

Javier Domínguez Viera*
Marta Reyes Granados**
Carmen Delibes Cadarso**

REGULACIÓN, COMPETENCIA Y PLATAFORMAS DIGITALES: ÓPTICA DE AGENDA POLÍTICA

Las plataformas digitales se sitúan en el centro de la agenda política en todas las grandes economías. La complejidad de estos modelos de negocio y de su impacto en los mercados han hecho que la naturaleza de las medidas articuladas se distancie de las aproximaciones previas. La agenda digital de la Comisión Europea y, dentro de esta, medidas como la Digital Markets Act, refleja bien una tendencia en la evolución de formas y objetivos de la aproximación regulatoria. La eficacia que estas demuestren en la práctica determinará, en gran medida, el alcance de las aspiraciones puestas en la transición digital.

Regulation, competition and digital platforms: the policy agenda

Digital platforms are at the centre of the political agenda in all major economies. The complexity of these business models and their repercussions on the economy have caused the nature of the articulated measures to distance themselves from previous approaches. The digital agenda of the European Commission, and within it measures such as the Digital Markets Act, well reflect a trend in the evolution of forms and objectives of the regulatory approach. Its effectiveness in practice will determine, to a large extent, the accomplishment of the aims of the digital transition.

Palabras clave: mercado interior, plataformas digitales, competencia, regulación ex ante, Ley de Mercados Digitales.

Keywords: internal market, digital platforms, competition, ex ante regulation, Digital Markets Act.

JEL: K21, K23.

* Vocal Asesor de la Dirección General de Política Económica. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Contacto: javier.dominguez@economia.gob.es

** Consejera Técnica de la Subdirección General de Mejora de la Regulación, Apoyo a la Empresa y Competencia.

Contacto: marta.reyes@economia.gob.es y carmen.delibes@economia.gob.es

Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no representan necesariamente las de ninguna institución.

Versión de marzo de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7375>

1. Introducción

La economía de plataformas y su regulación se ha convertido en centro de atención de las agendas de política de las economías desarrolladas. Ello se produce como resultado, por un lado, del imparable desarrollo de la economía digital y de los nuevos modelos de negocio, que resultan en desafíos para el regulador y, por otro lado, de la aspiración reiterada por muchos gobiernos de transicionar hacia una economía plenamente digitalizada, como fórmula para impulsar la productividad y la competitividad, y fomentar un crecimiento sostenible y justo.

El caso de la Unión Europea es ejemplificativo de la creciente atención política a este fenómeno. La Comisión Europea centró gran parte de sus prioridades en el ámbito digital bajo el anuncio de un paquete de medidas que, como veremos más adelante, destacó por su alcance y por la premura en la planificación de su despliegue. Con esto se trataba de dar respuesta a aspiraciones clásicas de la política de competencia, al tiempo que se pretendía atender a intereses generales amplios y tradicionalmente vinculados a la política industrial. Ello marca un hito tanto en la Unión Europea como en el resto del mundo, donde los objetivos de competencia se circunscribían desde hace décadas, fundamentalmente, al objetivo de maximización del bienestar del consumidor o de corrección de grandes fallos de mercado, que se trataban de garantizar con carácter general mediante la utilización de los instrumentos clásicos de competencia o, muy puntualmente, por intervenciones regulatorias —como bien ejemplifica el caso de las telecomunicaciones—. En este punto, resulta razonable asumir que el enfoque comunitario tendrá singular trascendencia e interés, por cuanto, necesariamente, sirve de referencia en la aproximación que sigan otras grandes economías en el futuro.

Con el fin de acercar al lector a este fenómeno, el artículo pretende poner en perspectiva el tratamiento de los mercados de plataforma en las agendas de

política económica y, particularmente, en la de la Unión Europea. En esta línea, tras una aproximación a la complejidad del acercamiento a los mercados de plataforma, veremos cómo se acomoda la cuestión dentro de la agenda comunitaria para el ámbito digital. A partir de dicho enfoque, y con fin ilustrativo, se repasan algunas de las características relevantes de una de las principales medidas integradas en la agenda actual: la Ley de Mercados Digitales, o *Digital Markets Act*, en tanto se perfila como ejemplo paradigmático de los nuevos instrumentos híbridos que caracterizan la nueva lógica de intervención. Esto es, aquellos que, partiendo de la lógica de competencia, se singularizan para atender a intereses generales más amplios.

2. Dificultades y particularidades del tratamiento de los mercados de plataforma en la agenda política: particular atención a la realidad comunitaria

Entender el tratamiento que otorgan las agendas de política económica actual a los mercados de plataforma requiere atender, necesariamente, al grado de disrupción que suponen estos sobre la economía, que es lo que justifica un tratamiento particularizado de este tipo de actividades, como ya señalaba el informe de un panel de expertos independientes que solicitó la Comisión en 2019 a este respecto (Crémer *et al.*, 2019). Sin ánimo de exhaustividad, tres elementos parecen especialmente relevantes a la hora de entender dicha disrupción: el primero, consiste en el cambio de prisma que resulta de las dinámicas de los denominados mercados bilaterales (*two-sided markets*) que caracterizan los mercados de plataforma y que han condicionado la aproximación económica y la lógica sobre las que se analizan las conductas de los operadores o la propia estructura de mercado. El segundo, viene dado por las dinámicas de los propios operadores de mercado, produciéndose aquí novedades en los incentivos e impactos de los distintos tipos de concentración vertical u horizontal, en los efectos de la generación de ecosistemas

