

José Antonio Fernández Amor
(Director/Coordinador)

DIGITALIZACIÓN, EMPRESA Y DERECHO

DIGITALIZACIÓN, EMPRESA Y DERECHO

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LOPÉZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

DIGITALIZACIÓN, EMPRESA Y DERECHO

José Antonio Fernández Amor

Director/Coordinador

Autores

Sandra Camacho Clavijo

Josep Cañabate Pérez

José Antonio Fernández Amor

Zuley Fernández Caballero

Carolina Gala Durán

Miguel Gardeñes Santiago

Carles Górriz López

Jorge Miquel Rodríguez

Susana Navas Navarro

Miguel Ángel Sánchez Huete

Josep Suquet Capdevila

El presente trabajo se encuadra en el proyecto “Reorientación de los instrumentos jurídicos para la transición empresarial hacia la economía del dato” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación, con referencia PID2020-113506R-100 REFERENCIA DEL PROYECTO/AEI/10.13039/501100011033. IP: Dr. José Antonio Fernández Amor

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2024 Los autores y las autoras

© 2024 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-10174-99-3

Depósito legal: B 18801-2024

Impresión: Podiprint

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.	9
<i>José Antonio Fernández Amor</i>	

PRIMERA PARTE LA EMPRESA Y SU ORGANIZACIÓN

I. Empresa y organización interna

ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DEL TELETRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.	15
<i>Carolina Gala Durán</i>	

LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2019/1151 Y LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA NORMATIVA EUROPEA . . .	43
<i>Jorge Miquel Rodríguez</i>	

II. Empresa y ubicación territorial

EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN ENTRE LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO, EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES	63
<i>Miguel Gardeñes Santiago</i>	

LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE LAS PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS (PIV): ASPECTOS DE INTERÉS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL.	99
<i>Josep Suquet Capdevila</i>	

SEGUNDA PARTE
LA EMPRESA Y SUS RELACIONES CON TERCEROS

I. Empresa y responsabilidad

LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES A ESTADOS UNIDOS: EL “TRANSATLANTIC CLASH” DE DOS CULTURAS DE PRIVACIDAD	123
--	------------

Josep Cañabate Pérez

LA EMPRESA DE SALUD DIGITAL Y LA IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS DE IA: CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO MARCO EUROPEO	153
---	------------

Sandra Camacho Clavijo

LOS MODELOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE PROPÓSITO GENERAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL. APROXIMACIÓN CRÍTICA	177
--	------------

Susana Navas Navarro

II. Empresa y actividad

REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES: ¿UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DEL ART. 102 TFUE?	195
---	------------

Carles Górriz López

BENEFICIOS FISCALES POR LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE I+D+I PARA LAS PERSONAS FÍSICAS	221
---	------------

Zuley Fernández Caballero

III. Empresa y Administración tributaria

PERFILES DE RIESGO FISCAL CREADOS POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL	251
--	------------

Miguel Ángel Sánchez Huete

REFLEXIONES SOBRE BIENES INTANGIBLES BASADOS EN CONJUNTOS ESTRUCTURADOS DE DATOS O CRIPTOACTIVOS Y LA APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS	277
---	------------

José Antonio Fernández Amor

II. Empresa y actividad

REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES: ¿UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DEL ART. 102 TFUE?¹

Carles Górriz López

Profesor titular de Derecho mercantil

Universitat Autònoma de Barcelona

ABSTRACT:

The European Union has a reputation for standing up to big companies and fighting their abuses, using tools such as Article 102 of the TFEU. However, this provision has proved insufficient to confront the technological giants, which is why the Digital Markets Act was adopted. I compare these two rules to identify the strengths and weaknesses of the latter. Among the former ones, the preventive control and short deadlines stand out. However, it does not extend the Commission's powers to control mergers in the digital sector and lacks provisions for private enforcement.

Keywords: Digital Markets Act – Abuse of a dominant position – Gatekeepers – Core platform services

Palabras clave: Reglamento de Mercados Digitales – Abuso de posición de dominio – Guardianes de acceso – Servicios básicos de plataforma

1. Se ha accedido por última vez a las páginas web citadas el 13 de junio de 2024.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA JURÍDICA. 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 4. POSICIÓN DE DOMINIO VS GUARDIÁN DE ACCESO. 5. DEBERES DE LOS GUARDIANES DE ACCESO. 5.1. Abuso de posición de dominio. 5.2. Deberes de los guardianes de acceso. 5.2.1. Obligaciones y prohibiciones de los artículos 5, 6 y 7. 5.2.2. Concentraciones y técnicas de elaboración de perfiles. 6. AUTORIDAD COMPETENTE, PODERES Y SANCIONES. 6.1. Competencia para aplicar el Reglamento. 6.2. Poderes de investigación. 6.3. Remedios y sanciones. 7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la competencia es esencial no sólo para la economía de un país sino para su democracia puesto que, como explicó el juez Louis Brandeis, los ciudadanos no son realmente libres si viven esclavizados por sus condiciones económicas². De ahí que sea vital contar con leyes que velen para que exista competencia en el mercado y eviten que las grandes empresas abusen de su poder económico. Entre ellas destaca el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que prohíbe que una o varias empresas abusen de su posición de dominio en el mercado interior, en la medida en que afecte o pueda afectar al comercio entre Estados miembros. Sin embargo, se trata de una norma parca y vetusta. Parca porque no define qué debe entenderse por posición de dominio ni por abuso; simplemente proporciona cuatro ejemplos del último, cuya eficacia se ha visto reducida desde que en 2008 la Comisión abandonase la aproximación formal (*form-based approach*) en favor de la efectista (*effects-based approach*)³. Y vetusta porque desde que en 1957 se aprobara el Tratado de la Comunidad Económica Europea, cuyo artículo 86 constituía el antecedente del 102 actual, su contenido apenas ha variado. De ahí que suscite dudas su adecuación a la nueva realidad económica; sobre todo, a los mercados digitales⁴. La importancia que tienen en ellos las economías de escala, los efectos de red, la bi- o multilateralidad, los datos y la integración vertical determinan que estén muy concentrados y gobernados por un grupo reducido de empresas que detentan un gran poder económico y social⁵.

2. Wu, 2018, 42 y 55.

3. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02).

4. Podszun, 2023, 2 y 5; Budzinski y Mendelsohn, 2021, 5.

5. Crémer, De Montjoye y Schweitzer, 2019, 2 y 20; Furman, 2019, 22 ss.; Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019; Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 2019, 13 ss.; Khan, 2017, 710; Baker, 2019, 122 ss.; Competition and Markets Authority, 2020, 16 ss.; Tirole, 2018, 406 ss.; Ezrachi y Robertson, 2019, 5. En sentido crítico, Díez Estella, 2021, 111. Igualmente, la profesora Herrero (2021, 111) relativiza la existencia de barreras de acceso al tratarse de mercados muy dinámicos y la competencia basarse más en la innovación que en el precio.

Ante esta disyuntiva, la Unión Europea tenía esencialmente dos opciones: revisar el artículo 102 y adecuarlo a la evolución económica o mantenerlo como está y confiar en que la Comisión y el Tribunal de Justicia fueran adecuando su interpretación a los cambios socioeconómicos. Parece haber tirado por la vía de en medio al aprobar una disposición nueva que no deroga la anterior: el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (en adelante “Reglamento de Mercados Digitales”, pero más conocido en la práctica como “*Digital Markets Act*”)⁶. Su finalidad es conseguir que exista competencia leal en los mercados digitales que se hallan controlados por gigantes tecnológicos. Según el Comisario europeo de Mercado Interior, Thierry Breton, constituye una ley armonizadora, que impone un control preventivo, mejora la aplicación al hacerla más eficiente y cuenta con sanciones desincentivadoras para aumentar la seguridad, la confianza, la innovación y la igualdad de oportunidades en el sector digital⁷.

El objeto de este trabajo es comprobar si las palabras de Thierry Breton son ciertas; es decir, si, y en qué medida, el Reglamento de Mercados Digitales va a suponer una mejora respecto del artículo 102 TFUE. Para ello, nos posicionamos brevemente sobre su naturaleza jurídica, analizamos su ámbito de aplicación, comparamos la posición de dominio con los guardianes de acceso, explicamos en qué consiste el control *ex ante* que introduce y en qué se diferencia del abuso de posición de dominio y pasamos revista a los principales hitos de los procedimientos, remedios y sanciones que se pueden imponer a la luz de las dos normas. Terminamos con las conclusiones preceptivas.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Las diferencias entre las dos normas objeto de análisis parecen evidentes por lo que respecta a su naturaleza: el artículo 102 TFUE forma parte del Derecho primario de la Unión Europea, mientras que el Reglamento de Mercados Digitales del secundario. Sin embargo, las consecuencias de esta diferencia son mínimas en la praxis, ya que los reglamentos comunitarios tienen efecto directo: no sólo vinculan a las Administraciones Públicas sino que los tribunales de los Estados miembros tienen que aplicarlos cuando un litigio entra dentro de su ám-

6. Aunque entró en vigor el 1 de noviembre de 2022, su eficacia se retrasó hasta el 2 de mayo de 2023 o el 25 de junio de 2023. *Cfr* su artículo 54. Véase un análisis económico de la propuesta en Cabral, Haucap, Parker, Petropoulos, Valletti y Van Alstyne, 2021, y una comparación con las iniciativas británica y alemana en Botta, 2021, 500 ss.

