

# LA REGULACIÓN EUROPEA DE LOS MERCADOS DIGITALES: JUSTIFICACIÓN, TÉCNICAS Y LÍMITES

CLAUDIA HERNÁNDEZ LÓPEZ  
Universidad de La Laguna

## *Cómo citar/Citation*

Hernández López, C. (2023).

La regulación europea de los mercados digitales:  
justificación, técnicas y límites.

*Revista de Administración Pública*, 221, 121-148.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.04>

## *Resumen*

La concentración del poder en las grandes empresas tecnológicas ha dado lugar a una restricción de la competencia en los mercados digitales. Para abordar este problema, la Unión Europea ha aprobado el Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital. Este novedoso marco regulatorio tiene como objetivo fomentar la competencia imponiendo obligaciones a los guardianes de acceso, lo que implica limitar el ejercicio de ciertas libertades económicas reconocidas por el TFUE. Este trabajo analiza la justificación de las medidas adoptadas, las técnicas regulatorias empleadas y los límites a las restricciones impuestas.

## *Palabras clave*

Mercados digitales; técnicas regulatorias; guardianes de acceso; razones imperiosas de interés general.

**Abstract**

The concentration of power in big tech has led to a restriction of competition in digital markets. To address this issue, the European Union has approved Regulation (EU) 2022/1925, on contestable and fair markets in the digital sector, on September 14, 2022. This novel regulatory framework aims to promote competition by imposing obligations on gatekeepers, which entails limiting the exercise of certain economic freedoms recognized by the TFEU. This paper analyzes the justification for the adopted measures, the regulatory techniques employed, and the limits to the imposed restrictions.

**Keywords**

Digital markets; regulatory techniques; gatekeepers; overriding reason relating to the public interest.

## SUMARIO

---

I. EL CRECIMIENTO DE LAS *BIG TECH*: 1. Las características del negocio: datos, efectos de red y economías de escala. 2. Las estrategias para acrecentar y mantener su poder: un obstáculo para el derecho de la competencia. II. LA RESPUESTA EUROPEA: REGULAR PARA LA COMPETENCIA. III. LOS TÍTULOS QUE JUSTIFICAN LA REGULACIÓN: 1. Los presupuestos de una intervención pública regulatoria en los mercados digitales. 2. La reducción de barreras de entrada y la prevención de la competencia desleal. 3. La protección de consumidores y destinatarios. 4. La tutela del orden público. IV. LAS TÉCNICAS REGULATORIAS UTILIZADAS: 1. El ámbito de aplicación: los sujetos y las actividades: 1.1. *Los guardianes de acceso: el riesgo regulatorio que deriva de la designación.* 1.2. *Las actividades: una recopilación de la casuística de las últimas décadas.* 2. Las obligaciones: técnicas regulatorias adaptadas al sector. 3. La autoridad competente. V. LOS LÍMITES A LA INTERVENCIÓN: NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. VI. UN PRIMER PASO EN LA REGULACIÓN DE LOS —NECESARIOS— MERCADOS DIGITALES.

---

## I. EL CRECIMIENTO DE LAS *BIG TECH*

### 1. LAS CARACTERÍSTICAS DEL NEGOCIO: DATOS, EFECTOS DE RED Y ECONOMÍAS DE ESCALA

Desde hace años el poder económico de muchas compañías radica en la capacidad de recopilar, almacenar y analizar datos. Esta realidad se manifiesta en negocios como los liderados por Microsoft, Apple, Amazon, Alphabet, Alibaba o Facebook, que se diferencian de las empresas convencionales por su excepcional capacidad de procesamiento de información<sup>1</sup>. Esto no solo ha favorecido su crecimiento, sino que también funciona como una barrera de entrada para otras com-

---

<sup>1</sup> Todas esas compañías están en los puestos más altos del *ranking* global de empresas por capitalización bursátil. Véase el documento *Top 100 companies by market capitalization*, Price Waterhouse Cooper, marzo 2022. Disponible en: <https://xurl.es/zxhbo>.

pañías similares que intenten acceder al mercado. Sin acceso a los datos o a herramientas que garanticen la portabilidad real o la interoperabilidad, resulta prácticamente imposible competir con ellas. Como resultado, se produce un efecto de cautividad en los usuarios, lo que les permite alcanzar una posición de dominio y, a su vez, ha favorecido una elevada concentración en los mercados digitales<sup>2</sup>.

Hasta hace poco, los datos no eran un factor determinante para medir el poder de una empresa en un mercado o realizar análisis sobre la competencia, ya que no ofrecían una ventaja competitiva clara<sup>3</sup>. Normalmente se partía del

<sup>2</sup> Sobre la nueva regulación de los mercados digitales véanse A. Boix Palop (2021) «Digital Platform Competition Regulatory Challenges», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 8, págs. 1-35; E. Arroyo Amayuelas, Y. Martínez Mata, M. Rodríguez Font y M. Tarrés Vives (2021), *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, Madrid: Marcial Pons; L. de la Torre Martínez (2022) «Régimen jurídico de las plataformas digitales: con y sin prestación de servicios», en L. de la Torre Martínez (coord.) y E. Carbonell Porras (dir.), *Gobiernos locales y economía colaborativa*, Madrid: Iustel, págs. 95-104; J. Vida Fernández (2022), «Una panorámica del puzzle de la regulación digital en la Unión Europea: telecomunicaciones, audiovisual, mercados y servicios digitales, datos, inteligencia artificial, ciberseguridad y derechos digitales», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 10, págs. 1-31; J. J. Montero Pascual (2022), «La regulación de las plataformas digitales en la propuesta de Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea», en E. Ortega Burgos (dir.), *Nuevas tecnologías 2022* (págs. 359-388), Valencia: Tirant lo Blanch.

Para una aproximación desde el derecho mercantil véase J. I. Ruiz Peris (2021), «Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: La nueva propuesta europea de Digital Market Act», en J. Martí Miravals (dir.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados* (págs. 29-64), Valencia: Tirant lo Blanch; en la misma obra, F. Díez Estella (2021), «El abuso de dominio por las plataformas digitales: Google en el banquillo» (págs. 111-132); A. Zurimendi Isla (2021), *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la Competencia*, Navarra: Aranzadi; C. Rodilla Martí (2021), «Los mercados de plataformas digitales: entre el Derecho de la Competencia y la regulación», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 8, págs. 1-23; A. Martínez Nadal (2021), «La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (Digital Markets Act): una aproximación jurídica», en A. Martínez Nadal (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* (págs. 115-134), Navarra: Aranzadi; E. Olmedo Peralta (2022), «Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?», *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial III* (págs. 87-116), Granada: Comares; I. Altzelai Uliondo (2023), «Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del derecho de la competencia en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, págs. 147-189.

<sup>3</sup> L. López de Castro García-Morato y G. Ariño Ortiz (2003), *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercado de empresas*, Granada: Comares; J. M. Baño León (2016), «La evolución del derecho de la competencia y su irradiación en el derecho público», *Revista de Administración Pública*, 200, págs. 295-314; J. C. Laguna de Paz (2019), «Ámbito de aplicación del derecho de la competencia», *Revista de Administración Pública*, 208, págs. 17-49; A. B. Campuzano Laguillo, A. Palomar Olmeda, R. Terol Gómez y C. Calderón (2022), *El Derecho de la Competencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

precio y sus variaciones en un mercado relevante. Sin embargo, es evidente que esos parámetros tradicionales no encajan adecuadamente en los mercados digitales. Ni el mercado relevante se puede delimitar perfectamente ni los servicios se ofrecen a cambio de un precio puesto que la mayoría son gratuitos —en términos monetarios—. Esto convierte a los datos en elemento inexcusable en el análisis y la regulación de los mercados digitales<sup>4</sup>.

Las plataformas también se benefician de los denominados efectos de red. Estos surgen cuando la utilidad de un determinado producto o servicio crece conforme aumenta el número de personas que recurren al mismo. En general, cuantas más personas utilicen una plataforma digital, mayor es la experimentación a través de prueba y error y, por tanto, más probable es que los algoritmos puedan aprender de las preferencias de los usuarios acertando cada vez más en los resultados. Esto, a su vez, atraerá a otros usuarios hacia la plataforma y permitirá obtener mayores ingresos por publicidad y servicios de pago. Esas compañías se benefician de unos bucles de retroalimentación de usuarios: a más usuarios, más datos; a más datos, mejor calidad del servicio y mayor posibilidad de captar más usuarios; y con el crecimiento de usuarios viene el incremento de ingresos<sup>5</sup>.

Las ventajas generadas por los efectos de red son tan grandes que las compañías tecnológicas se esmeran continuamente por acceder a más áreas de actividad de sus usuarios para obtener más datos y mejorar el servicio: Google, por ejemplo, accede al historial de búsquedas, al mail, al calendario, a las ubicaciones, etc., y como resultado, ofrece mejores servicios a sus usuarios. Este círculo tiende a acentuarse cuando se dirige la estrategia hacia la cautividad de modo que los usuarios están obligados a utilizar un servicio para acceder a otro. Ese tipo de conductas intensifican los efectos de red debido a que se ofrece un servicio completo y los competidores resultan debilitados<sup>6</sup>.

