia extremadamente significativa de riqueza de los colombianos a estas empresas de base estadounidense, quienes además hacen parte de las empresas más lucrativas del mundo. Según indica el sistema de trámites, podría estarse muy cerca de que se alcance un acuerdo de conciliación,

⁶² Este reporte no fue aceptado por la Corte por motivos de tipo procesal, asociados a la admisibilidad de las opiniones de expertos, lo que no por ello implica que el análisis desarrollado en él por este economista no sea relevante.

M

MAVERICK

en beneficio de los consumidores, para reparar el daño que ha generado GOOGLE con sus conductas. Por supuesto, aquí el análisis deberá hacerse considerando la realidad del mercado colombiano.

V. ANTECEDENTES

4.1. Holanda

En Julio del 2018⁶³, la Authority for Consumers and Markets (“**ACM**”), Autoridad de Competencia en Holanda, realizó un estudio de equipos móviles en el que analizó su estructura, y los incentivos existentes para determinar si las tiendas digitales operarían como cuellos de botella, entre otros aspectos, estableciendo lo siguiente:

- (i) Los navegadores web no son sustitutos de las *app stores* siendo la utilización del primero muy limitado;
- (ii) la instalación por fuera de la tienda *App Store* no es viable⁶⁴ y, aunque en el caso de *Android* es más factible, requiere de muchos pasos para ser posible, y solo sería viable en el caso de que la plataforma que se quiera haya generado una gran capacidad de recordación de marca y usuarios leales a esta⁶⁵ y
- (iii) *iOS* no tiene alternativa diferente de la *App Store* y, aunque en la *Play Store* de *Android* sí es factible acceder a otras tiendas digitales, estas no ofrecen la misma cantidad de servicios que la de referida⁶⁶.

Para llegar a estas conclusiones, la **ACM** analizó innumerables quejas de Desarrolladores⁶⁷ y la imposición de los sistemas operativos y el procesamiento de pagos a estos, revisando detenidamente los Términos y Condiciones de **APPLE** y Google, resaltando el poder de negociación (dominancia)⁶⁸ que tienen al advertir que: “(...) *ningún otro participante del mercado en el ecosistema tiene suficiente poder negociador sobre las app stores como para generar una verdadera presión competitiva, a excepción de unas pocas apps muy grandes e indispensables que también son*

⁶³<https://www.acm.nl/en/publications/acm-obliges-apple-adjust-unreasonable-conditions-its-app-store> y en <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-04/marketstudies-appstores.pdf>

⁶⁴ ACM, Market Study into mobile *app stores*, pág. 4. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf>

⁶⁵ ACM, Market Study into mobile *app stores*, pág. 4. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf>

⁶⁶ *Ibíd.*, pág 67. Traducción libre de: “The closed nature of both ecosystems and the lack of interoperability between the two *app*-ecosystems also cause high switching barriers for consumers, and make it costly for developers to offer their *app* in both *app*-ecosystems. This can negatively impact diversity and innovation in the *app stores*. This also makes the chance for another, competing *app*-ecosystem to arise very slim. The lack of interoperability and high *switching costs* leading to path dependency also cause a lack of competition between both *app*-ecosystems over consumers. *Apple* and *Google* do compete with each other over *app* providers. But since all popular and successful *app* providers are present in both *app stores* and it is very hard for smaller *app* providers to become visible, this competition does not lead to any observable differentiation between the two *app stores*”.

⁶⁷ Según la ACM, los productos y servicios que califican como *digital goods* no están específicamente definidos en las *guidelines* de *Apple* y *Google* pero la ACM los interpreta como aquellos productos que son entregados en un smart mobile device, por oposición a aquellos que serían entregados fuera de la *app* (e.g., Uber o Amazon, exceptuando *ebooks*, por ejemplo).

⁶⁸ *Ibíd.*, pág 67. Traducción libre de: “(...) the competition between *Apple* and *Google* is not really about becoming dominant on a market for *apps* or mobile OSs. It is about becoming a default *gateway* for consumers to reach online content. The *app stores* and their surrounding ecosystems form a very important base from which *Apple* and *Google* can expand their platform-ecosystem and secure the bottlenecks they have already captured”.



MAVERICK

controladoras de su propia plataforma-ecosistema”⁶⁹.

También, después de analizar su comportamiento, pudo concluir que el objetivo tanto de **APPLE** como de Google es más amplio: “La competencia entre Apple y Google no consiste realmente en hacerse dominante en un mercado de apps o de sistemas operativos. Se trata de convertirse en gatekeepers por defecto para que los consumidores lleguen a los contenidos en línea. Las app stores y sus ecosistemas circundantes constituyen una base muy importante desde la que Apple y Google pueden ampliar su plataforma-ecosistema y asegurar los cuellos de botella que ya han captado” .

La **ACM** decidió analizar las conductas de **APPLE** por un tiempo suficiente para entenderlas así como sus efectos y, el 11 de abril de 2019, ordenó una apertura de investigación por abuso de posición dominante contra **APPLE**, por su comportamiento frente a los Desarrolladores de *app para citas*⁷⁰, en uso de su posición dominante en la distribución de plataformas tecnológicas.

Finalmente, el 24 de diciembre de 2021, la **ACM** determinó que **APPLE** debía ajustar sus condiciones contractuales con los desarrolladores de plataformas tecnológicas de citas debían aceptar, calificando a estas de arbitrarias y exhortando a ser modificadas so penas de multas periódicas. La investigación se basó en gran parte sobre el modelo de negocio “freemium”, en donde el usuario final adquiere la *app* gratuitamente y luego se puede adquirir paquetes adicionales o *premium*. Acá se pudo establecer que las condiciones impuestas por parte de **APPLE** a estos Desarrolladores no eran justas de conformidad con la normatividad local, en concordancia con el Artículo 102 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), calificando este abuso como uno explotativo.

Para llegar a las anteriores conclusiones, la **ACM** resaltó que:

- (i) No existe sustituto para la *App Store*, lo que obliga a los Desarrolladores a tener que aceptar sus condiciones y haciendo que la *App Store* pueda actuar independientemente de las necesidades reales de aquellos.
- (ii) Solo se puede descargar plataformas tecnológicas desde la *App store* y no está permitido su descargarlas de tiendas distintas. Por su parte, las páginas web no son alternativas porque no permiten las mismas funcionalidades.
- (iii) La mayoría de los consumidores solo tienen un sistema operativo, obligándose a usar únicamente ese sistema. Los Desarrolladores, por su parte, deben estar presente en las dos tiendas más grandes, *App Store* y *Play Store* porque, por su naturaleza, los usuarios de una *app de citas* esperan interactuar con cualquier persona sin importar su sistema operativo.
- (iv) Las condiciones injustamente de **APPLE** gracias a su posición dominante obligan a que este comportamiento deba corregirse, de tal forma que sus condiciones no impongan desventajas abusivas a ningún grupo de interés que al que pueda afectar.
- (v) La prohibición de *Apple Pay* como único medio de pago en las *apps de citas* habría creado un impedimento para los Desarrolladores de poder acudir a otros proveedores de pagos, que sí les permitieran controlar el flujo de pago entre usuario final y las *apps de citas*.
- (vi) Sí es posible distinguir los servicios de procesamiento de pagos para compras *in-app* de *digital goods*, de los servicios de la *App Store*. De forma tal que existen, claramente, dos servicios o funciones distintas.
- (vii) Un aspecto relevante fue que se demostró que podría darse la opción de realizar el pago a través de otro medio diferente al *Apple Pay*, aunque **APPLE** justifica que no debe usarse otro medio por razones de seguridad, fraude y daños reputacionales. Pero pudo establecerse que los medios de pagos son lo suficiente adecuados para que no se presente o se justifique este

⁶⁹ Ibid., pág. 71. Traducción libre de: “(...) no other market participants in the ecosystem have enough bargaining power over the app stores to form a real competitive restraint, except for a few very large, indispensable apps that are also controller of their own platform-ecosystem”.