7. Comisión Europea, 2020a. Es también la posición de buena parte de la doctrina; por ejemplo Monti, 2021, 1 ss., Ibáñez, 2021, 574 y Vilà, 2022, 217 s., quien predica el “efecto Bruselas” de los Reglamentos de Mercados Digitales y de Servicios Digitales. En cambio, Portuese (2022, 3 ss./24) denuncia que el Reglamento incrementará la fragmentación legislativa de los mercados digitales.

bito de aplicación. Por lo tanto, si una empresa incumple los deberes que le impone el Reglamento, los perjudicados podrán acudir a los tribunales nacionales y solicitar la indemnización de los daños sufridos⁸. Ahora bien, esa norma carece de previsiones sobre su aplicación privada, que no se registrá por el Título VI de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), ni por los arts. 283 bis a) ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La razón es que estas normas derivan de la Directiva 2014/104/UE⁹, que circunscribe su eficacia a las indemnizaciones de daños y perjuicios que deriven de la infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia (*cfr.* art. 2.1). Y el legislador español ha confinado la eficacia del Título VI de la LDC a la infracción de los citados preceptos y de sus artículos 1 y 2¹⁰. Por lo tanto, el plazo para ejercitar la acción de indemnización por incumplirlo no serán los 5 años previstos en el art. 74.1 LDC, sino 1 año al tratarse de una acción de responsabilidad extracontractual. Y tampoco será de aplicación la presunción de que han existido las infracciones de Derecho de la competencia derivadas de las resoluciones de las autoridades competentes en la materia (*cfr.* art. 75 LDC).

La adscripción del Reglamento de Mercados Digitales genera dudas, a diferencia del artículo 102 que forma parte del Derecho de la competencia. La mayoría de la doctrina considera que tiene naturaleza regulatoria, similar a las telecomunicaciones o sector financiero, por ejemplo¹¹. Más minoritaria es la opinión de que se trata de normas especiales de Derecho de la competencia, aunque también cuenta con argumentos sólidos que la sustentan¹². Y tampoco faltan los autores que adoptan una posición intermedia¹³.

Nos alineamos con la primera tesis en base a tres argumentos. El primero es el fundamento jurídico de la norma objeto de análisis, pues reside en el artículo 114 TFUE, que forma parte del Capítulo dedicado a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros. Si el Reglamento se inscribiera dentro del Derecho de la competencia, su fundamento sería el artículo 103 del TFUE, que permite al Consejo desarrollar legislativamente los artículos 101 y 102 del TFUE. Con todo, hay que tener en cuenta las objeciones que se han hecho a la utiliza-

8. Bueso, 2023, 106 ss.

9. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

10. Nos sumamos a la propuesta del profesor Ruiz Peris (2023, 37/37) de reformar la LDC para dar cabida a las acciones de daños por la violación del Reglamento de Mercados Digitales, a imagen de lo que ha hecho el legislador alemán.

11. Cappai, Colangelo, 2023, 444; Kerber, 2021, 2 ss y 10 s/13; Podszun, 2023, 6 ss.; Budzinski y Mendelsohn, 2021, 2 15 ss.; Van Den Boom, 2023, 63-65; Ibáñez, 2021, 561 s.

12. Petit, 2021, 2 y 4 s/24. Parece también la posición de Andriychuk, 2021, 263 ss., quien defiende que el objetivo principal es conseguir que exista competencia entre plataformas (también 274 ss.

13. Bueso, 2023, 106; Larouche, De Streel, 2021, 543 ss.; Beems, 2023 y Massa, 2022, 113.

ción del artículo 114 como base jurídica y que podrán servir de defensa a los guardianes de acceso hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto¹⁴. El segundo argumento reside en los apartados 5 y 6 del artículo 1 del Reglamento de Mercados Digitales. Resulta harto significativo que el primero prohíba a los Estados miembros aprobar normas que impongan deberes a los guardianes de acceso cuya finalidad sea conseguir mercados disputables y equitativos, pero que salve la eficacia de las normas de la competencia, tanto europeas como de los Estados miembros¹⁵. Es decir, no podrán adoptar leyes, en sentido amplio, que tengan el mismo objeto y finalidad que el Reglamento, salvo si forman parte del Derecho de la competencia. La última razón tiene que ver con la finalidad de la norma; o mejor, dicho, con la explicación que el legislador comunitario da al respecto. El artículo 1.1 establece claramente que es garantizar la disputabilidad y la equidad de los mercados en el sector digital, lo que puede interpretarse en el sentido de que se desea que reine la competencia leal en ellos¹⁶. La doctrina ha debatido sobre si este objetivo es propio o ajeno al Derecho de la competencia, pues se trata de conseguir que exista competencia en el sector digital; y la iniquidad (que también podría traducirse como “deslealtad”) puede considerarse como una forma de abuso del poder económico. A pesar del interés del debate, resulta más relevante el considerando 11, según el cual la finalidad del Reglamento no es la misma que la de los arts. 101 y 102 TFUE sino distinta y complementaria. La *ratio* de esta declaración es sortear la prohibición del *non bis in idem*. De la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea rige la aplicación pública del Derecho de la competencia¹⁷. Y también que difícilmente dos sanciones en esta materia podrán beneficiarse de la excepción prevista en el artículo 52 de la misma norma. En cambio, sí pueden escapar a la prohibición dos procedimientos o sanciones que protejan intereses jurídicos diferentes mas complementarios.

La diferente adscripción del Reglamento de Mercados Digitales respecto del Derecho de la competencia determina que la jurisprudencia y práctica administrativa de esta última no vinculen a la Comisión al aplicar aquella norma¹⁸. Por ejemplo, la atribución de la condición de guardián de acceso no precisa delimitar previamente el mercado relevante ni probar la existencia de una posición de dominio en él. Igualmente, los posibles efectos procompetitivos de la actividad

14. Véase Lamadrid, Bayón, 2021, 578-586. Esencialmente afirmaron que la propuesta de Reglamento no tenía por finalidad terminar con la fragmentación legislativa y que era desproporcionada.

15. Respecto de la interpretación de estos dos preceptos, Van Den Boom, 2023, 68 a 77.

16. Cfrs. los considerandos 32 y 33 del Reglamento, así como Schweitzer, 2021, 7 ss.; Díez Estella, 2023, 59 ss.; Andriychuk, 2021, 261, 264 y 274 ss.; Larouche y De Streel, 2021, 553. Críticamente Budzinski y Mendelsohn, 2021, 17 s.

17. Analizo esta cuestión en Górriz, 2024. Respecto del Reglamento de Mercados Digitales, Ribera Martínez, 2023 y Cappai y Colangelo, 2023.

18. Ibáñez, 2021, 568 y 572.

no liberan a los guardianes de acceso de cumplir las obligaciones y prohibiciones previstas en los artículos 5 a 7.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los ámbitos de aplicación del artículo 102 TFUE y del Reglamento de Mercados Digitales son diferentes, resultando mucho más amplio el primero. En efecto, su destinatario es la empresa, que ha sido definida como una unidad económica que ofrece bienes y servicios en un mercado, siendo indiferente la forma jurídica, su financiación o la atribución de personalidad¹⁹. El artículo 102 rige en todos los mercados, con independencia de que existan normas sectoriales que se apliquen concurrentemente²⁰. Existen dos requisitos de internacionalidad. De un lado, la empresa debe detentar una posición dominante en, al menos, una parte sustancial del mercado interior. De otro, la conducta objeto de análisis debe afectar, actual o potencialmente, al comercio entre Estados miembros.

El Reglamento de los Mercados Digitales ciñe esencialmente su eficacia a los “servicios básicos de plataformas” prestados por “guardianes de acceso” cuando sus destinatarios estén establecidos en la Unión Europea (artículo 1.2). El apartado 2 del artículo 2 enumera taxativamente los primeros: a) servicios de intermediación en línea; b) motores de búsqueda en línea; c) servicios de redes sociales en línea; d) servicios de plataformas de distribución de vídeos; e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; f) sistemas operativos; g) navegadores web; h) asistentes virtuales; i) servicios de computación en nube; y j) servicios de publicidad en línea²¹. Se caracterizan por el impacto que tienen en ellos las economías de escala, los efectos de red, la importancia de los datos, su operatividad en mercados con dos o más lados, la

19. Por ejemplo, STJUE 6.10.2021, *Sumal* (C882/19), ECLI:EU:C:2021:800, párr. 41.

20. Giorgio Monti (2008, 123) se refiere a la STJUE 11.11.1997, *Comisión y Francia / Ladbrooke Racing* (C-359/95 P y C-379/95 P), ECLI:EU:C:1997:531. Sin embargo, él se posiciona en sentido contrario al considerar que puede haber casos en que las normas de la competencia deban ceder el paso a las regulatorias. A nuestro modesto entender, el fallo referido no sirve de sustento a la afirmación de la primacía del Derecho europeo de la competencia sobre las normas regulatorias puesto que se refiere a las nacionales. El Tribunal de Justicia explica que los arts. 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actualmente 101 y 102 TFUE) se aplican sólo a los comportamientos de las empresas adoptados libremente, pero no a los que vengan impuestos por la normativa nacional. En este último caso, no debe analizarse la legitimidad de los acuerdos o prácticas unilaterales sino de la legislación del Estado miembro en cuestión; en particular, su compatibilidad con las normas *antitrust* de la Unión Europea (párrs. 20, 21 y 33 a 36).