que operan en el mercado, o en la forma en que se produce y ejerce el poder o control por parte de los grandes operadores digitales, entre los que necesariamente encontramos a las grandes plataformas, como son las denominadas GAFA (Google, Amazon, Facebook —hoy redefinida como META— y Apple). Se trata de una situación que ya no se vincula o limita necesariamente por posiciones dominantes en un mercado concreto —al menos, en los términos que se acotaba la posición de dominio y el mercado relevante hasta ahora—. Un tercer y último elemento viene determinado por el papel central del dato, su uso, acceso y disposición como activo determinante en la economía digital, que condiciona las dinámicas dentro del mercado y la potencial monetización de las distintas actividades. Todo ello resulta en problemas novedosos en los mercados de plataforma que nos alejan de la literatura y evidencia empírica existente, y que obligan a un debate sobre cómo intervenir y cuál es la mejor manera de justificar dicha intervención (Fletcher, 2020). Ello, sumado a la velocidad con la que acontecen los cambios en el mercado digital, complica la lectura descriptiva y prescriptiva del mercado y, con ello, la definición de medidas para su corrección. Y es precisamente aquí donde pueden ubicarse algunos de los límites en la potencia y robustez del análisis articulado por las autoridades de competencia, así como la incertidumbre que han de asumir los legisladores en el desarrollo de nuevas iniciativas.

No obstante, a pesar de que todo ello podría invitar a cierta cautela en la aproximación al fenómeno, lo cierto es que las dificultades y disrupciones que han generado los mercados de plataforma en la práctica han terminado por animar la acción del legislador. Se produce así una aproximación ambiciosa que resulta de las controversias planteadas por los operadores (en forma de contestación social) y por la aspiración de dar correcto acomodo a la transición digital. De este modo, ambos polos se retroalimentan.

En esta línea, el modo en que los mercados de plataforma se integran en la agenda política responde, en parte, a cómo los problemas y disrupciones señalados

han derivado en contestación y demandas por operadores y ciudadanos, que resultan en controversias en sede judicial y desarrollos jurisprudenciales que, en última instancia, precipitan el desarrollo de iniciativas legislativas. Ello se visualiza en los diferentes planos de los mercados digitales. Así se desprende de la contestación frente a algunas prácticas de los grandes operadores de plataforma por problemas, tales como la limitación de interoperabilidad de sistemas, la limitación en el acceso al dato o el autofavorecimiento, que en última instancia han limitado la contestabilidad en los mercados y, con ello, el reparto y distribución de los beneficios del mismo. Ejemplos, como los de las cláusulas de paridad —caso Booking—, el cierre de sistemas operativos o *app stores* —casos como el de Microsoft o Android— o el tratamiento de los servicios de publicidad —casos como Google Ads— generaron cierto nivel de contestación que resultó, primero, en un intento de actuación por la vía de competencia y, después, en intervenciones a través de nuevos enfoques regulatorios, como veremos con la *Digital Markets Act*.

Del mismo modo, las dinámicas de concentración y ejercicio de poder han tenido su reflejo en controversias en parcelas horizontales. Buen ejemplo de ello es el ámbito laboral, donde se generaba la polémica en torno al acomodo regulatorio de los repartidores (*riders*) en plataformas de mensajería, cuestión que daría lugar a desarrollos jurisprudenciales en países como España, como demuestra la Sentencia núm. 805/2020, de 25 de septiembre, para la unificación de doctrina, y el impulso de iniciativas concretas a nivel comunitario, como muestra la propuesta de directiva anunciada por la Comisión, a finales de 2021, para la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (Comisión Europea, 2021b).

Por último, pero no menos importante, se plantea un intenso debate sobre la disociación de la actividad de la plataforma y de la actividad del prestador subyacente, una cuestión compleja de la que depende, ni más ni menos, que la aplicación o no de las normativas sectoriales nacionales, lo que lógicamente deriva

en demandas de operadores de mercado que plantean problemas en términos de competencia desleal y justicia de marcos regulatorios. En este plano, por más que se puedan encontrar antecedentes ya en 2010 con la venta en línea en casos como el de KerOptica (Asunto KerOptica, C-108/09), cristaliza de forma definitiva con las controversias judiciales en un sector tan sensible como es el del transporte urbano de pasajeros en vehículos de turismo (casos C-434/15, Asociación profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain, S. L., y C-320/16, Uber France SAS), que derivó en la revisión del marco comunitario, en este caso mediante la Digital Services Act (DSA) (Comisión Europea, 2020c).

Ahora bien, esa intervención, que resulta de fricciones prácticas entre operadores de mercado y que se plantea de forma ambiciosa en el alcance, permite una articulación por un doble plano: el propio de competencia o el regulatorio en un sentido más amplio.

El enfoque propio o exclusivo de competencia se había conformado como la forma predominante hasta el momento. Este enfoque se ha referido, esencialmente, a la protección del interés del consumidor (materializándose esta en la reducción de precios y en la capacidad de elección). En esta línea, el foco se ha situado en el control de acuerdos y prácticas concertadas, el control del abuso de la posición de dominio, o el eventual —y algo limitado— control de concentraciones. Como no podría ser de otra manera, el protagonismo ha venido recayendo en la Comisión o en las autoridades nacionales de competencia. No obstante, su aplicación ha contado con limitaciones prácticas para dar respuesta a las demandas que se han ido planteando, en cuanto los instrumentos clásicos se han demostrado en muchos casos ineficientes para la corrección de las deficiencias detectadas (como demuestran los más de diez años que ha requerido la resolución del caso Intel, o los cinco años hasta la resolución del caso de Android) y donde su instrumentalización parece requerir hoy de cierto refinamiento para resultar eficaces frente a las nuevas dinámicas de los mercados digitales, en los

que se desdibujan los conceptos troncales (como el de posición de dominio o mercado relevante) o los impactos de la conducta de los agentes y sus repercusiones —lo que lleva a replantearse la aplicación de la teoría del daño, como ya señalaban paneles de expertos (Franck y Peitz, 2021)—.

