

HACIA UNOS MERCADOS DISPUTABLES Y EQUITATIVOS MÁS ALLÁ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

IGONE ALTZELAI ULIONDO¹
igone.altzelai@ehu.eus

Cómo citar/Citation

Altzelai Uliando, I. (2023).
Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá
del derecho de la competencia en la Unión Europea.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 74, 147-189.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.74.05>

Resumen

Tras una etapa de profusión de informes de expertos sobre política de la competencia en los mercados digitales, asistimos a una carrera reguladora de la actividad de las grandes empresas en línea, a nivel global. A ella se ha sumado la Unión Europea con el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, conocido como Reglamento de Mercados Digitales o *Digital Markets Act*. Este es el objeto de estudio del presente trabajo, un reglamento que se asienta sobre la competencia de armonización de la Unión, sin que forme parte del derecho comunitario de la competencia y que ha sido adoptado con la finalidad de corregir los fallos de mercado característicos de la economía digital y de contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, tratando de garantizar la equidad y disputabilidad de dichos mercados en el conjunto de la UE.

¹ Profesora agregada de Derecho Mercantil, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea. Trabajo desarrollado en el marco del proyecto de investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y derecho de la competencia» financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21). Grupo consolidado UPV/EHU: Tendencias actuales del Derecho Mercantil en la era de la digitalización (Ref. GIC 21/193, IT1765-22).

Palabras clave

Mercados digitales; competencia; Unión Europea; derecho comunitario; derecho de la competencia.

TOWARDS CONTESTABLE AND FAIR MARKETS BEYOND COMPETITION LAW IN THE EUROPEAN UNION**Abstract**

After a period of many expert reports on competition policy in digital markets, we are witnessing a global race to regulate the activity of large online companies, which the European Union has joined with the Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector known as Digital Markets Act. This is the subject of this study, a Regulation that is based solely on the Union's harmonisation competence, and therefore does not form part of EU competition law, and which has been adopted with the aim of correcting the market failures characteristic of the digital economy and of contributing to the proper functioning of the internal market, seeking to guarantee the fairness and contestability of these markets throughout the European Union.

Keywords

Digital Markets; competition; European Union; European law; competition law.

VERS DES MARCHÉS CONTESTABLES ET ÉQUITABLES AU-DELÀ DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS L'UNION EUROPÉENNE**Résumé**

Après une période de profusion de rapports d'experts sur la politique de concurrence dans les marchés numériques, une course mondiale pour réglementer l'activité des grandes entreprises en ligne a commencé, à laquelle l'Union Européenne s'est jointe avec le Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, connu sous le nom de *Digital Markets Act*. C'est l'objet de cette étude, un règlement que repose uniquement sur la compétence d'harmonisation de l'Union, et ne fait donc pas partie du droit communautaire de la concurrence, et qui a été adopté dans le but de corriger les défaillances du marché caractéristiques de l'économie numérique et de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, en essayant de garantir l'équité et la contestabilité de ces marchés dans toute l'Union Européenne.

Mots clés

Union Européenne; droit communautaire; droit de la concurrence; marchés numériques.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. MERCADOS DIGITALES Y COMPETENCIA: 1. Fallos de mercado en la economía digital: 1.1 El poder de mercado. 1.2. Las asimetrías de la información. 2. Soluciones normativas para unos mercados disputables y equitativos. III. EL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES (*DIGITAL MARKETS ACT*): 1. Base jurídica y objetivos del reglamento. 2. Ámbito de aplicación: los guardianes de acceso. 3. Obligaciones para los guardianes de acceso: 3.1. Obligaciones de conducta. 3.2. Cumplimiento, suspensión y exención de las obligaciones. 3.3. Otras obligaciones. 4. Poderes de investigación y de sanción de la Comisión Europea. IV. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

Inmersos en la llamada cuarta revolución industrial, las plataformas digitales se han erigido en los motores de la economía —más aún a raíz de la pandemia por Covid-19— merced a su impulso a la innovación y a las actividades económicas que se desarrollan a través de ellas, así como a las externalidades positivas que generan para los consumidores. Sin embargo, plantean importantes riesgos que afectan tanto a los derechos fundamentales de los usuarios como a las tradicionales reglas del mercado y la competencia, ámbito en el que centramos nuestro estudio. A este respecto, generan problemas relacionados con el poder de mercado y los elevados niveles de concentración que, a su vez, pueden repercutir en el bienestar de los consumidores (Parker *et al.*, 2020). Todo ello hace que la regulación de este sector esté siendo objeto de un amplio debate público a nivel global (Velasco San Pedro, 2021).

Son innumerables los esfuerzos de los últimos años en sentar unas bases sólidas para la adopción de medidas en este ámbito. Entre los múltiples estudios de expertos sobre la política de la competencia en la era digital cabe destacar el llamado *Informe Stigler* en los Estados Unidos (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019), el elaborado a iniciativa del gobierno británico (Furman *et al.*, 2019), el informe del ministerio federal alemán de economía y energía (Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 2019), el impulsado por la Comisión Europea (Crémer *et al.*, 2019) o los informes de las autoridades de la competencia como es el caso de la autoridad australiana (ACC-Australian

Competition and Consumer Commission, 2019) o el elaborado conjuntamente por las autoridades francesa y alemana (Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt, 2019). Todos ellos reflejan extensos estudios jurídicos para abordar las necesidades actuales y futuras de la economía 4.0. Fruto de este contexto, podría decirse que diciembre de 2020 marca el inicio de un proceso de cambio en la regulación del poder de mercado de las plataformas digitales a nivel mundial.

En Estados Unidos, la autoridad federal de competencia (Federal Trade Commission) demandó a *Facebook* por monopolio ilegal del mercado de las redes sociales y personales y solicitó a los tribunales que ordenara a *Facebook* la separación de *Instagram* y *WhatsApp*. Por otra parte, la colaboración entre las instancias federales de la autoridad de competencia y el Departamento de Justicia condujo a un escenario calificable de histórico y es que los fiscales generales de los cincuenta estados, con la única excepción de Alabama, firmaron al menos una de las demandas antimonopolio presentadas en diciembre contra *Google* y *Facebook* (Caffarra y Scott Morton, 2020 y 2021).

En China, ese mismo mes, se abrió una importante investigación contra el gigante del comercio electrónico *Alibaba* por prácticas monopolísticas. El procedimiento concluyó con la imposición de una multa record —en abril de 2021— de 18.200 millones de yuanes, unos 2.800 millones de dólares, lo que supone alrededor del 4% de los ingresos nacionales de la compañía en 2019². Asimismo, las compañías más destacadas del sector tecnológico fueron convocadas por las autoridades chinas para ser advertidas de las posibles consecuencias de su comportamiento en el mercado (Maillo y Verdaguer, 2022).

En la Unión Europea (UE), el 15 de diciembre de 2020, la Comisión presentó un paquete normativo para luchar contra los desafíos digitales con dos propuestas de reglamentos comunitarios conocidos como *Digital Services Act*³ y *Digital Markets Act*⁴. La *Digital Services Act* relativa a la transparencia y la responsabilidad de estas empresas, venía a sustituir la Directiva 2000/31/CE

² Información de *BBC News*, de 19 de abril de 2021, <https://bbc.in/3YyW0rv>. NOTA: el último acceso a todas las fuentes electrónicas es de 8.03.2023.

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 final, 25-12-2020.

⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), COM(2020) 842 final, 15-12-2020.

sobre comercio electrónico⁵ y a regular los procedimientos contra los contenidos ilegales de los servicios digitales, con el objeto de proteger los derechos fundamentales de los usuarios. La propuesta de *Digital Markets Act* se centraba en los desequilibrios económicos y en los problemas de competencia que plantean los proveedores de los servicios de plataforma, con el fin de contribuir a mantener unos mercados digitales abiertos y competitivos. La presión política de algunos países, especialmente de Alemania, con su proyecto de ley de digitalización del derecho de la competencia (Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 2019), apoyado por Francia, Italia y Polonia, desencadenó la reacción de la Comisión Europea que, en febrero de 2020, presentó la llamada «Estrategia Digital Europea»⁶. Con base en ella, realizó dos evaluaciones iniciales de impacto y abrió sendas consultas públicas sobre las propuestas de *Digital Services Act* y de una «Nueva Herramienta de Competencia» (*The New Competition Tool*) (Schweitzer, 2020). Finalmente, en diciembre, llegó a publicar las mencionadas propuestas de reglamento. Este paquete ha culminado su proceso normativo en 2022. El Consejo de la UE aprobó el Reglamento de Servicios Digitales el 4 de octubre de 2022. El 12 de octubre fue publicado el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (en adelante, RMD)⁷ que será aplicable a partir del 2 de mayo de 2023.

De este modo, la UE se suma a la carrera reguladora de la actividad de las grandes empresas en línea junto con los Estados Unidos, Australia, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, etc. Con el RMD, la Comisión Europea ha optado por hacer frente *ex ante* a los posibles abusos de las grandes plataformas *online* que actúan a modo de «guardianes de acceso» a los mercados (*gatekeepers*), rompiendo así la lógica tradicional del derecho de la competencia.

En este trabajo se analizan sus principales aportaciones para tratar de corregir los fallos de mercado característicos de la economía digital y promover esa competencia por méritos, eficiente y justa que pretende (III). Para ello, de

⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178, de 17 de julio de 2000, p. 1).

⁶ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Configurar el futuro digital de Europa», COM(2020) 67 final, 19-2-2020.

⁷ DO L 265, de 12 de octubre de 2022, p.1.

forma preliminar, dedicaremos el siguiente apartado a realizar una aproximación a las cuestiones económicas que regula (II).

II. MERCADOS DIGITALES Y COMPETENCIA

Adam Smith utilizó la figura de la «mano invisible» para referirse al funcionamiento de los mercados a través de la libre competencia basada en la oferta y la demanda, pero la realidad demostró que ese funcionamiento no es perfecto. Existen lo que la doctrina económica denomina «fallos de mercado» asociados a circunstancias como: i) los ciclos económicos y la inestabilidad derivada de las fluctuaciones de la economía; ii) el poder de mercado de una o varias empresas que puede conducir a prácticas abusivas y a la pérdida de eficiencia absoluta; iii) las externalidades negativas o efectos negativos derivados de la actividad económica de las empresas; iv) la existencia de bienes públicos que deben financiarse con cargo a presupuestos públicos; o v) las llamadas «asimetrías de la información», que se dan en situaciones en que las partes no tienen el mismo nivel de información y que afectan especialmente a consumidores y usuarios.

Todo ello hace que, en una sociedad asentada sobre un sistema económico de libre mercado, su regulación sea necesaria para evitar que los fallos del mercado impidan maximizar su eficiencia y el bienestar social (Stigler, 1971: 10). Sobre esta necesidad se sientan precisamente las relaciones entre la economía y el derecho (Posner, 1975), es decir, las bases de numerosas medidas legales, como las derivadas de la política económica (o de la política medioambiental, para paliar las externalidades negativas de la actividad económica) o la regulación de la competencia en el mercado.

1. FALLOS DE MERCADO EN LA ECONOMÍA DIGITAL

En los mercados tradicionales los oferentes de bienes y servicios homogéneos y los demandantes (consumidores) interactúan entre ellos, en un plazo de tiempo determinado y en una zona geográfica o «mercado relevante», donde los oferentes disputan entre sí por atraer demandantes, ya sea *off line* o bien *online*. Sin embargo, en los llamados «mercados de dos lados» (o más lados) (*two sided* o *multi sided markets*), como son los mercados digitales, además de operar *online*, la actuación de unos intermediarios conecta a profesionales o empresas con consumidores, por lo que estos no se relacionan directamente entre sí. Las demandas de esos grupos o «lados del mercado» (*vg.* la demanda de consumidores por parte de las empresas y la demanda de bienes y servicios de los consumidores) se interrelacionan a través del intermediario

que habitualmente es una plataforma digital (Alfonso Sánchez, 2018: 35-36) (Robles Marín-Laborda, 2016 y 2017).

Este *modus operandi* conlleva unos efectos —economías de escala y de alcance (*economies of scale and scope*) y efectos de red indirectos— que hacen que cuantos más usuarios gane el intermediario en un lado, más gana en el otro lado. No son unos efectos exclusivos de las plataformas digitales, pero en este caso, impulsados por la ingente cantidad de datos que manejan, alcanzan una magnitud insólita, desconocida en los mercados tradicionales (Furman *et al.*, 2019: 17-18). Pero también en estos mercados de dos lados hay fallos de mercado. Los que revisten especial gravedad son los relacionados con el poder de mercado y con las asimetrías de la información.

1.1. Poder de mercado

Como regla general, el poder de las empresas en el mercado suele venir determinado por sus cuotas de mercado duraderas y por las barreras de entrada que generan. Los mercados de plataformas digitales (*vg.* de servicios de búsqueda, redes sociales, publicidad digital, sistemas operativos para móviles, etc.) se caracterizan por las elevadas cuotas de mercado de las empresas que operan en ellos, las cuales no muestran signos de inestabilidad, sino que siguen aumentando (Furman *et al.*, 2019: 24-25). Son mercados muy concentrados, dominados por una o dos empresas, donde se hace muy difícil que nuevos participantes puedan perturbar su posición. Una serie de características comunes explican la formación de esos niveles de concentración.

