

# **MERCADOS DIGITALES Y LIBRE COMPETENCIA: LA PROPUESTA DE LEY DE MERCADOS DIGITALES**

**TFG presentado por Carmen Miguez  
Martínez**

**Curso académico 2021/2022**

**Tutor Francisco Hernández Rodríguez**

**RESUMEN:** A lo largo de estos años, las empresas tecnológicas han revolucionado la forma de hacer negocios y el mercado en general, consiguiendo acumular una cantidad de poder que las empresas tradicionales no habrían podido alcanzar. En este trabajo, se analizan primero las características que han provocado el auge de las plataformas digitales, así como los principales problemas que plantean a la competencia y las distintas respuestas que sugieren expertos y autoridades. El objeto se centra en la respuesta europea: la Propuesta de Reglamento de Ley de Mercados Digitales. Se analizará su contenido y las críticas que la doctrina científica ha puesto de manifiesto a este respecto.

**PALABRAS CLAVE:** Plataformas digitales; mercado digital; *gatekeepers*; Derecho de la competencia; DMA.

### **ABREVIATURAS**

CE= Comisión Europea

DMA= Digital Markets Act

DSA= Digital Services Act

EEUU = Estados Unidos de América

GAFA(M)= Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft

TFG= Trabajo Fin de Grado

TFUE = Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

UE = Unión Europea

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN: LAS PLATAFORMAS DIGITALES. CRECIMIENTO, DESARROLLO Y PODER .....</b>	<b>4</b>
<b>2. PRINCIPALES PROBLEMAS DE COMPETENCIA QUE SE PLANTEAN EN LOS MERCADOS DIGITALES .....</b>	<b>6</b>
<b>2.1 Barreras de entrada .....</b>	<b>7</b>
2.1.1. Efectos de red.....	7
2.1.2. <i>Big Data</i> .....	8
2.1.3. Economías de escala y alcance .....	9
<b>2.2. <i>Switching</i> y <i>multihoming</i> .....</b>	<b>10</b>
<b>2.3. <i>Gatekeepers</i>.....</b>	<b>11</b>
<b>2.4. <i>Self-preferencing</i> .....</b>	<b>12</b>
<b>2.5. Mercados <i>winner takes it all</i>.....</b>	<b>13</b>
<b>2.6. Dificultades regulatorias.....</b>	<b>14</b>
<b>3. PROPUESTAS PARA REGULAR LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DIGITALES.....</b>	<b>15</b>
<b>4. LA RESPUESTA EUROPEA: LA LEY DE MERCADOS DIGITALES Y SU EFICACIA .....</b>	<b>19</b>
<b>4.1 Origen.....</b>	<b>19</b>
<b>4.2. Objetivos y contenido.....</b>	<b>20</b>
4.2.1. <b>Ámbito de aplicación.....</b>	<b>20</b>
4.2.1.1. <b>Servicios básicos de plataforma .....</b>	<b>20</b>
4.2.1.2. <b>Condición de gatekeeper .....</b>	<b>21</b>
4.2.1.3. <b>Designación de gatekeeper.....</b>	<b>21</b>
4.2.2. <b>Obligaciones y prohibiciones .....</b>	<b>22</b>
4.2.3. <b>Consecuencias del incumplimiento .....</b>	<b>23</b>
<b>4.3. Críticas planteadas a la Ley de Mercados Digitales.....</b>	<b>24</b>
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>29</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>30</b>

## 1. INTRODUCCIÓN: LAS PLATAFORMAS DIGITALES. CRECIMIENTO, DESARROLLO Y PODER

En estos últimos años se ha producido una rápida evolución vinculada a la digitalización y a la generalización en el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, hasta el punto de considerarse que ha dado inicio la Cuarta Revolución Industrial<sup>1</sup>.

Precisamente, esa irrupción de las nuevas tecnologías digitales en el mercado ha cambiado radicalmente el modo en que este se concibe, el modo de hacer negocios y de relacionarse los agentes económicos, los consumidores y, en general, todos los operadores del mercado<sup>2</sup>.

En este ámbito, uno de los cambios más significativos ha sido la proliferación y el fortalecimiento de aquellas empresas que operan a través de plataformas digitales y, que hoy en día, dominan el mercado.

En efecto, hasta los inicios de este siglo XXI, las empresas con mayor valor de mercado a nivel mundial eran esencialmente petroleras, por ejemplo, en 1980 las empresas líderes eran Exxon, Standard Oil, Schlumberger o Shell<sup>3</sup>. No obstante, en la actualidad, ninguna de estas empresas conserva su posición dominante en el mercado. Hoy en día, el *ranking* de empresas con mayor valor de capitalización bursátil está encabezado por grandes empresas tecnológicas, tales como Apple, Microsoft, Alphabet o Amazon<sup>4</sup>.

Ha habido, pues, un cambio acusado en las empresas que dominan el mercado, pero no solo eso, y es que las cifras de las que hablamos también son sustancialmente distintas. Hoy en día las cien principales marcas a nivel mundial acumulan una fortuna de más de treinta y un mil billones de dólares, suponiendo esta cifra un máximo histórico<sup>5</sup>.

Hay que tener en cuenta que se trata de empresas relativamente jóvenes, nacidas por lo general a finales del siglo pasado o comienzos de este, y que, en muy poco tiempo han conseguido alcanzar un enorme poder en el mercado; un poder que no podría haber sido alcanzado en los mercados tradicionales. Cabe preguntarse el por qué.

Pues bien, la respuesta a la pregunta se encuentra en las características de los mercados digitales. Si bien es verdad que cada plataforma digital es distinta y tiene sus propios rasgos funcionales, es posible encontrar una serie de aspectos comunes a los mercados digitales en general.

Para empezar, cabe destacar que este tipo de mercados tienen una especial configuración de las barreras de entrada<sup>6</sup>. Por un lado, se tratan de mercados globales en los que las barreras físicas de los mercados geográficos no existen<sup>7</sup>. Por otro lado, barreras de entrada que sí operan en los

---

<sup>1</sup> CÓBAR BENARD, L. P., “Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la Competencia”, *Revista de derecho de la competencia CEDEC*, n. extra 1, 2019, pp. 65-87; ZARKADAKIS, G., “The Internet Is Dead: Long Live the Internet”, Werthner, H., Prem, E., Lee, E. A. y Ghezzi, C. (eds.), *Perspectives on Digital Humanism*, Springer Nature, Suiza, 2022, p. 49.

<sup>2</sup> VAN DER AALST, W., HINZ, O., y WEINHARDT, C., “Big Digital Platforms. Growth, Impact, and Challenges” *Business & Information Systems Engineering*, n. 6, 2019, p. 645.

<sup>3</sup> Datos extraídos del portal de SelfBank, <https://blog.selfbank.es/los-gigantes-de-la-bolsa-desde-los-ochenta-hasta-hoy/> (último acceso 22/06/2022).

<sup>4</sup> Datos extraídos del portal de Statista, <https://es.statista.com/estadisticas/657179/dow-jones-empresas-con-mayor-valor-de-capitalizacion-bursatil/> (último acceso 22/06/2022).

<sup>5</sup> Datos extraídos del portal de pwc, <https://www.pwc.es/es/publicaciones/auditoria/global-top-100-companies-2021-markets-capitalisation.html> , (último acceso 22/06/2022).

<sup>6</sup> CÓBAR BENARD, L. P., “Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la Competencia”, cit., p. 76.

<sup>7</sup> CÓBAR BENARD, L. P., “Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la Competencia”, cit., p. 73.

mercados tradicionales, tales como los efectos de red, el data, las economías de escala y alcance o los costos de migración se ven especialmente potenciadas y, además, suelen darse de manera simultánea<sup>8</sup>.

En cuanto al data, si bien es verdad que este existe en la gran mayoría de mercados, en los mercados digitales alcanzan una especial intensidad, tanta que ya no hablamos de data, sino de *Big Data*. Se trata de un concepto relativamente reciente y no existe todavía una definición como tal. A la hora de definirlo los expertos utilizan los elementos que las caracterizan a los que llaman las “4 V’s”: volumen, variedad, velocidad y finalmente hay quien habla de valor<sup>9</sup> y hay quien habla de veracidad<sup>10</sup>.

El papel que juega el *Big data* en los mercados digitales es fundamental, siendo este uno de sus rasgos más típicos, tanto, que desde hace ya varios años se le viene llamando el “petróleo” de los mercados digitales<sup>11</sup>. El *Big Data*, entre otras cosas, permite a las empresas predecir con exactitud las tendencias del mercado y, consecuentemente, adecuar la oferta de sus productos, mejorar la calidad de los servicios ofrecidos y personalizar la publicidad y los servicios prestados a cada usuario<sup>12</sup>. Además, los datos pueden ser utilizados las veces que se quiera e incluso de manera simultánea ya que pueden ser fácilmente duplicados.<sup>13</sup>

Otra característica esencial es que muchas de estas plataformas digitales son multilaterales. Es decir, se caracterizan por tener dos o más caras, lo que les permite conectar dos grupos de usuarios perfectamente identificados<sup>14</sup>. Es el caso de Amazon, por ejemplo, que conecta vendedores con compradores.

Por otro lado, son mercados en los que los costes marginales son extremadamente bajos, próximos a cero. Aunque las inversiones iniciales son cuantiosas, sobre todo en la *app-based economy*, una vez desarrollado el producto o servicio del que se trate, producir una unidad adicional tiene un coste extremadamente bajo<sup>15</sup>, casi inversamente proporcional al volumen de ventas<sup>16</sup>.

---

<sup>8</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, *Foro jurídico*, n. 19, 2021, p. 150

<sup>9</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 155.

<sup>10</sup> LABBÉ FIGUEROA, M. F., “Big data: Nuevos desafíos en materia de libre competencia”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, n. 1, 2020, p. 37; RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, *Arizona law review*, n. 2, 2017, p. 345.

<sup>11</sup> EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, 26 de marzo de 2014 (disponible en [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en); última conexión 02/07/2022), p. 8.

<sup>12</sup> FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, HM Treasury, Londres, 2019, p. 23.

<sup>13</sup> FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, cit., p. 23.

<sup>14</sup> CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y-A. y SCHWEITZER, H., *Competition policy for the digital era*, Comisión Europea, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2019, p. 30.

<sup>15</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos "Google, Facebook, Apple/Shazaam", y el informe de la Comisión Europea de abril 2019)”, *Anuario de derecho de la competencia 2019*, p. 5.

<sup>16</sup> MOORE, M. y TAMBINI, D., *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, p. 24.

Todo ello provoca la existencia en estos mercados de economías de escala y de alcance extremas ya que, si bien los costes fijos pueden ser altos, una vez instalada la plataforma, los costes variables, los costes por ofrecer el servicio en cuestión a cada usuario, son extremadamente bajos e incluso nulos<sup>17</sup>.

Apuntando otra de sus características esenciales, se tratan de *zero-price markets*, es decir, mercados que ofertan servicios sin coste monetario a los consumidores. Por ejemplo, los usuarios no pagamos nada por usar el buscador de Google o por utilizar TikTok. No obstante, el hecho de que los consumidores no paguen con dinero, no significa que no paguen nada: los usuarios pagan con sus datos. Esto adquiere especial relevancia en las plataformas que utilizan anuncios, pues para los anunciantes los datos son muy valiosos ya que con ellos pueden hacer más precisa la publicidad<sup>18</sup>.

Además de estas características, existen factores externos que refuerzan el poder de las empresas que operan a través de plataformas digitales. Actualmente, uno de los factores externos más importantes, ha sido y es el COVID- 19. Las restricciones a raíz de este, sobre todo las de movilidad, han perjudicado enormemente al mercado tradicional y han beneficiado a los mercados digitales<sup>19</sup>. De esta manera, todo ello ha provocado una aceleración de la digitalización y un aumento de usuarios de las plataformas<sup>20</sup>.

Estos nuevos mercados digitales han revolucionado la estrategia de negocios, así como la forma de competir de las empresas y aportan numerosos beneficios tanto a los propios consumidores como a la economía en general: crean oportunidades laborales, facilitan del comercio transfronterizo, producen mejores y más eficientes servicios a los consumidores optimizando la calidad de vida, y sobre todo, incentivan la innovación<sup>21</sup>, ya que es esta su forma de competir. Este auge de las plataformas digitales no solo ha puesto de manifiesto sus beneficios, si no también sus peligros, lo que ha hecho sonar la alarma en diversos sectores, entre ellos el de la competencia.