Es por ello que el segundo plano, el regulatorio, ha ido adquiriendo relevancia. Este se presenta como una aproximación de carácter complementario a la de competencia, que permite atender a intereses generales de naturaleza más amplia. En este punto, basta realizar una revisión de las Conclusiones del Consejo de Competitividad para comprobar lo prolijo de las aspiraciones e intereses que acompañan a los objetivos clásicos de competencia en los mandatos para la redefinición de marcos legislativos. En dichos mandatos, la contestabilidad de los mercados se entremezcla y coexiste con aspiraciones tales como la autonomía estratégica, la protección de cadenas de valor estratégicas, la competitividad de los operadores comunitarios o la justicia y equidad en la distribución de los beneficios del desarrollo del mercado interior. Todo ello lleva a que las propuestas que componen la agenda política integren, junto a los instrumentos propios de política de competencia, otros de clarificación regulatoria del entorno digital (dirigidos, por ejemplo, a perfeccionar el control de contenidos, la delimitación de la responsabilidad de los operadores o las relaciones de los operadores de plataforma con los agentes intermediados) y otros de naturaleza híbrida, que beben de la lógica y el conocimiento propio de competencia pero que se alejan de la misma —dejando, además, de tomar su base jurídica de las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea correspondientes a competencia—. Caso paradigmático de ello es la *Digital Markets Act*, al que nos referíamos anteriormente, que nace al abrigo de la comisaría de Competencia y el comisario de Mercado Interior, y donde la lógica interna conecta, pero supera y va más allá de la propia de competencia, como veremos más adelante.

En cualquier caso, es importante incidir en que esta dinámica, que supone desarrollar una aproximación amplia y ambiciosa sobre las plataformas, no emerge de forma espontánea en la Unión Europea, sino que es el resultado de un replanteamiento global. En esta línea, los análisis desarrollados por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) dan perspectiva sobre lo intenso y extenso del análisis. Del mismo modo, pueden apreciarse esfuerzos teóricos y prácticos para disciplinar los mercados digitales en todo el globo. Así se desprende de casos como el de China, donde se propone una revisión de los marcos aplicables a las economías de plataforma (NDRC, 2022), o el de Estados Unidos, donde se ha intensificado la discusión sobre la idoneidad de la aproximación regulatoria y de competencia frente a los gigantes digitales y los mercados en los que operan, lo que ha derivado en una aproximación en detalle a los casos de las denominadas GAFA (Congreso de Estados Unidos, 2020). Del mismo modo, se producían hace algún tiempo avances en el seno de la propia Unión Europea, donde países como Alemania desarrollaban iniciativas legislativas para disciplinar estos mercados, lo que señalizaba la voluntad de reforzar la intervención y, al mismo tiempo, abría interrogantes sobre el modo en que coexistirían los nuevos instrumentos desplegados y qué impacto tendrían en la integridad del mercado interior (Franck y Peitz, 2021).

Por todo ello, la comisaria Margrethe Vestager no parecía desencaminada cuando en su intervención durante la sesión de aprobación de la orientación general del Consejo de la *Digital Markets Act*, el 25 de noviembre de 2021, destacaba a la misma como un hito histórico, un cambio definitivo en la aproximación a los mercados digitales; algo que el mundo entero seguía con atención. Si bien, desconocemos cuál será el impacto efectivo y el recorrido de esta y otras medidas en el momento en que se aprueben, existen pocas dudas sobre la ambición de la Comisión y sobre la atención que captan algunas de las iniciativas, tanto por parte de los gobiernos como por parte de los grandes operadores de plataforma y las empresas

intermediarias que ofrecen sus servicios a través de las mismas.

3. La agenda comunitaria para mercados digitales: la consagración de una nueva aproximación

Como se señalaba, la agenda comunitaria marca un hito por el alcance de las medidas y por los tiempos para su despliegue. Ello responde a que los paquetes de medidas no buscan únicamente disciplinar el mercado o garantizar un nivel de competencia adecuado. De una lectura del contenido de las grandes declaraciones de la Comisión, del Consejo de Competitividad o del propio Parlamento Europeo, se aprecia que la aspiración es mucho más amplia, se trata de garantizar que la transición digital tenga un acomodo adecuado, de forma que repercuta positivamente en el conjunto de la sociedad. Se pretende así garantizar aspiraciones como la justicia, la inclusividad, la competitividad, la misma cohesión social o incluso la autonomía estratégica. Por ello, no resulta extraño encontrar en algunas de las propuestas elementos concretos que se contextualizan mejor, por ejemplo, desde la óptica de la redistribución de los beneficios del mercado que, desde el propósito del refuerzo de la competencia en términos estrictos, como ejemplifica la relocalización de rentas entre los agentes de mercado que cabe esperar de ciertas obligaciones contenidas en la *Digital Markets Act* (Ibáñez Colomo, 2020).

El contenido de las orientaciones políticas para 2019-2024 con la que presentó Ursula von der Leyen su candidatura ante el Parlamento Europeo, incluía un paquete amplio de medidas, algunas agendadas para sus 100 primeros días, con las que aspiraba a impulsar una decidida transición a un modelo verde y digital (von der Leyen, 2019). En esta línea, en febrero de 2020, la vicepresidenta ejecutiva y comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, anunció la Estrategia Digital (Comisión Europea, 2020a) al tiempo que el comisario de Mercado Interior anunciaba la estrategia que

aplicaría para el tratamiento de los datos (Comisión Europea, 2020b). Arrancaban como estrategias interconexas, con propósitos y medidas que necesariamente surgirían de la conjunción de aproximaciones, como bien ejemplifica el de la *Digital Markets Act*.

