



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El acceso a los datos en los
mercados digitales:

Derecho antitrust y Ley de
Mercados Digitales

Presentado por:

Francisco José Izquierdo Blanco

Tutelado por:

Carmen Herrero Suárez

Valladolid, 25 de septiembre de 2023

RESUMEN

En este trabajo se hará un estudio del derecho de la competencia en relación con los mercados digitales, con un enfoque en el derecho de acceso a los datos. Debido a su gran relevancia, iniciará con un estudio del derecho de acceso a los datos. Posteriormente se analizarán antecedentes y el contexto en el que se desarrolló la Ley de Mercados Digitales. Continuará con un análisis de la legislación en cuanto a sus aspectos más importantes, ámbito de aplicación, objetivos y contenido. Y, por último, se hará un análisis del contenido del derecho de acceso a los datos dentro de esta ley.

PALABRAS CLAVE

Ley de mercados digitales, economía digital, guardián de acceso, derecho de acceso, Derecho de la Competencia.

ABSTRACT

This paper will study competition law in relation to digital markets, with a focus on the right of access to data. Due to its great relevance, it will begin with a study of the right of access to data. Subsequently, the background and context in which the Digital Markets Law was developed will be analyzed. It will continue with an analysis of the legislation in terms of its most important aspects, scope, objectives and content. And, finally, an analysis of the content of the right of access to data within this law will be made.

KEY WORDS

Digital Markets Act, digital economy, gatekeeper, access right, competition law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. EL ACCESO A LOS DATOS	5
2.1. Concepto de protección de datos personales y su relación con el derecho al respeto de la vida privada. Principios generales.....	5
2.1.1. Concepto	5
2.1.2. Principios	7
2.2. Concepto y principios del derecho de acceso a los datos.....	8
2.2.1. Concepto	9
El derecho de acceso a los datos se desglosa en dos, principalmente:	10
2.2.2. Requisitos	11
2.2.3. Límites	11
3. EL MERCADO DIGITAL: ANTECEDENTES Y USO DE LOS DATOS PREVIOS A LA LEY DE MERCADOS DIGITALES	12
3.1. La economía digital	12
3.1.1. Plataformas ecosistemas y mercados de doble cara	14
3.1.2. Barreras de entrada.....	18
3.1.3. Big Data	21
3.1.4. La competencia en los mercados digitales.....	24
3.2. Antecedentes de abuso de posición de dominio	26
3.2.1. Aplicación del artículo 102 TFUE en los mercados digitales	26
3.2.2. Control de concentraciones de empresas.....	39
4. LA LEY DE MERCADOS DIGITALES (DIGITAL MARKET ACT, DMA) COMO SOLUCIÓN A LOS RIESGOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL.....	42
4.1. Marco jurídico previo	44
4.1.1. Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual	44
4.1.2. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas	45
4.1.3. Ley de Protección al Consumidor	46
4.2. Aprobación	47
4.3. Análisis DMA.....	48
4.3.1. Naturaleza Jurídica	48
4.3.2. Ámbito de aplicación.....	50
4.3.3. Objetivos.....	54
4.3.4. Contenido	58
4.4. El acceso a los datos en la DMA	64
4.4.1. Relación del derecho de acceso a los datos entre la DMA y el RGPD.....	66
4.4.2. Posibles consecuencias del derecho de acceso	66
5. CONCLUSIONES.....	68
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1. INTRODUCCIÓN

En la era de la información y la digitalización, los mercados digitales se han convertido en un recurso crítico que impulsa la innovación, el crecimiento económico y la competitividad en un mundo cada vez más interconectado. Los mercados digitales han emergido como espacios donde empresas, grandes o pequeñas, buscan cuotas de mercado y satisfacer las demandas de los consumidores. En este contexto el acceso a los datos se ha convertido en un activo estratégico de valor incalculable

La Digital Markets Act (DMA), propuesta por la Unión Europea como respuesta de la insuficiencia del derecho de la competencia para regular las grandes plataformas digitales, representa un intento significativo de abordar preocupaciones relacionadas con la competencia y el poder de mercado de las empresas tecnológicas. Uno de los aspectos más destacados de la DMA es su enfoque en garantizar un mercado justo y equitativo.

Este Trabajo de Fin de Grado se propone explorar y analizar en profundidad el Derecho de la competencia en los mercados digitales. Para ello, se verán antecedentes y cómo el derecho de la competencia no solucionaba del todo los problemas que se planteaban, y, en parte debido a esta insuficiencia surge la DMA. Se examinará su alcance, implicaciones legales, así como los desafíos que plantea tanto para las empresas tecnológicas como para los legisladores. A lo largo del trabajo, se expondrá cómo la DMA busca equilibrar la competencia y la innovación con la protección de datos y la privacidad, y cómo este equilibrio puede afectar a las dinámicas del mercado digital.

En última instancia, este estudio tiene como objetivo contribuir a una comprensión más profunda de los desafíos y oportunidades que presenta el derecho de acceso a los datos en el marco de la DMA, en un momento en el que la regulación de las empresas tecnológicas desempeña un papel crucial en la configuración del futuro digital de la sociedad.

2. EL ACCESO A LOS DATOS

2.1. Concepto de protección de datos personales y su relación con el derecho al respeto de la vida privada. Principios generales

2.1.1. Concepto

El derecho de acceso a los datos es un derecho ligado a la protección de datos personales y la transparencia de la información. Y por ello, analizar el derecho de protección de datos personales es necesario para comprender el derecho de acceso.

Para poder conceptualizar el derecho de protección de datos, es preciso señalar qué tipo de derecho es, ya que este determinará su alcance y su nivel de protección. De acuerdo con el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los cuales utilizan una expresión idéntica, *“Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.”*

Por lo que el derecho de protección de datos personales es un es un derecho fundamental, y su contenido vincula a todos los poderes públicos y su reconocimiento se establece en normas de supremacía material.¹ Entendiendo la supremacía material como el reconocimiento de carácter normativo por encima de las leyes y el resto de las normas del ordenamiento jurídico.²

También, conforme al artículo 8 de Convenio Europeo de los Derechos Humanos (en adelante CEDH), se liga el derecho de protección de una persona respecto al tratamiento de los datos personales de tal forma que se incluye en el derecho al respeto de la vida privada. Aunque es cierto que ambos derechos están relacionados, son derechos distintos. El derecho a la privacidad es un derecho que comienza con anterioridad al derecho de protección de datos personales, ya que el derecho de protección de datos personales tiene origen en el desarrollo

1 VELASCO NÁJERA, M.M: “Los derechos fundamentales y las normas de protección de datos personales.”, en repositorio UNICAN (MAGDALENO ALEGRÍA, ANTONIO) en la Universidad de Cantabria, 2017, pp. 18 y ss.

2 DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO: Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/supremacia-de-la-constitucion>

tecnológico, prueba de ello es que el derecho a la privacidad surge en 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos y posteriormente se reconoce también en el CEDH en 1950. En cambio, la protección de datos aparece después en Europa en la década de 1970, en la cual los ordenadores comenzaron a ser más accesibles a la población, en esta incorporación de este nuevo derecho, la Unión Europea no incluía el derecho a la protección de datos como un derecho subyacente del derecho a la privacidad a pesar de su estrecha relación.³

Ambos derechos tienen la finalidad de proteger la autonomía y la dignidad de las personas, dando una esfera en la que puedan desarrollar su personalidad, por lo que son básicos para el correcto desarrollo de libertades como la libertad de reunión, de expresión y religiosa entre otras.

Sin embargo, el derecho a la privacidad es de una prohibición a la injerencia, pero la protección de datos establece un sistema con mecanismos de control para proteger el tratamiento de datos personales, es decir, cualquier operación que se realice sobre los datos personales, incluyendo recopilación, almacenamiento, uso, divulgación y eliminación de los datos.

El derecho a la protección de datos es más amplio que el derecho a la privacidad, ya que entra en juego siempre que se traten datos personales. El tratamiento de datos personales puede violar la privacidad de una persona. Pero, no es preciso demostrar una violación de la privacidad para aplicar las normas de protección de datos. Ya que, para eso, se tiene que lesionar un interés particular o la privacidad de la persona. Por el contrario, la protección de datos entra siempre y cuando haya un tratamiento de estos, independientemente si se ha vulnerado la privacidad de las personas.

Por lo que un posible concepto del derecho de protección de datos teniendo en cuenta lo anterior podría ser el siguiente: El derecho de protección de datos es un derecho fundamental, que entra en juego en cualquier tipo de tratamiento de datos personales o no personales, con el objetivo de proteger los intereses y

³ AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: "Manual de legislación europea en materia de protección de datos", disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_es.pdf

controlar el tratamiento de esos datos, a través del acceso, recopilación, uso, almacenamiento, divulgación, eliminación de estos mismos.

El derecho de acceso a los datos es un derecho fundamental que reconoce a toda persona el derecho a solicitar y obtener información sobre la existencia, inexistencia o estado sobre los datos que se encuentran almacenados en bases de datos, registros de entidades públicas o privadas o archivos.

2.1.2. Principios⁴

Todas las leyes que fueron sucediéndose a lo largo de la década de 1970 en Europa en relación con la protección de datos iban siguiendo una serie de principios cada vez más aceptados generalmente, estos principios tenían parecidos con respecto a los que se recogían en el “*Fair Information Practices*” que se estaba redactando al mismo tiempo sobre la misma cuestión en Estados Unidos. Estos principios derivan de resoluciones del Consejo de Europa como son la Resolución de 1973 (73)22⁵ y la Resolución de 1974 (74)29⁶, además de las Directrices de 1980 por parte de la Organización para la cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE) y de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante AGNU)⁷. Estos principios que deben aplicarse conjuntamente son:

- Principio de limitación de la recogida de datos: la recogida de datos tiene un límite, y esta debe ser llevada a cabo por medios legales, para fines legales y con el conocimiento y consentimiento del interesado.
- Principio de calidad de los datos: los datos recogidos tienen que ser precisos, completos, actualizados y adecuados a los fines para los que se han recogido.
- Principio de finalidad: los fines con los que se recogen estos datos deben

⁴ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Manual del delegado de Protección de Datos.”, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/el-manual-del-dpd-korffgeorges-esp.pdf>

⁵ COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS RESOLUTION (73) 22, de 26 de Septiembre de 1973

⁶ COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS RESOLUTION (74) 29, de 20 de Septiembre de 1974

⁷ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Manual del delegado de Protección de Datos.”, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/el-manual-del-dpd-korffgeorges-esp.pdf>

ser informados en el momento de su recogida, y su uso está limitado a la consecución de esos fines que han informado al recoger los datos.

- Principio de la limitación de uso: los datos no deben compartirse, publicarse para fines distintos a los que se dio consentimiento a su recogida excepto si hay consentimiento del sujeto titular de los datos o por imperativo legal.
- Principio de salvaguarda de la seguridad: los datos deben estar protegidos por medios razonables contra riesgos de pérdida, acceso no autorizado, modificación o divulgación de datos.
- Principio de apertura: tienen que existir medios para mostrar la existencia de esos datos, los propósitos de su uso, y la identidad y localización del controlador de datos.
- Principio de participación individual: el sujeto titular de los datos tiene derecho a:
 - Obtener información si el responsable de los datos tiene datos sobre él o no.
 - Ser informado de qué datos tienen de él.
 - Cuestionar los datos recogidos sobre el sujeto mediante impugnación, si tiene éxito, tiene derecho a borrar, modificar, corregir o completar los datos
- Principio de responsabilidad: el responsable de datos debe cumplir con todos estos principios anteriores y es responsable de tomar medidas que hagan cumplir con estos principios.⁸

2.2. Concepto y principios del derecho de acceso a los datos

⁸AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Manual del delegado de Protección de Datos.”, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/el-manual-del-dpd-korffgeorges-esp.pdf>

2.2.1. Concepto

Existen distintas conceptualizaciones sobre el derecho de acceso a los datos. El RGPD lo define como “el derecho que tienen los ciudadanos a que los responsables del tratamiento de datos le informen si están tratando información personal que le concierne y, en caso de respuesta afirmativa, cuáles son esos datos y de qué manera se están tratando.”⁹ Sin embargo, esta definición puede resultar limitada con respecto a la amplitud que abarca el acceso a los datos.

Otra definición muy similar es la proporcionada por la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), la cual lo define como “el derecho a dirigirte al responsable del para conocer si se están tratando o no tus datos de carácter personal, y en su caso, obtener la información respecto a estos.”¹⁰ Esta definición es prácticamente idéntica a la que da el RGPD.

El derecho de acceso es un derecho personalísimo, lo que significa que no se puede transmitir a terceros. Este derecho forma parte de los denominados ARSULIPO, tomando las siglas de cada uno de sus derechos:¹¹

- Derecho de **A**cceso.
- Derecho de **R**ectificación.
- Derecho de **S**upresión.
- Derecho a la **L**imitación del tratamiento.
- Derecho de **P**ortabilidad.
- Derecho de **O**posición.

Anteriormente estos derechos eran conocido como los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Sin embargo, con la inclusión de los derechos de supresión y portabilidad que incorporó el RGPD y posteriormente se incluyó también en la LOPDGDD, estos derechos se incluyen para permitir a las personas físicas ejercer un mayor control sobre sus datos personales. Tanto el RGPD como la LOPDGDD indican que deben ejercerse estos métodos mediante

⁹ REGLAMENTO (UE) 2016/ 679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO - de 27 de abril de 2016 - relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/ CE : Reglamento general de protección de datos.

¹⁰ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Derecho de acceso.” Disponible en <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/conoce-tus-derechos/derecho-de-acceso>

¹¹ GRUPO 34: DERECHOS ARCO, ¿qué son y cómo ejercerlos? . Disponible en <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/derechos-arco-que-son/>

medios sencillos, gratuitos, sujetos a plazos facilitados por el responsable de datos.

El derecho de acceso está contemplado en el artículo 13 LOPDGDD y el artículo 15 RGPD. El artículo 13.1 LOPDGDD comienza haciendo referencia al artículo 15 del RGPD, el cual en su primer apartado indica aquello a lo que el usuario tiene acceso:¹²

- Finalidad del tratamiento: propósitos por los que se recogen esos datos personales.
- Categorías de los datos personales: que pueden ser sensibles, no sensibles o pertenecer a categorías especiales de datos.
- Destinatarios de la información: encargados del tratamiento y aquellos quienes pueden tener acceso.
- Cesión de datos a terceros: si los datos van a ser transferidos a alguien distinto a quien lo obtuvo.
- Plazo de conservación de los datos: el tiempo que esos datos permanecerán en los ficheros del destinatario, y los criterios establecidos para designar dicho plazo.
- Origen de la información: en caso de que no se haya obtenido por el interesado de manera directa.
- Existencia de decisiones automatizadas: informar sobre la creación de perfiles y las consecuencias que pueden tener para el sujeto.

2.2.1.1. Derecho de acceso a los datos personales y derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso a los datos se desglosa en dos, principalmente:

- Por un lado, está el derecho de acceso a los datos personales, que es el derecho de toda persona a obtener información sobre el tratamiento de sus datos personales. Se encuentra regulado tanto en el RGPD como en la

¹² REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO - de 27 de abril de 2016 - relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE Reglamento general de protección de datos

LOPDGDD.

- Por el otro lado, se encuentra el derecho de acceso a la información pública, que se trata del derecho que tiene toda persona a acceder a la información pública que considere de su interés. A diferencia del acceso a los datos personales, que se encuentran regulados en el RGPD y LOPDGDD, este derecho está previsto específicamente en el artículo 13 la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.¹³

2.2.2. Requisitos

No se establecen requisitos especiales, más allá de ser el sujeto titular de los datos recopilados y en tratamiento, y que, además, se haya solicitado al responsable del tratamiento la información de dichos datos. Por lo tanto, una vez solicitada la información, el responsable del tratamiento no puede negarse a proporcionarla. Sin embargo, en caso de que la información sea muy voluminosa y difícil de gestionar, puede solicitar al sujeto titular que especifique aquellos datos de los que desea tener conocimiento.

La solicitud de la información de los datos se puede hacer en formato electrónico o físico, y, según el artículo 15.3 el responsable de los datos deberá otorgar los datos en el mismo formato en el que recibió la solicitud, salvo que la propia solicitud especifique que se dé en otro formato distinto. Este artículo 15.3 también permite al titular solicitar una copia de los datos que se están tratando en el formato que él desee.¹⁴

2.2.3. Límites

A pesar de que el derecho de acceso se integra como un derecho fundamental dentro del derecho a la protección de datos, y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) establece que es ejercible en cualquier momento y contra cualquier entidad, este derecho cuenta con ciertos límites y excepciones que, en caso de ser ejercidos, podrían suponer un perjuicio relativo al derecho de acceso

¹³ STEINMEYER ESPINOSA, A: “¿Permite el derecho de acceso a la información pública, el acceso a los datos personales?”, En *Serie Bibliotecología y Gestión de Información*, Núm 70, 2013.

¹⁴ AEPD: “Derecho de acceso.” Disponible en <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/conoce-tus-derechos/derecho-de-acceso>

a la información pública. Estos límites afectan al derecho de acceso a la información pública y se encuentran regulados en el artículo 14 de la Ley 19/2013:¹⁵

- Seguridad y defensa del Estado y seguridad pública.
- Prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de acciones penales.
- Ejecución de sanciones penales, incluyendo la prevención contra la seguridad pública.
- Interés general de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembros.
- Procedimientos judiciales y salvaguarda de la independencia de la jurisprudencia.
- Prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones relacionadas con normas deontológicas o del ejercicio profesional.
- Supervisión y control del ejercicio de la autoridad.
- Protección de derechos y libertades de otras personas.
- Ejecución de demandas civiles.
- Se considerará como repetitiva y desmedida cuando el derecho de acceso se solicita más de una vez en un plazo de seis meses.