Como se puede observar, los efectos de red tienden a reducir el nivel de competencia al dificultar la entrada o expansión en un mercado. La principal razón es que en el mundo digital la utilidad que los consumidores obtienen de un bien o servicio depende, en parte, del número de usuarios que el producto o servicio tenga<sup>7</sup>. Esto convierte a los efectos de red en barrera de entrada debido a que un competidor potencial, sin acceso a los usuarios, no podrá acceder al mercado.

Con todo, es importante subrayar que no siempre los efectos de red favorecen el crecimiento de la plataforma. A veces pueden funcionar en sentido inverso.

---

<sup>4</sup> C. Herrero Suárez (2018), «La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la Competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 23, págs. 11-30.

<sup>5</sup> B. H de Peyer (2018), «EU Merger Control and Big Data», *Journal of Competition Law and Economics*, 13:4, págs. 767-790.

<sup>6</sup> N. Srnicek (2018), *Capitalismo de plataformas*, Buenos Aires: Caja negra (págs. 101 y sigs.).

<sup>7</sup> M. Silos Rivas (2019), «Competencia y plataformas», *Cuadernos Económicos de ICE. ¿Economía colaborativa?: antecedentes, situación y desafíos en su regulación*, 97, págs. 101-131.

Por ejemplo, cuando un grupo de usuarios abandona una plataforma, la sustituye o simplemente deja de utilizarla, también se genera un efecto de red inverso<sup>8</sup>. En cualquier caso, lo relevante en este punto es que las plataformas digitales se benefician de los efectos de red.

Por último, se puede destacar que el modelo de negocio de las plataformas digitales también se caracteriza por la creación de economías de escala. Estas compañías, en sus inicios, suelen priorizar el crecimiento a corto plazo frente a la obtención de beneficios<sup>9</sup>. Con frecuencia buscan maximizar el valor a largo plazo mediante la generación de efectos de red. Una vez que ya acumulan un número considerable de usuarios, el tratamiento de datos adicionales tiene un coste marginal bajo y, además, los datos —obtenidos gratuitamente— ayudan a mejorar el servicio, pues hacen a la plataforma mucho más predictiva. Esto intensifica el efecto de red y tiene la consecuencia de crear economías de escala, pero también supone un riesgo para la competencia en tanto que puede funcionar como barrera de entrada ya que dificulta el acceso de competidores al no poder cubrir costes hasta pasado un período largo de tiempo.

## 2. LAS ESTRATEGIAS PARA ACRECENTAR Y MANTENER SU PODER: UN OBSTÁCULO PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las características descritas hacen que las plataformas digitales sean propensas a ganar poder de mercado y favorecen altos niveles de concentración<sup>10</sup>. Además, para mantener su poder, han desarrollado un conjunto de estrategias que afectan intensamente a la competencia. Sin ánimo de ser exhaustivos, destacan las siguientes:

- Se benefician de barreras de entrada de los mercados donde operan. Como se apuntó, los mercados digitales atribuyen a las empresas establecidas una

<sup>8</sup> D. S. Evans y R Schmalensee (2018), «Debunking the ‘Network Effects’ Bogeyman», *Regulation*, 40:4, págs. 36-39.

<sup>9</sup> Ejemplo de ello es el caso de Amazon, donde los inversores permitieron que creciera sin exigir beneficios priorizando la rentabilidad a medio plazo. Sobre esto, por todos, L. Khan (2016), «Amazon’s Antitrust Paradox», *Yale Law Journal*, 126, págs. 711-805.

<sup>10</sup> Esta situación ha generado un importante debate a nivel mundial sobre los riesgos asociados a la concentración de poder en los mercados digitales. Así lo evidencian estudios promovidos por distintas instituciones: en 2019, la Junta de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de Naciones Unidas publicó el informe «Cuestiones de competencia en la economía digital»; ese mismo año la Comisión Europea publicó el informe «Competition Policy for the Digital Era» y la Competition and Markets Authority el informe «Online platforms and digital advertising market study»; en octubre de 2020, una Comisión del Congreso de Estados Unidos, creada específicamente para estudiar el poder de las plataformas, publicó el informe «Investigation of competition in digital markets. Majority staff reports and recommendations».

ventaja sobre los competidores potenciales y dificultan la entrada a terceros. Las más relevantes coinciden con las características del negocio antes explicadas: control de datos de alto valor, efectos de red, economías de escala y, también, costes de cambio derivados del efecto de cautividad. Todo ello ha hecho que se conviertan en auténticas puertas de acceso para empresas emergentes e incluso para usuarios profesionales; son auténticos *gatekeepers* y se aprovechan de ello.

- Otra de las estrategias es el autofavorecimiento. La plataforma dominante da un tratamiento privilegiado a la venta o contratación de sus productos o servicios en detrimento de los competidores y, además, mejora su posición mediante la utilización de datos de los propios competidores que obtiene gracias a que con frecuencia actúa, al mismo tiempo, como infraestructura en la que se realizan las transacciones y como competidor<sup>11</sup>.
- Además de dominar sus mercados, estas plataformas suelen expandirse hacia mercados conexos que vinculan a sus actividades principales<sup>12</sup>. Prestan servicios en mercados adyacentes con el fin de obtener más datos y crear dependencia en sus usuarios. Para lograrlo suelen ofrecer servicios gratuitos complementarios que sostienen con los ingresos obtenidos en otras actividades. Esto implica prestar a coste bajo un servicio de coste elevado. De ese modo pueden saltar de un mercado a otro manteniendo continuamente una posición de dominio que heredan del mercado anterior<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> La calificación del autofavorecimiento como abuso de posición de dominio no es una cuestión exenta de controversias. Al respecto, el informe de la Comisión Europea sobre competencia en la era digital señaló que, por un lado, se podría argumentar que dar un trato preferencial a los productos propios es una recompensa justa por la gestión de la plataforma, pero, por otro, cuando una plataforma dominante se autofavorece, el efecto distorsionador en los mercados puede ser sustancial y ello podría constituir una forma desproporcionada de recompensa. En las plataformas digitales integradas en mercados adyacentes, donde además hay altas barreras de entrada, el informe propuso que, en la medida en que la plataforma desempeñara una función reguladora —fijando normas y controlando el mercado—, debía soportar la carga de demostrar que la autopreferencia no tenía efectos adversos sobre la competencia. Véase el documento European Commission, Directorate-General for Competition, Y. Montjoye, H. Schweitzer, J. Crémer (2019), *Competition policy for the digital era*, Publications Office: <https://xurl.es/n3v0j>, págs. 65 y sigs.

<sup>12</sup> La independencia con la que actúan las empresas tecnológicas indica la existencia de una posición de dominio. Sobre esto véanse las SSTJUE *Hoffmann-La Roche/Comisión* (85/76) y *Deutsche Telekom/Comisión* (C-280/08).

<sup>13</sup> La presencia de las grandes compañías digitales en multitud de mercados se puede verificar en sus propios informes anuales. Sin ir más lejos, el informe anual del ejercicio 2021 de Alphabet señaló que, además de los ingresos publicitarios, obtenía ingresos procedentes de tarifas de licencias y servicios —sin especificar cuáles—, de la nube, de la venta de juegos, de la venta de productos de *hardware*, de las suscripciones a YouTube y de otras apuestas y estos se encuentran en sus etapas iniciales de desarrollo. Además, expuso que se preten-

- Otra estrategia destacada son las concentraciones, donde no solo crecen y se hacen con el control absoluto de una actividad, sino que acceden a millones de datos que pueden combinar<sup>14</sup>. Las plataformas digitales deben parte de su dominio a esas operaciones, que han mejorado la competencia al permitir la prestación de nuevos servicios, pero también han favorecido grandes concentraciones en el control de datos no reproducibles de alto valor. Normalmente estas operaciones incrementan el poder de mercado y restringen significativamente la competencia —se incrementa el control sobre los datos, se eliminan las amenazas competitivas, se levantan barreras de entrada, etc.—. Esto ha generado preocupaciones que pueden ser particularmente graves si esas transacciones se convierten en un modo de operar habitual, tal y como parece que está ocurriendo. Con todo, los organismos competentes no suelen bloquear las fusiones y adquisiciones, puesto que usualmente no superan los umbrales fijados en la normativa o no encajan en los parámetros que permiten calificar a ese tipo de operaciones como anticompetitivas<sup>15</sup>.
- Por último, se encuentran las *killer acquisitions*, donde estas compañías compran pequeñas empresas innovadoras que en el futuro pueden suponer una amenaza para sacarlas del mercado. Las innovaciones típicas de los mercados tecnológicos podrían servir para combatir las posiciones de dominio. Por ello es frecuente que adquieran pequeñas compañías innovadoras por valores muy superiores a su precio de mercado para evitar la competencia futura<sup>16</sup>.

---

den expandir en áreas estratégicas y construir alianzas fuertes. Véase el documento *Annual report pursuant to section 13 or 15(d) of the securities exchange act of 1934, for the fiscal year ended December 31, 2021*. Alphabet Inc.

<sup>14</sup> F. Díez Estella (2019), «Capítulo 13. La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam y el Informe de la Comisión Europa de abril 2019)», en M. A. Recuerda Girela (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia* (págs. 231-262), Madrid: Civitas.