Particular atención merece aquí la aproximación a la referida Estrategia Digital, que revela la amplitud en el alcance de objetivos. Ilustrativa resulta la subdivisión de los grupos de medidas que se encuadran en cuatro grandes propósitos: *i)* en primer lugar, el desarrollo de capacidades y refuerzo de la interoperabilidad, que es donde se concentran gran parte de desarrollos de coordinación o de medidas que requieren de intervención presupuestaria; *ii)* en segundo lugar, el desarrollo de una economía justa y competitiva, que encuadra como bloque de medidas estrella al denominado paquete de *Digital Service Act* —que incluye a la DSA (Comisión Europea, 2020c) y a la *Digital Markets Act* (DMA) (Comisión Europea, 2020d)—, pero también la revisión de los instrumentos clásicos de competencia, como la *Data Act* —relativa al tratamiento de datos—, las medidas de fiscalidad de plataformas o las iniciativas en el marco de la estrategia industrial; *iii)* en tercer lugar, la articulación de una sociedad abierta, democrática y sostenible, donde se encuentran medidas horizontales, entre las que destacan las que buscan la resiliencia democrática (vinculadas al control de difusión de desinformación, que afecta en parte a la DSA) o desarrollo de formas de autenticación de confianza, en la que se encuadra el eIDAS (electronic IDentification, Authentication and trust Services); y *iv)* por último, la dimensión internacional, con Europa como actor global, que promueve una aproximación también en clave geopolítica, y que integra medidas como el control de subsidios extranjeros distorsionadores del mercado interior (Comisión Europea, 2021a), con pretendido alcance amplio pero que afectará necesariamente al plano digital.

No cabe aquí realizar una visión exhaustiva de todas y cada una de estas medidas, pero la descripción de la amplitud del paquete y de sus objetivos sirve para entender en qué medida el acomodo regulatorio de los mercados digitales responderá a las grandes razones

de interés general y aspiraciones amplias que mueven la acción política comunitaria desde hace años, desde la cohesión a la competitividad, por cuanto en la transición digital se aspira a que todo se impregne de dicha lógica.

De todo ello, es buena muestra la propuesta de Declaración conjunta sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, que a finales de enero remitía la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, con el fin de que se pudiera aprobar antes de verano. En ella, se reitera la aspiración de explicitar las intenciones políticas comunes que deben guiar a los responsables políticos, y que encuadra en los objetivos amplios a los que hemos aludido (Comisión Europea, 2022).

4. La *Digital Market Act* como caso paradigmático del nuevo enfoque

En este apartado, y habiendo asumido que la lógica de la aproximación a mercados y operadores cambiantes requiere de instrumentos y enfoques que trasciendan y complementen a los previamente existentes, cabe plantearse cómo se caracterizan los nuevos instrumentos que catalogamos como híbridos.

Si bien, muchas normas de la agenda política de la Comisión reflejan bien las nuevas dinámicas, una parece paradigmática en las nuevas fórmulas de intervención: la *Digital Markets Act*, o propuesta de Reglamento de Mercados Digitales, que supone toda una novedad en el entramado jurídico comunitario y nacional. Una propuesta ambiciosa que busca objetivos amplios, bajo el propósito de la consagración de mercados digitales justos y disputables, para lo cual se pretende establecer un marco jurídico *ad hoc* con cierto carácter híbrido.

En este punto, es importante señalar que la iniciativa de la Comisión Europea surge como reacción a aproximaciones incipientes a nivel nacional que buscaban regular y poner coto a las nuevas dinámicas de los mercados digitales. Así, el Reino Unido contaba ya con la posibilidad de que su autoridad nacional de

competencia llevase a cabo investigaciones de mercado caso por caso para todos los sectores, incluido el digital (Reino Unido, Parliament, 1998). Alemania, por su parte, había reformado su ley nacional de competencia para introducir una serie de obligaciones *ex ante* para empresas significativas del sector digital, prohibiendo conductas concretas sin necesidad de demostrar el daño a la competencia (Federal Law Gazette, 2013). Mientras, otros Estados miembros, como Grecia o Rumanía, habían desarrollado herramientas de investigación de mercados aplicables al ámbito digital.

Estas normas nacionales con las que se trataba de solucionar los problemas detectados en los mercados digitales generaban desafíos de carácter general que, por un lado, justifican la intervención de la Comisión y, por otro, condicionan la forma en la que esta se produce:

- En esta línea, un primer problema motivaba la acción de la Comisión: el problema de la potencial fragmentación y heterogeneidad de regímenes jurídicos nacionales, y con ello, las posibles disfuncionalidades derivadas de la aplicación de modelos de intervención paralelos. La existencia de diferentes normas nacionales dirigidas a actores —como las plataformas— y escenarios —como los digitales— que se caracterizan, precisamente, por la inexistencia de fronteras nítidas y por la amplitud de escala de su actuación, podía llevar a que frente a una misma conducta perpetrada por un mismo operador resultasen de aplicación simultánea varios marcos jurídicos nacionales diferentes, que emplearan instrumentos nacionales también diferentes, que aun siguiendo un mismo objetivo podrían ser poco compatibles entre sí. Esta es una de las razones que actuó como revulsivo para la presentación de la *Digital Markets Act*, y buena muestra de ello es la base legal sobre la que se sustenta: el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que reconoce la posibilidad de adoptar medidas legislativas relativas a la aproximación o armonización de las disposiciones legales de los Estados miembros que tengan por

objeto el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, una cuestión que no resulta baladí a la hora de entender la propuesta.

