

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Montero García-Noblejas, Pilar

La evolución del derecho de la competencia en ecosistemas digitales

<http://hdl.handle.net/11067/6769>

<https://doi.org/10.34628/39a3-7015>

Metadados

Data de Publicação	2023
Tipo	bookPart

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-18T17:16:53Z com informação proveniente do Repositório

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ECOSISTEMAS DIGITALES

COMPETITION LAW EVOLUTION IN DIGITAL ECOSYSTEMS

Pilar Montero García-Noblejas*

<https://doi.org/10.34628/39a3-7015>

SUMARIO

1. Preliminar
2. El desafío de la economía de plataformas por la adquisición de poder en el mercado.
 - 2.1. Los actores en la economía de plataformas
 - 2.2. La afectación del derecho de la competencia en la economía de plataformas
3. Las normas de la Unión Europea para regular los ecosistemas digitales
 - 3.1. El Reglamento para el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea
 - 3.1.1. Introducción
 - 3.1.2. Ámbito de aplicación
 - 3.1.2.1. Ámbito subjetivo de aplicación
 - 3.1.2.2. Ámbito objetivo de aplicación
 - 3.1.3. El incremento de la transparencia como sistema para asegurar una competencia leal
 - 3.1.3.1. Transparencia de los sistemas de clasificación
 - 3.1.3.2. Herramientas para comparar productos y servicios
 - 3.1.3.3. Valoraciones de los usuarios
 - 3.1.3.4. La gestión de los datos
 - 3.1.3.5. Transparencia sobre el origen de los productos y otra información relevante
 - 3.1.3.6. Transparencia del sistema de reclamaciones
 - 3.2. La actual estrategia digital de la Unión Europea
 - 3.2.1. La Ley de Mercados Digitales
 - 3.2.1.1. Finalidad de la normativa
 - 3.2.1.2. Destinatarios y actividad regulada
 - 3.2.2. La Ley de Servicios Digitales
 - 3.2.2.1. Finalidad

* Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Alicante.

- 3.2.2.2. Destinatarios
- 3.2.2.3. Responsabilidad de las plataformas
- 3.2.2.4. Medidas concretas para facilitar la aplicación de la normativa
- 3.2.2.5. Plataformas de gran tamaño
- 3.2.2.6. Medidas y autoridades de control

4. Recapitulación

Bibliografía

RESUMEN: Este artículo pretende desarrollar la reciente evolución de la normativa de la UE relativa al mercado digital. En este sentido es preciso resaltar necesidad de adaptar las normas de competencia del mercado a los actuales mercados digitales, que se caracterizan por la intermediación de plataformas digitales, creando una economía digital de plataformas. Estas plataformas proporcionan infraestructuras y facilitan las interacciones entre proveedores y usuarios para el suministro de productos, servicios, contenidos digitales e información en línea. Esta participación de las plataformas digitales puede dar lugar a alteraciones del modelo de competencia, dado que el hecho de ser mercados, así como la posición que tienen como partes contratantes, puede provocar el desarrollo de conductas contrarias a las normas de competencia.

PALABRAS CLAVE: Plataformas digitales; Derecho de la competencia; Estrategia digital de la UE.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The challenge of the platform economy for the market power acquisition. 2.1. The actors in the platform economy. 2.2. The impact of competition law on the platform economy. 3. The European Union's rules for regulating digital ecosystems. 3.1. The Regulation for the promotion of fairness and transparency for professional users of online intermediation services. 3.1.1. Introduction. 3.1.2. Scope of application. 3.1.2.1. Subjective scope of application. 3.1.2.2. Objective scope of application. 3.1.3. Increasing transparency as a system to ensure fair competition. 3.1.3.1. Transparency of rating systems. 3.1.3.2. Tools for comparing products and services. 3.1.3.3. User ratings. 3.1.3.4. Data management. 3.1.3.5. Transparency about the origin of products and other relevant information. 3.1.3.6. Transparency of the complaints system. 3.2. The current digital strategy of the European Union. 3.2.1. The Digital Markets Act. 3.2.1.1. Purpose of the regulation. 3.2.1.2. Target group and regulated activity. 3.2.2. Digital Services Act. 3.2.2.1. Purpose. 3.2.2.2. Target participants. 3.2.2.3. Platform liability. 3.2.2.4. Specific measures to facilitate the implementation of the regulation. 3.2.2.5. Very large online platforms. 3.2.2.6. Control measures and authorities. 4. Conclusions. Bibliography.

ABSTRACT: This article aims to develop the recent evolution of the EU regulations regarding the digital market. In this regard, market competition rules need to be adapted to current digital markets, which are characterised by the inter mediation of digital platforms, creating a platform digital economy. Those platforms provide infrastructures and facilitate interactions between providers and users for the supply of products, services, digital content, and information online. This digital platform involvement can give rise alterations of the competition model, given that the fact that they are marketplaces, as well as the position they have as contracting parties, can provoke the development of conducts contrary to competition rules.

KEYWORDS: Digital platforms; Competition law; EU digital strategy.

1. Preliminar

El fenómeno actual de la digitalización plantea serios desafíos para la aplicación de un derecho de la competencia basado en una economía y unos procesos productivos que deben adaptarse a la evolución de la forma de comerciar, alterada por la irrupción de las nuevas tecnologías y los desarrollos a ellas vinculados. De acuerdo con la literatura los ecosistemas digitales se caracterizan por un desarrollo rápido y constante de las tecnologías digitales, así como por procesos abiertos, transparentes y colaborativos¹.

Podemos afirmar que asistimos a una cuarta revolución industrial, con ciertas peculiaridades como la existencia de un internet móvil y potente, la reducción de los costes, el uso masivo de la inteligencia artificial y del aprendizaje de las máquinas². Todas las industrias están en un proceso de transformación profundo, ocasionados, tanto por el hecho de la irrupción y desarrollo exponencial de nuevos modelos de negocios, que comportan una extrema facilidad para la contratación. Esto supone un aumento exponencial de los participantes en el mercado, además de alterar de forma significativa los sistemas de producción, de consumo, de transporte y de entrega³. Las transacciones que con anterioridad exigían unos tiempos dilatados para adoptarse y ejecutarse, se realizan ahora en un milisegundo, sin horarios y sin festivos. Se producen además ulteriores consecuencias que afectan a la contratación de manera importante, puesto que se produce una adaptación automática de los precios a la demanda, así como a un ofrecimiento a los consumidores de los productos que desean antes de que éstos hayan podido pensar en sus preferencias⁴, orientando y dirigiendo el comportamiento de los consumidores, que muchas veces se deriva de una información previa proporcionada por ellos mismos (a veces de forma consciente, otras veces, no tan conscientemente).

Todo esto ocasionó que la Comisión Europea haya iniciado una serie de acciones que pretenden adaptar distintas normas a la era de la digitalización. En lo que se refiere específicamente a las plataformas digitales, es necesario mencionar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada: Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para

Europa (25.5.2016). Con esta comunicación, la Comisión respondía a su compromiso de realizar una evaluación completa del papel de las plataformas (incluido el desempeñado en la economía colaborativa), así como de los intermediarios en línea. En dicha Comunicación se esbozaron las cuestiones que revisten mayor importancia en la evaluación de las plataformas en línea y se presentaba la posición de la Comisión en lo tocante a las posibilidades de innovación y a los retos reglamentarios que plantean esas plataformas en línea, así como fijar la estrategia de apoyo que se proponía seguir para el futuro desarrollo de las mismas en Europa. Después de esta Comunicación se sucedieron numerosas iniciativas, de las cuales es preciso resaltar, por su importancia e incidencia en la regulación de las plataformas, el Reglamento para el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B), así como, recientemente, la Ley de Mercados Digitales, y la Ley de Servicios Digitales, en lo que esta última afecta a la regulación de las plataformas.

Teniendo en cuenta que el objeto de este estudio se centra en las plataformas digitales y los desafíos que plantean para la existencia de un equilibrio en el mercado, en el presente trabajo se apuntarán los ámbitos fundamentales en los que la intermediación de las plataformas digitales puede afectar a ciertas normas mercantiles preexistentes, ya se refieran al derecho de la libre competencia, de la competencia desleal o bien de otros sectores conexos, así como los hitos más relevantes de la evolución de la normativa de la Unión Europea que afecta a estos actores del mercado digital.

2. El desafío de la economía de plataformas por la adquisición de poder en el mercado

2.1. Los actores en la economía de plataformas

Uno de los principales elementos que han venido a alterar de manera exponencial el necesario equilibrio que debe garantizar la libre competencia en el mercado se refiere a la intervención de las plataformas digitales en las transacciones del mercado. El auge de estas plataformas se produce por la necesidad de dar una

respuesta inmediata a las necesidades de los consumidores, a los cuales ya no les resulta efectivo y/o suficiente, los mecanismos tradicionales de mercado. Esto a su vez es una consecuencia de la modificación de la manera en la que los consumidores se relacionan, se comunican y realizan transacciones⁵, porque proporcionan infraestructuras y posibilitan las interacciones entre proveedores y usuarios para el suministro de productos servicios, contenidos digitales e información en línea.

El uso de las plataformas ha crecido de forma exponencial en la medida en que ofrecen numerosas ventajas permitiendo reducir la incertidumbre de los usuarios y, por tanto, que se pueda aumentar la seguridad en el tráfico. Aspectos que comportan un incremento de la confianza con carácter generalizado, evitando problemas que genera la contratación privada en red, en la que es posible que exista una cierta desconfianza, tanto respecto de lo que se contrata como de las partes intervinientes, además de sobre los costes de transacción⁶.

En lo que se refiere a las plataformas digitales, estas constituyen el medio por el cual se realiza la actividad mercantil en la actualidad, dado que lo que hacen es proporcionar mecanismos e infraestructuras que permiten y facilitan enormemente las relaciones entre proveedor y usuario. De este modo, la actividad en el mercado que caracteriza el derecho mercantil, que antes era un mercado físico, se lleva a cabo ahora en un mercado virtual. Y esta modificación del medio en el que se realizan las transacciones tiene una importancia decisiva dado que el desarrollo de la actividad mercantil incluye determinados riesgos para los terceros que se derivan del medio empleado para la contratación. A su vez, este medio que se emplea para la contratación genera nuevas conductas carentes de regulación, y amplía la caracterización como profesionales de los que operan en estos mercados. En todo caso, se aprecia como los modelos empresariales en la era digital se encuentran en evolución, exigiendo una adaptación permanente por parte del derecho aplicable.