⁷⁰Nota de prensa de la ACM. <https://www.acm.nl/en/publications/acm-launches-investigation-abuse-dominance-apple-its-app-store>

comportamiento. Así las cosas, es técnicamente posible dentro de la *App Store* el realizar compras con un servicio de procesamiento de pago distinto y elegido por el Desarrollador⁷¹.

(viii) **APPLE** cuenta con una dependencia económica por parte de los desarrolladores de citas siendo inevitable para estos la aceptación de los términos y condiciones; y como consecuencia de esto los clientes de las *apps de citas* son de **APPLE** y no de los desarrolladores de estas, con todos los efectos negativos implícitos.

(ix) Los usuarios de las *apps de citas* son, de hecho, clientes de **APPLE** y no del Desarrollador, con todas las implicancias y efectos negativos que ello implica y que los Desarrolladores han reclamado en más de una ocasión (ejemplo: por imposibilidad de ofrecer opciones de pago personalizadas para grupos de clientes y falta de acceso a data que le permitiría a los Desarrolladores identificar al cliente, lo que les impide contactarlos directamente para cobranza, cancelaciones o devoluciones).

Es por esto, que la **ACM** ordenó a **APPLE** modificar sus términos y condiciones respecto de todos los Desarrolladores de plataformas tecnológicas de citas, creando libertad de escogencia al momento del procesamiento del pago, informando al cliente sobre dichas opciones. Ahora bien, el no acatamiento de **APPLE** frente a estas órdenes de la **ACM** es mundialmente conocido. Dicha autoridad le impuso multas semanales de EUR 5 millones hasta alcanzar el máximo legal de EUR 50 millones⁷².

4.2. Australia

El 10 de febrero de 2020, la *Australian Competition & Consumer Commission* ("**ACCC**")⁷³, Autoridad de Competencia en Australia, inició con el estudio de las plataformas digitales (*Platform Services Inquiry*) el cual continuó en marzo de 2021 con "*interim report*"⁷⁴ específicamente sobre tiendas digitales. En dichos reportes, la **ACCC** concluyó que **APPLE** y Google poseen un altísimo poder de mercado en sistemas operativos y tiendas digitales, y que se apalancan en ella para imponer condiciones abusivas a los Desarrolladores⁷⁵.

Al igual que otras autoridades, la **ACCC** analizó el *sideloading*, la pre instalación de plataformas tecnológicas y la descarga vía web, como alternativas eventuales de las tiendas digitales pero concluyó que, en la práctica, dichas opciones no están disponibles para todos los consumidores, no son populares entre la mayoría de ellos y son técnicamente difíciles de concretar.

En dichos informes, se estudió el nivel de competencia que existe entre la *App Store* y la *Play Store*

⁷¹ La ACM llega a concluir que ya que existen proveedores de servicios de pago específicos para el procesamiento de IAPs sería un potente indicador de que existe un mercado separado para dicho servicio.

⁷² <https://techcrunch.com/2022/03/28/apple-acm-dating-apps-tenth-fine/>

⁷³ <https://www.accc.gov.au/inquiries-and-consultations/digital-platform-services-inquiry-2020-25>

⁷⁴ ACCC, Digital Platform Services Inquiry, *Interim report* N° 2 - *App Marketplaces*. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20March%202021%20interim%20report.pdf>

⁷⁵ *Ibíd.* pág- 28-29. Traducción libre de: "There are significant barriers to entry and expansion in mobile OS, including: The high cost and time to develop a mobile OS. The investment costs in research and development to bring a mobile OS to the market are significant, as are the ongoing costs of developing and incorporating new features in the OS. Strong cross-side network effects making it difficult to attract *app* developers. *App* developers are strongly attracted to the large consumer bases of *Android* and *iOS*. Enticing *app* developers to develop *apps* for a new OS is likely to be difficult as: many developers have limited resources and tend to prioritise efforts towards platforms with the most consumers conversion of *apps* to a new and unfamiliar OS has costs. Device manufacturers are likely to be reluctant to switch to a new OS, due to the costs of switching away from their existing setup using *Android*. Some device manufacturers make substantial investments to integrate an OS with their device. Device manufacturers also want an OS with a large number of consumers. There is considerable consumer loyalty to existing OS, in part due to the *switching costs* consumers face. The development costs and the need to enter with scale on more than one side of the platform at once (or with particularly high scale on the consumer side), combined with the prospect of competing against entrenched incumbents make for formidable barriers to mobile OS entry. It is not surprising that other major companies have exited from this market".

M

MAVERICK

concluyendo que, desde la perspectiva del consumidor⁷⁶ es indispensable que este decida cambiar de sistema operativo para poder acceder a la otra, lo que solo es posible cambiando de equipo móvil. Desde la perspectiva de los Desarrolladores⁷⁷, se demostró que en Europa y Australia el 90% de las aplicaciones que conforman el *top 100* se encontraban en ambas tiendas digitales, esto es, porque es necesario hacer *multihoming* para lograr un crecimiento comercial al poder acceder a más usuarios de los diferentes sistemas operativos⁷⁸.

Desde esta perspectiva, la **ACCC** consideró que si un número importante de ellos realiza *multihoming* eso implicaría, de suyo, que la *App Store* y la *Play Store* no ejercen una presión competitiva recíproca relevante. Y advirtió que el control de *iOS* y *Android* da a **APPLE** y Google control sobre la distribución de plataformas tecnológicas en sus respectivos ecosistemas móviles, ya que actúan como las principales puertas de entrada.

Al ser la *App Store* o la *Play Store*, según el caso, la única alternativa de los consumidores para la descarga de plataformas tecnológicas, la **ACCC** concluyó que "(...) es muy probable que las tarifas de las comisiones estén infladas por el poder de mercado que tienen Apple y Google en sus relaciones con los desarrolladores de apps" y, también, que si bien el precio es pagado por el Desarrollador de manera indirecta, este aumento es trasladado al consumidor final.

A juicio de la **ACCC**:

- (i) Las condiciones de **APPLE** y Google que impiden a los Desarrolladores utilizar sistemas de pago alternativos para las compras *in-app* afectan la capacidad de los proveedores de sistemas de pago alternativos para operar en mercados digitales;
- (ii) lo que conduce a una limitación de opciones que perjudica a consumidores ya que no tienen la opción de utilizar sistemas de pago distintos al impuesto, cuando realizan pagos *in-app*.

