

Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales)
[DOUE L 2654, de 12-X-2022]

**EL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES (DMA): EN BUSCA DE
LA COMPETENCIA PERDIDA**

1. INTRODUCCIÓN

El crecimiento exponencial que, en los últimos años, han sufrido los mercados digitales, la relevancia y el tamaño de las empresas que participan en la economía digital (especialmente en el caso de las plataformas digitales) y sus prácticas en los mercados llevan generando importantes interrogantes en los últimos años. Estos interrogantes se centran en su funcionamiento, los beneficios que generan a la sociedad, las formas de intervención regulatoria y el papel que tiene el derecho de la competencia para corregir determinados comportamientos que desarrollan estas empresas

Con el fin de responder a las particularidades de la economía de las plataformas digitales y de intentar corregir algunas de las ineficiencias detectadas en los últimos años en los mercados digitales, desde la Unión Europea se ha implementado el conocido como «Digital Service Act Package», que comprende tanto el Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales, generalmente designado por su acrónimo en inglés - DSA) como el Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales, generalmente designado por su acrónimo en inglés - DMA).

El DMA pretende, como veremos a continuación, ofrecer una solución ex ante a algunos de los problemas más acuciantes concernientes a las grandes plataformas digitales. Este reglamento, por un lado, busca resolver, de una manera teóricamente más eficaz, los problemas, ineficiencias generadas en estos mercados y, por otro, desincentivar potenciales conductas que podrían acarrear un abuso de posición dominante. Veremos a continuación, más detalladamente, cada uno de estos aspectos.

2. ASPECTOS ESENCIALES DEL DMA

2.1. *Ámbito subjetivo: los gatekeepers*

El foco del Digital Service Act Package se encuentra, como decíamos, en las plataformas digitales. Si bien el DSA abarca una gran variedad de plataformas, el DMA se focaliza en un tipo de plataformas específicas, las grandes plataformas en línea. Con el fin de circunscribir los sujetos afectados por este reglamento, el legislador europeo ha introducido en la DMA la figura del llamado gatekeeper o guardián de acceso. Los gatekeepers o guardianes de acceso se caracterizan por una posición única en los mercados digitales debido a los fuertes efectos de red, la configuración de los ecosistemas digitales, una posición especial de intermediario que proporciona un acceso privilegiado a los datos, así como a los usuarios y proveedores, lo que resulta en un grado estructuralmente bajo de contestabilidad (considerandos 1 a 6).

Según el artículo 2.1 del DMA, un gatekeeper es una empresa que presta un servicio de plataforma básico que cumple con las condiciones establecidas en el artículo 3 del DMA (cuyo contenido es similar al que ya se incluía en el artículo 19a de la Ley alemana de Competencia, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB), las cuales han sido definidas en virtud de características cuantitativas y cualitativas del artículo 3 del DMA. Por lo tanto, pueden ser considerados como gatekeepers los servicios de intermediación en línea, los motores de búsqueda en línea, los sistemas de redes sociales en línea, los servicios de plataformas para compartir vídeos, los servicios de comunicaciones interpersonales independientes del número, los sistemas operativos, los servicios de computación en la nube, los servicios de publicidad en línea y además los asistentes virtuales, así como los navegadores web.

No obstante, según el artículo 3.1 DMA, estas empresas, para ser consideradas como gatekeepers deben cumplir tres condiciones, a saber: (i) tener un impacto significativo en el mercado interior; (ii) prestar un servicio de plataforma principal que sea una puerta de acceso importante para que los usuarios empresariales lleguen a los usuarios finales; y (iii) disfrutar actualmente, o previsiblemente, en un futuro próximo, de una posición arraigada y duradera en sus operaciones.

En todo caso, se presumirá que una empresa tiene un impacto significativo en el mercado interior cuando la empresa consiga un volumen de negocios anual en la Unión igual o superior a siete mil quinientos millones de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización bursátil media o su valor justo de mercado equivalente ascienda como mínimo a setenta y cinco millones de euros en el último ejercicio y preste el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.