Precisamente estos nuevos modelos de contratación en el mercado digital generan muy diversas situaciones en las que el derecho de la competencia puede resultar comprometido. Por ello es preciso revisar los modelos de competencia y las conductas prohibidas, en la medida en que en la actualidad muchas de las conductas prohibidas han cambiado en cuanto a su ejecución. Esto no necesariamente exige siempre un cambio normativo, pero sí pone de manifiesto la conveniencia

de afinar las interpretaciones de las conductas prohibidas y adecuarlas a las nuevas realidades suscitadas por el empleo de los medios digitales⁷.

En estos escenarios, los actores imprescindibles son lo que podemos denominar de forma generalizada como plataformas digitales, que a su vez pueden clasificarse de acuerdo con diversos parámetros. Una forma de clasificación puede referirse a las funciones que desarrollan. Esto es así porque las plataformas pueden tener funciones diferentes, tanto según el negocio al que se dirigen, como respecto de la intervención que en el mismo desarrollen. La actividad puede consistir únicamente en permitir a los usuarios buscar información suministrada por terceros para facilitar las transacciones contractuales entre los operadores y consumidores, normalmente a cambio de una remuneración, así como realizar publicidad y venta, de los diferentes tipos de productos y servicios que incluyen contenido digital, en su propio nombre. Se pueden citar como posibles ejemplos de estas clases de plataformas: los motores de búsqueda (como Google), redes sociales (como Facebook), las herramientas que publican valoraciones de usuarios en diferentes servicios (TripAdvisor), las páginas en las que se realizan comparaciones (como Booking.com), las plataformas de economía colaborativa (como AirBnB), plataformas de comercio electrónico (como Amazon), las tiendas de aplicaciones (como Apple App Store) así como los sitios web de ofertas de compra (como Groupon)⁸.

2.2. La afectación del derecho de la competencia en la economía de plataformas

Junto a las ventajas evidentes que presenta para el desarrollo de la economía la actividad realizada por las plataformas, se muestra oportuno poner de manifiesto los inconvenientes que éstas pueden ocasionar en el mercado en el desarrollo de sus funciones. Las plataformas pueden tener intereses contrarios a los de los usuarios e incurrir en conductas contrarias a la libre competencia, especialmente ocasionadas por el hecho de tener, o lograr, un gran poder de mercado. Esto es así porque estos actores pueden lograr posiciones de dominio anticompetitivas que, en lugar de ser el fruto de una adecuada respuesta a comportamientos de mercado, constituyan el resultado de una manipulación de los mismos⁹.

Las conductas mencionadas, exigen la existencia de una posición de dominio, aspecto que requiere tener en cuenta con carácter previo la forma de adquisición

de esa posición. Es por ello por lo que el derecho de la competencia regula también el control de las concentraciones económicas, precisamente para prevenir estas situaciones que puedan restringir la competencia. En este sentido, el sistema de control de las concentraciones también debería adaptarse a estos actores del mercado digital, para prever supuestos en los que empresas con mucho potencial, pero poco volumen, puedan ser adquiridas por compañías líderes en el sector con la única intención de eliminarlas del mercado. Del mismo modo, los mecanismos de notificación previa de las concentraciones deberían tener en consideración la transmisión de derechos de propiedad intelectual (especialmente carteras de patentes). La importancia de revisar estos acuerdos y evitar restricciones a la competencia se pone de manifiesto en el hecho de que el poder y la influencia de una empresa en el mercado digital puede crecer de forma exponencial en los supuestos de adquisición de innovaciones. Como consecuencia de esto, en el momento en que se analiza la concentración de este tipo de plataformas sería necesario tener en cuenta elementos particularmente importantes como ver si estamos ante plataformas multilaterales, si los mercados en los que operan las plataformas pueden tender a concentrarse, dependiendo, por ejemplo, de los vínculos existentes y sus interacciones, además de considerar si la expansión de las plataformas mediante la integración de servicios adicionales permitirá que la empresa pueda gestionar y combinar una serie de datos que le permitirán emplearlos posteriormente de forma estratégica para su propio beneficio¹⁰.

El abuso de poder de estas plataformas se puede manifestar de muchas maneras, en este sentido, es especialmente interesante tener en consideración el poder que puede ostentar una plataforma una vez tiene los datos de sus clientes. Esta información, adquirida para el suministro de unos determinados bienes o servicios, podría aumentarse de manera significativa si se utiliza para el ofrecimiento de servicios conexos, ampliando su poder de manera exponencial, y teniendo por tanto una ventaja competitiva importante, aspecto que podría llegar hasta la exclusión de otros operadores del mercado. Esto es así porque a pesar de que el coste de crear una infraestructura digital puede ser muy grande, en cambio el coste de expandir su poder y llegara un número cada vez más grande de consumidores es muy pequeño¹¹.

Se pone así de manifiesto un ámbito más en el que resaltar la necesidad general de adecuar el marco jurídico existente a los problemas que se generan por la

actividad de las plataformas¹². Resultan interesantes en este sentido las propuestas que se hicieron por la Comisión Alemana de la Competencia que, a pesar de estimar que no era necesario modificar la normativa sustantiva sobre competencia, proponía que se afinaran las reglas que definen tanto las situaciones de posición dominante, como de abuso de estas, con la finalidad de lograr una correcta aplicación de las mismas a las características específicas de la economía digital. Por eso, proponían que se redefinan cuándo existe una posición de dominio, porque la lealtad de los consumidores frente a una determinada plataforma puede hacer que se expanda fácil y rápidamente su poder hacia otros mercados conexos, modificando los tradicionales baremos aplicados hasta ahora¹³.

La identificación del abuso en el mercado digital debe analizarse teniendo en consideración sus especiales circunstancias, pues estas conductas pueden constituir, bien en bloquear el acceso a dicho mercado, o en aprovecharse del poder de mercado bien favoreciendo sus propios servicios, o también en la explotación del contenido de los datos, o dificultando a los clientes el cambiar de proveedor¹⁴. Como consecuencia del poder que detentan las grandes plataformas, su actuación podría ir además en contra de la innovación, en aquéllos supuestos en los que las grandes plataformas adquieran innovaciones realizadas por pequeños participantes en el mercado, con la única finalidad de ocultarlas o bloquearlas. No obstante, se ha avanzado que debería analizarse además la posibilidad de que las plataformas sean capaces de estimular la innovación así como de crear propuestas especialmente valiosas y ventajosas para los consumidores¹⁵.

También se ha discutido por la Comisión si la violación de derechos de propiedad intelectual o del derecho a la intimidad puede considerarse como una conducta de abuso de posición de dominio prohibida¹⁶.

Los avances digitales pueden favorecer que las prácticas prohibidas se deban a otras conductas que comporten una eliminación de hecho de la competencia por el empleo de algoritmos informáticos que reduzcan o eliminen el riesgo de incertidumbre en el mercado, creando unos entornos digitales predecibles y controlables, eliminando de hecho la actuación de los competidores¹⁷. A diferencia de los acuerdos tradicionales, los acuerdos mediante algoritmos suponen a presencia de un gran número de actores, dado que permiten la coordinación, el control y la puesta en práctica de sanciones en mercados con escasa concentración. Es posible que logren estas ventajas por la facilidad que tienen para recoger y analizar de manera rápida

las informaciones, el número de empresas que deben vigilar, así como el hecho de que llegar a un acuerdo con ellas no sea tan importante por el número existente¹⁸.

Estas dinámicas que se generan con las plataformas digitales crean también nuevos bienes o activos comerciales como son fundamentalmente los datos¹⁹. Tener datos o incluso, tener una gran cantidad de datos no constituye una conducta que pueda estimarse negativa per se. Lo que pueden constituir conductas anticompetitivas es un mal uso de esos datos, así como las prácticas de utilizar el dato como contraprestación. En este sentido, es posible que se produzca el hecho de que la contraprestación por un producto o servicio sea nula o muy baja a cambio de la información de los datos de los consumidores. Se trata en este caso de una contraprestación que va en detrimento de la privacidad, y que puede generar problemas e incluso suponer situaciones de abuso de posiciones de dominio en el mercado. Así sucede por ejemplo con Google, cuyo producto emblemático es el motor de búsqueda, pagando este servicio los consumidores con sus datos.

En el uso, organización y eficacia para el empleo de estos datos, se muestra en numerosas ocasiones muy beneficioso el uso de la Inteligencia Artificial, dado que puede permitir llevar a cabo conductas que pueden ser anticompetitivas. Así, por ejemplo, el uso de los algoritmos puede dar lugar a abusos de posición de dominio, tal y como sucedió en el caso Google Shopping de 27 de junio de 2017. En este supuesto se consideró que la actividad de Google había comportado un abuso de posición dominante en la medida en que, en su servicio de compras comparativas, se llevaba a cabo una conducta prohibida. Esto se producía por el hecho de que Google ponía en una posición destacada en sus resultados de búsqueda su servicio de compras comparativas, y en cambio, los demás servicios competitivos se colocaban en posiciones menos favorables. No se produce por tanto una competencia basada en el esfuerzo o en los propios méritos, sino que se falsea la competencia, mediante un abuso de posición de dominio, aprovechándose de su situación de superioridad en el mercado. Del mismo modo puede citarse el escándalo que afectó a la red social Facebook, acusada de abusar de su posición de dominio mediante el uso de datos por la oficina alemana de la competencia. En el año 2021 la Autoridad Italiana de Competencia sancionó a Amazon por realizar prácticas contrarias a la competencia y por abuso de posición de dominio. Se impuso así una sanción de 1.128 millones de euros a la plataforma por penalizar a los vendedores independientes que utilizaban su plataforma

digital pero no utilizaban el servicio de logística de la propia Amazon. Un mes antes, esta misma empresa había recibido otra multa por restringir el acceso a la plataforma a distribuidores legítimos de productos.