21. Los apartados 3 y 4 del artículo 1 matizan el alcance de la lista al excluir determinados servicios; esencialmente las redes de comunicaciones electrónicas y los servicios de comunicaciones electrónicas. Pero sí quedan sometidos al Reglamento los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, a pesar de que puedan ser calificados como servicios de comunicaciones electrónicas.

facilidad de aprisionar a los consumidores y de que éstos se atrincheren en un único dispositivo, red, plataforma o ecosistema, así como la posibilidad de integración vertical²². Estas características determinan que la disputabilidad sea mínima y el riesgo de deslealtad muy elevado²³.

El listado presenta el riesgo consustancial a toda enumeración: la obsolescencia. Más aún si tenemos en cuenta la vertiginosa velocidad a la que evoluciona la tecnología. Consciente de ese problema, el legislador europeo ha introducido una previsión para neutralizarlo. El artículo 19 permite a la Comisión ampliar o modificar la lista si considera que no se adapta a la realidad económica.

El Reglamento de Mercados Digitales no se aplica a cualquier empresa que preste servicios básicos de plataforma; ni siquiera a las grandes o a las que detentan una posición de dominio. Su eficacia aparece constreñida a los “guardianes de acceso”, que el art. 2.1 define como las empresas prestadoras de servicios básicos de plataforma designadas por la Comisión conforme al artículo 3, que analizaremos en el epígrafe siguiente. Por ahora basta con indicar que su apartado 2 establece unos umbrales económicos cuya superación genera la presunción de que la sociedad en cuestión reúne los requisitos que exige el apartado 1 para calificarla como guardián de acceso. Se trata de unos umbrales tan elevados que sólo seis gigantes tecnológicos los superaron a fecha de 6 de septiembre de 2023: Alphabet, Amazon, Apple, Bytedance, Meta y Microsoft; a los que se añadió Booking el 13 de mayo de 2024²⁴. Y no se espera que en el futuro sean muchas más.

El tercer elemento del ámbito de aplicación es territorial: el artículo 1.2 exige que los usuarios de los servicios básicos de plataforma residan en territorio comunitario. El Reglamento distingue dos tipos: los profesionales y los finales. Los números 20 y 21 del art. 2 los definen de forma un tanto tautológica: mientras describe los últimos de forma negativa, por no ser consumidores profesionales, éstos aparecen identificados por utilizar servicios básicos de plataforma para proporcionar productos o prestar servicios a los consumidores finales, o bien para integrarlos en actividades empresariales dirigidas a éstos. Sin embargo, la idea está clara: el Reglamento de Mercados Digitales sólo se aplica cuando los destinatarios de los servicios básicos de plataforma —sean consumidores finales o profesionales— residan en la Unión Europea. Igualmente, carece de importancia su nacionalidad, incluso cuando es la de un tercer país. Y lo mismo sucede con la nacionalidad o el establecimiento de los guardianes de acceso: carecen de pertinencia, lo cual es un acierto, pues la inmensa mayoría no son europeos —normalmente son estadounidenses o chinos—. El único dato relevante es el

22. Véase De Streel, Feasey, Kraemer y Monti, 2021, 9 ss.

23. Van Den Boom, 2023, 60 y Massa, 2022, 111.

24. https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en y https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-booking-gatekeeper-and-opens-market-investigation-x-2024-05-13_en.

domicilio o el establecimiento de los destinatarios de los servicios básicos de plataforma prestados por los guardianes de acceso.

4. POSICIÓN DE DOMINIO VS GUARDIÁN DE ACCESO

El Reglamento de Mercados Digitales tiene como protagonista al guardián de acceso. Aunque las empresas que reciben esa calificación pueden tener una posición de dominio, se trata de dos estatutos diferentes. Para comprobarlo conviene recordar en que consiste la última figura. La jurisprudencia comunitaria la ha caracterizado como

*... una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores ...*²⁵.

La falta de concreción de esta definición lleva a la Comisión y a los órganos judiciales europeos a utilizar factores estructurales y de comportamiento para evaluar si una empresa tiene suficiente poder económico para impedir que exista competencia eficiente en el mercado y comportarse de forma independiente. El más importante es la cuota de mercado; sobre todo de la empresa investigada. Ahora bien, la de los competidores también desempeñan un papel capital para evaluar la autonomía de comportamiento. Otros elementos relevantes son las estructuras del mercado y de la compañía en cuestión, la existencia de barreras de entrada y expansión, así como la falta de contrapoder de proveedores y consumidores.

Para determinar si una empresa detenta una posición de dominio resulta necesario delimitar el mercado relevante, pues permite valorar a qué presiones concurrenciales se halla sometida²⁶. Constituye una tarea muy compleja, no sólo porque requiere conocimientos de economía, sino también porque existe una multiplicidad de productos y empresas que ofrecen bienes y servicios muy distintos, así como diversos niveles de sustitución²⁷. La dificultad aumenta al analizar sectores nuevos, como el digital, porque los criterios tradicionales pueden

25. STJUE de 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche v. Commission* (C-85/76), ECLI:EU:C:1979:36, párr. 38.

26. El Tribunal de Justicia lo considera un requisito necesario para valorar si una sociedad tiene una posición de dominio. Por ejemplo, sentencia de 30.1.2020, *Generics (UK) Ltd* (C-307/18), ECLI:EU:C:2020:52, párr. 127.

27. Ezrachi (2014, 33) explica que esta complejidad determina que la revisión que hace el Tribunal de Justicia de la delimitación del mercado relevante hecha por la Comisión sea muy limitada. El Tribunal General expresa la misma opinión en la sentencia de 9.9.2009 *Clearstream / Comisión* (T-301/04), ECLI:EU:T:2009:317. Sin embargo, en el párrafo 47 la matiza:

haber perdido importancia. Es el caso de la cuota de mercado: pese a continuar teniendo gran relevancia hoy en día, existen otros factores, como la innovación o la privacidad, que condicionan la reacción de los incumbentes a la aparición de nuevos operadores²⁸. Por otra parte, no existe ninguna norma legal que especifique cómo llevar a cabo esta operación. La Comisión ha explicado su práctica en dos Comunicaciones: la primera se remonta a 1997²⁹ y la segunda, que sustituye a la anterior, data de 2024³⁰. Esta publicación evidencia la preocupación de la autoridad europea de la competencia por los mercados digitales, pues contiene diversas previsiones específicas para ellos. Por ejemplo, destaca que la innovación o la privacidad pueden ser elementos tan importantes como el precio de las mercancías. Declara que el número de usuarios activos, de visitas a páginas web o de transmisiones en directo, las descargas y actualizaciones o el número de interacciones pueden ser factores relevantes para calcular el poder que una empresa tiene en el mercado. Y contiene normas especiales para los mercados en los que operan plataformas multilaterales y los ecosistemas digitales, entre otros. Ahora bien, la Comunicación de 2024 no va a resolver todos los problemas, ni mucho menos. La delimitación del mercado relevante sigue siendo tremendamente difícil y, a buen seguro, fuente de enfrentamientos entre la Comisión y las grandes tecnológicas.

El artículo 3.1 del Reglamento de Mercados Digitales caracteriza a los guardianes de acceso por tres notas: i) tener una fuerte influencia en el mercado interior, ii) proporcionar servicios de plataforma básicos que constituyan una puerta de entrada para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, y iii) tener una posición de mercado arraigada y duradera³¹. Como estas

... el juez comunitario no puede abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico efectuada por la Comisión. Al respecto, debe verificar la exactitud material, la fiabilidad y la coherencia de los elementos probatorios en los que la Comisión ha basado su apreciación, y que tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y sean adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos.

28. El Tribunal General se ha hecho eco de esa realidad y, en la sentencia de 14.9.2022, *Google Android* (T-604/18), ECLI:EU:T:2022:541, párr. 115, afirmó:

... where traditional parameters such as the price of products or services or the market share of the undertaking concerned may be less important than in traditional markets, compared to other variables such as innovation, access to data, multi-sidedness, user behaviour or network effects.

29. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (Diario Oficial C 372, de 9 de diciembre de 1997).

30. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia (Diario Oficial C/2024/1645, de 22 de febrero de 2024). Al respecto, Eben, 2024.