Entre ellos destaca el llamado «efecto decantamiento» (*tipping effect*), pues el aumento de usuarios en un lado de la plataforma atrae a más usuarios del mismo lado y del otro, lo que hace inclinar, decantar, ambos lados del mercado a favor de la plataforma intermediaria, provocando que esta se quede con todos o casi todos los usuarios (*winner takes all*). Además, al tratarse de actividades nuevas donde la innovación es clave, presentan la tendencia de que quien antes lance un servicio se queda con todo, o casi todo (Herguera García, 2021: 5).

A ello se añade que estos intermediarios suelen dificultar la «multiconectividad» (*multi-homing*) de sus usuarios, la posibilidad de que puedan conectarse o utilizar paralelamente los servicios de otras plataformas, generando así su dependencia (Geradin, 2021:5). Por tanto, los costes de cambio (*switching costs*) de dejar los servicios de una plataforma y trasladarse a los de otra se vuelven muy elevados para los usuarios de ambos lados, tanto para los profesionales y empresas como para los consumidores. En definitiva, los fuertes y

positivos «efectos de red»⁸ (Katz y Shapiro, 1985) atraen a más y más usuarios y, a su vez, mantienen a los presentes cautivos en la plataforma intermediaria. Por ello, vigilar la capacidad de cambio de los usuarios y la multiconectividad —dos aspectos fuertemente relacionados— resulta especialmente útil para poder contrarrestar el impacto de los efectos de red y el poder de mercado del operador dominante (Furman *et al.*, 2019: 27).

Estos son unos efectos que se retroalimentan, pueden ser tan fuertes y la empresa dominante puede alcanzar una cantidad de usuarios tal, que los competidores se vuelvan incapaces de seguir compitiendo, dado el consiguiente descenso de la actividad de sus miembros. Los potenciales operadores carecen de incentivos para entrar a competir «en» el mercado y así, algunas de estas plataformas llegan a actuar como auténticos «guardianes de acceso» a los mercados digitales (*gatekeepers*). En este escenario, lo que queda es la competencia «por» el mercado entre las plataformas digitales.

Al mismo tiempo, los efectos de red se ven impulsados por cantidades colosales de datos de toda índole (personales y no personales) que las plataformas recopilan de los usuarios —empresas y consumidores— para obtener mayor rentabilidad, mejorar sus servicios de intermediación y captar más usuarios. Si bien la relevancia de los datos es discutida en la doctrina (Carugati, 2020: 5), pues se pueden comercializar e incluso pueden ser accesibles y poco costosos para algunos profesionales, no significa que estén al alcance de todos los competidores y de nuevos operadores. Lo más probable es que estos sean incapaces —por sí mismos o por terceros— de recoger, procesar y analizar el mismo volumen de datos que las grandes empresas dominantes⁹, por lo que se trata de una información de enorme valor, capaz de generar importantes barreras de entrada a los mercados (Herrero Suárez, 2021: 342).

Además, las economías de escala y de alcance en el sector digital llegan al extremo (Crémer *et al.*, 2019: 20). Las economías de escala se deben a que el coste de producción es mucho menor que el coste proporcional al número de clientes atendidos. Una vez creado un servicio de plataforma (*vg.* un motor

⁸ Se distinguen entre los «efectos de red directos», en que el valor de un servicio para el usuario aumenta en relación a la base de usuarios existente, y los «efectos de red indirectos» referidos a que el número de usuarios de un servicio concreto en un lado del mercado hace aumentar el valor, el atractivo, de la plataforma para los usuarios del otro lado del mercado.

⁹ Según la Comisión Europea, los factores relevantes para determinar si los datos pueden contribuir al poder de mercado son el resultado del análisis de las cuatro «V»: volumen, variedad, velocidad y valor. Véase la Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018, As. M8788 - *Apple/Shazam*, C(2018) 5748 final, apartados 317-324.

de búsqueda) el coste marginal de atender a un cliente adicional es casi nulo (OECD, 2016: 11). Asimismo, las grandes empresas digitales se benefician de economías de alcance merced a la variedad de datos que recogen y a las adquisiciones que realizan de empresas con valiosos conjuntos de datos. Esto les permite ofrecer nuevos servicios para sus usuarios, crear auténticos «ecosistemas» de conglomerados en torno a sus servicios básicos de plataforma. A partir de ahí, pueden hacer vincular el acceso al servicio básico de plataforma de sus usuarios con el registro en uno o más servicios complementarios (*tying and bundling*), lo que les facilita entrar con poder en nuevos mercados y reforzar aún más las barreras de entrada. Así, las economías de escala y de alcance suponen una ventaja competitiva excepcional e incesante para los grandes operadores ya establecidos. Les permite hacer palanca y extender la posición de poder que tienen en un mercado a otros mercados conexos (*leveraging of market power*) (Schweitzer *et al.*, 2018: 111). Todos estos factores hacen que los mercados digitales estén dominados por unos pocos guardianes de acceso que llevan a cabo comportamientos anticompetitivos.

1.2. Asimetrías de la información

Otro de los fallos de mercado de especial relevancia en la economía de las plataformas digitales es el vinculado a las asimetrías de la información, a aquellas situaciones en que las partes de una transacción no tienen el mismo nivel de información, lo que impide a la parte en desventaja juzgar adecuadamente la calidad y demás condiciones de mercado de los productos y servicios que contrata.

Normalmente, los usuarios (consumidores y profesionales o empresas) de servicios de plataformas carecen de información significativa (*vg.* como la relativa a la recogida y uso de sus datos) y tienen que aceptar unos términos y condiciones predispuestos por los proveedores para acceder a los servicios de plataforma simplemente marcando una casilla. En principio, pueden elegir y consentir libremente, sin embargo, esto no es realmente así, sobre todo cuando se ven abocados a confiar en la plataforma dominante para acceder al mercado y desarrollar su actividad económica. No tienen más remedio que aceptar sus condiciones, o bien, abandonarla y no utilizar su servicio. Si no tienen otra opción, marcarán la casilla, aunque no estén de acuerdo con los términos.

El problema se agudiza cuando los usuarios ya están en la plataforma, por tanto, en contacto con una comunidad de sujetos y cambian las condiciones de la plataforma (Carugati, 2020: 7). No tienen más remedio que aceptar los nuevos términos. Si no, deberán abandonar la plataforma y perderán el acceso a esa comunidad. Esto afecta tanto a usuarios consumidores (*vg.* a usuarios de redes sociales como *Facebook*), como a los usuarios profesionales o empresariales

de plazas de mercado (vg. *Amazon*). De este modo, el operador dominante obtiene una importante ventaja competitiva a costa de sus usuarios (por la pérdida de privacidad, de autodeterminación y de capacidad de elección) y puede llegar a bloquear e incluso excluir sus competidores del mercado.

Las asimetrías de la información se ven incrementadas por la opacidad y falta de transparencia propios de un sector con problemas de poder de mercado y con tendencia a su expansión. No hay incentivos para mejorar la transparencia. Surgen comportamientos especialmente dirigidos a dificultar la toma de decisiones de los usuarios, como es la discriminación a favor de los servicios propios y en detrimento de los de otros, como la «autopreferencia» o *self-preferencing* que realizan las plataformas en los motores de búsqueda en Internet. Todas estas dinámicas de las plataformas digitales, junto con la preponderancia de modelos de negocio basados en la acumulación masiva de datos ponen en riesgo el bienestar de los usuarios de sus servicios.

2. SOLUCIONES NORMATIVAS PARA UNOS MERCADOS DISPUTABLES Y EQUITATIVOS

La combinación de estos fallos de mercado característicos de la economía digital, hace que las empresas de otros sectores económicos, en especial las pequeñas empresas, dependan cada vez más de unas pocas plataformas *online* para acceder a los mercados y a los consumidores. Igualmente, las empresas innovadoras y las nuevas empresas del sector digital también tienen dificultades para competir con las grandes plataformas en los respectivos mercados. Por ello se ha hecho patente, a nivel global, la demanda generalizada de regulación para corregirlos (Altzelai Uliondo, 2020: 14). A ello están dedicando sus esfuerzos numerosos Estados y autoridades de la competencia, también de la UE, con nuevas fórmulas jurídicas para preservar la competencia en esos mercados.

Se trata de buscar un equilibrio entre las ventajas de la economía digital (vg. la agilización de los negocios, incremento de oportunidades de desarrollo, reducción de costes, estímulo a la innovación, externalidades positivas para los consumidores) (Furman *et al.*, 2019: 25) y los efectos negativos derivados de posibles comportamientos anticompetitivos de las plataformas digitales. En los últimos años se ha generalizado el consenso de que los instrumentos típicos del derecho de la competencia —en particular, el control *ex post* de las conductas abusivas de quienes ostentan posiciones de poder de mercado— son insuficientes para abordar los retos que plantean las plataformas digitales (Cabral *et al.*, 2021: 6) (Geradin, 2021: 7).

Los procedimientos del derecho *antitrust* son lentos frente a los ritmos de cambio de la economía digital. Los remedios llegan tarde, son insuficientes y

están anticuados para hacer frente a esos desafíos. Es muy difícil (o imposible) restablecer la competencia una vez que se ha producido el daño. El tradicional derecho de la competencia se centra en el abuso de posición dominante en un mercado definido (mercado relevante). Sin embargo, las plataformas a menudo operan como intermediarias en varios mercados. A todo ello hay que añadir que el auge de la analítica de los datos (*big data*) ha ampliado las asimetrías de la información, no solo entre las plataformas y los usuarios, sino también entre las plataformas y las autoridades. Esto ralentiza aún más las respuestas de los reguladores frente a los comportamientos anticompetitivos de las plataformas. Todas estas razones han conducido a explorar nuevas soluciones normativas para actuar *ex ante*, a fin de promover una competencia eficaz en los mercados digitales.

Otra de las cuestiones a la hora de legislar es la relativa al ámbito de aplicación de esas nuevas normas (Carugati, 2021: 9). La lógica *antitrust* nos lleva a considerar que ante un problema estructural se requiere una regulación «simétrica», es decir, aplicable a todas las empresas, que aborde los problemas causados por la estructura del mercado, independientemente del tamaño de las empresas. En cambio, un problema de monopolio (*vg.* los monopolios naturales de electricidad, agua, ferrocarriles, etc.) precisa una regulación «asimétrica», dirigida a abordar únicamente el poder de monopolio de las empresas dominantes. La cuestión estriba en dilucidar si los problemas que plantean las grandes plataformas digitales son de carácter estructural, debidos a la estructura del mercado, o son de carácter monopolístico. Esta es una cuestión delicada.

Cuando entraron en el mercado las grandes empresas dominantes de hoy no eran más que una empresa incipiente en un garaje que intentaba competir con otras ya establecidas en el mercado (*vg.* *Yahoo* o *Altavista*, en el mercado de motores de búsqueda). No eran dominantes (como los monopolios naturales), se hicieron dominantes (OECD, 2020:17). Comenzaron ofreciendo mejores productos y servicios a los usuarios, es decir, innovando y compitiendo. Después, debido a los efectos de red, al uso del *big data*, a las economías de escala y de alcance, atrajeron a más y más usuarios. Esos efectos conducen a situaciones en que el ganador se lo lleva todo (*winner takes all*) y un operador acaba dominando, porque el mercado se decanta a su favor (*tipping effect*), por lo que los nuevos participantes tienen dificultades para entrar a competir en ese mercado. Por ende, ello nos lleva a pensar que el poder de las plataformas y los problemas que de ello se derivan tienen un origen estructural. Es la estructura del mercado, marcada por esas características particulares, la que favorece la concentración y dificulta o impide la entrada de nuevos operadores. Incluso, conduce a que las empresas dominantes, protegidas por estas barreras de entrada, aprovechen para penetrar en otros mercados adyacentes y

crear así ecosistemas de conglomerados. Por tanto, si se trata de un problema estructural, no de monopolio, lo lógico es que la regulación al respecto sea simétrica, aplicable a todas las empresas. Esa es, por ejemplo, la concepción del legislador alemán (Altzelai Uliondo, 2022: 300), pero este es un tema controvertido.

En el panorama actual, hay competencia (por el mercado) entre las grandes plataformas digitales para conquistar más y más poder (vg. *Facebook* crea *Facebook Shop* para competir con *Amazon*). Pero no hay competencia (en el mercado) entre las grandes plataformas digitales y nuevos participantes (Carugati, 2021: 11). Por ello, se plantean propuestas de regulación dirigidas solo a las grandes plataformas digitales, a fin de promover la entrada de nuevos competidores en el mercado. En ellas subyace la idea de que ello podría incentivar a nuevos participantes a aportar más innovación, mejor calidad y mejor precio para los usuarios. De este modo, podría promoverse su acceso al mercado y permitir la competencia entre estos y los grandes actores digitales.

Sin embargo, debe recordarse que el poder de mercado no es el único fallo de mercado significativo en el sector digital, también lo es la información asimétrica. No tiene sentido aplicar las normas de transparencia y de poder de elección de los usuarios solo a las grandes empresas dominantes, cuando los usuarios utilizan plataformas en línea grandes y pequeñas. Asimismo, es cuestionable que una regulación asimétrica se ajuste a los principios de las leyes de competencia (OECD, 2020: 9), pues pondría a las empresas sujetas a ella en desventaja competitiva (Crémer *et al.*, 2019: 59). Así, las empresas no dominantes podrían ganar poder de mercado por no estar sometidas a la regulación y luego replicar el mismo comportamiento que las grandes tecnológicas dominantes. En definitiva, todo ello hace pensar que, en estos casos, una regulación asimétrica resulta controvertida.