El uso de algoritmos puede dificultar su detección, así como la determinación de su autoría, por parte de las autoridades de competencia²⁰. No obstante, de manera contraria, estas nuevas tecnologías podrían utilizarse a su vez en beneficio de la búsqueda y detección precoz de las conductas anticompetitivas. Como herramientas que permiten el desarrollo de una competencia no falseada, se puede citar además el *blockchain* o las cadenas de bloques cerradas.

En relación con las conductas colusorias, se aprecia que un intercambio de información puede ser en principio una práctica sana e incentivar la competencia. Si bien también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, si puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores. En este sentido, es preciso tener en consideración que el intercambio de información será una práctica concertada prohibida si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. De esta forma, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación, en la medida en que reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir²¹. Del mismo modo, la situación en la que solo una empresa revela información estratégica a su competidor o competidores que la aceptan también puede constituir una práctica concertada. Y estas revelaciones pueden realizarse por correo electrónico de forma masiva, aumentando exponencialmente el riesgo. El carácter estratégico de los datos es otra cuestión que debe ser analizada con cautela, en la medida en que casi todos los datos podrían tener tal carácter. Esto es así porque, a pesar de que a priori se pueda pensar que los datos desactualizados no son importantes, éstos pueden ser fuente de información valiosa, si son adecuadamente tratados y organizados.

Las desigualdades que se pueden ocasionar por el empleo masivo de internet han suscitado además la cuestión de si estas conductas podrían resultar afectadas también por la normativa específica sobre ayudas públicas. De este modo, se ha apuntado que les podría resultar aplicable además otro de los sectores de la normativa de defensa de la competencia, en particular la normativa reguladora de las ayudas públicas o ayudas de Estado²². Si bien, para que fuera posible aplicar esta

normativa sería preciso demostrar los elementos que ponen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros, ya sea por la recepción de una ayuda financiera, o bien por una reducción de gastos²³.

La libre competencia puede resultar afectada también por el desarrollo de prácticas desleales que tengan una entidad tal como para afectar al interés público²⁴. Esta posibilidad permite que los organismos encargados de la vigilancia del respeto de la competencia puedan reprimir ciertos actos de competencia desleal (cuya protección se confía en principio a la vía jurisprudencial), pero únicamente en supuestos de competencia desleal que tengan unos efectos especialmente gravosos²⁵. En Derecho de la Unión Europea el hecho de que una conducta infrinja la normativa de competencia no comporta que se trate automáticamente de una práctica desleal, si bien la infracción de las normas de competencia se debe tener en cuenta al evaluar su carácter abusivo, que permitiría aplicar la cláusula general de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales²⁶.

En relación con las prácticas desleales, se debe recordar que en la normativa de la Unión Europea carecemos de una armonización equiparable a la que existe en la normativa de Libre Competencia. No obstante, si se observa la evolución del Derecho de la Unión Europea relativo a la competencia desleal, se aprecia una creciente armonización que trae causa de la finalidad de protección del consumidor, para lograr el objetivo de eliminar los obstáculos para el mercado interior en este ámbito²⁷. De esta manera, los Estados miembros no pueden establecer medidas más restrictivas que las definidas en la Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores²⁸. Por este motivo, las prácticas desleales entre operadores en el mercado permanecen por el momento dentro del ámbito competencial de cada Estado miembro, respetando así el principio de subsidiariedad²⁹. Las prácticas comerciales entre competidores, y que se destinen a proteger únicamente los intereses de los competidores, no quedarían amparadas por la Directiva, y se regirán en el ámbito de la Unión Europea, por la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

En lo que se refiere a la aplicación de las normas sobre competencia desleal y sus desafíos en la economía de plataformas, la Comisión ha manifestado que la Directiva sobre prácticas comerciales desleales es un elemento clave para impulsar la equidad en las transacciones en el comercio electrónico y evitar que los consumidores resulten engañados o se vean expuestos a un marketing agresivo, así como

para garantizar que las reclamaciones comerciales sean claras, precisas y motivadas. En este sentido, la Comisión elaboró una Guía con la finalidad de aclarar la interacción entre la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva sobre comercio electrónico³⁰.

3. Las normas de la Unión Europea para regular los ecosistemas digitales

3.1. El Reglamento para el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea

3.1.1. Introducción

El 20 de junio de 2019 se publicó el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B). Se trata de un reglamento que regula las relaciones entre plataformas y empresas, y constituye el primer conjunto de normas para crear un entorno empresarial justo, transparente y predecible para las pequeñas empresas en las plataformas en línea.

La importancia de esta norma se deriva del hecho de que las plataformas ofrecen una eficiencia sin precedentes en el acceso a los mercados transfronterizos y son cruciales para millones de empresas de éxito. No obstante, a pesar de tener múltiples ventajas, también conlleva el riesgo de prácticas comerciales perjudiciales, contra las que las empresas carecen de recursos efectivos. Con este Reglamento, la Comisión pretende adoptar medidas contra los contratos y las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre plataformas.

3.1.2. Ámbito de aplicación

3.1.2.1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

El Reglamento tiene un ámbito de aplicación dirigido de forma específica a las plataformas, en la medida en que se aplicará a los servicios de intermediación en

línea y a los motores de búsqueda en línea que se faciliten o cuyo uso se proponga a los usuarios profesionales y los usuarios de sitios web corporativos, respectivamente, cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión y que, por medio de servicios de intermediación en línea o motores de búsqueda en línea, ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión, con independencia de dónde estén establecidos o residan los proveedores de dichos servicios y cualquiera que fuese la ley aplicable³¹.

Así, en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación, se puede apreciar que se considera como proveedor, ya sea de servicios de intermediación o de motores de búsqueda, a toda persona física o jurídica que ofrezca esos servicios o que les proponga el uso de aquellos.

De conformidad con las definiciones que proporciona esta normativa, serán «servicios de intermediación en línea» los servicios que cumplan todos los siguientes requisitos: que constituyan servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535³²; que permitan a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre ambos y que se presten a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores.

Por su parte, se entenderá como «motor de búsqueda en línea» el servicio digital que permita a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta oral, frase u otro tipo de entrada, y que, en respuesta, muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado.

En cuanto a las personas destinatarias de estos servicios, deberán ser usuarios profesionales y usuarios de un sitio web corporativo. Considerándose como «usuario profesional» a todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión. Y como «usuario de un sitio web corporativo» toda persona física o jurídica que usa una interfaz en línea, es decir,

cualquier programa informático, incluido un sitio web o parte del mismo o aplicaciones, incluidas las aplicaciones para móviles, para ofrecer bienes o servicios a los consumidores con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión.

De manera negativa el Reglamento dispone que no será de aplicación a los servicios de intermediación en línea entre pares en los que no participen usuarios profesionales, ni a los servicios de intermediación en línea exclusivamente entre empresas sin oferta a los consumidores, de manera similar a lo que sucede en la normativa de la Unión Europea sobre competencia desleal. Se puede destacar que el concepto de consumidor que se emplea para delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento se refiere únicamente a personas físicas³³, siempre que actúen con *finés externos* a su comercio, negocio, oficio o profesión³⁴.

Es significativo que el Reglamento se aplique a los “*usuarios profesionales*”, dentro de los cuales se incluya a los “particulares” que actúen dentro de una actividad comercial o profesional. Que esos particulares que realizan una actividad comercial o profesional se encuentren incluidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de esta normativa se parecía como un indicio del carácter en cierta medida “profesionalizante” que se produce en las situaciones de intermediación de las plataformas en el ejercicio de cualquier actividad de oferta de bienes o servicios a un mercado.

3.1.2.2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Desde el punto de vista objetivo, Reglamento de 2019 de intermediación en línea se centra en la actividad realizada por estas plataformas o intermediarios. Por tanto, abarca tanto a los servicios de intermediación en línea, como a los motores de búsqueda en línea. Si bien se exige que la finalidad sea propiciar el inicio de transacciones directas y que impliquen una relación contractual con los consumidores. No obstante, lo que no se exige por el Reglamento es una existencia de esta relación contractual como condición previa para que los servicios de intermediación en línea se encuentren amparados.

Entre los servicios de intermediación en línea contemplados por el Reglamento se incluyen los mercados de comercio electrónico, en particular los mercados colaborativos en los que participen usuarios profesionales, los servicios de aplicación de software en línea, como las tiendas de aplicaciones, y los servicios de redes

sociales en línea, con independencia de la tecnología que se utilice (por ejemplo, tecnología de asistencia vocal). Con independencia de que comporten o no algún pago dinerario, o si que se completen en parte fuera de línea.

Como forma de delimitación negativa del ámbito objetivo de aplicación, el Reglamento dispone que no se aplicará a las herramientas de servicios publicitarios en línea ni a los intercambios publicitarios en línea que no se faciliten con el objetivo de propiciar el inicio de transacciones directas y que no incorporen una relación contractual con los consumidores. Tampoco será aplicable a los servicios de programas de optimización para motores de búsqueda ni a los servicios que se basan en programas de bloqueo de publicidad.

Puede verse en estas definiciones una similitud con la finalidad concurrencial que se establece en la normativa española de competencia desleal. Esto es así dado que la finalidad de propiciar el inicio de transacciones directas y que impliquen una relación contractual, no deja de caracterizar la voluntad de promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero³⁵.