Por su parte, se entiende que una empresa prestará un servicio de plataforma principal que sea una puerta de acceso cuando proporcione un servicio básico de plataforma que, en el último ejercicio, haya tenido al menos cuarenta y cinco millones

mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en la Unión y al menos diez mil usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión.

Por último, se entiende que esta empresa en cuestión disfrutará de una posición arraigada y duradera cuando se hayan alcanzado los umbrales anteriores en cada uno de los últimos tres ejercicios.

Junto a lo anterior, en virtud del apartado 8 del artículo 3 de la DMA, la Comisión también puede designar a una empresa como guardián en un procedimiento separado de conformidad con el artículo 17 de la DMA, incluso si no se cumplen estos umbrales. Para ello, la DMA especifica los criterios que deben tenerse en cuenta en este proceso. Estos son, por ejemplo, el tamaño de un proveedor de servicios de plataforma central, el número de usuarios empresariales que dependen del servicio de plataforma central para llegar a los usuarios finales, el número de usuarios finales, las posibles barreras de entrada debidas a los efectos de red y a las ventajas derivadas de los datos, las economías de escala y de alcance de las que se beneficia un proveedor de servicios de plataforma central, la vinculación de los usuarios empresariales o de los usuarios finales, las estructuras empresariales conglomeradas o verticales, así como otras características estructurales del mercado. Según lo establecido en el artículo 17.1 del DMA, estas investigaciones de la Comisión deberán concluir en un plazo de doce meses a partir de su fecha de apertura de la investigación de mercado.

En todo caso, las empresas que cumplan con los criterios mencionados anteriormente deberán notificarlo a la Comisión sin demora y, en cualquier caso, en un plazo de dos meses a partir de la fecha en que se hayan alcanzado dichos umbrales. Se deberá incluir en dicha notificación la información pertinente para que la Comisión pueda realizar el análisis oportuno. No obstante, la falta de notificación por parte de la empresa en cuestión no obsta para que la Comisión siga teniendo la facultad de designar a dicha empresa como guardián de acceso, basándose en la información de la que disponga (art.3.3 DMA).

Por otro lado, una empresa que cumple los umbrales cuantitativos de la regla de presunción del artículo 3.2 DMA también puede alegar que, de hecho, no es un gatekeeper. Sin embargo, le corresponde la carga de la prueba por el incumplimiento de los criterios cualitativos a pesar del cumplimiento de los umbrales de presunción (art. 3.5 DMA).

2.2. Obligaciones de los gatekeepers

El DMA no sólo delimita la figura del gatekeeper, obligando a su identificación, sino que además le somete a una serie de obligaciones. Encontramos estos deberes en los artículos 5 y 6 de la DMA. El artículo 5 contiene «obligaciones para los gatekeepers» (esto es, predefinidas y directamente exigibles en todo caso), mientras que el artículo 6 establece obligaciones de conducta que «podrán ser especificadas en el artículo 8» por la Comisión, que es la única competente. Como veremos a continuación, la

mayoría de las prohibiciones pueden vincularse con los procedimientos que hemos señalado en este trabajo.

Así, el artículo 5 de la DMA establece, fundamentalmente, como prohibiciones a los gatekeepers:

- la combinación de datos obtenidos en la plataforma con datos a los que el gatekeeper tenga acceso por otro servicio (art. 5. 2, b, c y d);
- el uso de cláusulas de paridad (esta obligación implica que el gatekeeper se abstendrá de aplicar obligaciones que impidan a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros o de su propio canal de venta directa en línea a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del gatekeeper, art.5.3);
- el establecimiento de obligaciones para sus usuarios del uso, entre otros, del propio servicio de pago del gatekeeper (concretamente se indica que el gatekeeper no exigirá a los usuarios finales que utilicen un servicio de identificación, un motor de navegación web o un servicio de pago o servicios técnicos que permitan la prestación de servicios de pago, como los sistemas de pago para realizar compras integradas en una aplicación de dicho gatekeeper, en el marco de los servicios prestados por los usuarios profesionales que utilicen los servicios básicos de plataforma de dicho guardián de acceso). Por otra parte, en el caso de los usuarios profesionales, el gatekeeper no podrá exigir que utilicen y ofrezcan estos servicios ni que interoperen con ellos, art. 5.7); o,
- la exigencia de la suscripción o el registro a un servicio de plataforma principal para poder utilizar otro servicio de plataforma (art. 5.8).