31. Sobre la designación del guardián de acceso, Geradin, 2021, 5/20, quien subraya que el aspecto central de la condición de guardián de acceso es la dependencia que tienen los usuarios profesionales y la diferencia de poder económico. De ahí que atribuya gran importancia al hecho que los consumidores utilicen una o varias plataformas (*multi- o singlehoming*). Téngase en cuenta también la crítica de Díez Estella, 2023, 66 ss.

características tienen un alto grado de abstracción, el apartado 2 establece unos umbrales económicos cuya superación genera la presunción de que la empresa en cuestión reúne los requisitos del apartado 1³². Se trata, empero, de una presunción relativa que puede ser quebrada. A esos efectos, la empresa afectada debe proporcionar a la Comisión los argumentos necesarios para convencerla de que, pese a superar las cifras previstas en el apartado 2, no debe ser calificada como “guardián de acceso” (art. 3.5). La Comisión deberá valorar esos argumentos y decidir si tienen fundamento suficiente como para rechazar la presunción existente³³. En caso de que considere que sí lo tienen, abrirá una investigación de mercado conforme al artículo 17.1 para adoptar la decisión definitiva. Y lo mismo puede suceder en sentido inverso: la Comisión puede designar “guardián de acceso” a una empresa que no alcance los umbrales económicos pero reúna las características del apartado 1 del artículo 3. A esos efectos, iniciará una investigación de mercado en la que valorará los elementos previstos en el segundo párrafo del art. 3.8.

La posibilidad de excluir la presunción del apartado 2 tiene carácter excepcional, de modo que procede una interpretación restrictiva de la misma. Así resulta de la letra del apartado 5 que introduce con el adverbio “excepcionalmente” la posibilidad de demostrar que, pese a superar los umbrales referidos, una empresa no reúne los requisitos para ser considerada guardián de acceso. Y también apoya esa exégesis la diferencia con el apartado 8, que carece de una precisión similar para la hipótesis inversa.

Es importante hacer hincapié en dos aspectos al comparar el guardián de acceso con la posición de dominio. Primero, es necesario un acto de designación por parte de la Comisión para que una empresa merezca aquella consideración y deba cumplir determinados deberes en relación con los servicios de plataforma que se le asignan. Hasta que no se produzca ese acto, la empresa no será un guardián de acceso ni tendrá obligación o prohibición especial. Eso sí, cuando un prestador de servicios básicos de plataforma supere las cifras previstas en el apartado 2, deberá notificar esa situación “sin demora” a la Comisión, proporcionándole la información correspondiente.

En segundo lugar, la designación como guardián de acceso es independiente de la posesión de una posición dominante. La Comisión impondrá esa condición a una empresa sobre la base de las características del apartado 1 del artículo 3 y los umbrales económicos del apartado 2. No es necesario que pruebe que detenta suficiente poder económico para influir de forma determinante en

32. Véase la crítica de Geradin, 2021, 13-15/20.

33. Ha sido el caso de Bytedance Ltd, propietaria de la plataforma de entretenimiento TikTok. El 5 de septiembre de 2023 la Comisión europea la designó guardiana de acceso al superar los umbrales del artículo 3.2 y no haber proporcionado pruebas de que no reunía los requisitos del artículo 3.1. La empresa ha recurrido solicitando la nulidad de la designación y la adopción de medidas cautelares en ese sentido que fueron desestimadas por el Tribunal General mediante Auto de 9.2.2024 (T-1077/23), ECLI:EU:T:2024:94. En la sentencia de 17 de julio de 2024 (T-1077/23 - ECLI:EU:T:2024:478), el Tribunal General ha rechazado la petición de Bytedance.

el mercado y actuar con independencia de cómo reaccionen sus clientes, proveedores y rivales³⁴. Igualmente, no tiene que delimitar el mercado relevante, con todas las dificultades que esta operación conlleva. Simplemente designará a una empresa como guardián de acceso a la luz de la información que ésta le proporcione o bien de una investigación de mercado³⁵.

5. DEBERES DE LOS GUARDIANES DE ACCESO

5.1. Abuso de posición de dominio

La clave del Reglamento de Mercados Digitales reside en la imposición de obligaciones y prohibiciones a los guardianes de acceso (arts. 5 a 15). Para valorarlas correctamente, conviene recordar la prohibición del artículo 102 TFUE. Como es por todos bien conocido, este precepto no veta la posición de dominio sino solamente su abuso. Ahora bien, no define este elemento; su apartado segundo alude a cuatro conductas que han sido consideradas por la jurisprudencia comunitaria como simples ejemplos de comportamientos ilícitos. Por lo tanto, las instituciones han tenido que construir el concepto y, como es natural, las dificultades han sido múltiples; entre otras razones, porque el criterio utilizado ha ido variando a lo largo del tiempo³⁶. Ahora bien, desde hace algún tiempo, el Tribunal de Justicia utiliza la misma definición de “abuso”, que gira alrededor de la llamada “competencia en méritos”³⁷. Una empresa explota ilícitamente su posición de dominio cuando recurre a métodos diferentes de los que rigen una competencia normal o basada en sus méritos; es decir, no intenta mantener o

34. Petit (2021, 6 ss y 9/24) afirma que estas mismas razones están detrás de la ausencia de medidas de tutela en el proceso de designación de una empresa como guardián de acceso; pero pronostica que esta ausencia originará litigios en el futuro. Por su parte, Heimann (2022) subraya que la calificación de ‘guardián’ es menos compleja que establecer que una empresa tiene una posición dominante, por lo que la Comisión no necesitará dedicar tantos recursos al control.

35. En caso de que una empresa incumpla su obligación de notificar que supera los umbrales del artículo 3.2 o no proporcione toda la información pertinente, la Comisión podrá también designarla como guardián de acceso en virtud de la información de que disponga. Así lo establece el segundo párrafo del art. 3.3.

36. O'Donoghue y Padilla, 2020, 264 ss.

37. En la sentencia de 17.2.2011, *TeliaSonera* (C-52/09), ECLI:EU:C:2011:83, el Tribunal de Justicia explica que el abuso:

...es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (...) (párr. 27).

En el mismo sentido sentencias de 14.10.2010, *Deutsche Telekom v Commission* (C-280/08 P), ECLI:EU:C:2010:603, párr. 174 y de 30.1.2020, *Generics (UK) y otros* (C-307/18), ECLI:EU:C:2020:52, párr. 148.

incrementar su poder ofreciendo mejores productos, más económicos, más innovadores o un mayor rango. A pesar de tratarse de un criterio ampliamente adoptado, su aplicación es harto difícil debido a la multiplicidad de factores que pueden influir la decisión final y, por lo tanto, a la dificultad de justificar satisfactoriamente la inclusión o exclusión de una práctica en ese criterio³⁸.

Por si fuera poco, en 2008 la Comisión cambió su aproximación al análisis de la conducta de las dominantes. En sus Orientaciones sobre las prioridades de control respecto de las prácticas excluyentes³⁹, explicó que abandonaba la aproximación formal en favor de una basada en los efectos de las conductas, de modo que a partir de entonces iba a valorar el impacto económico del comportamiento analizado sobre la competencia existente en el mercado. El cambio implicaba negar que existieran prácticas que fueran por sí mismas abusivas; era necesario sopesar sus consecuencias, tanto positivas como negativas⁴⁰.

Por último, interesa recordar que la Comisión tiene la carga de probar que la conducta en cuestión es abusiva. A esos efectos, el Tribunal de Justicia ha explicado que debe demostrar que perjudica a los consumidores, dado que su bienestar es el fin último del Derecho de la competencia⁴¹. Con todo, no necesita acreditar expresamente este extremo, sino que le basta con evidenciar que la dominante ha socavado la estructura de la competencia existente en el mercado a través de medios diferentes a los que corresponde a una competencia en méritos. Pero, incluso en esta situación, la dominante puede probar la existencia de justificaciones objetivas. Se exonera de responsabilidad si acredita que la conducta era necesaria o que sus efectos positivos neutralizaban los daños a la estructura del mercado o al bienestar de los consumidores. Cabe añadir que la Comisión no tiene que demostrar que los perjuicios son reales, sino basta con probar que la práctica potencialmente podía perjudicar la competencia.

38. OCDE, 2006, 2/7. También, Van de Gronden y Rusu, 2021, 128 s.

39. *Supra* nota 2. El 28 de marzo de 2023 la Comisión modificó las Orientaciones para explicar su práctica actual. Introdujo cambios debido a la experiencia que había ido adquiriendo, para ajustarse a la evolución de los mercados y para adaptarse a la doctrina del Tribunal de Justicia. Al respecto, McCallum *et al.*, 2023, 2/8 y Raedts, 2023, quien sugiere que es la respuesta a las derrotas que la Comisión ha sufrido en casos tan importantes como *Qualcomm e Intel*.

40. En la sentencia de 6.9.2017, *Intel / Comisión* (C-413/14P), ECLI:EU:C:2017:632, el Tribunal de Justicia reprochó al Tribunal General ser demasiado formalista por considerar que los pagos exclusivos eran *per se* abusivos. Según el primero, si la empresa enjuiciada probaba que había habido eficiencias o que su comportamiento estaba objetivamente justificado, la Comisión debía demostrar que la conducta era abusiva. Como el Tribunal General no había valorado todas las alegaciones de Intel, anuló la sentencia.

41. STJUE de 12.3.2022, *Servizio Elettrico Nazionale y otros* (C-377/20), ECLI:EU:C:2022:379, párrs. 44 ss. En el mismo sentido, sentencia *TeliaSonera* (nota 36), párr. 24.