3.1.3. El incremento de la transparencia como sistema para asegurar una competencia leal

3.1.3.1. TRANSPARENCIA DE LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN

Para evitar conductas contrarias a la competencia, el Reglamento sobre intermediación en línea establece ciertas normas que pretenden asegurar la lealtad de estas prácticas mediante la exigencia de más transparencia. Así se dispone que los proveedores de servicios de intermediación en línea tendrán que informar sobre diversas cuestiones relevantes. Deberán señalar en sus condiciones generales los parámetros principales que rigen la clasificación y los motivos por los que aquellos cuentan con una importancia relativa superior a la de otros parámetros. Deberán además exponer los parámetros principales que, de forma individual o colectiva, sean más significativos a la hora de determinar la clasificación y la importancia relativa de esos parámetros principales, presentando una descripción de acceso fácil y público, redactada de manera sencilla y comprensible, en los motores de búsqueda en línea que ofrecen. A falta de una relación contractual entre los

proveedores de los motores de búsqueda en línea y los usuarios de sitios web corporativos, la descripción debe estar disponible al público en una ubicación clara y de fácil acceso en el motor de búsqueda en línea pertinente. De conformidad con lo establecido en los considerandos del Reglamento, no se consideran zonas de acceso fácil y público las zonas de los sitios web en las que los usuarios tengan que iniciar sesión o registrarse.

A fin de garantizar la previsibilidad para los usuarios de sitios web corporativos, la descripción también debe estar actualizada³⁶, para que así se puedan identificar fácilmente todos los cambios practicados a los parámetros principales. La existencia de una descripción actualizada de los principales parámetros será beneficioso también para los usuarios que no utilicen sitios web corporativos que utilizan el motor de búsqueda en línea.

En los supuestos en que en los parámetros principales figure la posibilidad de que los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos puedan influir en la clasificación remunerando directa o indirectamente al proveedor correspondiente, el proveedor (la plataforma en este caso), debe exponer una descripción de dicha posibilidad así como de los efectos que surta la remuneración en la clasificación³⁷. La remuneración podría referirse a los pagos realizados con el objetivo principal o exclusivo de mejorar la clasificación, pero también a una remuneración indirecta en forma de aceptación por el usuario profesional de obligaciones adicionales de cualquier tipo, como el uso de servicios que sean auxiliares o de características premium. Ejemplos de parámetros principales podrían ser los indicadores empleados para medir la calidad de los bienes o servicios de los usuarios profesionales, el uso de editores y su capacidad para influir en la clasificación de dichos bienes o servicios, el alcance de los efectos de la remuneración en la clasificación y los elementos que no están relacionados con el bien o servicio en sí, tales como las características de presentación de la oferta en línea. De esta manera, en el caso de que se incluyeran en la descripción general del mecanismo de clasificación con un lenguaje sencillo y comprensible, estos parámetros deberían ayudar a los usuarios profesionales a entender su funcionamiento de la forma adecuada requerida³⁸.

Para los supuestos en los que un proveedor de un motor de búsqueda en línea haya alterado el orden de la clasificación en un caso concreto o haya excluido un sitio web determinado como consecuencia de la notificación de un tercero, deberá

ofrecer al usuario de un sitio web corporativo la posibilidad de examinar el contenido de la notificación³⁹.

Todas estas obligaciones indicadas con anterioridad deberán ser suficientes para permitir a los usuarios profesionales o a los usuarios de sitios web corporativos entender de manera clara si el mecanismo de clasificación tiene en cuenta, cómo y en qué medida: las características de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores por medio de los servicios de intermediación en línea o el motor de búsqueda en línea; la importancia de tales características para los consumidores; así como las características de diseño de los sitios web utilizados por los usuarios de sitios web corporativos, en los casos de motores de búsqueda en línea⁴⁰, por ejemplo, si están optimizados para su visualización en dispositivos móviles de telecomunicación.

Se trata en todo caso de obligaciones que no carecen de límites. Así el Reglamento prevé que los proveedores de servicios de intermediación en línea o de motores de búsqueda en línea no deben estar obligados a revelar el funcionamiento detallado de sus mecanismos de clasificación, en particular de los algoritmos⁴¹. Sin que, en ningún caso, la toma en consideración de los intereses comerciales de los proveedores de servicios de intermediación pueda ocasionar la negativa a revelar los parámetros principales que rigen la clasificación. Del mismo modo, se prevé que tampoco debería mermarse su capacidad para actuar frente a manipulaciones de la clasificación efectuadas de mala fe por terceros, incluso aunque estas manipulaciones se realicen en interés de los consumidores.

3.1.3.2. *HERRAMIENTAS PARA COMPARAR PRODUCTOS Y SERVICIOS*

Otra práctica muy común en las plataformas digitales, y vinculada en cierta medida con la anterior, la constituyen las herramientas comparativas entre diversos productos o servicios. Los problemas que generan estas herramientas para el derecho de la competencia ocasionaron la creación, por parte de la Comisión Europea, de un grupo multilateral sobre herramientas para elaborar unos principios dirigidos específicamente a ayudar a los gestores de herramientas comparativas a respetar la Directiva sobre prácticas desleales. De acuerdo con los resultados de estos principios, el término herramienta comparativa incluye todos los contenidos y las aplicaciones digitales desarrollados fundamentalmente para uso de los consumidores

con el fin principal de comparar productos y servicios en línea, independientemente del dispositivo utilizado (ya sea ordenador portátil, teléfono inteligente o tableta) o de los parámetros que sirvan de base para la comparación (ya sea el precio, la calidad o las opiniones de los usuarios). Incluyendo por tanto expresamente, dentro de este concepto, a los gestores de motores de búsqueda, sitios web de reserva de billetes o viajes, o plataformas de comercio electrónico que actúan como mercados de varios comerciantes y que desarrollan funciones dedicadas a la comparación de productos y servicios⁴².

Estos actores, siempre y cuando sean profesionales, deberán cumplir con la Directiva de prácticas desleales y, en particular, no provocar engaño en los consumidores. De conformidad con las recomendaciones del grupo de trabajo sobre herramientas comparativas, éstas deben ofrecer una indicación clara de la integridad y la cobertura de la comparación, además deben velar para que toda la información que proporcionan sea exacta, sin que se ofrezca una información falsa sobre precios o una falsa impresión de escasez. Del mismo modo deberán evitar conductas que permitan generar confusión ya sea con otros productos o con marcas o nombres comerciales de un competidor.

Para la evaluación de si estas prácticas llevan a error o son engañosas (por acción u omisión), deberán tenerse en cuenta distintos factores caso por caso, como por ejemplo la información sobre la cobertura de la comparación (como sectores y número de comerciantes), los criterios aplicados para comparar y clasificar los productos (por ejemplo, si la presentación de los resultados de la comparación distingue claramente entre los productos que están incluidos o clasificados con arreglo al pago y otros productos), así como la frecuencia con la que se actualiza la información. Se muestra esencial en todo caso que se informe de manera adecuada sobre si los resultados obtenidos provienen o no de prácticas publicitarias, de manera que el consumidor pueda conocer el grado de imparcialidad de la herramienta comparativa. Esto debería realizarse de manera visual para los consumidores, ya sea mediante los rótulos, uso de colores o iconos especiales. En este sentido en Francia se sancionó como práctica engañosa el hecho de que un sitio web de comparación de precios no indicara claramente que la clasificación en el nivel superior obedecía a un pago, estimando que la herramienta comparativa podía distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores⁴³.

3.1.3.3. VALORACIONES DE LOS USUARIOS

Otra práctica especialmente relevante en el uso de los sectores online se refiere a las herramientas de valoración de los usuarios. Estas prácticas se muestran especialmente útiles y, según determinados estudios, constituyen una de las mayores fuentes de información para los consumidores en la actualidad⁴⁴. En estos supuestos la plataforma deberá velar por proporcionar información veraz sobre las principales características de sus servicios, sin inducir a error sobre el origen o la parcialidad o manipulación de las opiniones, ya sea de su contenido o de la forma de presentarlas. Pues el desconocimiento de estos criterios por parte de los usuarios puede comportar respuestas erróneas⁴⁵. Para evitar consecuencias negativas y la aparición de prácticas desleales, las plataformas deberían tomar medidas como disponer de los medios técnicos necesarios para verificar la fiabilidad de la persona que publica la opinión, solicitándole que se registre, o bien verificando la dirección IP utilizada para presentar la opinión. También es posible exigir información por la cual la persona reconozca que ha utilizado el objeto del que opina, exigiendo un número de reserva del servicio utilizado. Por tanto, estas recomendaciones, así como el Reglamento de intermediación en línea, van un paso más allá respecto de la ausencia de una obligación de supervisión, tal y como se establece en la Directiva sobre comercio electrónico.

Las prácticas desleales más frecuentes pueden consistir en la publicación de opiniones favorables falsas, en la medida en que vengan condicionadas por un pago recibido o incluso, porque se realicen por el propio prestador del servicio. También serían desleales determinadas prácticas que seleccionan las opiniones, eliminando las opiniones negativas⁴⁶. O incluso aquéllas que incentiven a realizar valoraciones a personas no imparciales, como el caso de empleados que trabajan para el sitio valorado. Todas estas prácticas se pueden estimar contrarias a los requisitos de la diligencia profesional actuando en contra del nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores⁴⁷.

Es posible resaltar que el hecho de que no se disponga ningún control por parte de la plataforma, podría dar lugar a otro tipo de reacciones por parte de las empresas afectadas, en los supuestos en los que se pueda considerar que se ha producido, por opiniones negativas falsas, una violación del derecho al honor y la

propia imagen de una determinada empresa⁴⁸. Esto reviste una importancia significativa en la actualidad en la que, la reputación de una empresa en internet es esencial para que pueda tener éxito comercial. En este sentido se puede mencionar la sentencia del juzgado de Primera Instancia de Mérida el que se condena a TripAdvisor a borrar comentarios falsos difamatorios y a indemnizar al denunciante, por un ataque contra el derecho al honor.

3.1.3.4. LA GESTIÓN DE LOS DATOS

Las dinámicas que se generan con las plataformas digitales crean también nuevos bienes o activos para las empresas, como son fundamentalmente los datos. Tener datos o incluso, tener una gran cantidad de datos no constituye una conducta que pueda estimarse negativa en sí misma. Lo que pueden constituir conductas desleales sería un mal uso de esos datos. En este sentido, es posible que se produzca el hecho de que la contraprestación por un producto o servicio sea nula o muy baja a cambio de la información de los datos de los consumidores. Se trata en este caso de una contraprestación que va en detrimento de la privacidad, y que, en defecto de una adecuada información, podría constituir una práctica desleal por engañosa.