4.3. Reino Unido

El 15 de junio de 2021⁷⁹ La *Competition and Markets Authority* ("**CMA**") del Reino Unido realizó un estudio de mercado de los ecosistemas de equipos móviles, sistemas operativos, distribución de plataformas tecnológicas, la provisión de buscadores móviles y motores de búsqueda y la dinámica competitiva entre **APPLE** y *Google*, y su relación con los Desarrolladores. Luego, el 14 de diciembre de 2021, la misma autoridad emitió un *Interim Report*⁸⁰ donde identificó la dominancia de **APPLE** y *Google* en los mercados analizados en su primer estudio, y resaltó que la cantidad y calidad del contenido disponible en un ecosistema móvil es muy importante para los usuarios, lo que atribuye a que los sistemas operativos son plataformas de dos lados con importantes efectos de red indirectos.

⁷⁶ *Ibid.*, pág 34. Traducción libre de: "Overall, it appears unlikely that the availability of the *App Store* to the relatively small number of *multi-homing* consumers would provide a competitive constraint on the *Play Store*".

⁷⁷ *Ibid.*, pág 35. Traducción libre de: "The commercial imperative to multi-home is particularly important for apps that facilitate the matching of buyers and sellers or users with similar interests. These services are far more valuable the larger the proportion of smartphone users that can assess the service".

⁷⁸ *Ibid.*, pág 43. Traducción libre de: "Their control of *iOS* and *Android* give *Apple* and *Google* control over the distribution of mobile apps on their respective mobile ecosystems. This control, combined with their significant market power in mobile OS, means that the *App Store* and the *Play Store* are the key gateways through which app developers can access consumers on their mobile devices. As there are limited effective alternatives to access these consumers, the *App Store* and the *Play Store* are 'must haves' for the majority of mobile app developers in Australia. This provides *Apple* and *Google* with market power in mobile app distribution in Australia and the ACCC considers it likely that this market power is significant. This market power particularly affects the dealings of app developers with *Apple* and *Google* in Australia".

⁷⁹ https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6229ac698fa8f526d1fa919c/Guardian_Media_Group.pdf y en https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6229acb08fa8f526d0002b06/Match_Group.pdf

⁸⁰ CMA, *Interim report "Mobile Ecosystems in the UK"*, Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/mobile-ecosystems-market-study-interim-report>



MAVERICK

En dicho estudio, la **CMA** concluyó que:

- (i) Los usuarios reemplazan el dispositivo, no el sistema operativo;
- (ii) en poco común que un usuario cuente con los dos sistemas operativos y
- (iii) existe una diferencia de precios entre cada uno de los dispositivos para acceder a un sistema operativo en específico⁸¹.

La Autoridad consideró al mercado de las plataformas tecnológicas como uno secundario⁸² al de los sistemas operativos, dado que sin este no podría accederse a este mercado. Es por esto que, según pudo establecer, entre las dos tiendas digitales (*App Store* y *Play Store*) representan el 90% de todas las descargas mundiales. Al ser dos sistemas operativos diferentes, considera cada uno como un mercado independiente, en el que **APPLE**, por su lado, tiene el 100% de participación en descarga vía la *App Store* y Google tiene entre el 90 y 100% vía la *Play Store*.

Es claro para la **CMA**, que la *App Store* no permite una tienda digital alternativa para la descarga de contenido a diferencia de la *Play Store* que, si lo permite, pero que en la realidad para poder acceder al mercado de usuarios *Android* es necesario hacerlo por medio de esta pues, de lo contrario, al buscar alternativas en otras tiendas digitales existe una alta probabilidad de no encontrarlo, limitando así al consumidor, a su tienda. Entre ambas tiendas existe una competencia muy limitada. **APPLE** no permite el *sideloading* ni la descarga de plataformas tecnológicas por fuera de la *App Store* (salvo que el usuario le haga modificaciones al sistema operativo, lo que se conoce como “*jailbreaking*”, lo que implica infringir la licencia de **APPLE**). Y, respecto de la *Play Store*, aunque sí es posible hacerlo de manera menos estricta pero entorpecida, los Desarrolladores prefieren que los usuarios no lo hagan por la cantidad de pasos que tendrían que hacer para poder acceder a su producto.

La **CMA** concluyó que la *App Store* y *Play Store* son los guardianes de la información de los usuarios que hacen uso de los equipos móviles, obligando a los Desarrolladores a tener que estar dentro de las dos tiendas digitales, si quieren poder acceder a la mayor cantidad de usuarios finales que quieran adquirir su producto y/o interactuar entre sí. Es raro estar en una sola tienda digital porque esto hace que se limite de manera considerable el acceso a más consumidores finales.

Es importante resaltar la postura de la **CMA** respecto de la conducta, en relación con el servicio de procesamiento de pagos de la *App Store* y la *Play Store*, estableciendo que “(...) *Este poder de mercado permite a Apple y Google establecer unilateralmente las reglas para sus tiendas de apps, incluyendo que ciertas transacciones de apps se procesen a través de sus propios sistemas de sistemas de pago, y su capacidad para remitir a opciones de pago fuera de la app*”⁸³, esto se traduce en que estos se

⁸¹ CMA, *Interim report “Mobile Ecosystems in the UK”*, pág. 87. Traducción libre de: “Both globally and at the UK level, *Apple* and *Google* hold a de facto duopoly over operating systems for both smartphones and tablets – the available data shows that almost all smartphones are either *iOS* or *Android* devices as well as roughly 75% of tablets”.

⁸² *Ibid.*, pág. 125.

⁸³ *Ibid.*, pág. 304. Traducción libre de: “(...) our preliminary view is that *Apple* and *Google* have market power in relation to native *app* distribution. This market power allows *Apple* and *Google* unilaterally to set rules for their *app* stores, including requirements for certain *app* transactions to be processed through their own payment systems, and their ability to refer to payment options outside of the *app*”.

M

MAVERICK

convierten en el vendedor directo de la transacción (“*merchant of record*”)⁸⁴ impidiendo que los Desarrolladores puedan interactuar directamente con el consumidor final y toda su data, y reteniendo de los clientes de estos la información correspondiente a gustos, compras, etc.⁸⁵

Así, se tiene que la venta atada, por sus condiciones específicas, les permite a **APPLE** y Google acceder y tratar directamente data tanto del Desarrollador como sus clientes, incluyendo en muchos casos información reservada como decisiones comerciales, de oferta, comparaciones, estrategias de posicionamiento y marketing, o hasta datos sensibles de los consumidores finales. Esto no solo es una amenaza desde la perspectiva de protección de datos personales sino que limita la capacidad de competir de los Desarrolladores en beneficio, en muchos casos, del “*merchant of record*”, otorgándole una ventaja anticompetitiva.

Adicionalmente, según pudo ver la Autoridad, un número significativo de Desarrolladores considera que los servicios de procesamiento de pago impuestos por estas compañías no proporcionan un rango particularmente amplio de posibilidades para la personalización de sus necesidades, y conocen que sí podrían ser cubiertas por los servicios de procesamiento ofrecidos por terceros. Lo que evidencia que los Desarrolladores, en efecto, se ven afectados al no tener la posibilidad de beneficiarse de la competencia entre proveedores de servicios de procesamiento de pago.