- Un segundo problema condicionaba la forma en la que debía articularse la medida: la nueva norma debía coexistir con marcos preexistentes que se definían para objetivos similares. Ello se refiere a la viabilidad y coexistencia entre las normas nacionales de actuación y la nueva normativa comunitaria, esto es, cómo se relacionarán estas normas con la *Digital Markets Act* una vez que esta entre en vigor. Esta cuestión, siempre polémica, de dilucidar el reparto de competencias entre el ámbito comunitario y nacional se plantea de forma especialmente compleja en este caso. Así, se debía determinar la coexistencia en tres niveles en función de la modalidad y propósito que se aplique a nivel nacional. Esto es, cómo coexiste la *Digital Markets Act* con los instrumentos clásicos de competencia, cómo lo hace con instrumentos que persiguen fines propios de competencia pero que no se encuadran en la lógica de los artículos 101 o 102 del TFUE (como sería el caso de las normas de competencia desleal o nuevos instrumentos como el alemán), y cómo interactúa o se coordina con ámbitos en los que se interviene sobre las plataformas con el fin de atender a otras razones imperiosas de interés general distintas a las de justicia y contestabilidad. La solución a estas cuestiones no resulta en ningún caso obvia, en tanto que el carácter híbrido del instrumento permitiría margen para otras aproximaciones. Parte de la solución que se adopte queda condicionada, en todo caso, por el soporte jurídico de la norma, que obliga a cierto esfuerzo armonizador, que pasa ciertamente por una implementación hasta cierto punto centralizada en la Comisión.

La base jurídica, hibridación del propósito y su implicación en la coexistencia de marcos

La base legal sobre la que se fundamenta la norma evidencia, además, la naturaleza híbrida de la misma, pues lejos de fundamentarse en los artículos

101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —propios de las normas de competencia tradicionales— el legislador recurre a un artículo, el 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que abre la puerta a un alcance y contenido más amplios. Del mismo modo, condiciona el objetivo y contenido de la propuesta, ya que la misma debe derivar necesariamente en una aproximación de marcos. El resultado, como venimos sosteniendo, es una propuesta que, aunque bebe de elementos clásicos del derecho de la competencia, va más allá en la definición de sus elementos esenciales, dando como resultado un instrumento novedoso y, *a priori*, de difícil categorización.

De este modo, la *Digital Markets Act* permite una coexistencia aparentemente pacífica con las normas de competencia tradicionales —a saber, los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y las normas análogas en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros—. Lejos de incurrir en un posible riesgo de solapamiento, la *Digital Markets Act* se erige en un complemento imprescindible de estos instrumentos normativos. Aunque muchos de los conceptos y principios de este marco jurídico sectorial tradicional han permeado en la nueva propuesta de la Comisión, lo cierto es que existen diferencias notables entre ambos regímenes que nos llevan a afirmar que se trata de marcos jurídicos que, si bien pueden converger en algunos puntos —existiendo una indudable complementariedad entre ambas esferas— son autónomos e independientes.

Las diferencias entre ambos regímenes jurídicos pueden apreciarse desde un doble enfoque: respecto de los objetivos que persiguen y respecto a la naturaleza de la norma en sí misma. Como se avanzaba anteriormente, el objetivo clásico de las normas de competencia —evitar o sancionar conductas que impidan,

falseen o restrinjan la competencia en el mercado— se revela como insuficiente a la hora de atajar algunos de los problemas existentes en el nuevo escenario digital. En consecuencia, la propuesta de la Comisión para regular los mercados digitales eleva el enfoque estableciendo un objetivo más vasto y ambicioso. Más que tratar de solventar las erosiones a la competencia ya producidas por determinados comportamientos empresariales, la DMA establece como su principal objetivo el garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior abordando los fallos de mercado identificados, tratando de remediar los comportamientos injustos —concepto pretendidamente amplio— de algunos actores en el entorno digital y tratando de garantizar la coherencia y seguridad jurídica en el mercado interior (Comisión Europea, 2020e).

El cambio de la lógica de intervención: la anticipación frente a la reacción

Para alcanzar este objetivo citado, el instrumento que se articula difiere también en la naturaleza de la intervención. Es clásica la distinción entre instrumentos de intervención *ex post* —como las normas de derecho de competencia, que operan una vez que la conducta que se reprende ha tenido lugar— y aquellos que establecen un marco de intervención *ex ante* —que instauran una serie de obligaciones, límites, derechos u obligaciones que se aplican directamente, condicionando así el funcionamiento de un determinado sector o ámbito de actividad—. La propuesta de *Digital Markets Act* se enmarca en esta segunda categoría, en la medida en que crea un marco jurídico sectorial específico para determinados operadores de los mercados digitales.

De esta diferente naturaleza se derivan otros elementos igualmente importantes de la propuesta, como la inversión de la carga de la prueba —pues las autoridades de competencia no habrán de demostrar la erosión de la competencia efectiva en el mercado dado en un análisis caso por caso— o la arquitectura institucional,

donde el rol central de la Comisión en la aplicación de la DMA adquiere sentido para garantizar la interpretación homogénea del modo en que han de aplicarse unas obligaciones concretas en toda la Unión Europea, contrastando con el sistema descentralizado de gobernanza en el control de conductas anticompetitivas o de concentraciones.

La determinación flexible del alcance: un instrumento adaptado y adaptable a las circunstancias del mercado

Respecto a su alcance, la DMA también presenta notas características que le son propias y exclusivas. Lejos de articular un ámbito de aplicación general, la propuesta prevé ciertas limitaciones en la extensión de dicho ámbito tanto objetivas como subjetivas, en forma de las dos condiciones cumulativas que debe cumplir una plataforma para ser designada como guardián de acceso.

En primer lugar, desde el punto de vista del ámbito objetivo de la norma, la plataforma debe prestar alguno de los denominados «servicios básicos de plataforma» que son aquellos para los que la Comisión detecta, con base en su experiencia e investigaciones de mercado, problemas de contestabilidad y de acceso a los mercados. Es respecto a estos servicios que el guardián de acceso habrá de cumplir el catálogo de obligaciones que se prevén en la norma. Entre ellos se encuentran los servicios de intermediación *online*, los motores de búsqueda, las redes sociales o los servicios de comunicación interpersonal, y se presentan como una lista cerrada o exhaustiva. Este carácter taxativo en cuanto al ámbito objetivo de la propuesta contrasta con la flexibilidad que caracteriza el proceso de designación como guardián de acceso, esto es, el ámbito subjetivo de la norma.