En este sentido, el Reglamento de intermediación en línea, consciente de esta problemática, regula el acceso a los datos de las plataformas, exigiendo que se establezca una información suficiente en las condiciones generales sobre el acceso técnico y contractual, o la falta de este, que tengan los usuarios profesionales a los datos personales o de otro tipo, que proporcionen los usuarios profesionales o los consumidores para utilizar los servicios de intermediación en línea, o bien que se generen a través de la prestación de tales servicios. Deberá informarse sobre la categoría de los datos a los que se tiene acceso, los proveedores con los que se comparten, qué datos se comparten y en qué condiciones⁴⁹.

En lo que se refiere a la regulación de los datos, es preciso tener en consideración que la Comisión adoptó el 23 de febrero de 2022 la propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para el acceso y uso equitativos de los datos (Data Act)⁵⁰.

La Ley de Datos aclara quién puede crear valor a partir de los datos y en qué condiciones, pretende garantizar la equidad estableciendo normas sobre el uso de

los datos generados por los dispositivos digitales, dado que se aprecia que no hay una distribución justa de la capacidad de aprovechar los datos digitales, circunstancia que frena la digitalización y la creación de valor. La Ley de Datos pretende garantizar además la coherencia entre los derechos de acceso a los datos, que muy frecuentemente se desarrollan para situaciones específicas y con normas y condiciones diferentes. Se trata de un Reglamento insertado en la estrategia europea para los datos, que complementa el Reglamento sobre la gobernanza de los datos cuya finalidad es crear los procesos y estructuras para facilitar los datos⁵¹.

3.1.3.5. TRANSPARENCIA SOBRE EL ORIGEN DE LOS PRODUCTOS Y OTRA INFORMACIÓN RELEVANTE

Una de las condiciones que se considera que más afecta a la actividad de las plataformas se refiere al riesgo de que el consumidor desconozca el verdadero origen comercial del producto que adquiere, así como las eventuales diferencias de trato que la plataforma pudiera dar a los proveedores, en función de su relación con ellos. Este comportamiento podría ser contrario a la competencia leal y restringir las posibilidades de elección de los consumidores. Pudiendo encuadrarse en particular dentro de los actos de engaño y, según la forma de presentación, como una omisión engañosa, si no se hace referencia al proveedor y se genera una impresión errónea de que es la plataforma la que vende el producto.

Por este motivo, el Reglamento ha incluido diversas obligaciones de transparencia que pretenden limitar las prácticas desleales en este ámbito. Se dispone así, por una parte, la obligación de los proveedores de servicios de intermediación en línea de garantizar que la identidad del usuario profesional que proporciona bienes o servicios en servicios de intermediación en línea sea claramente visible⁵².

Y, en relación con la información sobre el tratamiento diferenciado, se exige que se incluya en las condiciones generales, mencionando las principales consideraciones económicas, comerciales o jurídicas que lo fundamentan. Esta información incluirá datos relativos a aspectos tales como son: el posible acceso diferenciado que algunos proveedores puedan tener respecto de los datos adquiridos por las plataformas, también datos sobre las clasificaciones realizadas por las plataformas que puedan tener alguna influencia en el acceso de los consumidores a los bienes o servicios ofrecidos a través de esos servicios de intermediación en línea.

Se debería informar también sobre cualquier tipo de remuneración percibida por el uso de los servicios de intermediación en línea así como sobre el acceso a las condiciones o a cualquier remuneración directa o indirecta aplicada por el uso de servicios o funcionalidades pertinentes para el usuario profesional que estén directamente relacionadas con la utilización de los servicios de intermediación en línea o que sean accesorias a ella⁵³.

La obligación de transparencia incluye también la necesidad de incluir información general sobre el modo en que las condiciones generales afectan a la titularidad y el control de los derechos de propiedad intelectual de los usuarios profesionales. Aspecto que se muestra especialmente relevante a la hora de asegurar la protección de los mismos.

El Reglamento de intermediación regula de forma exhaustiva la transparencia de las condiciones generales aplicadas por las plataformas, afirmando la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que no cumplan los requisitos establecidos. Se trata de una normativa paralela a la establecida, en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁵⁴ y, en derecho español, en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y que, con idéntica finalidad, pretende contrarrestar los inconvenientes típicos de la contratación en masa⁵⁵.

Otras situaciones frecuentes en las compras *on line* pueden ser contrarrestadas con la adecuada transparencia se refieren a las compras colectivas, que permiten a los consumidores adquirir productos conjuntamente para obtener un precio más favorable. En estos casos la plataforma deberá velar porque la información que proporcione a los consumidores sea clara y precisa en cuanto al alcance de la oferta. La información no debe inducir a error, en particular sobre la calidad del producto, ni sobre el beneficio específico ofrecido por la plataforma y debe informar de manera clara y precisa sobre el contenido y el precio de la oferta y sobre el proveedor del producto o servicio. En todo caso, se deberá explicar de manera clara las condiciones en las que los consumidores se pueden beneficiar del producto (por ejemplo, número mínimo de compradores, duración de la oferta, etc.). De igual manera, la falta de información puede afectar a los supuestos de precios dinámicos, es decir, los que van cambiando con el tiempo, que podrían constituir prácticas desleales. Así sucederá si, por ejemplo, un comerciante aumenta el precio de un producto después de que el consumidor lo haya puesto en su carrito

de la compra digital. En este sentido nos podemos encontrar ante una práctica desleal por engañosa, que exigiría una adecuada información al consumidor, para que éste entienda y prevea la modificación de los precios.

Del mismo modo se exige información adecuada de los sistemas de geolocalización, así como, en su caso, de la existencia de tratamiento diferenciado en función del origen del consumidor. Se trata de prácticas que pueden resultar afectadas por otro tipo de normativa de la Unión Europea que impide que se puedan tratar de forma distinta a los consumidores en función de su lugar de residencia o de su nacionalidad, salvo que se encuentre justificado por criterios objetivos. Pero, aún en el caso de que los hubiera, se trata de una información esencial que el consumidor debe conocer, pudiendo en otro caso constituir una práctica desleal por engañosa.

3.1.3.6. *TRANSPARENCIA DEL SISTEMA DE RECLAMACIONES*

Otra información cuya omisión puede constituir una práctica desleal por engañosa se refiere a necesidad de que se incluya en la información de cualquier invitación a comprar una referencia clara al sistema de reclamaciones. En otros casos, la ausencia de una información adecuada en este sentido podría considerarse desleal por tratarse de una omisión engañosa.

Para evitar estas situaciones, el Reglamento dispone que las plataformas deberán establecer un sistema interno de tramitación de reclamaciones, que se encuentre accesible de forma fácil y gratuita para los usuarios profesionales y que garantice la tramitación dentro de un plazo razonable. Este sistema deberá basarse en los principios de transparencia e igualdad de trato, y tratará las reclamaciones de manera proporcionada en relación a su importancia y complejidad.

Toda la información sobre el servicio de reclamaciones deberá hacerse constar en las condiciones generales, y además, los proveedores de servicios de intermediación en línea tienen una obligación de dar cuenta del funcionamiento y de la efectividad del mismo, poniendo a disposición del público de forma sencilla todos estos datos. Información que incluirá tanto el número total de reclamaciones presentadas, como los principales tipos, el tiempo medio necesario para procesarlas, así como información agregada en relación con el resultado de las reclamaciones⁵⁶.

3.2. La actual estrategia digital de la Unión Europea

Con la voluntad de servir de complemento a las normas sobre competencia, la Comisión europea se encuentra en un proceso de elaboración de dos normas para regular estas conductas en los mercados digitales y prevenir situaciones contrarias a la competencia, tanto al mantenimiento de una competencia libre y no restringida, como también una competencia leal.

3.2.1. *La Ley de Mercados Digitales*

3.2.1.1. *FINALIDAD DE LA NORMATIVA*

En primer término, es preciso resaltar la llamada “Ley de Mercados Digitales”, Reglamento (UE) 2022/1925 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), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 12 de Octubre de 2022. Esta norma tiene como objetivo mantener la igualdad de condiciones respecto de todas las empresas digitales. Se pretende así garantizar el buen funcionamiento del mercado interior mediante el fomento de una competencia efectiva en los mercados digitales y, en particular, un entorno de plataformas en línea competitivo y leal.

Se trata de una Ley que se basa en el actual Reglamento P2B, y que se aplicará a las grandes plataformas, regulando su comportamiento, lo que podrán hacer o no hacer, completando por un régimen sancionador, similar a los que se establece en la normativa del derecho de la competencia⁵⁷.

Con esta Ley de Mercados Digitales, la Unión Europea pretende ofrecer un complemento a las normas de competencia mediante la introducción de una serie de obligaciones para algunas empresas en el mercado interior⁵⁸. Se contemplan prácticas desleales de los guardianes de acceso que, o bien están fuera de las normas de competencia existentes en la Unión Europea, o bien no pueden ser abordadas con la misma eficacia por dichas normas. Esto último es así porque la aplicación de la normativa de defensa de la competencia se produce después de que se haya ocasionado la conducta contraria a la libre competencia y exige procedimientos de

investigación para constatar la infracción con el consiguiente periodo de tiempo. Por ello, la propuesta reduce los efectos estructurales perjudiciales de las prácticas desleales *ex ante*, sin limitar la capacidad de intervenir *ex post* en virtud de las normas de competencia nacionales y de la Unión Europea. Si bien, es preciso resaltar la conveniencia de proveer mecanismos que garanticen la adecuada complementariedad entre ambos tipos de normas para evitar colisiones entre ambas, así como para evitar duplicidad de actuaciones y una mayor coordinación entre las autoridades de competencia nacionales y la Comisión⁵⁹.