## **2. PRINCIPALES PROBLEMAS DE COMPETENCIA QUE SE PLANTEAN EN LOS MERCADOS DIGITALES**

Aunque las plataformas digitales pueden resultar beneficiosas en muchos sentidos, entrañan también numerosos desafíos. La cantidad de poder que acumulan ha levantado preocupaciones que giran en torno a la privacidad y a la protección de los usuarios, así como el riesgo de abuso de la posición que ostenten en el mercado, o a las potenciales conductas anticompetitivas que puedan llevar a cabo<sup>22</sup>. Cabe recordar que en los últimos años, tanto en Europa como en Estados

---

<sup>17</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 151.

<sup>18</sup> FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, cit., p. 22.

<sup>19</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, *Revista de estudios europeos*, n. 78, 2021, p. 95.

<sup>20</sup> CODAGNONE, C., “The Platform Economy After COVID-19: Regulation and the Precautionary Principle”, Werthner, H., Prem, E., Lee, E. A. y Ghezzi, C. (eds.), *Perspectives on Digital Humanism*, Springer Nature, Suiza, 2022, p. 175.

<sup>21</sup> ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 17.

<sup>22</sup> VANDE WALLE, S., “The Rise of Big Tech: Is Competition Law Doing Its Job?”, 28 septiembre de 2021 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=3931918> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3931918>; última consulta 29/06/2022).

Unidos (en adelante EEUU), se han abierto numerosas investigaciones acerca de infracciones del Derecho de la competencia cometidas por los gigantes digitales, sobre todo por las denominadas “GAFA(M)” (Google, Amazon, Facebook, Apple, y hay quien incluye a Microsoft), que en diversas ocasiones han acabado con la imposición de sanciones. Por ejemplo, la Comisión Europea (en adelante CE) ha sancionado a Google consecutivamente en tres ocasiones (Google Shopping en Julio de 2017<sup>23</sup>, Google Android en Julio de 2018<sup>24</sup> y Google AdSense en Marzo de 2019<sup>25</sup>), por un valor de más de 8.000 millones de euros, siendo las multas más altas puestas en la historia europea de la competencia.

Tras más de una década de confrontación con los gigantes digitales, se han puesto de manifiesto los puntos débiles del Derecho de la competencia a la hora de hacer frente a estos nuevos mercados. Es preciso, por lo tanto, analizar los elementos que hacen a estos gigantes tecnológicos tan potencialmente peligrosos para el mercado, y en concreto, para el Derecho de la competencia.

## 2.1 Barreras de entrada

### 2.1.1. Efectos de red

Si bien, como se ha señalado, los efectos de red no son exclusivos de los mercados digitales, su presencia en estos es especialmente intensa hasta el punto de que son un factor clave para entender las dinámicas de la competencia<sup>26</sup>.

En todo caso, hay que diferenciar los efectos de red directos de los efectos de red indirectos. Con los efectos de red directos cuantos más usuarios utilicen una determinada plataforma, más valor tendrá esta<sup>27</sup>. Por ejemplo, el valor de una red social aumentará cuantos más usuarios la utilicen, pues las posibilidades de interacción serán más amplias. Este efecto se produce entre usuarios de un mismo grupo.

Por otro lado, los efectos de red indirectos son característicos de las plataformas de dos lados y se produce entre usuarios de distintos grupos. Así, para el grupo de usuarios de un lado de la plataforma el valor de esta aumentará cuanto mayor sea el grupo de usuarios existente del otro lado<sup>28</sup>. Es el caso, por ejemplo, de Amazon; cuantos más compradores utilicen la plataforma, más vendedores recurrirán a ella para ofrecer sus productos y viceversa.

Realizada esta distinción, cabe señalar que habitualmente las plataformas digitales tendrán ambos tipos de efectos de red.

En conclusión, los efectos de red conllevan a un *feedback loop*, esto es, a una retroalimentación positiva<sup>29</sup>, que provoca que el incremento de usuarios de una determinada plataforma, multiplique su valor y la haga más atractiva para futuros usuarios<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2021, asunto T-612/17.

<sup>24</sup> Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, Google Android, asunto AT.40099.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2021, asunto T-334/19.

<sup>26</sup> FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, cit., p. 35.

<sup>27</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 152.

<sup>28</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 152.

<sup>29</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 153.

<sup>30</sup> FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, cit., p. 35; ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, cit., p. 108.

Desde el punto de vista de la competencia, se ha señalado que los efectos de red son causantes de una mayor concentración en el mercado y de fortalecer las barreras de entrada. En efecto, una empresa con unos efectos de red muy fuertes -como por ejemplo ocurre en el caso de las GAFA(M)- solo puede competir con otras plataformas de parecido tamaño o marcas reconocidas, dejando a un lado a los pequeños y medianos, e incluso a veces grandes, competidores<sup>31</sup>, que por su tamaño tendrán unos efectos de red mucho menores y por lo tanto, a pesar de que puedan tener mejores características, no serán capaces de crecer o ni siquiera entrar a competir en el mercado en cuestión<sup>32</sup>.

La CE y algunos expertos<sup>33</sup> consideran que los efectos de red pueden constituir potencialmente barreras de entrada; no obstante, habrá que estarse al caso concreto y analizar aspectos tales como la interoperabilidad de las redes o su tipo de uso<sup>34</sup>.

### 2.1.2. *Big Data*

Por otro lado, es preciso abordar el papel del *Big Data*. Este es sin duda uno de los aspectos que más dura crítica ha recibido, tanto desde el punto de vista del Derecho de la competencia, como desde el punto de vista de la privacidad de los usuarios pues la gran mayoría de ellos no son conscientes del valor, ni de los datos, que están cediendo<sup>35</sup>. En todo caso, el presente análisis se centrará en el ámbito del Derecho de la competencia, desde el que, para muchos, el *Big data* constituye una de las barreras de entrada más importantes.

En numerosas ocasiones, se dice que como los datos no son rivales, es decir, que unos mismos datos pueden ser utilizados y recolectados por numeras empresas a la vez y las veces que se quieran, las barreras de entrada que producen son muy bajas<sup>36</sup>. Esto, sin embargo, no es correcto ya que las barreras de entrada que se derivan del *Big Data* deben ser analizadas desde muy distintas perspectivas: desde cada una de sus características principales (las 4 “Vs”), desde los diferentes tipos de restricciones (legales, tecnológicas, contractuales...) <sup>37</sup> y desde la fase del proceso del *Big Data* en la que nos encontremos (recolección, almacenamiento o análisis)<sup>38</sup>.

Por seguir con el ejemplo anterior en el que se dice que las barreras de entrada al acceso de los datos son bajas y por lo tanto también lo son las barreras del *Big Data* en general, primeramente, hay que señalar que las barreras de entrada en el acceso a los datos no son en la práctica tan bajas. Este acceso, puede llevarse a cabo o bien a través de terceros (“*brokers* del data”), o bien por la misma plataforma<sup>39</sup>. Si bien el primer método es menos costoso, los datos obtenidos serán menos personalizados y su acceso se encuentra limitado debido a la existencia de barreras tanto de carácter legal como contractual, ya que se trata de compartir datos personales con

---

<sup>31</sup> ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, cit., p. 19.

<sup>32</sup> CÓBAR BENARD, L. P., “Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la Competencia”, cit., p. 75.

<sup>33</sup> CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y-A. y SCHWEITZER, H., *Competition policy for the digital era*, cit, p. 100; FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, cit., p. 35.

<sup>34</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “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)”, cit., p. 19.

<sup>35</sup> FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, cit., p. 23.

<sup>36</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 342.

<sup>37</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 350.

<sup>38</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 349.

<sup>39</sup> GARCÍA VIDAL, A., “*Big data*” e internet de las cosas. Nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales, Tirant lo Blanch, España, 2021, p. 36.

terceros<sup>40</sup>. En cuanto al segundo método de obtención de datos, hay que introducir aquí un factor muy importante, y es que, el *Big Data* se combina con otras características de los mercados digitales, lo que provoca un fortalecimiento de las barreras de entrada ya existentes. De esta manera, cuando es la propia plataforma la que accede por sí misma a los datos, el acceso a ellos se hará a través de sus usuarios, y por lo tanto, juegan un papel fundamental los efectos de red<sup>41</sup>. Para poder competir en el mercado, muchas veces deberá haberse recolectado previamente *Big Data*, y para ello deberá crearse una plataforma que atraiga a un número muy elevado de usuarios para poder tener una base de datos semejante a la de los competidores, cosa que no siempre se podrá lograr<sup>42</sup>.

Por otro lado, y siguiendo con el ejemplo de las bajas barreras en el acceso, hay que tener en cuenta que el uso del *Big Data* se compone de varias fases y el acceso es solo una de ellas, existiendo otras igualmente relevantes<sup>43</sup>. Por ejemplo, también supone una barrera de entrada muy importante el almacenamiento de los datos, sobre todo cuando se trata de cantidades tan sumamente grandes<sup>44</sup>. Además, si las barreras de entrada son relativamente bajas en una fase, probablemente subirán en otra que esté relacionada con la primera para limitar así la ventaja que puedan ofrecer los datos<sup>45</sup>.

El *Big Data*, es un activo valiosísimo para las empresas que puede ser utilizado tanto para gestionar sus propios servicios, como para comercializar con ella, y supone una gran ventaja competitiva para su titular, lo que provoca que en muchas ocasiones se lleven a cabo conductas anticompetitivas o se alcen barreras de entrada artificiales para mantener o fortalecer la ventaja competitiva<sup>46</sup>.

La CE no entiende que sea una práctica peligrosa desde el control de concentraciones (caso Apple/Shazam<sup>47</sup>) pero sí desde el punto de vista de las conductas restrictivas (caso Google Shopping<sup>48</sup>).

### 2.1.3. Economías de escala y alcance

Siguiendo con la enumeración de las barreras de entrada, cabe ahora hacer referencia a las extremas economías de escala y de alcance que tienen lugar en este tipo de mercados.

Las economías de escala se producen debido a que, si bien las inversiones iniciales pueden ser cuantiosas, el coste variable es inexistente o realmente bajo<sup>49</sup>. Además, estas se ven enormemente potenciadas por el uso del *Big Data*; en concreto por el volumen de los datos

---

<sup>40</sup> GARCÍA VIDAL, A., “*Big data*” e internet de las cosas. Nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales, cit., p. 36.

<sup>41</sup> ROBERTSON, V. H. S. E., “Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy”, cit., p. 10.

<sup>42</sup> LABBÉ FIGUEROA, M. F., “Big data: Nuevos desafíos en materia de libre competencia”, cit., p. 46.

<sup>43</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 349.

<sup>44</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 363.

<sup>45</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 369.

<sup>46</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 370.

<sup>47</sup> Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018, Apple/Shazam, asunto M.8788.

<sup>48</sup> Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, Google Search (Shopping), asunto AT.39740.

<sup>49</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, *Industrial and Corporate Change*, n. 5, 2021, p. 1308.

recolectados, ya que la plataforma los puede utilizar para mejorar sus servicios y algoritmos con el fin de expandirse más fácilmente y a un precio más bajo<sup>50</sup>.

Por su parte, las economías de alcance se producen por la variedad de los datos y facilitan la expansión tanto horizontal como vertical de las plataformas<sup>51</sup>. Por un lado, una plataforma puede utilizar los datos que ha recolectado en un mercado para expandirse a mercados adyacentes o incluso distintos<sup>52</sup>. Por otro lado, puede utilizar los datos que ha recolectado para analizar oportunidades de expansión vertical y entrar a competir directamente en ese sector<sup>53</sup>.

En consecuencia de todo ello, las economías de escala y alcance se ven potenciadas por el *Big Data* y los efectos de red debido al conocido como “bucle de retroalimentación” y pueden provocar un fortalecimiento de la posición dominante. Todo ello sitúa a estas plataformas en una clara posición de privilegio sobre sus posibles rivales.