En cuanto a la incapacidad de los Desarrolladores para remitir a sus usuarios a opciones de pago fuera de la *app* (*anti-steering rules*) la **CMA** consideró que “*puede haber métodos alternativos viables para que Apple y Google cobren una comisión por sus app stores, a la vez que permiten a los desarrolladores gestionar directamente los pagos y que no dan lugar a posibles daños a la competencia*”⁸⁶.

Por último, estableció en el estudio que los Desarrolladores, al tener que adaptarse a los precios preestablecidos por **APPLE** y Google no pueden determinar sus precios, creando así un diferencial de precios según el canal de distribución donde se quiera prestar el servicio. Así pues, estos no pueden ofrecer nada por fuera de lo preestablecido por dichas tiendas digitales, como por ejemplo

⁸⁴ *Ibíd.*, pág 306. Traducción libre de: “For transactions processed via *Apple* IAP, *Apple* becomes the ‘merchant of record’ for the transaction. *Apple* uses third-party acquirers to assist in processing payments facilitated by IAP. *Google* is similarly the ‘merchant of record’ for transactions made via *Google Play’s Billing* system⁵¹⁴ but uses third-party processors and acquirers for the processing and front-line collection of funds. A key impact of this is that *app* developers cannot use other third-party options for the processing of in-*app* payments. In the absence of *Apple’s* and *Google’s* payment system requirements, *app* developers would be able to choose third parties referred to as ‘payment service providers’ or PSPs (such as Adyen, PayPal and Stripe) to process in-*app* payments, which would mean that: (i) an *app* developer could choose to act as the direct seller for the payment transaction, with a third-party PSP processing the transaction on their behalf; and (ii) *app* developers would benefit from greater competition between PSPs to provide them services in relation to in-*app* transactions. Such services might include both the services required to process payments, for example via the card networks, or through other means such as carrier *Billing*, and various other *software* services to collect the payment at the point of sale and detect fraud and analyse transaction data”.

⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 311. Traducción libre de: “The requirements to use *Apple* and *Google’s* payment systems also have the potential to distort downstream competition between *apps*. This is because these requirements affect digital *apps* that wish to monetise directly but do not affect other *apps*, such as those that have ad-funded business models or those that are operated by *Apple* and *Google*. This may put rivals to *Apple* and *Google’s* first-party *apps* at a competitive disadvantage. As discussed above, *Apple* and *Google* operate several *apps* that directly compete with *app* developers. Several developers that compete directly with *Apple* and *Google’s* *apps* have told us that being subject to the 30% commission places them at a significant disadvantage when competing with *Apple* and *Google*” y de “*Some of these developers have chosen to absorb the cost of commission rather than pass it on to downstream customers. However, these developers then have fewer resources to invest in research and development to improve their product. Other developers have passed it on to customers, either wholly or in part*”.

⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 315. Traducción libre de: “As a general point, the ability for users to make informed choices is important in driving effective competition between distribution channels. A possible concern is that the *anti-steering rules* may mean that users are unaware of alternative, possibly lower cost options for purchasing outside of an *app*” y “Our preliminary view is that there may be viable alternative methods for *Apple* and *Google* to collect a commission for their *app* stores, while also allowing developers to handle payments directly which do not give rise to the potential harms to competition (...)”.

M

MAVERICK

descuentos, distintas funcionalidades de pago, extender los periodos de prueba, entre otros.⁸⁷

4.4. Unión Europea

4.4.1. Google

La Comisión Europea (“**CE**”) impuso a Google una multa de cerca de 4.342 miles de millones EUR por vulnerar las normas antimonopolio de la UE⁸⁸, pero fue rebajada por el Tribunal General de la Unión Europea (“**TGUE**”) a EUR 4.125 miles de millones. Desde 2011⁸⁹, Google ha impuesto restricciones ilegales a los fabricantes de dispositivos *Android* y a los operadores de redes móviles para consolidar su posición dominante en los servicios de búsqueda general en internet⁹⁰.

En su decisión, la **CE** concluyó que, como sistema operativo con licencia, *Android* es diferente de los sistemas operativos utilizados exclusivamente por Desarrolladores integrados verticalmente (como *Apple iOS* o *Blackberry*). Esos sistemas no forman parte del mismo mercado, ya que no están disponibles mediante licencia para terceros FEM. Lo que conlleva a que investigará en qué medida la competencia para los usuarios finales, entre *iOS* y *Android*, particularmente, limita indirectamente el poder de mercado de Google con las concesiones de licencias *Android* a los FEM, encontrando que dicha competencia no se limita en la práctica por las razones que se harán mención:

- (i) La decisión final de los usuarios de adquirir un equipo móvil es diversa (características *hardware*, marca, etc.) independiente del sistema operativo móvil;
- (ii) El precio de **APPLE** suele ser superior a otros equipos móviles que operan con *Android*, por lo que podría no ser accesible a diferentes usuarios finales de este último;
- (iii) Los usuarios del sistema de *Android* se topan con costos asociados si deciden cambiar su sistema operativo por el de **APPLE**, como sería la pérdida de aplicaciones, datos, contactos, además de la necesidad de aprender un nuevo sistema operativo y
- (iv) Incluso cambiando de sistema operativo al de **APPLE**, el impacto de Google con su motor de búsqueda es limitado, porque hoy en día el motor de búsqueda predeterminado de **APPLE** es *Google Search* y es probable que los usuarios de **APPLE** sigan usando este.

Lo anterior y otras consideraciones, al analizar estos mercados digitales y el contexto temporal de los mismos, la **CE** concluyó que Google tiene posición de dominio en los mercados de:

- (i) servicios de búsqueda general en internet;
- (ii) sistemas operativos móviles inteligentes con licencia y
- (iii) tiendas digitales para el sistema operativo móvil *Android*.

Haciendo un recuento histórico, en sus consideraciones, la **CE** explicó que, en el 2000, cuando se entendió que los equipos móviles eran de los productos que más iban a mover el mundo, Google empezó con una estrategia en donde *Google Search* no solo se usará en los computadores sino en los equipos móviles. Por lo que en 2005 adquirió el sistema operativo móvil *Android* y, gracias a su estrategia, hoy cerca del 80% de dispositivos móviles de Europa y el mundo funcionan con *Android*. Luego creó una versión de *Android* de código fuente abierto, para que terceros la pudieran descargar,

⁸⁷ *Ibíd.*, pág. 315. Traducción libre de: “As a general point, the ability for users to make informed choices is important in driving effective competition between distribution channels. A possible concern is that the *anti-steering rules* may mean that users are unaware of alternative, possibly lower cost options for purchasing outside of an *app*” y “Our preliminary view is that there may be viable alternative methods for *Apple* and *Google* to collect a commission for their *app stores*, while also allowing developers to handle payments directly which do not give rise to the potential harms to competition (...)”.

⁸⁸ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

⁸⁹ <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/cp220147es.pdf>

⁹⁰ <https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/AT.40099>

M

MAVERICK

la cual incluye sus características básicas pero no las plataformas tecnológicas o servicios que son exclusivos de Google. Si se desearan obtener, los Desarrolladores deben firmar contratos con Google en los que se les imponen ciertas condiciones, restrictivas, entre otras, a los operadores de redes móviles, determinando qué plataformas tecnológicas y servicios debían ser instalados en los dispositivos para su posterior venta a los consumidores finales.