3. EL MERCADO DIGITAL: ANTECEDENTES Y USO DE LOS DATOS PREVIOS A LA LEY DE MERCADOS DIGITALES

3.1. La economía digital

La sociedad de la información en la que nos encontramos abarca desde la

¹⁵Gobierno de España: “Límites del derecho de acceso.” Disponible https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/ResolucionesDenegatorias/CausasDenegacion.html

aparición de los primeros ordenadores personales en la década de los 80, que se hicieron más accesibles para las personas debido a sus programas simplificados, hasta la actualidad. En la actualidad, gracias a internet y a los servicios que ofrecen los dispositivos móviles (llamadas, GPS, relojes, acceso a internet, métodos de pago), tenemos toda la información disponible. Es innegable que todo está cada vez más digitalizado, y la actividad económica no es una excepción.¹⁶

Esta digitalización ayuda a fomentar la competencia, a crear beneficios adicionales para los consumidores y a impulsar la innovación. Sin embargo, al mismo tiempo, plantea desafíos significativos para las normas del mercado, especialmente en lo que respecta al poder de mercado y la alta concentración, lo que convierte este modelo de negocio en algo ambiguo desde una perspectiva de política de competencia.¹⁷

Las plataformas funcionan como infraestructuras que brindan servicios a grupos de usuarios que interactúan entre sí a través de ellas¹⁸. Las redes sociales, por ejemplo, actúan como intermediarios del usuario del mismo tipo también llamadas *one-sided*. Frente a las conocidas como mercados de doble cara o *two or multi-sided*, que reúnen a diferentes grupos de usuarios, donde unos ofrecen contenido en línea y otros lo buscan, como por ejemplo las plataformas de ventas.

En este sentido, las demandas de ambos están interconectadas a través de la función de intermediación de la plataforma, que ofrece numerosas oportunidades a los fabricantes y proveedores de servicios para promover sus negocios. El éxito de la plataforma puede atribuirse a efectos que se retroalimentan y multiplican entre sí. La plataforma necesita atraer un número significativo de usuarios regulares, ya sean consumidores, proveedores de contenido o fabricantes. A medida que se ganan más usuarios de un lado, se ganarán más del otro, creando así efectos de red indirectos y economías de escala que no se observan en los mercados tradicionales de un solo lado, donde proveedores y demandantes tienen

¹⁶ TAMAYO VELASCO, B.J: *Los retos de la economía digital y la propuesta de <<Ley de mercados digitales>> de la Unión Europea*, Editorial Comares S.L., Granada, 2021,

¹⁷ ALTZELAI ULIONDO, M.I: "Mercados digitales: nuevos instrumentos. Frente al poder de mercado (1).", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Núm 26, 2020.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA: "Consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy", disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/consultations/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud-computing>

una relación directa.¹⁹

La economía digital ha transformado la gran mayoría de sectores. Aunque la economía digital ofrece beneficios, como el acceso a una variedad de productos e información, también plantea riesgos, como la privacidad y la explotación de datos. Las plataformas dominantes en la economía digital, como Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft, ejercen un alto nivel de concentración y presentan barreras de entrada significativas. Estos mercados se caracterizan por estructuras de precios no neutrales y modelos de negocio de dos o múltiples lados, donde los intermediarios actúan como guardianes o "gatekeepers". La economía digital es una fuente de crecimiento económico, eficiencia e innovación, pero también requiere una consideración cuidadosa de sus riesgos y desafíos.²⁰

Áreas especialmente expuestas son la privacidad y la protección de datos personales, que se ven afectadas por la masiva explotación de este tipo de datos. Esto puede llevar a la ejecución de medidas discriminatorias, ya que el tratamiento automático de datos mediante algoritmos que utilizan estos datos puede influir en aspectos clave de nuestro día a día, como, por ejemplo, solicitar una hipoteca, obtener una póliza de seguro o acceder a un crédito bancario. Otros riesgos de esta digitalización incluyen la proliferación de estafas, prácticas desleales, violación de derechos de propiedad intelectual e industrial, y la amenaza de los hackers, quienes ponen en peligro la seguridad de los datos en manos de empresas y personas. Otra área especialmente alarmante es el peligro para el mantenimiento de las instituciones democráticas, las libertades políticas y económicas, así como la libertad de prensa, al facilitar la propagación de noticias falsas o no contrastadas.

3.1.1. Plataformas ecosistemas y mercados de doble cara

Los mercados de doble cara o *two o multi-sided markets* son una característica destacada de la economía digital. Se refieren a aquellos en los que una plataforma o intermediario conecta a dos más grupos de usuarios que interactúan entre sí, generando valor a través de la facilitación de transacciones o

¹⁹RODRIGUÍGUEZ MARÍN, S; "El poder de mercado de las plataformas colaborativas." en MUÑOZ GARCÍA, A. Y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, F.: (coords) *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Wolters Kluwer, Madrid 2018, pp.103-116.

²⁰ TAMAYO VELASCO, B.J, cit, pp. 3-8.

intercambios.²¹

En estos mercados, al menos dos lados distintos dependen mutuamente para alcanzar un equilibrio, teniendo cada uno su propia demanda y oferta específica. Un ejemplo de esto sería un motor de búsqueda como Google, en el que por un lado se encuentran los usuarios que buscan información (demanda), mientras que por el otro lado están los anunciantes que muestran sus anuncios relevantes para los usuarios (oferta). La plataforma actúa como intermediario, reuniendo a ambos grupos y facilitando la interacción entre ellos. Esto provoca que el crecimiento de un lado impulse el crecimiento del otro lado, lo que se conoce como efecto de red indirecta.

Además, los mercados de doble cara muestran economías de escala, lo que significa que, a medida que la plataforma atrae a más usuarios de ambos lados, los costos promedio por usuario tienden a disminuir, lo que beneficia a la plataforma y puede aumentar su ventaja competitiva.

Sin embargo, estos mercados presentan desafíos, como la gestión y el equilibrio de los dos lados del mercado. La plataforma debe atraer y retener a usuarios en ambos lados para generar valor, lo que implica la necesidad de estrategias efectivas de adquisición y retención. Otro desafío es la fijación de precios y tarifas, ya que se debe considerar el valor que aporta a ambos lados del mercado y garantizar una asignación equitativa de los costos y beneficios.

A estos intermediarios se les ha considerado como guardianes de acceso o gatekeepers, ya que es a través de ellos que cada uno de los lados accede al otro. Para considerar la existencia de estos guardianes de acceso en el contexto de los mercados de doble cara, deben cumplirse tres requisitos:²²

- Dos demandas distintas, pero dependientes entre sí.
- Efectos de red indirectos, el valor obtenido por cada uno de los lados

²¹ RODRÍGUEZ RODRIGO, J: “Los datos en los mercados de doble cara.” en OLMEDO PERALTA, E., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (coords): *Estudios de red académica de defensa de la competencia (RADDC)*, ed. Aranzadi, Madrid, 2022.

²² EVANS, D.: “The Antitrust Economics of Two-sided Markets.” Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022

incrementará la del otro lado.

- Intervención de una empresa intermediaria (*gatekeeper*) como contacto ente ambos lados.

Como consecuencia de los efectos de red indirectos, las intermediarias tienen el poder de adoptar estrategias sobre los precios subsidiando al lado más afectado por el precio, y cargando con los costes al que más valora el tamaño de la vertiente opuesta. Las plataformas escogen una estructura de precios no neutra para maximizar beneficios, en función de la elasticidad de cada uno de los lados de la demanda.²³ Esta no neutralidad ha sido identificada por la OCD como una característica que define estos mercados.²⁴

Existen tres categorías dentro de los mercados de doble cara:²⁵

- Negocios basados en publicidad personalizada, también conocidos como “mercados de atención”, en los que el consumidor paga a través de su atención y sus datos.²⁶ Ejemplos pueden ser *Google Search* en los buscadores de internet, o *Facebook* en las redes sociales. La ausencia de pago monetaria plantea dificultades a las autoridades de la competencia para investigarlos.
- Servicios de *matching*,²⁷ que simplemente realizan una intermediación entre vendedores y clientes. Ejemplos pueden ser *Booking* o *Amazon Marketplace*.
- Los sistemas operativos, tiendas de aplicaciones y servicios de computación en la Nube. Ejemplos de estos son los servicios de *Apple*, con su respectivo sistema operativo *IOS* y su tienda *App Store*, *Google* con sus equivalentes

²³ PETIT, N: “Big tech & the Digital Economy: The Moligopoly Scenario”. *Oxford University Press*, Oxford, 2020 pp. 193-194.

²⁴ OECD: Two-sided markets. DAF/COMP(2009) 20, p.11.

²⁵ CAFFARRA, C. Y SCOTT MORTON, F.: “The European Commission Digital Markets Act: A translation”. VOX, CEPR Policy Portal. Disponible en <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>.

²⁶ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST: “Investigation of Competition in Digital Markets.” Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

²⁷ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F.: “The European Commission Digital Markets Act: A translation”, Disponible en <https://cepr.org/voxeu/columns/european-commission-digital-markets-act-translation>

Android y su tienda *Google Play Store* y *Microsoft*, con sus equivalentes *Microsoft Windows* o *Microsoft Azure*. Los ingresos de estas plataformas vienen de las licencias de los sistemas operativos a fabricantes de dispositivos, comisiones cobradas a los desarrolladores de aplicaciones.

El poder de estas plataformas ha llegado a tal punto que conducen las interacciones entre demandantes y oferentes, incluso pueden anticipar las demandas de los consumidores.

Cada una de estas plataformas crea su propio ecosistema de servicios, como hace Google incluyendo *Android*, *Chrome*, *Gmail*, *Google Drive*, *Google Maps*, *Google Photos*, *Google Play Store* y *YouTube*.²⁸ Los consumidores tienden a creer que cada compañía que sigue estas características sólo ofrece un servicio, lo que Nicolas Petit llamó como “ilusión de producto único”,²⁹ cuando lo cierto es que operan en sectores completamente distintos. Algunos autores llaman a este suceso de proliferación de firmas que ofrecen gran cantidad de productos de distinta naturaleza como el “resurgimiento del conglomeralismo”.³⁰ Autores como Crémer, Montjoye y Schweitzer explican en su informe para la UE³¹ que cada ecosistema ofrece una gran variedad de productos que se interconectan entre sí a través de APIs privilegiadas, entendiendo las APIs como interfaz de programación de aplicaciones, que es un conjunto de definiciones y protocolos que se usan para diseñar el software de las aplicaciones, por lo que las APIs privilegiadas serán aquellas que hacen más accesible el uso de su ecosistema conjuntamente usando productos de la misma firma.

Además, estas firmas han conseguido expandirse más allá de sus servicios comunes dentro del mercado digital, como puede ser el caso de *Google* en el sector automovilístico con los coches autónomos.

²⁸ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST: “Investigation of Competition in Digital Markets.” Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

²⁹ PETIT, N.: “Big Tech & The Digital Economy: the Moligopoly Scenario”, Ed. Oxford, 2019, pp. 119 y ss.

³⁰ BOURREAU, M. y DE STREELE, A.: “Digital Conglomerates and EU Competition Policy.” Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350512

³¹ CRÉMER, J.: DE MONTJOYE, Y.A. Y SCHWEITZER, H.: “Competition policy for the Digital Era.” *Oficina de Publicaciones de la UE*. Luxemburgo, 2019 pp.34

3.1.2. Barreras de entrada

Otro carácter de los mercados digitales es su carácter oligopólico, es decir, que está controlado por un número reducido de empresas. Estas empresas son *Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft* en el mundo occidental, mientras que en el oriental entran en juego más firmas como *Alibaba, TikTok, Xiaomi o Tencent*.³²

Esta existencia de barreras de entrada es un estudio importante para el análisis del *antitrust*³³, es decir, el derecho de la competencia. A pesar de su gran variedad, todos los mercados digitales mantienen algunos caracteres en común que se traducen en barreras de entrada.

3.1.2.1. Economías de escala

Esta situación en la que las empresas reducen los costes de producción proporcionalmente al crecimiento de esta misma.³⁴ En el contexto que nos encontramos de los mercados digitales, debido a su gran volumen, el coste marginal de la empresa de ofrecer su producto a un cliente más es próximo a cero. Y, una vez cubiertos los costes fijos, estas empresas pueden crecer exponencialmente gracias a ese “coste marginal cero”. Todo esto impulsado por el comportamiento de los usuarios impulsivo con respecto de los productos a “precio cero”.³⁵ Por lo que a las compañías que se quieren afianzar en este tipo de mercados ofrecerán sus servicios gratuitamente para así captar más clientes.

Aparentemente, los mínimos costes fijos pueden hacer creer que favorece la competencia y la entrada de nuevas firmas a los mercados digitales, pero, para llegar a esta situación, primero tienen que ser capaces de soportar los costes fijos, los cuales vamos a ver a continuación, y lo que ocurre es totalmente lo contrario, la mayoría de las firmas no pueden entrar en el mercado debido a sus inaccesibles costes fijos.

³² TAMAYO VELASCO, B.J, cit, pp. 12-16

³³ VELASCO, L. (2010): “Las barreras de entrada y su relevancia para el derecho de la competencia”. *RCD*, núm. 6, pp. 13-25.

³⁴ CRÉMER, J.: DE MONTJOYE, Y.A. Y SCHWEITZER, H.: “Competition policy for the Digital Era.” *Oficina de Publicaciones de la UE*. Luxemburgo, 2019 pp.20.

³⁵ GAL, M.S. y RUBINFELD, D.L.: “The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement”. en *NYU Center for Law, Economics and Organization*, Working Paper No. 14-44. 2016

3.1.2.2. *Elevados costes fijos y acceso a financiación*

Estos servicios digitales exigen una gran cantidad de inversión inicial, inversión que debe cubrir por ejemplo la construcción y programación de servidores, buscadores de internet, aplicar las suficientes medidas de ciberseguridad.

Además, el acceso a esa financiación por parte de terceros a pequeñas empresas es muy difícil de conseguir, ya que este tipo de mercados las grandes empresas gozan de un gran poder, ya que los inversores en su gran mayoría utilizan los servicios de estas empresas, y por eso, temen posibles consecuencias perjudiciales en el caso de invertir en este tipo de proyectos.³⁶

Por lo tanto, si las pequeñas empresas no pueden hacer frente a esta inversión inicial, ni tampoco puede conseguir inversión de terceros, les será imposible acceder a este tipo de mercados, consolidando así otra barrera de entrada.

3.1.2.3. *Efectos de red directos e indirectos*

Los mercados digitales implican la interacción entre dos o más grupos de usuarios, por lo que entran en juego los efectos red, entendiendo estos de acuerdo con BELLEFLAMME & PEITZ como *“el impacto que tiene la entrada de un nuevo usuario de un producto o servicio, o de un nuevo participante en una interacción, sobre el valor que los otros usuarios le asignan a un producto, servicio o interacción.”*³⁷

Los efectos de red directos o intra-grupo hacen que las decisiones de los usuarios sean dependientes entre sí, por lo que la demanda de un producto o servicio crece mientras se incrementa el número de usuarios. Un ejemplo de este tipo pueden ser las redes sociales o bien la red telefónica.³⁸

Los efectos de red indirectos o inter-grupo son aquellos en los que el

³⁶ FURMAN, J.; FLETCHER, A.; MARSDEN, P. y MCAULEY, D.: “Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel”, Reino Unido, 2019, pp. 37.

³⁷ BELLEFLAMME, P. y PEITZ, M.: “The economics of Platforms. Université Catholique de Louvain, Belgium”, *Universität Mannheim*, Germany, 2021.

³⁸ CENTRO COMPETENCIA: “Network effects”, disponible en <https://centrocompetencia.com/efectos-de-red-network-effects/>

impacto que genera el ingreso de un nuevo usuario a una nueva red lo que hace es impulsar la producción, y otros valores complementarios, que acabarán incrementando el valor del producto principal, un ejemplo de ellos podría ser *Windows*, cuantos más usuarios, habrá mayor proliferación de aplicaciones para su ecosistema, lo que revalorizará el valor del producto principal de *Windows*.³⁹

Estas redes permiten una interacción entre los usuarios, por un lado, las empresas oferentes subiendo contenido que interese a los consumidores, y, por otro lado, los consumidores al interactuar con cada uno de los productos de las empresas oferentes están entregando indirectamente datos sobre sus intereses y gustos. Provocando así una recopilación de información que permite a los oferentes hacer un estudio de los intereses de los consumidores y ofrecer así exactamente lo que piden estos consumidores. Todo esto genera un efecto en cascada, por ejemplo, cada usuario que clique sobre un anuncio de cierta empresa se traduce en ingresos para las plataformas, por lo que estas empresas reinvertirán su dinero en mejorar sus productos y publicidad, lo que atraerá a nuevos consumidores, que al mismo tiempo atraerán a más anunciantes, y así continuamente.

3.1.2.4. Costes de cambio, multi-homing e inercia del consumidor.

Los costes de cambio se refieren a los gastos y esfuerzos que los consumidores deben realizar al cambiar de un proveedor o plataforma en un mercado digital. Pueden ser económicos, como por ejemplo los gastos de inscripción, contratos a largo plazo, tarifas de cancelación, etc. También pueden ser no económicos, como por ejemplo la necesidad de aprender a utilizar la nueva plataforma ya que entre unas y otras hay un cambio de interfaz. Por lo que estos costes pueden provocar una barrera para que los consumidores pasen a otro proveedor.⁴⁰ Esta inmersión del usuario a la plataforma es conocido como el efecto de “*lock-in*”.⁴¹

Este efecto lock-in debilita la práctica del *multi-homing*, entendiendo por esta

³⁹ NICOLE ROLDÁN, P.: “Efectos de red.”, COLL MORALES, F. Economipedia, disponible en <https://economipedia.com/definiciones/efectos-de-red.html>

⁴⁰ NICOLE ROLDÁN, P.: “Costes de cambio.”, COLL MORALES, F. Economipedia disponible en <https://economipedia.com/definiciones/costes-de-cambio.html>

⁴¹ TAMAYO VELASCO, B.J, cit, pp. 15-16.

a la práctica de aquellos consumidores que usan múltiples plataformas al mismo tiempo en el contexto del mercado digital. Por ejemplo, podría ser que un usuario use varias aplicaciones de mensajería instantánea al mismo tiempo como *WhatsApp*, *Telegram* o *Signal*. Esta práctica permite a los consumidores comparar precio y eficiencia, provocando así que las plataformas oferentes sean más competitivas.

Estos costes de cambio se asocian a varias razones, como a que no exista una tutela efectiva sobre la portabilidad de los datos, la interoperabilidad entre servicios, las practica *tying*, entendiend estas por la estrategia utilizada por algunas empresas para unir productos que se tienen que consumir conjuntamente, como la practica *bundling*, entendiend esta práctica como la estrategia de combinar varios productos o servicios en un paquete y ofrecerlos como una sola oferta.