Además, contiene la obligación de permitir a los usuarios empresariales celebrar contratos con los usuarios finales también más allá de la plataforma (art. 5.4); de conceder a los usuarios finales acceso a los contenidos, funciones y otros aspectos similares de los proveedores empresariales a través de los servicios de la plataforma principal, aunque el contrato no se haya celebrado a través del servicio de la plataforma (art. 5.5), así como de proporcionar información a los anunciantes y editores sobre ciertos aspectos de la publicidad en línea efectivamente realizada (más concretamente, el gatekeeper deberá informar (i) del precio y las comisiones pagados por ese anunciante, incluidas todas las deducciones y recargos, por cada uno de los servicios de publicidad en línea pertinentes que haya prestado; (ii) de la remuneración recibida por el editor con su consentimiento, incluidas todas las deducciones y recargos, así como de iii) las medidas a partir de las que se calculan cada uno de los precios, comisiones y remuneraciones, art. 5.9).

Por su parte, el artículo 6 de la DMA se centra en aspectos relativos al acceso a los datos, la interoperabilidad y la portabilidad, así como a la existencia de unas condiciones equitativas en la plataforma. Así, en lo referente al uso y acceso de los datos y su portabilidad, se establece la prohibición de que los guardianes utilicen datos no

públicos de los usuarios comerciales generados por la plataforma para competir con ellos en la plataforma (art. 6.2), incluyendo el uso de estos datos para dar preferencia a sus propios servicios y productos en la clasificación y la indexación y rastreo relacionados (art. 6.5); se les obliga a proporcionar una portabilidad efectiva de los datos generados en la plataforma y un acceso continuo en tiempo real (por ahora sólo) para los usuarios finales (art. 6.9) y garantizar un acceso efectivo, de alta calidad, continuo y en tiempo real a estos datos en forma agregada o no agregada para los usuarios empresariales (art. 6.10).

Respecto a la interoperabilidad, se establece la prohibición de las restricciones de la capacidad de los usuarios finales de cambiar entre diferentes aplicaciones informáticas y servicios accesibles mediante los servicios básicos de plataforma del gatekeeper (art. 6.6), así como la obligación de permitir a los usuarios finales desinstalar el software preinstalado y elegir libremente la configuración por defecto (art. 6.3), permitir la instalación de software de terceros (art. 6.4) y garantizar la interoperabilidad y el acceso al hardware y al software del servicio principal de la plataforma para permitir la oferta de servicios auxiliares que interactúan con el sistema operativo (art. 6.7).

Por último, a efectos de la equidad, se obliga a proporcionar a los usuarios comerciales un acceso justo y no discriminatorio a las tiendas de aplicaciones de software, los motores de búsqueda en línea y los servicios de redes sociales en línea (art. 6.12), y para permitir a los proveedores de motores de búsqueda en línea de terceros un acceso justo, razonable y no discriminatorio a los datos de clasificación, consulta, clic y visualización generados por el motor de búsqueda de un guardián (art. 6.11). Además, se establece la prohibición de que los gatekeepers impongan condiciones generales desproporcionadas para la cancelación de un servicio de plataforma principal como, también, garantizar que para efectos de la resolución de los contratos no se generen dificultades indebidas (art. 6.13).