<sup>15</sup> Sirva de ejemplo el caso de WhatsApp, que no ofrecía un servicio de redes sociales, sino una aplicación de comunicaciones para *smartphones*, por lo que no estaba en el mismo mercado relevante que Facebook. Es decir, Facebook solo competía con WhatsApp en un segmento concreto que, al mismo tiempo, era un mercado independiente. De hecho, Facebook se esmeró en subrayar que los datos que iba a obtener de WhatsApp eran de *utilidad marginal para los fines publicitarios y no mejorarían la capacidad de Facebook de dirigirse a anuncios en sus servicios*. Esto concluyó en la aprobación de la operación que posteriormente ha sido cuestionada. Véase la Decisión de la Comisión por la que se declara la compatibilidad, asunto *M.7217-Facebook/Whatsapp*.

<sup>16</sup> Algunos autores las han equiparado a las «compras asesinas» de la industria farmacéutica. Véase C. Cunningham, F. Ederer y S. Ma (2021), «Killer Acquisitions», *Journal of Political Economy*, 129:3, págs. 649-702.



Lo explicado indica la existencia de claras anomalías en el funcionamiento de los mercados digitales. Pese a ello, el derecho de la competencia no ha logrado resolverlas. La razón principal es que esta rama del derecho se centra en las conductas que tengan un impacto significativo en los mercados o que sean realizadas por empresas que abusan de su posición dominante<sup>17</sup>. Sin embargo, en los mercados digitales resulta difícil detectar este tipo de situaciones, ya que los parámetros tradicionales para evaluar un daño, como el precio, no siempre son aplicables en estos entornos<sup>18</sup>. Parece que variables como el volumen de usuarios, los efectos de red o el manejo de datos podrían aportar información más valiosa que los criterios tradicionales<sup>19</sup>. A ello hay que añadir que el derecho de la competencia interviene generalmente después de que se ha causado un daño —es decir, de forma *ex post*—. Sin embargo, en los mercados digitales, esto puede resultar poco efectivo debido a que la Administración pública suele contar con recursos limita-

<sup>17</sup> El art. 102 del TFUE tiene por objeto evitar que las empresas con una posición dominante en el mercado obstaculicen la competencia mediante el uso de medios que difieren de los que se utilizan en una competencia normal. Al respecto, véase la STJUE *Servizio Elettrico Nazionale* (C-377/20). Sobre el ámbito de aplicación del derecho de la competencia, por todos, J. C. Laguna de Paz (2019).

<sup>18</sup> Tal y como señalan G. Ariño Ortiz y L. López de Castro García Morato (2003), *La competencia en sectores regulados*, Granada: Comares (págs. 106-110), en el derecho de la competencia, la sanción de determinadas conductas exige definir el contexto en el que se desarrolla la rivalidad competitiva —delimitación del mercado relevante—. Los criterios comúnmente utilizados para delimitar el mercado, como el tipo de producto o la ubicación geográfica, no son aplicables a las plataformas, ya que estas operan en mercados globales de dos lados con características muy particulares y variables. Su función es actuar como intermediario entre los usuarios que pertenecen a mercados diferentes y conectar a dos partes que tradicionalmente se habrían considerado pertenecientes a mercados independientes. Además, las plataformas desarrollan actividades altamente dinámicas y con expansión global que no están definidas geográficamente. Igualmente inexistencia de precios en muchos de los servicios que ofrecen y la unificación de servicios que pertenecen a distintos mercados también hacen ineficaces a las reglas clásicas. En consecuencia, el análisis de la cuota de mercado mediante criterios tradicionales no es una herramienta adecuada para cuantificar el poder de las plataformas. En particular, sobre la dificultad de aplicar los parámetros clásicos en los mercados digitales, A. Strowel y W. Vergote (2018), «Digital Platforms: To Regulate or Not To Regulate? Message to Regulators: Fix the Economics First, Then Focus on the Right Regulation», en B. Devolder (ed.), *The Platform Economy. Unraveling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge: Intersentia; también J. I. Ruiz Peris (2021), C. Rodilla Martí (2021) y F. Díez Estella (2021).

<sup>19</sup> Esta forma de análisis fue utilizada por la Comisión Europea en el caso de Apple/Shazam. Véase la Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018, asunto M.8788 - *Apple/Shazam*, párr. 317 a 325. Posteriormente, en el informe anual sobre política de competencia de 2019 del Parlamento Europeo, se refirió a este asunto y solicitó a la Comisión que tuviera en cuenta a los efectos del poder de mercado asociados a los datos. Véase el informe anual de 2019 (2019/2131—INI—), Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, párr. 23.

dos en comparación con las grandes empresas tecnológicas. Los procedimientos a menudo se eternizan, lo que puede generar posiciones inexpugnables para los operadores.

La situación comentada evidencia las limitaciones del derecho de la competencia para abordar el aumento de las barreras de entrada y prevenir las prácticas desleales en los mercados digitales. Estos mercados presentan retos únicos que exigen un enfoque jurídico distinto que complemente y supla las deficiencias de las normas de defensa de la competencia. Esto ha llevado a la UE a aprobar un marco regulatorio específico.

## II. LA RESPUESTA EUROPEA: REGULAR PARA LA COMPETENCIA

En 2022 la UE aprobó un paquete regulatorio sobre servicios digitales que contiene dos textos normativos: por un lado, el Reglamento 2022/2065 de 19 de octubre de 2022 de Servicios Digitales, también conocido como Ley de Servicios Digitales —DSA, por sus siglas en inglés—; y por otro, el Reglamento 2022/1925 de 14 de septiembre de 2022, de Mercados Digitales, también conocido como Ley de Mercados Digitales —DMA, por sus siglas en inglés—.

El primero —DSA— se orienta a proteger a los usuarios frente a los contenidos ilícitos en entornos como las redes sociales. Su objeto es garantizar la seguridad en el uso de las plataformas mediante la imposición de obligaciones de diligencia y transparencia respecto a los contenidos que se publican en ellas. Esta norma persigue trasladar al mundo digital aquello que está plenamente aceptado en el mundo físico. Para lograrlo se establecen mecanismos para que las plataformas retiren contenidos, servicios o productos ilegales. Por sus características y configuración probablemente incidirá en la competencia, pero no es su fin principal.

El segundo —DMA— tiene por objeto promover la competencia en los mercados digitales. Para lograrlo, la norma parte de la siguiente presunción: las grandes compañías tecnológicas, por el simple hecho de serlo, ocupan una posición de dominio que les permite inclinar el mercado a su favor y ello legitima la imposición de determinadas restricciones mediante la regulación. Por ello se prevé que, cuando cumplan unos requisitos establecidos en la norma, serán designadas como *guardianes de acceso* —*gatekeepers*— y ello conllevará la sujeción a un conjunto de obligaciones.

Este reglamento no se aprueba en el marco de lo previsto en el art. 103 del TFUE, puesto que su objeto no es concretar, ni adaptar los principios y prohibiciones del derecho de la competencia contenidos en los arts. 101 y 102 del Tratado. No es un instrumento de intervención *ex post*. Al contrario, es un instrumento regulatorio —*ex ante*— orientado a evitar prácticas anticompetitivas en los mercados digitales y a establecer mecanismos de supervisión y control específicos.

### III. LOS TÍTULOS QUE JUSTIFICAN LA REGULACIÓN

#### 1. LOS PRESUPUESTOS DE UNA INTERVENCIÓN PÚBLICA REGULATORIA EN LOS MERCADOS DIGITALES

El derecho de la UE admite la regulación cuando sea necesaria para asegurar la libertad de entrada, de contratación o el acceso a redes. Incluso es posible utilizarla para limitar la libertad de empresa con el objeto de promover la competencia y corregir fallos de mercado<sup>20</sup>. Ahora bien, cualquier intervención en ese sentido debe estar adecuadamente justificada, puesto que las libertades reconocidas en el TFUE impiden, de forma general, cualquier tipo de limitación a las mismas —arts. 49 y 56 del TFUE—<sup>21</sup>.

Solo se admiten restricciones a esas libertades cuando existan razones de *orden público, seguridad o salud pública* que las justifiquen —art. 52 del TFUE— o, en su defecto, cuando existan *razones imperiosas de interés general* admitidas por el TJUE —*la protección de la seguridad y la salud, el medio ambiente, los derechos de consumidores y de los trabajadores o la prevención de la competencia desleal*, entre otras—. Así, solo cuando exista un motivo de interés público que lo justifique se podrá alterar el normal funcionamiento de los mercados mediante una intervención pública regulatoria como la realizada con la DMA.