Además de las tradicionales economías de escala y alcance, hay quienes apuntan que la velocidad de los datos puede dar lugar a “economías de velocidad”<sup>54</sup>. Si la magnitud de la escala, alcance y velocidad en la recolección de los datos es suficientemente intensa, puede que el coste de obtener el data de lugar a barreras de entradas prohibitivas<sup>55</sup>.

Todo lo expuesto va a facilitar que las plataformas, una vez asentadas, crezcan rápidamente extendiéndose a mercados conexos y a nuevos usuarios, incrementando así su poder de mercado<sup>56</sup> y generando grandes ecosistemas de plataformas en las que las empresas pueden utilizar efectos negativos “de bloqueo” para mantener a los usuarios en su ecosistema<sup>57</sup>.

## 2.2. *Switching* y *multihoming*

Se denomina *switching* a la posibilidad que tienen los usuarios para cambiar libremente de una plataforma a otra y *multihoming*, a la utilización de varias plataformas a la vez (por ejemplo, la posibilidad de utilizar varios buscadores a la vez)<sup>58</sup>. Con frecuencia se señala que los costes del *switching* son mínimos<sup>59</sup> y que esto, sumado al *multihoming*, reduce el riesgo de que las

---

<sup>50</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 156.

<sup>51</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1308.

<sup>52</sup> ROBERTSON, V. H. S. E., “Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy”, Kurz, H., D., Schütz, M., Strohmaier, R. y Zilian, S., S., (eds), *Handbook of Smart Technologies: An Economic and Social Perspective*, Routledge, Londres-Nueva York, 2022, p. 15; PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1308.

<sup>53</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1308.

<sup>54</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 353.

<sup>55</sup> RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, cit., p. 353.

<sup>56</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1308.

<sup>57</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 156; Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, Google Android, caso AT.40099.

<sup>58</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 153.

<sup>59</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “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)”, cit. p. 6; DÍEZ ESTELLA, F., “Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, *Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 163-164, 2014, p. 9.

características de los mercados digitales sean lesivas *per se* para la competencia<sup>60</sup>; no obstante, en la práctica esto no es realmente así.

Por un lado, el uso de una plataforma requiere unos costes de aprendizaje, ya que el usuario deberá aprender a utilizarla y familiarizarse con esta, lo cual no siempre es fácil<sup>61</sup>. Por otro lado, las empresas van a usar diversas estrategias para provocar que los costes del *switching* sean más altos de lo que naturalmente serían, de manera que, al final, el usuario termine quedándose en su plataforma<sup>62</sup>. Por ejemplo, no permiten la interoperabilidad de sus productos y servicios con otros ajenos<sup>63</sup>, es decir, muchas plataformas son incompatibles con otras del mismo estilo para evitar así el *multihoming* y que el usuario se quede en el ecosistema de una determinada compañía de servicios<sup>64</sup>. Este es el caso de iOS y Android, que dificultan la transferencia de datos de un sistema a otro.

De esta manera, en la práctica, es habitual que los consumidores utilicen una única plataforma, sobre todo cuando los servicios ofertados son prácticamente los mismos.

### 2.3. Gatekeepers

*Gatekeepers* es el nombre que reciben aquellas plataformas que actúan como principales vías de acceso en canales claves de distribución<sup>65</sup>.

Esta situación da lugar en ciertos casos a prácticas desleales, ya que dichas plataformas pueden utilizar su control de acceso al mercado y la información que esta posición les da, para mantener su poder en ese sector<sup>66</sup>, por ejemplo, identificando a sus potenciales rivales para comprarlos o replicarlos y así eliminarlos del mercado, convirtiéndose finalmente en monopolistas u oligopolistas del mismo<sup>67</sup>. Además, en la mayor parte de ocasiones se acaba produciendo una situación de dependencia significativa de muchos usuarios profesionales respecto al *gatekeeper*<sup>68</sup>, de manera que este puede acabar determinando las condiciones de distribución e incluso los precios de los bienes o servicios ofertados<sup>69</sup>.

Esta situación causa gran preocupación a ambos lados del Atlántico<sup>70</sup>. Por un lado, el Subcomité antitrust de los Estados Unidos ha apuntado que las GAFAs son *gatekeepers* en sus

---

<sup>60</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 153.

<sup>61</sup> MOORE, M. y TAMBINI, D., *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, cit., p. 29.

<sup>62</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 153.

<sup>63</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 156.

<sup>64</sup> CÓBAR BENARD, L. P., “Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la Competencia”, cit., p. 80; MOORE, M. y TAMBINI, D., *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, cit., p. 29.

<sup>65</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 161.

<sup>66</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1323.

<sup>67</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, cit., p. 102.

<sup>68</sup> ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, cit., p. 19.

<sup>69</sup> ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, cit., p. 19.

<sup>70</sup> CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMITÉ JUDICIAL, *Investigation of competition in digital markets: Majority Staff Report And Recommendations, Nimble Books LLC*, 2020, cit., p. 39; CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y-A. y SCHWEITZER, H., *Competition policy for the digital era*, cit, p. 100.

correspondientes mercados<sup>71</sup>; por ejemplo, se considera que Google es gatekeeper en el ámbito de los buscadores con publicidad y que Amazon lo es en el de las redes de distribución comercial. Por su parte, y como se verá más adelante, la CE ha lanzado una propuesta de Reglamento, la *Digital Market Act*<sup>72</sup> (en adelante DMA) que tiene como objetivo principal paliar los desequilibrios producidos por los *gatekeepers*<sup>73</sup>.

#### 2.4. *Self-preferencing*

En 2017, la CE en el caso Google Shopping, consideró que Google había incurrido en una novedosa conducta de abuso de la posición de dominio que no se encuadraba en las tradicionales: el *self-preferencing*<sup>74</sup>.

Cuando se habla de *self-preferencing*, se habla de una situación en la que existen dos mercados relacionados, ya sea de manera horizontal o vertical, y una conducta de una empresa consistente en favorecer sus actividades en uno de los mercados a costa de los otros<sup>75</sup>.

Se trata de una práctica que, si bien existía con anterioridad, nunca había levantado ningún tipo de preocupaciones desde el punto de vista del Derecho de la competencia ya que se veía como parte del proceso competitivo en el que se competía con los propios méritos<sup>76</sup>. No obstante, en la actualidad, es una conducta que se encuentra en el punto de mira de las autoridades y expertos de la competencia y que ha dado lugar a diversas opiniones.

Por un lado, se sostiene que, por lo general, solo debe intervenir en el mercado para velar por el proceso competitivo, y que, en este sentido, debe dejarse a las empresas que exploten libremente las ventajas competitivas que hayan conseguido obtener en base a sus méritos; *a contrario sensu*, no debe intervenir en el mercado para privar a las empresas de dichas ventajas, lo cual tendría además un impacto negativo en el proceso competitivo. Se apunta también que las autoridades de la competencia tienden a señalar como anticompetitivo cualquier conducta que provoque una desventaja competitiva<sup>77</sup>. No obstante, se pone de relieve que las empresas no están obligadas a compartir con sus rivales las ventajas competitivas que hayan obtenido<sup>78</sup>.

---

<sup>71</sup> CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMITÉ JUDICIAL, *Investigation of competition in digital markets: Majority Staff Report And Recommendations*, cit., p. 39.

<sup>72</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales).

<sup>73</sup> Según el preámbulo 34 de la DMA: “Contestability and fairness are intertwined. The lack of, or weak, contestability for a certain service can enable a gatekeeper to engage in unfair practices. Similarly, unfair practices by a gatekeeper can reduce the possibility of business users or others to contest the gatekeeper’s position. A particular obligation in this Regulation may, therefore, address both elements”.

<sup>74</sup> Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, Google Search (Shopping), asunto AT.39740.

<sup>75</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, *World Competition*, n. 4, 2020, p. 5.

<sup>76</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, *Chillin’Competition*, 24 de abril de 2019 (disponible en <https://chillingcompetition.com/2019/04/24/self-preferencing-yet-another-epithet-in-need-of-limiting-principles/>; última consulta 01/07/2022).

<sup>77</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, *Chillin’Competition*, 24 de abril de 2019 (disponible en <https://chillingcompetition.com/2019/04/24/self-preferencing-yet-another-epithet-in-need-of-limiting-principles/>; última consulta 01/07/2022).

<sup>78</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, cit., p. 7.

Por otro lado, en el caso Google Shopping, el Tribunal General de la Unión Europea manifestó que esta conducta constituye una forma “anormal” de competir<sup>79</sup>. Diversos autores comparten el punto de vista del Tribunal: las preocupaciones giran en torno a que las empresas puedan utilizar esta práctica para extender su posición dominante a mercados adyacentes<sup>80</sup> y que desvíen de manera ilícita la demanda hacia su propio producto, privando a los consumidores de los beneficios de la innovación y de la mayor competencia posible en el mercado<sup>81</sup>. Cabe destacar que, en este ámbito, la atención ha recaído últimamente en Apple y el uso que hace de su App Store.

Por su parte, esta es una conducta que hasta ahora ha sido examinada a la luz del art. 102 TFUE en los casos en los que existe posición dominante, y bajo el art. 101 TFUE en los casos en los que existen elementos contractuales<sup>82</sup>, sin embargo, la CE pretende regularla en la DMA, prohibiéndola *per se* en unos determinados casos<sup>83</sup>, elección que no ha estado exenta de críticas.

## 2.5. Mercados *winner takes it all*

La combinación de las mencionadas características provoca que los mercados digitales sean proclives a ser mercados “*winner takes it all*”, es decir, mercados en los que una empresa ostenta una posición dominante con una ventaja significativa en el mercado<sup>84</sup>.

En estos mercados se habla de una competencia “por” el mercado, en vez de una competencia “en” el mercado<sup>85</sup>, ya que diferentes empresas compiten por ser las “ganadoras”<sup>86</sup>.

Estos mercados no son necesariamente perjudiciales para los consumidores mientras siga existiendo competencia “por” el mercado, es decir, mientras la empresa “ganadora”, siga teniendo rivales, ya que deberá luchar por mantener su posición y para ello utilizará la innovación para ofrecer mejores productos<sup>87</sup>. El problema puede surgir si esa empresa dominante no ve su posición amenazada, pues en tal caso no necesitará innovar ni intentar ofrecer mejores productos, lo que daría lugar a una situación perjudicial para los consumidores<sup>88</sup>.

Además, se trata de mercados que tienden a la concentración, que se ve reforzada por ciertas prácticas como adquirir rivales potenciales para así eliminarlos<sup>89</sup> o hacer uso de efectos *lock-*

---

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2021, asunto T-612/17.

<sup>80</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, cit., p. 6.

<sup>81</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 165.

<sup>82</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, cit., p. 6.

<sup>83</sup> Art. 6.5 DMA.

<sup>84</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 159.

<sup>85</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “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)”, cit., p. 8.

<sup>86</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 159.

<sup>87</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 159.

<sup>88</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 159.

<sup>89</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, cit., p. 102.

in, de “bloqueo”, en los que los usuarios se verían atrapados en el ecosistema digital de una determinada empresa<sup>90</sup> para así conservar su monopolio<sup>91</sup>.

En definitiva, en estos mercados la combinación de las altas barreras de entrada, la tendencia a la concentración, sus particulares características y las posibles conductas anticompetitivas de las empresas<sup>92</sup>, suponen grandes riesgos para el Derecho de la competencia.

## 2.6. Dificultades regulatorias

Las peculiaridades de los mercados digitales que se han descrito dificultan su adecuación al Derecho de la competencia<sup>93</sup>. Hay que tener presente que, la economía digital avanza mucho más rápido que la interpretación y aplicación del Derecho, y que el Derecho de la competencia vigente ha sido diseñado para los mercados tradicionales que, como se ha visto, se diferencian cada vez más de los mercados digitales. Ello dificulta la aplicación y eficacia del actual Derecho de la competencia en este ámbito y provoca diversos problemas a nivel regulatorio. Veamos algunos ejemplos.