5.2. Deberes de los guardianes de acceso

5.2.1. Obligaciones y prohibiciones de los artículos 5, 6 y 7

El Reglamento de Mercados Digitales se diferencia del artículo 102 TFUE en que impone un control preventivo y no represivo⁴². En efecto, los artículos 5, 6, 7, 14 y 15 establecen los deberes, bien positivos bien negativos, que deben cumplir los guardianes de acceso por el mero de haber sido designados. Buena parte de los previstos en los tres primeros preceptos provienen de casos de abuso de posición de dominio. Es decir, tienen su origen en expedientes en que la Comisión ha considerado que las prácticas incumplían el artículo 102, de ahí que las prohibiera o que aceptara el compromiso de la empresa implicada de no volver a llevarlas a cabo. Sin embargo, esas decisiones todavía no son firmes, pues la dominante ha recurrido la Decisión o bien se han cerrado con un compromiso⁴³. Es el caso, por ejemplo, de la prohibición de autopreferencia prevista en el artículo 6.5 del Reglamento de Mercados Digitales. Deriva del caso *Google Search Shopping*, que fue objeto de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017. El Tribunal General confirmó su validez en la sentencia de 10.11.2021 (T-612/17). Pero la propietaria del motor de búsqueda más popular ha recurrido ante el Tribunal de Justicia. Aunque es probable que este órgano confirme la resolución de la primera instancia, no sería la primera vez que la anula bien por cuestiones de fondo bien por razones de forma⁴⁴. Si así sucediera, la legitimación del art. 6.5 generaría dudas. No obstante, a nuestro modesto entender, los deberes de los artículos 5 a 7 son lícitos puesto que su objetivo es la disputabilidad y equidad de los sectores digitales y no castigar la explotación abusiva de un gran poder económico⁴⁵.

Los deberes previstos en los artículos 5, 6 y 7 presentan un diverso grado de concreción y eficacia. Los de los dos primeros preceptos tienen carácter general y heterogéneo. Los del artículo 7 persiguen la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración. Todos ellos presentan carácter automático (*auto-executive*): los guardianes de acceso deben cumplirlos respecto de cada servicio básico de plataforma a partir de los

42. Coincidimos con Lamadrid y Bayón (2021, 585) y Franck y Peitz (2024, 308) en que este cambio libera a la Comisión de la carga de probar la abusividad de la conducta del guardián de acceso y de tomar en consideración sus eficiencias. En cuanto a la diferencia entre el control preventivo y represivo, Geradin (2021, 7/20) lo resume muy bien cuando explica que la aplicación del artículo 102 acostumbra a ir referida a casos en que la exclusión de los competidores lleva a la explotación de los consumidores. En cambio, el problema de los guardianes de acceso es que la explotación de los consumidores conduce a la exclusión de posibles rivales.

La doctrina critica la sistematización y concordancia de los deberes previstos en los arts. 5 a 7. Véase De Streel, Fearsey, Kraemer y Monti, 2021, 43 ss.; Monti, 2021, 2; Podszun, Bongartz y Langenstein, 2021, 4; Budzinski y Mendelsohn, 2021, 12 ss. y 22 ss.; Massa, 2022, 123.

43. En sentido similar, Larouche y De Streel, 2021, 548.

44. También Lamadrid y Bayón, 2021, 585.

45. Ibáñez, 2021, 568.

seis meses de su designación (*cfr.* art. 3.10)⁴⁶. El art. 8.1 les exige que adopten las medidas necesarias al respecto, que además deberán ser conformes con la legislación sobre protección de datos y la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, sobre seguridad cibernética, protección de los consumidores y sobre seguridad de los productos⁴⁷. Además, deberán informar a la Guardiania de los Tratados acerca de las medidas que hayan adoptado para cumplir con los deberes que les competen. Por lo tanto, no es necesario que ésta demuestre que no se ajustan al modelo de competencia en méritos o que perjudican el bienestar del consumidor, ni que les conmine a ejecutarlas.

Ahora bien, a pesar de que las obligaciones y prohibiciones referidas son autoejecutables, la Comisión puede detallar las medidas que deben adoptar los guardianes de accesos para dar cumplimiento a las previstas en los artículos 6 y 7. El artículo 8 así lo dispone, estableciendo que, a esos efectos, podrá adoptar un acto de ejecución en un plazo de 6 meses a partir de la incoación del procedimiento. Igualmente, será necesario que las medidas impuestas por la Comisión vayan dirigidas a conseguir los objetivos impuestos por el Reglamento y que sean proporcionales a las circunstancias específicas del guardián de acceso, quien podrá solicitar participar en el procedimiento; sobre todo para convencer a la autoridad europea de la competencia de que las medidas que ha propuesto son suficientes. Sin embargo, la Comisión tiene la última palabra. El apartado 3 del artículo 8 le otorga discrecionalidad para decidir al respecto; eso sí, deberá respetar los principios de igualdad de trato, proporcionalidad y buena administración.

El artículo 13 complementa los arts. 5 a 7 al vetar las medidas antielusión. La prohibición tiene dos vertientes. La primera se refiere a la condición de guardián de acceso y significa que no son lícitas las medidas dirigidas a sortear los umbrales cuantitativos previstos en el artículo 3.2. La segunda tiene por objeto los deberes de los arts. 5 a 7⁴⁸. El apartado 4 intenta ser lo más amplio posible al incluir dentro de la prohibición los aspectos contractuales, comerciales técnicos “o de cualquier otra naturaleza”.

La Comisión puede dejar sin efecto las obligaciones y prohibiciones referidas en dos casos. El primero es cuando su cumplimiento pone en duda la viabilidad económica del guardián de acceso en la Unión Europea⁴⁹. El art. 9 permite a la Comisión suspender total o parcialmente el cumplimiento de un deber específico de los arts. 5 a 7. Para ello es necesario que la causa de la amenaza a la viabilidad económica de la empresa sea una circunstancia excepcional que escape al control del guardián de acceso. Igualmente, basta con que la crisis afecte

46. Komninos, 2022, 3/8.

47. Barcentewicz (2024) advierte que cumplir los deberes de los artículos 5 a 7 puede generar problemas de seguridad y privacidad.

48. Al respecto, Franck y Peitz, 2024, 299 ss.

49. El Tribunal General considera que es lo que Bytedance Ltd debería haber hecho en relación con las letras b) y c) del art. 5.2, en lugar de solicitar medidas cautelares relativas a la anulación de su designación como guardián de acceso. Véase *supra* nota 32.

a la pervivencia de la empresa en cuestión en la Unión Europea, aunque pueda seguir existiendo fuera de ella. El apartado 1 del precepto citado se refiere a “una obligación específica”; por lo tanto, no está previsto para todos los deberes y prohibiciones impuestos a un guardián de acceso, sino que la Comisión deberá indicar a cuál priva de eficacia. En particular, deberá tratarse de aquél o aquélla que ponga en riesgo la viabilidad económica del guardián de acceso. A pesar de que la norma se refiere a una obligación o prohibición, su finalidad permite interpretar que podrán ser varias. Interesa subrayar el carácter excepcional de la medida. Se trata de suspender la obligación de cumplir alguno de los deberes relacionados con un servicio básico de plataforma de un guardián de acceso. La Comisión deberá fijar su duración y alcance, pudiendo además imponer condiciones para su disfrute. Revisará su decisión al cabo de un año, salvo que haya fijado un plazo menor.

El artículo 10 contempla el segundo supuesto: motivos de salud pública o seguridad pública. Bien debido a una petición motivada, bien *motu proprio*, el Ejecutivo comunitario puede adoptar un acto de ejecución en el que exima a un guardián de acceso de cumplir un deber relativo a un servicio básico de plataforma. No se prevé que deba especificar la duración de la exención ni que pueda someterla a condiciones, lo que diferencia este supuesto del anterior. Ahora bien, deberá estar pendiente de esta medida y revisarla anualmente, o antes si desaparece el motivo de exención.

Interesa subrayar que el Reglamento de Mercados Digitales no permite excluir la obligación de cumplir con los artículos 5 a 7 en virtud de las eficiencias de las conductas de los guardianes de acceso, lo que constituye una diferencia importante con el artículo 102 TFUE. En efecto, al aplicar esta disposición, la Comisión debe tomar en consideración tanto los efectos positivos como los negativos de la práctica analizada. Y no podrá imponer remedio ni sanción alguno, si los primeros superan a los segundos. En cambio, las posibles eficiencias de las conductas de los guardianes de acceso no eximen del cumplimiento de los deberes que comporta su designación⁵⁰.

5.2.2. Concentraciones y técnicas de elaboración de perfiles

El Capítulo III impone dos deberes más a los guardianes de acceso. El artículo 14 les exige informar a la Comisión acerca de todas las concentraciones que deseen llevar a cabo. La finalidad es que las autoridades de la competencia tengan conocimiento de estas operaciones para poder prohibirlas si tienen consecuencias perjudiciales para la competencia y la economía. Y es que las grandes empresas recurren a ellas para conseguir activos claves para el futuro, impedir

50. Podszun, 2023, 8 y Komninos, 2022, 2/8. Portuese (2022, 6 ss./24) se muestra muy crítico con los deberes impuestos por el Reglamento al considerar que desincentivan la innovación y la eficiencia competitiva, violan el principio de proporcionalidad y conculcan derechos fundamentales de los guardianes de acceso. En sentido parecido Díez Estella, 2023, 70.

una nueva tecnología o neutralizar un posible competidor que ponga fin a su reinado. De ahí que la institución europea comparta la información obtenida con las autoridades nacionales, que podrán tomar las medidas oportunas o remitir el control a la primera conforme al art. 22 del Reglamento Comunitario de Concentraciones. Ahora bien, el Reglamento de Mercados Digitales carece de ulteriores previsiones al respecto; es decir, no concede poder alguno a la Comisión en relación con estas operaciones. Solamente podrá intervenir cuando superen los umbrales previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 1 del Reglamento Comunitario de Concentraciones o los organismos competentes de los Estados miembros le remitan el expediente⁵¹.