En cuanto a la inercia del consumidor, se trata de la tendencia de los usuarios a mantenerse en una plataforma,⁴² a pesar de las posibles alternativas, puede ser por diversos factores, como la comodidad con su plataforma, preferencias ya establecidas. Va a jugar también un papel importante en la elección de los costes.⁴³

3.1.3. Big Data

El *big data* es el motor de la economía digital y la mayoría de los avances tecnológicos, como las inteligencias artificiales o el *machine learning*, deben su existencia al *big data*. Gartner define el Big Data como “*un gran volumen, velocidad o variedad de información que demanda formas costeables e innovadoras de procesamiento de información que permitan ideas extendidas, toma de decisiones y automatización del proceso.*”⁴⁴

Lo cierto es que, la mayoría de las plataformas digitales se nutren del

⁴²TODOJURISTAS: “Big data para abogados.” Disponible en <https://www.todojuristas.com/blog/big-data-para-abogados/>

⁴³ FURMA, J.: “Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert panel”, disponible end
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

⁴⁴ SALGADO, M.: “Oracle apuesta por Big Data con tecnología y proyectos”. Disponible en: <http://www.computerworld.es/big-data/oracle-apuesta-por-big-data-con-tecnologia-y-proyectos>

procesamiento y tratamiento masivo de datos, para la publicidad personalizada, en estos casos, las autoridades han llamado a este suceso como “bucle de retroalimentación positivo”.⁴⁵ Esto consiste en que cuantos más datos se recopilen y procesen, más precisas serán las plataformas y más mejorarán sus productos.

Stucke y Grunes califican el uso del big data de dos maneras:⁴⁶

- Efectos de red derivados de la escala de los datos, se trata de la ventaja que los datos de las búsquedas de los usuarios suponen para las plataformas donde se realiza la búsqueda, ya que cuantas más búsquedas, más preciso es ese buscador y va perfeccionando su algoritmo de búsqueda a través del método “prueba y error”.
- Efectos de red derivados del alcance de los datos, estos aclaran la razón de la acelerada retroalimentación en sus ecosistemas, y, a través de la obtención y combinación de datos de fuentes diversas posibilita a las plataformas crear perfiles más precisos sobre los usuarios y sus gustos, y así le ofrecen una publicidad personalizada a cada uno de acuerdo con los datos recogidos mediante la interacción del usuario en la plataforma. Por ejemplo, *Google*, puede recopilar información a través de su buscador, de *Chrome*, *Gmail*, *Google Maps*, *Google Play Store*, y la información dada por los teléfonos con sistema operativo *Android*.⁴⁷

Pero estos datos no sólo aportan información sobre las preferencias de los consumidores, sino que también permite obtener información sobre el estado del mercado, y poder actuar respecto a esos datos informados, y en el caso de *Google*, por ejemplo, debido a su uso y recopilación masiva de datos, se considera

⁴⁵ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST: “Investigation of Competition in Digital Markets.” Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf> y FURMA, J.: “Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert panel”, disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

⁴⁶ STUCKE, M.E y GRUNES, AP.P.: “Big Data and Competition Policy”, Disponible en https://www.researchgate.net/publication/308970973_Big_Data_and_Competition_Policy

⁴⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST: “Investigation of Competition in Digital Markets.” Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

disponen de una “inteligencia de mercado casi perfecta”.⁴⁸

Esto permite a las grandes compañías ver con antelación posibles competidores futuros, y así, para evitar la competencia, adquieren o absorben estas nuevas plataformas, ejemplos de este caso pueden ser cuando *Facebook* adquirió *WhatsApp*.

Otro problema del tratamiento de datos masivos es la figura de los guardianes de acceso con respecto a estos tipos de mercado, ya que estos obtienen información sobre gran cantidad de mercados diferentes, incentivando su entrada en estos mercados, pero con la ventaja de que parten con los datos tanto de los consumidores como la de las empresas oferentes, ya sea limitando el acceso a los datos a los competentes y sus clientes, o bien usando esa información para obtener beneficios.⁴⁹

En Europa, distintas autoridades consideran este comportamiento como un abuso de posición dominante.⁵⁰ Pero para considerarlo como tal requiere que los competidores no puedan “reproducir los datos en condiciones financieras razonables y en un periodo de tiempo razonable”.⁵¹

Lo anteriormente mencionado demuestra que el acceso de los guardianes de acceso al big data, permite darles una posición ventajosa con respecto al resto de los competidores, por lo tanto, el big data es otra barrera de entrada para los nuevos competidores en los mercados digitales.

El problema, aunque esté identificado, no se había logrado conseguir una posición unánime para poder afrontarlo. Por un lado, hay quienes equiparan a los datos con una estructura esencial de los mercados digitales, por lo que la negación del acceso a los mismos forma un cuello de botella en el mercado.⁵² Y teniendo en

⁴⁸ TAMAYO VELASCO, B.J, *cit*, pp. 16-22.

⁴⁹ TAMAYO VELASCO, B.J, *cit*, pp. 19

⁵⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE: “Press reléase- 9 September 2014: Gas Market. Autorité de la concurrence.” Disponible en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/comuniques-de-presse/9-september-2014-gas-market>

⁵¹ BELGIAN COMPETITION AUTHORITY: “The Belgian Competition Authority imposes a fine of 1.190.000 EUR”, Disponible en <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/september-2015/The-Belgian-Competition-Authority-75839>

⁵² SCHMIDT, H.K: “Taming the Shrew: There’s no need for a new market power definition for the digital economy.” En *Faculty of Law, Stockholm University Research*, núm 17, pp. 35.

cuenta esto, la doctrina considera, primero, que el big data debe ser tenido en cuenta como un carácter dominante en los mercados, y, quien controla esa estructura debe garantizar el acceso a los datos sin ningún tipo de discriminación, y su negatoria se considerará como una conducta anticompetitiva prevista en el art 102 TFUE que veremos más adelante.

Por otro lado, otros no aprueban la aplicación de esta doctrina debido a su especial naturaleza y variedad de los datos y sus posibles usos. Según estos se debe identificar y diferenciar el propósito de la recopilación de estos datos el acceso a estos mismos, realizando un balance de valores, ya que consideran que, para la adecuada competición efectiva en este tipo de mercados, el acceso a los datos es esencial.

3.1.4. La competencia en los mercados digitales

Todas estas particularidades de los mercados digitales vistas anteriormente señalan que este mercado está reducido a unas pocas firmas, mostrando una dinámica *winner-take-all*,⁵³ que consiste en el que unos solos participantes del mercado lo dominan completamente, imposibilitando el éxito de las nuevas y pequeñas empresas. En este modelo, el ganador se lleva la mayoría de los beneficios y la cuota de mercado.⁵⁴

La concentración en estos mercados se puede justificar por distintas razones, en un primer lugar podemos decir que pueden ser motivos de eficiencia, y es que, en un primer lugar, los elevados costes fijos para introducirse en un mercado, que, además, ya está cubierto por varias empresas que ofrecen productos muy similares, por lo que en cuestión de eficiencia no son lo más conveniente.⁵⁵ Por otro lado, también puede deberse a la conducta de estas grandes empresas que pueden influir en el mercado a través de sus posiciones dominantes, con conductas como el bundling, tying etc. Pudiendo así permitir prácticas abusivas, anticompetitivas y perjudiciales para las nuevas y pequeñas empresa, y, además, los consumidores.

⁵³ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST: "Investigation of Competition in Digital Markets." Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

⁵⁴ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 22-25

⁵⁵ PETIT, N., *cit*, pp. 170-171

Esto sugiere que la competencia en los mercados digitales puede verse perjudicada, lo que ha llevado a algunas personas a proponer nuevos modelos de mercados digitales. Uno de estos modelos es la 'destrucción creativa', concepto introducido por Joseph Schumpeter en 1942 para describir un proceso de cambio económico en el cual la innovación y la entrada de nuevas empresas al mercado conllevan una reestructuración del mismo.

En cambio, la OECD consideró que esta nueva estructura de mercado es muy frágil⁵⁶, y que no tardarían las grandes empresas en encontrar la manera de controlar el mercado.⁵⁷

Posteriormente, Nicolas Petit construye su propio modelo de competencia de los mercados digitales, esta nueva estructura la llamó "moligopoly". Nicolas Petit define el "moligopoly" como un escenario de competencia entre grandes empresas tecnológicas en el que estas compiten entre sí, pero también cooperan en ciertos aspectos, como la estandarización de tecnologías y la defensa de sus intereses comunes. Según Petit, el moligopoly puede ser beneficioso para los consumidores si las empresas compiten en términos de innovación y calidad de los productos, pero también puede llevar a una reducción en la calidad de los productos y a precios más altos para los consumidores si las empresas deciden no competir en estos términos.⁵⁸

De esta manera cada empresa tiene una figura monopolística en su mercado origen, pero la competencia se produce de forma de oligopolio, por lo que son monopolistas y oligopolistas.

La competencia se producirá en aquellos mercados que todavía no han sido dominados por una firma, y evitando la entrada de mercados en los que sí se ha producido un dominio por una empresa.⁵⁹ Es decir, que la competencia se dará por la "presión competitiva que deriva de la incertidumbre consustancial a los mercados digitales",⁶⁰ viéndose reflejado a través de la innovación de las empresas, el I+D,

⁵⁶ OECD: "The Digital Economy". *Daf/Comp(2012)22*, p. 7.

⁵⁷ SCHMIDT, H.K., *cit.*, pp. 59 y ss.

⁵⁸ PETIT, N., *cit.*, pp. 114-153.

⁵⁹ PETIT, N., *cit.*, pp. 172.

⁶⁰ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit.*, pp. 25.

el marketing etc.

3.2. Antecedentes de abuso de posición de dominio

Antes de que se aprobara la Ley de Mercados Digitales, era la actuación de la Comisión Europea la que regulaba las distintas situaciones dentro de los mercados digitales, actuación que ha provocado división de opiniones.⁶¹

El recordar algunas de estas actuaciones de la Comisión Europea es importante por dos razones, por un lado, refleja la falta de efectividad de los instrumentos tradicionales en estos mercados debido a sus particularidades, y, por lo tanto, manifiesta una clara necesidad de una nueva regulación que se adapte a los caracteres de los mercados digitales. Por el otro lado, estas actuaciones muestran los objetivos que se marcaron en la Unión Europea a la hora de redactar la DMA, ya que se pueden ver claramente las intenciones de la Comisión Europea a través de sus investigaciones y conductas perseguidas.

3.2.1. Aplicación del artículo 102 TFUE en los mercados digitales

El art. 102 TFUE prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante que pueda afectar al comercio de la Unión Europea impidiéndola o restringiéndola. El objetivo de este artículo es garantizar un mercado interior justo y competitivo.⁶²

Este artículo 102 TFUE implica:

- Prohibición de la explotación abusiva: Entendiendo la explotación abusiva como la actuación de una posición dominante, que usa su poder para influir en el mercado perjudicando a empresas o consumidores o impidiendo la competencia.
- Impacto en el comercio entre los estados miembros: La amplitud de este artículo se limita a los Estados miembros de la Unión Europea.

⁶¹ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 27.

⁶² COMISIÓN EUROPEA “Defensa de la competencia: la Comisión anuncia directrices sobre las exclusiones abusivas y modifica las orientaciones sobre las prioridades de ejecución”. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_1911

- Garantía de un mercado interior justo: Es el objetivo principal de este artículo, conseguir una competencia justa, evitando prácticas anticompetitivas, contribuyendo a la eficiencia económica y al bienestar general dentro de la Unión Europea.

Quien tiene la competencia de aplicar este artículo es la Comisión Europea, que es la autoridad encargada de investigar y sancionar los casos de explotación abusiva de una posición dominante.⁶³

3.2.1.1. Microsoft

El caso Microsoft se llevó a cabo paralelamente tanto en Estados Unidos como en Europa, fundamentando las investigaciones en dos conductas, por un lado, Microsoft se negaba a proporcionar información sobre los protocolos de comunicación para que terceros pudieran desarrollar productos compatibles con Windows, y, por el otro lado, la incorporación de nuevos programas al sistema operativo.

La Comisión Europea inició una investigación en agosto de 2000, a raíz de una denuncia de Sun Microsystems contra Microsoft en 1998. Esta investigación se centraba en un posible abuso de posición dominante en el mercado de sistemas operativos y aplicaciones relacionadas, como su navegador Internet Explorer.⁶⁴ La investigación de la Comisión reveló que Sun no era la única compañía a la que el gigante informático había rechazado proporcionar dicha información, y que esta negativa de Microsoft a compartir información era parte de una estrategia más amplia. Esta estrategia tenía como objetivo eliminar a los competidores del mercado.⁶⁵

Microsoft podía superar a la competencia gracias a que sus productos eran

⁶³ ENRIQUE ALVARIO, C.: “Nueva posición de la Comisión Europea frente a los abusos exclusorios.”. Disponible en <https://centrocompetencia.com/nueva-posicion-de-la-comision-europea-frente-a-los-abusos-exclusorios/>

⁶⁴ PASTOR, J.: “Microsoft, 10 años después de que la UE pudiera fin a la persecución por la investigación antimonopolio.” Disponible en <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/microsoft-10-anos-despues-que-ue-pusiera-fin-a-persecucion-investigacion-antimonopolio>

⁶⁵ VELASCO SAN PEDRO, L.A. y HERRERO SUÁREZ, C.: “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft.” En *Revista de derecho de la competencia y distribución*, núm 2, pp. 193.217.

más fiables, seguros y rápidos, entre otros factores. Esto le aseguraba un mayor éxito en el mercado. Como resultado, muchos competidores informaron a la Comisión que la falta de divulgación de la información sobre las interfaces por parte de Microsoft estaba distorsionando el mercado de software, lo que favorecía a los productos de servidor de Microsoft y perjudicaba a los consumidores que buscaban alternativas.

En 2004, según las investigaciones de la CE, la empresa Microsoft infringió el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE con dos acciones:

- La primera de ellas fue no proporcionar información a sus competidores para que pudieran fabricar productos compatibles con el sistema operativo Windows.

Tras resolver dos cuestiones preliminares sobre el alcance de la propiedad intelectual y la interoperabilidad entre sistemas exigible, el TPI se centraba en determinar si la negativa de Microsoft a compartir información se puede considerar un comportamiento abusivo o no.

El tribunal estableció que para que la negativa de una empresa en posición de dominante, como Microsoft, a compartir información sea considerada abusiva, deben darse tres condiciones excepcionales.

Primero, la negativa debe afectar a un producto o servicio esencial para un mercado. Segundo, debe llevar a la exclusión de la competencia para ese mercado. Tercero, debe obstaculizar la aparición de un nuevo producto con demanda potencial.

Además, se analiza si la información que se negó a compartir era realmente esencial. Microsoft argumentaba que esta información no era esencial, especialmente en relación con el Active Directory. La Comisión, en cambio, creía que es esencial debido a la interoperabilidad y el dominio de Microsoft en el mercado de sistemas operativos para PC.⁶⁶

⁶⁶ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Considerando 342, 353 y 394.

En cuanto a la exclusión de la competencia, Microsoft alegaba que su negativa no excluye completamente la competencia en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupo. La Comisión sostenía que sí lo hacía, opinión respaldada por el TPI.⁶⁷

En lo relativo a la creación de nuevos productos, se discutía si la negativa de Microsoft obstaculiza la aparición de nuevos productos con demanda. Microsoft argumentaba que no se habían identificado tales productos y demandas. Sin embargo, la Comisión argumentó que no se trataba sólo de replicar productos existentes, sino de innovar, y la negativa de Microsoft afecta a la capacidad de innovación de sus competidores.⁶⁸

Microsoft sostiene que su negativa se justifica objetivamente debido a sus derechos de propiedad intelectual y las inversiones realizadas. Sin embargo, el TPI consideró que Microsoft no alegó ninguna justificación objetiva en este sentido.⁶⁹

- La segunda, por prácticas de vinculación, que consisten en la subordinación de venta de un determinado producto a la adquisición necesaria por parte del comprador de un segundo producto.⁷⁰

La política sobre estas prácticas ha evolucionado desde la prohibición total hacia una perspectiva más tolerante, reconociendo que pueden tener efectos competitivos ambiguos o incluso beneficiosos en algunos casos. En Europa, estas prácticas se han examinado principalmente bajo la idea de conducta abusiva por parte de una empresa dominante.⁷¹

Para que se considere práctica de una vinculación ilegal, deben cumplirse ciertos requisitos, como la existencia de dos productos vinculados, una posición dominante en el mercado del producto principal y demostración de que la práctica perjudica a la competencia sin justificación objetiva. El TPI confirmó estos

⁶⁷ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Considerando 437-439, 459, 570, 559 y 612.

⁶⁸ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Considerando 625, 631, 636, 647 y 661.

⁶⁹ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Considerando 666 y ss, 688 y 690.

⁷⁰ VELASCO SAN PEDRO, L.A. y HERRERO SUÁREZ, C: "Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft." En *Revista de derecho de la competencia y distribución*, núm 2, pp. 193.217.

⁷¹ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Considerando 842 y ss, 872-944

requisitos identificados por la Comisión.

En cuanto a la existencia de dos productos diferenciados, el criterio principal utilizado es la percepción de los compradores. Si existe suficiente demanda independiente para el producto vinculado, se consideran dos productos diferentes.

Microsoft argumenta que la demanda debe evaluarse solo para el producto principal, pero las autoridades defienden que se debe considerar la demanda del producto vinculado. El TPI respaldaba esta idea, diciendo que incluso si dos productos deben usarse juntos, aún pueden tener demanda independiente.

Además, se consideran otros factores como la naturaleza técnica de los productos, la evolución de los mercados y las prácticas comerciales de la empresa para determinar si son productos diferentes.

En lo relativo a la vinculación en los contratos comerciales, implica un fuerte enlace entre dos productos, donde la compra del producto vinculado es necesaria para obtener el producto principal. Se debatía si era necesario que el comprador se oponga a esta unión de productos o si la vinculación se puede establecer incluso si el comprador no se opone.⁷²

En el caso de Microsoft, la empresa argumenta que no está imponiendo la compra del producto vinculado ya que este ofrece de forma gratuita y los consumidores tienen la opción de descargar software similar de otras empresas. Sin embargo, la Comisión Europea rechaza estos argumentos y sostiene que la coerción en la vinculación no depende del precio, sino de si los consumidores tienen una opción realista de adquirir el producto principal sin el producto vinculado.