Este reglamento restringe algunas de las libertades mencionadas mediante la imposición de obligaciones a las grandes tecnológicas. Con todo, a diferencia de lo que ocurre en los sectores fuertemente intervenidos, guarda silencio a la hora de expresar si esas restricciones se amparan en alguna de las causas de *orden público, seguridad o salud* previstas en el TFUE o en alguna *razón imperiosa de interés general* de las admitidas por el TJUE. El texto no incluye ninguna referencia

---

<sup>20</sup> Sobre regulación, S. Muñoz Machado (2009), «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (págs. 15-244), Madrid: Iustel; A. Betancor Rodríguez (2010), *Regulación: Mito y Derecho: Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Madrid: Civitas; J. A. Santamaría Pastor (dir.) y R. Caballero Sánchez (coord.) (2011), *Técnicas de regulación para la competencia*, Madrid: Iustel; R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge (2012), *Understanding. Regulation. Theory, Strategy and Practice*, New York: Oxford University Press; A. Ruiz Ojeda (dir.) (2013), *Fundamentos de Regulación y competencia*, Madrid: Iustel; J. C. Laguna de Paz (2016), *Derecho administrativo económico*, Madrid: Civitas; I. del Guayo Castiella (2017), *Regulación*, Madrid: Marcial Pons; N. Ruiz Palazuelos (2018), *Regulación económica y estado de derecho*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Tirant lo Blanch; F. J. Villar Rojas (2021), «La actividad administrativa regulatoria», en P. Menéndez (dir.), A. Ezquerro Huerva (dir.), *Lecciones de Derecho Administrativo* (págs. 704-744), Navarra: Aranzadi; J. Esteve Pardo (2021), *Principios de Derecho Regulatorio*, Madrid: Marcial Pons.

<sup>21</sup> Véase S. E. Franco Escobar (2017), *La Autorización Administrativa en los Servicios de Interés Económico General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

explícita que indique cuáles son los motivos de interés público que justifican su aprobación. Sin embargo, es posible identificar varios de estos motivos.

En la exposición de motivos de la norma se mencionan las razones que han impulsado la aprobación del reglamento y muchas de ellas se aproximan a algunos de los motivos de interés público admitidos por la jurisprudencia y el Tratado, como la «escasa disputabilidad y prácticas desleales en el sector digital (cdo. 13), los desequilibrios en el poder de negociación... en detrimento de los precios, la calidad, la competencia leal, las opciones y la innovación en el sector digital (cdo. 4), la fragmentación del mercado interior (cdo. 6) u orden público (cdo. 35)».

Asimismo, de la lectura del art. 1.1 también es posible deducir que las razones que justifican la regulación recuerdan a motivos de interés público aceptados por el TJUE. En particular, ese precepto señala que el reglamento persigue «contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas que garanticen a todas las empresas, en toda la Unión, la equidad y la disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales». Esto, dicho en otras palabras, significa que la UE tiene como fines, por un lado, unificar toda la normativa sobre este asunto; y por otro, promover la competencia allí donde haya guardianes de acceso para proteger, en última instancia, a los usuarios profesionales y finales de las plataformas.

Respecto a la *armonización* del mercado interior, debe recordarse que algunos Estados miembros ya habían adoptado medidas regulatorias antes de la aprobación de la DMA<sup>22</sup>. Eso estaba generando cierta fragmentación, por lo que, tal y como señala el art. 114 del TFUE, la aprobación de regulación estaría justificada.

Ahora bien, ese primer fin del reglamento da cobertura a su aprobación, pero no justifica la imposición de restricciones a determinadas libertades. Esas restricciones se vinculan con los demás objetivos mencionados, como *el correcto funcionamiento del mercado interior* o la *equidad y la disputabilidad en beneficio de los usuarios profesionales y finales*. Si bien ninguno de ellos coincide textualmente con las razones imperiosas de interés general admitidas por el TJUE o con las causas previstas en el TFUE, el acervo jurisprudencial comunitario recoge razones imperiosas de interés general que, aunque no se ajustan literalmente a los fines del reglamento, tienen un significado equivalente: la *reducción de barreras de entrada*<sup>23</sup> junto con *prevención de la competencia desleal*<sup>24</sup>; y la *protección de los destinatarios de los servicios* o la *protección de consumidores*<sup>25</sup>.

Por último, además de lo anterior, el reglamento también descansa en el *orden público* como motivo que permite imponer ciertas restricciones a la liber-

<sup>22</sup> De ello da cuenta el informe «Competition Policy for the Digital Era» (pág. 125).

<sup>23</sup> Por todas, STJUE *Deutsche Telekom/Comisión* (C-152/19).

<sup>24</sup> Por todas, STJUE *Wolff & Müller* (C-60/03).

<sup>25</sup> Véanse las SSTJUE *Zenatti* (C-67/98); *Anomar y otros* (C-6/01), *Placanica* (C-338/04); *Stanley International Betting Ltd and Stanleybet Malta Ltd v Ministero dell'Economia e delle Finanze* (C-375/17).

tad económica —art. 52 del TFUE—. La referencia aparece en el cdo. 35, que expresa lo siguiente: «las obligaciones establecidas... son necesarias para abordar las preocupaciones de orden público identificadas, ya que no existen medidas alternativas menos restrictivas que puedan lograr efectivamente el mismo resultado, teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar el orden público».

## 2. LA REDUCCIÓN DE BARRERAS DE ENTRADA Y LA PREVENCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La DMA tiene entre sus fines promover la *disputabilidad* y *prevenir las prácticas desleales*<sup>26</sup>. Esto lo confirma el capítulo III, que se dedica íntegramente a las *prácticas que limitan la disputabilidad o son desleales* y en él se describen de forma exhaustiva todas las obligaciones y prohibiciones impuestas a determinados operadores —guardianes de acceso— orientadas a eliminar barreras de entrada o a prevenir conductas desleales.

Las barreras de entrada dificultan la competencia y tienen como resultado la elevación de los precios, la reducción de la calidad o la limitación de la oferta de productos o servicios. Por ello, no cabe duda de que su eliminación garantiza la contestabilidad del mercado y favorece la competencia. Pese a que el TJUE, hasta ahora, no ha señalado de forma expresa que la *eliminación de barreras de entrada* sea una razón imperiosa de interés general, en reiteradas ocasiones ha afirmado la importancia de la inexistencia de obstáculos de acceso que garanticen una competencia efectiva. En consecuencia, la eliminación de las barreras existentes en los mercados digitales podría ser considerada como un motivo de interés público que da cobertura a las restricciones impuestas a los operadores. Ejemplo de ello fue el asunto *Groupement des cartes bancaires*, donde el TJUE señaló que el establecimiento de una tarifa mínima para las transacciones con tarjeta de crédito tenía el efecto de limitar la entrada de nuevos competidores en el mercado, lo que constituía una restricción a la competencia contraria a las normas de la UE<sup>27</sup>.

La *prevención de la competencia desleal* sí fue admitida tempranamente por el TJUE como razón imperiosa de interés general. Pese a ello, apenas es posible encontrar sentencias que expliquen con detalle su significado<sup>28</sup>. Las existentes se limitan a señalar que la prohibición de retribuir a determinados trabajadores desplazados a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo se justifica, entre otras cosas, en la *prevención de la competencia desleal*. Pese a lo anterior, la definición de lo que deba entenderse por *prácticas desleales* se encuentra prevista

<sup>26</sup> La DMA utiliza el término «disputable» en su versión en español, mientras que en su versión en inglés utiliza la palabra «contestable». Ambas palabras hacen referencia a la libertad de entrada y salida en un mercado.

<sup>27</sup> STJUE *Groupement des cartes bancaires* (C-67/13). En el mismo sentido, *Generics (UK) y otros* (C-307/18).

<sup>28</sup> STJUE *Wolff & Müller* (C-60/03). En el mismo sentido, STJUE, *Comisión Europea contra Reino de Bélgica* (C-577/10) y STJUE, *Edgard Jan De Clercq y otros* (C-315/13).

en la Directiva 2005/29/CE. En esa norma se dice que «una práctica comercial será desleal si es contraria a los requisitos de la diligencia profesional y distorsiona o puede distorsionar... el comportamiento económico del consumidor... En particular, serán desleales las prácticas comerciales que sean engañosas... o agresivas» —arts. 5.2 y 5.4—<sup>29</sup>. Por lo tanto, se consideran prácticas desleales las conductas negligentes que distorsionan o puedan distorsionar el comportamiento de los consumidores, incluyendo los engaños o las prácticas agresivas, sin requerir intención de modificar el comportamiento o que efectivamente se produzca una distorsión, solo basta con que la conducta sea adecuada para lograrlo<sup>30</sup>.

Tal y como se comprobó al explicar las estrategias y características del negocio de las plataformas digitales, las prácticas desleales son comunes en los mercados digitales<sup>31</sup>. Por lo tanto, la prohibición de estas prácticas puede prevenir la competencia desleal y estaría respaldada por la razón imperiosa de interés general mencionada.

### 3. LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y DESTINATARIOS

La DMA también tiene como objetivo proteger a los *usuarios profesionales y finales* de los servicios de las plataformas digitales que son controladas por los *gatekeepers*. Si bien esta causa parece justificar la imposición de restricciones, el TJUE tampoco la reconoce de manera explícita como una razón imperiosa de interés general. No obstante, sí admite como razón imperiosa de interés general la *protección de los consumidores* y la *protección de los destinatarios de los servicios* que

<sup>29</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. En la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, adaptada a la directiva, se puede comprobar que tiene la condición de práctica desleal todo comportamiento que resulte *objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el «comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores» (art. 4.1).

<sup>30</sup> Sobre esto véase A. Menéndez Menéndez (1988), *La competencia desleal*, Madrid: Civitas; también, A. B. Campuzano Laguillo, A. Palomar Olmeda, R. Terol Gómez y C. Calderón (2022).