En segundo lugar, y si se atiende al alcance subjetivo de la norma, vemos que se prevé su aplicación, únicamente, en aquellas plataformas que reúnen tres condiciones cumulativas: que tengan un impacto significativo en el mercado interior, que sirvan como canal entre los usuarios profesionales de la plataforma (empresas)

y los usuarios finales (consumidores), y que cuenten con una posición afianzada y duradera mantenida a lo largo del tiempo —elementos que se determinan a partir de una serie de criterios cualitativos y de umbrales cuantitativos—. Estos criterios, determinados de tal forma que se referirían solo a aquellas plataformas más grandes, podrían dar lugar a la existencia de una serie de asimetrías estructurales como consecuencia de las obligaciones que les son impuestas, y de las que quedarían exentas el resto de plataformas que operan en el entorno digital. Para evitar este escenario de «todo o nada», la propuesta de la Comisión prevé una suerte de régimen transitorio para los denominados «guardianes de acceso emergentes»: aquellas plataformas que, aunque aún no alcanzan el tamaño o poder de mercado suficiente como para ser consideradas guardianes de acceso, previsiblemente lo harán en el corto plazo, y para las que se establece una aplicación parcial de obligaciones previstas en la norma.

Es necesario apuntar que la propuesta no establece estos umbrales como un criterio férreo. Se establecen mecanismos de modulación tanto en un sentido incluyente —la Comisión dispone de margen de maniobra para designar como guardián de acceso a plataformas que estén por debajo de los umbrales— como en un sentido excluyente (las plataformas susceptibles de ser designadas como guardianes de acceso podrán rebatir con elementos justificativos este hecho).

Es decir, la Comisión ha optado por delimitar el alcance flexible de la propuesta con intención de capturar a aquellas plataformas respecto de las que se presuponga una capacidad de influencia en el mercado en el que operan, pero, también, un rol decisivo a la hora de establecer las condiciones que, dentro de la plataforma, se aplicarán a los diferentes usuarios finales y profesionales que operan en la misma.

Es, precisamente, el margen de la discrecionalidad abierto por y en favor de la Comisión en la determinación del ámbito de aplicación de la *Digital Markets Act*, lo que ha generado dudas y cierta controversia por los operadores, que alegan falta de predictibilidad de la norma,

llegando incluso a cuestionarse si la lógica seguida se puede entender como una aproximación tipo *bottom-up*, donde el análisis de los mercados y las plataformas presentes en los mismos —tomando como referencia, en muchos supuestos, casos de competencia investigados hasta el momento— resulta en un marco jurídico *ad hoc* que permite capturar únicamente a aquellos operadores identificados previamente por la propia Comisión.

Lejos de esta polémica, que supondría entrar en consideraciones sobre la metodología que se expresa en la memoria de la norma (Comisión Europea, 2020e), lo cierto es que parece más que probable que el enfoque seguido y el resultado final de la propuesta, caracterizada por un cierto nivel de indeterminación en elementos esenciales y procedimentales, deriven en una litigiosidad significativa. La misma tendrá especial importancia en los procesos de designación, articulada a través de procedimientos expeditos que resultan en la activación, más o menos inmediata, de un amplio conjunto de obligaciones que deberán observar los operadores, pues su incumplimiento deriva en la interposición de multas e incluso —en caso de incumplimiento sistemático— el establecimiento de remedios estructurales o conductuales por parte de la Comisión. En este punto, la consistencia interna del texto que finalmente se adopte, la proporcionalidad de sus elementos, la viabilidad práctica de su implementación y el rigor y robustez que aporte la Comisión en sus actuaciones y decisiones, determinarán en gran medida la suerte que corra la norma frente a las eventuales acciones judiciales.

De lo particular a lo general: el establecimiento de paquetes de obligaciones

Como se señalaba anteriormente, la *Digital Markets Act* establece una amplia batería de obligaciones o prohibiciones dirigidas a los guardianes de acceso que serán directamente aplicables o, en su caso, podrán ser objeto de modulación o especificación en el marco de un diálogo regulatorio entre la Comisión y el guardián de acceso de que se trate.

Como ya se ha adelantado, las obligaciones que impone la *Digital Markets Act* a los guardianes de acceso están, en su gran mayoría, inspiradas en casos analizados desde la óptica de los instrumentos clásicos de competencia, en los que bien la Comisión, bien otras autoridades de competencia, han constatado o siguen investigando abusos por parte de las grandes plataformas en línea. Por ejemplo, en la prohibición de cláusulas de paridad o de «nación más favorecida» se reconoce el caso de Amazon y la industria de los *e-books*, y en la prohibición de vinculación de servicios básicos de plataforma con sus otros servicios, el de Google-Android. De este modo, se puede decir que las obligaciones nacen de casos particulares: tienen nombre y apellidos.

Con todo, desde una visión de conjunto, pueden emplearse diferentes criterios a la hora de sistematizar el conjunto de obligaciones tasadas en la norma. Uno de los enfoques que podría resultar útil para comprender mejor el espíritu y posterior impacto de la norma es aquel que categoriza estas obligaciones en función de su naturaleza horizontal —si la obligación opera en las relaciones del guardián de acceso con otras plataformas digitales que, por ofrecer servicios similares, se erigen en potenciales competidoras— o verticales —si por el contrario, las obligaciones se articulan sobre las relaciones que la plataforma mantiene con los usuarios (tanto profesionales como finales) que hacen uso y participan de ella—.