Frente a estos razonamientos, las respuestas a las diversas consultas promovidas por la Comisión Europea sobre las plataformas digitales reflejan, en general, la necesidad de una intervención legislativa para hacer frente *ex ante* a las prácticas de los guardianes de acceso a los mercados, es decir, la necesidad de una regulación asimétrica, aunque las grandes plataformas se muestran más partidarias de recurrir a los arts. 101 y 102 TFUE y demás normas del derecho de la competencia. En esa línea, se planteó la propuesta de *Digital Markets Act*, como una regulación complementaria de las normas de defensa de la competencia, que contiene unas obligaciones *ex ante* destinadas a las plataformas que operan a modo de guardianes de acceso a los mercados digitales. Hay que decir que es un modelo ya experimentado en el ámbito de las telecomunicaciones que cuenta con una regulación sectorial *ex ante* complementaria con el derecho de la competencia, en materia de prácticas anticompetitivas y de control de concentraciones (Herguera, 2021: 17) (Rodríguez, 2021: 5). Así

pues, parece que esta complementariedad tiende a afianzarse en el contexto de los mercados digitales.

III. EL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES (*DIGITAL MARKETS ACT*)

La propuesta de *Digital Markets Act*, de 15 de diciembre de 2020, fue precedida de otra iniciativa de la Comisión presentada en verano de ese mismo año y sometida a consulta pública, denominada «Nueva Herramienta de Competencia» (*The New Competition Tool*). Elaborada sobre la base de los casos de defensa de la competencia del ámbito de los mercados digitales, los informes de expertos (Crémer *et al.*, 2019: 42) y los resultados de la «Investigación sectorial sobre el comercio electrónico»¹⁰, proyectaba un instrumento que confiriera a la Comisión la facultad de intervenir directamente en caso de detectar efectos negativos sobre la competencia en el curso de una investigación de mercado, a semejanza de la Competition Markets Authority, del Reino Unido (Whish, 2020: 11). Sin embargo, la Comisión rechazó estos planes, probablemente por las dudas acerca del art. 103 TFUE como fundamento jurídico para esa «Nueva Herramienta de Competencia», si bien el proyecto de *Digital Markets Act* recogió algunos de sus contenidos que han llegado al RMD.

1. BASE JURÍDICA Y OBJETIVOS DEL REGLAMENTO

La elección de la base jurídica resulta clave para la comprensión e interpretación de las disposiciones contenidas en el RMD (Zimmer y Göhsl, 2021: 31). Lo esperable era que la Comisión preparara una nueva norma de defensa de la competencia con base en el art. 103 TFUE. Por ello, puede sorprender el recurso al art. 114 TFUE, referido a la competencia de armonización de la UE. Pero este Reglamento no forma parte del derecho comunitario de la competencia, lo que explica el fundamento legal del art. 114 TFUE. Como se dice en su exposición de motivos (n. 10), el RMD no tiene por objeto modificar o ampliar las normas de competencia de la UE y nacionales, sino complementarlas.

¹⁰ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, «Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico», COM(2017) 229 final, 10-5-2017.

Pretende dar respuesta a las preocupaciones de la Comisión, alarmada porque sus poderes de ejecución no son suficientes para abordar los problemas de competencia que sacuden los mercados digitales, ni tienen el suficiente efecto disuasorio sobre las grandes plataformas. Por ello, contempla la imposición de una serie de obligaciones para las grandes plataformas calificadas de guardianes de acceso, con consecuencias potencialmente de gran alcance también para los que hacen negocios con ellos. Al efecto, toma como base el Reglamento (UE) 2019/1159 (Reglamento P2B, *Platform to Business*)¹¹ que contiene disposiciones sobre condiciones de transparencia y equidad para regular las relaciones entre los prestadores de los servicios de intermediación en línea y motores de búsqueda y los usuarios profesionales, pero va más allá.

Con el RMD, se busca que la Comisión pueda actuar con mayor eficacia contra las prácticas anticompetitivas en el sector digital y garantizar unos mercados abiertos, disputables y equitativos, para lo cual prevé someter los guardianes digitales a un control (*ex ante*) uniforme en toda la Unión mediante unas normas armonizadas (arts. 1.1 RMD). Se considera que las regulaciones de los Estados miembros, aunque impongan normas más estrictas para los guardianes digitales, no son suficientes para abordar estos problemas, pues los guardianes suelen operar de manera transfronteriza y, a menudo, en todo el mundo. Además, las empresas se enfrentarían a retos adicionales y a costes más elevados si tuvieran que cumplir con normas legales inconexas. Por ello, otro de los objetivos del Reglamento es impedir la fragmentación del mercado interior.

Ese objetivo regulador de armonización de las legislaciones en el mercado interior (considerandos 8 y 9 RMD), hace que el art. 103 TFUE no sirva de base jurídica. Solamente sirve para la adopción de reglamentos o directivas de aplicación de los principios de los arts. 101 y 102 TFUE, como es el Reglamento (CE) 1/2003¹². Pero las normas que ensanchan el ámbito del derecho comunitario de la competencia no pueden sustentarse únicamente sobre el art. 103 TFUE. Para una ampliación sustantiva es preciso recurrir además al art. 352 TFUE, que exige la unanimidad del Consejo (Zimmer y Göslh,

¹¹ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (DO L 186, de 11 de julio de 2019, p. 57).

¹² Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DO L 1, de 4 de enero de 2003, p. 1).

2021: 32-33), como se hizo en el caso del Reglamento (CE) 139/2004 sobre el control de concentraciones¹³.

Sin embargo, la Comisión ha escogido un camino alternativo al anclar la propuesta de reglamento fuera del derecho de la competencia. Entiende que los arts. 101 y 102 TFUE seguirían siendo aplicables a las conductas de los guardianes, pero no proporcionan un medio suficientemente dinámico para adoptar medidas eficientes frente a los riesgos que generan. Su aplicación tiene lugar *ex post*, producidas las conductas restrictivas o abusivas derivadas de situaciones de poder de mercado, tras una extensa y compleja investigación. Tampoco son eficaces ante nuevas situaciones derivadas de las conductas de guardianes de acceso que no son necesariamente dominantes en los términos del derecho de la competencia comunitario o frente a aquellas prácticas que no tengan un efecto demostrable sobre la competencia, en el sentido del art. 102 TFUE (considerando 5 de la Propuesta de RMD).

Por ello, el RMD pretende complementar el derecho de la competencia para garantizar la equidad y la contestabilidad de los mercados digitales, independientemente de los efectos concretos de la conducta de un *gatekeeper* en un mercado definido. Por tanto, se concibe sin perjuicio de la aplicación paralela de los arts. 101 y 102 TFUE y de las demás normas de defensa de la competencia europeas y nacionales existentes (art. 1.6 RMD). Se trata de impedir que los Estados miembros apliquen normas nacionales específicas para los tipos de empresas y servicios englobados en el Reglamento (considerando 9 RMD), por lo que se les prohíbe que puedan imponerles obligaciones adicionales (art. 1.5 RMD). Es decir, se prevé que el Reglamento tenga prioridad sobre cualquier regulación nacional relativa a los guardianes y no contempla la participación de las autoridades nacionales en su aplicación (Fernández Vicién, 2021: 271).

Con todo, no parece tarea fácil distinguir el objetivo del RMD del objetivo del derecho de defensa de la competencia (Basedow, 2021: 7-8). Ciertamente, el RMD va más allá de la regulación *antitrust*, al proponer una regulación *ex ante* que concibe el poder económico de los proveedores de los servicios de plataforma independientemente de la delimitación del mercado relevante en el sentido del derecho de la competencia y sin exigir demostrar un efecto real o potencial sobre la competencia para su aplicación. A pesar de ello, no parece fácil contemplarlo como una medida de armonización¹⁴

¹³ Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones) (DO L 24, de 29 de enero de 2004, p. 1).

¹⁴ Tal y como se insiste en su exposición de motivos, considerandos 8, 15, 32 y art. 1.1.

conceptualmente desgajada del derecho de la competencia. Esa complementariedad entre la regulación sectorial *ex ante* y las actuaciones de defensa de la competencia a veces tampoco ha sido sencilla en el ámbito de las telecomunicaciones. Aunque en este terreno, reviste mayor importancia el control de fusiones y han sido pocos los expedientes sancionados por prácticas anticompetitivas, frente a los numerosos casos de los operadores digitales (Rodríguez, 2021: 5, 49).

En el sector digital, este enfoque suscita muchas dudas sobre las relaciones del Reglamento con la legislación de defensa de la competencia de la UE y de los Estados miembros (Poley y Konrad, 2021: 199). Por ejemplo, en la reforma de 2021 de la ley alemana de la competencia, en el marco de los abusos de las posiciones de dominio en el mercado, entre los criterios para valorar el poder de mercado, se han incluido normas relativas al «poder de intermediación» (no exclusivo, pero sí típico de las plataformas digitales) y al acceso a «datos relevantes para la competencia» (todo tipo de datos e informaciones, no solo *big data*). Asimismo, se ha regulado el control *ex ante* del comportamiento de empresas no dominantes pero «con especial incidencia sobre la competencia en varios mercados» (Altzelai Uliondo, 2022). Al igual que el RMD, la ley alemana prescinde de algunos elementos tradicionales del derecho de la competencia como la delimitación del mercado relevante y la consiguiente determinación de la posición de dominio y las pruebas de daño a la competencia, si bien —a diferencia del RMD— permite a las empresas en cuestión aportar argumentos que justifiquen su conducta. En definitiva, aun siendo una norma de derecho de la competencia, tiene como objetivo —al igual que el RMD (complementario al derecho de la competencia)— controlar *ex ante* el comportamiento de las grandes plataformas digitales de forma más rápida y con menores requisitos de prueba que en el control ordinario *ex post* de los abusos de poder de mercado.

Queda por ver cómo encajarán estas disposiciones en el nuevo marco europeo definido por el RMD (Velasco San Pedro, 2021: 108). Además, el Reglamento tiene efecto directo, lo que significa que los terceros pueden interponer acciones privadas ante los tribunales nacionales contra los guardianes de acceso (art. 39 RMD). Esto significa que, en adelante, las grandes plataformas digitales estarán sujetas a numerosos marcos normativos en la UE: 1) el RMD; 2) la legislación de la UE en materia de competencia y 3) la legislación interna de competencia que puede incluir normas específicas para los mercados digitales (como ocurre con el nuevo art. 19a GWB en Alemania). Como resultado, se palpa el riesgo de que una misma plataforma digital pueda ser objeto de procedimientos acumulativos por la misma conducta bajo diferentes marcos regulatorios, lo que plantea la cuestión de si esto

es compatible con el principio *ne bis in idem* (Colangelo y Cappai, 2021) (Colangelo, 2022).

Al respecto, debe señalarse que recientemente el TJUE ha unificado su doctrina en las sentencias *bpost* y *Nordzucker*, de 18 de abril de 2022¹⁵, para tratar de alcanzar un equilibrio entre la protección del derecho consagrado en el art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la aplicación efectiva de las normas administrativas (Bueno Armijo, 2022). Sin embargo, este nuevo enfoque deja la puerta abierta a la duplicidad de procedimientos en virtud del RMD y de las normas de la competencia (de la UE y nacionales) contra la misma empresa y por los mismos hechos, siempre que dicha duplicación sirva a objetivos complementarios y respete el principio de proporcionalidad. Pero esto último solo es posible determinarlo *a posteriori*, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Por consiguiente, es previsible suponer que este va a ser un terreno abonado para los litigios cuando entre en vigor el RMD (Katsifis, 2022).

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN: LOS GUARDIANES DE ACCESO

El RMD no dispone una regulación (simétrica) destinada a las empresas con poder de mercado, con carácter general, sino (asimétrica) dirigida a una categoría muy concreta de sujetos, a aquellos que ostentan una posición de guardianes de acceso de los mercados de plataformas digitales. Ello exige la concurrencia de dos requisitos: ser proveedor de «servicios básicos de plataforma» y ser designado como «guardián de acceso» por la Comisión (Geradin 2021: 3)¹⁶.

En cuanto al primer requisito, al estilo del Reglamento P2B y otros actos jurídicos de la UE, el art. 2.2 RMD enumera los que considera que son servicios básicos de plataforma: a) servicios de intermediación en línea¹⁷; b) motores de búsqueda en línea¹⁸; c) servicios de redes sociales en línea¹⁹; d) servicios de plataformas de intercambio de videos²⁰; e) servicios de comunicaciones

¹⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2022, *bpost*, C-117/20, EU:C:2022:202 y *Nordzucker y otros*, C-151/20, EU:C:2022:202.

¹⁶ Estima que el número de guardianes designados sería inferior a diez.

¹⁷ Como *Amazon Marketplace*, *Apple App Store* o *Google App Store*.

¹⁸ Como *Google Search*, *Yahoo* o *Bing*.

¹⁹ *Vg. Facebook*, *Instagram*, *Tik Tok*.

²⁰ Como *You Tube*. No incluye a los proveedores de video en *streaming*.

interpersonales independientes de la numeración²¹; f) sistemas operativos²²; g) navegadores web; h) asistentes virtuales; i) servicios de computación en nube²³; j) servicios de publicidad, incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por un proveedor de cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados en las letras a) a i)²⁴. Como puede observarse, el listado es amplio y se prevé que la Comisión pueda proponer modificaciones del reglamento para incluir otros (art. 19 RMD), pero no contiene una definición de «servicio básico de plataforma».