El TPI respaldó la interpretación de la Comisión y establece que la coerción debe evaluarse desde la perspectiva del vendedor, independientemente de la reacción del comprador. La vinculación existe si el vendedor estructura la venta de tal manera que no ofrezca una opción para adquirir el producto principal sin el producto vinculado, sin importar si el comprador se opone o no.

⁷² Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Considerando 924, 926 y 960-975.

En cuanto a la lesión de la competencia, el tribunal evaluó si Microsoft había dañado la competencia de mercado. Para ello tienen que justificar que haya ciertamente una lesión de la competencia, y que no haya una justificación objetiva.⁷³

El TPI se planteó si la conducta de Microsoft hacía que las empresas no pudieran competir, o si los usuarios tuvieran que pagar más. Con la incorporación del Windows Media Player, el TPI considera que Microsoft excluye de la competencia al resto de empresas. Sin embargo, Microsoft argumentaba que no debería considerarse como anticompetitivo, que existían otras formas en que las empresas podían vender sus productos. Tras una investigación de la Comisión, consideraron que efectivamente afectaba negativamente a la competencia. Además, el TPI consideró que existía una falta de justificación objetiva, por lo que efectivamente se produjo una lesión a la competencia.

Finalmente, la Comisión Europea impuso una multa récord de 497 millones de euros a Microsoft por abuso de posición dominante en el mercado de sistemas operativos y aplicaciones relacionada. Además de la multa, la Comisión Europea exigió a Microsoft que ofreciera una versión de Windows sin el reproductor multimedia integrado y que compartiera información sobre la interoperabilidad de sus productos con sus competidores.⁷⁴

Esta decisión fue recurrida por Microsoft. Pero tras las distintas investigaciones, en 2007, una nueva pronunciación confirma la multa y condiciones impuestas en 2004.

3.2.1.2. *Google*

A raíz del fracaso de la introducción de *Froogle*, un sitio web creado por Google en 2002, que permitía comparar los precios de los productos en línea, *Google* estableció una estrategia para impulsar su posición de dominancia en el mercado en los comparadores de precios. Esta estrategia ofrecía un lugar privilegiado a aquellos productos de su propio servicio de búsqueda, perjudicando

⁷³ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Considerando 1031 y ss y 1088.

⁷⁴ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Considerando 1150 y ss., 1162 a 1166, 1194 y ss.

a sus competidores.⁷⁵ Para conseguirlo, eludía que su servicio se guiase del algoritmo genérico, que establecía un orden según la relevancia de los productos, así, los productos que aparecían preferente en el buscador de *Google* no tenían por qué ser los más relevantes de mercado, favoreciendo a los que estaban promovidos por la firma.

Como consecuencia de esto, la Comisión realizó un análisis *antitrust*, considerando esta práctica como contraria al artículo 102, de esta investigación de la Comisión, según Tamayo, se extraen 3 elementos:

- El primero, la Comisión mantiene la posición de dominancia de *Google* en el mercado de buscadores de internet. Introducen como novedad la identificación de mercados de productos gratuitos como lo son los buscadores de internet, ya que son mercados importantes dentro del estudio del Derecho *antitrust*. Existiendo dos posiciones, por un lado, algunas autoridades de la competencia, como por ejemplo Estados Unidos en el caso *KinderStart*⁷⁶, que consideran que en este tipo de mercados no es aplicable el Derecho de la competencia por que, como tal, no existe transacciones comerciales al ser servicios gratuitos. Por el otro lado, la Comisión Europea, considera el mercado de la publicidad digital, que es inevitablemente inherente al mercado de los buscadores y comparadores de precios, como un mercado relevante en el que sí se produce una actividad comercial, en la que *Google* recibe una prestación por su servicio a través de la obtención de datos de los usuarios.⁷⁷
- En segundo lugar, la Comisión Europea considera esta actuación como anticompetitiva, ya que hay una desviación de las búsquedas generales de los usuarios, dirigiéndoles a los productos y servicios de *Google*.⁷⁸ Esta desviación la consideran como un “tráfico de usuarios”, y para la Comisión, la disposición de los usuarios es el activo más importante para los motores de búsqueda y comparadores de precios, ya que, aparte de generar ingresos para la plataforma, permite a esta la recopilación de datos, y sus

⁷⁵ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit.*, pp. 27-32

⁷⁶ SCHMIDT, H.K., *cit.*, pp. 37.

⁷⁷ Decisión de la CE de 27-06-2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párrafos 85 y 86.

⁷⁸ Decisión de la CE de 27-06-2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)* párrafo 452.

consecuentes efectos de red directos e indirectos vistos previamente, que permiten a la plataforma mejorar sus servicios de búsqueda para que sean más precisos con respecto a los intereses de los consumidores. A esta interpretación de la Comisión, *Google* trata de evitar dicha consideración, ya que, para ellos, para que se trate de una conducta de abuso de posición dominante, deben de cumplir los requisitos del caso Bronner.⁷⁹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia establece como requisito para la actuación de abuso de posición de dominancia, es que, si la plataforma cesase su actividad, impediría la actividad de las empresas competidoras.

- Para terminar, la Comisión quería alcanzar un punto medio en el que las empresas dominantes, en este caso *Google*, sigan innovando, y a su vez, se permita la entrada de nuevas empresas competidoras. Para ello, pide a *Google* que, en vez de revelar su algoritmo, permita a las empresas competidoras el mismo trato con respecto a su servicio.⁸⁰ Ya que, según los expertos, no se puede tomar medidas tan drásticas como la publicación de un algoritmo por un caso, que en sí no es una conducta abusiva, sino que es una conducta con potenciales efectos anticompetitivos.⁸¹

Posterior al caso anterior surge el Caso *Google Search (AdSense)*, en este caso, la Comisión trata de que se tenga en cuenta algo que no se tuvo en el caso anterior, y es que los motores de búsqueda operan en un mercado de doble cara, en la que se relacionan las demandas de los usuarios y los anunciantes.⁸²

En este caso los mercados relevantes son tanto el mercado de publicidad en línea, como el mercado de intermediación de publicidad de búsqueda en línea, en el que *Google* actúa como intermediario entre los anunciantes y las páginas web que buscan publicidad.⁸³ Por los que *Google* tiene una posición dominante en el mercado de la publicidad de búsqueda en línea y en el mercado de

⁷⁹ Decisión de la CE de 26-11-1998, Asunto C-7/97- Caso Bronner.

⁸⁰ Decisión de la CE de 27-06-2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párrafo 700.

⁸¹ CRÉMER, J., *cit.*, p.7.

⁸² TAMAYO VELASCO, B.J., *cit.*, pp. 33.

⁸³ COMISIÓN EUROPEA : “Resumen de la Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2019 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del acuerdo EEE”. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020AT40411\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020AT40411(03))

intermediación de publicidad de búsqueda online.⁸⁴

En este caso, *Google* impone cláusulas restrictivas en los contratos de intermediación con otras páginas web, ya que sus competidores como *Bing* o *Yahoo* no son opciones tan atractivas para actuar como intermediarios debido a la gran diferencia de usuarios entre una sus plataformas con respecto a la de *Google*. Considerando esta actuación de *Google* como una conducta abusiva.⁸⁵ En particular, la comisión considera tres cláusulas como abusivas:

- La Cláusula de Exclusividad: limita que el único intermediario posible sea *Google*.
- La Cláusula de Ubicación Premium y de Mínimo de Anuncios de Google: Obligaba a insertar un cierto número de anuncios de Google, y, además, en los lugares donde mayor visibilidad hay.
- La Cláusula de Autorización de Efectos Equivalentes: Establecía que cualquier cambio en la disposición en los anuncios en la página web debía ser autorizada por *Google*.

Estas tres cláusulas lesionaban la libre competencia de los mercados de publicidad digital, ya que todos los anunciantes se veían obligados a contratar con Google si querían publicitar digitalmente.⁸⁶ Por ello la Comisión Europea le impuso una multa de 1490 millones de euros, además del cese de este tipo de actividades.

Por último, el tercer caso con respecto a Google, referente al mercado de sistemas operativos de teléfonos inteligentes, correlacionado directamente con el mercado de buscadores de internet y el mercado de las tiendas de aplicaciones para el sistema operativo *Android*.⁸⁷ Considerando la Comisión que Google, además de mantener una posición dominante en los mercados de buscadores de

⁸⁴ Decisión de la CE de 20-03-2019, Caso AT.40411- Google AdSense, párrafos 52.80.

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA: "Antitrust Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising". Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770

⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA: "Antitrust Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising". Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770

⁸⁷ Decisión de la CE de 15-04-2015, Caso AT.40099 – Google Android.

internet como hemos visto en los casos anteriores, también ostenta esta posición dominante en los otros dos mercados.

En el caso del mercado de los sistemas operativos, tanto *Apple* como *Google* concentran las ventas de todos los teléfonos móviles a nivel mundial,⁸⁸ formando así un duopolio, sin embargo, entre ellos tienen actitudes pacíficas. Lo mismo ocurre con el mercado de tiendas de aplicaciones del sistema, con sus respectivos *App Store* y *Google Play Store*.⁸⁹ Teniendo en cuenta lo mencionado, la Comisión Europea decidió investigar los contratos celebrados entre Google y otras marcas de *hardware* de móviles que querían contar con las ventajas del sistema operativo de Android, en esta investigación, se dieron cuenta de que existían ciertas cláusulas que fortalecían la posición de dominante de *Google*:

- Se adhieren como un todo conjunto el buscador de *Google Search*, *Google Chrome* y la tienda de aplicaciones *Google Play Store*, de esta manera se aseguraban de que aquellos dispositivos que querían tener la tienda de aplicaciones deberán tener obligatoriamente sus navegadores.
- Los pagos de *Google* se condicionan a que sea el único buscador de internet incorporado en el dispositivo salido de fábrica, prohibiendo la del resto de buscadores.
- Los dispositivos móviles no podían tener una versión diferente de *Android* a la que *Google* había creado. Lo hacía justificándose en que querían evitar distintas versiones del sistema operativo y fuera más difícil de manejar.⁹⁰

Como consecuencias de estas prácticas, Google fue sancionado con una multa de 4340 millones de euros, además del cese de este tipo de prácticas

⁸⁸ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST: "Investigation of Competition in Digital Markets." Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

⁸⁹ COMISIÓN EUROPEA: "Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4.34 miles de millones de euros por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda Google". Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581 .

⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA: "Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4.34 miles de millones de euros por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda Google". Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581 .

anticompetitivas.

3.2.1.3. Amazon

En el caso de Amazon, tiene dos principales investigaciones de vulneraciones del artículo 102 TFUE. Las investigaciones se centraron en los modelos de negocio de la empresa y su posible impacto en la competencia del mercado.⁹¹

La primera de ellas, en 2015, se abre como consecuencia de las vulneraciones a raíz de las cláusulas de los contratos de distribución con proveedores de libros electrónicos.⁹² Estas cláusulas son:

- Cláusulas de paridad: El proveedor garantizaba a Amazon, que nadie en el mercado va a vender su producto a un precio más bajo que el que se ofrece en su plataforma.⁹³
- Cláusulas de disposiciones sobre la reserva de descuento: Permitían a *Amazon* ofrecer descuentos en libros electrónicos que en otros canales de distribución no podían igual, porque no tenían acceso a esos descuentos de minoristas. Lo que provocaba un perjuicio a la competencia y limitaba la innovación en el mercado.⁹⁴

La conclusión de este procedimiento se dio en 2017, en la que se llegó a unos pactos con *Amazon*.

La segunda investigación iniciada por la Comisión se da en 2019, en relación con los datos de terceros que obtienen a través de su posición de gestor de

⁹¹ ALFARO, J.: Modelo de negocio, Amazon y el Derecho de la Competencia. Almacén de derecho. Disponible en <https://almacenederecho.org/modelos-negocio-amazon-derecho-la-competencia>

⁹² TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 37.

⁹³ Decisión de la CE de 04-05-2017, Caso AT.40153- Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines (Amazon). Véase DOUE (2017): "Resumen de la Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 TFUE y el artículo 54 del Acuerdo EEE" (Asunto AT.40153-) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017XC0811%2802%29>

⁹⁴ Decisión de la CE de 04-05-2017, Caso AT.40153- Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines (Amazon). Y DOUE (2017): "Resumen de la Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 TFUE y el artículo 54 del Acuerdo EEE" (Asunto AT.40153-) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017XC0811%2802%29>

Amazon Marketplace, además se une la investigación de 2020 en relación con los criterios de Amazon para seleccionar los ganadores de *BuyBox* y para participar en el programa *Amazon Prime*.⁹⁵ *BuyBox* es un elemento en el Marketplace de Amazon que permite a los vendedores incrementar sus ventas, consiste en un recuadro en el que se indican los elementos del producto (precio, tiempo de envío, vendedor...).⁹⁶ Y es que el 82% de las ventas de Amazon se realizan a través de *BuyBox*.

La Comisión determinó que *Amazon* tenía una posición dominante en el mercado de servicios de *Marketplace* para minoristas, y, además, que abusó de esa posición a través de tres conductas:⁹⁷

- Uso de datos de terceros vendedores: como gesto de la plataforma, tenía acceso a esos datos, y además los usó para tomar decisiones estratégicas como vendedor también. Según la Comisión, esto resultaba ser un falseamiento de la competencia leal en la plataforma de *Amazon* y los vendedores externos, impidiendo la competencia efectiva.
- Los criterios de selección del ganador de *Buy Box*: estos consistían en lo siguiente, *Amazon* permite que distintos vendedores compitan por la venta de un producto, pero, en el caso de que no se escoja un vendedor determinado a la hora de comprar el producto o añadirlo a la cesta de la compra, *Buy Box* automáticamente adjudica la venta a Amazon o al vendedor más relevante si *Amazon* no es vendedor. *Amazon* en su defensa argumentó que los criterios eran para favorecer al consumidor en relación con el precio, calidad y tiempo de entrega del producto. Pero la Comisión consideró que esto iba a suponer una posición de ventaja de *Amazon* con respecto del resto de vendedores.
- Los criterios de selección del sello "*Prime*": el sello *Prime* gestionado por el vendedor es un programa de *Amazon* que permite a los vendedores

⁹⁵ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 38-39.

⁹⁶ GUERRERO, M.J.: "Buy Box de Amazon: qué es y cómo funciona". Disponible en <https://www.minderest.com/es/blog/que-es-buy-box-amazon>.

⁹⁷ VILA, C y SEMENT, F.: "La Comisión Europea acepta los compromisos presentados por Amazon y ponen fin a su investigación." Disponible en <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/competencia-derecho-ue/art/comision-europea-acepta-compromisos-presentados-por-amazon#:~:text=El%2020%20de%20diciembre%20de,para%20Buy%20Box%20y%20Amazon>.

entregar productos directamente a los clientes Prime, cumpliendo con los estándares de entrega rápida y garantizada asociados con Prime. Para obtener este sello prime los vendedores deben cumplir una serie de condiciones decididas por Amazon. La Comisión confirmó que *Amazon* podía establecer criterios de selección para asegurar la calidad del servicio "Prime", pero concluyó que los criterios aplicados por *Amazon* conllevaban un trato desigual entre los vendedores independientes que utilizaban los servicios logísticos y de entrega de *Amazon* y los otros vendedores externos. En otras palabras, Amazon establece ciertas condiciones para que los vendedores externos puedan tener el sello "Prime", pero la Comisión encontró que estas condiciones no se aplicaban de manera justa para todos los vendedores externos.

Como consecuencia de esta investigación y dadas las conclusiones sacadas por la Comisión, llegaron a una serie de acuerdos con Amazon el 20 de diciembre de 2022. Estos acuerdos son:⁹⁸

Referido al uso de datos de terceros vendedores: Se comprometen a no usar esos datos en su plataforma o derivados de la misma, para la práctica de Amazon como vendedor.

Referido a las condiciones de selección de oferta ganadora de Buy Box: Se comprometen a garantizar un trato igual a todos los vendedores cuando clasifiquen las ofertas para seleccionar qué empresa es la escogida. Además de ofrecer una segunda alternativa que compita con la primera, para que los consumidores puedan comparar y decidir.

Referido a las condiciones del acceso al sello "Prime": se compromete a no establecer condiciones discriminatorias, la posibilidad de que los vendedores puedan contratar sus propios transportistas y aportar los medios de comunicación cliente-transportista a través de la plataforma. Y, por último, no aprovechar esa posición para obtener información sobre los terceros transportistas.

⁹⁸ EUROPEAN COMMISSION (20-12-2022) Caso AT.40703 – Amazon Buy Box. Disponible en https://content.mlex.com/Attachments/2023-02-17_AICEQ13G5O948SQ8%2FAmazon_non_confidential_version_1676657703.pdf

3.2.1.4. Apple

Apple es otra de las grandes plataformas que ha sido objeto de investigación de la Comisión. Como consecuencia de una denuncia paralela de *Spotify* y un distribuidor de libros electrónicos y audiolibros, se inicia una investigación en junio de 2020.⁹⁹

Esta investigación se da por dos condiciones impuestas por *Apple* a los desarrolladores de aplicaciones que desean distribuirlas a través de su tienda de aplicaciones *App Store*, *Apple Music*, y *Apple Books*, a la que posteriormente en 2021 se añadirían acusaciones adicionales por sus posibles abusos a través de *Apple Pay*. Estas condiciones eran:¹⁰⁰

- El uso obligatorio de su sistema de compras.
- La prohibición de informar a los usuarios acerca de opciones de compra fuera de la aplicación.

En mayo de 2021, la Comisión acusó a *Apple* por distorsiones en la música en *streaming*. En mayo de 2022 la Comisión señaló que *Apple* violó las normas antimonopolio de la Unión Europea al permitir que *Apple Pay* sea el único método de pago en la *App Store*.¹⁰¹

Esta investigación iniciada en junio de 2020 sigue en curso.