En primer lugar, tradicionalmente, donde el Derecho de la competencia actuaba con mayor rigidez, era en las conductas relacionadas con los precios (ofrecer productos de peor calidad a precios más altos), ya que eran las prácticas que se consideraban especialmente lesivas tanto para la competencia como para los consumidores<sup>94</sup>. Hoy en día, en los mercados *zero-price*, donde los servicios se ofrecen a los consumidores gratis o por una cantidad muy baja, los anteriores conceptos no son aplicables<sup>95</sup>.

En segundo lugar, cabe ahora hacer referencia al ámbito del abuso de posición dominante del art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). A la hora de analizar si verdaderamente existe o no abuso de la posición de dominio, deberá constatar la existencia de la posición de dominio y para ello será necesario determinar cuál es el mercado relevante en el que la empresa actúa. Si bien esto no presentaba dificultad alguna en los mercados tradicionales, surgen problemas en los nuevos mercados digitales, sobre todo con las plataformas multilaterales y con los ecosistemas digitales<sup>96</sup>. En estos casos, la plataforma en cuestión actúa en varios mercados distintos, de modo que determinar cuál o cuáles de todos ellos son el mercado relevante no será siempre una tarea fácil<sup>97</sup>. Hasta ahora se venía aplicando a estos efectos, el baremo *Small but Significant Non-Transitory Increase in Price* (SSNIP); sin

---

<sup>90</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 159.

<sup>91</sup> PRADO, T. S., “Safeguarding Competition in Digital Markets: A Comparative Analysis of Emerging Policy and Regulatory Regimes”, *Quello Center Working Paper Series*, n. 5, 2022, p. 9.

<sup>92</sup> ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 160.

<sup>93</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos "Google, Facebook, Apple/Shazaam", y el informe de la Comisión Europea de abril 2019)”, cit., p. 2.

<sup>94</sup> MOORE, M. y TAMBINI, D., *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, cit., p. 45.

<sup>95</sup> GUPTA, P. “Competition policy in the age of ‘Big Tech’: Assessing the EU’s approach”. *Cambridge Journal of Science and Policy*, n. 2, 2020, p. 3.

<sup>96</sup> ROBERTSON, V. H. S. E., “Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy”, cit., p. 6.

<sup>97</sup> ROBERTSON, V. H. S. E., “Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy”, cit., p. 6.

embargo, y como es evidente, al centrarse este en el precio de los productos ofertados, no puede ser de aplicación a los mercados *zero-price*<sup>98</sup>.

Por otro lado, una vez determinado el mercado, deberá acreditarse que la empresa en cuestión ostenta una posición dominante en el mismo. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea existía posición dominante cuando la empresa tuviese el 50% del mercado<sup>99</sup>. Desde la doctrina se ha señalado que para medir la existencia de una posición dominante en los mercados digitales no se pueden utilizar las herramientas que se venían aplicando hasta ahora, es decir, la cuota de mercado de una empresa en un momento determinado ya no es una herramienta válida ya que se trata de mercados muy dinámicos<sup>100</sup>. La CE y el Tribunal General de la Unión Europea, también han subrayado en diversos casos, como en *Facebook/WhatsApp* (2014)<sup>101</sup> o *Apple/Shazam* (2018)<sup>102</sup> la inadecuación de las herramientas actuales para medir la posición dominante en los mercados digitales debido a su dinamismo.

Por otro lado, el art. 102 TFUE no sanciona una posición dominante en el mercado, sino que lo que sanciona es el abuso de dicha posición. A la hora de establecer qué conducta es abusiva el precepto hace uso de una enumeración abierta, de manera que queda al arbitrio de los tribunales el establecimiento de otras posibles conductas abusivas. En el ámbito de los mercados digitales esta tarea es compleja al surgir nuevos tipos de conductas<sup>103</sup>, no siendo fácil diferenciar las que son anticompetitivas de aquellas otras que son procompetitivas, ya que, en numerosas ocasiones, una misma conducta produce efectos tanto positivos, como negativos, lo que dificulta la decisión sobre la necesidad de intervenir o no<sup>104</sup>. Ejemplo de ello es el Caso *Google Shopping* (2017)<sup>105</sup> que ha dado lugar a una gran polémica entorno al *self-preferencing*. Al margen de lo anterior, otro problema es que hay ciertos abusos que no entran en el ámbito del art. 102 TFUE. Es el caso de los *gatekeepers*, que no siempre ostentan una posición dominante en el mercado, de manera que los problemas que plantean a la competencia no pueden ser resueltos siempre por el art. 102 TFUE<sup>106</sup>.

### 3. PROPUESTAS PARA REGULAR LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DIGITALES

La gran variedad de problemas que plantean las plataformas digitales en el ámbito del Derecho de la competencia ha atraído la atención de los expertos y de las autoridades de la competencia

---

<sup>98</sup> Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, *Google Search (Shopping)*, asunto AT.39740; Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, *Google Android*, asunto AT.40099.

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86.

<sup>100</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “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)”, cit., p. 3; ROBERTSON, V. H. S. E., “Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy”, cit., p. 9.

<sup>101</sup> Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2014, *Facebook/ WhatsApp*, asunto M.7217.

<sup>102</sup> Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018, *Apple/Shazam*, asunto M.8788.

<sup>103</sup> ROBERTSON, V. H. S. E., “Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy”, cit., p. 16.

<sup>104</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, cit., p. 10; PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1322.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2021, asunto T-612/17.

<sup>106</sup> CINI, M., CZULNO P., “Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change”, *Journal of European Integration*, n. 1, 2022, p. 47.

y ha generado numerosas dudas acerca de la actual regulación. Las cuestiones más acuciantes giran en torno a la suficiencia de la legislación vigente o si por el contrario son necesarios nuevos mecanismos de control más allá del tradicional Derecho de la competencia. Asimismo, se plantean dudas sobre la eficacia de una regulación *ex post* o si debe emplearse una regulación *ex ante*.

Las diversas opiniones al respecto se han ido reflejando, por un lado, en la respuesta de las diferentes jurisdicciones a casos relevantes en la materia y, por otro lado, en los diversos informes y artículos que en estos últimos años, los expertos y las propias autoridades de la competencia han ido publicando.

En efecto, las autoridades de la competencia han publicado diversos informes acerca de la necesidad de adaptación del tradicional derecho de la competencia a los mercados digitales, ya sea fortaleciendo el actual Derecho de la competencia, ya sea mediante la implementación de una regulación *ex ante*<sup>107</sup>. En la misma línea, la doctrina científica ha señalado la inadecuación del uso de herramientas estáticas para mercados dinámicos<sup>108</sup>.

Desde el ámbito doctrinal, se han propuesto varias soluciones: se ha planteado la creación de una autoridad de mercados digitales<sup>109</sup>, de códigos de conductas para las plataformas integradas verticalmente<sup>110</sup>, que se asegure el *multihoming* y la interoperabilidad de las plataformas mediante la reducción de los costes de cambio de una plataforma a otra y que se asegure la portabilidad de los datos<sup>111</sup>. Asimismo, hay quien aboga por la implementación de una política de defensa de la competencia más proactiva<sup>112</sup>, que se centre en analizar conductas no relacionadas con los precios y con un mayor control de fusiones<sup>113</sup>. También hay quien sugiere la necesidad de una nueva regulación *ex ante* para las plataformas digitales a fin de defender

---

<sup>107</sup> FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, cit.; CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y-A. y SCHWEITZER, H., *Competition policy for the digital era*, cit.; CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMITÉ JUDICIAL, *Investigation of competition in digital markets: Majority Staff Report And Recommendations*, cit.

<sup>108</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “La regulación de los mercados en la era digital: ¿*Quo vadis*, Europa?”, *CEF Legal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 229, 2020, p. 16; DÍEZ ESTELLA, F., “Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, cit., p. 13; DÍEZ ESTELLA, F., “La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos "Google, Facebook, Apple/Shazaam", y el informe de la Comisión Europea de abril 2019)”, cit., p. 3; ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, cit., p. 156.

<sup>109</sup> DE ELEJALDE, R., “Plataformas digitales: Nuevos desafíos para políticas de defensa de la libre competencia”, *Observatorio Económico*, 2020, n. 148, p. 5; PRADO, T. S., “Safeguarding Competition in Digital Markets: A Comparative Analysis of Emerging Policy and Regulatory Regimes”, cit., p. 25.

<sup>110</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1326.; DE ELEJALDE, R., “Plataformas digitales: Nuevos desafíos para políticas de defensa de la libre competencia”, cit., p. 5.

<sup>111</sup> DE ELEJALDE, R., “Plataformas digitales: Nuevos desafíos para políticas de defensa de la libre competencia”, cit., p. 5; PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Digital Platforms and Antitrust”, *Working Paper*, n. 6, 2020, p. 20.

<sup>112</sup> DE ELEJALDE, R., “Plataformas digitales: Nuevos desafíos para políticas de defensa de la libre competencia”, cit., p. 5.

<sup>113</sup> DE ELEJALDE, R., “Plataformas digitales: Nuevos desafíos para políticas de defensa de la libre competencia”, cit., p. 5.

los derechos de acceso a los datos<sup>114</sup>. En todo caso, se ha apuntado que debe tenerse cuidado con las regulaciones preventivas ya que pueden frenar la innovación y el emprendimiento<sup>115</sup>. Otras posturas señalan que debe abandonarse la idea de la confrontación entre una regulación *ex ante* o *ex post*<sup>116</sup>. Cada una tiene sus puntos débiles y por ello algunos autores señalan que una política de la competencia efectiva, sobre todo para mercados tan complicados como este, debe combinar ambos tipos de normas: una regulación *ex ante* junto con una regulación *ex post* reformada (sobre todo en lo referente a la duración de los procedimientos, lo que supone uno de los mayores problemas del actual Derecho de la competencia a la hora de ser aplicado a los mercados digitales<sup>117</sup>), lo cual también contribuirá a promover la innovación y el desarrollo<sup>118</sup>. Otros autores se centran en reducir la asimetría de la información en estos mercados y para ello apuestan por una combinación de reglas *ex ante* con reglas más estrictas de control de fusiones, por ejemplo, estableciendo unos umbrales para la notificación de fusiones que se vayan actualizando<sup>119</sup>. En este sentido, también se ha sugerido la inversión de la carga de la prueba, por ejemplo, para aquellos casos de fusiones horizontales que resulten más problemáticos desde el punto de vista de la competencia<sup>120</sup>. Por último, se apunta la necesidad de establecer una fuerte coordinación y colaboración de las autoridades a nivel internacional<sup>121</sup>. Como vemos, se han planteado todo tipo de medidas, ya sean estructurales de control, técnicas, medidas centradas en el consumidor, medidas de fomento de la competencia, medidas de reforzamiento del control y supervisión, etc<sup>122</sup>.

Dicho lo anterior, se puede analizar ahora la posición adoptada por las autoridades de la competencia de los distintos países.

En primer lugar, en EEUU, en el año 2020 se publica un Informe titulado “*Investigation of competition in digital markets*” realizado por el subcomité de Derecho Antitrust de la Cámara de Representantes de los EEUU<sup>123</sup>. Este hace una crítica contundente a los mercados digitales, señalando incluso que sus prácticas hacen peligrar gravemente la democracia americana y las

---

<sup>114</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1323.

<sup>115</sup> PRADO, T. S., “Safeguarding Competition in Digital Markets: A Comparative Analysis of Emerging Policy and Regulatory Regimes”, cit., p. 17; PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, *Competition Forum*, n. 29, 2021, p. 12.

<sup>116</sup> BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, *Ilmenau Economics Discussion Papers*, n. 154, 2021, p. 22; LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 4, 2021, p. 546.

<sup>117</sup> LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 546.

<sup>118</sup> PRADO, T. S., “Safeguarding Competition in Digital Markets: A Comparative Analysis of Emerging Policy and Regulatory Regimes”, cit., p. 39; BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 22.

<sup>119</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1326.

<sup>120</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, cit., p. 1334.

<sup>121</sup> PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Digital Platforms and Antitrust”, cit., p. 21.

<sup>122</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”, cit., p. 167.

<sup>123</sup> CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMITÉ JUDICIAL, *Investigation of competition in digital markets: Majority Staff Report And Recommendations*, cit.

libertades fundamentales<sup>124</sup>. El informe presenta también una serie de recomendaciones tales como la revitalización y el fortalecimiento de la aplicación pública y privada del Derecho *antitrust*<sup>125</sup>. Además, dedica un capítulo entero al análisis de las GAFA.