<sup>31</sup> Sirva de ejemplo el caso Amazon, donde la Comisión probó que utilizaba los datos de las empresas que se alojaban en la plataforma para competir con las mismas. A tal efecto, el pliego de cargos señaló que la dependencia de Amazon de los datos comerciales no públicos de los vendedores de su mercado para calibrar sus decisiones minoristas falseaba la competencia leal en su plataforma e impedía la competencia efectiva. Véase la nota de prensa en el siguiente enlace: <https://xurl.es/81cko>.

podrían equipararse respectivamente a los *usuarios finales y profesionales* mencionados en el reglamento.

En efecto, el art. 2.20 de la DMA señala que tiene la condición de *usuario final toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional*. En consecuencia, un usuario final podría ser, por ejemplo, cualquier persona física que utilice una red social, un navegador o un motor de búsqueda y que lo haga sin ningún interés comercial. Ello permite equiparar a usuarios finales con los *consumidores*, puesto que el TJUE ha señalado que el concepto de consumidor debe interpretarse teniendo en cuenta la posición de una persona en un contrato determinado y la naturaleza y la finalidad de este. Así, solo a los «contratos celebrados independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico del consumidor» como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional<sup>32</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la protección de los *usuarios finales* puede equipararse a la *protección del consumidor*, que es una razón imperiosa de interés general admitida por el TJUE<sup>33</sup>.

Respecto a los *usuarios profesionales*, el art. 2.21 establece que tiene esa condición toda «persona física o jurídica que, a título comercial o profesional, utilice los servicios de la plataforma para suministrar productos o prestar servicios a los usuarios finales o utilice dichos servicios en el marco del suministro de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales». Por tanto, un usuario profesional es aquella persona o empresa que, con fines comerciales, venda productos o servicios en una plataforma. Estos sujetos no son equiparables a los consumidores, puesto que la finalidad profesional o comercial que acarrea su actividad lo impide. No obstante, sí tienen la condición de destinatarios del servicio que prestan las plataformas en los términos que señala la mencionada DSA, cuyo considerando 2º prevé lo siguiente<sup>34</sup>: «se considera que tanto los usuarios profesionales como los consumidores y otros usuarios son «destinatarios de los servicios»a efectos del presente Reglamento». Además de lo anterior, el considerando 20 de la Directiva 2000/31/CE señala que la definición de destinatario de un servicio abarca «todos los tipos de utilización de los servicios de la sociedad de la información, tanto por personas que suministran información en redes abiertas tales como Internet, como las que buscan información en Internet por razones profesionales o privadas».

En consecuencia, los usuarios profesionales son *destinatarios* del servicio de la plataforma y de conformidad con la jurisprudencia del TJUE *la protección de los destinatarios de los servicios* es una razón imperiosa de interés general admitida

<sup>32</sup> Por todas, STJUE *Reliantco Investments* (C-500/18).

<sup>33</sup> Por todas, STJUE *Van Gennip y otros* (C-137/17).

<sup>34</sup> Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales.

en distintos tipos de servicios<sup>35</sup>. No hay, por tanto, razón para excluirla. A fin de cuentas, pese a que los usuarios profesionales tienen un interés económico, también son receptores del servicio de la plataforma. Son pequeños empresarios o pymes a los que las prácticas abusivas de la plataforma les afectan directamente.

En definitiva, la protección de los usuarios finales y profesionales de los servicios de plataforma constituyen razones imperiosas de interés general que justifican la imposición de restricciones a las grandes compañías tecnológicas<sup>36</sup>.

#### 4. LA TUTELA DEL ORDEN PÚBLICO

La DMA, tras haber explicado que se están produciendo prácticas desleales (cdo. 6), que el mercado está fragmentado (cdo. 9), o que las plataformas funcionan como puertas de acceso (cdo. 15), indica que «las obligaciones establecidas son necesarias para abordar las preocupaciones de orden público identificadas y además añade que no existen medidas alternativas menos restrictivas que puedan lograr el mismo resultado habida cuenta de la necesidad de salvaguardar el orden público» (cdo.35). De ahí que pueda considerarse que el orden público justifica las obligaciones impuestas a los guardianes de acceso al amparo del art. 52 del TFUE.

Respecto al alcance de esta cláusula, el TJUE ha señalado en repetidas ocasiones que «la finalidad de la protección del orden público, constituye un objetivo legítimo que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios»<sup>37</sup>. Ahora bien, también ha expresado que los motivos relacionados con el orden público solo pueden invocarse en caso de que exista «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a algún interés fundamental de la sociedad y, además, no pueden servir a fines puramente económicos»<sup>38</sup>. Esto, sin embargo, no resulta un problema en el caso de la DMA, puesto que su objeto último es garantizar el buen funcionamiento del mercado, igual que cualquier otra medida regulatoria. Con todo, su inclusión en la exposición de motivos solo le atribuye valor interpretativo.

---

<sup>35</sup> *STJUE VK y An Bord Pleanála (C-739/19)*; también *STJUE Modestraße Mayr y SevenOne Media (C-555/19)*.

<sup>36</sup> Pese a la identificación de razones imperiosas de interés general que dan soporte formal a la imposición de restricciones, lo cierto es que lo que de verdad motiva la aprobación del reglamento es la constatación de que el derecho de la competencia no ha logrado alcanzar sus objetivos. Esta rama del ordenamiento jurídico ha evidenciado su incapacidad para reducir las barreras de entrada y garantizar el proceso competitivo. Por ello se ha aprobado la regulación. A fin de cuentas, si el marco normativo preexistente no logra alcanzar sus fines, es normal recurrir a otros medios que permitan conseguirlos.

<sup>37</sup> *STJUE Jyske Bank (C-212/11)*; también *Zeturf (C-212/08)*.

<sup>38</sup> *STJUE Romenergo y Aris Capital (C-339/19)*; también *PrivatBank (C-78/21)*.



## IV. LAS TÉCNICAS REGULATORIAS UTILIZADAS

### 1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: LOS SUJETOS Y LAS ACTIVIDADES

#### 1.1. *Los guardianes de acceso: el riesgo regulatorio que deriva de la designación*

La DMA presenta una configuración asimétrica, ya que se dirige únicamente a empresas que ofrecen servicios de plataforma y que sean designadas como *guardianes de acceso* por la Comisión —art. 1.2—. Para designarlas de ese modo no se presta atención a su posición de dominio en los términos que recoge el derecho de la competencia, sino que se atiende a factores ajustados a los mercados digitales<sup>39</sup>. En particular, el art. 3.1 establece que una empresa se calificará como guardián de acceso cuando cumpla conjuntamente con las siguientes condiciones: a) tener una gran influencia en el mercado interior; b) prestar servicios que sean puerta de acceso para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; y c) tener una posición afianzada y duradera, o exista la previsión de alcanzarla.

Para verificar que se cumplen estas condiciones, se han establecido unos umbrales objetivos en términos de millones de euros o número de usuarios que, de alcanzarse, conllevarán la designación de la empresa como guardián de acceso. Por ejemplo, el art. 3.2 a) establece que una empresa tendrá gran influencia en el mercado interior si supera los 7.500 millones de euros en volumen de negocios anual en los tres últimos ejercicios o tiene una capitalización bursátil de 75.000 millones de euros en el mismo período.

Además, la Comisión Europea también puede designar como *gatekeeper* a empresas que no cumplan los umbrales establecidos, pero que reúnan las condiciones previstas como punto de partida en la normativa. Es decir, se pueden considerar únicamente los criterios cualitativos, como *tener una gran influencia en el mercado interior*, ser una *puerta de acceso importante* y tener una *posición afianzada y duradera*, o *previsión de alcanzarla*. En estos casos, la Comisión puede motivar su decisión teniendo en cuenta los elementos orientativos que se recogen en la DMA, como la posición de la empresa, los efectos de red, la cautividad y la integración vertical —arts. 3.8, letras a, c, e y f, respectivamente—. Sin embargo, en estos casos, aunque se siga un procedimiento formal y se justifique adecuadamente la decisión, se amplía considerablemente el ámbito subjetivo de la norma hasta el punto de resultar imprevisible para las empresas<sup>40</sup>.

Con todo, esa imprevisibilidad no es ajena al mundo de la regulación para la competencia, al contrario, forma parte de las incertidumbres que componen lo

<sup>39</sup> En línea con esto tampoco se recurre al concepto formal de empresa. Para la norma es indiferente si el titular del servicio es una única empresa, un grupo empresarial o cualquier otra fórmula equivalente —art. 2.27—. De ese modo se evita que la adopción de complejas fórmulas empresariales se utilice para esquivar deliberadamente la aplicación de la normativa.

<sup>40</sup> Esta imprecisión ha sido criticada por E. Olmedo Peralta (2022).

que se conoce como riesgo regulatorio<sup>41</sup>. Basta con observar el marco normativo de cualquiera de los sectores que conformaban los antiguos monopolios públicos. Ahí se pueden identificar variados ejemplos de imprecisión intencionada cuyo único fin es que la actividad regulada funcione dentro de parámetros que se consideren aceptables. Estas técnicas regulatorias amplían enormemente la discrecionalidad administrativa, pero permiten alcanzar los fines que motivan la intervención regulatoria.