En cuanto a las conductas que reprochó, se resalta que Google:

- (i) obligó a los fabricantes a la preinstalación de *Google Search*, el navegador *Chrome* y la tienda digital *Play Store* (lo que se determinó como dos vinculaciones ilegales);
- (ii) realizó pagos a fabricantes y operadores de red móvil (incentivos) con la única condición de que otorgaran exclusividad de *Google Search* en sus dispositivos (obstrucción en navegadores) y
- (iii) impidió a fabricantes que deseaban usar versiones alternativas de *Android* no aprobadas por Google (lo que se conoce como bifurcaciones de *Android*, y fue entendido por la CE como una obstrucción en sistemas operativos, al haber optado porque *Android* fuera un código fuente abierto).

Esto ocasionó una reducción de posibilidades de desarrollos y ventas de dispositivos que pudieran funcionar con bifurcaciones de *Android*. Dentro de las pruebas, se estableció que Google impidió a grandes fabricantes desarrollar y vender equipos móviles basados en bifurcaciones de *Android*, como el denominado *Fire OS* de Amazon. Así las cosas, Google cerró un canal importante para que sus competidores pudieran introducir al mercado plataformas tecnológicas y servicios que podrían ser preinstaladas en bifurcaciones de *Android*, afectando de manera indirecta a los usuarios limitando su escogencia a únicamente dispositivos *Android* aprobados por Google.

La decisión de la multa fue dirigida a Google LLC (anteriormente Google Inc.) y Alphabet Inc., sociedad matriz de Google, por violación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") y el artículo 54 del Acuerdo, donde se prohíben los abusos de posición dominante.

4.4.2. Apple

El 16 de junio de 2020, la CE inicio varias investigaciones por violación al régimen de libre competencia⁹¹ en contra de **APPLE**, en las que señaló al anterior como la empresa encargada de proteger y conservar la información de distribución de plataformas tecnológicas y contenido digital, ya que únicamente se puede usar la *App Store* para poder acceder a estos, controlando de esta forma la experiencia del usuario final y que esta es el único medio idóneo de *iOS* para descargar plataformas tecnológicas. En este ecosistema de servicios y plataformas tecnológicas de **APPLE**, se compete directamente con plataformas tecnológicas y contenido de terceros Desarrolladores.

Las investigaciones se centran en:

- (i) **Streaming de música:** En esta, Spotify denunció a **APPLE** por abuso de posición dominante en el mercado de distribución de plataformas tecnológicas. El 30 de abril de 2021, la CE comunicó formalmente a **APPLE** sobre el inicio de una investigación formal en la que se le acusa de distorsionar la competencia en el mercado de *streaming* de música, abusando de su

⁹¹ Expedientes AT.40716, *Apple - App Store Practices*, de 16/06/2020; AT.40652, *Apple - App Store Practices (e-books/audiobooks)*, de 16/06/2020, y AT.40437, *Apple - App Store Practices (music Streaming)*, de 16/06/2020. En el caso de Spotify, todavía en tramitación, la Comisión envió a *Apple* un pliego de cargos, que da cuenta de la existencia de mérito para abrir las correspondientes investigaciones, aunque no prejuzga el resultado de éstas.

https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=1.2.3

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2764

M

MAVERICK

posición en el mercado de distribución de plataformas tecnológicas en perjuicio competidores de *Apple Music*, en donde se pudo concluir:

- a) **APPLE** tiene posición de dominio en dicho mercado, obligando a los desarrolladores a distribuir sus plataformas tecnológicas por la *App Store*, aceptando las reglas que esta les impone;
 - b) imposición su sistema de pagos *Apple Pay*, cobrando una comisión de hasta el 30% sobre las suscripciones realizadas, siendo esta trasladó a los usuarios finales, aumentando de esta forma los precios finales y
 - c) la imposición de **APPLE** de no usar otros medios de pago impidiendo de esta forma a los desarrolladores ofrecer alternativas a menor costo a los usuarios finales, en donde estos les toca pagar precios mayores a los que deberían pagar. Los comportamientos aplicados por **APPLE** benefician a *Apple Music*, distorsionando la competencia e incrementando los precios finales de terceros, en comparación con los de *Apple Music*⁹².
- (ii) **Ebooks y audiolibros:** Esta investigación sigue el mismo hilo conductor de la anterior, en donde se les aplican reglas a los Desarrolladores incrementando los costos finales, porque en este segmento **APPLE** también compite mediante *Apple Books App*.
- (iii) *Apple Pay* (para compras in-app): Esta investigación gira en torno a la distorsión del mercado, en donde se reduce sustancialmente la innovación y poder de decisión del consumidor causadas por los términos y condiciones de **APPLE**, los cuales son de obligatorio cumplimiento. Esto, porque para poder acceder a los diferentes servicios o plataformas tecnológicas se debe usar como único medio de pago la *Apple Pay*.

4.5. Estados Unidos

4.5.1. Epic Games v. Apple

Epic Games⁹³ acusó a **APPLE** de infringir el régimen de la libre competencia del estado de California argumentando que este último tendría un monopolio sobre:

- (i) Su sistema de distribución de plataformas tecnológicas de sus equipos móviles *iOS* a través de su *App Store* y
- (ii) su sistema de procesamiento de pago para compras *in-app* (*Apple Pay*) a través de su *App Store*.

En primera instancia, se reconoció que **APPLE** tendría poder de mercado (> 55% del *market share*) dentro del mercado de transacciones de juegos digitales móviles con unas utilidades altas. También concluye la Corte Distrital⁹⁴ la existencia de infracciones a la libre competencia impuestas por **APPLE** en donde no se permitía el uso de otros medios de pago (*anti-steering rules*) obligando al uso único de *Apple Pay* para la compra de servicios digitales, agravando de esta forma las infracciones del régimen de libre competencia.

⁹² Traducción libre de: "App Stores play a central role in today's digital economy. We can now do our shopping, access news, music or movies via apps instead of visiting websites. Our preliminary finding is that Apple is a gatekeeper to users of iPhones and iPads via the App Store. With Apple Music, Apple also competes with music Streaming providers. By setting strict rules on the App Store that disadvantage competing music Streaming services, Apple deprives users of cheaper music Streaming choices and distorts competition. This is done by charging high commission fees on each transaction in the App Store for rivals and by forbidding them from informing their customers of alternative subscription options". Comisión Europea, nota de prensa: "Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music Streaming providers", disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061

⁹³ Case 4:20-cv-05640-YGR, District of California, Sentencia de 9 de octubre de 2021. Disponible en: https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-cand-4_20-cv-05640/pdf/USCOURTS-cand-4_20-cv-05640-35.pdf

⁹⁴ Sentencia de la Corte Distrital, del Distrito Norte de California, Epic Games v. Apple. Disponible en: <https://s3.documentcloud.org/documents/21060631/apple-epic-judgement.pdf>