Hay que tener en cuenta que la aplicación de la regulación *antitrust* americana tiene sus raíces en la Escuela de Chicago con postulados liberales y se basa en unas actitudes no intervencionistas y muy tolerantes con las posiciones de dominio en el mercado<sup>126</sup>. No obstante, muy recientemente las autoridades de EEUU han estado más activas en lo que se refiere a la investigación y vigilancia de las GAFA (por ejemplo, en 2020 el Departamento de Justicia de los EEUU abrió un caso contra Google<sup>127</sup>), y además, la crítica que han realizado al mercado digital es más contundente que la europea; es importante recordar que precisamente las GAFA tienen su sede en EEUU.

En segundo lugar, en Europa, tras más de una década luchando contra los gigantes digitales y con la experiencia de casos en los que se han impuesto las multas más altas de la historia de la competencia<sup>128</sup>, se ha constatado que el actual Derecho de la competencia no es suficiente. Se apunta que los procesos son lentos y que, además, las condenas impuestas no cumplen su finalidad<sup>129</sup>: los competidores de Google han denunciado que tras el Caso Google Shopping 2017<sup>130</sup>, este ha seguido haciendo uso del *self-preferencing*. Todo ello amenaza la credibilidad y la autoridad de la CE en el ámbito del Derecho de la competencia.

La preocupación de la CE por estas cuestiones impulsó la organización en 2019 de una conferencia titulada: *Shaping competition policy in the era of digitisation*. En ella, se señalaron los límites del tradicional Derecho de la competencia y se apuntó la necesidad de nuevas herramientas debido a la lentitud de las ya existentes<sup>131</sup>. Por otro lado, la CE encargó a un equipo de expertos el informe '*Competition policy for the digital era*'<sup>132</sup>, en el que concluyeron la necesidad de revisar algunos aspectos del actual Derecho de la competencia. Partiendo de todos estos análisis previos, el 15 de diciembre de 2020 la CE presentó la propuesta de un paquete legislativo compuesto por dos Reglamentos: la Ley de servicios digitales<sup>133</sup> (DSA en adelante) y la Ley de mercados digitales (DMA). La primera de ellas se ocupa de los operadores, y la segunda de los mercados digitales.

---

<sup>124</sup> CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMITÉ JUDICIAL, *Investigation of competition in digital markets: Majority Staff Report And Recommendations*, cit., p. 7.

<sup>125</sup> CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMITÉ JUDICIAL, *Investigation of competition in digital markets: Majority Staff Report And Recommendations*, cit., p. 19.

<sup>126</sup> HERRERO SUÁREZ, C., "Gigantismo empresarial en los mercados digitales. ¿una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?", *Revista de estudios europeos*, n. 78, 2021, p. 120.

<sup>127</sup> PRADO, T. S., "Safeguarding Competition in Digital Markets: A Comparative Analysis of Emerging Policy and Regulatory Regimes", cit., p. 9.

<sup>128</sup> CINI, M., CZULNO P., "Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change", cit., p. 46.

<sup>129</sup> CINI, M., CZULNO P., "Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change", cit., p. 46.

<sup>130</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2021, asunto T-612/17.

<sup>131</sup> CINI, M., CZULNO P., "Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change", cit., p. 48.

<sup>132</sup> CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y-A. y SCHWEITZER, H., *Competition policy for the digital era*, cit.

<sup>133</sup> 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.

Una de las razones que aporta la CE sobre la necesidad de una nueva regulación alejada del Derecho de la competencia, es que la actual regulación de la competencia no puede hacer frente a aquellos casos en los que no hay posición dominante (art. 102 TFUE) o acuerdos anticompetitivos (art. 101 TFUE). Sin embargo, algunos autores señalan que realmente la CE no ha tenido problema alguno con la posición dominante de las empresas que serán objeto de la ley desde el caso de Microsoft<sup>134</sup>. A raíz de esto, hay quienes se preguntan acerca de la verdadera necesidad de una nueva regulación *ex ante*, en vez de simplemente reformar la actual regulación *ex post*<sup>135</sup>.

En cuanto a las autoridades de los distintos Estados miembros, casi todas se han mostrado conformes con la necesidad de una nueva regulación y, en concreto, con las propuestas de la DSA y DMA. Sin embargo, algunos países del norte de Europa e Irlanda se muestran más reticentes a este tipo de regulación *ex ante*. Países como Estonia apuntan que debe evitarse una regulación excesiva en este sector. Por su parte, Irlanda señala que muchos Estados Miembros han evitado y quieren seguir evitando medidas consistentes en una “lista negra” de conductas, es decir, en conductas prohibidas *per se*, al margen de la existencia de un daño concreto. En su opinión, el establecimiento de una regulación *ex ante* requiere que previamente se pruebe que es realmente necesaria, probando que la innovación se ve afectada por las prácticas de los *gatekeepers* y que esto afecta a la disputabilidad de los mercados<sup>136</sup>.

En conclusión, este ha sido un tema polémico con opiniones dispares acerca de las posturas a adoptar. No obstante, la mayoría de expertos coincide en que el tradicional Derecho de la competencia, con su aplicación judicial y *ex post*, no es suficiente para hacer frente a los retos que plantean los mercados digitales<sup>137</sup>.

## **4. LA RESPUESTA EUROPEA: LA LEY DE MERCADOS DIGITALES Y SU EFICACIA**

### **4.1 Origen**

Tras años de infructuosa aplicación del Derecho de la competencia a los grandes gigantes tecnológicos, en los que se han ido sucediendo casos muy controvertidos, sobre todo en relación con las GAFAs, la CE ha buscado nuevas herramientas para hacer frente a los problemas que plantea la economía digital en este ámbito. En 2014 propuso el Mercado Digital Único y finalmente en 2020 lanzó un paquete de medidas conformado por dos propuestas de reglamentos: la DMA y la DSA. Dado el objeto de este TFG, el análisis se centrará en la primera propuesta.

La DMA se presenta como una herramienta novedosa que contiene medidas regulatorias de carácter *ex ante* (este tipo de medidas han sido implementadas con éxito en otro tipo de

---

<sup>134</sup> LAROCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 545.

<sup>135</sup> BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 28.

<sup>136</sup> DEPARTAMENTO DE EMPRESA, COMERCIO Y EMPLEO, *The Irish position on the EU Commission’s proposed Digital Services Act package - Submission to the Public Consultation*, 17 de Septiembre de 2020 (disponible en <https://www.gov.ie/en/publication/09a22-national-submission-to-the-eu-consultation-on-the-digital-services-act-package/#>; última consulta 03/07/2022), p. 10.

<sup>137</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 7, 2021, p. 561.

mercados tales como el de las telecomunicaciones<sup>138</sup>). Dichas medidas consisten en una serie de obligaciones y prohibiciones que unas determinadas empresas deben cumplir con independencia de que sus conductas provoquen o no daño alguno al mercado. De esta manera, se pretende garantizar una intervención rápida antes de que se produzcan daños irreversibles<sup>139</sup>. Con base legal en el art. 114 TFUE, la propuesta se presenta, no como un sustituto, si no como un complemento del actual Derecho de la competencia de los arts. 101 y 102 TFUE, así como de los Derechos de la competencia nacionales<sup>140</sup>. De esta manera, la capacidad de la UE para intervenir *ex post* queda intacta, pudiendo esta aplicar con posterioridad las normas de competencia de la UE vigentes.

## 4.2. Objetivos y contenido

La DMA persigue principalmente dos objetivos: mantener la disputabilidad y la equidad de los mercados digitales<sup>141</sup>. Para ello, se centra en los proveedores de unos determinados servicios que la DMA considera *gatekeepers*. Se pretende, basándose en la experiencia recabada, identificar las prácticas especialmente lesivas que estos suelen llevar a cabo (bien porque no pueden ser abordadas por las normas actuales del Derecho de la competencia, bien porque debido a la naturaleza sistémica de algunas conductas, estas normas no son eficaces<sup>142</sup>) e imponerles una especie de código de conducta, es decir, una serie de obligaciones y prohibiciones que necesariamente deberán cumplir.

### 4.2.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la DMA se circunscribe a las empresas que ostenten la condición de *gatekeepers*, siempre que sean proveedoras de lo que la norma llama “servicios básicos de plataforma”<sup>143</sup>. De esta manera, se puede entender que hay una condición principal y una condición previa.

#### 4.2.1.1. Servicios básicos de plataforma

Como se ha señalado, la DMA restringe su ámbito de aplicación a la prestación de unos determinados servicios: los servicios básicos de plataforma. En su art. 2.2 realiza una enumeración tasada de diez servicios digitales que son considerados como tales: servicios de intermediación en línea, motores de búsqueda en línea, servicios de redes sociales en línea, servicios de plataformas de intercambio de vídeos, servicios de comunicaciones interpersonales

---

<sup>138</sup> Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

<sup>139</sup> PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 10.

<sup>140</sup> Según el preámbulo 10 de la DMA: “[...] since this Regulation aims to complement the enforcement of competition law, it should apply without prejudice to Articles 101 and 102 TFEU, to the corresponding national competition rules and to other national competition rules [...]”.

<sup>141</sup> Según el art. 1 DMA: “The purpose of this Regulation is to contribute to the proper functioning of the internal market by laying down harmonised rules ensuring for all businesses, contestable and fair markets in the digital sector across the Union where gatekeepers are present, to the benefit of business users and end users”.

<sup>142</sup> URÍA MENÉNDEZ, *Ley de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”)-Client briefing*, 4 de mayo de 2022, (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/newsletter/1523-competencia>; última consulta 03/07/2022), p. 4.

<sup>143</sup> Según la DMA: “core platform services”.

independientes de la numeración, sistemas operativos, navegadores de *web*, asistentes virtuales, servicios de computación en la nube y servicios de publicidad.

Los servicios prestados por las GAFAs pueden incluirse en dicho ámbito de aplicación. A título ilustrativo: Google es un motor de búsqueda en línea, Amazon o Apple con la App Store son servicios de intermediación en línea y Facebook es una red social.

Cabe destacar que el art. 4.2 establece que la CE deberá revisar al menos cada tres años la lista de servicios que considera como servicios básicos de plataforma y evaluar si debe o no modificarla (art. 19). Con esta última precisión, el legislador europeo nos demuestra que es consciente del dinamismo del mercado digital y de la necesidad de que la regulación se adapte a los cambios de este.

#### **4.2.1.2. Condición de *gatekeeper***

Como previamente se ha indicado, la DMA no se aplica a cualquier proveedor de los servicios básicos de plataforma, sino solamente a aquellos que ostenten la condición de *gatekeeper*. Para identificarlos, la DMA utiliza tres criterios objetivos que deben cumplirse cumulativamente (art. 3.1): que tengan un impacto significativo en el mercado, que ostenten una posición importante como intermediarios y, por último, que tengan o que previsiblemente vayan a tener una posición estable y consolidada en el mercado.

El art. 3.2 establece una presunción *iuris tantum* de que se cumplen los anteriores requisitos en los siguientes casos:

En primer lugar, se presume que una empresa tiene un impacto significativo en el mercado cuando tenga un volumen de negocios anual en la Unión Europea igual o superior a 7.500 millones de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios o que la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente ascienda como mínimo a 75.000 millones de euros en el último ejercicio. Además, debe prestar el mismo servicio básicos de plataforma en al menos tres Estados miembros de la Unión Europea.

En segundo lugar, se presume que ostenta una importante posición como intermediario cuando la empresa en cuestión cuente con una media superior a 45 millones de usuarios finales mensuales activos establecidos o localizados en la UE y, como mínimo, 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la UE al año en el último ejercicio.

Y, por último, se presume la existencia de una posición duradera y estable en el mercado, si la segunda de las presunciones se cumple en los tres últimos ejercicios anteriores.

#### **4.2.1.3. Designación de *gatekeeper***

Se pueden diferenciar dos situaciones, según se cumplan las presunciones del art. 3.2 o, aunque no se cumplan, si se reúnen los tres criterios objetivos del art. 3.1.