3.2.2. Control de concentraciones de empresas

La concentración de empresas en los mercados digitales es la aglutinación en un número reducido de empresas de la presencia en el mercado. En la economía digital, el auge de los guardianes de acceso es un ejemplo de

⁹⁹ ANTITRUST.: “Comission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming provides”. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061

¹⁰⁰ ESCOBAR, ESTEFA.: “Apple al banquillo: Comisión Europea acusa a su App Store por distorsiones en la música streaming.” Centro Competencia. Disponible en <https://centrocompetencia.com/comision-europea-acusa-a-su-app-store-por-distorsiones-en-la-musica-streaming/>

¹⁰¹ SZUCS, AGNES.: “Comisión Europea Señala que Apple violó las normas antimonopolio de la UE”. Disponible en <https://www.aa.com.tr/es/mundo/comisión-europea-señala-que-apple-violó-las-normas-antimonopolio-de-la-ue/2578271#>

concentración en este tipo de mercados, que viene determinada de una correlación entre el número de empresas presentes en el mercado, y el tamaño relativo de estas empresas. Es decir, cuantas menos empresas haya y más diferencia de tamaño entre unas y otras, mayor concentración habrá.¹⁰²

Para que se de esta concentración, las grandes empresas adquieren el resto como estrategia para crecer dentro de este mercado. Entre Google, Facebook, Amazon y Apple acaparan la gran mayoría de adquisiciones, incrementándose aún más en los últimos años. Como se menciona en otros apartados, las grandes empresas, debido a su posición de dominante, poseen información privilegiada sobre el mercado, que les permite detectar posible futuras amenazas, para así, adquirirlas para expandir su negocio, y, además, evitan competencia.¹⁰³

Estas adquisiciones por un lado pueden ser beneficiosas para los consumidores, ya que concentran el uso en una plataforma, y así su eficiencia mejora ya que no tienen que aprender a utilizar múltiples plataformas, sino que una misma pueden realizar distintas actividades. Pero, por otro lado, puede que estas adquisiciones tengan otro objetivo, como es el de librarse de la competencia, estas adquisiciones de pequeñas empresas hechas por las grandes son conocidas como *killer acquisitions*, que lo que hacen es evitar el crecimiento de las pequeñas empresas con nuevas ideas, perjudicando así tanto la competencia como la innovación.

Estas situaciones justifican a la Unión Europea establecer un sistema de control de esta concentración de empresas, que va a ser realizado por la Comisión. Este mecanismo de control se encuentra regulado en el reglamento 139/2004. Este reglamento establecía unos umbrales mínimos monetarios que debían superar para que este tipo de operaciones sean investigadas por la Comisión. El problema está en que nunca se llega a estos umbrales, y mientras no se llegue, no hay posibilidad de investigar dicha operación, a excepción de lo dispuesto en el artículo 22 del mismo reglamento, que permite la investigación de la Comisión siempre y cuando la operación supere los umbrales nacionales donde se realiza la

¹⁰² NÚÑEZ REYES, G., DE FURQUIM, J.: “La Concentración de los mercados en la economía digital”. Disponible en https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/43631/S1800551_es.pdf

¹⁰³ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 40-46.

adquisición, y, además, que este estado ceda la competencia a la Comisión de investigar dicha operación.¹⁰⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, existen casos que sí se han cedido a la Comisión, como la adquisición de *Shazam* por *Apple*, *WhatsApp* por *Facebook*, *LinkedIn* por *Microsoft*. Pero otras, que, sin embargo, no llegaron a la Comisión como por ejemplo la adquisición de *Instagram* por *Facebook* o *Waze* por *Google*.

El caso que tiene un mayor interés de estudio es la adquisición de *WhatsApp* por *Facebook*. Ya que se considera que se autorizó erróneamente la adquisición, ya que inmediatamente después de las adquisiciones se abrieron nuevas investigaciones contra Facebook. Algunos datos relevantes sobre la autorización son:

- La autorización se otorgó en septiembre de 2014, lo que permitió a Facebook completar la adquisición antes de que finalizara el año.¹⁰⁵
- La compra se realizó sin condiciones, lo que significa que no se impusieron restricciones o requisitos adicionales para la transacción.
- El precio final de la adquisición fue de aproximadamente 22.000 millones de dólares.
- La autorización se concedió ya que la Comisión consideró que los consumidores todavía contaban con múltiples opciones de mensajería instantánea, además no consideró a WhatsApp y Facebook Messenger como competidores, sino como complementarios. Por otro lado, la Comisión consideró que el uso conjunto de los datos recogidos por WhatsApp y Facebook podrían incrementar las barreras de entrada de nuevas empresas, el argumento de Facebook fue que esta integración de datos era muy difícil de conseguir, por lo que la premisa que preocupaba a

¹⁰⁴ BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P.: “Control de concentraciones de empresas.” en BELLO MARTÍN- CRESPO, M.P., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (coords): *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Ed. Civitas, Madrid, 2009, pp. 333-350.

¹⁰⁵ EUROPA PRESS INTERNACIONAL.: “Facebook compra WhatsApp por cerca de 22.000 millones de dólares”. Disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-facebook-compra-whatsapp-cerca-22000-millones-dolares-20141007004852.html>

la Comisión no se podía cumplir.¹⁰⁶

- Sin embargo, en 2017, la Unión Europea multó a Facebook con 110 millones de euros por proporcionar información falsa durante el proceso de adquisición de WhatsApp.¹⁰⁷
- En 2019, la Decisión de 6 de febrero de la Bundeskartellamt tomada por la autoridad de competencia alemana que prohíbe a Facebook combinar datos de usuarios de diferentes fuentes. Esto significa que Facebook no puede recopilar información de diferentes aplicaciones y sitios web para crear perfiles de usuario detallados. La decisión se tomó porque la Bundeskartellamt consideró que Facebook estaba abusando de su posición dominante en el mercado de las redes sociales al recopilar y combinar datos de usuarios sin su consentimiento. La decisión también impone restricciones a la forma en que Facebook procesa los datos de los usuarios.¹⁰⁸

4. LA LEY DE MERCADOS DIGITALES (DIGITAL MARKET ACT, DMA) COMO SOLUCIÓN A LOS RIESGOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL

La DMA, propuesta el 14 de diciembre de 2020 por la Comisión, y aprobada tras un periodo de negociaciones en marzo de 2022 por el Parlamento Europeo y el Consejo, busca garantizar unos mercados digitales justos y abiertos.¹⁰⁹ Se marca como objetivo principal evitar que los guardianes de acceso impongan condiciones injustas a las empresas y usuarios finales. Los principales problemas que la DMA busca solucionar son:

- Abusos de posición de dominio: La ley busca evitar que las grandes empresas tecnológicas abusen de su posición de dominio en el mercado

¹⁰⁶ Decisión de la CE de 03/10/2014, asunto M.7217 – Facebook/WhatsApp.

¹⁰⁷ COMISIÓN EUROPEA: “Mergers: Comisión fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover”. Comisión Europea. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369

¹⁰⁸ Decisión de la Bundeskartellamt del 06-02-2019, asunto B6-22/16-Facebook.

¹⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA.: “Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos.” Comisión Europea. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ganda_20_2349

para imponer condiciones injustas a los competidores y usuarios.

- Falta de competencia: Busca fomentar la competencia en el mercado digital, especialmente en lo que se refiere a los guardianes de acceso.
- Actividades ilegales: Busca acotar parte de las actividades ilegales que se llevan a cabo en el mercado digital.

Además, la propuesta de 2020 de la DMA, se hizo conjuntamente con la propuesta de “Ley de Servicios Digitales”, DSA por sus siglas en inglés (Digital Services Act), ambas conjuntamente pretenden establecer un entorno digital más seguro mediante un marco legislativo igualitario e unitario dentro de la Unión Europea, pero la DSA tiene objetivos distintos respecto a la DMA:¹¹⁰

- Actualizarlas “normas horizontales que definen las responsabilidades y obligaciones de los prestadores de servicios digitales”¹¹¹ en la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, con la finalidad de crear un espacio seguro donde se garanticen los derechos de los consumidores.¹¹²
- Proporcionar seguridad jurídica y armonización de normas.
- Facilitar la puesta en marcha y expansión de los servicios digitales.
- Garantizar una protección a los usuarios.
- Mejorar los mecanismos de eliminación de contenidos ilícitos y protección efectiva de los derechos fundamentales de los usuarios.

Es decir, la DSA se enfoca en crear un espacio seguro para los consumidores, en cambio, la DMA lo que hace es establecer un marco jurídico para aquellos mercados en los que existan guardianes de acceso, para conseguir unos mercados

¹¹⁰ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 78-79.

¹¹¹ DSA, p. 1.

¹¹² COMISIÓN EUROPEA: “Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea seguro y responsable. Comisión Europea”. Disponible en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es

justos y competitivos.

4.1. Marco jurídico previo

Antes de la aprobación de la DMA, y ante la falta de regulación de los mercados digitales, tanto la Unión Europea como sus países miembros necesitaban aplicar otro marco legislativo, aunque resultasen insuficientes.

4.1.1. Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, establece las normas para la prestación de servicios de comunicación audiovisual en los Estados miembros de la Unión Europea. Aunque esta directiva no se enfoca específicamente en regular los mercados digitales, es relevante en el contexto de los mercados digitales porque establece las reglas para la protección de los derechos de los consumidores y la promoción de la diversidad cultural en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual.¹¹³

En España, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual compendió la normativa vigente aún válida en el sector audiovisual y traspuso la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Además, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establecen mecanismos para garantizar el principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el sector audiovisual.¹¹⁴

La Directiva 2010/13/UE establece las normas para la prestación de

¹¹³ Parlamento Europeo y del Consejo. (2010). Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010.

¹¹⁴ UR-Lex. (2018). TEXTO consolidado: 32010L0013 — ES — 18.12.2018.

servicios de comunicación audiovisual en los Estados miembros de la Unión Europea, y busca garantizar la protección de los derechos de los consumidores y la promoción de la diversidad cultural en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual. Aunque no se enfoca específicamente en regular los mercados digitales, es relevante en el contexto de los mercados digitales porque establece las reglas para la protección de los derechos de los consumidores y la promoción de la diversidad cultural en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual.

4.1.2. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas

El Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, es una normativa de la Unión Europea que establece las reglas para el control de las concentraciones entre empresas y tiene como objetivo evitar que las fusiones y adquisiciones entre empresas tengan un efecto negativo en la competencia en el mercado común europeo. En relación con los mercados digitales, el Reglamento 139/2004 es relevante porque las grandes empresas tecnológicas a menudo adquieren a sus competidores más pequeños para expandir su presencia en el mercado digital. El reglamento establece que las concentraciones que cumplan ciertos umbrales deben ser notificadas a la Comisión Europea para su aprobación antes de que se lleven a cabo. La Comisión Europea tiene la autoridad para aprobar, prohibir o condicionar las concentraciones notificadas.¹¹⁵

En el contexto de los mercados digitales, el Reglamento 139/2004 es una herramienta importante para garantizar la competencia efectiva en el mercado digital y evitar que las grandes empresas tecnológicas abusen de su posición dominante en el mercado. La Comisión Europea ha utilizado el reglamento para revisar y aprobar o prohibir varias fusiones y adquisiciones en el mercado digital, como la adquisición de WhatsApp por parte de Facebook en 2014 y la adquisición de Fitbit por parte de Google en 2020.

El Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, es relevante en el contexto de

¹¹⁵ ENGRA, J.C., RODRÍGUEZ ENCINAS, A.: “El sistema de control de concentraciones en la UE. Uría Menéndez”. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1590/documento/032artARE.pdf?id=1913>

los mercados digitales porque establece las reglas para el control de las concentraciones entre empresas y tiene como objetivo evitar que las fusiones y adquisiciones entre empresas tengan un efecto negativo en la competencia en el mercado común europeo. La Comisión Europea ha utilizado el reglamento para revisar y aprobar o prohibir varias fusiones y adquisiciones en el mercado digital para garantizar la competencia efectiva en el mercado digital.

4.1.3. Ley de Protección al Consumidor

La Ley de Protección al Consumidor es una normativa relevante en el contexto de los mercados digitales, ya que busca garantizar los derechos de los consumidores en sus transacciones en línea. Aunque no se hace referencia específica a una ley con ese nombre en los resultados de búsqueda proporcionados, se mencionan otros documentos y normativas relacionadas con la protección al consumidor en el ámbito digital. Algunos de sus aspectos generales son:¹¹⁶

- Derechos del consumidor en el mundo digital: Los consumidores tienen derechos específicos cuando realizan compras de bienes y servicios a través de internet. Estos derechos incluyen el derecho a conocer la identidad del vendedor, el derecho a conocer los gastos de envío y las condiciones de compra, y el derecho a la confirmación de la compra.¹¹⁷
- Directivas y recomendaciones de la Unión Europea: La Unión Europea ha emitido directivas y recomendaciones para proteger a los consumidores en el comercio electrónico y los mercados digitales. Por ejemplo, la Directiva 2010/13/UE establece disposiciones para la protección de los consumidores en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual.¹¹⁸
- Regulación de las plataformas en línea: Existen esfuerzos para regular las plataformas en línea y garantizar la protección del consumidor en sus

¹¹⁶ OECD: "OECD Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-Commerce", Publishing, Paris, Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264255258-en>

¹¹⁷ MINISTERIO DEL CONSUMO: "Los derechos del consumidor en el mundo digital. Sus derechos avanzan." Disponible en <https://www.consumo.gob.es/es/consumo/divulgacion/diaMundial/2019>

¹¹⁸ PARLAMENTO EUROPEO: "La DMA y DSA explicadas". Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20211209STO19124/la-ley-de-mercados-digitales-y-la-ley-de-servicios-digitales-explicadas>

transacciones. La Ley de Mercados Digitales y la Ley de Servicios Digitales son ejemplos de normativas que buscan crear un entorno digital más seguro y proteger los derechos fundamentales en línea.

- Cooperación internacional: Organismos internacionales como la OCDE y la UNCTAD también han emitido recomendaciones y documentos sobre la protección al consumidor en el comercio electrónico y los mercados digitales. ¹¹⁹Estos documentos buscan fomentar la confianza en los mercados digitales y promover una mayor protección del consumidor.¹²⁰

4.2. Aprobación

El proceso de aprobación de la DMA ha sido un proceso largo y complejo que involucró a distintas instituciones y ha pasado por varias etapas:

- 1- En diciembre de 2020, se presenta una propuesta de Ley de Mercados Digitales por la Comisión Europea,¹²¹ con el objetivo de regular el comportamiento de las grandes plataformas digitales, ahora denominados “*gatekeepers*”. El texto, aprobado por el Parlamento por 642 votos a favor, 8 en contra y 46 abstenciones, establece nuevas obligaciones y prohibiciones directamente aplicables a dichas plataformas para garantizar unos mercados justos y abiertos.¹²²
- 2- Tras un periodo de negociación de menos de un año, el 25 de noviembre de 2021, los Estados Miembros acordaron unánimemente el texto legal.¹²³

¹¹⁹ OECD: “OECD Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-Commerce”, Publishing, Paris, Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264255258-en>

¹²⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: “Protección de los consumidores en el comercio electrónico”. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/cicplpd7_es.pdf

¹²¹ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.” Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0842>

¹²² CENTRO COMPETENCIA : “La Digital Markets Act avanza en Europa: principales modificaciones del Parlamento y Consejo Europeo”. Disponible en <https://centrocompetencia.com/avance-dma-principales-modificaciones-del-parlamento-y-consejo/>

¹²³ CONSILIUM EUROPA: “Ley de Mercados Digitales: el Consejo da su aprobación definitiva a nuevas normas para la competencia leal en línea.” Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/#:~:text=El%2025%20de%20noviembre%20de,la%20Ley%20de%20Mercados%20Digitale>

- 3- El 24 de marzo de 2022, el Parlamento Europeo y el Consejo acuerdan el texto provisional de la DMA, que posteriormente en mayo de 2022 se validó por los representantes de los Estados Miembros.¹²⁴
- 4- El 5 de julio de 2022, el Parlamento Europeo dio su aprobación final a la DMA. Poco después el 18 de julio de 2022 la aprueba también el Consejo de la Unión Europea.¹²⁵
- 5- Finalmente, la DMA entró en vigor el 1 de noviembre de 2022, pero no se comenzó a aplicar hasta pasados 6 meses desde la fecha, es decir el 2 de mayo de 2023.¹²⁶

4.3. Análisis DMA

4.3.1. Naturaleza Jurídica

La cuestión que surge ante esta propuesta legislativa en cuanto a su naturaleza jurídica está en determinar si nos encontramos ante una ley dentro del Derecho de la competencia, o, sin embargo, es una intervención sobre el fenómeno especial de los mercados digitales.¹²⁷

Existen varias razones por la cual la DMA no se puede incluir dentro del Derecho de la competencia:

- La primera de ellas es sobre la base jurídica por la que se redacta esta ley, y es que la Comisión se basa en el artículo 114 TFUE,¹²⁸ en vez del 103 TFUE que es el propio para incluirlo dentro del derecho de la competencia.

S.

¹²⁴ CENTRO COMPETENCIA: “La Digital Markets Act avanza en Europa: principales modificaciones del Parlamento y Consejo Europeo.” Disponible en <https://centrocompetencia.com/avance-dma-principales-modificaciones-del-parlamento-y-consejo/>

¹²⁵ DPL NEWS: “Parlamento Europeo da aprobación final para regular gigantes tecnológicos”. Disponible en <https://dplnews.com/parlamento-europeo-da-aprobacion-final-para-regular-gigantes-tecnologicos/>

¹²⁶ CONSILIUM EUROPA: “Ley de Mercados Digitales: el Consejo da su aprobación definitiva a nuevas normas para la competencia leal en línea.” Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/#:~:text=El%2025%20de%20noviembre%20de,la%20Ley%20de%20Mercados%20Digitale>

S.

¹²⁷ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 78-88.

¹²⁸ DMA, p. 1.

El 114 TFUE lo que hace es permitir la toma de medidas para el funcionamiento de mercado interior, que encaja más con la naturaleza de la DMA.

- En segundo lugar, la DMA nace con el objetivo de solucionar los problemas que impedían a las autoridades actuar adecuadamente frente a las prácticas abusivas de los guardianes de acceso. Sin embargo, si tuviese una naturaleza afín al Derecho de la competencia, el objetivo sería más bien buscar un libre y justa competencia del mercado para proteger al consumidor.
- Por último, el derecho de la competencia actúa con carácter ex post, es decir, una vez demostrada la práctica anticompetitiva de la empresa, sin embargo, la DMA tiene carácter ex ante, que busca establecer una serie de reglas y principios que se aplicarán generalmente por el mercado, por lo que actúa antes de las posibles prácticas anticompetitivas.