Este criterio de sistematización fácilmente se puede equiparar con una lógica de defensa de la competencia «por» el mercado (obligaciones de carácter horizontal) y «en» el mercado (aquellas de carácter vertical), criterio que ya analizaba el conocido como el Informe de los consejeros especiales independientes para la Comisión (Crémer *et al.*, 2019).

En la primera categoría se enmarcaría, por ejemplo, la prohibición de preinstalación por defecto; la promoción del *multi-homing* (o uso por parte del usuario de diferentes plataformas que proveen servicios similares, como sucede con los servicios de mensajería); la prohibición de cláusulas de paridad o «nación más favorecida» o la mayor facilidad para la portabilidad de datos

entre plataformas. El elemento común que subyace a la configuración de estas obligaciones es el impulso de la competitividad entre plataformas susceptibles de ser rivales pero que, debido a la dimensión y poder del guardián de acceso, cuentan con enormes barreras y obstáculos para su desarrollo en ausencia de este marco legal específico.

Por otro lado, dentro de las obligaciones de carácter vertical se hallan la prohibición de combinación de datos; el establecimiento de condiciones contractuales justas, transparentes y no discriminatorias; o la prohibición de autofavorecimiento. Estas previsiones parten de la constatación de que, en ocasiones, las plataformas actúan como reguladores, estableciendo normas e instituciones a través de las cuales interactúan sus usuarios profesionales y finales (Crémer *et al.*, 2019). Aunque cabría esperar que las plataformas quisieran hacer de su espacio el más atractivo para usuarios finales y profesionales mediante el establecimiento de normas justas y competitivas, la práctica demuestra que no siempre es así (muestra de ello es el abuso de las cláusulas de nación más favorecida o las prácticas de autofavorecimiento). En consecuencia, se revela como necesario consagrar jurídicamente una serie de condiciones —derechos y obligaciones— que se apliquen en el «interior» de las propias plataformas.

En cualquier caso, y con independencia de la base fáctica que soporta cada obligación, de la consistencia que tenga su defensa para un caso singular, o de qué criterios se usen para agruparlas, subsiste la cuestión de qué sucederá cuando se aplique sobre un operador el conjunto amplio de obligaciones que no surgen de problemas vinculados a su modelo particular de negocio. El planteamiento supone asumir un ángulo muerto sobre los efectos que se puedan generar en los mercados en segunda derivada. Ello se conforma dentro del lógico margen de incertidumbre que debe asumir el legislador y, en cierto modo, es el precio que se paga por una aproximación sistemática de la norma. Cómo de gravoso sea ese peaje, solo se sabrá una vez se comience a aplicar la misma.

Desafíos a futuro: la concreción en la práctica, la dotación de recursos y las adaptaciones a futuro

En este punto, solo queda plantearse si la norma resultará efectiva. Lo cierto, es que como en cualquier proceso de innovación en la aproximación, habrá que esperar. No obstante, ya se observan algunos desafíos en el futuro próximo:

- El primero, se referirá a la indeterminación de algunos de sus elementos. Mientras que algunas de las obligaciones son claras y precisas, otras requieren de un diálogo regulatorio entre la Comisión y el operador. Este diálogo, en cuestiones propias de datos o de interoperabilidad, puede resultar especialmente compleja y sujeta a incertidumbre en cuanto al impacto práctico. Por todo ello, resultará determinante la viabilidad de las obligaciones que se recojan finalmente en el texto, su grado de precisión y la capacidad de la Comisión para aterrizarlas en cada caso concreto en fórmulas de cumplimiento que resulten adecuadas y proporcionadas al objetivo perseguido.

- El segundo, resulta de los medios que deberá disponer la Comisión. La complejidad de algunas de las obligaciones, las exigencias en tiempo y recursos que puede suponer el diálogo regulatorio para definir el modo de cumplimiento de las mismas o su seguimiento, y la falta de conocimiento práctico en la aplicación de un instrumento, por propia definición, novedoso, hace que se abran importantes incógnitas sobre la implementación. En este punto cabe advertir que la norma también dará lugar a debates o cuestiones jurídicas que requerirán de cierta reflexión y maduración por las autoridades competentes. Una vez que el texto definitivo entre en vigor habrá que atender a cómo se concreta el desarrollo de algunas de las cuestiones que más incógnitas presentan hasta el momento. Por ejemplo, en el proceso de designación de los guardianes de acceso existen determinados elementos que quizá puedan dar lugar a una excesiva litigiosidad de la norma. Por otro lado, el desarrollo jurisprudencial de conceptos hoy por hoy novedosos y, en cierta

medida, abstractos (como el de posición relevante en el mercado o el de *gateway*) irá modulando el alcance de este instrumento (Ibáñez Colomo, 2021). En definitiva, la efectividad de la norma dependerá, en gran medida, de la manera en que se solventen muchas de estas cuestiones y de la forma en que se materialicen los principios básicos de la propuesta (proporcionalidad, seguridad jurídica, consistencia interna o predictibilidad).

Por último, habrá que prestar mucha atención a la capacidad de adaptación a futuro de la propuesta. Se ha subrayado en varias ocasiones el carácter dinámico, innovador y cambiante de los mercados digitales, lo cual nos lleva a pensar que el escenario en el que ha de operar esta norma cambiará en un breve periodo de tiempo. Por ejemplo, es posible que emerjan nuevos servicios básicos de plataforma, nuevas funcionalidades tecnológicas o nuevas prácticas por parte de las plataformas que hoy desconocemos y que no están previstas expresamente en la propuesta. A esta volatilidad en las características de los mercados se une la previsible resistencia por parte de las plataformas digitales a ser capturadas por el legislador, que tratarán de circunvalar el articulado y escapar de las obligaciones impuestas en él. Por ello, para evitar ese desajuste entre la aplicabilidad de la norma y la realidad a la que se refiere, es importante que se prevean mecanismos adecuados de flexibilidad y adaptabilidad a futuro. Solo así se podrá garantizar la observancia de la norma en el medio y largo plazo.