Un aspecto relevante, incluido en el artículo 7 de la DMA (que fue introducido en la versión del DMA, aprobada en julio de 2022), es la aplicación específica del DMA a los servicios de comunicaciones interpersonales independiente de la numeración (cfr. art 32, numeral 7 de la Directiva (UE) 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas) y, por tanto, se dirige principalmente a los servicios de mensajería social. El reglamento obliga a los guardianes que ofrecen servicios de comunicaciones interpersonales independientes del número a hacer que al menos las funciones básicas de su servicio sean interoperables con los servicios de comunicaciones interpersonales independientes del número de otro proveedor (art. 7.1). Según el art. 7.2, el envío de mensajes, así como de imágenes, mensajes de voz, vídeos y otros archivos entre dos usuarios individuales debe ser inmediatamente posible e interoperable en la entrada en el momento de que el gatekeeper sea designado como tal por la Comisión. Por otro lado, se establece que, en el plazo de dos años desde la designación del gatekeeper, estas mismas funciones deberán extenderse dentro de

grupos de usuarios y, en un plazo de cuatro años, a partir de la fecha de designación, se deberán incluir las llamadas de voz y vídeo.

2.3. Poderes atribuidos a la Comisión Europea en aras de la efectividad del DMA

Evidentemente, en aras de un cumplimiento efectivo de este reglamento, se reconocen poderes de investigación de la Comisión (artículos 20-29). Es reseñable que se incluye explícitamente la facultad de la Comisión de conocer los algoritmos utilizados por una empresa (arts. 21 y 23.2 d).

Por otro lado, como ya se ha mencionado, la Comisión también dispone de la herramienta de investigación de mercado para designar a una empresa como gatekeeper (art. 17), así como para ampliar la lista de servicios básicos de plataforma (art. 19) o la lista de obligaciones de conducta (arts. 12 y 19).

En caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en este reglamento, la Comisión puede imponer una multa al guardián de la puerta de hasta el 10 % (en el caso de infracciones menos graves, como las obligaciones de información: hasta el 1 %) de su volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior, de conformidad con el artículo 30 del DMA. Se incluye también la posibilidad de imponer una multa de hasta el 20 % del volumen de negocios total a nivel mundial si se produce una infracción reiterada en relación con el mismo servicio de plataforma principal del que ya se ha acusado al portero en los ocho años anteriores (art. 30. 2). En caso de incumplimiento sistemático de las obligaciones del gatekeeper, la Comisión tiene derecho, en virtud del art. 18 del DMA a imponer soluciones no sólo de comportamiento, sino también estructurales tras una investigación de mercado.

3. REFLEXIONES FINALES

Es indudable que los mercados digitales suponen un auténtico reto, en el que el recurso tradicional a las soluciones ex post ofrecidas por el derecho de la competencia no se ha considerado suficiente, al menos en el contexto europeo. Es por esto por lo que se ha optado por un instrumento regulador en aras de favorecer las condiciones de desarrollo del mercado. Como se indica en los propios considerandos de este reglamento, los artículos 101 (acuerdos colusorios) y 102 (abuso de posición dominante) TFUE siguen siendo plenamente aplicables, pero su carácter ex post los hace menos eficaces (considerando 6). Especialmente en los casos de abuso de posición dominante nos encontramos con procedimientos largos, que no son adecuados a la naturaleza dinámica de las estructuras de los mercados digitales. Esto provoca que, a menudo,

el mercado o mercados en cuestión se hayan modificado de forma irrevocable cuando se llega a una decisión final.

Lo anterior nos enfrenta a una reflexión sobre cuál debe ser el camino más eficaz para acercarse, evaluar y tomar decisiones sobre determinados comportamientos en los mercados digitales. La aproximación desde el derecho de la competencia como instrumento sancionatorio *ex post* permite conocer unos hechos y evaluar sus efectos reales o potenciales sobre el mercado, la aproximación regulatoria *ex ante* permite crear presunciones y prohibiciones sobre determinadas conductas sobre empresas específicas, para, con ello, alterar los modelos de negocios, modificando condiciones de acceso, negociación de cláusulas y, en general, eliminando ciertas barreras que las empresas incumbentes pueden crear en el mercado por su tamaño, posición privilegiada obtenida mediante innovación e inversiones o fidelidad de los consumidores.