En primer lugar, si se cumplen las presunciones establecidas en el art. 3.2, son los propios *gatekeepers* los que deben verificarlo y notificárselo a la CE en un plazo de dos meses adjuntando la información correspondiente (art. 3.3). No obstante, se prevé la situación excepcional en la que, debido a las circunstancias específicas del servicio que se ofrece, una empresa en la que concurren las presunciones del art. 3.2 considere que sin embargo no cumple los requisitos del art. 3.1, por lo que no debe ostentar la condición de *gatekeeper*. En estos casos, el art. 3.5 permite que la empresa rebata dicha presunción adjuntando a la notificación anterior argumentos suficientes que demuestren su posición. La CE decidirá si dichos argumentos son o no suficientes, pudiendo incluso abrir una investigación al respecto. En cualquier caso, será la CE la que designe al *gatekeeper* como tal.

En el supuesto de que la empresa en cuestión no notifique a la CE el cumplimiento de los umbrales del art. 3.2, esta en base a la información de la que disponga, podrá igualmente designar al *gatekeeper* como tal (art. 3.3).

La CE revisará al menos cada tres años si los *gatekeepers* siguen cumpliendo con los umbrales establecidos y examinará al menos cada año si nuevas empresas cumplen los requisitos (art. 4.2).

En segundo lugar, atendiendo ahora al caso en el que no concurren las presunciones del art. 3.2, si se cumplen los requisitos del art. 3.1, la CE será la que designe a los *gatekeepers* como tales, previa investigación de mercado que se llevará a cabo por los cauces indicados en el art. 17 y teniendo en cuenta diversos factores señalados en el art. 3.8, como por ejemplo el tamaño del proveedor, las ventajas derivadas de los efectos de red y de los datos y otros elementos estructurales.

#### **4.2.2. Obligaciones y prohibiciones**

Una vez se haya designado a una determinada empresa como *gatekeeper*, se le imponen una serie de obligaciones de comportamiento tanto positivas como negativas que se recogen en los arts. 5 y 6 que se expondrán a continuación. Pero no se trata de las únicas obligaciones, pues el art. 7 recoge una obligación relativa a la interoperabilidad en los servicios de mensajería, el art. 14 la obligación de informar acerca de las concentraciones y el art. 15 una obligación de auditoría.

En cuanto a las obligaciones recogidas en los arts. 5 y 6, cabe hacer una diferenciación, y es que, si bien ambas obligaciones son directamente aplicables, las del art. 6 son susceptibles de ser especificadas *a posteriori* por la CE.

De cualquier modo, las empresas designadas como *gatekeepers* deben cumplir todas las obligaciones en el plazo de seis meses desde que son designadas como tales (art. 3.10). No obstante, si una empresa fuese designada como *gatekeeper* en base a la previsión de que va a ostentar próximamente una posición estable y duradera en el mercado, esta solo deberá cumplir algunas de las obligaciones establecidas en la norma y no todas ellas (art. 17.4).

Entre las prohibiciones y obligaciones más relevantes se pueden destacar las siguientes:

En primer lugar, se prohíbe la utilización de los datos en determinados casos.

Así, el art. 5.2.b) prohíbe combinar datos personales adquiridos en el servicio básico de plataforma en cuestión con otros datos personales obtenidos de cualquier otro servicio ofrecido por el *gatekeeper* o por terceros. Paralelamente, el art. 6.2 prohíbe al *gatekeeper* usar los datos de usuarios profesionales que utilicen su plataforma para competir contra ellos. De esta manera, por ejemplo Facebook no podría utilizar datos personales de los usuarios que hubiese adquirido en otros servicios ofrecidos, ni Amazon podría utilizar los datos de los vendedores que se valgan de su plataforma para competir contra ellos.

Asimismo, el art. 5.2.a) prohíbe utilizar con fines publicitarios los datos personales de los usuarios de servicios prestados por terceros, cuando estos usuarios estén utilizando la plataforma del *gatekeeper*. Con ello se evita que el *gatekeeper* rastree a los usuarios finales

fuera de su servicio básico de plataforma con fines de publicidad personalizada, sin que estos hayan dado su consentimiento efectivo<sup>144</sup>.

En segundo lugar, hay que destacar la prohibición del *self-preferencing* en los servicios básicos de plataforma que actúen mediante *rankings*. El art. 6.5 impone a los *gatekeepers* la obligación de abstenerse de clasificar más favorablemente sus servicios y los ofrecidos por terceros pertenecientes a la misma empresa, en comparación con servicios o productos similares de terceros. Los *gatekeepers* deben aplicar condiciones justas y no discriminatorias en dicha clasificación. Aquí encajaría el caso de Google Shopping<sup>145</sup>, ya que con esta prohibición, Google no podría posicionar mejor en el *ranking* sus productos frente a los de terceras empresas, si no que debería seguir criterios objetivos.

En tercer lugar, respecto de las obligaciones positivas, hay que destacar la obligación de permitir a los usuarios cambiar la configuración por defecto de su sistema operativo, asistente virtual o navegador web y desinstalar aquellas aplicaciones no esenciales para el funcionamiento de un sistema operativo o dispositivo (art. 6.3). Esta obligación, responde nuevamente a las prácticas de las GAFAs, en concreto al Caso Google Android<sup>146</sup>.

Además, los *gatekeepers* también están obligados a facilitar la interoperabilidad de su *hardware* y *software* con los de terceros (art. 6.7).

Por último, los *gatekeepers* deberán implementar medidas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones (art. 8.1) y a los seis meses de haber sido designados como tales deberán aportar a la CE un informe en el que describan de manera detallada y transparente las medidas que han tomado para llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7 (art. 11.1).

#### **4.2.3. Consecuencias del incumplimiento**

En el caso de que la CE constate que una empresa considerada como *gatekeeper* incumple alguna de las obligaciones establecidas en la norma, deberá previo procedimiento y comunicación al *gatekeeper* en cuestión, adoptar lo que llama la “decisión de no cumplimiento” (art. 29.1) y ordenar el cese de la conducta incumplida, solicitando al *gatekeeper* información sobre el modo en que acatará la decisión (art. 29.5).

Además, se contempla un sistema de multas sancionadoras, coercitivas y medidas correctoras de comportamiento e incluso estructurales.

En efecto, la DMA establece la posibilidad de imponer multas que pueden alcanzar hasta el 10% del volumen de negocios total anual mundial de la empresa (art. 30.1), aumentando hasta el 20% en caso de reincidencia (art. 30.2).

La CE puede imponer multas coercitivas periódicas de hasta un 5% del promedio diario del volumen de negocios mundial del ejercicio financiero anterior por día (art. 31).

Dichas multas están sujetas a un periodo máximo de imposición y cumplimiento de 5 años (art. 32 y 33).

---

<sup>144</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos*, 23 de abril de 2022 (disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda\\_20\\_2349](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349); última consulta 03/07/2022), p. 3; URÍA MENÉNDEZ, *Ley de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”)-Client briefing*, cit., p. 3.

<sup>145</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2021, asunto T-612/17.

<sup>146</sup> Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, Google Android, caso AT.40099.

Por último, el art. 18 prevé para los casos de infracciones sistemáticas medidas correctoras de comportamiento proporcionales a la infracción cometida y, cuando no existan medidas correctoras de comportamiento que tuviesen la misma eficacia, se prevén medidas estructurales, previa investigación por parte de la CE (están pueden consistir por ejemplo en la venta de una empresa o partes de ella: venta de unidades, de activos, de derechos de propiedad intelectual o marcas...<sup>147</sup>).

### 4.3. Críticas planteadas a la Ley de Mercados Digitales

La DMA ha dado lugar a numerosas críticas que con frecuencia ponen en duda su eficacia práctica e incluso su legalidad, debido a las dudas que suscita la elección de su base legal, tal y como se analizará más adelante. Cabe destacar que dichas críticas han sido atendidas en algunas ocasiones por la CE. Es el caso de la compatibilidad del Reglamento con los Derechos de la competencia nacionales.

Diversas voces pusieron de manifiesto que la DMA regulaba este aspecto de forma muy somera<sup>148</sup>. Se apuntaba la necesidad de establecer mecanismos de coordinación con las autoridades de los Estados miembros para evitar así investigaciones paralelas y discrepancias<sup>149</sup>. Pues bien, atendiendo a dichas propuestas, actualmente se dedican a esta cuestión los arts. 37, 38 y 39; no obstante, esto no ha acallado todas las críticas.

Así, se ha puesto de manifiesto que la DMA no debería basarse solo en un sistema de aplicación pública en el que la competencia sea exclusiva de la CE, sino que se debería fomentar la aplicación privada y descentralizar la aplicación de las reglas, dando poder a las autoridades nacionales y estableciendo un mecanismo de coordinación fuerte<sup>150</sup>. Además, no se han resuelto las dudas que también suscitaba la compatibilidad del Reglamento con el Derecho de la competencia de los arts. 101 y 102 TFUE, sobre todo en aquellos casos en los que convergen ambas regulaciones<sup>151</sup>, como por ejemplo, cuando una infracción de un *gatekeeper* es también abuso de posición dominante del 102 TFUE<sup>152</sup>.

Por su parte, algunos analistas son escépticos acerca de la posibilidad real de que la nueva normativa consiga cambiar las dinámicas del mercado digital. En primer lugar, porque la DMA no demuestra ni argumenta suficientemente en ningún momento cómo pretende alcanzar los

---

<sup>147</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos*, cit.

<sup>148</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, cit., p. 109; FERNÁNDEZ, VICIÉN, C., “A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 4, 2021, p. 271.

<sup>149</sup> FERNÁNDEZ, VICIÉN, C., “A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?”, cit., p. 271; VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, cit., p. 108.

<sup>150</sup> SCHWEITZER, H., “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, *ZEuP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, n. 3, 2021, p. 537.

<sup>151</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, cit., p. 109; FERNÁNDEZ, VICIÉN, C., “A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?”, cit., p. 271; BROADBENT, M., “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool”, Center for strategic and international studies, 2020, p. 9; LAROCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 545.

<sup>152</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, cit., p. 109.

objetivos que promete y lograr así un mercado digital abierto y con conductas justas<sup>153</sup>. En segundo lugar, porque, si bien es verdad que las plataformas digitales comparten una serie de características, cada una de ellas es única y desde esta perspectiva, lo más adecuado sería utilizar remedios procedentes del Derecho de la competencia (que se centrasen por ejemplo en las conductas anticompetitivas) al ser este más flexible y capaz de adaptarse a las necesidades de cada sector digital<sup>154</sup>. Y por último, por la existencia de importantes dificultades estructurales<sup>155</sup>: si un mercado es un monopolio natural, la regulación por sí sola no puede cambiar esto. En definitiva, estos autores señalan que el objetivo perseguido por la DMA es utópico y que la competencia vendrá de la mano de las innovaciones y el desenvolvimiento tecnológico, no de las normas.

De forma semejante, se ha señalado que la DMA intenta mantener una estructura de mercado idealizada que, sin embargo, no atiende al daño provocado a los consumidores, a los competidores o ni siquiera al proceso competitivo en sí<sup>156</sup>. También, se ha apuntado que para ello contiene una regulación excesiva que, lejos de provocar los efectos positivos que pretende, conlleva efectos negativos, pues socava el dinamismo, desincentiva a las empresas e incluso puede frenar la innovación<sup>157</sup>. Debe recordarse de que ni la regulación de la competencia estadounidense, ni la europea castiga el tener un cierto poder en el mercado, sino el abuso que las empresas hagan de este; no obstante, el proyecto normativo europeo parece lanzar el mensaje de “*Big is bad*”, despreciando aparentemente los múltiples efectos positivos que también aportan los gigantes digitales<sup>158</sup>.

Además, se apuntan otro tipo de problemas como la vulneración de la privacidad y seguridad de los usuarios, ya que la DMA obliga a ceder datos personales de estos<sup>159</sup>, así como la posibilidad de que, al tener que ceder determinada información a terceros, se violen las normas de propiedad intelectual si dicha información se encontrase protegida por esta<sup>160</sup>.

Cabe ahora atender a dos de las críticas más importantes que ha recibido la DMA, que giran en torno a la base legal del Reglamento y a su naturaleza.