En relación con el segundo requisito, para que los proveedores de estos servicios sean designados «guardianes de acceso», deben tener una cierta entidad, deben reunir tres condiciones de forma acumulativa (art. 3.1 RMD): a) tener una gran influencia en el mercado interior; b) operar un servicio básico de plataforma que sirva de puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales y c) tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones o que sea previsible que la vayan a tener en un futuro próximo. Estas tres condiciones —que curiosamente no hacen mención alguna a la existencia de ecosistemas digitales gestionados por los proveedores de servicios básicos de plataforma (De Streel *et al.*, 2020: 10-12)²⁵— se presumen en presencia de tres umbrales o criterios cuantitativos (art. 3.2 RMD)²⁶ (crítico Geradin, 2021: 10).

²¹ Servicios de mensajería como *Whats App*, *Signal*, *Telegram*, *Threema* o *Facebook Messenger*

²² Por ejemplo, *Microsoft Windows* o los sistemas de *Apple* como *MacOS* (para ordenadores PC o portátiles) o *iOS* (para *iPhones* o *iPads*) o *Google Android*

²³ Vg. *Amazon Web Services*, *Microsoft Azure* o servicios de almacenamiento en nube como *iCloud* de *Apple*.

²⁴ Como, por ejemplo, *Google AdSense* o *Facebook Audience Network*.

²⁵ La referencia a los ecosistemas digitales hubiera reducido aún más el ámbito de aplicación del RMD y traería más dificultades de delimitación, teniendo que distinguir los mercados afectados por el ecosistema y los no afectados.

²⁶ Se presume que un proveedor de un servicio básico de plataforma cumple la exigencia de tener una «gran influencia en el mercado interior» (art. 3.2.a RMD), cuando alcance un volumen de negocios anual en la Unión, igual o superior a 7.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado de la empresa a la que pertenece ascienda como mínimo a 75.000 millones de euros en el último ejercicio, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.

Se presume que un operador de un servicio básico de plataforma sirve como «puerta de acceso importante» para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales

Cuando un proveedor de servicios básicos de plataforma cumpla todos los umbrales del art. 3.2 RMD se presumirá que es un guardián de acceso, por lo que deberá notificarlo a la Comisión (en un plazo de dos meses) y esta lo designará como tal (en el plazo de 45 días hábiles posteriores recibir la información). Es decir, los potenciales guardianes están obligados a verificar dichos umbrales y a notificar si es que los superan (art. 3.3 RMD). A falta de notificación, la Comisión podrá actuar de oficio y designar al operador como guardián de acceso en cualquier momento.

El sistema resulta sencillo, renunciando a criterios cuantitativos, permite a los sujetos afectados hacer una autoevaluación y a la Comisión designar los guardianes sin mayor problema (Cabral *et al.*, 2021: 28), aunque algunas de las expresiones del art. 3.2 RMD (*vg.* «el valor justo de mercado»; «usuarios finales activos establecidos o situados en la Unión») suscitan dudas en su interpretación (Morales Barceló, 2021: 2). Dado que su finalidad es la de circunscribir el ámbito de la regulación únicamente a las grandes plataformas *online*, se prescinde de un análisis cualitativo para determinar la función de guardián de acceso y de la definición de mercado, lo que simplifica la aplicación de la regulación (a diferencia de la evaluación de poder de mercado de las empresas en el marco del derecho de la competencia). En esencia, estos umbrales tienen el efecto de invertir la carga de la prueba de la posición dominante en el mercado.

No obstante, al realizar la notificación, los operadores que superen esos umbrales podrán presentar argumentos suficientemente fundados (art. 3.5 RMD) que demuestren que, en las circunstancias en que opera el servicio en cuestión y teniendo en cuenta los elementos de art. 3.8.II RMD²⁷, no

(art. 3.2.b RMD), cuando ese servicio cuente con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales establecidos o situados en la Unión Europea (se considera el número medio de esos usuarios durante la mayor parte del último ejercicio financiero) y más de 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión Europea en el último ejercicio económico.

Se presume que el proveedor de un servicio básico de plataforma tiene una «posición afianzada y duradera» en sus operaciones, o es previsible que la alcance en un futuro próximo (art. 3.2.c RMD), cuando se hayan cumplido los umbrales anteriores relativos a los usuarios finales y usuarios profesionales (art. 3.2.b RMD), en cada uno de los tres últimos ejercicios.

²⁷ La Comisión tendrá en cuenta:

- a) el tamaño, incluidos el volumen de negocios y la capitalización bursátil, las operaciones y la posición de dicha empresa;
- b) el número de usuarios profesionales dependientes del servicio básico de plataforma para llegar a los usuarios finales y el número de usuarios finales;

cumplen las condiciones que marca la norma (las del art. 3.1 RMD: a) gran influencia en el mercado interior; b) puerta de acceso importante y c) posición afianzada). Es decir, el cumplimiento de los umbrales del art. 3.2 RMD obliga a notificar, pero no conlleva necesariamente la designación de guardián de acceso.

A la inversa, se prevé que la Comisión pueda designar como guardián de acceso²⁸ cualquier proveedor de servicios básicos de plataforma que reúna los requisitos del art. 3.1 RMD, aunque no cumpla todos los umbrales del apartado 2 o presente argumentos para demostrar que no cumple las condiciones de guardián de acceso. Para verificar esos requisitos, la Comisión apreciará los elementos del art. 3.8.II y III RMD, teniendo en cuenta su evolución previsible.

A modo de sanción (art. 3.8. IV RMD), también se atribuye a la Comisión la posibilidad de designar guardián de acceso al proveedor de servicios básicos de plataforma que no cumpla las medidas de investigación ordenadas por ella y que siga incumpléndolas a pesar de ser advertido e invitado a presentar observaciones, independientemente de que alcance o no los umbrales del art. 3.2 RMD (Morales, Barceló, 2021: 3).

En cualquier caso, la situación de guardián de acceso es revisable por parte de la Comisión Europea (art. 4 RMD), en cualquier momento, previa solicitud o de oficio, ya sea por un cambio sustancial en alguno de los hechos

c) los efectos de red y las ventajas derivadas de los datos, en particular en relación con el acceso del proveedor a los datos personales y no personales, con recopilación de esos datos o con sus capacidades de análisis;

d) cualesquiera efectos relacionados con la escala o el alcance de los que se beneficia la empresa, en particular con respecto a los datos y, en su caso, a sus actividades fuera de la Unión;

e) la cautividad de usuarios profesionales o usuarios finales, incluidos los costes que conlleva el cambio de empresa prestadora y los sesgos de comportamiento que reducen la capacidad de los usuarios profesionales y los usuarios finales para cambiar de empresa prestadora o recurrir a varias para un mismo servicio;

f) una estructura de conglomerado empresarial o una integración vertical de la empresa que, por ejemplo, le permita compensar ganancias y pérdidas entre actividades, combinar datos procedentes de distintas fuentes o aprovechar su posición o;

g) otras características estructurales de las empresas de servicios.

Además, la Comisión tendrá en cuenta [...] cualquier concentración prevista que afecte a otra empresa prestadora de servicios básicos de plataforma o de cualquier otro servicio en el sector digital o que posibilite la recopilación de datos.

²⁸ Conforme al procedimiento de «investigación de mercado para designar a los guardianes de acceso» del art. 17 RMD.

que la motivó o porque se basó en informaciones incompletas, incorrectas o engañosas de la empresa. Asimismo, al menos cada dos años, la Comisión revisará el estatus de guardianes de acceso y actualizará la lista de guardianes y la lista de servicios básicos de plataforma que deben cumplir las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7 RMD.

A este respecto, el problema está en que el RMD no contiene un concepto o definición de «servicio básico de plataforma». Se limita a enumerarlos en un listado (art. 2.2 RMD), lo cual resulta un tanto problemático debido al desarrollo constante de nuevas plataformas y tecnologías, pues impide reaccionar con flexibilidad antes esas novedades. Si bien el RMD contempla la posibilidad de que la Comisión Europea incluya nuevos servicios en la lista, prevé un procedimiento que puede durar unos tres años. En ese tiempo, el entorno de los mercados digitales podría variar significativamente en favor del guardián, por lo que no es eficiente y choca con el objetivo general de facilitar una intervención rápida y sin complicaciones en los mercados digitales, especialmente vulnerables. Por ello, hubiera sido preferible una formulación diferente de los servicios básicos de plataforma, que incluyera una definición abstracta, a modo de cláusula general (Zimmer y Göslh, 2021: 38)²⁹, y que la lista actual tuviera una función ejemplificadora. Sería la forma de poder reaccionar con rapidez a la evolución de los mercados digitales, que son muy dinámicos. Esto tendría, a su vez, la ventaja de ofrecer mayor seguridad jurídica a las empresas afectadas de cara al futuro, ya que deben evaluar por sí mismas su posición de guardián.

Otro problema es que, para cada guardián de acceso, la Comisión identificará la empresa a la que pertenece y enumerará los servicios básicos de plataforma que sirven individualmente como puerta de acceso importante para que los proveedores finales lleguen a los usuarios finales (art. 3.9 y 10 RMD). Es decir, la noción de «guardián de acceso» se imputa al respectivo servicio básico de plataforma y no a la empresa —o grupo de empresas— proveedora de esos servicios. Así que solo una parte de la empresa —o del grupo— estará obligada a cumplir las obligaciones estipuladas en los arts. 5, 6 y 7 RMD. Las otras partes, en la medida en que no cumplan los requisitos de guardián, no parecen entrar en el ámbito de aplicación del RMD (considerando 15). No están sujetas a las normas de los guardianes, lo cual puede resultar problemático, más aún a la vista de la habitual expansión de

²⁹ Proponen la siguiente definición: «Un servicio básico de plataforma es una plataforma que interconecta dos o más lados del mercado y tiene la capacidad de afectar a un número significativo de usuarios finales o empresa como: a) ...».

conglomerados de estas empresas³⁰. En líneas de negocio interconectadas de las cuales solo una tiene el estatus de guardián, la finalidad de los arts. 5, 6 y 7 RMD podría verse comprometida si la prohibición no se extiende al conjunto de las empresas del conglomerado (al conjunto de la empresa en el sentido de unidad económica). Ante las dudas sobre el alcance de las obligaciones de conducta de los arts. 5, 6 y 7 RMD, debe examinarse caso por caso si la obligación en cuestión incumbe a toda la empresa y no a las partes de la empresa que no tienen la condición de guardianes.

La norma está pensada para los modelos de negocio de las plataformas digitales, pero la realidad es más compleja debido a los efectos de conglomerado que son habituales en ellas. Estos efectos pueden hacer que sea muy difícil verificar la efectiva existencia de servicios separados, por lo que es previsible que haya problemas para su aplicación (Zimmer y Göhsl, 2021: 40). Por ello, habría que reconsiderar la diferenciación conceptual entre guardián y empresa, pues este enfoque limitado a los guardianes podría llevar a eludir algunas normas del RMD. La Comisión debería publicar unas directrices para evitar la inseguridad jurídica y facilitar la aplicación de la norma.

3. OBLIGACIONES DE CONDUCTA PARA LOS GUARDIANES DE ACCESO

El RMD contiene un catálogo de obligaciones de conducta que deben ser observadas por todos los guardianes de acceso, unas obligaciones inmediata y directamente aplicables (art. 5 RMD) y otras susceptibles de ser especificadas con más detalle (arts. 6 y 7 RMD) por la Comisión mediante un procedimiento y la declaración de medidas aplicables para garantizar su cumplimiento efectivo. Todas ellas se derivan de su praxis, pues casi todas esas conductas han sido objeto de procedimientos que han generado un importante eco mediático³¹. Se trata de un sistema de control *ex ante* y asimétrico, basado en unas obligaciones directamente aplicables para todos los guardianes sin posibilidad de justificación que va más allá del control individual *a posteriori* de los abusos de posición de dominio propio de la legislación *antitrust*.

³⁰ Por ejemplo, esta diferenciación entre guardián y empresa subyacente puede implicar que una empresa del conglomerado no constituya un servicio básico de plataforma (y, por tanto, no tenga el status de guardián) pero podría seguir utilizando los servicios básicos de plataforma del guardián.

³¹ Por ejemplo, el art. 6.2 se deriva del caso Commission (17.7.2019) AT.40462 *Amazon Marketplace*; el art. 6.3 del caso Commission (18.7.2018) AT.40099 *Google Android*; el art. 6.5 de los casos Commission (27.6.2017) AT.39740 *Google Shopping* y Commission (10.11.2020) AT.40703 *Amazon Buy Box* y el art. 6.7 se deriva del caso Commission (16.6.2020) AT.40452 *Apple Pay*.

No se contempla la posibilidad de justificación de la conducta del guardián (Cabral *et al.*, 2021: 28) (Polley y Konrad, 2021: 201) (Fernández Vicién, 2021: 271). Únicamente se prevé un diálogo sobre cuestiones normativas (*regulatory dialog*) entre el guardián afectado y la Comisión para la aplicación de las obligaciones de los arts. 6 y 7 RMD. Esta determinará si las medidas que el guardián pretende aplicar como resultado de su autoevaluación son suficientes para garantizar el cumplimiento de tales obligaciones y, si fuera necesario, le ordenará medidas específicas (art. 8 RMD).

3.1. Obligaciones de conducta

Una vez designado el guardián de acceso (en el plazo de seis meses) deberá cumplir las obligaciones de conducta de los arts. 5, 6 y 7 RMD respecto de cada uno de los servicios básicos de la plataforma identificados en la decisión de la Comisión como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales (art. 3.9 RMD). A continuación, sin ánimo de exhaustividad, ya que excedería el ámbito de este trabajo, nos referiremos a esas obligaciones, agrupándolas en función de su contenido marcado por los problemas (fallos de mercado) que afectan a los mercados digitales.