La cesión que se presenta desde la intervención exclusiva *ex post* a un modelo de intervención regulatoria *ex ante*, desde la perspectiva de la Unión Europea, parte de un reconocimiento sobre la falta de eficacia de dicho modelo para brindar soluciones efectivas en los mercados digitales en presencia de empresas con gran poder económico y presencia en el mercado, confiando en que limitar determinados comportamientos a dichas empresas *ex ante* facilitará la competencia en dichos mercados. Esta posición, válida como herramienta de intervención en los mercados, tampoco es libre de cuestionamientos sobre los efectos que puede generar en la innovación, los modelos de negocio futuros y el bienestar del consumidor.

Hemos de tener en cuenta, además, que esta solución aportada no es ni novedosa ni original. Ya el artículo 19, a) de la ley de competencia alemana (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) desde 2021 faculta a la autoridad alemana de la competencia (*Bundeskartellamt*) a declarar fundadamente que la posición de mercado de una determinada empresa reviste una «importancia primordial para la competencia entre mercados» («*Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen*»). Esta determinación ha de realizarse teniendo en cuenta factores como la dominancia en determinados mercados, el grado de integración vertical, el acceso a datos y la fortaleza financiera. En estos casos, la autoridad alemana está habilitada para imponer de oficio y directamente una serie de medidas preventivas. Entre tales medidas cuentan, entre otros: prohibición de tratar sus productos o servicios de modo más favorable (por ejemplo, favoreciendo su despliegue, instalación o integrándolos de otro modo con otros ofrecidos por el actor relevante); prohibiciones específicas de socavar el desarrollo de competidores en mercados donde el actor en cuestión, aun careciendo de posición dominante, pueda expandir su influencia con rapidez; prohibición de impedir o dificultar la interoperabilidad de productos o la portabilidad de datos; prohibición de limitar o restringir el acceso al mercado por la vía de impedir a otras compañías procesar datos capturados por el actor relevante si es que ellos resultan importantes para competir con efectividad en el mercado respectivo.

Por otro lado, el DMA que sigue siendo una solución limitada en su alcance y, muy probablemente, en sus resultados, especialmente teniendo en cuenta el contexto

internacional actual, como sobre los efectos que pueda generar en el diseño de nuevos negocios y en los procesos de innovación que adelanten las empresas cobijadas por el reglamento, como aquellas que más adelante puedan entrar en su campo de intervención. Nos parece, además, que será necesaria una mayor coordinación y alineación de los criterios aplicados de las autoridades nacionales (que siguen manteniendo su capacidad sancionadora en estos mercados) y las decisiones adoptadas por la Comisión Europea, especialmente en el caso de la aceptación de compromisos por parte de los gatekeepers y más teniendo en cuenta las obligaciones establecidas por el DMA.

Por último, nos parece esencial subrayar que este reglamento es una oportunidad perdida de que la legislación fuera acompañando a los desarrollos tecnológicos, ya que su aplicación a las nuevas realidades de las plataformas (por ejemplo, metaversos, DAOs, web3) quedará limitada desde la propia definición de la tipología de los sujetos sometidos a este reglamento como a las propias herramientas de investigación de los mercados. Como decíamos en un momento anterior, una de las características de los mercados digitales es su dinamismo, por lo que nos parece que es el momento de empezar a pensar otro tipo de soluciones más disruptivas, flexibles y globales, para poder abarcar estas nuevas realidades, ya que, en caso contrario, se corre el riesgo de aportar sistemáticamente soluciones nacidas con vocación de obsolescencia.

Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
Profesora Lectora (acreditada a Agregada)
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)
vjimenezse@uoc.edu