En efecto, en los sectores regulados es frecuente que la activación o desactivación de algunas medidas dependa de criterios similares a los previstos por la DMA. Sirva de ejemplo el caso de las telecomunicaciones, donde se admite la imposición de obligaciones específicas a un mercado cuando se detecte, entre otras cuestiones, que hay *barreras de entrada* o que la *legislación en materia de competencia por sí sola resulte insuficiente para abordar adecuadamente las deficiencias del mercado*<sup>42</sup>. Algo similar ocurre en el caso de los hidrocarburos, donde se establece que los precios deben *ser suficientes* o que deben *permitir una razonable rentabilidad* a la hora de establecer criterios para fijar el peaje o canon de acceso a las instalaciones de transporte, distribución y plantas de gas natural licuado<sup>43</sup>.

Por lo demás, el reglamento establece un procedimiento para la designación de los guardianes de acceso y traslada la obligación de comunicar que se han superado los umbrales fijados a las empresas. De ese modo se evita que la Administración soporte las cargas probatorias que, dada la magnitud de los negocios de las plataformas, casi siempre resulta difícilmente asumible. Asimismo, a modo de disuasión también se prevé que, en caso de que una empresa no comunique que ha superado los umbrales previstos en la DMA, la Comisión puede designarla como guardián de acceso con la información disponible.

En cualquier caso, la designación como *gatekeeper* no es definitiva y puede ser revocada cuando cambien las circunstancias o cuando se compruebe que fue incorrecta y, en todo caso, se revisará cada tres años. Con esto se satisface la temporalidad que debe acompañar a cualquier medida regulatoria. A fin de cuentas, la regulación solo es admisible si se dan causas que justifican la intervención de los poderes públicos, por lo que, en cuanto desaparezcan, la regulación también debe hacerlo.

## 1.2. Las actividades: una recopilación de la casuística de las últimas décadas

La DMA se aplica a los servicios de plataforma de los guardianes de acceso. En particular, tienen esa condición los servicios previstos en el listado que incorpora la norma, a saber: a) servicios de intermediación en línea, como los prestados por compañías como Amazon o Aliexpress; b) motores de búsqueda en línea,

<sup>41</sup> Véase G. Ariño Ortiz (2004), *Principios de Derecho Público Económico*, 3ª edición, Granada: Comares, págs. 657-659.

<sup>42</sup> Véase el art. 17 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

<sup>43</sup> Véase el art. 92 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

como el buscador de Google; c) servicios de redes sociales en línea, tales como Instagram; e) servicios de plataforma de intercambio de vídeos, como Youtube; f) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, como Whatsapp o Telegram; g) sistemas operativos, como Android; h) navegadores web, como Safari; i) asistentes virtuales, como Alexa; j) servicios de computación en nube como Google Drive o iCloud; k) servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro prestador de servicios básicos de plataforma, ejemplo de ello son Facebook o Tik Tok.

No se explica por qué se han seleccionado esos servicios y no otros. La norma únicamente se limita a añadir que los mismos pueden ser ampliados o modificados cuando las circunstancias cambien o se produzcan innovaciones. Con todo, no hay duda de que es en esos servicios donde se ha reducido la rivalidad competitiva en los últimos años. Muestra de ello es que muchos de esos servicios han protagonizado los grandes casos sobre distorsión de la competencia en la UE<sup>44</sup>. Sirva de ejemplo el caso de Amazon, donde se acusó a la compañía de abuso de posición de dominio por extraer y utilizar datos de los usuarios profesionales que se alojan en su plataforma para su propio beneficio y en detrimento de aquellos. Este asunto culminó con un acuerdo con la Comisión que ha permitido a la compañía evitar una cuantiosa multa a cambio de comenzar a actuar del modo que ya impone la DMA, es decir, se anticipan algunas de las obligaciones que deben aplicarse próximamente a los *gatekeepers*<sup>45</sup>.

## 2. LAS OBLIGACIONES: TÉCNICAS REGULATORIAS ADAPTADAS AL SECTOR

La designación de un sujeto como *gatekeeper* activa la sujeción a las técnicas regulatorias que prevé la DMA, cuyo incumplimiento conlleva sanciones. Esas técnicas parecen nuevas por estar adaptadas a la realidad de los mercados digitales, pero lo cierto es que tras las mismas subyacen técnicas regulatorias clásicas: neutralidad de instalaciones, obligación de interoperabilidad, obligación de interconexión, etc. —excepto las obligaciones relativas a las concentraciones—<sup>46</sup>.

La mayor parte de las obligaciones del reglamento se asemejan, con reservas, a las obligaciones de servicio público que tienen por objeto promover la competencia y neutralizar el uso de determinadas instalaciones esenciales para el funcionamiento de los mercados. Al igual que en los sectores regulados previamente, el fin último de todas esas cargas es promover la competencia para tutelar a los

<sup>44</sup> Sirva de muestra el art. 6.5, que prohíbe las conductas sancionadas en el caso *Google shopping* al impedir el autofavorecimiento. Véase la decisión de la Comisión de 27 de junio de 201, asunto AT.39740- *Google Search (Shopping)*.

<sup>45</sup> El 20 de diciembre de 2022, la Comisión Europea aceptó los compromisos vinculantes presentados por Amazon.

<sup>46</sup> Sobre la clasificación de las técnicas regulatorias véase F. J. Villar Rojas (2021).

usuarios de un servicio mediante la promoción de la libertad de elección. Solo así se garantiza una calidad adecuada alejada de comportamientos abusivos de las empresas dominantes.

El reglamento divide las obligaciones y prohibiciones en tres grupos: definidas; pendientes de concretar; y sobre concentraciones. Con ello se persigue lograr equilibrio entre un marco estable que ofrezca seguridad jurídica a los operadores, pero que al mismo tiempo sea lo suficientemente flexible para adaptarse a los cambios del sector o a las situaciones no previstas<sup>47</sup>. Estas obligaciones se pueden agrupar tomando como referencia las técnicas clásicas de regulación.

a) *Medidas para promover un uso equitativo de la información disponible en el mercado*

Como quedó apuntado, los datos son un elemento clave en los mercados digitales. De ahí que el acceso a los mismos en igualdad de condiciones sea fundamental para promover la competencia. Si todos los competidores tienen acceso a la misma información, se reducen las barreras de entrada y se mejora la contestabilidad, lo que impulsa la innovación y el desarrollo de nuevos servicios y productos.

El reglamento incorpora dos tipos de obligaciones para lograr este objetivo: unas consisten en impedir que se extraigan, combinen o utilicen determinados datos por parte de los *gatekeepers* (arts. 5.2 y 6.2); y otras consisten en obligar a los guardianes de acceso a compartir determinados datos con otras plataformas (6.10 y 6.11).

Con la incorporación de estas medidas, parece haber escuchado a los autores que antes del reglamento defendían que, para preservar la competencia, se podrían compartir datos esenciales, es decir, datos únicos no susceptibles de ser sustituidos con un papel clave en el mercado<sup>48</sup>. Según su criterio, estos datos deben tratarse como *input* esencial para que las empresas del sector puedan competir. Demostraron que compartir los datos podría frenar que los usuarios se decantaran excesivamente por una plataforma y contribuiría a eliminar las posiciones de dominio. Asimismo, también probaron que los incentivos de una empresa dominante para seguir innovando no disminuyen después de que se vea obligada a compartir la información sobre los usuarios<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Esto permitirá, entre otras cuestiones, aplicar el reglamento a los servicios que surjan como consecuencia del desarrollo de la Inteligencia Artificial.

<sup>48</sup> Por todos, C. Saphiro (2012), «Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye?», *The Rate & Direction of Inventive Activity Revisited*, University of Chicago Press, págs. 361-410; D. L. Rubinfeld y M. S. Gal (2017), «Access Barriers to Big Data», *Arizona Law Review*, 59:2, págs. 341-381; M. Cole (2018), «Data in EU Merger Control», *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 2, págs. 14-19.

<sup>49</sup> J. Prüfer y C. S. Schottmuller (2017), «Competing with Big Data», *CentER Discussion Paper*, 7; A. Claiici (2018), «“Big data” y política de la competencia», *Papeles de economía española*, 157 (pág. 259).

Indudablemente, esta medida favorece el crecimiento de las plataformas emergentes al permitirles acceder a datos valiosos y equipararse con aquellas que ya dominan el mercado. Además, también limita el abuso de posición de los guardianes de acceso al prohibirles extraer datos de competidores que usan sus servicios para utilizarlos en su propio beneficio.

Desde la perspectiva de la regulación económica estas obligaciones recuerdan a las técnicas orientadas a garantizar la neutralidad de las instalaciones esenciales para la competencia. A fin de cuentas, acceder a los datos generados por la actividad de las grandes plataformas es acceder a un elemento imprescindible para competir, difícil de replicar, que permite prestar el servicio en condiciones de igualdad.

Aunque técnicamente los datos no son equiparables a las infraestructuras esenciales clásicas de los sectores regulados —puertos, aeropuertos, redes de telecomunicaciones, etc.—, debe recordarse que el concepto de instalación esencial procede de la expresión inglesa *essential facilities* y su significado es mucho más amplio que el de *instalación* o *infraestructura*. La expresión original da cobertura a bienes en sentido de cualquier tipo que desempeñen una función concreta en un mercado<sup>50</sup>.