---

<sup>153</sup> BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 19.

<sup>154</sup> TAKIGAWA, T., “What Should We Do about E-Commerce Platform Giants?—The Antitrust and Regulatory Approaches in the US, EU, China, and Japan”, 3 de marzo de 2022, (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4048459> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4048459>; última consulta 04/07/2022), p. 18.

<sup>155</sup> BROADBENT, M., “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool”, cit., p. 5.

<sup>156</sup> PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 15.

<sup>157</sup> BROADBENT, M., “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool”, cit., p. 17; PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 12; LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 548.

<sup>158</sup> BROADBENT, M., “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool”, cit., p. 6; PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 12.

<sup>159</sup> URÍA MENÉNDEZ, *Ley de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”)-Client briefing*, cit., p. 1.

<sup>160</sup> PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 22.

En primer lugar, hay quienes consideran que puede ser ilegal a la luz del art. 114 TFUE<sup>161</sup>. Hay que recordar que la CE ha escogido como base legal de la DMA el art. 114 TFUE, factor que es relevante tanto a nivel del procedimiento legislativo a seguir, como del alcance de la actuación de la Unión Europea. Una base legal inadecuada puede dar lugar a la anulación del Reglamento. Antes que nada, hay que tener en cuenta que el art. 114 TFUE está diseñado para ser aplicado a medidas tendentes a la armonización de las normas nacionales y que respeten los principios que inspiran los tratados de la UE, en concreto el de proporcionalidad. No obstante, diversos autores señalan que la DMA, ni ha sido diseñada para armonizar las normas nacionales y prevenir la fragmentación legal, ni respeta en determinadas ocasiones el principio de proporcionalidad<sup>162</sup>. Se ha apuntado que hubiese sido más adecuada la elección del art. 352 o 103 TFUE, tanto solos como conjuntamente, a modo de base legal<sup>163</sup>. De cualquier manera, este sector coincide en que la DMA requiere importantes modificaciones para ajustarse a su actual base legal.

En segundo lugar, la otra gran crítica, pone de manifiesto que, si bien la CE presenta la DMA como un instrumento totalmente nuevo, alejado del Derecho de la competencia y complementario de este, la distancia que los separa es mucho menor de la que la CE pretende<sup>164</sup>. Esta línea doctrinal sostiene que, a la hora de determinar la naturaleza de la norma, debe atenderse a los objetivos que esta persigue; en este caso la DMA pretende dos: la equidad y la disputabilidad del mercado. Ambos objetivos están fuertemente relacionados con el Derecho de la competencia ya que, por un lado, mantener los mercados abiertos, con la mayor competencia posible, es precisamente el objetivo del actual art. 102 TFUE, y por otro lado, la equidad que pretende la DMA, no es más que la ausencia del abuso del poder que una empresa ostente en el mercado, objetivo paralelo nuevamente al del art. 102 TFUE<sup>165</sup>. Además, hay quien pone de manifiesto que, al analizar más de cerca la DMA, en concreto las obligaciones de los arts. 5 y 6, se puede observar cómo realmente el objetivo de la norma va más allá de la simple protección y promoción de la disputabilidad del mercado<sup>166</sup>. Por ejemplo, la obligación de utilizar criterios no discriminatorios basados en la justicia en los *rankings*, previsto en el art.

---

<sup>161</sup> LAMADRID, A., BAYÓN FERNÁNDEZ, N., “Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 7, 2021, p. 578; BLAŽO, O., “The Digital Markets Acts - Between market regulation, competition rules and unfair trade practices rules”, *Strani pravni život*, n. 1, 2022, p. 120.

<sup>162</sup> LAMADRID, A., BAYÓN FERNÁNDEZ, N., “Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It”, cit., p. 578; IBÁÑEZ COLOMO, P., “The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis”, cit., p. 571.

<sup>163</sup> BLAŽO, O., “The Digital Markets Acts - Between market regulation, competition rules and unfair trade practices rules”, cit., p. 120; BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 17; LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 543.

<sup>164</sup> LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 544; BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 15; PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 15.

<sup>165</sup> LAROUCHE, P., DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 544; SCHWEITZER, H., “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, cit., p. 508.

<sup>166</sup> SCHWEITZER, S., “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, cit., p. 510.

6.2, busca también mantener una competencia limpia y no distorsionada en la propia plataforma. Igualmente, otras obligaciones de estos preceptos están diseñadas para impedir que el poder de mercado de un *gatekeeper* se extienda a otros mercados anexos<sup>167</sup>. Por otro lado, si bien se presenta como una regulación sectorial específica, no se puede decir que los *gatekeepers* prestadores de los servicios básicos de plataforma sean un sector económico en sí<sup>168</sup>.

La difusa delimitación entre el Derecho de la competencia y la DMA, junto con la base legal elegida, pueden dar lugar a tensiones entre ambas regulaciones que terminen por socavar la efectividad práctica de la DMA<sup>169</sup>.

Continuando con el análisis, otra de las precisiones que se apuntan es que tanto los objetivos de la DMA, como los requisitos para que un proveedor sea considerado *gatekeeper*, así como las prohibiciones y obligaciones que contiene la norma están redactados en términos muy amplios, lo que deja un gran margen de discrecionalidad a la CE<sup>170</sup>. Se señala que, por cuestiones como estas de falta de claridad, la DMA puede ser fuente de importantes tensiones y litigiosidad y que esto puede socavar la efectividad de la norma<sup>171</sup>.

Otro de los puntos que se han criticado ha sido la prohibición *per se* de las conductas que señala la norma<sup>172</sup>, así como las escasas posibilidades que tiene un proveedor en rebatir la condición de *gatekeeper*<sup>173</sup>. Ciertamente, la regulación es tan estricta que apenas permite que un *gatekeeper* justifique sus prácticas o demuestre la inexistencia de los efectos negativos de una determinada conducta sobre el mercado o incluso la existencia de efectos positivos<sup>174</sup>. Por otro lado, se produce una inversión de la carga de la prueba a la hora de considerar a una empresa como *gatekeeper*. El problema que se presenta aquí es que la DMA pide que para rebatir la presunción del art. 3 de la propuesta, se den “circunstancias excepcionales” y se aporten

---

<sup>167</sup> SCHWEITZER, S., “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, cit., p. 510.

<sup>168</sup> LAROCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 544.

<sup>169</sup> BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 17.

<sup>170</sup> FERNÁNDEZ, VICIÉN, C., “A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?”, cit., p. 271; BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 18; URÍA MENÉNDEZ, *Ley de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”)-Client briefing*, cit., p.4; BROADBENT, M., “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool”, cit., p. 9; IBÁÑEZ COLOMO, P., “The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis”, cit., p. 573.

<sup>171</sup> BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 18; URÍA MENÉNDEZ, *Ley de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”)-Client briefing*, cit., p.4.

<sup>172</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis”, cit., p. 568.

<sup>173</sup> PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 6.

<sup>174</sup> PETIT, N., “The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 7, 2021, p. 19; PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 7; BROADBENT, M., “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool”, cit., p. 5.

“argumentos suficientes”<sup>175</sup>, lo que en la práctica se traduce en nulas o muy escasas posibilidades de que se pueda rebatir dicha presunción con éxito<sup>176</sup>.

Asimismo, se ha puesto de relieve que la DMA no resuelve todos los problemas. En este sentido, aunque el art. 14 de la DMA establece la obligación a los *gatekeepers* de informar sobre las concentraciones; la norma no posibilita la intervención de la CE al respecto (ni podría bajo la base legal del art. 114 TFUE, para ello precisaría basarse por ejemplo en el art. 352 TFUE). Por consiguiente, el control de las concentraciones en los mercados controlados por los *gatekeepers* sigue siendo un problema sin resolver a pesar de ser una de las mayores preocupaciones que se suscitan en estos mercados<sup>177</sup>.

Además, se ha destacado que, debido a que la DMA se basa en una regulación *ex ante* con una serie de conductas prohibidas *per se*, lejos de conseguir un mercado justo y disputable, va a incentivar a las empresas a buscar nuevas formas de alcanzar los mismos resultados mediante conductas anticompetitivas novedosas que escapen a su ámbito de aplicación<sup>178</sup>.

Por su parte, se apunta que la regulación de la DMA no es tan revolucionaria como pretende aparentar, sino que permanece en la línea de la regulación tradicional de la UE<sup>179</sup>. Por un lado, muchas de las obligaciones de la DMA han sido extraídas de la experiencia de la aplicación de la regulación de la competencia y de los casos que esta ha dado lugar<sup>180</sup>. Por otro lado, la DMA se basa en una serie de normas de conducta que son corregidas por medidas nuevamente de conducta y solo en último lugar se pueden imponer medidas de carácter estructural.

Frente a ello, puesto que la CE presenta la norma como una herramienta novedosa que se pretende distinguir del actual Derecho de la competencia, se podrían haber introducido innovaciones, tales como medidas correctoras a medio camino entre las de comportamiento y las estructurales, por ejemplo lo que algunos autores llaman “*governance remedies*”<sup>181</sup>.

Como se ha visto, la DMA es una norma muy polémica que ha levantado posturas contrarias y muy diversas. Sea como fuere, hay quienes se mantienen escépticos y temen que sea una de esas normas que promete mucho pero da poco<sup>182</sup>.

---

<sup>175</sup> Según el art. 3.5 de la DMA: “The undertaking providing core platform services may present, with its notification, sufficiently substantiated arguments to demonstrate that, exceptionally, although it meets all the thresholds in paragraph 2, due to the circumstances in which the relevant core platform service operates, it does not satisfy the requirements listed in paragraph 1 [...]”.

<sup>176</sup> PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, cit., p. 6.

<sup>177</sup> SCHWEITZER, H., “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, cit., p. 537.

<sup>178</sup> BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 23.

<sup>179</sup> LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 542.

<sup>180</sup> LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 546.

<sup>181</sup> LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, cit., p. 553.

<sup>182</sup> BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, cit., p. 21.

## 5. CONCLUSIONES

1.- La digitalización de la economía ha alterado profundamente las dinámicas del mercado y el perfil de las empresas dominantes. Como se ha analizado a lo largo de este trabajo, las empresas que prestan servicios mediante plataformas digitales han revolucionado la forma de hacer negocios, aportando numerosos beneficios, tanto a los consumidores como al mercado en general, y han logrado acumular un poder extraordinario muy superior al que podrían las empresas tradicionales. Estas nuevas empresas son parte de lo que se conoce como mercado digital y se encuentran lideradas por las GAFAs en Europa y América y por sus correlativas, las BATX (Baidu, Alibaba, Tencent y Xiaomi), en China.

Las altas cotas de poder que han logrado alcanzar se explican por las particulares características del mercado digital. En primer lugar, se eliminan las barreras de entrada tradicionales, tales como las geográficas. En segundo lugar, porque surgen nuevas características que no existían en los mercados tradicionales; por ejemplo, se habla de mercados *zero-priced* y normalmente las empresas actúan en forma de plataforma de varias caras. En tercer lugar, porque muchas de las características de los mercados tradicionales no solo se dan simultáneamente, sino de forma especialmente intensa: las economías de escala y alcance a las que dan lugar son enormes y el tradicional *data* se convierte ahora, debido a su magnitud, en el *Big Data*. Por último, el poder de estas plataformas se ha visto reafirmado e incluso potenciado por la pandemia del COVID-19.

2.- Debido a sus particulares características, estas plataformas digitales han planteado nuevos desafíos para el Derecho de la competencia, generando un amplio debate entre los expertos y las autoridades.

Principalmente, se puede destacar que son mercados *winner takes it all*, es decir, mercados que tienden a la concentración; no obstante, lo relevante es que una vez alcanzada una posición de monopolio o casi monopolio, esta es muy difícil de eliminar. Por otro lado, surgen conductas nuevas que abren debates acerca de su permisibilidad y de sus efectos sobre el mercado; ejemplo de ello es la reciente preocupación que han causado los conocidos como *gatekeepers* y conductas tales como el *self-preferencing*.