La ineficacia de la normativa de Competencia se deriva de que la misma no se estima suficiente para resolver todos los problemas relacionados con los guardianes de acceso, dado que existe la posibilidad de que un guardián de acceso carezca de posición dominante, y que sus prácticas no estén reflejadas en el artículo 102 del TFUE. Adicionalmente, nos encontramos con el inconveniente de los tiempos, dado que el artículo 102 del TFUE no siempre permite intervenir con la rapidez necesaria para abordar estas prácticas de la manera más eficaz. Estos artículos del TFUE, y las correspondientes normas nacionales de competencia, tienen como objetivo la protección de la competencia no falseada en el mercado, pero debe resaltarse que la norma que se propone persigue un interés jurídico diferente, aunque complementario, dado que persigue garantizar que los mercados donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos, con independencia de los efectos reales, potenciales o supuestos sobre la competencia en un mercado determinado de la conducta de un determinado guardián de acceso.

Estas obligaciones son necesarias para poder solucionar las preocupaciones de orden público identificadas, ya que no existen medidas alternativas menos restrictivas que puedan lograr efectivamente el mismo resultado, teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar el orden público, proteger la privacidad y combatir las prácticas comerciales engañosas. La elección de un Reglamento y de un modelo de aplicación centralizada se ha mostrado como el mecanismo más adecuado para asegurar la uniformidad y la máxima eficacia en la lucha contra los obstáculos a la competencia del mercado interior europeo de servicios digitales⁶⁰.

Con esta Ley la Comisión pretende solventar los problemas que se generen cuando las plataformas grandes actúan como puertas de acceso frente entre los usuarios profesionales y los usuarios finales. En estas circunstancias suelen

beneficiarse de una posición afianzada, a menudo debida a la creación de ecosistemas de conglomerados en torno a sus servicios de plataformas, reforzando las barreras de entrada existentes. Esto sitúa a esas plataformas en situación de posición de dominio, dado que pueden tener un control sustancial sobre el acceso a los mercados, y esto puede conducir a que muchos usuarios profesionales estén en una situación de dependencia de estos guardianes de acceso. Estas situaciones pueden comportar que se produzcan, por un lado, efectos negativos en la competencia de los servicios de plataformas y, por otro, a que se lleven a cabo prácticas desleales respecto de los usuarios profesionales. Las prácticas desleales y la falta de disputabilidad pueden comportar resultados ineficientes en el sector digital ocasionando precios más altos, calidad más baja, así como menos opciones e innovación en detrimento de los consumidores. Las desventajas para las pequeñas empresas se derivan, no solo de los posibles eventuales comportamientos desleales de los guardianes de acceso, también de la fragmentación normativa en los diversos estados, que les dificultan una correcta aplicación de la misma, además de los inconvenientes de adaptación⁶¹.

Si se compara con la normativa tradicional de competencia, podemos encontrar diversas características propias de esta normativa⁶², en primer término, el hecho de que se aplique a un tipo de plataforma, que serán las que cumplan con los requisitos establecidos para ser guardianes de acceso, sin que dependa después de la concreta afectación de un mercado determinado. Del mismo modo se invierte la carga de la prueba, dado que será la plataforma que haya sido calificada como guardiana de acceso la que tendrá que demostrar que no lo es. Y, en caso de tener dicha condición, se verá obligada a cumplir con las obligaciones establecidas en el Reglamento. Del mismo modo, frente a la privatización del Derecho de la Competencia, que permite por un lado una autoevaluación de las conductas, así como la aplicación privada de este derecho, permitiendo a los perjudicados por conductas anticompetitivas reclamar daños y perjuicios ante los tribunales, la presente normativa requiere la intervención de las autoridades, que determinarán si nos encontramos ante un guardián de acceso, y que realizará en su caso las interpretaciones pertinentes admitidas por el Reglamento. Finalmente, a pesar de que se prevé una cooperación con las autoridades nacionales, el control de las obligaciones y medidas será desarrollado por la Comisión, y sometido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.2.1.2. DESTINATARIOS Y ACTIVIDAD REGULADA

La Ley se limita a una serie de servicios de plataformas básicas en los que los problemas identificados son más evidentes y prominentes, incluyendo los servicios de intermediación en línea (incluidos, por ejemplo, mercados, tiendas de aplicaciones y servicios de intermediación en línea en otros sectores como la movilidad, el transporte o la energía), los motores de búsqueda en línea, las redes sociales, los servicios de plataformas de intercambio de vídeos, los servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, los sistemas operativos, los servicios en la nube y los servicios de publicidad. Se precisa en este sentido que la definición de servicios básicos de plataforma debe ser neutral desde el punto de vista tecnológico y debe entenderse que incluye los servicios prestados en o a través de diversos medios o dispositivos, como los televisores inteligentes o los servicios digitales integrados en vehículos.

La normativa establece una serie de prácticas que se consideran de oficio perjudiciales, sin depender de un estudio previo, ni de la existencia de una posición de dominio, conforme a la normativa de competencia, y que se derivan de la experiencia existente frente a las conductas que son contrarias a la competencia, a las que se le añaden un refuerzo de las normas sobre el control de concentraciones, además de las ya existentes en el derecho de la competencia, así como obligaciones de auditoría⁶³.

Los proveedores de servicios de plataformas básicas se considerarán guardianes de acceso y, por tanto, se encontrarán sometidos a esta normativa, si cumplen las condiciones siguientes: tener un impacto significativo en el mercado interior, operar una o más puertas de acceso importantes hacia clientes y si tienen (o es previsible que vayan a tener) una posición afianzada y duradera en sus operaciones. La Ley utiliza umbrales cuantitativos, pero se complementa con la utilización de criterios cualitativos.

Se presume por la Ley que una empresa que presta un servicio básico de plataforma

tiene una gran influencia en el mercado interior cuando presta un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros y cuando el volumen de negocios logrado por su grupo en la Unión es igual o superior a un umbral alto

determinado, o cuando la capitalización bursátil del grupo es igual o superior a un valor absoluto alto determinado.

De esta manera la Comisión puede designar como guardianes de acceso a los proveedores de servicios de plataformas básicas que presentan los mismos riesgos o riesgos similares para la equidad y la disputabilidad del mercado y garantiza que las obligaciones se aplican únicamente a los proveedores de servicios de plataformas básicas por igual.

En lo que se refiere al tratamiento de los datos, por ejemplo, con la finalidad de garantizar que los guardianes de acceso no menoscaben deslealmente la disputabilidad de los servicios básicos de plataforma, se prevé que los guardianes deben permitir que los usuarios finales puedan elegir libremente participar en las prácticas de tratamiento de datos e inicio de sesión ofreciéndoles una alternativa menos personalizada, aunque equivalente, y sin condicionar el uso del servicio básico de plataforma o de determinadas funcionalidades de este al consentimiento del usuario final. La alternativa menos personalizada no debe ser diferente ni tener una calidad peor en comparación con el servicio prestado a los usuarios finales que prestan su consentimiento, ni el hecho de no prestar el consentimiento debe ser más difícil que prestarlo.

Mediante esta opción legislativa la Comisión establece una serie de normas constituidas por: una lista cerrada de servicios de plataformas básicas, una combinación de criterios cuantitativos y cualitativos para designar a los proveedores de servicios de plataformas básicas como guardianes de acceso, el establecimiento de unas obligaciones directamente aplicables, así como la posibilidad de que la Comisión actualice el instrumento, tras una investigación de mercado, por lo que se refiere a las obligaciones de los guardianes de acceso, mediante actos delegados en la medida en que se identifiquen nuevas prácticas que sean igualmente desleales, así como mediante la modificación de propuestas.

De esta manera la Comisión deja la puerta abierta a una permanente adaptación, tanto de los guardianes de acceso, como de las prácticas desleales que puedan ir surgiendo en un mercado digital cambiante. Se prevé que esto pueda ayudar a fomentar la aparición de plataformas alternativas, que puedan ofrecer productos y servicios innovadores y de alta calidad a precios asequibles. De esta forma, mediante el establecimiento de condiciones más justas y equitativas para todos los

actores del sector digital será posible permitir que se aproveche mejor el potencial de crecimiento de la economía de plataformas.

La aplicación de las obligaciones necesarias y proporcionadas para lograr los objetivos de esta Ley permitirá a la Comisión intervenir a tiempo y con eficacia, respetando plenamente la proporcionalidad de las medidas consideradas. También se persigue tranquilizar a los participantes en el mercado sobre la disputabilidad y la equidad de los servicios.

3.2.2. La Ley de Servicios Digitales

3.2.2.1. FINALIDAD

Por otro lado, dentro de la estrategia digital de la Unión Europea, es preciso hacer referencia a la llamada “Ley de Servicios Digitales”, Reglamento 2022/2065 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 publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento de Servicios Digitales el 27 de octubre de 2022. Este Reglamento pretende proteger mejor a los consumidores, regular la responsabilidad de las plataformas y fomentar la innovación, el crecimiento y la competitividad en el mercado único, creando un entorno digital más seguro para los usuarios y las empresas digitales.

Esta normativa se basa en la Directiva sobre Comercio electrónico, pero va más allá, en la medida en que se aprecia que la realidad existente en el momento de promulgarse la citada Directiva, nada tiene que ver con la realidad digital actual. De este modo, a diferencia de la anterior, esta normativa supone una iniciativa horizontal que actualiza las normas que regulan las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios digitales, en especial, de las plataformas. Respecto de estos actores, el Reglamento regula la responsabilidad de los prestadores de servicios digitales por los contenidos que alojan, garantiza la seguridad de los usuarios en línea, así como obligaciones asimétricas de diligencia debida para los distintos proveedores de servicios de la sociedad de la información, dependiendo de la naturaleza de los riesgos sociales que representan dichos servicios, todo ello complementado también con un sistema de sanciones.

3.2.2.2. DESTINATARIOS

Este Reglamento incluye obligaciones de diligencia debida que se aplicarán a todos los servicios digitales de la UE que conectan a los consumidores con bienes, servicios o contenidos. Se incluyen también nuevos procedimientos para lograr una eliminación más rápida de los contenidos ilegales, así como una amplia protección de los derechos fundamentales de los usuarios en línea. No afectará a otros actos regulados por normativa específica, que tendrán la consideración de *lex specialis*, si bien abarcarán problemas que esas normas no resuelven, o no por completo. En este sentido, es importante resaltar que la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de los datos personales se rige exclusivamente por las disposiciones del Derecho de la Unión sobre esa materia, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. Y además esta norma debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos conexos, que establecen normas y procedimientos específicos que no deben quedar afectados.