Costes de cambio (*switching costs*) y multiconectividad (*multi-homing*). Los efectos de red tan problemáticos en los mercados de plataformas digitales pueden neutralizarse con medidas dirigidas a eliminar barreras y a garantizar las posibilidades de cambio de programas de aplicación y de servicios de los usuarios finales y profesionales y que impulsen la multiconectividad (Cabral *et al.*, 2021: 9). A este respecto, se incluyen varias obligaciones relacionadas con las tiendas de aplicaciones, exigiendo a los guardianes (*vg.* como *Apple* y *Google*) que cambien sus prácticas en materia de distribución de aplicaciones en sus respectivos sistemas operativos.

El art. 6.3 RMD, relativo a la distribución e instalación de *software* de terceros, obliga al guardián a permitir que los usuarios finales desinstalen fácilmente cualquier programa de aplicación preinstalado por defecto en su servicio básico de plataforma³². No obstante, el guardián podrá restringir

³² En el caso Commission (18.7.2018) AT.40099 *Google Android*, la Comisión Europea impuso a Google una multa cercana a 4,3 millones de euros por considerar ilegales sus prácticas en relación con los dispositivos móviles *Android* para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de *Google*. Entendió que Google: 1) obligó a los fabricantes a preinstalar la aplicación *Google Search* y el navegador *Chrome* como condición para acceder a su tienda de aplicaciones *Play Store*; 2) pagó a determinados

la desinstalación si los programas son esenciales para el funcionamiento del sistema operativo y técnicamente no pueden ser ofrecidos de manera autónoma por terceros. Por tanto, aquí parece que será necesario un desarrollo posterior del precepto identificando los criterios que definan ese carácter «esencial» de una aplicación (Echebarría Sáenz, 2021: 173).

El art. 6.4 RMD obliga a permitir la instalación y uso efectivo de programas de aplicaciones o tiendas de programas de aplicación (*App Stores*) de terceros y a permitir su acceso por medios distintos a los del servicio básico de plataforma del guardián. Pero no se le impide adoptar medidas proporcionadas para garantizar que los programas y *App Stores* de terceros no pongan en peligro su *hardware* o sistema operativo. Deberá demostrar que esas medidas son necesarias y están justificadas. Con ello se pretende posibilitar la instalación y uso de aplicaciones de terceros y tiendas de aplicaciones, que sean interoperables con el sistema operativo del guardián (considerando 50 RMD). El objetivo es abrir nuevas oportunidades de venta para los proveedores de *software* (Vezzoso, 2020: 505)³³.

El art. 6.6 RMD impone al guardián el deber de abstenerse de restringir técnicamente la capacidad de los usuarios finales para cambiar y suscribirse a diferentes programas de aplicación y servicios a través del sistema operativo del guardián. Debe abstenerse incluso en lo que respecta a la elección del proveedor de acceso a Internet. Pero no deja claro cuál es esa obligación de no «restringir técnicamente». El Reglamento (considerando 53) solo dice que el guardián no debe restringir ni impedir la libertad de elección.

Finalmente, sobre el acceso a las tiendas de programas de aplicaciones (*App Stores*), el art. 6.12 RMD establece la obligación de aplicar a los usuarios profesionales condiciones generales justas y no discriminatorias de acceso a su tienda de programas de aplicación. Dado el desequilibrio entre las partes —entre los guardianes que proporcionan acceso a las *App Stores* y los usuarios profesionales de ellas— trata de impedir que aquellos impongan unas condiciones injustas o diferencias injustificadas. El objetivo es doble, por un lado,

grandes fabricantes y operadores para que preinstalaran *Google Search* en sus dispositivos; 3) impidió a los fabricantes que deseaban preinstalar aplicaciones de *Google* vender un solo dispositivo móvil inteligente que funciones en versiones alternativas a *Android* no aprobadas por *Google*. Véase Commission Decision of 18.7.2018, relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40099-*Google Android*), C(2018), 4761 final.

³³ Es otra de las obligaciones que podrían tener importantes repercusiones para *Apple*, ya que actualmente no ofrece una forma oficial de instalar aplicaciones fuera de su *App Store*.

evitar desequilibrios entre los usuarios profesionales por las diferencias en las condiciones aplicadas y, por otro, evitar que el guardián les obligue a pagar una tarifa poco razonable por el uso de la tienda de aplicaciones (considerando 62 RMD), pues los costes de las comisiones cobradas se trasladan en su mayoría al usuario final³⁴.

Autopreferencia (*self-preferencing*). Inspirado en el caso *Google Shopping*³⁵, el art. 6.5 RMD impone que, al clasificar servicios y productos, o bien, en las funciones de indexado y rastreo, los guardianes deben abstenerse de tratar más favorablemente los ofrecidos por ellos mismos —o por terceros pertenecientes a sus mismas empresas— frente a servicios y productos similares de terceros³⁶. Se les exige aplicar condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias en la clasificación³⁷. En líneas generales, la autopreferencia se considera un candidato natural para la «lista negra» de prácticas anticompetitivas y prohibidas *per se* (De Streele *et al.*, 2020: 13) (Cabral *et al.*, 2021: 13),

³⁴ European Commission, AT.40437 (*Apple-App Store Practices-music streaming*) y AT.40652 (*Apple-App Store Practices-e-books/audiobooks*). Press release, IP/20/1073, Bruselas 16.6.2020.

³⁵ El caso paradigmático es el de Comisión (27.6.2017) AT.39740 *Google Shopping*, en que la Comisión Europea impuso a Google una multa histórica de 2.424 millones de euros, por abuso de posición dominante al haber favorecido en su motor de búsqueda su servicio de comparación de precios *Google Shopping*, frente a los servicios de la competencia, cuyas ofertas quedaban relegadas a la cuarta pantalla o más. La Sentencia del Tribunal General, de 10 de noviembre de 2021, *Google Shopping*, T-612/17, EU:T:2021:763 confirmó la decisión de la Comisión. Podría decirse que con ello quedó consagrando jurisprudencialmente un tipo de abuso, el de autopreferencia o *self-preferencing*, que recoge el art. 6.5 RMD, aunque debe reconocerse que esta es una cuestión hoy día debatida entre los expertos.

³⁶ Cabe mencionar, asimismo, la causa abierta por la Comisión Europa contra Amazon —Comisión (10.11.2020) AT.40703 *Amazon Buy Box*— por su doble rol, al ser al mismo tiempo un mercado para vendedores de terceros y su competidor directo que vende sus propios productos. Una primera investigación se centra en su posición que le permite recoger datos de los vendedores (minado de datos, *data mining*) y luego usarlos para competir mejor contra ellos. La segunda investigación gira en torno al funcionamiento de la «caja de compra» (*buy box*) desde la que se añaden productos a la cesta de compra y muestra una lista con «la mejor oferta». Según la Comisión, Amazon lista el 10% de los productos disponibles en su plataforma, los cuales representan el 50% o más de todos los ingresos en la categoría.

³⁷ Las Directrices adoptadas conforme al art. 5 del Reglamento (UE) 2019/1150 también deberían facilitar el cumplimiento de estas condiciones. Directrices sobre la transparencia de clasificación de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO C 424 de 8.12.2020, p. 1).

a fin de preservar un mínimo de juego limpio por parte de la plataforma (Echegarria Sáenz, 2021: 175). Sin embargo, existen opiniones contrarias a una prohibición general, pues en ocasiones puede ser difícil determinar su carácter discriminatorio, es decir, si el trato preferencial en la clasificación es fruto de una situación de integración vertical u horizontal del guardián o si se debe a las mejoras de los servicios y productos, lo cual podría afectar negativamente a la innovación y al bienestar de los consumidores (Schweitzer *et al.*, 2018: 127)³⁸. Se trata, pues, de una cuestión abierta que, tal vez, podría haberse reconducido permitiendo alegar razones justificativas a los guardianes (Polley y Konrad, 2021: 201).

Uso indebido de *big-data*. Dada la ingente cantidad de datos de que disponen los gigantes digitales, lo que les proporciona unos efectos de red y de retroalimentación descomunales³⁹, y las dificultades para imponerles la obligación de compartir esos datos, la solución alternativa consiste en obligarles a crear barreras internas de información (*data silos*) (De Strel *et al.*, 2020: 63). Se trata de restringir la forma en que los guardianes pueden utilizar los datos recogidos a través de sus diversas actividades. Así, el art. 6.2 RMD les obliga a no utilizar, en competencia con los usuarios profesionales, cualquier dato que no sea públicamente accesible generado a través de las actividades de dichos usuarios profesionales⁴⁰. Es lo que sucede en el caso *Amazon Buy Box* en que la Comisión se opone a que Amazon, desde su posición, recoja datos de los vendedores que operan en su plataforma y utilice sistemáticamente esos datos comerciales no públicos, en beneficio del propio negocio minorista de Amazon, compitiendo mejor contra ellos. El Reglamento P2B (arts. 7 y 9) dirigido a las relaciones entre plataformas y empresas ya contempla este problema y fija unas obligaciones de transparencia para los proveedores de los servicios de plataforma. Pero, al prohibir ese uso de los datos, el RMD va más allá (Polley y Konrad, 2021: 202) exigiéndoles, en la práctica, la creación de barreras internas de información para garantizar la efectividad de tales medidas.

Asimismo, el art. 5.2 RMD obliga a los guardianes de acceso a abstenerse de: a) tratar datos personales de los usuarios finales con el fin de prestar servicios de publicidad en línea; b) combinar datos personales procedentes de los servicios básicos de plataforma del guardián con datos personales procedentes

³⁸ Véase la Sentencia del Tribunal General *Google Shopping*, apartado 140.

³⁹ Es la razón por la que se abrió ante la Comisión (17.7.2019) el caso AT.40462 *Amazon Marketplace*.

⁴⁰ Véase el caso abierto ante la Comisión el 10.11.2020, caso AT.40703 *Amazon-Buy Box*.

de cualquier otro servicio que ofrezcan o con datos personales procedentes de servicios de terceros; c) cruzar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma pertinente con otros servicios que proporcione el guardián; y d) iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales, a menos que se le haya presentado al usuario esa opción específica y haya dado su consentimiento. Además, los guardianes no podrán solicitar consentimiento para el mismo fin más de una vez en un año, algo que por ejemplo incide directamente en los banners de cookies repetidos que requieren el consentimiento de los usuarios.

Esta no es una cuestión sencilla (Tudor, 2021: 70-73). Permitir o no a los guardianes recopilar datos de los usuarios y combinar datos de diferentes fuentes es una de las principales cuestiones de fondo del RMD. Ahora bien, la redacción del precepto no solventa el riesgo de que los usuarios sean empujados a dar su consentimiento. Su obtención no implica que haya sido un consentimiento informado y libre (Echebarría Sáenz, 2021: 171) y, una vez obtenido, los guardianes disponen de un billete gratis para alcanzar el poder de los datos (Podszun, 2021: 2-8).

Prácticas de obstrucción publicitaria (*anti-steering*). El RMD pretende poner fin a las prácticas que impiden a los usuarios profesionales dirigir sus clientes hacia ofertas alternativas. Es el caso de las prohibiciones a los vendedores (*vg.* de ropa) de informar a sus clientes, de anunciar, otras formas de conseguir el producto más barato (*vg.* en unos grandes almacenes) cuando se encuentran dentro de una tienda ajena (*vg.* en una *App Store*), lo que recuerda a las investigaciones *antitrust* relativas a la conducta de *Apple* en la *App Store*.

El art. 5.3 RMD obliga a los guardianes de acceso permitir a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros o de su propio canal de venta directa en línea a precios o condiciones diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación del guardián. Con ello se pretenden diversificar las ofertas y promover la competencia practicable, evitando que el guardián actúe como barrera de acceso al mercado (Echebarría Sáenz, 2021: 170). Asimismo, se pretende prohibir las cláusulas de nación más favorecida, que han sido objeto de atención en el ámbito de defensa de la competencia en los últimos años (Olmedo Peralta, 2021).

En este sentido, el art. 5.4 RMD obliga a los guardianes a permitir que los usuarios profesionales de forma gratuita comuniquen y promuevan ofertas a sus usuarios finales conseguidos a través del servicio básico de plataforma u otros canales y que realicen contratos con ellos, con independencia de que para ello utilicen o no los servicios básicos de plataforma (*vg.* sin utilizar la solución de compra dentro de la *App Store* del guardián).

Además, deben permitir a los usuarios finales utilizar y acceder —a través de sus servicios básicos de plataforma— a contenidos, suscripciones, prestaciones u otros elementos mediante el uso de programas de aplicación de un usuario profesional, también si los usuarios finales han adquirido esos elementos a través de ese usuario profesional, sin utilizar sus servicios básicos de plataforma (art. 5.5 RMD)⁴¹.

Como puede observarse, son unas obligaciones muy amplias, pero dejan sin resolver un problema de parasitismo, al permitir que los usuarios profesionales promuevan sus ofertas directamente, esquivando las tarifas de las tiendas de aplicaciones (Polley y Konrad, 2021: 202). Incluso un guardián, debería poder evitar el problema del «polizón» o *free-rider* que se beneficia de un servicio sin pagar por ello (Zimmer y Göhsl, 2021: 42). De lo contrario, ese fallo de mercado podría obstaculizar el modelo de negocio de la plataforma al no poder cobrar por unas transacciones en las que ha sido intermediaria pero que luego se concluyen a través de otros cauces.