M

MAVERICK

La Corte Distrital le ordenó a **APPLE** eliminar la restricción⁹⁵ de realizar el pago únicamente por *Apple Pay*, permitiendo que Epic Games y otros desarrolladores pudieran informar a sus clientes de los pagos diferentes de pago diferentes al mencionado. En la apelación de la sentencia, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ("**DOJ**") le manifestó a la Corte de Apelación del Noveno Circuito que no estaba de acuerdo con ninguna de las partes (*amicus curiae*⁹⁶), señalando una serie de errores que afectaría sustancialmente el fallo y poniendo en riesgo la efectividad de fiscalización de libre competencia, estableciendo lo siguiente:

- (i) Al momento de revisar la existencia del poder de monopolio, la Corte acreditó que **APPLE** era inmune a las fuerzas del mercado por sus altos márgenes operaciones y comisiones supra competitivas, en lo que el **DOJ** calificó como interacciones de pago normales dentro de este mercado, los cuales se ven en otros estilos de mercado de transacciones en línea y que hoy Apple se encuentra donde está en gran medida por la competencia creada por Google.
- (ii) La Corte Distrital definió el mercado relevante de manera errónea al incluir los sistemas operativos y servicios de procesamiento de pagos (*Apple Pay*) de los servicios digitales, porque *iOS* no se licencia ni se vende y porque el sistema de procesamiento de pagos de **APPLE** no es algo que se puede adquirir, sino que viene integrado dentro del sistema operativo. El **DOJ** es crítico de la definición, porque la Corte tuvo una interpretación rígida de la afectación que esta tendría ("*could significantly harm antitrust enforcement, especially in the digital economy*") cuando en otros casos como el de Kodak, se indica que se debe revisar las realidades de los mercados y debe conocerse la competencia existente en este.
- (iii) El **DOJ**, estableció que no era necesario que la definición de mercado relevante esté atada a la relación con productos que sean efectivamente vendidos. De establecer esta postura, se tendría que descartar todos los casos de integración vertical en donde se la auto provisión de productos. El **DOJ** fue asertivo al resaltar que, en algunos mercados, especialmente los digitales, pueden definirse de tal forma que se incluyan productos por los cuales los clientes no pagan una suma directa de dinero.
- (iv) Finalmente, el **DOJ** criticó el argumento de la corte en donde estableció que los servicios de procesamiento de pago, *Apple Pay*, al estar integrados a **APPLE** no puedan ser objeto de una definición de mercado relevante en sí misma. Esta analizó los precedentes de Microsoft y Amex para desvirtuar esta postura, sosteniendo que es factible definir un mercado respecto de los componentes de un servicio empaquetado si eso refleja mejor las dinámicas del mercado, siempre que existan alternativas competitivas para el producto o servicio ofrecido.

4.5.2. Match Group v. Google

El 9 de mayo de 2022, Match Group⁹⁷ demandó a Google ante la Corte del Distrito del Norte de California, acusándolo de comportamientos estratégicos para la manipulación de los mercados, para abusar de estos y de esta forma poder excluir o limitar la competencia de su ecosistema móvil. En esta se acusó a Google de los siguiente:

- (i) Monopolizar el mercado de sistemas operativos licenciables para dispositivos móviles, esto porque cualquier equipo móvil, con excepción de **APPLE**, debe licenciar sus sistemas operativos en donde Google, a través de *Android*, tiene el 99% del mercado de los teléfonos

⁹⁵ En el expediente de primera instancia quedó establecido que *Apple* utiliza las reglas anti-steering, para prohibir que las aplicaciones incluyan "botones, enlaces externos u otros llamados a la acción que dirijan a los clientes a mecanismos de compra que no sean compras dentro de la aplicación" y que "alienten a los usuarios a usar un método de compra que no sea la compra dentro de la aplicación", ya sea "dentro de la aplicación o a través de comunicaciones enviadas a puntos de contacto obtenidos de registros de cuentas dentro de la aplicación (como correo electrónico o mensaje de texto)".

⁹⁶ Brief for the United States of America as Amicus Curiae in Support of Neither Party. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1466721/download>

⁹⁷ Es el desarrollador de Tinder, entre otras *apps*, y ha sido un actor importante, al igual que Spotify, en traer a la luz de las diversas autoridades de competencia los riesgos y distorsiones que las prácticas de *Apple* y *Google* han generado en el mercado de la distribución de *apps* y, en particular, en las *apps* de citas.

inteligentes vendidos por fabricantes de licencian dichos sistemas. En dicho mercado existirían barreras de entrada como recursos y tiempos de inversión para el desarrollo de un nuevo sistema operativo, así como los efectos de red y retroalimentación positiva de los usuarios para poder consolidarse como una competencia para Google.

(ii) Google tiene un monopolio “ilícito” en la distribución de plataformas tecnológicas, por la compatibilidad que debe existir con el sistema operativo *Android* ya que para poder ser aceptadas por éste deben de tener un mismo lenguaje y códigos para poder ejecutarse. Esto implica que no existe competencia entre las plataformas tecnológicas que se encuentran en *Android* y las que se encuentren en otros sistemas operativos. Esto se sustenta en que los usuarios no van a cambiar de sistema operativo (“*single-horning*”) por lo que para poder acceder desde otro sistema operativo tendría que cambiar de tienda digital y equipo móvil. No existen incentivos para que los usuarios cambien de sistema operativo porque para lograr esto tendrían que invertir tiempo y dinero para lograr el cambio (pérdida de información, curva de aprendizaje, etc.). Por otro lado, para los Desarrolladores tampoco es factible crear plataformas tecnológicas que puedan ser leídas por los diferentes sistemas operativos por los altos costos que esto acarrea, salvo que tenga la suficiente demanda de los usuarios para poder invertir en la creación de diferentes códigos fuentes para cada sistema, pero que en la realidad esto solo es viable con los Desarrolladores grandes, exclusivamente. Así las cosas, Google se beneficia de su ecosistema creado en donde todos los Desarrolladores deben adaptarse a su código para poder alcanzar más usuarios⁹⁸.

(iii) Google tendría poder de mercado en las plataformas tecnológicas de citas, porque Match Group afirmó que el 75% de las descargas de *apps de citas* del mundo se hicieron por *Play Store* de Google. Argumentando la segmentación de mercado, porque se trata de un mercado lucrativo y de especiales características, sobre todo por los efectos de red que existe para el incremento de posibilidad del usuario de poder encontrar un “match”, por lo que están forzadas a estar en la tienda de *Play Store* como en la *App Store* de **APPLE** para poder lograr esta red⁹⁹.

(iv) Google estaría implementando prácticas exclusorias en sus contratos con los FEM al imponerles la suscripción del licenciamiento de *Android* para los dispositivos que fabrican, licenciado en paquete las plataformas tecnológicas de Google, incluyendo la preinstalación de *Play Store* y otras plataformas tecnológicas como *Google Search*, *Google Maps*, *YouTube*, *Gmail*, etc., lo que en la realidad significa que los fabricantes se ven obligados a aceptar todas las condiciones impuestas por Google.