Aunque es cierto que visto los caracteres de la economía digital aparentemente es más apropiado que tenga un carácter ex ante, lo cierto es que también ha sido criticado, debido a su complejidad ya que es fácil de que se de una regulación excesiva o insuficiente, además de una necesidad de revisión constante adaptándose a las nuevas circunstancias.¹²⁹ Aunque no se incluya dentro del Derecho de la competencia, eso no quiere decir que su aplicación conjunta no sea primordial para la consecución de sus objetivos.

La Evaluación de Impacto prevé tres posibilidades de llevar a cabo la regulación ex ante:¹³⁰

- Marco de regulación no dinámico, se refiere a un conjunto de normas y reglamentos que no se adaptan a los cambios en el entorno empresarial y social. Estos marcos de regulación son estáticos y no se actualizan para abordar los nuevos desafíos y oportunidades que surgen en el mundo

¹²⁹ LEE-MAKIYAMA, H. YNARAYANAN B: "Economic Cost of Ex Ante Regulations". *ECIPE occasional paper* 07/2020.

¹³⁰ COMISIÓN EUROPEA: "Digital Markets Act Impact Assessment support study: Executive Summary and Synthesis Report". *Oficina de Publicaciones de la UE*, Luxemburgo, p. 22.

empresarial. Son autoaplicables de por sí.

- Marco de regulación dinámico, se adapta a los cambios en el entorno empresarial y social. Este tipo de marco de regulación es flexible y se actualiza regularmente para abordar los nuevos desafíos y oportunidades que surgen en el mundo empresarial. Un marco de regulación dinámico permite a las empresas adaptarse a los cambios en el mercado y aprovechar las nuevas oportunidades.
- Marco de regulación semidinámico, una mezcla de los anteriores, hay ciertas medidas autoaplicables que serán rígidas, como por ejemplo la designación de los guardianes de acceso, pero también habrá disposiciones susceptibles de adaptación a las nuevas circunstancias.

De estas tres opciones, la más adecuada es la tercera, ya que es capaz de otorgar ciertas disposiciones fijas que darán seguridad jurídica, pero, también podrá adaptarse a cualquier cambio.¹³¹

4.3.2. *Ámbito de aplicación*

4.3.2.1. *Subjetivo. Los guardianes de acceso*

El alcance de la DMA no se aplica a todas las empresas digitales, sino que se centra en aquellas que ostentan una posición dominante en el mercado, es decir, los llamados guardianes de acceso o *gatekeepers*. A diferencia de la DSA que sí se aplica a todas las empresas del mercado.¹³²

Guardián de acceso es un término que se utiliza para referirse a una entidad o plataforma que tiene el control y poder de decisión sobre el acceso a ciertos recursos o servicios. En el contexto digital, se refiere a una plataforma en línea, como Amazon, Facebook o Google, que controla el acceso a una gran cantidad de usuarios y datos, y que tiene una gran influencia en el mercado digital. Los *gatekeepers* pueden tener un impacto significativo en la economía digital y en la sociedad en general, y, por lo tanto, se han propuesto medidas regulatorias para

¹³¹ ANDERSON, J. Y MARINIELLO M.: "Regulating big tech: the Digital Markets Act", Disponible en <https://www.bruegel.org/blog-post/regulating-big-tech-digital-markets-act>

¹³² TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 88.

limitar su poder y evitar posibles prácticas anticompetitivas.¹³³

Como condición previa, estas empresas tienen que ser designadas como guardianes de acceso para al menos uno de los denominados «servicios básicos de plataforma» que figuran en la Ley de Mercados Digitales.

Concretamente, para que una empresa entre en el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales debe reunir tres condiciones acumulativas principales:

1. Tener un tamaño que incida en el mercado interior: se considera que es el caso si la empresa alcanza un volumen de negocios anual de la Unión igual o superior a 7 500 millones de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o si su capitalización media de mercado o su valor justo de mercado equivalente ascendió al menos a 75 000 millones de euros en el último ejercicio, y presta un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.
2. Controlar una pasarela importante entre los usuarios profesionales y los consumidores finales: se considera que es el caso si la empresa explota un servicio básico de plataforma que tenga como media más de 45 millones de usuarios finales activos establecidos o localizados en la UE al mes y más de 10 000 usuarios profesionales activos establecidos en la UE al año en el último ejercicio.
3. Ocupar una posición arraigada y duradera: se considera que es el caso si la empresa cumple el segundo criterio en cada uno de los tres últimos ejercicios.

Aunque se suponga que las empresas que cumplen los criterios anteriores son guardianes de acceso, tienen la oportunidad de refutar la presunción y presentar argumentos fundamentados para demostrar que, debido a circunstancias excepcionales, no deben ser designadas como tales a pesar de

¹³³ COMISIÓN EUROPEA: “Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos.” Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ganda_20_2349

cumplir todos los umbrales.

Por el contrario, la Comisión puede iniciar una investigación de mercado para evaluar con más detalle la situación específica de una empresa determinada y decidir, no obstante, designarla como guardián de acceso sobre la base de una evaluación cualitativa, aunque no cumpla los umbrales cuantitativos.

Con la entrada en vigor de la DMA, antes del 3 de julio de 2023 los posibles guardianes de acceso tenían la obligación de notificar a la Comisión sobre si sus servicios básicos cumplen con los requisitos que la DMA recoge. Una vez recibidas las notificaciones, la Comisión disponía de 45 días hábiles para evaluar si se cumplen los requisitos de la ley, el 6 de septiembre de 2023, designa a seis guardianes de acceso, Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta y Microsoft, de los cuales, han señalado 22 servicios básicos de plataforma de los guardianes de acceso designados. Una vez designados los guardianes de acceso, las empresas designadas tendrán un plazo de 6 meses para cumplir con lo dispuesto en la ley, como tarde el 6 de marzo de 2024.¹³⁴

A continuación, se presenta un cuadro de las empresas designadas con sus respectivas plataformas:

	Red social	Buscador de internet	Plataformas de vídeo	Navegador	Intermediador	Sistema operativo	Publicidad	Mensajería instantánea
Alphabet	-	Google Search	Youtube	Chrome	Google Maps Google Play Google Shopping	Google Android	Google	-
Amazon	-	-	-	-	Amazon Marketplace	-	Amazon	-
Apple	-	-	-	Safari	App Store	iOS	-	-
ByteDance	TikTok	-	-	-	-	-	-	-
Meta	Facebook e Instagram	-	-	-	Meta Marketplace	-	Meta	Whatsapp y Messenger
Microsoft	LinkedIn	-	-	-	-	Windows PC OS	-	-

A parte, la Comisión ha comenzado cuatro investigaciones para estudiar las pretensiones de Apple y Microsoft, que no consideran que ciertos servicios básicos

¹³⁴ COMISIÓN EUROPEA: “ Ley de Mercados digitales: La Comisión designa seis guardianes de acceso”. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4328

que ofrecen como cumplen con las condiciones de la DMA.

4.3.2.2. *Objetivo. Servicios de plataformas básicos*

La economía digital incluye todo tipo de sectores, pero la DMA se aplica a los conocidos como “servicios de plataforma básicos”, que son aquellos que reúnen tres caracteres:¹³⁵

- Alta concentración.
- Dependencia de los usuarios tanto profesionales como consumidores de los guardianes de acceso.
- Incentivos para que los guardianes de acceso actúen indebidamente.

Según el artículo 2.2 del reglamento de la DMA, los servicios de plataforma básicos a los que se aplican estas regulaciones incluyen, con su correspondiente Guardián de acceso:¹³⁶

- 1.** Motores de búsqueda en línea. Con *Google* a través de *Google Search*.
- 2.** Tiendas de aplicaciones. Con *Apple*.
- 3.** Plataformas para compartir vídeos. Con *Google* a través de *YouTube*.
- 4.** Servicios de intermediación en línea. Con *Amazon*.
- 5.** Plataformas de mensajería instantánea.
- 6.** Redes sociales. Con *Facebook*
- 7.** Sistemas operativos. Con *Microsoft*.
- 8.** Navegadores. *Google* a través de *Chrome* o *Apple* a través de *Safari*.

¹³⁵ DMA, p. 1-2.

¹³⁶ DMA. Art. 2.2.

9. Servicios de publicidad en línea. Con *Google Ads, Facebook Ads, Amazon Advertising*.

Estos servicios de plataforma básicos son considerados como los pilares fundamentales del mercado digital y están sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas por la DMA. La DMA busca garantizar unas condiciones equitativas y no discriminatorias en el acceso a estos servicios, así como promover la competencia y la innovación en el mercado digital.¹³⁷

4.3.3. Objetivos

4.3.3.1. Promover los mercados disputables

La concentración de la actividad en las grandes empresas digitales, las barreras de entrada, y demás caracteres de los mercados digitales pueden llevar de por sí fallos de mercado, los cuales los principales perjudicados serán los consumidores.¹³⁸

La DMA se enfoca en reducir o acabar con las barreras de entrada, para que todas las empresas tengan la capacidad de competir con los guardianes de acceso.

Para ello, en los artículos 5 y 6 relativos a las obligaciones y prohibiciones de los guardianes de acceso establecen algunas medidas para tratar de conseguirlo:¹³⁹

- 1.** Obligación de consentimiento para uso de datos personales: Los guardianes de acceso deben obtener el consentimiento de los usuarios para utilizar sus datos personales.
- 2.** Prohibición de cláusulas de paridad: Se prohíbe a los guardianes de acceso imponer cláusulas que les otorguen ventajas competitivas injustas frente a

¹³⁷ ORTID LÓPEZ: “Reglamento de Mercados Digitales: novedades para el tratamiento de datos y servicios de publicidad”. Disponible en <https://www.programaticaly.com/opinion/reglamento-de-mercados-digitales-novedades-para-el-tratamiento-de-datos-y-servicios-de-publicidad>

¹³⁸ MADIEGA, T.: “DIGITAL MARKETS ACT”. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI\(2021\)690589_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI(2021)690589_EN.pdf)

¹³⁹ DMA, art 5 y 6.

otros proveedores de servicios.

- 3.** Prohibición de disposiciones "anti-steering": Se prohíbe a los guardianes de acceso adoptar medidas que restrinjan o dificulten a los usuarios cambiar de proveedor de servicios o utilizar servicios de la competencia.
- 4.** Prohibición de restricciones de uso: Los guardianes de acceso no pueden imponer restricciones injustificadas en el uso de sus servicios por parte de los usuarios.
- 5.** Prohibición de impedir contactos con las autoridades: Se prohíbe a los guardianes de acceso obstaculizar o dificultar los contactos de los usuarios con las autoridades competentes.
- 6.** Prohibición a los guardianes de acceso utilizar los datos obtenidos a través de su plataforma para competir con sus clientes empresariales. Esta prohibición tiene como objetivo evitar que los guardianes de acceso utilicen información confidencial de sus clientes para crear productos o servicios que compitan directamente con ellos. Es importante destacar que esta prohibición se aplica únicamente a los clientes empresariales, es decir, a aquellas empresas que utilizan los servicios de los guardianes de acceso para ofrecer sus propios productos o servicios. La prohibición no se aplica a los usuarios finales de la plataforma, que son aquellos que utilizan los servicios de los clientes empresariales.

4.3.3.2. Promover los mercados equitativos

Un mercado equitativo es aquel que se caracteriza por la igualdad de oportunidades y la ausencia de prácticas de competencia desleal o monopolios. En el contexto DMA de la Unión Europea, un mercado equitativo se refiere a un mercado digital justo y abierto, en el que los guardianes de acceso cumplen con una serie de obligaciones y prohibiciones para evitar prácticas de competencia desleal y la creación de monopolios en el mercado digital. Las formas para conseguir una mayor equidad son:

- Establecimiento de criterios estrictamente definidos para considerar a una

gran plataforma en línea como "guardianes de acceso": La DMA se concentra en el problema de las grandes plataformas sistémicas y establece criterios para considerar a una empresa como guardiana de acceso. Esto permite que la DMA se centre en las empresas que tienen una posición económica fuerte, un impacto significativo en el mercado interior y actividades en muchos países de la UE, y que tienen una sólida posición de intermediadora, lo que les permite poner en contacto a una amplia base de usuarios con un gran número de empresas.¹⁴⁰

- Obligaciones y prohibiciones para los guardianes de acceso: La DMA establece una serie de obligaciones y prohibiciones para los guardianes de acceso del sector digital, con el objetivo de evitar que estos impongan unas condiciones para el uso y disfrute de sus servicios, tanto a las empresas (clientes profesionales) como a los usuarios finales. Estas obligaciones y prohibiciones buscan garantizar unos mercados digitales justos y abiertos, promoviendo la competencia y protegiendo los derechos de los usuarios y las empresas.
- Sanciones por incumplimiento: La DMA prevé la posibilidad de imponer sanciones por incumplimiento de hasta el 10 % del volumen de negocios anual total de la empresa a nivel europeo. Esta medida busca garantizar el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en la DMA y promover unos mercados digitales justos y abiertos.¹⁴¹

4.3.3.3. Evitar la fragmentación del mercado interior

El mercado interior de la Unión Europea es un área de prosperidad y libertad que brinda acceso a mercancías, servicios, empleo, oportunidades de negocio y riqueza cultura.¹⁴²La fragmentación del mercado interior puede tener consecuencias negativas, como la dificultad para la competencia efectiva, la reducción de la productividad, la competitividad, el crecimiento económico y el

¹⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA: "Ley de Mercados Digitales: para unos mercados digitales justos y abiertos". Disponible en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_es

¹⁴¹ AYUDALEY: "La Ley de Mercados Digitales (DMA) ¿Qué es? ¿A quién afecta?" Disponible en <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2023/05/17/ley-mercados-digitales/>

¹⁴² PARLAMENTO EUROPEO: "El mercado interior: principios generales". Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/33/el-mercado-interior-principios-generales>

empleo, y el elevado coste económico que supone en términos de prosperidad, empleo y bienestar de los ciudadanos.¹⁴³ Este objetivo es un medio para conseguir un mercado digital único para beneficio de los consumidores.

La Unión Europea ha visto cómo los guardianes de acceso han ido ostentando cada vez más poder, preocupando así a sus Estados miembros, que, para evitarlo, realizan intentos de legislaciones nacionales que tratan de resolver el problema, pero ello provoca una división de normativa en el sector, y, por lo tanto, una división.¹⁴⁴

Y la realidad es que estas plataformas tienen un rango mayor de actuación que el nacional, es más bien internacional, y lo que va a hacer esta fragmentación legislativa, es incrementar el coste de las empresas a adaptarse a cada sistema legislativo, incluyendo las pequeñas empresas.¹⁴⁵

Por todo esto es necesario una legislación unitaria en la Unión Europea para hacer frente a este tipo de problema y para crear un único mercado digital, ya que, si conseguimos esto, los consumidores se verán beneficiados por el incremento de la competitividad y la innovación, reducción de precios y más posibilidades de elección.

Esta voluntad de legislación y mercado único se refleja en el artículo 1.5 DMA, ya que establece que los Estados miembros no deben imponer obligaciones adicionales a los guardianes de acceso mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que garanticen mercados disputables y equitativos. Sin embargo, esto no impide que los Estados miembros impongan obligaciones a las empresas en cuestiones que no están cubiertas por este Reglamento, siempre y cuando estas obligaciones sean compatibles con el Derecho de la Unión y no se deriven de la consideración de las empresas afectadas como guardianes de acceso en el sentido del presente Reglamento. En resumen, se busca evitar la fragmentación del mercado interior de la UE y garantizar la

¹⁴³ Ley 20/2012, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

¹⁴⁴ DMA, Considerando 6.

¹⁴⁵ DMA. Considerando 7

igualdad de condiciones para todas las empresas que operan en él.¹⁴⁶

4.3.4. Contenido

4.3.4.1. Obligaciones

El contenido de la DMA es sobre todo de carácter obligacional para los guardianes de acceso, lo que hace la DMA, es establecer una serie de criterios para identificar a estos guardianes de acceso, y les marca unas pautas de comportamiento.¹⁴⁷

La estructura obligacional que nos da la DMA es la siguiente:¹⁴⁸

- Artículo 5: Obligaciones de los Guardianes de acceso: se incluyen las obligaciones de auto ejecución, son las de más tajante prohibición. Alguno de sus puntos clave son:
 - Las empresas que se consideran guardianes de acceso deben permitir a los usuarios transferir sus datos a otros servicios si así lo desean.
 - Las empresas deben permitir a los usuarios utilizar aplicaciones y servicios de terceros en sus plataformas, siempre que cumplan con ciertos requisitos técnicos y de seguridad.
 - Las empresas deben proporcionar a los usuarios información clara y transparente sobre cómo se utilizan sus datos y cómo se clasifican los productos y servicios en sus plataformas.
 - Las empresas deben permitir a los usuarios elegir entre diferentes opciones de pago y no imponer condiciones exclusivas a los proveedores de servicios de pago.
 - Las empresas deben garantizar la interoperabilidad de sus servicios

¹⁴⁶ DMA, p.7.

¹⁴⁷ SAYOL, C. & DE LA VEGA, D. (Octubre 2022), "Anatomía de una norma: el Reglamento de Mercados Digitales ("DMA")", *Pérez-Llorca*.

¹⁴⁸ DMA, art. 5 y 6.

con los de otros proveedores, siempre que sea técnicamente posible y económicamente viable.

- Artículo 6: Obligaciones de los guardianes de acceso susceptibles de especificación:
 - No emplear datos por los que puedas obtener públicamente o aquellos que son generados por la actividad de los usuarios profesionales.
 - Permitir a los usuarios la desinstalación de programas preinstalados en los productos de los guardianes de acceso o sus sistemas operativos.
 - Permitir a los usuarios la instalación de programas de terceros en los dispositivos o sistemas operativos del guardián de acceso.
 - No tratar desigualmente a productos o servicios de terceros en el sistema operativo o dispositivo del guardián de acceso.
 - No restringir técnicamente la capacidad del usuario final para utilizar programas de aplicación y servicios accesibles mediante el sistema operativo.
 - Garantizar que todos los usuarios profesionales y proveedores de servicios tengan las mismas oportunidades de acceder y usar sistemas operativos, dispositivos o software, al igual que el proveedor principal de servicios.
 - Asegurar que los datos puedan ser transferidos de manera efectiva según el RGPD, incluido el acceso constante y en tiempo real a esos datos, de manera que los usuarios puedan mover su información de un lugar a otro de manera fluida y segura.
 - Habilitar a los usuarios profesionales y terceros autorizados por ellos para acceder de manera constante y en tiempo real a los datos que

han sido proporcionados o creados, tanto los que han sido combinados como los que no.