Las estrategias de vinculación (*tying and bundling*) frecuentes en la economía digital son otra de las cuestiones que preocupan al legislador europeo (Schweitzer *et al.*, 2018: 112). Además de los servicios básicos de plataforma, los guardianes de acceso suelen ofrecer otros servicios complementarios (*vg.* servicios de identificación, de pago, servicios técnicos de apoyo) como parte de un ecosistema integrado de conglomerados⁴². Así, pueden vincular el acceso al servicio básico de plataforma con el registro en uno o más servicios complementarios, lo cual les facilita entrar en nuevos mercados y reforzar las barreras de entrada. Estas estrategias de vinculación resultan sospechosas

⁴¹ Esto podría tener importantes implicaciones, por ejemplo, para la *App Store* de *Apple* que exige a los desarrolladores de aplicaciones utilizar sus propios sistemas de compra dentro de la aplicación para la distribución de contenidos digitales de pago. Véase Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App Store rules for music streaming providers Brussels, 30 April 2021.

⁴² Los servicios de identificación, por ejemplo, son claves para que los usuarios profesionales puedan optimizar sus actividades y proporcionar confianza en las transacciones en línea, en la medida en que lo permita el Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos) y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO L 201 de 31.7.2002, p. 37). Los guardianes no deberían utilizar su posición para exigir a los usuarios profesionales que incluyan su servicio de identificación en los servicios o productos que ofertan a los usuarios finales.

especialmente cuando se utilizan por empresas con poder de mercado, pues redundan en detrimento de las opciones y disputabilidad de estos servicios (considerando 43, RMD), pero sus efectos sobre el bienestar de los consumidores son ambiguos (Cabral *et al.*, 2021: 12) y el Reglamento no aborda esta cuestión.

El art. 5.7 RMD obliga a los guardianes a abstenerse de exigir a los usuarios profesionales o a los usuarios finales que utilicen, ofrezcan o interoperen con sus servicios de identificación, motor de navegación web, servicio de pago u otros servicios técnicos en el marco de los servicios básicos de plataforma. Es el caso, por ejemplo, del operador de una tienda de aplicaciones o de un sistema operativo que obliga a los proveedores de programas de aplicaciones a utilizar el servicio de identificación del guardián (*vg.* el ID de *Apple*) en sus programas de aplicación. Sin embargo, al margen de los efectos de mercado, el uso de un mismo servicio de identificación para todos los programas de aplicaciones puede ser de interés para el usuario final.

El art. 5.8 RMD tiene una motivación similar y obliga a los guardianes a abstenerse de exigir a los usuarios profesionales o a los usuarios finales que se registren en cualquier otro servicio básico de plataforma como condición para acceder o registrarse en su plataforma. El usuario que solo quiera utilizar ese servicio básico de plataforma no puede ser obligado a utilizar necesariamente otros servicios del guardián⁴³. Aquí también se plantea la cuestión de si los llamados inicios de sesión únicos (*vg.* la cuenta de *Google*) violan esa norma (Polley y Konrad, 2021: 204). El inicio de sesión único (*Single-log*) permite al usuario realizar varios registros de servicios del mismo proveedor, pero no le obliga a ello. No le limita la libertad de utilizar los servicios de terceros proveedores, por lo que no genera un impacto negativo en la contestabilidad de los mercados. Además, resulta eficiente para el usuario, pues le evita tener que registrarse varias veces para utilizar varios servicios del mismo guardián.

Acceso a datos (*data sharing*) y multiconectividad (*multi-homing*). Los datos son un elemento fundamental en la economía digital y, a este respecto, el objetivo del RMD es el de reducir las barreras de entrada en estos

⁴³ Es el motivo por el que la Comisión abrió (16.6.2020) el caso AT.40452 *Apple Pay*. El 2 de mayo de 2002, la Comisión Europea envió un pliego de cargos a *Apple* sobre prácticas relativas a *Apple Pay*, por sus restricciones de acceso a la tecnología de pago por móvil. *Apple Pay* es la aplicación monedero para iPhones y iPads, para permitir pagos en tiendas físicas y en línea. Los iPhones y iPads y el software de *Apple* forman un «ecosistema cerrado», por lo que *Apple* controla todos los aspectos de la experiencia de usuario en ese ecosistema, incluido el acceso a los monederos móviles. European Commission Press release. Antitrust: Commission sends Statement of Objections to *Apple* over practices regarding *Apple Pay*, Bruselas 2.5.2022.

mercados obligando a los guardianes a dar a los competidores y a los usuarios acceso a diferentes tipos de datos y a proporcionar la portabilidad de los datos, a fin de facilitar la multiconectividad de los usuarios.

El art. 6.11 RMD obliga a los guardianes a permitir a sus rivales —terceros proveedores de motores de búsqueda en línea— a petición de estos, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, el acceso a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones generados por los usuarios finales en los motores de búsqueda en línea del guardián. Con el acceso a estos datos, los competidores podrían mejorar sus servicios de búsqueda y ser más competitivos. Ello facilitará el uso de los comparadores y agregadores de información que permiten a los usuarios finales y profesionales un juicio adecuado para adoptar sus decisiones comerciales (Echebarría Sáenz, 2021: 170). El RMD no contempla más limitaciones que la obligación de anonimizar aquellos que constituyan datos personales. Tampoco se pronuncia sobre una limitación temporal o espacial de la solicitud de datos.

Asimismo, según el art. 6.10 RMD, deben permitir a los usuarios profesionales (o a terceros autorizados por estos) el acceso y uso efectivo, de alta calidad, continuo y en tiempo real de los datos generados por esos usuarios proporcionen o se generen al utilizar los servicios básicos de plataforma. Es decir, se reconoce a los usuarios profesionales el derecho a acceder a los datos de sus clientes obtenidos a través del servicio de plataforma. Es habitual que estos usuarios se vean impedidos para cambiar de servicio, por ejemplo, porque dependen de los datos almacenados en un servicio de computación en nube para sus operaciones comerciales. El RMD (considerando 48) pretende reducir estas barreras al cambio y garantizar que tanto los usuarios profesionales como los finales puedan acceder y transferir los datos generados por su uso en un formato común, sin una pérdida objetiva de funcionalidad y sin costes de cambio.

Por otra parte, para facilitar el cambio entre diferentes servicios y la multiconectividad (*multihoming*), el art. 6.9 RMD exige a los guardianes que proporcionen la portabilidad efectiva de los datos generados a través de la actividad de los usuarios profesionales y usuarios finales⁴⁴, incluido el acceso continuo y en tiempo real.

⁴⁴ Véase el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4 de mayo de 2016, p. 1).

Sin embargo, a pesar de las intenciones, estos preceptos plantean problemas prácticos por las dificultades para proveer el acceso continuo y en tiempo real y por la falta de un formato estructurado de uso común para transmitir los datos, entre otras (Polley y Konrad, 2021: 201-204). Haciendo un símil con las telecomunicaciones, la portabilidad en telefonía móvil o fija es relativamente sencilla, porque el usuario se lleva una sola cosa, un número de nueve cifras (Hergurea, 2021: 23). En cambio, la portabilidad de datos conlleva problemas prácticos, obliga a definir un formato común, determinar el nivel de detalle, la periodicidad, etc.

Transparencia publicitaria. Respecto al ámbito de la publicidad en línea, se pretende aumentar la información disponible para los anunciantes y editores. A tal fin, los guardianes tendrán que proporcionarles —a petición de estos— información sobre los precios pagados por el anunciante (art. 5.9 RMD) y las remuneraciones recibidas por el editor (art. 5.10 RMD) por la publicación de cada anuncio y cada servicio de publicidad proporcionado por el guardián de acceso. Con ello se trata de que el guardián no se apropie de la política publicitaria de los usuarios profesionales ni de márgenes comerciales indebidos, por la privación de esas políticas (Echebarría Sáenz, 2021: 170).

Asimismo, deberán informarles acerca de la metodología con la que se calcularon esos precios y remuneraciones (art. 6.8 RMD), dando acceso a los anunciantes y editores —a petición de estos y de forma gratuita— a los instrumentos de medición del rendimiento del guardián y a la información necesaria para que realicen su propia verificación independiente. En el trasfondo de esta normativa se sitúan las frecuentes acusaciones contra *Google* y *Facebook* de que se aprovechan de la falta de transparencia de los servicios de intermediación de la publicidad en línea, en un mercado muy concentrado y muy opaco (Cabral *et al.*, 2021: 16), para imponer precios excesivamente altos.

Interoperabilidad. El art. 6.7 RMD incluye amplias obligaciones relacionadas con la esta cuestión. Así, el guardián tendrá que permitir interoperar a los servicios de terceros con las mismas características de *software* y *hardware* que sus propios servicios, de forma gratuita y efectiva. Ahora bien, el guardián podrá adoptar las medidas estrictamente necesarias y proporcionadas para garantizar que la interoperabilidad no comprometa la integridad de las funciones del sistema operativo, el asistente virtual, el *hardware* o el *software* suministrados por él. La norma evoca el caso *Apple Pay*, en que se acusa a *Apple*, entre otras cosas, de restringir el acceso a la interfaz para el pago sin contacto en sus dispositivos móviles⁴⁵, pero no queda claro qué obliga-

⁴⁵ European Commission, AT.40452 (*Apple-Mobile Payments-Apple Pay*), Press release, IP/20/1075, Bruselas 16.6.2020.

ciones tiene el guardián (Vezzoso, 2021: 425). Es necesario que la Comisión especifique el alcance exacto de la obligación a este respecto.

Asimismo, se ha incorporado el art. 7 RMD —que no estaba en la propuesta de Reglamento— relativo a la obligación de acceso en materia de interoperabilidad de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración. En él se recoge una serie de medidas para asegurar la interoperabilidad técnica entre los servicios de mensajería, con la finalidad de limitar los típicos efectos derivados de los usuarios cautivos en los mercados digitales. Así, los servicios de mensajería de los *gatekeepers* (vg. iMessage) deberán interoperar con los servicios de mensajería de la competencia (vg. Signal) en funciones básicas como los mensajes de texto o el intercambio de imágenes, mensajes de voz, videos y otros archivos. Igualmente, cualquier proveedor pequeño podrá solicitar —de forma gratuita— ser interoperable con esas grandes plataformas, es decir, que su aplicación tenga acceso y pueda comunicarse con los usuarios integrados en ella. Al margen de las dificultades técnicas que pueda entrañar este cambio de paradigma, debe recalcar que los proveedores de servicios de mensajería que no tengan la consideración de guardianes de acceso no tienen por qué cumplir esta obligación, por lo que quedará a su criterio optar por la interoperabilidad.

Finalmente, cabe señalar que el art. 5.6 RMD prohíbe a los guardianes impedir o restringir la presentación de reclamaciones por parte de los usuarios profesionales ante cualquier autoridad pública en relación con cualquier práctica de los guardianes de acceso.

3.2. Cumplimiento, suspensión y exención de las obligaciones

El RMD confiere a la Comisión un amplio margen de maniobra en el diseño de las medidas individuales aplicadas por los guardianes en el cumplimiento de las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7 RMD. El art. 8.1 RMD exige que sean eficaces para alcanzar los objetivos del Reglamento. Si la Comisión considera que no garantizan el cumplimiento efectivo de dichas obligaciones, mediante una decisión, podrá especificar las medidas que debe aplicar el guardián (art. 8.2 RMD). Por otra parte, el guardián podrá solicitar la incoación de un procedimiento (art. 20 RMD) para que la Comisión determine la idoneidad de las medidas que pretende aplicar, o ha aplicado, y junto a su petición podrá presentar un escrito motivado explicando la eficacia de sus medidas (art. 8.3 RMD).

Para ambos casos, se prevé un diálogo regulador (*regulatory dialog*) entre el guardián y la Comisión Europea a fin de garantizar una aplicación eficaz del reglamento, así como una mayor aceptación de las obligaciones por parte de los guardianes (Zimmer y Göhsl, 2021: 43). Debe valorarse positivamente la

previsión del art. 8.6 RMD (no contemplado en la propuesta de reglamento) de que la Comisión publique un resumen no confidencial del asunto y las medidas y especificaciones formuladas para que los usuarios profesionales y usuarios finales de los servicios básicos de plataforma puedan ver las obligaciones concretas de conducta impuestas al guardián. Esto podrá permitir a la Comisión tener conocimiento de posibles infracciones a través de ellos.

Este diálogo regulador no debe ser confundido con la posibilidad de los guardianes de justificar su conducta, algo propio del derecho de la competencia pero que no está previsto en el RMD. Se descarta cualquier justificación que pretenda demostrar la eficacia derivada de un tipo de práctica prohibida (considerando 23 RMD). El Reglamento confiere a los guardianes designados por la Comisión unas posibilidades muy limitadas para actuar al margen de las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7 RMD (*vg.* las salvedades del art. 6.4, 6.7 y 6.9 RMD). No obstante, el art. 9 RMD abre la posibilidad de suspensión por razones comerciales y el art. 10 RMD la posibilidad de exención por motivos de salud pública y de seguridad pública.

El art. 9 RMD prevé que la Comisión, previa solicitud motivada del guardián, pueda suspender mediante decisión, total o parcialmente, de manera excepcional, una obligación específica de los arts. 5, 6 y 7 RMD, para un servicio básico de plataforma. Podrá hacerlo si el guardián de acceso demuestra que el cumplimiento de esa obligación específica pondría en peligro, debido a circunstancias excepcionales que escapan a su control, la viabilidad económica de sus operaciones en la Unión y solo en la medida necesaria para hacer frente a dicha amenaza de viabilidad. La Comisión revisará anualmente su decisión de suspensión.