Algunas muestras vigentes de esa técnica regulatoria que se basa en la obligación de dar acceso a terceros a determinadas instalaciones esenciales pueden verse en el derecho de acceso a la red postal que se reconoce a los operadores postales —art. 45 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal<sup>51</sup>— o en la obligación de dar acceso a las redes de distribución de gas natural a determinados sujetos —art. Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos—<sup>52</sup>.

#### b) *Medidas orientadas a evitar el autofavorecimiento*

Otro grupo de medidas lo forma la prohibición de autofavorecimiento de los servicios o productos del *gatekeeper* (art. 6.5). Con frecuencia, las grandes plataformas funcionan como mercados verticales donde actúan, al mismo tiempo, como infraestructura en la que se realizan las transacciones y como prestador. Esto les permite favorecer sus propios productos. Aunque para abordar este asunto se podría optar por la técnica regulatoria clásica de la separación de actividades, el reglamento se ha decantado por una medida menos restrictiva al prohibir la autopreferencia. Con ello se cumple con el criterio de la proporcionalidad en la imposición de restricciones que exige la normativa vigente.

<sup>50</sup> F. J. Villar Rojas (2004), *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Granada: Comares (págs. 107-142).

<sup>51</sup> Entre los estudios y publicaciones relacionados con este asunto, J. J. Montero Pascual (2005), *Los servicios postales*, Madrid: Trotta.

<sup>52</sup> Por todos, I. del Guayo Castiella (2010), *Tratado de Derecho del gas natural*, Madrid: Marcial Pons.

Esta técnica regulatoria persigue promover el negocio de los usuarios profesionales mediante la imparcialidad de la plataforma. Es una obligación similar a las técnicas orientadas a garantizar la neutralidad de determinadas instalaciones esenciales para la competencia. Un ejemplo de ello se puede identificar en el derecho que se reconoce a los operadores de comunicaciones electrónicas de acceder a las infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados en condiciones de neutralidad —art. 13.4 b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones—<sup>53</sup>. En términos similares puede verse la configuración del acceso a las redes de transporte y distribución del sector eléctrico —arts. 37 y 41 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico—<sup>54</sup>.

c) *Medidas que persiguen favorecer la transparencia en precios en publicidad*

El reglamento también incorpora obligaciones y prohibiciones orientadas a promover la transparencia en los precios e información sobre publicidad —art. 5.9, 5.10, 6.8, 6.12 y 6.13—. Ello persigue, entre otras cosas, reducir los altos costes de publicidad, a veces injustificados, de modo que se puedan reducir, a su vez, los precios finales de los productos o servicios. Y es que la falta de transparencia en este ámbito permite que se eleven los precios finales de forma superflua.

La imposición de este tipo de obligaciones por parte de la DMA constituye una restricción a la libertad de las plataformas, pero es importante tener en cuenta que esta medida se asimila a restricciones existentes desde hace décadas en sectores regulados. Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, se exige a los operadores que proporcionen cierta publicidad a los precios o procedimientos como parte de la obligación de servicio universal —arts. 37, 38, 40 y 42 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones—. Del mismo modo, en el sector bancario se exige la transparencia en las condiciones de comercialización o contratación de servicios —art. 5.2 b) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito—<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Dentro de la extensa bibliografía sobre telecomunicaciones, J. C. Laguna de Paz (2010), *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Navarra: Aranzadi.

<sup>54</sup> Sobre el acceso a las redes de transporte y distribución de electricidad, F. J. Villar Rojas (2009), «El acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad», en F. Becker Zuazua, L. M. Cazorla Prieto, J. Martínez-Simancas Sánchez, J.M. Sala Arquer (coords.), *Tratado de regulación del sector eléctrico, Vol. 1, Aspectos jurídicos* (págs. 555-579), Navarra: Thomson Reuters Aranzadi; A. Estoa Pérez (2010), «El acceso a las redes de transporte y distribución», en S. Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica, Vol. 3, Tomo 1, Sector energético* (págs. 631-678), Madrid: Iustel; A. D. Leiva López (2017), «Regulación y uso de las redes de transporte y distribución de electricidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 108, págs. 87-126; J. Narbón Fernández (2021), «Luces y sombras del acceso y la conexión a las redes de transporte y distribución», en M. J. Alonso Mas e I. Revuelta Pérez (dirs.), *Regulación del sector eléctrico y transición energética* (págs. 141-217), Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>55</sup> M. L. Lara Ortiz (2018), *La supervisión bancaria europea: Régimen jurídico*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP): McGraw-Hill Interamericana de España; J. Es-

d) *Medidas para evitar la cautividad de usuarios*

Para reducir la tendencia de las plataformas a la cautividad de los usuarios el reglamento establece lo siguiente: obligación de interoperabilidad de determinados servicios y funciones (arts. 6.7 y 7); prohibición de restricciones de uso (art. 5.5); eliminación de las limitaciones respecto a la desinstalación o descarga de aplicaciones (arts. 6.3 y 6.4); eliminación de restricciones de cambio de aplicaciones o servicios accesibles desde una plataforma (art. 6.6); la prohibición de obligar a los usuarios a utilizar servicios accesorios de la plataforma (art. 5.7); la prohibición de vinculación de los diferentes servicios básicos de plataforma (art. 5.8) y la prohibición de disposiciones *anti-steering* (art. 5.4).

Estas medidas tienen como objetivo principal asegurar la libertad de elección del usuario, lo cual es esencial para garantizar condiciones adecuadas de calidad y precio en la prestación del servicio. Aunque estas obligaciones incluyen una amplia variedad de mandatos, la mayoría de ellas se parecen a los deberes de interoperabilidad e interconexión que han existido tradicionalmente en sectores regulados como el ferroviario —DA 3º de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario—<sup>56</sup>. Esas técnicas regulatorias permiten compensar los efectos de las economías de red que hacen que el operador más grande carezca de incentivos para conectarse con el más pequeño. Este último, sin posibilidad de conexión o de interoperabilidad probablemente, será expulsado del mercado.

e) *Medidas para el control de concentraciones*

Por último, para garantizar la revisión eficaz de la condición de guardián de acceso o, en su caso, de ajustar la lista de servicios de plataforma prestados por un guardián de acceso, estos están obligados a informar a la Comisión, antes de efectuarlas, de todas las adquisiciones previstas de otras empresas prestadoras de servicios básicos de plataforma o de cualesquiera otros servicios prestados en el sector digital o de otros servicios que permitan la recopilación de datos<sup>57</sup>.

---

teban Ríos (2022), «La actividad bancaria como servicio de interés económico general: de la regulación a la prestación obligatoria de servicios», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, 3.

<sup>56</sup> Sobre el sector ferroviario, L. Parejo Alfonso (dir.) (2004), *Estudio sobre la ordenación del sector ferroviario en la Unión Europea: El marco comunitario y los casos alemán, francés, británico y español*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Pascual Madoz; J. Zamorano Wisnes (2006), «Comentarios a la ley del sector ferroviario», *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, 25, págs. 143-167; J. Guillén Caramés (dir.) (2007), *El régimen jurídico del sector ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>57</sup> La incorporación de normas relativas a las concentraciones ha llevado a algunos autores a señalar que la DMA es un «instrumento híbrido» puesto que además de las medidas regulatorias incorpora algunas reglas puntuales sobre las concentraciones. Al respecto, C. Rodilla Martí (2021) y J. I. Ruiz Peris (2021).

De ese modo se amplía notablemente el control de las concentraciones hasta ahora limitado por condicionantes distintos a los servicios o actividades de las empresas.

### 3. LA AUTORIDAD COMPETENTE

Al igual que en otros sectores, la promoción de la competencia no acaba con la aprobación de un marco regulatorio, además hay que supervisar que se cumplen las normas y corregir los incumplimientos. En los mercados digitales estas tareas son especialmente difíciles por su magnitud y complejidad técnica. Además, la Administración pública se encuentra en desventaja económica frente a las grandes compañías, lo que limita su capacidad para llevar a cabo investigaciones efectivas en un período breve de tiempo.

Pese a ello, la DMA prevé que la Comisión Europea es la única autoridad habilitada para hacer cumplir el reglamento y, para ello, le atribuye potestades de investigación e inspección —arts. 20 a 23—, de supervisión y control —art. 26 a 29— y sancionadoras —arts. 8, y 30 a 33—, entre otras. En el marco de esas potestades, la Comisión puede ejercer fuertes controles sobre las grandes compañías que se extienden incluso a los algoritmos.

Asimismo, para facilitar su trabajo, se imponen obligaciones organizativas a los guardianes de acceso que deberán crear un mecanismo interno *ad hoc* denominado *función de comprobación* que supervisará el cumplimiento de la normativa y que, a su vez, actuará como cooperador e interlocutor de la Comisión —art. 28—. Ese mecanismo debe ser independiente de las funciones operativas de la empresa y la normativa exige que el responsable del mismo tenga la condición de *alto directivo* con acceso al órgano de dirección.