La obligación de notificación de los guardianes de acceso aparece condicionada por dos parámetros. El primero es que se trate de una concentración. El artículo 3 del Reglamento Comunitario de Concentraciones la define como una toma de control externa con vocación de duración. Aunque se refiere a las fusiones, a la adquisición de acciones, participaciones u otros elementos del activo y a la creación de una empresa en participación, hay que interpretar esa definición en función del resultado de modo que comprenda todas las operaciones por las que una empresa pasa a controlar otra. La segunda condición es que la concentración afecte a los mercados digitales. El artículo 14 se refiere a negocios entre empresas que presten servicios básicos de plataforma, otros servicios en el sector digital, o simplemente permitan la recogida de datos. Ahora bien, no es necesario que la operación tenga dimensión “comunitaria”. Es decir, el deber de comunicarla no aparece condicionado a que supere los umbrales previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Reglamento Comunitario de Concentraciones.

La segunda obligación es el deber de informar a la Comisión sobre las técnicas de elaboración de perfiles de los consumidores que los guardianes de acceso utilicen al prestar servicios básicos de plataforma. El artículo 15 obliga a los últimos a proporcionar una descripción en el plazo de 6 meses de su designación, y además a publicar un resumen. Deberán actualizar tanto la información como el resumen al menos una vez al año. Interesa subrayar que la descripción de las técnicas de elaboración de perfiles deberá haber sido auditada por profesionales independientes. De ahí que el precepto tenga por título “obligación de auditoría”.

6. AUTORIDAD COMPETENTE, PODERES Y SANCIONES

6.1. Competencia para aplicar el Reglamento

Una de las grandes diferencias entre el art. 102 TFUE y el Reglamento de Mercados Digitales reside en la competencia para aplicarlos, pues el primero

51. Caffara (2021) considera que la previsión es insuficiente ya que es precisamente el control de las concentraciones el punto débil de la lucha contra los gigantes tecnológicos.

sigue el modelo descentralizado y el último el centralizado. En efecto, tanto la Comisión Europea como las autoridades nacionales de la competencia, además de los jueces y tribunales de los veintisiete, están legitimados para valorar si una empresa ha abusado de su posición de dominio y, en el caso de las autoridades de la competencia, sancionarla por ello. Es más, cuando conozcan de un caso que caiga dentro del radio de eficacia del artículo 102, los órganos nacionales deberán aplicarlo juntamente con la legislación interna, que podrá ser más exigente (artículo 3 del Reglamento 1/2003). En cambio, no tienen competencia para aplicar el Reglamento de Mercados Digitales. El articulado de éste otorga los poderes de investigación y sanción a la Comisión en exclusiva, dado que las grandes tecnológicas no operan de forma aislada en los Estados miembros, sino que su estrategia es global⁵². Ahora bien, contiene diversas medidas para paliar los riesgos que esta situación entraña.

De un lado, el Reglamento crea dos órganos que asisten a la Comisión. El primero es el Grupo de Alto Nivel, que está compuesto por representantes de reguladores y supervisores sectoriales además de la Red Europea de Competencia. El segundo es el Comité Consultivo sobre Mercados Digitales. De otro lado, los artículos 37 ss. regulan la cooperación de la Comisión con las autoridades nacionales de los Estados miembros en general, y en particular con las encargadas de aplicar las normas de la competencia, así como con los órganos jurisdiccionales⁵³. De ahí que se haya afirmado que la Comisión podrá apoyarse en todas ellas a efectos de investigación⁵⁴.

Los tribunales nacionales de los Estados miembros también pueden aplicar el Reglamento, como hemos visto (*supra* § 2). De ahí que tenga gran importancia el artículo 39, que les permite pedir al Ejecutivo comunitario información sobre cuestiones relativas a la eficacia de la norma. Igualmente, obliga a los Estados miembros a remitirle una copia de las sentencias nacionales que la apliquen. También le habilita a formular observaciones escritas u orales cuando sea necesario para asegurar la coherencia en su aplicación. Por último, prohíbe a los órganos jurisdiccionales nacionales adoptar resoluciones que sean contrarias a una decisión adoptada por la Comisión en este ámbito.

52. Bueso, 2023, 96 s. Respecto de las ventajas y desventajas de la centralización, Larouche y De Stree, 2021, 558; Budzinski y Mendelsohn, 2021, 21. A favor de la centralización, Monti, 2021, 4 s.

53. Interesa destacar que cuando una autoridad nacional desee iniciar un procedimiento contra un guardián de acceso en virtud de su Derecho de la competencia (art. 1.6 del Reglamento de Mercados Digitales), deberá informar por escrito acerca de su primera medida de investigación (art. 38.3). Igualmente, la información intercambiada sólo se utilizará para coordinar la ejecución del Reglamento y de las normas de la competencia nacionales. Quedan excluidas, por tanto, otras normas reglamentarias sectoriales —tanto nacionales como europeas.

54. Ruiz Peris, 2023, 26/37

6.2. Poderes de investigación

El régimen de los procedimientos y de la sanción guarda parecido, aunque el Reglamento de Mercados Digitales es más expeditivo (plazos más breves y posibilidad de sanciones más altas)⁵⁵. Su Capítulo IV faculta a la Comisión para realizar investigaciones de mercado con tres finalidades diferentes. La primera es la designación de guardianes de acceso y sus servicios básicos de plataforma. Ahora bien, no se trata de la designación ordinaria, sino de dos supuestos especiales: la atribución de esa condición cuando la empresa no supera los umbrales previstos en el art. 3.2 pero reúne las características del apartado 1, y su negación pese a superarlos. La segunda investigación está destinada a evaluar si un guardián de acceso ha incumplido sistemáticamente sus deberes (art. 18). Y la tercera a decidir la actualización de los servicios básicos de plataforma enumerados en el art. 2.2 o identificar nuevas prácticas perniciosas a combatir —por ejemplo, añadiendo nuevas obligaciones y prohibiciones en los arts. 5 a 7⁵⁶. Su resultado será una propuesta legislativa que podrá consistir en modificar el Reglamento o adoptar un acto delegado que lo complemente. Por otra parte, el Reglamento contempla tres procedimientos que la Comisión puede incoar para determinar si las medidas propuestas por un guardián de acceso para cumplir sus deberes son adecuados, para sancionar su incumplimiento y para imponer una multa coercitiva para forzar al guardián de acceso a cumplir las obligaciones del artículo 31.1.

Los poderes de investigación son muy similares a los que detenta la Comisión en virtud del Reglamento 1/2003. Por ejemplo, puede exigir a las empresas y asociaciones de empresas que le proporcionen información —incluidos datos y algoritmos—, tomar declaraciones, realizar entrevistas e inspecciones —dentro de las cuales se halla la posibilidad de exigir acceso y explicaciones sobre el funcionamiento del sistema informático y algoritmos—, así como adoptar medidas cautelares para tutelar a los usuarios profesionales y finales en caso de urgencia y cuando considere que *prima facie* la plataforma ha incumplido sus obligaciones. Asimismo, deberá adoptar las medidas necesarias para controlar que los guardianes de acceso realizan sus deberes y convertir en obligatorios los compromisos propuestos para poner fin a un presunto incumplimiento y garantizar el respeto de los arts. 5 a 7 (art. 25 y 26).

La principal diferencia con el Reglamento 1/2003 es la mayor brevedad de los plazos del Reglamento de Mercados Digitales. Resulta significativo el contraste que existe respecto del tiempo para tramitar un procedimiento por incumplimiento. La primera norma no establece ningún término, lo que deriva en expedientes extremadamente largos. Por ejemplo, la Comisión necesitó 77 meses para instruir el caso *Google Search Shopping*, 32 para *Google Search* y 25 para *Google*

55. Respecto de los mecanismos para la aplicación efectiva del Reglamento de Mercados Digitales, Bueso, 2023, 92 ss.

56. Podszun, Bongartz y Langenstein, 2021, 7.

*Android*⁵⁷. En cambio, el art. 29 del Reglamento de Mercados Digitales fija un máximo de 12 meses para determinar el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 5 a 7.

La mayor brevedad de los procedimientos representa, sin duda, un avance importante respecto del régimen del abuso de posición de dominio⁵⁸. Pero conlleva dos riesgos mayúsculos. El primero es que la calidad de los actos jurídicos puede deteriorarse, pues la Guardiania de los Tratados no tendrá mucho tiempo para adoptarlos ni revisarlos. El segundo es que los derechos de defensa de los guardianes de acceso queden lesionados⁵⁹. Es cierto que el Reglamento de los Mercados Digitales reconoce expresamente los derechos a ser oído (art. 34.1 a .3) y de acceso al expediente (art. 34.4). Ahora bien, la referencia a ellos no agota sus poderes de defensa; entre otras razones porque el Reglamento de Mercados Digitales entra dentro del “marco del Derecho comunitario”, con lo que se aplica la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Consecuentemente, los guardianes de acceso tienen los derechos y libertades reconocidos en ella⁶⁰.