5. Conclusión

Las plataformas digitales se han convertido, en los últimos años, en foco central de atención de los poderes públicos a escala global a consecuencia de lo disruptivo de su aparición y consolidación como operadores clave en la nueva economía digital a la que se pretende transicionar.

No obstante, el acomodo en la agenda no resulta sencillo, por cuanto los nuevos mercados de plataforma

y sus efectos en el mercado se distancian de lo que se conocía hasta ahora. Así, a la complejidad y dimensión transnacional de las estructuras empresariales se unen otros elementos que dificultan la aproximación, como son el impacto en las características de los mercados y las dinámicas de los mismos (*two-side markets* con relevantes barreras de entrada y potentes efectos de red); la naturaleza de los modelos de negocio (en los que el precio del servicio deja de ser relevante por ser inexistente o muy reducido y donde, en cambio, la acumulación y explotación de datos pasan a tener un rol central debido a su monetización); o incluso su influencia en las pautas de consumo de los usuarios. Todo ello lleva, en suma, a que la lectura descriptiva y prescriptiva del legislador se complique.

No obstante, estas dificultades no han desanimado la acción política, de lo que es buena muestra el caso de la Unión Europea. Ante las fricciones generadas entre los operadores del mercado, que han resultado en litigación, y la inminencia de la transformación digital, la Comisión ha anunciado una batería de medidas en el marco de su agenda digital. Estas destacan por su ambición y la premura en su despliegue, pero también por cómo funden intereses y aspiraciones que van desde el refuerzo de la competencia al impulso de la competitividad o a la más justa distribución de los beneficios del mercado.

Es en este marco donde surgen instrumentos de naturaleza que podríamos denominar híbrida, que se inspiran en la lógica de competencia para ir más allá del propósito o estándar único de reforzar el bienestar del consumidor. Buen ejemplo de ello es la *Digital Markets Act*, que atiende a objetivos pretendidamente más amplios que los clásicos de competencia —respondiendo a la justicia y contestabilidad—, que se soporta sobre bases jurídicas distintas a las propias de la política de competencia, que define un alcance singular y algo flexible, que pasa de una lógica de intervención reactiva (*ex post*) a una proactiva (*ex ante*), sobre aproximaciones sistemáticas en lugar de caso a caso, y que, necesariamente, incorpora gran margen de discrecionalidad a la Comisión para su instrumentación.

Todo ello abre interrogantes y desafíos en el uso de instrumentos nuevos que complementan y no desplazan a los instrumentos clásicos de competencia. Es por ello, que la coexistencia de marcos, la consistencia interna, idoneidad y proporcionalidad de las nuevas herramientas, y la capacidad de la Comisión para hacer que estos funcionen y se desplieguen correctamente en la práctica, resultarán determinantes. De cómo se resuelvan estas cuestiones dependerá el éxito de la transición digital autónoma, justa y competitiva a la que se aspira a nivel político en la Unión Europea.

Referencias bibliográficas

- Comisión Europea. (2020a). *Shaping Europe's Digital Future*. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf
- Comisión Europea. (2020b). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European strategy for data*. COM(2020) 66 final. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-european-strategy-data-19feb2020_en.pdf
- Comisión Europea. (2020c). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*. COM(2020) 825 final.
- Comisión Europea. (2020d). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*. COM(2020) 842 final.
- Comisión Europea. (2020e). *Commission Staff Working Document. Executive Summary of the Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*. SWD(2020) 364 final. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/impact-assessment-dma_en.pdf
- Comisión Europea. (2021a). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market*. COM(2021) 223 final.
- Comisión Europea. (2021b). *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*. COM(2021) 762 final.
- Comisión Europea. (2022). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*. COM(2022) 27 final. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles#Declaration>
- Congreso de Estados Unidos. (2020). *Antitrust Investigation of the Rise and Use of Market Power Online and the Adequacy of Existing Antitrust Laws and Current Enforcement Levels*. *Digital Markets Investigation*. <https://judiciary.house.gov/issues/issue/?IssueID=14921>
- Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for the digital era. Final report*. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>
- Federal Law Gazette. (2013). *Act against Restraints of Competition in the version published on 26 June 2013 as last amended by Article 4 of the Act of 9 July 2021* (pp. 1750-3245). Federal Law Gazette I, p. 2506. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0011
- Fletcher, A. (2020). *Digital competition policy: Are ecosystems different? – Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems*. OECD. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)96/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf)
- Franck, J. U., & Peitz, M. (2021). *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act* [CRC TR 224 Discussion Paper Series 2021, final version JECLAP 12 (2021) 513-528]. <https://ssrn.com/abstract=3838759> o <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3838759>
- Ibáñez Colomo, P. (2020). *What Can Competition Law Achieve in Digital Markets? An Analysis of the Reforms Proposed*. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3723188> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3723188>
- Ibáñez Colomo, P. (2021). *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3790276> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3790276>
- NDRC, National Development and Reform Commission. (2022). *Guideline set to regulate nation's platform economy*. *China Daily*. https://en.ndrc.gov.cn/news/mediar/sources/202201/t20220120_1312523.html
- Reino Unido, Parliament. (1998). *Competition Act 1998 c–41*. UK Public General Acts. *Legislation.gov.uk*. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41>
- Von der Leyen, U. (2019). *Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Mi agenda para Europa. Por la candidata a presidenta de la Comisión Europea. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024*. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf

SUSCRÍBETE A LA NEWSLETTER DE REVISTAS ICE
Y RECIBE TODAS LAS NOVEDADES EN TU CORREO