De nuevo se recurre a una técnica convencional de la regulación donde es frecuente imponer la creación de determinados órganos que velen por el cumplimiento de la normativa o parte de ella. Normalmente esos órganos se encargan de cuestiones que resultan demasiado específicas para ser comprobadas directamente por la Administración. Sirva de ejemplo la obligación de designar a un delegado responsable de la protección de datos en determinadas empresas —art. 34 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales— o también la figura del gestor técnico del sistema de gas —art. 64 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos—.

## V. LOS LÍMITES A LA INTERVENCIÓN: NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La concurrencia de títulos que justifican la imposición de restricciones no es suficiente para validar las medidas adoptadas por la UE. También es necesario probar que las obligaciones y prohibiciones impuestas a los *gatekeepers* son adecuadas, proporcionadas y no discriminatorias. Es jurisprudencia reiterada que las



razones que pueden ser invocadas por los Estados para justificar una excepción a determinadas libertades *deberán ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva*<sup>58</sup>. De acuerdo con ello, las medidas adoptadas por el legislador deben ser objetivamente necesarias para cumplir con los objetivos a satisfacer —adecuación—<sup>59</sup>; no deben ir más allá de lo imprescindible para alcanzar los fines que justifican su adopción —proporcionalidad—<sup>60</sup>; y por último, deben garantizar igualdad de trato ante la norma —no discriminación—<sup>61</sup>.

Al igual que sucede con los títulos justificativos, la DMA no acredita explícitamente que las obligaciones impuestas a los guardianes de acceso respeten, individualmente, los límites mencionados. Pese a ello, sí se esmera en subrayar que la norma, como conjunto, es *necesaria, proporcionada y no discriminatoria* —cdos. 27, 28, 28, 35, 65, 66—.

La *adecuación* y la *proporcionalidad* son objeto de tratamiento conjunto en la parte expositiva del reglamento. Los considerandos 27 a 29 establecen que las obligaciones impuestas a los *gatekeepers* deben limitarse únicamente a aquellas que sean *necesarias y proporcionadas* para evitar el riesgo de condiciones y prácticas desleales y añaden que, además, se deben revisar periódicamente. Asimismo, como se apuntó, el considerando 35 señala que las obligaciones establecidas *son necesarias* y añade que *no existen medidas alternativas menos restrictivas* que puedan lograr el mismo resultado.

Por su parte, los considerandos 65 y 66 hacen especial hincapié en la necesidad de garantizar la *proporcionalidad* en la concreción de las medidas y, para lograrlo, explican que los *gatekeepers* deben tener en cuenta las obligaciones de la DMA en el diseño tecnológico de sus plataformas, permitiendo que la Comisión haga observaciones cuando se trate de dar cumplimiento a obligaciones que requieren ser especificadas. Además, en aras a mantener la proporcionalidad de las medidas, también se prevé que los guardianes de acceso pueden solicitar la

<sup>58</sup> STJUE *Comisión/Luxemburgo* (C-319/06); también STJUE *Comisión/Países Bajos* (C-542/09).

<sup>59</sup> La adecuación hace referencia a la «necesidad» de adoptar la medida para alcanzar el fin perseguido. Véase la STJUE *Finanzamt Bremen* (C-431/21); también STJUE *Impresa Pizzarotti* (C-558/19).

<sup>60</sup> La proporcionalidad es un principio general del derecho de la Unión Europea. En virtud del mismo se exige que los medios que establece una disposición de la Unión sean aptos para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos y no vayan más allá de lo necesario para lograrlo. Véase la STJUE *Hungría/Parlamento Europeo* (C-620/18) y la STJUE *República Checa/Parlamento y Consejo* (C-482/17).

<sup>61</sup> STJUE *Airbnb Ireland UC/Région de Bruxelles-Capitale* (C-674/20); también, STJUE *Administración General del Estado, Confederación Nacional de Autoescuelas* (C-292/21). Además de los criterios clásicos de adecuación, proporcionalidad y no discriminación, algunos autores han señalado que la jurisprudencia también exige que las medidas no supongan doble control del bien jurídico a proteger con la restricción y, en el caso de medidas nacionales, que no exista regulación comunitaria. Con todo, lo más importante es garantizar la adecuación, proporcionalidad y no discriminación en las restricciones a las libertades económicas de la UE. Sobre esto S. E. Franco Escobar (2017: 186-187).

suspensión de las obligaciones en circunstancias excepcionales, tales como *una perturbación externa imprevista* que elimine temporalmente una parte importante de la demanda de los usuarios finales. Aparte de esas explicaciones, la DMA no recoge más aclaraciones sobre la adecuación y proporcionalidad de las restricciones, pero ello no implica que no se cumpla con esas limitaciones.

La dificultad del derecho de la competencia para reaccionar frente a la concentración de poder en los mercados digitales permite considerar que las medidas regulatorias adoptadas son necesarias para alcanzar los fines que motivan su aprobación y, en consecuencia, cumplen con el criterio de la adecuación. Además, esas medidas regulatorias se asemejan a las técnicas convencionales utilizadas en otros sectores, por lo que no hay razón para considerar que son desproporcionadas o excesivas. Sirva de ejemplo que el legislador podría haber optado por otras técnicas más agresivas, también admitidas, como la separación estructural de los servicios que prestan las empresas tecnológicas, en lugar de la prohibición del autofavorecimiento, y, sin embargo ha elegido las medidas menos restrictivas de todas las existentes<sup>62</sup>. De hecho, la propia DMA parece reservarse esa posibilidad de adopción de medidas estructurales cuando se produzca un incumplimiento sistemático de las obligaciones por parte del guardián de acceso y, en todo caso, señala que será proporcionada y necesaria para garantizar el cumplimiento de la norma —art. 18—.

Respecto a la obligación de que las medidas *no sean discriminatorias* debe recordarse que la DMA es una norma asimétrica que no se aplica a todas las plataformas por igual, sino solo a aquellas que tengan la condición de *gatekeeper*. Para tratar de reforzar esas decisiones de la Comisión, la DMA prevé que las plataformas que encajan en los parámetros para ser calificadas como *gatekeeper*, aun no superando los umbrales objetivos, tienden a actuar de una forma que favorece una inclinación del mercado a su favor, puesto que cuando logran cierta ventaja su posición podría volverse inexpugnable. Por ello, señala, *parece apropiado intervenir antes de que se produzca una inclinación irreversible del mercado* (cdo. 26)<sup>63</sup>. En este contexto resulta imprescindible que la designación de los sujetos que no cumplan los umbrales objetivos previstos en la normativa se haga manteniendo unos criterios uniformes para todas las compañías y motivando adecuadamente cada una de las decisiones de la Comisión.

---

<sup>62</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, se está optando por la adopción de medidas estructurales más invasivas. El Departamento de Justicia ha demandado a Google por monopolio solicitando que se escinda el negocio de publicidad de otras partes de la compañía. Véase la nota de prensa en: <https://tinyurl.com/2sa49f7v>.

<sup>63</sup> Sobre la necesidad de justificar adecuadamente las medidas véase F. J. Villar Rojas (2006), «Los descuentos en las tarifas por el uso de puertos y aeropuertos: una práctica controvertida», *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 17, págs. 73-84.

## VI. UN PRIMER PASO EN LA REGULACIÓN DE LOS —NECESARIOS— MERCADOS DIGITALES

El nuevo marco regulatorio europeo surge como una respuesta imprescindible para abordar la alta concentración existente en los mercados digitales. Aunque limita ciertas libertades reconocidas por el TFUE, el análisis realizado muestra que las restricciones que impone están plenamente justificadas por razones imperiosas de interés general.

El reglamento, si bien novedoso respecto al mercado en el que actúa, recurre en realidad a técnicas regulatorias convencionales ya utilizadas en otros sectores. La particularidad de este contexto es que, a diferencia de los sectores clásicos, las actividades a regular han surgido en un entorno absolutamente privado, caracterizado por la libertad y la casi ausencia de normas específicas. En su origen, esas actividades nunca fueron públicas y ello plantea un desafío adicional puesto que cualquier regulación se percibe como una intromisión en las actividades privadas. Pese a ello, no hay duda del papel fundamental que representan los servicios digitales en la actualidad. Su crecimiento e introducción en la actividad económica, personal y social, los ha vuelto indispensables llegando a reemplazar, en muchos casos, a servicios calificados formalmente como servicios de interés económico general —correo electrónico vs. correo postal—. De ahí que el reglamento recurra a fines y técnicas propias de la regulación de los servicios de interés económico general. Con ello se reconoce, implícitamente, la importancia y el valor general de los mercados digitales en la economía de la UE y a su vez se refuerza la justificación de la regulación mediante imposición de restricciones a los guardianes de acceso.

En definitiva, la protección de la competencia en los entornos digitales es un desafío sin precedentes que requiere un enfoque innovador y adaptado a las particularidades de estos mercados. Es preciso abordar este reto desde la experiencia de la regulación de otros sectores igualmente relevantes. El nuevo reglamento de la UE es un paso importante en esta dirección. Ahora bien, es necesario evaluar su efectividad en la práctica y continuar explorando herramientas que permitan mantener la competencia en estos mercados en constante evolución y preservar su indudable importancia en la realidad presente.