Esta normativa se aplicará únicamente a los servicios intermediarios con independencia de su lugar de establecimiento o residencia, en la medida en que presten servicios en la Unión Europea, según se demuestre por una conexión sustancial.

Desde un punto de vista subjetivo, esta normativa se aplica a diferentes servicios de intermediación en línea, modulando las obligaciones según su papel, tamaño e impacto en el ecosistema en línea. También incluyen servicios de alojamiento, como la computación en nube y los servicios de alojamiento web. Del mismo modo se aplica a motores de búsqueda en línea muy grandes, y a plataformas en línea que ponen en contacto a vendedores y consumidores, como mercados en línea, tiendas de aplicaciones, plataformas de economía colaborativa⁶⁴ y plataformas de medios sociales, así como a plataformas en línea muy grandes que podrían plantear riesgos particulares en la difusión de contenidos ilegales y daños sociales⁶⁵.

Teniendo en cuenta la importancia del subconcepto de plataformas en línea, dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos, en la presente ley se define como las redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con empresarios como

prestadores de servicios de alojamiento de datos que no se limitan a almacenar información⁶⁶. Si bien, se busca que estas obligaciones sean proporcionadas, sin imponerlas a los prestadores de servicios de alojamiento de datos cuando la difusión al público sea tan solo una característica menor o meramente accesoria.

3.2.2.3. RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS

Uno de los aspectos más relevantes de este Reglamento consiste en la regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicios. La norma supone una continuación del principio de exoneración de responsabilidad o puerto seguro, si bien modulando su contenido para incluir mayores obligaciones de transparencia y diligencia que, en caso de no respetarse, supondrán una infracción de la misma. Así, por ejemplo, las exenciones de responsabilidad no deberán aplicarse cuando el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo de tal índole que le confiera el conocimiento de dicha información, o control sobre ella.

Un prestador podrá exonerarse de responsabilidad prestando servicios de mera transmisión cuando no tenga absolutamente nada que ver con la información transmitida. Para ello el prestador no puede modificar la información que transmite, sin que esto afecte a manipulaciones de carácter técnico que tengan lugar durante la transmisión que no alteren la integridad de la información transmitida. Y, además, la información no debe aparecer de manera que induzca a los consumidores a creer que la información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea y que se trata de una información sobre la que las plataformas tienen conocimiento o control. No obstante, para poder beneficiarse de la exención de responsabilidad el prestador deberá actuar de manera diligente para retirar dicho contenido o inhabilitar el acceso al mismo en el momento en que tenga conocimiento efectivo del contenido ilícito.

En lo que se refiere a la adopción de medidas destinadas a actuar frente a contenidos ilícitos, se aclara que el mero hecho de que los prestadores realicen esa clase de actividades destinadas a detectar e identificar estos contenidos ilícitos no impide que puedan acogerse a las exenciones de responsabilidad, siempre que esas actividades se lleven a cabo de buena fe y con diligencia. Esto se aplicará especialmente en aquellas actuaciones en las que el prestador preste su servicio de forma neutra.

Las obligaciones de diligencia se adaptan al tipo y la naturaleza del servicio intermediario de que se trate, por ello se pueden diferenciar unas obligaciones básicas aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios y unas obligaciones adicionales para los prestadores de servicios de alojamiento de datos y, más concretamente, plataformas en línea y plataformas en línea de muy gran tamaño.

3.2.2.4. *MEDIDAS CONCRETAS PARA FACILITAR LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA*

La norma prevé mecanismos para que los usuarios puedan señalar fácilmente esos contenidos y para que los prestadores cooperen con los que denomina “alertadores de confianza”, incluyendo obligaciones adicionales sobre la trazabilidad de las empresas usuarias en los mercados en línea. El Reglamento incorpora medidas para empoderar a los usuarios y a la sociedad civil, como por ejemplo la posibilidad de impugnar las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas y de solicitar una reparación (judicial o extrajudicialmente), la facilitación del acceso a los investigadores vetados a los datos clave de las mayores plataformas y facilitación del acceso a las ONGs en lo que respecta al acceso a los datos públicos, para proporcionar más información sobre la evolución de los riesgos en línea. También incorpora medidas de transparencia para los prestadores sobre una serie de cuestiones, incluidas las relativas a los algoritmos utilizados para recomendar contenidos o productos a los usuarios.

Es posible destacar que esta condición de alertador de confianza solo debe otorgarse a entidades, y no personas físicas, que hayan demostrado, entre otras cosas, que poseen conocimientos y competencias específicos para luchar contra los contenidos ilícitos, que representan intereses colectivos y que trabajan de manera diligente y objetiva. Estas entidades pueden ser de carácter público o pueden ser organizaciones no gubernamentales y organismos semipúblicos. No obstante, los prestadores de servicios digitales deben también tener en consideración los avisos que se envíen por otras personas, a pesar de no tener la condición de alertadores de confianza. El Reglamento permite incluso, en determinadas condiciones, que las plataformas en línea puedan suspender temporalmente sus actividades respecto de personas que muestren comportamientos abusivos, siempre que las condiciones para esta suspensión estén claramente definidas en sus condiciones generales.

Con objeto de facilitar todas estas actuaciones previstas en el Reglamento, los prestadores de servicios intermediarios estarán obligados a establecer un punto único de contacto y a publicar información pertinente relativa a su punto de contacto, así como las lenguas de comunicaciones. Este punto de contacto debe servir a fines operativos y por tanto no ha de tener necesariamente una localización física. Podrá además coincidir con el representante legal, que deben nombrar los prestadores de servicios establecidos en un tercer país que ofrezcan servicios en la Unión.

Como obligaciones adicionales, los prestadores de servicios intermediarios deberán elaborar también un informe anual, de conformidad con ciertos requisitos, como por ejemplo su actividad de moderación de contenidos, con la finalidad de garantizar un nivel adecuado de transparencia y rendición de cuentas. Si bien, para evitar cargas desproporcionadas, las obligaciones de transparencia informativa se modulan en función del tamaño de las empresas⁶⁷.

Esta regulación prevé también una obligación de trazabilidad de los empresarios que ofrecen productos en las plataformas, con la finalidad de contribuir a la creación de un entorno en línea seguro y transparente para los consumidores y en particular para los titulares de derechos de propiedad intelectual. Se establece así cierta información obligatoria que los empresarios deben proporcionar a los prestadores de servicios digitales, sin que esto comporte una obligación excesiva que sea extremadamente costosa. Los esfuerzos razonables para verificar la fiabilidad de la información proporcionada por los que ofertan los bienes y servicios en la plataforma pueden consistir, por ejemplo, en el uso de bases de datos en línea e interfaces en línea oficiales de libre disponibilidad, como los registros mercantiles nacionales o bien en solicitudes a los operadores de documentación justificativa adecuada como copias de documentos de identidad, extractos bancarios o certificados del Registro Mercantil.

3.2.2.5. *PLATAFORMAS DE GRAN TAMAÑO*

Este Reglamento prevé también obligaciones adicionales para las plataformas en línea de gran tamaño. Así se prevén medidas tales como establecer obligaciones para que las plataformas muy grandes y los motores de búsqueda en línea muy grandes tomen medidas basadas en el riesgo para evitar el uso indebido de sus

sistemas y se sometan a auditorías independientes de sus sistemas de gestión de riesgos. Prevé también mecanismos para adaptarse rápida y eficazmente en caso de crisis que afecten a la seguridad o la salud pública. Se disponen salvaguardias para la protección de los menores y límites al uso de datos personales sensibles para la publicidad dirigida, así como una mayor supervisión y aplicación por parte de la Comisión cuando se trata de plataformas en línea muy grandes.

Si se compara la definición de plataforma en línea de gran tamaño, con la de “guardian de acceso” de la Ley de Mercados Digitales, se aprecia que coinciden en que se trata de plataformas que prestan sus servicios a un número medio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones, de destinatarios. Si bien, la Ley de Mercados digitales establece ulteriores requisitos. De este modo, las plataformas grandes, que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales, entrarán muy frecuentemente en el ámbito de aplicación de la Ley de Servicios Digitales, en la medida que estarán sometidas a las normas destinadas a las plataformas de gran tamaño.

De conformidad con la Ley de Servicios Digitales, las plataformas en línea de gran tamaño deben evaluar los riesgos sistémicos que entraña el funcionamiento y uso de su servicio, así como los posibles usos indebidos por parte de los destinatarios y adoptar medidas de reducción de riesgos apropiadas.

Los riesgos sistémicos que se tienen en consideración deben ser de tres tipos: El primero se refiere a los riesgos asociados al uso indebido de su servicio mediante la difusión de contenidos ilícitos, como la que se refiera a delitos de incitación al odio o la venta de productos falsificados. Esta actividad puede constituir un riesgo sistémico importante cuando el acceso a esos contenidos pueda amplificarse a través de cuentas con un alcance especialmente grande. El segundo se refiere a los efectos del servicio para el ejercicio de los derechos protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales, como la libertad de expresión e información o el derecho a la vida privada, que pueden ser consecuencia del diseño de los algoritmos, de envíos abusivos u otros métodos cuando busquen silenciar la opinión u obstaculizar la competencia. El tercer riesgo se refiere a la manipulación deliberada del servicio de la plataforma, con posibles efectos para la salud, los procesos electorales o la protección de los menores, para lograr proteger el orden público, proteger la privacidad y combatir las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas. Estos riesgos pueden venir ocasionados por la creación de cuentas falsas o el uso

de comportamientos automatizados, que pueden dar lugar a la difusión rápida y extendida de información que sea un contenido ilícito o incompatible con las condiciones de una plataforma.