- Incorporar términos y condiciones justos y no discriminatorios de acceso a las tiendas de programas de aplicación.

4.3.4.2. *Suspensión y exención*

Una vez identificadas las obligaciones, es importante conocer también los casos de suspensión y exención de estas obligaciones, es decir, que existe la posibilidad de limitar estas medidas.

La suspensión está contemplada en el artículo 9 DMA, plantea la posibilidad de que la Comisión pueda adoptar un acto de ejecución suspendiendo la obligación a petición del guardián de acceso, cuando el cumplimiento de la obligación sea demasiado perjudicial, hasta tal punto que las operaciones que realice en la Unión Europea sean inviables económicamente.¹⁴⁹

La suspensión una vez concedida se determinará si es total o parcial, indicando la Comisión el alcance de esta. Además, será revisada anualmente para comprobar que continúa la misma situación que otorgó la suspensión. También, para los casos urgentes, se prevé la posibilidad de una suspensión provisional.

En lo referido a la exención, se contempla en el artículo 10 DMA, y al igual que con la suspensión, es la Comisión la que tiene la potestad de adoptarla, puede hacerse a petición del guardián de acceso o de oficio por la Comisión.¹⁵⁰

Los casos que justifican la exención son aquellos relativos a la salud o seguridad pública. La salud pública entendida por la Organización Mundial de la Salud como aquella respuesta organizada encaminada a proteger, promover y mantener la salud de la comunidad, además de prevenir lesiones o enfermedades.

¹⁵¹La seguridad pública se refiere a la protección de la integridad física y patrimonial de todos los ciudadanos, además de la prevención de riesgos o daños, tanto

¹⁴⁹ DMA, art. 9.

¹⁵⁰ DMA, art. 10.

¹⁵¹ Organización Mundial de la Salud (OMS): “Preguntas más frecuentes.” Disponible en <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>

nacional como internacional.¹⁵²

4.3.4.3. Régimen sancionador

Las sanciones pretenden motivar a los guardianes de acceso para que actúen conforme a sus deberes jurídicos, según Kelsen, en los sistemas normativos existen dos formas de hacer cumplir con la ley. Directa cuando son los individuos quienes cumplen voluntariamente las normas por sí mismos, porque les beneficia, por ejemplo. Por otro lado, la indirecta, en la que los individuos cumplen con esta ley para no ser sancionados negativamente.¹⁵³ Por lo tanto, la DMA haría cumplir de una manera indirecta, ya que afecta a la posición de dominio de los guardianes de acceso, lo que hace necesario imponer sanciones.

Antes de sancionar, la Comisión adoptará un acto de ejecución en el que se declare el incumplimiento, sin esta decisión de incumplimiento no sancionará.¹⁵⁴ Tenemos dos principales tipos de sanciones, y para los casos de incumplimiento sistemático, un procedimiento sancionador distinto.

- *Multas sancionadoras*

Recogidas en el artículo 30, este tipo de multas no sólo se aplican a los guardianes de acceso, al resto de empresas también. Establece multas de hasta el 10% del volumen de negocios total a nivel mundial para aquellos que incumplan las siguientes condiciones:¹⁵⁵

- Obligaciones de los artículos 5, 6 y 7.
- Medidas de la Comisión adoptadas de acuerdo con el artículo 8 apartado 2.
- Medidas correctoras establecidas en el artículo 18 apartado 1.

¹⁵² COMENDADOR GARCÍA, V.M.: “La seguridad pública como concepto jurídico.” en *Diario la Ley*, núm 9768, 2021.

¹⁵³ PULIDO ORTIZ, P.E.; “La fuerza del derecho: sanciones, coerción y coacción. En *Revista de fundamentación de las instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos*, núm 81, 2019, pp 167-173.

¹⁵⁴ DMA, art. 29.

¹⁵⁵ DMA, art 30.

- Medidas cautelares del artículo 24.
- Compromisos que son jurídicamente vinculantes del artículo 25.

El artículo también prevé la posibilidad de imponer una multa mayor de hasta el 20% cuando exista un incumplimiento reiterado de los artículos 5, 6 y 7. Además, para los casos en los que incumplan con el deber de proporcionar verazmente la información, se impondrá una multa del 1% del volumen de negocios total a nivel mundial.¹⁵⁶

- *Multas coercitivas*

Se establece la posibilidad de que la Comisión pueda imponer a las empresas, tanto guardianes de acceso como asociaciones de empresas, multas coercitivas del 5% del promedio diario del volumen de negocios a nivel mundial, en el objetivo de forzarlas a:¹⁵⁷

- Cumplir con las medidas de la Comisión adoptadas de acuerdo con el artículo 8.
- Cumplir con decisiones adoptadas de acuerdo con el artículo 18 apartado 1.
- Dar la información veraz en el plazo establecido por una solicitud de información realizada de acuerdo con el artículo 21.
- Garantizar el acceso a las bases de datos y algoritmos en respuesta a una solicitud de acuerdo con el artículo 21, además de dar justificaciones sobre los mismos,
- Permitir investigaciones ordenadas de acuerdo con el art 23.
- Cumplir las medidas cautelares adoptadas con arreglo al artículo 24.

¹⁵⁶ DMA, art. 30.2 y 30.3.

¹⁵⁷ DMA, art. 31.1.

- Cumplir con los compromisos jurídicamente vinculantes del artículo 25 apartado 1.
- Cumplir con decisiones adoptadas de acuerdo con el artículo 29 apartado 1.
- *Medidas para el incumplimiento sistemático*

La ley prevé una serie de medidas para los casos de incumplimiento sistemático, entendiendo el incumplimiento sistemático como aquel en el que la Comisión haya adoptado tres decisiones de incumplimiento de los artículos 5, 6 y 7 en un periodo de ocho años.

Estas medidas comienzan con un procedimiento de investigación de mercado en un plazo de 12 meses. Al concluir el procedimiento la Comisión manifestará si se ha producido o no un incumplimiento sistemático.¹⁵⁸

En el caso de que se declare un incumplimiento sistemático, la Comisión podrá tomar una serie de medidas estructurales o correctoras de comportamiento para garantizar el cumplimiento efectivo del Reglamento. Estas medidas pueden ser:

- Ventas de unidades de activos.
- Venta de derechos de propiedad intelectual.
- Venta de marcas.
- Prohibición de compra de empresas del sector.

4.3.4.4. *Plazos de prescripción*

- Para la imposición de sanciones

El artículo 32 establece un plazo de 5 años, comenzando desde el día en el

¹⁵⁸ DMA, art.18,1.

que se produjo la infracción, en el caso de ser continuada, desde que cese la actividad infractora.¹⁵⁹ Se puede interrumpir el plazo mediante la investigación por parte de la Comisión, reiniciándose el cómputo del plazo sin llegar a superar los 10 años totales. En cuanto a la suspensión, se producirá cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea esté pendiente de resolución.

- Para la ejecución de sanciones

El artículo 33 establece también un plazo de 5 años, desde el día en que la decisión sea definitiva. La interrupción se puede producir por notificación de una decisión modificadora, por la denegación de una solicitud modificadora y por cualquier acto de la Comisión o un Estado miembro que actúe a instancia de la Comisión que esté destinado a la recaudación por vía ejecutiva de la multa. En cuanto a la suspensión, se producirá durante el plazo concedido para el pago o mientras dure la suspensión de recaudación por vía ejecutiva en virtud de una resolución del Tribunal de Justicia o de un órgano jurisdiccional nacional.¹⁶⁰

4.4. El acceso a los datos en la DMA

Como hemos visto anteriormente, los guardianes de acceso tienen la capacidad de conectar a los usuarios profesionales con los usuarios finales a través de sus servicios, lo que les permite recopilar y tener acceso a los datos de todo tipo de usuarios. Como consecuencia de ello, las barreras de entrada del resto de competidores son demasiado altas, aumentando la probabilidad de que los mercados no funcionen adecuadamente.¹⁶¹

Por ello la DMA establece una serie de comportamientos relacionados con los datos, con el doble objetivo de disminuir las barreras de entrada y las prácticas desleales con usuarios profesionales y, además, reforzar la protección y privacidad del consumidor.¹⁶²

- No mezclar datos personales que procedan del servicio básico de plataforma con los que procedan de otros servicios, salvo que exista un

¹⁵⁹ DMA, art. 32.

¹⁶⁰ DMA, art. 33.

¹⁶¹ DMA, Considerando 3.

¹⁶² TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp. 114-118.

consentimiento informado de acuerdo con el RGPD.¹⁶³

- No utilizar datos no accesibles públicamente generados, o en el contexto de la actividad de usuarios profesionales en el servicio de plataforma básico, para competir con estos usuarios profesionales.¹⁶⁴
- Proporcionar a los usuarios finales y terceros autorizados, a petición de estos, la portabilidad efectiva de los datos proporcionados por el usuario final, así como el acceso continuo y en tiempo real.¹⁶⁵
- Proporcionar a los usuarios profesionales y terceros autorizados, a petición de estos, la portabilidad efectiva de los datos proporcionados por el usuario final, así como el acceso continuo y en tiempo real.¹⁶⁶

Por lo tanto, la DMA regula una doble dimensión en materia de datos. Por un lado, limita el uso de los datos que los guardianes de acceso pueden hacer con estos, y por el otro lado, permite tanto a los usuarios profesionales como finales tanto la portabilidad efectiva como el acceso continuo y real.

Examinando más en profundidad el derecho de acceso que está específicamente regulado en el artículo 6 apartado 9 y apartado 10. Y la realidad hasta ahora, es que las grandes empresas justificaban el cumplimiento del RGPD en herramientas que permitían a los usuarios descargar aquellos datos que habían subido previamente, pero no los generados por su actividad en la plataforma.¹⁶⁷

Lo que intentan el apartado 9 y 10 del artículo 6 es garantizar un correcto cumplimiento del RGPD, haciendo que los guardianes de acceso den realmente a los usuarios acceso a los datos generados. Por eso es importante saber a qué se refiere con portabilidad de datos efectiva y el acceso continuo y en tiempo real:

- La portabilidad de datos efectiva se refiere al derecho que tienen los

¹⁶³ DMA, art. 5.2 b).

¹⁶⁴ DMA, art 6.2.

¹⁶⁵ DMA, art. 6.9.

¹⁶⁶ DMA, art 6.9.

¹⁶⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST: "Investigation of Competition in Digital Markets." Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

interesados, en este caso los usuarios, a recibir los datos de una forma que puedan comprenderlos, y permitir la transmisión directa de estos datos entre plataformas.

- El acceso a los datos en tiempo real es una portabilidad de datos, pero con la diferencia de que se pueden acceder y utilizar en el momento que se generan o actualizan sin ningún retraso significativo. Esto facilita que los usuarios utilicen al mismo tiempo servicios de competidores y que se disminuyan los costes de cambio entre unos y otros.

4.4.1. Relación del derecho de acceso a los datos entre la DMA y el RGPD

Una cuestión esencial para entender la relación entre la DMA y el RGPD es que la DMA impone a los guardianes de acceso la obligación de permitir el acceso a los datos personales tanto a usuarios finales o profesionales como a terceros, por otro lado, el RGPD establece la privacidad de los datos personales. Por ello, existe un debate entre la privacidad que establece el RGPD y el uso compartido de datos de la DMA.¹⁶⁸

De acuerdo con el artículo 6 apartados 9 y 10, los usuarios profesionales también tienen acceso a los datos de los usuarios finales.¹⁶⁹ Por ello, la DMA también establece la condición de que los usuarios finales presten su consentimiento de acuerdo con lo establecido en el RGPD, pero que, para ser válido, es necesario dar al usuario final la información sobre la finalidad del tratamiento, que además debe ser legítima y estar claramente especificada.¹⁷⁰ Por lo tanto, la DMA como el RGPD se aplicarán conjuntamente para garantizar la protección de datos de los usuarios.

4.4.2. Posibles consecuencias del derecho de acceso

Toda medida adoptada en la DMA en relación del derecho de acceso a los datos tiene un objetivo que la Unión Europea espera que se cumpla, pero, es

¹⁶⁸ GASCÓN MACÉN, A.: "El Reglamento General de Protección de datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea." *En Cuadernos de derecho transnacional*, vol 13, núm 2, 2021, pp. 209-232.

¹⁶⁹ TAMAYO VELASCO, B.J., *cit*, pp 118.

¹⁷⁰ RGPD, art. 4.11.

conveniente también analizar más allá, y analizar las posibles consecuencias que pueden tener estas medidas en relación con el mercado.

Existen tres ámbitos en los que la DMA pueda tener consecuencias inesperadas, incluso podría llegar a afectar negativamente en el mercado:¹⁷¹

- La primera de ellas es la medida que impide a los guardianes de acceso restringir el acceso a sus plataformas, que tiene el objetivo de permitir a los usuarios poder disponer de cualquier tipo de plataforma en cualquier tipo de dispositivo libremente, favoreciendo así aparentemente la competitividad del mercado. Esta medida también podría disminuir la innovación, ya que el libre acceso también permitiría que todos los usuarios en sus dispositivos acaben utilizando una única plataforma, sin que las pequeñas empresas puedan proteger su plataforma en sus dispositivos, llevando el mercado a una situación monopolista, en el que los competidores no se atreven a innovar ni a invertir en plataformas porque no tienen posible acceso al mercado.
- La segunda medida que exige a las plataformas compartir a usuarios y terceros interesados aquellos datos generados en la actividad de la propia plataforma y que puedan ser transferibles entre plataformas, con el objetivo de que los usuarios puedan tener acceso a datos relevantes del mercado para facilitar una mayor competitividad. Esta medida puede provocar que los mercados sean menos precisos, en el sentido de que resultará menos atractivo para las grandes empresas que invierten una gran cantidad de dinero que requiere este tipo de actividades, ya que sus competidores se beneficiarán sin haber invertido. Y como consecuencia podrían disminuir la inversión en el tratamiento de datos, lo que provocaría la obtención de menos datos, y, por lo tanto, un mercado en el que se desconocería mucha información.
- La última medida que exige que las plataformas dejen que los usuarios puedan decidir sobre el tratamiento de sus datos, con el objetivo de reforzar la privacidad de los usuarios. Esta medida puede afectar al mercado de la

¹⁷¹ CENNAMO, C. y SANTALÓ, J.: “Los riesgos potenciales y los efectos imprevistos de la nueva Ley de Mercados Digitales (DMA) de la UE.” En *Open Internet Governance Institute*, Paper Series 4, 2023, pp. 5-9.

publicidad online negativamente, con el precedente de Apple y su disposición privada App Tracking Transparency (ATT) en 2020. Esta disposición de Apple establecía que los usuarios tenían que dar su consentimiento explícito para que puedan ser rastreados mientras usan cualquier aplicación. Esta medida benefició a Apple y Amazon, perjudicando a su costa al resto de competidores como por ejemplo Shopify o Snap, que sufrieron grandes caídas.¹⁷² Teniendo en cuenta la similitud de la medida de la DMA con la de Apple, es muy posible que los efectos sean también similares y acabe por consolidar aún más la posición de dominio de los guardianes de acceso.

5. CONCLUSIONES

En este trabajo, se ha llevado a cabo una investigación sobre el Derecho de la competencia en los mercados digitales, con especial incidencia en la DMA y el derecho de acceso a los datos, del cual se presentan las siguientes conclusiones.

1. Necesidad de regulación: La transformación digital ha creado un entorno donde el acceso a los datos se ha convertido en un recurso estratégico, Esto ha planteado problemas significativos en términos de competencia y privacidad de datos, lo que ha llevado a la necesidad de una regulación efectiva.
2. Insuficiencia del Derecho de la Competencia: El Derecho de la competencia ha sido una de las vías jurídicas tradicionales para abordar los problemas relacionados con los mercados digitales. Sin embargo, su enfoque ex post ha resultado insuficiente para prevenir prácticas anticompetitivas en un entorno tan dinámico.
3. Ley de Protección de Datos: La legislación de protección de datos ha desempeñado un papel fundamental en la regulación del acceso a los datos, centrándose en la privacidad y el consentimiento del usuario. Aunque es esencial para proteger los derechos de los individuos, ha presentado desafíos en su aplicación y supervisión.

¹⁷² CENNAMO, C. y PANICO, C.: "User preferences and strategic interactions in platforms ecosystems". En *Strategic Management Journal*, vol 43, 2022, pp. 507-529.

4. La DMA como solución: La DMA se ha introducido como una respuesta proactiva a los problemas de acceso a los datos en los mercados digitales. Su enfoque ex ante busca prevenir prácticas anticompetitivas y mejorar la competencia en estos mercados.
5. Desafíos de la DMA: Si bien la DMA representa un avance positivo en la regulación de los mercados digitales, su eficacia dependerá de su implementación efectiva y la capacidad de adaptarse a la evolución constante del entorno digital. Además, la centralización en la Comisión y la falta de acciones privadas plantean desafíos que deben abordarse para garantizar su éxito.
6. Conflicto del derecho de acceso a los datos de la DMA y la protección del RGPD: El objetivo de la incorporación del derecho de acceso a los datos en la DMA no es otro que el de lograr un equilibrio entre la libre circulación de la información y la salvaguarda de la intimidad. El derecho de acceso permite solicitar información que sea de nuestro interés, siempre que no entre en conflicto con los límites fijados en la ley. Es importante tener en cuenta el desafío que representar aplicar conjuntamente el RGPD y la DMA.
7. Desafíos del derecho de acceso: si bien la DMA busca abordar los problemas relacionados con el acceso a los datos en los mercados digitales, es fundamental considerar las posibles consecuencias de las medidas adoptadas en términos de innovación, precisión del mercado y competencia. Estas medidas deben aplicarse cuidadosamente para equilibrar la regulación necesaria con la preservación de un mercado competitivo y en constante evolución.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P.: “Control de concentraciones de empresas.” en BELLO MARTÍN- CRESPO, M.P., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., GÓMEZ SEGADE, J.A. (coords): “Derecho de la libre competencia comunitario y español.” Ed. Civitas, Madrid, 2009, pp. 333-350.