El art. 10 RMD regula la posibilidad de que la Comisión, por petición motivada de un guardián de acceso o de oficio, adopte la decisión de eximirle total o parcialmente de una obligación específica de los arts. 5, 6 y 7 RMD en relación con un servicio básico de plataforma. La exención podrá concederse por razones de salud pública o seguridad pública. A diferencia de lo que sucede en la legislación *antitrust*, tampoco en estos casos existe la posibilidad de justificar una conducta prohibida en los arts. 5, 6 y 7 RMD por razones de eficiencia o de otro tipo (*rule of reason*).

A la vista de los resultados de los procedimientos en materia de abuso de posición dominante del ámbito del derecho de la competencia, parece advertirse en el legislador europeo el deseo de una herramienta legal poderosa y de una aplicación eficaz de la misma. Sin embargo, hay opiniones reticentes al respecto. Sin la posibilidad de que los guardianes puedan justificar su conducta, algunos temen el riesgo de que una aplicación excesivamente rígida de la normativa sea desproporcionada, dada la heterogeneidad de los guardianes y de los mercados en que operan y que esto redunde, finalmente,

en detrimento del progreso técnico y del bienestar de los consumidores (Polley y Konrad, 2021: 205) (Zimmer y Göhsl, 2021: 53-54) (Cennamo y Sokol, 2021) (Fernández Vicién, 2021: 272). Por ello, tratándose de mercados complejos, sería preciso reflexionar acerca de la necesidad de una cierta flexibilidad, de mecanismos para que la Comisión pueda aplicar unas soluciones adecuadas y proporcionadas.

3.3. Otras obligaciones

A las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7 RMD se suman otras obligaciones para los guardianes de acceso como son: la obligación de antielusión (art. 13 RMD), la obligación de informar sobre las concentraciones (art. 14 RMD) y la obligación de presentar anualmente a la Comisión informes auditados de forma independiente sobre las técnicas de elaboración de los perfiles de los consumidores que utilizan para los servicios de su plataforma principal en todos los servicios (art. 15 RMD).

Ante el desarrollo dinámico de la economía digital, surge la necesidad de garantizar una viabilidad duradera del RMD. Así, respecto a las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7 RMD, se prevé su actualización y la posibilidad de añadir nuevas obligaciones (art. 12 RMD) facultando a la Comisión para adoptar actos delegados sobre la base de una investigación de mercado, a realizar cada dos años (art. 19 RMD). Si bien el sistema de actualización ha sido tachado de lento e insuficiente por parte de algunos (Haus y Weusthof, 2021: 322) (De Streel *et al.*, 2021: 42 y ss.), también se ha puesto de manifiesto que esa viabilidad duradera que precisa la nueva normativa podría alcanzarse a través de la obligación de antielusión del art. 13 RMD (Bundeskartellamt, 2021: 28-32).

Las obligaciones de los guardianes han de aplicarse de manera efectiva, sin que sean eludidas (considerandos 52 y 70 RMD). Ello implica tratar de garantizar, no solo la eficacia duradera de esas obligaciones abstractas y generales ya estipuladas, sino también que se hagan extensibles a todas aquellas prácticas de los guardianes que se desvían formal, conceptual o técnicamente de las conductas prohibidas, pero que, en la práctica, pueden tener un objeto o efecto equivalente. Ese es el objetivo del art. 13 RMD del que podemos decir que opera como cláusula de cierre. Estipula que las obligaciones establecidas en el Reglamento se aplicarán independientemente de si la práctica en cuestión del guardián es contractual, comercial, técnica o de cualquier otra índole.

Sin embargo, el precepto se presenta un tanto problemático, a falta de criterios concretos para evaluar esos efectos equivalentes en cada caso. Cabe destacar que, atendiendo a las opiniones de expertos y de algunos Estados

miembros⁴⁶, el Reglamento ha incluido (art. 13.2 RMD) la posibilidad de que la Comisión adopte decisiones individuales específicas a este respecto (Basedow, 2021: 7) (De Streel *et al.*, 2021: 36, 90) (Haus y Westhof, 2021: 321). Se entiende que ello podrá facilitar —a diferencia del art. 12 RMD— reaccionar más rápidamente ante las circunstancias cambiantes de la economía digital. No obstante, debe advertirse que inicialmente ya hubo una cláusula general prevista en este sentido. Pero no se incluyó en la propuesta de reglamento, por las dudas sobre su compatibilidad con la base jurídica del art. 114 TFUE. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la ausencia de evaluación individualizada de las prácticas de los guardianes se concibe, precisamente, como uno de los elementos característicos que distingue el RMD del derecho de la competencia.

Por último, el art. 14 RMD dispone que los guardianes deberán informar a la Comisión de cualquier concentración (en el sentido del art. 3, Reglamento (CE) 139/2004) que implique a otro proveedor de servicios básicos de plataforma o de cualquier otro servicio prestado en el sector digital, con independencia de si existe obligación de notificar a una autoridad de la competencia de la UE, en virtud del Reglamento (CE) 139/2004, o a una autoridad nacional, con arreglo a normas nacionales sobre concentraciones. Los guardianes deben informar a la Comisión acerca de la concentración antes de su ejecución, indicando su volumen de negocios anual en la Unión y en todo el mundo, su número de usuarios profesionales activos anualmente y el número de usuarios finales activos mensualmente, así como la justificación de la propuesta, sin que el precepto establezca ningún umbral al efecto.

El objetivo de este artículo es el de revisar la condición de guardián de acceso de una empresa y así tener la posibilidad de ajustar la lista de guardianes. El legislador estima que esta información sirve para hacer seguimiento de las tendencias más generales sobre la disputabilidad en el sector digital y que también es útil para las investigaciones de mercado previstas en el RMD (Considerando 71). Parece un instrumento de vigilancia.

No obstante, el art. 14 RMD adolece de cierta ambigüedad. No está claro si se refiere únicamente a las concentraciones que afectan solo a la parte de la empresa designada como guardián de acceso o a todas las concentraciones de la empresa a la que pertenece (Zimmer y Göhsl, 2021: 47). Del art. 3.9 y 3.10 RMD se desprende que el término «guardián de acceso» no debe equipararse al de «empresa», el guardián es una parte de la empresa subyacente. Ahora bien, si el deber de informar se limitara exclusivamente a las

⁴⁶ Véase Informe conjunto de los Ministerios de asuntos económicos de Alemania, Francia y Países Bajos: *Strengthening the Digital Markets Act and its Enforcement*, de 9 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3J8TClT>.

actividades del guardián, se generaría un grave riesgo de elusión, una gran incertidumbre sobre el alcance del art. 14 RMD, especialmente si la empresa adquirida no pudiera ser asignada a una sola parte de la empresa o a una sola línea de negocio. Por ello, en pro de la seguridad jurídica, sería preferible sustituir el término «guardián» por el de «empresa». De este modo quedaría claro que la Comisión debe ser informada de todas las concentraciones de la empresa de control. Si no, también cabe una solución alternativa, la de modificar la ambigua redacción del art. 3.9 RMD y optar por que el término «guardián de acceso» se conciba como sinónimo de empresa subyacente.

Otro de los aspectos criticables del art. 14 RMD es que no aborda los fenómenos asociados a las llamadas concentraciones asesinas (*killer acquisitions*) de empresas nacientes por parte de empresas con poder de mercado, con el fin de comprar, integrar y matar a potenciales rivales (Steimberg *et al.*, 2021: 417).

4. PODERES DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

El RMD prevé que la Comisión sea la autoridad encargada de hacer cumplir las obligaciones de los guardianes digitales, lo cual recuerda a lo previsto para el control de las concentraciones en el Reglamento 139/2004 (Velasco, 2021: 108). No contempla la participación de las autoridades nacionales de la competencia ni de otras autoridades, en consonancia con el objetivo de una aplicación práctica uniforme del futuro reglamento en el conjunto de la UE, por lo que está siendo criticado por parte de algunos sectores (Basedow, 2021: 5). Si bien la centralización es entendible para alcanzar ese objetivo, ello hace que la aplicación efectiva del RMD dependa únicamente de los recursos de la Comisión.

Existen presiones por parte de los reguladores y autoridades nacionales de la competencia que no comparten las razones para prescindir de ellos que están adquiriendo una importante experiencia en materia de mercados digitales. Es evidente que la Comisión debería ocuparse de los asuntos centrales como las medidas de cumplimiento de las obligaciones de los guardianes o las investigaciones de mercado. Pero las autoridades nacionales podrían atender otros asuntos como las quejas de los usuarios —y así detectar posibles incumplimientos de obligaciones— o investigar infracciones de ámbito regional que no afecten a una parte sustancial del mercado interior (Fernández Vicién, 2021: 272). De este modo podrían generarse efectos de sinergia positivos que permitirían liberar a la Comisión de algunas áreas menos centrales de control y ejecución.

No obstante, si bien la Comisión es la única encargada de hacer cumplir el RMD, las autoridades nacionales también desempeñan un papel para su aplicación efectiva. Les corresponde coordinar sus respectivas acciones

de aplicación de las normas de competencia (art. 37 y 38 RMD). También pueden, por iniciativa propia, llevar a cabo una investigación sobre el posible incumplimiento de los arts. 5, 6 y 7 RMD e informar a la Comisión para que esta pueda abrir su investigación. Además, tres o más Estados miembros podrán solicitar a la Comisión la apertura de una investigación de mercado con arreglo al art. 17 RMD por considerar que existen motivos razonables para la designación de un guardián de acceso (art. 41 RMD). Un solo Estado miembro puede solicitar a la Comisión que abra una investigación ante la sospecha de incumplimiento sistemático por parte de un guardián. Por otra parte, las autoridades nacionales y junto con otros reguladores y organismos europeos estarán representadas en el «Grupo de Alto Nivel sobre el Reglamento de Mercados Digitales» (art. 40 RMD) de asesoramiento de la Comisión. Asimismo, los Estados estarán representados en el «Comité Consultivo sobre Mercados Digitales» (art. 50 RMD) para asistir acerca de cuestiones específicas que se presenten a la Comisión.

No debemos perder de vista que el Reglamento tiene por objeto la tutela de unos intereses legales diferentes a los protegidos por el derecho de la competencia (art. 1.1 RMD). A pesar de ello, tanto el procedimiento como las amplias competencias de investigación de la Comisión parecen estar claramente inspiradas en el derecho *antitrust*.

En virtud del art. 21 RMD, la Comisión podrá exigir a las empresas, mediante una simple solicitud o por decisión, toda la información que le sea necesaria para la supervisión, ejecución y aplicación de las normas del Reglamento. La información incompleta, incorrecta o engañosa se castiga con multa (art. 21.3 RMD). Igualmente, el art. 21.1 RMD permite a la Comisión solicitar el acceso a las bases de datos y algoritmos de las empresas y solicitar explicaciones sobre ellas y la respuesta negativa de los guardianes también está entre las infracciones sancionadas con multa. No obstante, sigue abierta la cuestión sobre los posibles derechos de las empresas a negarse a proporcionar algunas informaciones (Polley y Konrad, 2021: 205). En los procedimientos administrativos *antitrust*, por ejemplo, se reconoce el principio *nemo-tenetur* (de que nadie está obligado a acusarse a sí mismo) o el privilegio abogado-cliente (de que el abogado no puede revelar el contenido de sus conversaciones). Si bien el art. 36 RMD, relativo al secreto profesional, dispone que la información confidencial obtenida solo podrá utilizarse para el procedimiento establecido en el Reglamento, la obligación se perfila de manera muy amplia y genera dudas acerca de lo que la Comisión pueda hacer con ella.

Asimismo, se prevé la facultad de la Comisión de realizar inspecciones *in situ* y la consiguiente obligación de cooperación por parte de las empresas (art. 23 RMD). Las inspecciones requieren una decisión formal de la Comisión y están sujetas al control del Tribunal de Justicia.

Las normas del RMD relativas a las competencias sancionadoras de la Comisión también recuerdan al derecho de la competencia. Para los casos de infracción de los arts. 5, 6, 7 y 8 RMD, se prevé que la Comisión adopte decisiones por incumplimiento exigiendo a los guardianes el cese de la conducta (art. 29 RMD). En los casos de incumplimiento sistemático de esos artículos, también podrá ordenar, tras una investigación de mercado, medidas correctoras del incumplimiento o medidas estructurales que sean proporcionadas a la infracción cometida y necesarias para garantizar el cumplimiento del reglamento (art. 18 RMD). Durante el procedimiento, el guardián podrá presentar compromisos (art. 25 RMD) y, como consecuencia de la decisión de incumplimiento, la Comisión podrá imponer multas sancionadoras (art. 30 RMD) y, en su caso, además, multas coercitivas (art. 31 RMD).

En caso de urgencia, por riesgo de daños graves e irreparables para los usuarios profesionales o usuarios finales, la Comisión podrá adoptar medidas provisionales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de conducta de los arts. 5, 6 y 7 RMD por parte del guardián en cuestión.