(v) Match Group también acusa a Google de la monopolización del mercado de procesamiento de pagos para compras in-app en *Android* al imponer el uso del *Google Pay* en donde el 90%¹⁰⁰ de todas las descargas que se dan a través de la *Play Store*. De esta forma, Google domina el mercado de aplicaciones in-app de *Android* y ejerce de esta forma poder de

⁹⁸ Demanda de Match Group, LLC v. Google LLC, Background, pág. 39. Traducción libre de: “Google’s anti-competitive conduct in the *Android App* Distribution Market or, alternatively, the Dating *App* Distribution Market, harms *app* developers. *App* developers, including Match Group, are forced to rely on a *single* distribution channel for their *Android apps*. Google’s restrictions prevent and disincentivize developers from developing alternative and more efficient distribution channels that could reach wider or more targeted audiences, including specialized *app stores* or direct downloads. The lack of alternative channels and competition likely decreases overall sales for *app* developers. In addition, Google’s control over *Android* and its infiltration of OEMs and MNOs provides plenty of opportunity to introduce higher and higher entry barriers”.

⁹⁹ Demanda de Match Group, LLC v. Google LLC, Background, pág. 40. Traducción libre de: “*App* developers are also harmed because Google abuses its monopoly power in the *Android App* Distribution Market or, alternatively, the Dating *App* Distribution Market, to charge supra-competitive fees that reduce the developers’ revenues. Even when *app* developers pass on those fees to consumers, the *app* developers are harmed because the increased price leads consumers to purchase fewer *apps* and less digital content”.

¹⁰⁰ *Ibíd.* pág. 43. Traducción libre de: “None of those IAP service providers, however, have a meaningful share of the *Android App* IAP Market or even the opportunity to compete with Google. Rather, as explained further below, Google (through nonnegotiable contracts) illegally mandates use of *Google Play Billing* for the purchase of digital content within *Android apps*. Because more than 90% of all downloads of *Android apps* are completed using *Google Play*, and Google requires use of *Google Play Billing* for the purchase of digital content within those same *apps*, Google also has close to a 90% share of the *Android App* IAP Market”.

M

MAVERICK

mercado¹⁰¹ sobre las plataformas tecnológicas de *Android* y paralelamente sobre las *apps de citas* al cobrar hasta el 30% por el uso de su plataforma, cuando en un mercado competitivo este porcentaje sería reducido considerablemente por misma dinámica del mercado.

Así las cosas, la teoría del daño de Match Group que establece en contra de Google son consideraciones consistentes con diversos estudios de mercado por parte de las autoridades europeas los cuales se encuentran alineados con la decisión de la **ACM**¹⁰² en contra de **APPLE** en el mercado de distribución de plataformas tecnológicas de citas.

4.5.3. 37 Estados y Washington D.C. v. Google

El 7 de julio de 2021, 37 Estados y Washington D.C. (los “Estados”¹⁰³) a través de sus respectivos abogados demandaron a Google¹⁰⁴ ante la Corte Federal de California, acusándolo de tener un monopolio en el mercado de distribución de plataformas tecnológicas para el sistema operativo *Android* y en el de servicios de procesamiento de pagos *in-app*, a través del *Google Pay*, en donde les impondría condiciones abusivas a los Desarrolladores creando distorsiones a la competencia. Los Estados acusan a Google porque este había establecido que *Android* sería un ecosistema abierto pero que en la realidad este es un código abierto, pero de palabra nada más¹⁰⁵.

En su demanda establecieron lo siguiente:

- (i) Los equipos móviles son herramientas esenciales en la vida cotidiana, indispensables para las comunicaciones entre las personas y su participación directa con la economía. *Android* es el único sistema operativo licenciable disponible para los FEM. Este mercado se caracteriza por sus barreras de entrada en donde participantes tan importantes como Microsoft y Amazon fallaron y en donde Google controla el 99% del mercado. Este poder le permite apalancarse tanto con los FEM, como con los desarrolladores de plataformas tecnológicas para *Android*;
- (ii) Google impone restricciones en donde mantiene cerrado el ecosistema de distribución de apps de *Android*, al usar contratos que le impide y desincentiva a terceros modificar sus sistemas operativos bloqueando de esta forma que otras plataformas tecnológicas competidoras con Google puedan entrar;
- (iii) La *Play Store* tiene un 90% de todas las plataformas tecnológicas de *Android* de los Estados Unidos, monopolizando de esta forma el mercado de su distribución. No existe un competidor en este mercado que tenga más del 5% y
- (iv) Desde la posición dominante que tiene Google, estaría:

¹⁰¹ *Ibíd.*, pág. 44. Traducción libre de: “Google dominates the *Android* App IAP Market and exercises that market power over *Android* apps, including dating apps. Google has the ability to set and maintain supra-competitive prices, which it has used to extract a tax of up to 30%—more than ten times what Google could charge in a competitive market. Google’s exercise of market power creates enormous profit margins for Google Play, even considering only direct revenue—i.e., excluding the other ways Google profits from *Android* and Google Play, such as the various ways Google monetizes consumer data. In 2019, Google Play collected \$11.2 billion in overall revenue and booked \$8.5 billion in gross profit and \$7 billion in operating income—an operating margin of over 62% that is likely an underestimate. Google’s extraordinarily high profit margins, coupled with the lack of new market entrants, are strongly indicative of market power”.

¹⁰² ACM, Market Study into mobile app stores, pág. 4. <chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcgiclfindmkaj/https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf>

¹⁰³ Los Estados son: Utah, New York, North Carolina, Tennessee, Arizona, Colorado, Iowa, Nebraska, Alaska, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Idaho, Indiana, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Dakota, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Virginia, Vermont, Washington y West Virginia.

¹⁰⁴ Demanda disponible en: <https://s3.documentcloud.org/documents/20985134/utah-v-google-complaint-redacted.pdf>

¹⁰⁵ Demanda de 36 estados y Washington D.C., v Google, pág. 21. Traducción libre de: “*Android* is now “open-source” in name only”.

- a) Obligando a los Desarrolladores a vender contenido digital usando únicamente *Google Pay*¹⁰⁶ y
- b) el servicio de procesamiento de pagos *in-app* esta compuesto por *Google Pay* y servicios alternativos de pagos, como por ejemplo *PayPal*, *Braintree*, *Adyen*, *WorldPay*, *Chase Limited* y el software de procesamiento de pagos propio de los Desarrolladores que lo tengan, pero que en la realidad al existir una venta atada de servicios todos los pagos deben realizar exclusivamente por *Google Pay*¹⁰⁷.

Los Estados argumentan que los sistemas de procesamiento de pagos *in-app* son productos separados de la distribución de plataformas tecnológicas, al afirmar que: “(...) *vender atados estos dos servicios distintos -distribución de apps y procesamiento de pagos en apps- no es tecnológicamente necesario. Las empresas de pago de terceros operan con seguridad y eficacia en otros ecosistemas digitales y del mundo real, incluyendo, por ejemplo, los ordenadores desktops y las compras de bienes físicos dentro de las apps*”¹⁰⁸.

Es por esto que para los Estados es claro que existe una construcción artificial donde se tienen varias posiciones de dominio dependiente -el mercado *aguas arriba* y *aguas abajo*- en donde se imponen condiciones por parte de Google a los consumidores en sus descargas en el uso exclusivo de *Google Pay* y frente a los Desarrolladores¹⁰⁹ por la limitación de estos de no poder usar otros medios de procesamiento de pago, en donde los usuarios finales son los directamente afectados¹¹⁰.