De otro lado, el Reglamento de Mercados Digitales exige a los guardianes de acceso que nombren “agentes de cumplimiento” que se encarguen de hacer cumplir a su empresa los deberes que derivan de esa norma y las medidas impuestas por la Comisión. El art. 28 demanda que se trate de “... un alto directivo independiente con responsabilidad específica por lo que respecta a dicha función de comprobación”. No existe una previsión similar en el Reglamento 1/2003, si bien pudiera tener cabida en su artículo 7.

6.3. Remedios y sanciones

Los regímenes sancionadores de los Reglamentos 1/2003 y 2022/1925 también son similares. Cabe recordar que el artículo 7 del primero permite a la Comisión imponer cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea necesario y adecuado para poner fin efectivo a la infracción y que los artículos 23 y 24 establecen las multas sancionadoras y coercitivas. En la práctica, lo más habitual es exigir a la dominante que cese en la conducta infractora, prohibirle que la repita en el futuro e imponerle una multa, cuyo límite es el diez por ciento del volumen de negocios total realizado en el ejercicio anterior (art. 23.2).

El Reglamento de Mercados Digitales dedica a estas cuestiones los artículos 29 a 33. El primero de ellos establece los incumplimientos que pueden ser objeto de sanción y dispone que la Comisión ordenará al guardián de acceso cesar en la infracción y explicar las medidas que adoptará para cumplir esa decisión.

57. Witt, 2023, 629.

58. En sentido contrario Podszun, Bongartz y Langenstein, 2021, 9.

59. Podszun, 2023, 10.

60. Mangas, 2008, 820 y Aguilar, 2018, 980 ss.

El artículo 30 tiene por objeto las multas sancionadoras, que sólo podrán imponerse cuando el incumplimiento sea intencionado o negligente. A imagen del Reglamento 1/2003, fija un límite del diez por ciento del volumen de negocios total a nivel mundial del ejercicio anterior; pero lo eleva al veinte por ciento cuando el guardián de acceso haya cometido la misma infracción u otra similar en relación con el mismo servicio básico de plataforma durante los ocho años anteriores. El apartado 4 establece los elementos que la Comisión deberá tener en cuenta al graduar las multas: gravedad, duración, reiteración y, respecto del último tipo de sanciones, la demora causada al procedimiento. El art. 31 prevé la posibilidad de adoptar multas coercitivas para obligar a los guardianes de acceso, a las empresas y a las asociaciones de empresas a cumplir las obligaciones impuestas. Estas multas no podrán exceder del 5% del promedio diario del volumen de negocios a nivel mundial en el ejercicio anterior. Por último, la Comisión dispone de un plazo de 5 años de prescripción para imponer las sanciones (art. 32). Se cuenta desde el momento en que se cometió la infracción; pero en caso de que sea continua o reiterada, el cómputo empieza en el momento del cese de la infracción. Y el mismo plazo rige para hacer cumplir las sanciones impuestas, empezando el cómputo el día en que la decisión deviene definitiva (art. 33).

El Reglamento de Mercados Digitales establece soluciones específicas para el incumplimiento sistemático de las obligaciones previstas en los artículos 5 a 7. Es decir, cuando se hayan adoptado, al menos, tres decisiones de incumplimiento *ex art.* 29 dentro de los ocho años anteriores a la adopción de la decisión de apertura de esta investigación. El art. 18 permite a la Comisión adoptar medidas correctoras, que podrán ser tanto estructurales como de comportamiento⁶¹. Eso sí, deberán ser proporcionadas y necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de la norma. El apartado 2 del artículo 18 pone como ejemplo la prohibición de tomar parte en concentraciones relacionadas con el sector digital y la Comisión ha aludido a la desinversión de ciertos negocios⁶². Estos remedios no son inmutables; al contrario, deberán ser revisados periódicamente para comprobar si todavía son eficaces y necesarios.

A pesar de las diferencias existentes, lo más probable es que los remedios y sanciones que se impongan conforme al Reglamento de los Mercados Digitales sean los mismos que los que la Comisión adopta en virtud del Reglamento 1/2003. Primero, parece difícil que un mismo órgano instructor y sancionador varíe su política sancionadora al estar aplicando una norma diferente cuando su contenido es parecido a otra. Segundo, el hecho de que el Reglamento de los Mercados Digitales no prevea la posibilidad de adoptar medidas estructurales —salvo en caso de incumplimiento sistemático— no va a suponer cambio algu-

61. Buzinski y Mendelsohn (2021, 10) critican la falta de precisión de los remedios establecidos para el incumplimiento sistemático. Y Larouche y De Streel (2021, 553) que no se haya aprovechado la ocasión para otorgar a la Comisión la posibilidad de adoptar los remedios propios de la regulación en lugar de los típicos del Derecho de la competencia.

62. Comisión Europea, 2020a.

no respecto de su política anterior, puesto que la autoridad europea de la competencia no ha adoptado nunca este tipo de medidas en relación con el art. 102⁶³. Y tercero, tampoco parece que la elevación del límite sancionador del 10% al 20% del volumen de negocios del autor de la infracción vaya a constituir una novedad, pues las multas que acostumbran a imponerse por infringir el artículo 102 TFUE suelen quedarse muy lejos de ese umbral.

7. CONCLUSIONES

1. El Reglamento de Mercados Digitales ha sido creado para conseguir que exista disputabilidad y equidad en el sector digital debido a que el artículo 102 TFUE se ha mostrado insuficiente para luchar contra los abusos de las grandes tecnológicas. Las principales razones han sido la extraordinaria dilación del procedimiento, el aprovechamiento en las oportunidades de defensa que ofrece el Derecho de la Unión y la insuficiencia de los remedios y sanciones aplicados a empresas con tanto poder económico.

2. El ámbito de aplicación del Reglamento de Mercados Digitales es muy reducido pues se ciñe a los servicios básicos de plataforma que prestan los guardianes de acceso a consumidores domiciliados en la Unión. No se espera que muchas empresas reciban la consideración de guardián de acceso, lo que facilitará el trabajo de la Comisión.

3. La designación de los guardianes de acceso es mucho más fácil que la determinación de una posición de dominio. Esencialmente se basa en criterios cuantitativos: la superación de los umbrales previstos en el artículo 3.2 genera la presunción de que la empresa en cuestión cumple los requisitos previstos en el artículo 3.1. Además ella deberá informar a la Comisión de que supera esos umbrales.

4. Otro cambio crucial es sustituir el control represivo por uno preventivo. La Comisión no necesitará demostrar que una determinada práctica es contraria a las exigencias de la competencia en méritos y que sus efectos negativos superan los positivos. Con el nuevo sistema, los guardianes de acceso deberán cumplir las obligaciones y prohibiciones previstas en el Reglamento por el mero hecho de haber sido designados, sin que la prueba de la justificación de su conducta o de sus eficiencias les exonere de responsabilidad.

5. Respecto de los procedimientos, remedios y sanciones, destaca la centralización de la aplicación del Reglamento de Mercados Digitales en la Comisión, la brevedad de los plazos, la posibilidad de doblar las sanciones que se pueden imponer y la ausencia de medidas estructurales, salvo en el caso de los incumplimientos sistemáticos. Con todo, estos aspectos pueden tener un lado oscuro. La centralización del poder puede resultar peligrosa si no conlleva el aumento de recursos de que dispone la Comisión para luchar contra las grandes tecnoló-

63. Comisión Europea, 2020b, párr. 172.

gicas. No obstante, las exigencias que comporta la aplicación del Reglamento de Mercados Digitales parecen mínimas debido a la reducción del ámbito de aplicación, al sistema de designación de los guardianes de acceso y a la sustitución del control *ex post* por uno *ex ante*. La brevedad de los plazos determina que los procedimientos sean más expeditivos; pero comprometerá la rigurosidad en la actuación de la Comisión y el respeto de los derechos de los guardianes de acceso, lo que puede constituir un arma defensiva muy poderosa. La posibilidad de duplicar el montante de las sanciones no parece eficaz puesto que las multas que actualmente impone la Comisión distan mucho de llegar a los máximos posibles. Y en cuanto a la escasa importancia otorgada a los remedios estructurales, resulta lógica si tenemos en cuenta que la propia finalidad del Reglamento, y sobre todo de los deberes previstos en los artículos 5 a 7, es conseguir que exista competencia leal en los mercados digitales.

6. Si bien la valoración global del Reglamento es positiva y debe aplaudirse la valentía de la Comisión de continuar luchando contra los gigantes digitales, existen tres aspectos mejorables. El primero es la ausencia de medidas más contundentes para controlar las concentraciones. El segundo es no haber regulado la aplicación privada del Reglamento de Mercados Digitales. A pesar de que tiene efectos directos, hubiera sido deseable que se hubiera incluido dentro del radio de eficacia de la Directiva de Daños⁶⁴. Y el tercero es el garantismo consustancial al Derecho de la Unión Europea. Aunque su sistema de derechos fundamentales es encomiable, las grandes empresas se aprovechan del mismo para minar la eficacia del Derecho de la competencia y de las normas complementarias. Ninguna duda cabe de que la solución es hartamente compleja, por lo que quizás sea más realista pedir la ampliación de los recursos y activos de que disponen las autoridades de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, A. (2018). La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 973-1011.
- ANDRIYCHUK, O. (2021). Shaping the New Modality of the Digital Markets: The Impact of the DSA/DMA Proposal on Inter-Platform Competition, *World Competition*, 44 (3).
- BAKER, J.B. (2019). *Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*. Harvard University Press.

64. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

- BARCZENTEWICZ, M. (2024). *Does the DMA Let Gatekeepers Protect Data Privacy and Security?*. Disponible en <https://truthonthemarket.com/2024/04/04/does-the-dma-let-gatekeepers-protect-data-privacy-and-security/>.
- BEEMS, B. (2023). The DMA in broader regulatory landscape of the EU: an institutional perspective. *European Competition Journal*, 19(1), 1-29. <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2129766>.
- BOTTA, M. (2021). Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12 (7), 500-512.
- BUDZINSKI, O. y MENDELSON, J. (2021). Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?. *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 27 (154), 36 páginas. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3938167>.
- BUESO GUILLÉN, P.J. (2023). Mecanismos de aplicación del Reglamento de Mercados Digitales, su aplicación privada y responsabilidad civil de los guardianes de acceso: una primera aproximación. En E. Hernández Sainz, L.C Mate Satué y M.T. Alonso Pérez (dir.). *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales* (81-110). A Coruña: Colex.
- CABRAL, L.; HAUCAP, J.; PARKER, G.; PETROPOULOS, G.; VALLETTI, T y VAN ALSTYNE, M (2021). *The EU Digital Markets Act: A Report form a Panel of Economic Experts*. Publications Office of the European Union.
- CAFFARRA, C. (2021). *What are we regulating for?*. Disponible en <https://cepr.org/voxeu/blogs-and-reviews/what-are-we-regulating>.
- CAPPAL, M. y Colangelo, G. (2023). A unified test for the European *ne bis in idem* principle: the case study of digital market regulation, *Common Market Law Review*, 60(2), 431-455.
- Comisión Europea (2020a). *Europe fit for the Digital Age: Commission proposes new rules for digital platforms*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2347.
- Comisión Europea (2020b). *DMA Impact Assessment Report. Part 1/2*. SWD(2020) 363 final
- Competition and Markets Authority (2020). *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce*.
- CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.-A y SCHWEITZER, H. (2019). *Competition policy for the digital era*. European Commission, Directorate-General for Competition.
- DE STREEL, A., FEASEY, R., KRAEMER, J., MONTI, G. (2021). Making the Digital Markets Act More Resilient and Effective. *CERRE Recommendations Paper*. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3853991>.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2021). El abuso de dominio por las plataformas digitales: Google en el banquillo. En J. Martí (dir.). *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*. Tirant lo Blanch.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2023). La DMA: ¿un nuevo Reglamento para —o contra— los mercados digitales en la UE?. En E. Hernández Sainz, L.C Mate Satué y

- M.T. Alonso Pérez (dir.). *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales* (51-79). A Coruña: Colex.
- EBEN, M. (2024). The New Market Definition Notice: Embracing Change. Disponible en <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/02/28/the-new-market-definition-notice-embracing-change/>.
- EZRACHI, A. (2014). *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases* (4 ed.). Oxford y Portland: Hart Publishing.
- EZRACHI A y ROBERTSON, V (2019). Competition, Market Power and Third-Party Tracking. *World Competition*, 42(2).
- Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (2019). *A new competition framework for the digital economy. Report by the Commission 'Competition Law 4.0'*
- FRANCK, J. U. y Peitz, M. (2024). *The Digital Markets Act and the Whack-A-Mole Challenge*. *Common Market Law Review*, 61, 299-344.
- FURMAN, J. (2019). *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*.
- GERADIN, D. (2021). What is a Digital Gatekeeper? Which Platforms Should Be Captured by the EC Proposal for a Digital Market Act?. SSRN. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3788152>. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3788152>.
- GÓRRIZ, C. (2024). Interpretació jurisprudencial del *ne bis in idem* i eficàcia del Dret de la competència europeu. *Revista Catalana de Dret Públic*, en prensa.
- HEIMANN, F. (2022). *The Digital Markets Act – We gonna catch ‘em all?*. Disponible en <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/06/13/the-digital-markets-act-we-gonna-catch-em-all/>.
- HERRERO, C. (2021). Gigantismo empresarial en los mercados digitales. ¿Una vuelta a los orígenes y ... nuevos desafíos. *Revista de Estudios Europeos*, 78.
- IBÁÑEZ COLOMO, P. (2021). The Draft Digital Markets Act: A legal and Institutional Analysis. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(7), 561-575.
- KERBER, W. (2021). Taming Tech Giants with a Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act from the ‘Rules vs. Standard’ Perspective (June 7, 2021). *Concurrences*, 3, 28-34.
- KHAN, L. (2017). Amazon’s Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 126
- KOMNINOS, A. (2022). The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law?. SSRN. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4136146>.
- LAMADRID DE PABLO, A. y BAYÓN FERNÁNDEZ, N. (2021). *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and how to fix it*. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(7), 576-589. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab059>.
- LAROCHE, P. y DE STREEL, A. (2021). The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions. *Journal of European Competition Law & Practice* 12(7), 542-560.

- MANGAS, A. (2008). Artículo 51. Ámbito de aplicación. En A. Mangas (dir.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (809-825). Bilbao: Fundación BBVA.
- MASSA, C. (2022). The Digital Markets Act between the EU Economic Constitutionalism and the EU Competition Policy. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 15, 103-130. <https://doi.org/10.7172/1689-9024.YARS.2022.15.26.5>.
- MCCALLUM, L., BERNAERTS, I., KADAR, M., HOLZWARTH, J., KOVO, D., LAGRUE, M., PEREIRA ALVES, I., LEDUC, E., MANIGRASSI, L., MARCOS RAMOS, J., POZZATO, V., STAMOU, P. (2023). A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance. *Competition Policy Brief*, 1.
- MONTI, G. (2008). Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law. *The Competition Law Review*, 4(2), 123-145.
- MONTI, G. (2021). *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestion for Improvement*. TILEC Discussion paper No. 2021-04. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3797730>.
- O'DONOGHUE, R., PADILLA, J. (2020). *The law and economics of article 102 TFEU* (3ª ed.). Bloomsbury Publishing.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2006). *What is Competition on the Merits?*. Disponible en <https://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf>.
- PETTIT, N. (2021). The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review. SSRN <https://ssrn.com/abstract=3843497>.
- PODSZUN, R., BONGARTZ, P., LANGENSTEIN, S. (2021). Proposals on How to Improve the Digital Markets Act. SSRN. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3788571>. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3788571>.
- PODSZUN, R. (2023). *From competition law to Platform Regulation – Regulatory choices for the digital markets act*. *Economics*, 17(1). doi:10.1515/econ-2022-0037.
- PORTUESE, A. (2022). The Digital Markets Act: A Triumph of Regulation Over Innovation. *Information Technology & Innovation foundation*. <https://itif.org/publications/2022/08/24/digital-markets-act-a-triumph-of-regulation-over-innovation/>.
- RAEDTS, E. (2023). *Guidelines vs Guidance: exclusionary abuse Guidelines due by 2025*. Disponible en <https://www.stibbe.com/publications-and-insights/guidelines-vs-guidance-exclusionary-abuse-guidelines-due-by-2025>.
- RIBERA MARTÍNEZ, A. (2023). An inverse analysis of the digital markets act: applying the Ne bis in idem principle to enforcement. *European Competition Journal*, 19(1), 86-115. <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.215672>.
- RUIZ PERIS, J. I. (2023). El Reglamento de mercados digitales (Reglamento (UE) 2022/1925) y la acción de las Autoridades nacionales de competencia (ANCs) de los Estados miembros. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 33, 37 páginas.

- SCHWEITZER, H (2021). The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Market Act Proposal. *SSRN*. <https://ssrn.com/abstract=3837341>.
- Stigler Center for the Study of the Economy and the State (2019). *Stigler Committee on Digital Platforms. Final Report*.
- TIROLE, J (2018). *La economía del bien común*. Debolsillo.
- VAN DE GRONDEN, J., Rusu, C. (2021). *Competition Law in the EU. Principles, substance, enforcement*. Cheltenham y Northampton: Elgar.
- VAN DEN BOOM, J. (2023). What does the Digital Markets Act harmonize? – Exploring interactions between the DMA and national competition laws. *European Competition Journal*, 19(1), 57-85.
- VILÀ COSTA, B. (2022). The new Digital Markets Act and Services Market Act and its Relevance on EU Legal Harmonization: A Methodological, Holistic Introductory Approach. *Evrigenis Yearbook of International and European Law (EvrYIEL)*, 4, 209-219.
- WITT, A. (2023). The Digital Markets Act – Regulating the Wild West. *Common Market Law Review*, 60, 625-666.
- WU, T. (2018). *The curse of bigness: Antitrust in the new gilded age*. Columbia Global Reports, New York.