3.- Ante esto, la doctrina científica viene apuntando desde hace algún tiempo la inadecuación del tradicional Derecho de la competencia y sus herramientas estáticas en estos mercados que, si por algo se caracterizan, es su dinamismo. Asimismo, las autoridades de la competencia han ido publicando diversos informes en los que analizan estos mercados e intentan encontrar la herramienta más adecuada para hacer frente a las inquietudes que plantean. A este respecto, han surgido múltiples y muy distintas ideas, sin llegarse a ningún acuerdo más que lo obsoleto de la regulación actual.

4.- En este trabajo se analiza la respuesta europea: la Propuesta de Reglamento de Ley de Mercados Digitales (DMA por sus siglas en inglés). Esta se presenta como una regulación sectorial complementaria del actual Derecho de la competencia europeo y de los distintos Derechos de la competencia nacionales. Encuentra su base legal en el art. 114 TFUE y persigue dos objetivos: mantener la disputabilidad y la equidad de los mercados digitales. La propuesta consiste en lo que se puede considerar un código de conducta para una serie de empresas que

la norma denomina como *gatekeepers*, siempre que sean prestadores de unos determinados servicios que determina como “servicios básicos de plataforma”. De esta manera, se establecen obligaciones tanto positivas como negativas, prohibiéndose *per se* una serie de conductas. Ante su incumplimiento, la DMA prevé un sistema de sanciones compuesto por multas sancionadoras, coercitivas, medidas correctoras de comportamiento e incluso, en último caso, medidas estructurales.

Esta propuesta ha provocado el escepticismo de gran parte de los expertos, dando lugar a diversas críticas que abarcan desde su posible ilegalidad, debido a la base legal elegida (art. 114 TFUE), hasta la verdadera naturaleza de la propuesta.

5.- Sea como fuere, la DMA encierra una respuesta necesaria ante un mercado que desborda la actual regulación de la competencia y que desafía la autoridad de la CE. Supone sin duda un paso en la dirección correcta, pues son mercados con diversas especialidades que necesitan una nueva regulación para hacer frente a los problemas que plantean. No obstante, es cuestionable la dirección tomada por propuesta, así como diversos puntos de ella. En primer lugar, la DMA se presenta como una regulación sectorial desligada del Derecho de la competencia al perseguir unos objetivos distintos a los de este último. Sin embargo, una vez analizada más de cerca, da la impresión de que la regulación que contiene la propuesta sigue estando enmarcada en el ámbito del Derecho de la competencia, con la diferencia de que al presentarse como algo distinto a este, no se encuentra sometido a sus restricciones procedimentales. En segundo lugar, el hecho de contener prohibiciones *per se* refleja una actitud excesivamente reservada ante las plataformas digitales, que tacha de anticompetitivo aquello que no se conoce. De esta manera, no se da siquiera una oportunidad a los posibles efectos positivos que las conductas de estas empresas puedan generar, obstaculizando el desarrollo de nuevas prácticas competitivas. En tercer lugar, no se puede olvidar la dificultad de hacer cumplir las sanciones estructurales a los gigantes tecnológicos. En cuarto lugar, la propuesta, al ser complementaria del Derecho de la competencia, tanto europeo como nacional, puede dar lugar a una duplicidad de sanciones, ya que puede ser objeto de sanción *ex post* la misma conducta que ya ha sido sancionada *ex ante* por la DMA.

Ciertamente, una vez implementada, surgirán numerosos casos que irán perfilando la dirección que tomará por fin la norma. Pese a todo, y al margen de su eficacia, no cabe duda de que la DMA cambiará la manera de formular las políticas de la competencia en Europa.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

BROADBENT, M., “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool”, *Center for strategic and international studies*, 2020, pp. 1-19.

BLAŽO, O., “The Digital Markets Acts - Between market regulation, competition rules and unfair trade practices rules”, *Strani pravni život*, n. 1, 2022, pp. 117-136.

BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, *Ilmenau Economics Discussion Papers*, n. 154, 2021, pp. 1-35.

CABRAL, L., HAUCAP, J., PARKER, G., PETROPOULOS, G., VALLETTI, T. M., y VAN ALSTYNE, M. W., *The EU Digital Markets Act A Report from a Panel of Economic Experts*, Comisión Europea, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2021.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE, *The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment*, De Streel, A. (Coord.), 2021.

CHIRICO, F., “Digital Markets Act: A Regulatory Perspective”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 7, 2021, pp- 493-499.

CINI, M., CZULNO P., “Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change”, *Journal of European Integration*, n. 1, 2022, pp. 41-57.

CÓBAR BENARD, L. P., “Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la Competencia”, *Revista de derecho de la competencia CEDEC*, n. extra 1, 2019, pp. 65-87.

CODAGNONE, C., “The Platform Economy After COVID-19: Regulation and the Precautionary Principle”, Werthner, H., Prem, E., Lee, E. A. y Ghezzi, C. (eds.), *Perspectives on Digital Humanism*, Springer Nature, Suiza, 2022, pp. 173-179.

COMISIÓN EUROPEA, *Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos*, 23 de abril de 2022 (disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda\\_20\\_2349](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349); última consulta 03/07/2022).

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMITÉ JUDICIAL, *Investigation of competition in digital markets: Majority Staff Report And Recommendations*, Nimble Books LLC, 2020.

CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y-A. y SCHWEITZER, H., *Competition policy for the digital era*, Comisión Europea, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2019.

DE ELEJALDE, R., “Plataformas digitales: Nuevos desafíos para políticas de defensa de la libre competencia”, *Observatorio Económico*, 2020, n. 148, pp. 4-5.

DEPARTAMENTO DE EMPRESA, COMERCIO Y EMPLEO, *The Irish position on the EU Commission’s proposed Digital Services Act package - Submission to the Public Consultation*, 17 de Septiembre de 2020 (disponible en <https://www.gov.ie/en/publication/09a22-national-submission-to-the-eu-consultation-on-the-digital-services-act-package/#>; última consulta 03/07/2022).

DÍEZ ESTELLA, F., “Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, *Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 163-164, 2014, pp. 5-44.

DÍEZ ESTELLA, F., “La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos "Google, Facebook, Apple/Shazaam", y el informe de la Comisión Europea de abril 2019)”, *Anuario de derecho de la competencia 2019*, pp. 231-262.

DÍEZ ESTELLA, F., “La regulación de los mercados en la era digital: *¿Quo vadis, Europa?*”, *CEF Legal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 229, 2020, pp. 5-40.

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”, *Revista de estudios europeos*, n. 78, 2021, pp. 154-182.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, 26 de marzo de 2014 (disponible en [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en); última conexión 02/07/2022).

FERNÁNDEZ, VICIÉN, C., “A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 4, 2021, pp- 271-272.

FURMAN, J., *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, HM Treasury, Londres, 2019.

GARCÍA VIDAL, A., “*Big data*” e internet de las cosas. *Nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, España, 2021.

GUPTA, P. “Competition policy in the age of ‘Big Tech’: Assessing the EU’s approach”. *Cambridge Journal of Science and Policy*, n. 2, 2020, pp. 1-10.

HERRERO SUÁREZ, C., “Gigantismo empresarial en los mercados digitales. ¿una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?”, *Revista de estudios europeos*, n. 78, 2021, pp. 111-124.

IBÁÑEZ COLOMO, P., “New Times for Competition Policy in Europe: the Challenge of Digital Markets”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 7, 2021, pp. 491-492.

IBÁÑEZ COLOMO, P., “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, *World Competition*, n. 4, 2020, pp. 417-446.

IBÁÑEZ COLOMO, P., “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, *Chillin'Competition*, 24 de abril de 2019 (disponible en <https://chillingcompetition.com/2019/04/24/self-preferencing-yet-another-epithet-in-need-of-limiting-principles/>; última consulta 01/07/2022).

IBÁÑEZ COLOMO, P., “The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 7, 2021, pp. 561-575.

IBÁÑEZ COLOMO, P., “The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the rise of a doctrine of equal treatment in Article 102 TFEU”, *Chillin'Competition*, 10 de noviembre de 2021 (disponible en <https://chillingcompetition.com/2021/11/10/the-general-court-in-case-t%E2%80%991612-17-google-shopping-the-rise-of-a-doctrine-of-equal-treatment-in-article-102-tfeu/>; última consulta 01/07/2022).

LABBÉ FIGUEROA, M. F., “Big data: Nuevos desafíos en materia de libre competencia”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, n. 1, 2020, pp. 33-62.

LAMADRID, A., “The Key to Understand the Digital Markets Act: It’s the Legal Basis”, *Chillin'Competition*, 3 de diciembre de 2020 (disponible en <https://chillingcompetition.com/2020/12/03/the-key-to-understand-the-digital-markets-act-its-the-legal-basis/>; última consulta 02/07/2022).

LAMADRID, A. y BAYÓN FERNÁNDEZ, N., “Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 7, 2021, pp. 576-598.

LAROUCHE, P. y DE STREEL, A., “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 4, 2021, pp. 542-560.

MOORE, M. y TAMBINI, D., *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 21-49.

MORENO BELLOSO, N., “The EU Digital Markets Act (DMA): A Summary”, 13 de mayo de 2022, (disponible en <https://ssrn.com/abstract=4109299> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4109299>; última consulta 01/07/2022).

OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018, (disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>; última consulta 30/06/2022).

PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Platform mergers and antitrust”, *Industrial and Corporate Change*, n. 5, 2021, pp. 1307–1336.

PARKER, G., PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M., “Digital Platforms and Antitrust”, *Working Paper*, n. 6, 2020, pp. 1-27.

PETIT, N., “The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 7, 2021, pp. 529–541.

PORTUESE, A., “The DMA and the EU’s French Presidency: The Road To Precaution and Tensions”, *Competition Forum*, n. 29, 2021, pp. 1-23.

PRADO, T. S., “Safeguarding Competition in Digital Markets: A Comparative Analysis of Emerging Policy and Regulatory Regimes”, *Quello Center Working Paper Series*, n. 5, 2022, pp. 1-46.

ROBERTSON, V. H. S. E., “Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy”, Kurz, H., D., Schütz, M., Strohmaier, R. y Zilian, S., S., (eds), *Handbook of Smart Technologies: An Economic and Social Perspective*, Routledge, Londres-Nueva York, 2022, pp. 432-457.

RUBINFELD D. L. y GAL M. S., “Access barriers to big data”, *Arizona law review*, n. 2, 2017, pp. 340-381.

SCHWEITZER, H., “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, *ZEuP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, n. 3, 2021, pp. 503-544.

TAKIGAWA, T., “What Should We Do about E-Commerce Platform Giants?—The Antitrust and Regulatory Approaches in the US, EU, China, and Japan”, 3 de marzo de 2022, (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4048459> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4048459>; última consulta 04/07/2022).

URÍA MENÉNDEZ, *Ley de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”)-Client briefing*, 4 de mayo de 2022, (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/newsletter/1523-competencia>; última consulta 03/07/2022).

VAN DER AALST, W., HINZ, O., y WEINHARDT, C., “Big Digital Platforms. Growth, Impact, and Challenges” *Business & Information Systems Engineering*, n. 6, 2019, p. 645-648.

VANDE WALLE, S., “The Rise of Big Tech: Is Competition Law Doing Its Job?”, 28 septiembre de 2021 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=3931918> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3931918>; última consulta 29/06/2022).

VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, *Revista de estudios europeos*, n. 78, 2021, pp. 93-110.

ZARKADAKIS, G., “The Internet Is Dead: Long Live the Internet”, Werthner, H., Prem, E., Lee, E. A., Ghezzi, C. (Eds.), *Perspectives on Digital Humanism*, Springer Nature, Suiza, 2022, pp. 47-52.

ZIMMER, D., “Digital Markets: New Rules for Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 9, 2015, pp. 627-628.

ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos”, *Foro jurídico*, n. 19, 2021, pp. 149-169.

ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, Aranzadi, Navarra, 2021.

## **LEGISLACIÓN**

Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

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.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales).

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86.

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2021, asunto T-612/17.

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2021, asunto T-334/19.

## **OTROS DOCUMENTOS**

Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018, Apple/Shazam, asunto M.8788.

Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2014, Facebook/ Whatsapp, asunto M.7217.

Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, Google Android, asunto AT.40099.

Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, Google Search (Shopping), asunto AT.39740.