4.6. Otros Países

En **Alemania** se presentó, en enero de 2021, una investigación en contra de **APPLE** por abuso de posición dominante en el mercado alemán ante la *Bundeskartellamt*, alegando que **APPLE** tiene

¹⁰⁶ *Ibíd.*, pág 11. Traducción libre de: “*Though it has been inconsistent in the past, Google now stringently enforces this tie by preventing apps distributed through the Google Play Store from using, directing consumers to, or even informing consumers about alternative payment processing options that may provide lower prices. Consumers who want to purchase any such content must, therefore, do so through Google Play Billing. This illegal tie gives Google an additional monopoly in the market for Android in-app payment processing for digital products*”.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pág 44. Traducción libre de: “*(i) Google Play Billing and (ii) alternative payment processing services that, absent Google’s illegal tie, Android developers could employ to process payments for in-app digital content. Such competitors or potential competitors include PayPal, Braintree, Adyen, WorldPay, Chase Limited, and proprietary payment processing software written by app developers. These alternatives would enter the IAP Processing Market, but for Google’s anticompetitive tie. Indeed, Google is now forcing these alternatives out of the market as to digital streaming services, to which Google is currently extending its unlawful tie*”.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, pág 56. Traducción libre de: “*(...) tying together these two distinct services—app distribution and in app payment processing—is not technologically necessary. Third-party payment companies operate safely and effectively in other digital and real-world ecosystems, including, for example, desktop computers and in-app purchases of physical goods*”.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, pág 12. Traducción libre de: “*Google’s anticompetitive conduct harms consumers and app developers, both at the point of app distribution and when a consumer later purchases in-app digital products. Consumers are direct purchasers of apps in the Google Play Store. Consumers are harmed because Google forces them to pay a supracompetitive commission of up to 30% to purchase any non-“free-to-download” app. Google’s anticompetitive conduct further harms consumers by depriving them of the potential benefits of true competition in app distribution, including better features or improved data security. App developers also suffer from Google’s anticompetitive conduct. Developers lose profits because potential customers may forgo purchases of existing apps in response to the higher prices caused by Google’s conduct. Moreover, Google’s supracompetitive commission impedes developers from researching, developing, and bringing to market innovative new apps, resulting in further lost profits for them and less innovation and choice for consumers*”.

¹¹⁰ *Ibíd.*, pág 13. Traducción libre de: “*Consumers are likewise direct purchasers of in-app digital products using Google Play Billing. Because Google’s tie prevents their use of other payment processors for in-app purchases, consumers are harmed by paying Google’s supracompetitive commission of up to 30%. Consumers are further harmed by the loss of competition among payment processors, which may offer substantially lower commissions, as well as enhanced payment features, customer service, and data security. App developers are also harmed by Google’s tying conduct, which may cause some potential consumers to forgo in-app purchases, resulting in lost profits. Further, Google Play Billing disintermediates developers from their customers and prevents them from providing tailored customer service on critical customer*”.

M

MAVERICK

posición de dominio en diferentes mercados¹¹¹, y que abusa de ella. Cuando termine su estudio, determinará si **APPLE** infringe o no el régimen de libre competencia alemán.

En el 2021, **Corea del Sur** fue pionero al crear una ley en donde **APPLE** o Google no podrán obligar en las tiendas digitales al uso exclusivo de sus sistemas de procesamiento de pagos, *Apple Pay* y *Google Pay*, y serán los usuarios finales quienes deciden si pagar a través de estas o si deciden usar un medio alternativo de pago, directamente con el Desarrollador, y de igual forma también queda a discreción de los desarrolladores si deciden usar los métodos de dichas plataformas y su comisión del 15% o si, por el contrario, deciden ofrecer un método diferente de pago¹¹².

En **Chile** se presentó, en junio de 2022, una denuncia en contra de **APPLE** y Google por abuso de posición dominante ante la Fiscalía Nacional Económica, en donde se identificaron tres mercados relevantes afectados en los que **APPLE** y Google serían dominantes: (i) sistemas operativos (*iOS* Y *Android*); (ii) distribución de aplicaciones (*App Store* y *Play Store*) y (iii) procesamiento de pagos (*Apple Pay* y *Google Play Billing*)¹¹³.

En **Brasil** se presentó, en enero de 2023, una denuncia por parte de Mercado Libre en contra de **APPLE** por abuso de posición dominante ante el Consejo Administrativo de Defensa Económica ("CADE"), alegando que **APPLE** está ejerciendo prácticas anticompetitivas al prohibir que terceros distribuyan productos digitales en plataformas de *iOS*, lo que genera precios más altos¹¹⁴.

En **México** se presentó, en septiembre de 2023, una denuncia en contra de **APPLE** y Google por abuso de posición dominante ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones, en donde se identificaron presuntas prácticas anticompetitivas y monopolio de formas de pago en sus tiendas digitales, en donde se cobra una comisión entre el 15% y el 30% a todos los desarrolladores¹¹⁵.

VI. ANEXOS

ANEXO No.	CONTENIDO
1	Cédula de ciudadanía de LUIS GONZALO SALCEDO GARRIDO

Es por todo lo señalado en esta presentación, que solicitamos a la Delegatura investigar los hechos descritos a fin de determinar si efectivamente son constitutivos de conductas contrarias al Régimen General de Libre Competencia y, en su caso, adoptar medidas que restauren o refuercen la intensidad competitiva que debe existir en los mercados relevantes afectados.

Quedamos en todo caso a disposición de la **SIC** para complementar o adicionar cualquier aspecto de este memorial y atender cualquier requerimiento sobre el particular. Recibiré las notificaciones o

¹¹¹https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/21_06_2021_Apple.html y en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/05_01_2022_Google_19a.html.

¹¹²<https://www.reuters.com/technology/skoreas-parliament-passes-bill-curb-google-apple-commission-dominance-2021-08-31/>, <https://dplnews.com/cuanto-pagara-apple-por-abuso-de-poder-en-corea-del-sur/> y <https://www.applesfera.com/app-store-1/oficial-corea-norte-sera-primero-pais-que-oblique-a-apple-a-google-a-ofrecer-pagos-alternativos-app-store-play-store-debido-a-ley-recien-aprobada>.

¹¹³<https://dplnews.com/corea-del-sur-podria-ir-contra-google-por-abuso-de-poder/> ¹¹⁴<https://centrocompetencia.com/apple-y-google-ante-la-fine-por-supuestos-abusos-de-posicion-dominante/> ¹¹⁵<https://www.reforma.com/inicia-brasil-investigacion-antimonopolio-contra-apple/ar2537918>

¹¹⁵<https://www.xataka.com.mx/empresas-y-economia/google-apple-denunciadas-ift-mexico-secuelas-caso-fortnite-comisiones-app-store-play-store>

M

MAVERICK

requerimientos que se deba efectuar en el correo electrónico: lsalcedo@maverickconsultora.com.

Del señor Superintendente Delegado,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'L. Salcedo', written over a horizontal line.

LUIS GONZALO SALCEDO GARRIDO
C.C. No. 1.130.681.463 de Cali

MAVERICK