PETIT, N: “Big tech & the Digital Economy: The Moligopoly Scenario”. Oxford University Press, Oxford, 2020.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J: “Los datos en los mercados de doble cara.” en OLMEDO PERALTA, E., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (corrds): “Estudios de red académica de defensa de la competencia (RADC), ed Aranzadi, Madrid, 2022.

TAMAYO VELASCO, B.J.: “Los retos de la economía digital y la propuesta de <<Ley de mercados digitales>> de la Unión Europea”, Ed. Comares, Granada, 2021.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

VELASCO NÁJERA, M.M: “*Los derechos fundamentales y las normas de protección de datos personales.*”, en repositorio UNICAN MAGDALENO ALEGRÍA, A. (coord.) Universidad de Cantabria, 2017.

GONZÁLEZ PORRAS: “Privacidad en internet”en Dialnet (BELDAPÉREZ-PEDRERO): *Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva.* Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. y HERRERO SUÁREZ,C: “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft.” En *Revista de derecho de la competencia y distribución*, núm 2, pp. 193.217.

PÉREZ LUÑO-ROBLEDO, E.C.: “ La nueva normativa europea para la protección de los datos personales. Derechos y Libertades.” En archivo uc3m, Núm 40, 2019, pp213-238.

STEINMEYER ESPINOSA, A: “¿Permite el derecho de acceso a la información pública, el acceso a los datos personales?” En Serie Bibliotecología y Gestión de Información, Núm 70, 2013.

ALTZELAI ULIONDO, M.I: “Mercados digitales:nuevos instrumentos. Frente al poder de mercado (1).”, en Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, Núm 26, 2020.

MORALES BARCELÓ, J.: “Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas (1)” En Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, Núm28, 2021.

CRÉMER, J.: DE MONTJOYE, Y.A. Y SCHWEITZER, H.: Competition policy for the Digital Era. Oficina de Publicaciones de la UE. Luxemburgo, 2019.

GAL, M.S. y RUBINFELD, D.L. : “The Hidden Costs os Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement”. en *NYU Center for Laq, Economics and Organization*, Workin Paper No. 14-44. 2016

FURMAN, J.; FLETCHER, A.; MARSDEN, P. y MCAULEY, D. : “*Unlocking Digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel”, Reino Unido, 2019, pp. 37.

BELLEFLAMME, P. y PEITZ, M.: “The economics odf Platforms”. Université Catholique de Louvain, Belgium, Universität Mannheim, Germany, 2021.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021, p. 97.

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78,

2021,

SAYOL, C. & DE LA VEGA, D. (Octubre 2022), "Anatomía de una norma: el Reglamento de Mercados Digitales ("DMA")", *Pérez-Llorca*.

LAMADRID, A. & BAYÓN, N. (8 de julio de 2022) "Ley de Mercados Digitales (DMA): la UE adopta un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales", *Garrigues*.

LEE-MAKIYAMA, H. YNARAYANAN B: "*Economic Cost of Ex Ante Regulations*". *ECIPE occasional paper 07/2020*.

COMENDADOR GARCÍA, V.M.: "*La seguridad pública como concepto jurídico*." en *Diario la Ley*, núm 9768, 2021.

PULIDO ORTIZ, P.E.; "La fuerza del derecho: sanciones, coerción y coacción. En *Revista de fundamentación de las instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos*, núm 81, 2019, pp 167-173.

GASCÓN MACÉN, A.: "*El Reglamento General de Protección de datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea*." En *Cuadernos de derecho transnacional*, vol 13, núm 2, 2021, pp. 209-232.

CENNAMO, C. y SANTALÓ, J.: "*Los riesgos potenciales y los efectos imprevistos de la nueva Ley de Mercados Digitales (DMA) de la UE*." En *Open Internet Governance Institute, Paper Series 4*, 2023, pp. 5-9.

CENNAMO, C. y PANICO, C.: "*User preferences and strategic interactions in platforms ecosystems*". En *Strategic Management Journal*, vol 43, 2022, pp. 507-529.

ALTZELAI ULIONDO, M.I: "Mercados digitales:nuevos instrumentos. Frente al poder de mercado (1).", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Núm 26, 2020.

BELLEFLAMME, P. y PEITZ, M.: "The economics of Platforms". *Université*

Catholique de Louvain, Belgium, Universität Mannheim, Germany, 2021.

BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P.: “Control de concentraciones de empresas.” en BELLO MARTIÍN- CRESPO, M.P., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., GÓMEZ SEGADE, J.A. (coords): “Derecho de la libre competencia comunitario y español.” Ed. Civitas, Madrid, 2009, pp. 333-350.

CENNAMO, C. y PANICO, C.: “User preferences and strategic interactions in platforms ecosystems”. En Strategic Management Journal, vol 43, 2022, pp. 507-529.

CENNAMO,C. y SANTALÓ, J.: “Los riesgos potenciales y los efectos imprevistos de la nueva Ley de Mercados Digitales (DMA) de la UE.” En Open Internet Governance Institute, Paper Series 4, 2023, pp. 5-9.

COMENDADOR GARCÍA, V.M.: “La seguridad pública como concepto jurídico.” en Diario la Ley, núm 9768, 2021.

CRÉMER, J.: DE MONTJOYE, Y.A. Y SCHWEITZER, H.: Competition policy for the Digital Era. Oficina de Publicaciones de la UE. Luxemburgo, 2019.

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”, Revista de Estudios Europeos, núm. 78, 2021.

FURMAN, J.; FLETCHER, A.; MARSDEN, P. y MCAULEY, D. : “Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel”, Reino Unido, 2019, pp. 37.

GAL, M.S. y RUBINFELD, D.L. : “The Hidden Costs os Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement”. en NYU Center for Laq, Economics and Organization, Workin Paper No. 14-44. 2016.

GASCÓN MACÉN, A.: “El Reglamento General de Protección de datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea.” En Cuadernos de derecho transnacional, vol 13, núm 2, 2021, pp. 209-232.

GONZÁLEZ PORRAS: “Privacidad en internet” en Dialnet (BELDAPÉREZ-PEDRERO): Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva. Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

LAMADRID, A. & BAYÓN, N. (8 de julio de 2022) “Ley de Mercados Digitales (DMA): la UE adopta un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales”, Garrigues.

LEE-MAKIYAMA, H. YNARAYANAN B: “Economic Cost of Ex Ante Regulations”. ECIPE occasional paper 07/2020.

MORALES BARCELÓ, J.: “Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas (1)” En Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, Núm28, 2021.

PÉREZ LUÑO-ROBLEDO, E.C.: “ La nueva normativa europea para la protección de los datos personales. Derechos y Libertades.” En archivo uc3m, Núm 40, 2019, pp213-238.

PETIT, N: “Big tech & the Digital Economy: The Moligopoly Scenario”. Oxford University Press, Oxford, 2020.

PULIDO ORTIZ, P.E.; “La fuerza del derecho: sanciones, coerción y coacción. En Revista de fundamentación de las instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos, núm 81, 2019, pp 167-173.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J: “Los datos en los mercados de doble cara.” en OLMEDO PERALTA, E., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (corrds): “Estudios de red académica de defensa de la competencia (RADC), ed Aranzadi, Madrid, 2022.

SAYOL, C. & DE LA VEGA, D. (Octubre 2022), “Anatomía de una norma: el Reglamento de Mercados Digitales (“DMA”)”, Pérez-Llorca.

STEINMEYER ESPINOSA, A: “¿Permite el derecho de acceso a la información

pública, el acceso a los datos personales?” En Serie Bibliotecología y Gestión de Información, Núm 70, 2013.

VELASCO NÁJERA, M.M: “Los derechos fundamentales y las normas de protección de datos personales.”, en repositorio UNICAN MAGDALENO ALEGRÍA, A. (coord.) Universidad de Cantabria, 2017.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. y HERRERO SUÁREZ,C: “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft.” En Revista de derecho de la competencia y distribución, núm 2, pp. 193.217.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, Revista de Estudios Europeos, núm. 78, 2021, p. 97.

CITAS DE INTERNET

AEPD: “Derecho de acceso.” Disponible en <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/conoce-tus-derechos/derecho-de-acceso>

AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: “Manual de legislación europea en materia de protección de datos”, disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_es.pdf

ALFARO, J.: *Modelo de negocio, Amazon y el Derecho de la Competencia*. Almacén de derecho. Disponible en <https://almacenederecho.org/modelos-negocio-amazon-derecho-la-competencia>

ANTITRUST.: “*Commision sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming provides*”. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061

AYUDALEY: “La Ley de Mercados Digitales (DMA) ¿Qué es? ¿A quién afecta?” Disponible en <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2023/05/17/ley-mercados-digitales/>

BOURREAU, M. y DE STREELE, A.: “*Digital Conglomerates and EU Competition Policy.*” Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350512

CAFFARRA, C. Y SCOTT MORTON, F.: “*The European Commission Digital Markets Act: A translation.*” VOX, CEPR Policy Portal. Disponible en <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>.

CENTRO COMPETENCIA : “*La Digital Markets Act avanza en Europa: principales modificaciones del Parlamento y Consejo Europeo.*” Disponible en <https://centrocompetencia.com/avance-dma-principales-modificaciones-del-parlamento-y-consejo/>

CENTRO COMPETENCIA: “*La Digital Markets Act avanza en Europa: principales modificaciones del Parlamento y Consejo Europeo.*” Disponible en <https://centrocompetencia.com/avance-dma-principales-modificaciones-del-parlamento-y-consejo/>

CENTRO COMPETENCIA: “*Network effects*”, disponible en <https://centrocompetencia.com/efectos-de-red-network-effects/>

COMISIÓN EUROPEA : “*Antitrust Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising.*” Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770

COMISIÓN EUROPEA : “*Resumen de la Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2019 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del acuerdo EEE.*” Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020AT40411\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020AT40411(03))

COMISIÓN EUROPEA (2014): “*Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook*”, Comisión Europea. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088

COMISIÓN EUROPEA: “*Consulation on the regulatory enviroment for platforms,*

online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy”, disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/newa/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>

COMISIÓN EUROPEA: “ Ley de Mercados digitales: La Comisión designa seis guardianes de acceso”. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4328

COMISIÓN EUROPEA: “*Defensa de la competencia: la Comisión anuncia directrices sobre las exclusiones abusivas y modifica las orientaciones sobre las prioridades de ejecución*”. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_1911

COMISIÓN EUROPEA: “Ley de Mercados Digitales: para unos mercados digitales justos y abiertos”. Disponible en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_es

COMISIÓN EUROPEA.: Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos. Comisión Europea. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349

COMISIÓN EUROPEA: “*Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.*” Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0842>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: “*Protección de los consumidores en el comercio electrónico*”. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/cicplpd7_es.pdf

CONSILIUUM EUROPA: “*Ley de Mercados Digitales: el Consejo da su aprobación definitiva a nuevas normas para la competencia leal en línea.*” Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition->

[online/#:~:text=El%2025%20de%20noviembre%20de,la%20Ley%20de%20Mercados%20Digitales.](#)

Decisión de la CE de 04-05-2017, Caso AT.40153- *Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines (Amazon)*. Véase DOUE (2017): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 TFUE y el artículo 54 del Acuerdo EEE” (Asunto AT.40153-) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017XC0811%2802%29>

Decisión de la CE de 22-12-2004, Asunto T-201/04 R – “*Microsoft Copr contra Comisión de las Comunidades Europeas*”, Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1506723253315&uri=CELEX:62004TO0201\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1506723253315&uri=CELEX:62004TO0201(02))

DPL NEWS: “Parlamento Europeo da aprobación final para regular gigantes tecnológicos”. Disponible en <https://dplnews.com/parlamento-europeo-da-aprobacion-final-para-regular-gigantes-tecnologicos/>

ENRIQUE ALVARIO, C.: “*Nueva posición de la Comisión Europea frente a los abusos exclusorios*.”. Disponible en <https://centrocompetencia.com/nueva-posicion-de-la-comision-europea-frente-a-los-abusos-exclusorios/>

ESCOBAR, ESTEFA.: *Apple al banquillo: Comisión Europea acusa a su App Store por distorsiones en la música streaming*. Centro Competencia. Disponible en <https://centrocompetencia.com/comision-europea-acusa-a-su-app-store-por-distorsiones-en-la-musica-streaming/>

EUROPA PRESS INTERNACIONAL.: “*Facebook compra WhatsApp por cerca de 22.000 millones de dólares*”. Disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-facebook-compra-whatsapp-cerca-22000-millones-dolares-20141007004852.html>

EUROPEAN COMMISSION (20-12-2022) Caso AT.40703 – *Amazon Buy Box*. Disponible en https://content.mlex.com/Attachments/2023-02-17_AICEQ13G5O948SQ8%2FAmazon non confidential version_1676657703.

[pdf](#)

EVANS, D.: “The Antitrust Economics of Two-sided Markets.” Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022

Gobierno de España. *Límites del derecho de acceso*. Disponible https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/ResolucionesDenegatorias/CausasDenegacion.html

MADIEGA, T.: “DIGITAL MARKETS ACT”. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI\(2021\)690589_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI(2021)690589_EN.pdf)

MINISTERIO DEL CONSUMO: “*Los derechos del consumidor en el mundo digital. Sus derechos avanzan.*” Disponible en <https://www.consumo.gob.es/es/consumo/divulgacion/diaMundial/2019>

NICOLE ROLDÁN, P.: *Efectos de red*. COLL MORALES, F. Economipedia, disponible en <https://economipedia.com/definiciones/efectos-de-red.html>

NÚÑEZ REYES, G., DE FURQUIM, J.: “*La Concentración de los mercados en la economía digital*”. Disponible en https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/43631/S1800551_es.pdf

OCDE: “*Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital*”, Disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age>

OECD: “*OECD Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-Commerce*”, Publishing, Paris, Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264255258-en>

Organización Mundial de la Salud (OMS): “Preguntas más frecuentes.” Disponible en <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>

ORTID LÓPEZ: “Reglamento de Mercados Digitales: novedades para el

tratamiento de datos y servicios de publicidad”. Disponible en <https://www.programaticaly.com/opinion/reglamento-de-mercados-digitales-novedades-para-el-tratamiento-de-datos-y-servicios-de-publicidad>

PARLAMENTO EUROPEO: “El mercado interior: principios generales”. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/33/el-mercado-interior-principios-generales>

PARLAMENTO EUROPEO: “*La DMA y DSA explicadas*”. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20211209STO19124/a-ley-de-mercados-digitales-y-la-ley-de-servicios-digitales-explicadas>

PASTOR, J.: “Microsoft, 10 años después de que la UE pudiera fin a la persecución por la investigación antimonopolio”. Disponible en <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/microsoft-10-anos-despues-que-ue-pusiera-fin-a-persecucion-investigacion-antimonopolio>

PORTAL DE LA TRANSPARENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: “Guía para ejercer el derecho de acceso a la información pública.” Disponible en. <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:49aca1ad-d2c9-4592-bab9-b423fc31684e/Guia-ciudadana-de-Derecho-de-Acceso.pdf>

SALGADO, M.: “Oracle apuesta por Big Data con tecnología y proyectos”. Disponible en: <http://www.computerworld.es/big-data/oracle-apuesta-por-big-data-con-tecnologia-y-proyectos>

SOCIAL FUTURO: “La Comisión Europea multa a Microsoft por abuso de posición dominante. Disponible en <https://www.socialfuturo.com/tal-dia-como-hoy/la-comision-europea-mult-a-microsoft-por-abuso-de-posicion-dominante/>

STUCKE, M.E y GRUNES, AP.P.: “*Big Data and Competition Policy*”, Disponible en https://www.researchgate.net/publication/308970973_Big_Data_and_Competition_Policy

SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST: “*Investigation of Competition in Digital*

Markets.” Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

SZUCS, AGNES.: “Comisión Europea Señala que Apple violó las normas antimonopolio de la UE”. Disponible en <https://www.aa.com.tr/es/mundo/comisión-europea-señala-que-apple-violó-las-normas-antimonopolio-de-la-ue/2578271#>

T4DATA: “Manual del delegado de Protección de Datos.”, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/el-manual-del-dpd-korffgeorges-esp.pdf>

TODOJURISTAS: “Big data para abogados.” Disponible en <https://www.todojuristas.com/blog/big-data-para-abogados/>

UNIÓN EUROPEA: “Protección de los datos personales”, Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/protection-of-personal-data.html>

VILA, C y SEMENT, F.: La Comisión Europea acepta los compromisos presentados por Amazon y ponen fin a su investigación. Cuatrecasas Disponible en <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/competencia-derecho-ue/art/comision-europea-acepta-compromisos-presentados-por-amazon#:~:text=El%2020%20de%20diciembre%20de,para%20Buy%20Box%20y%20Amazon.>

LEGISLACIÓN

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS RESOLUTION (73) 22, de 26 de Septiembre de 1973

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS RESOLUTION (74) 29, de 20 de Septiembre de 1974

Decisión de la Bundeskartellamt del 06-02-2019, asunto B6-22/16-Facebook.

Decisión de la CE de 03/10/2014, asunto M.7217 – Facebook/WhatsApp.

Decisión de la CE de 26-11-1998, Asunto C-7/97- Caso Bronner.

Decisión de la CE de 27-06-2017, Caso AT.39740 – Google Search (Shopping), párrafos 85 y 86.

Decisión de la CE de 27-06-2017, Caso AT.39740 – Google Search (Shopping) párrafo 452.

Decisión de la CE de 27-06-2017, Caso AT.39740 – Google Search (Shopping), párrafo 700.

DMA

DSA

Ley 20/2012, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

NACIONES UNIDAS ASAMBLEA GENERAL, Resolución sobre el derecho a la privacidad en la era digital, A/RES/68/167, Nueva York, 18 de diciembre de 2013; y NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Proyecto de resolución revisada sobre el derecho a la privacidad en la era digital, A/C.3/69/L.26/Rev.1, Nueva York, 19 de noviembre de 2014.

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”, de 16 de Diciembre de 1966

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Proyecto de resolución revisada sobre el derecho a la privacidad en la era digital, A/C.3/71/L.39/Rev.1, Nueva York, 16 de noviembre de 2016; Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, «El derecho a la privacidad en la era digital», A/HRC/34/L.7/Rev.1, 22 de marzo de 2017

Parlamento Europeo y del Consejo. (2010). Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010.

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO
de
27 de abril de 2016 - relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación

de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE Reglamento general de protección de datos.

Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007

UR-Lex. (2018). TEXTO consolidado: 32010L0013 — ES — 18.12.2018.