Las multas previstas en el art. 30 RMD para las infracciones graves —como son las infracciones de los arts. 5, 6 y 7 RMD, las violaciones de las medidas cautelares o el incumplimiento de los compromisos— pueden ascender hasta el 10 % del volumen de negocios total a nivel mundial del guardián en el ejercicio financiero anterior o hasta el 20 % en caso de incumplimiento reiterado. Para las infracciones menos graves —como la falta de información o el suministro de información completa o la negativa a permitir el registro— pueden imponerse multas de hasta el 1 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio económico anterior. Los problemas surgen con la formulación de la base de cálculo de la multa, dado que el guardián de acceso pertenece a una empresa y constituye una parte de ella (art. 3.9 RMD). No queda claro si las multas deben calcularse sobre el volumen de negocios de las empresas del guardián, sobre los servicios básicos de plataforma del guardián o solamente sobre el volumen de negocios del servicio básico de plataforma en cuestión. Con todo, tampoco está claro quién es el destinatario de la notificación de la sanción.

V. CONCLUSIONES

Primera. Las respuestas a las diversas consultas de la Comisión sobre cuestiones relativas a las plataformas digitales reflejan, en general, la necesidad de una intervención legislativa para hacer frente *ex ante* a las prácticas de los guardianes de acceso a los mercados, pues las normas de la competencia no están siendo suficientes para abordar dichos problemas. El RMD constituye

un paso en esa dirección, aunque son necesarios algunos ajustes y todavía quedan cuestiones sujetas a debate.

Segunda. Con el RMD, la UE ha optado por un modelo de regulación sectorial independiente, complementaria del derecho de la competencia, con el fin de someter los guardianes digitales a un control *ex ante* uniforme en toda la Unión. Pero debe reconocerse que ese carácter independiente resulta un tanto ambiguo, pues muchas de las prácticas prohibidas están cubiertas por el derecho de la competencia y se inspiran en él, al igual que las facultades de investigación y sanción de la Comisión. En cuanto al carácter complementario, asaltan las dudas sobre cómo se articularán las relaciones del RMD con las normas de defensa de la competencia de la UE y de los Estados miembro. Algunos ya han promulgado (*vg.* Alemania) o están desarrollando nuevas leyes dirigidas a las empresas tecnológicas, por lo que se va a generar un complejo marco normativo en este ámbito, con el consiguiente riesgo de solapamientos.

Tercera. El sistema de designación de los guardianes basado en criterios cuantitativos es sencillo de aplicar para la Comisión y para los sujetos afectados. Sin embargo, la ausencia de definición del concepto de servicio básico de plataforma resulta problemático. Se contiene una lista de cuáles son esos servicios y se prevé un procedimiento para modificarla, que es largo y costoso. Pero esta técnica legislativa no es eficiente para reaccionar con rapidez ante los cambios evolutivos de los mercados digitales, por lo que hubiera sido preferible una formulación que incluyera una definición abstracta, a modo de cláusula general, y que el listado tuviera una función ejemplificadora.

Cuarta. Otro de los problemas reside en que la designación de guardián de acceso se imputa al servicio básico de plataforma y no a la empresa, o empresas del grupo proveedor de esos servicios. Los efectos de conglomerado habituales en estos modelos de negocio pueden hacer que sea difícil verificar la efectiva existencia de servicios separados. Es previsible que haya problemas para su aplicación. Por ello, convendría reconsiderar la diferenciación conceptual entre guardián y empresa, pues este enfoque limitado a los guardianes podría llevar a eludir algunas normas del RMD.

Quinta. El RMD configura un sistema de control *ex ante* basado en unas obligaciones directamente aplicables para todos los guardianes sin posibilidad de justificación. Únicamente se prevé un diálogo normativo entre el guardián afectado y la Comisión en que esta determinará si las medidas planteadas por el guardián son suficientes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, la imposibilidad de justificación puede resultar desproporcionada y conllevar el riesgo de que queden prohibidos comportamientos que pueden ser también innovadores y racionales en materia de bienestar de los consumidores. Por ello, habría que reflexionar sobre la posibilidad de justificación, especialmente habida cuenta de la existencia de cuestiones no cerradas

en torno a las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7 RMD y la nocividad de algunas conductas. Habrá que realizar mejoras para que la estructura y el alcance de las obligaciones legales sean más claros y se adapten a futuros cambios.

Sexta. El RMD prevé que la Comisión sea la encargada de hacer cumplir las obligaciones de los guardianes digitales. No contempla la participación de las autoridades nacionales de la competencia, en consonancia con el objetivo de una aplicación práctica uniforme del Reglamento en el conjunto de la Unión. Pero no se entienden las razones para prescindir de las autoridades nacionales que podrían ocuparse de algunos asuntos, permitiendo liberar a la Comisión de áreas menos centrales de control y ejecución del Reglamento.

En definitiva, algunos de los contenidos del RMD deberían ser reconsiderados en ulteriores desarrollos normativos, como ya se ha apuntado a lo largo del trabajo. De hecho, el propio RMD, en sus disposiciones finales (arts. 46 ss.), contempla la previsión de que la Comisión adopte normas de desarrollo, directrices y actos delegados. Todo apunta a que la regulación de la esfera digital en los próximos años estará marcada por tratar de interpretar el alcance del RMD y sus límites y por los litigios derivados de ello.

Bibliografía

- Australian Competition and Consumer Commission (2019). *Digital platforms inquiry-final report*. Canberra: ACC. Disponible en: <https://bit.ly/2GtJULk>.
- Alfonso Sánchez, R. (2018). Economía colaborativa y derecho *antitrust*. *Centro de Estudios Financieros Legal*, 214, 35-66.
- Altzelai Uliondo, I. (2020). Mercados digitales: nuevos instrumentos frente al poder de mercado. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 26, 9.
- (2022). La modernización del abuso de poder de mercado en el derecho alemán. En A. Robles Martín-Laborda y E. Olmedo Peralta (eds.). *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia* (pp. 299-318). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt (2019). Algorithms and competition. *La Autorité De La Concurrence*, 6-11-2019. Disponible en: <https://bit.ly/3JtMiCm>.
- Basedow, J. (2021). Das rad neu erfunden: zum vorschlag für einen digital markets act reinventing the wheel: the proposal for a digital markets act. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 29. Disponible en: <https://bit.ly/3YBWxsl>.
- Bueno Armijo, A. (2022). Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea. *Revista de Administración Pública*, 218, 171-206. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.06>.
- Bundeskartellamt (2021). *Digital markets act: perspektiven des (inter)nationalen Wettbewerbsrechts*. Disponible en: <https://bit.ly/3FflK5k>.

- Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T. y Van Alstyne, M. (2021). *The European Union Digital Markets Act*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- Caffara, C. y Scott Morton, F. (2021). The European Commission Digital Markets Act: a translation. *VoxEu.org*, 5-1-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3ZR-mHIU>.
- Caffarra, C., Etro, F., Lathan, O. y Scott Morton, F. (2020). Designing regulation for digital platforms: why economists need to work on business models. *VoxEU.org*, 4-6-2020. Disponible en: <https://bit.ly/424TNHt>.
- Carugati, C. (2020). Regulation in the digital economy. Is ex ante regulation of «gatekeepers» and efficient and fair solution? *SSRN*, 26-06-2020. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3705928>.
- Cennamo, C. y Sokol, D. (2021). Can the European Union regulate platforms without stifling innovation? *Harvard Business Review*, 01-03-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3FhwgTs>.
- Colangelo, G. y Cappai, M. (2021). A unified test for the european ne bis in idem principle: the case study of digital markets regulation. *SSRN*, 27-10-2021. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3951088>.
- Colangelo, G. (2022). The digital markets act and the European Union antitrust enforcement: double and triple jeopardy. *International Center of Law and Economics*, 23-03-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3mGn9M1>.
- Crémer, J., Montjoye, I. A. y Schweitzer, H. (2019). *Competition policy for the digital era*. Bruselas: European Commission.
- De Streel, A., Cave, M., Feasey, R., Krämer, J. y Monti, G. (2020). *Digital Markets Act: making economic regulation of platforms fit for the digital age*. Bruselas: Centre on Regulation in Europe. Disponible en: <https://bit.ly/3LdQzLK>.
- Echebarría Sáenz, M. (2021). Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo. *Revista de Estudios Europeos*, 78, 154-182.
- Fernández Vicién, C. (2021). A new kid on the block: how will competition law get along with the direct market access? *Journal of European Competition Law and Practice*, 12 (4), 271-272. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab020>.
- Furman, J., Coyle, D., Fletcher, A., Marsden, P. y McAuley, D. (2019). *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*. London: HM Treasury.
- Geradin, D. (2021). What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the European Commission proposal for a digital market act? Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3788152>.
- Haus, F. C. y Weusthof, A. L. (2021). The digital markets act. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 71 (6), 318-324.
- Herguera García, I. (2021). Competencia y regulación de algunas plataformas digitales en la Unión Europea. Madrid: Fundación de Estudios de Economía Aplicada. Disponible en: <https://bit.ly/3kYLv3d>.
- Herrero Suárez, C. (2021). Big Data: ¿Hacia un nuevo instrumento de poder de mercado? En L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (dirs.). *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial* (pp.

- 341-357). Madrid: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4xr1.22>.
- Katsifis, D. (2022). Ne bis in idem and the direct market access: the Court of Justice of the European Union judgments in bpost and Nordzucker-Part I. *The Platform Law Blog* [blog], 28-03-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3T7IDxn>.
- Katsifis, D. (2022). Ne bis in idem and the direct market access: the Court of Justice of the European Union judgments in bpost and Nordzucker-Part II. *The Platform Law Blog* [blog], 29-03-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3JvumHE>.
- Katz, M. L. y Shapiro, C. (1985). Network externalities, competition and compatibility. *American Economic Review*, 75 (3), 224-240.
- Kommission Wettbewerbsrecht (2019). *Ein neuer wettbewerbsrahmen für die digitalwirtschaft* (Informes KW. Boletín KW; 4.0). Berlin:KW. Disponible en: <https://bit.ly/3JzjNTS>.
- Maillo González-Orús, J. y Verdeguer Segarra, M. (2022). The competition law dilemma of global governance and the European Union-China relationship. *Revista General de Derecho Europeo*, 56, 81-111.
- Morales Barceló, J. (2021). Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 28, 4.
- Organization for Economic Cooperation and Development. (2016). *Big data: bringing competition policy to the digital era* (Informes OECD. Boletín OECD; DAF/COMP(2016)14). Disponible en: <https://bit.ly/4005BIX>.
- (2020) *Lines of business restrictions* (Informes OECD. Boletín OECD; DAF/COMP/WP2-1). Disponible en: <https://bit.ly/4262Rf7>.
- Olmedo Peralta, E. (2021). Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones. El controvertido uso de las cláusulas de nación más favorecida (*most favoured nation*). *Revista General de Derecho de Turismo*, 4.
- Parker, G., Petropoulos, G. y Van Alstyne, M. W. (2020). *Digital platforms and anti-trust*. Cambridge MA: Massachusetts Institute of Technology. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3608397>.
- Podszun, R. (2021). Should gatekeepers be allowed to combine data? Ideas for Art. 5(a) of the draft Digital Markets Act. Düsseldorf: Universidad Heinrich Heine. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3860030>.
- Polley, R. y Konrad, F. A. (2021). Der Digital Markets Act - Brüssels neues regulierungskonzept für digitale märkte. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 71 (4), 198-206.
- Posner, R. A. (1975). *Theories of economic regulation*. New York: National Bureau of Economic Research. Disponible en: <https://doi.org/10.3386/w0041>.
- Robles Martín-Laborda, A. (2016). Posición de dominio, mercado relevante y regulación de las plataformas colaborativas. *Almacén de Derecho*, 20-11-2016. Disponible en: <https://bit.ly/3yvIbzw>.
- Robles Martín-Laborda, A. (2017). Plataformas digitales y control de concentraciones: la relevancia de los efectos de red. *Almacén de Derecho*, de 29-9-2017. Disponible en: <https://bit.ly/3FjpNOc>.

- Rodríguez Rodríguez, D. (2021). Trece cuestiones sobre la regulación en telecomunicaciones. *Estudios sobre la economía española*, 1-50. Disponible en: <https://bit.ly/3TajthC>.
- Schweitzer, H., Haucap, J., Kerber, W. y Welker, R. (2018). *Modernisierung der missbrauchsaufsicht für marktmächtige unternehmen, endbericht*. Berlin: Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi). Projekt, 66/17. Disponible en: <https://doi.org/10.5771/9783845296449>.
- Schweitzer, H. (2020). *The new competition tool: its institutional set up and procedural design*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- Steimberg, P., L'Hoest, R. y Käseberg, T. (2021). Digitale plattformen als herausforderung für die Wettbewerbspolitik in der Europäische Union. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 71 (7-8), 414-417.
- Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2 (1), 3-21. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3003160>.
- Stigler Committee on Digital Platforms. (2019). *Final Report. Stigler Committee on Digital Platforms: Policy Brief*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Disponible en: <https://bit.ly/406z11D>.
- Tudor, E. C. (2021). Las prácticas anticompetitivas en las plataformas digitales. Una especial referencia a la Digital Markets Act. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 76, 59-76.
- Velasco San Pedro, L. A. (2021). El papel del derecho de la competencia en la era digital. *Revista de Estudios Europeos*, 78, 93-110.
- Vezzoso, S. (2020). The app marketplaces battle royale. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 70 (10), 505-506.
- (2021). Interoperability between competition law and the proposed Digital Markets Act. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 71 (7-8), 422-426.
- Whish, R. (2020) *New Competition tool: legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the United Kingdom market investigation tool*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- Zimmer, A. y Göhsl, J.F. (2021). Vom new competition tool zum Digital Markets Act: die geplante European Union regulierung für digitale gatekeeper. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 19 (1), 29-61. Disponible en: <https://doi.org/10.15375/zwer-2021-0105>.