Para lograr una garantía de respeto a las normas establecidas en la Ley para las grandes plataformas, se establecen diversas medidas como la existencia de una obligación de auditoría, de manera que las plataformas se vean obligadas a someterse a la verificación del cumplimiento de sus obligaciones por expertos independientes. Del mismo modo se establece que estas plataformas deberán designar encargados de cumplimiento con la cualificación necesaria para poner en práctica medidas y vigilar el cumplimiento de las obligaciones.

La garantía del desarrollo de esta supervisión y ejecución de las obligaciones impuestas por la Ley recae, primeramente, en los Estados miembros, que tendrán que designar al menos una autoridad encargada de aplicar y ejecutar esta normativa, con la posibilidad de subdividir esta obligación por sectores concretos. No obstante, debe resaltarse además la importancia de los Coordinadores de Servicios Digitales independientes y del Consejo de Servicios Digitales, así como otras autoridades independientes designadas en virtud de esta normativa.

3.2.2.6. *MEDIDAS Y AUTORIDADES DE CONTROL*

Con la finalidad de velar por que la presente norma se aplique de manera coherente, se prevé la creación de una Junta Europea de Servicios Digitales, integrada por los coordinadores de servicios digitales, como grupo consultivo independiente a escala de la Unión, con funciones de apoyo a la Comisión para ayudar a coordinar las acciones de los coordinadores de servicios digitales. Esta Junta Europea debe poder adoptar dictámenes, solicitudes y recomendaciones, con carácter no vinculante, dirigidos a los coordinadores de servicios digitales u otras autoridades competentes nacionales. A pesar de que no se trate de decisiones imperativas, la decisión de desviarse de ellos debe explicarse debidamente y puede ser tenida en cuenta por la Comisión para evaluar el cumplimiento por el Estado miembro correspondiente.

En lo que se refiere a la jurisdicción aplicable, se considera que un prestador debe someterse a la jurisdicción del Estado miembro donde se encuentre su establecimiento principal y, en caso de que carezcan de este, quedarán sometidos si ofrecen

sus servicios en la Unión. En esos casos, la jurisdicción corresponderá al Estado miembro donde dichos prestadores hayan designado a su representante legal.

La normativa dispone una obligación para los Estados miembros de asegurar el respeto de las obligaciones establecidas por la normativa estableciendo un sistema de sanciones que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que tengan en cuenta la naturaleza, gravedad, recurrencia y duración de la violación, en vista del interés público perseguido, el alcance y la clase de actividades realizadas, así como la capacidad económica del infractor. En particular, las sanciones deben tener en cuenta si el prestador afectado incumple de forma sistemática y los Estados en los que desarrolla esta actividad.

Del mismo modo, los Estados miembros deben asegurarse de que los coordinadores de servicios digitales pueden adoptar medidas eficaces y proporcionadas para corregir infracciones particularmente graves y persistentes. Si esas medidas pueden afectar a los derechos de terceros, las medidas deberán ser ordenadas por una autoridad judicial competente a petición de los coordinadores de servicios digitales y someterse a ulteriores salvaguardias. En este sentido, los terceros potencialmente afectados deben tener la oportunidad de ser oídos y este tipo de órdenes de limitación del acceso no deben exceder de lo necesario para alcanzar su objetivo. Por ello, las órdenes deben dictarse únicamente cuando no se disponga razonablemente de competencias para adoptar ese tipo de medidas según lo dispuesto en otros actos del Derecho de la Unión o en el Derecho nacional, por ejemplo, para proteger los intereses colectivos de los consumidores o para inhabilitar el acceso a servicios que estén siendo utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual.

En el supuesto de grandes plataformas, si la infracción no se corrige de manera efectiva únicamente la Comisión podrá, bien por propia iniciativa o por indicación de la Junta, decidir que se investigue en mayor profundidad la infracción. Una vez realizadas las investigaciones necesarias, la Comisión deberá poder adoptar decisiones en las que señale una infracción e imponga sanciones a las grandes plataformas cuando esté justificado. También podrá intervenir en situaciones transfronterizas cuando el coordinador de servicios digitales no haya adoptado ninguna medida pese a que la Comisión lo haya solicitado, o en situaciones en las que el propio coordinador de servicios digitales haya solicitado la intervención de la Comisión.

4. Recapitulación

Con la estrategia digital materializada en la Ley de Mercados Digitales y la Ley de Servicios Digitales, la Comisión Europea presenta un marco jurídico nuevo aplicable a las plataformas digitales con la finalidad de prevenir los principales problemas que plantea la actividad de estas plataformas, debidos en gran parte, a su poder de mercado. Se trata de una normativa que viene a servir de complemento de las normas de competencia existentes, así como al Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, que establecía un aumento significativo de la transparencia para reforzar la lealtad de las relaciones comerciales.

La Ley de Mercados Digitales avanza un paso más, en la medida en que se trata de un sistema que permite una aplicación *ex ante*, de carácter horizontal y que no va a depender de estudios de mercado previos desarrollados caso por caso, como sucede con el derecho de la competencia tradicional. La aplicación práctica de esta normativa, y las recomendaciones de la Comisión en este sentido, ayudará a determinar la forma en que ambas normativas deben interactuar, evitando solapamientos y aumento la eficacia de ambas.

Por otra parte, la Ley de Servicios Digitales supone un avance respecto de la normativa anterior, basada en la Directiva sobre Comercio electrónico, en la medida en que supone una iniciativa horizontal que actualiza las normas que regulan las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios digitales, en especial, de las plataformas, con obligaciones adaptadas al tipo de plataforma, dependiendo de la naturaleza de los riesgos sociales que pueden ocasionar. La Unión Europea refuerza además con esta normativa una protección de valores concretos en el que se protejan los derechos fundamentales de los usuarios y se establezcan unas condiciones equitativas para las empresas.

Con estas medidas la Unión Europea elabora un sistema único para toda la Unión Europea, fomentando la seguridad jurídica, eliminando la fragmentación existente a nivel de la Unión Europea, aspectos que le permiten reforzar su liderazgo al pretender crear un espacio digital más seguro.

Bibliografía

- ALEXIADIS, P./DE STREEL, A., “Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms”, *EUI Working Paper RSCAS 2020/14*, p. 1
- ALONSO UREBA, A., “II La Competencia”, en *Reseña de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, págs. 523 y ss.
- CENNAMO, C./ KRETSCHMER, T./ CONSTANTINIDES, P./ALAIMO, C./SANTALÓ, J., “Digital Platforms Regulation : An Innovation-Centric View of the EU’s Digital Markets Act”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, pp. 1 y ss.
- CHIRICO, F., “Digital Market Act: A Regulatory Perspective”, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, Vo. 12, n.7, pág. 493 y ss.
- EZRACHI, A./STUCKE, M.E., “Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition”, *University of Illinois Law Review*, 2017, págs. 1775 y ss.
- FERNANDEZ, C., “A New Kid on the Block: How will Competition Law Get along with the DMA?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 4, págs. 271-272.
- FERNANDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FRANCK, JU/PEITZ, M., “Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 7, p. 513 y ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E./FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil Parte Primera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GHIDINI, G., *La concorrenza sleale*, Utet, Turín 1982.
- KERBER, W., “Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 11, No. 11, págs. 856 y ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (“carpooling” y “car sharing”): entre la economía colaborativa y la competencia desleal”, *Revista de Derecho mercantil*, 296, 2015, págs. 283 y ss.

- MARTINEZ NADAL, A./ROSSELLÓ RUBERT, F.M., “La experiencia del cliente: análisis jurídico de la publicación online de comentarios de clientes (reviews). en particular, el caso de tripadvisor”, *International Journal of Information Systems and Tourism (IJIST)*, 2016, págs. 105 y ss.
- MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1999.
- “Artículo 3: Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Dir: MASSAGUER y otros, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- RODRIGUEZ DE LAS HERAS, T., “Una Regulación Europea para las Plataformas Electrónicas: Propuestas en curso y Alternativas”, *Derecho Mercantil y Tecnología*, Dir: MADRID PARRA AGUSTÍN, Aranzadi (versión de Thomson Reuters ProView), Pamplona, 2018.
- SCHREPEL, T. “Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 1, p. 1 y ss.
- SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Ed. Debate, Barcelona, 2016.
- ZIMMER, “Digital Markets: New Rules for Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, Vol. 6, No. 9, págs. 627 y ss.

NOTAS

- ¹ ALEXIADIS, P./DE STREEL, A., “Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms”, EUI Working Paper RSCAS 2020/14, p. 1.
- ² SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, 2016, p.16 (versión digital).
- ³ SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, op. cit., p. 3.
- ⁴ EZRACHI, A./STUCKE, M.E., “Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition”, *University of Illinois Law Review*, pág.1780.
- ⁵ EZRACHI, A./STUCKE, M.E., “Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition”, op. cit. p.1880.
- ⁶ RODRIGUEZ DE LAS HERAS, T., “Una Regulación Europea para las Plataformas Electrónicas: Propuestas en curso y Alternativas”, *Derecho Mercantil y Tecnología*, Dir: MADRID PARRA AGUSTÍN, Aranzadi, Pamplona, 2018, p.10 versión de Thomson Reuters ProView.
- ⁷ Vid. en este sentido el informe de la Comisión Alemana de Competencia: *Competition policy: The challenge of digital markets. Special Report No 68, Special Report by the Monopolies Commission pursuant to section 44(1)(4) of the Act Against Restraints on Competition*, en adelante: *Competition policy: The challenge of digital markets*.
- ⁸ Vid. Pág. 131 de la GUÍA PARA LA IMPLEMENTACIÓN / APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2005/29/CE RELATIVA A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES que acompaña al documento COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN: Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos. Sobre la necesidad de diferenciar dentro de este concepto de plataforma y sus implicaciones en el derecho de la competencia vid. SCHREPEL, T. “Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 1, p. 1 y ss.
- ⁹ CNMC’s Contribution on the “implications of digitisation for competition policy” for the conference on “shaping competition policy in the era of digitisation”.
- ¹⁰ CREMER, J./DE MONTJOYE, Y.A./SCHWEITZER, H, *Competition policy for the Digital Era*, Final Report, EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Competition, 2019, p. 110 y ss. (en adelante *Competition policy for the Digital Era*).
- ¹¹ ZIMMER, “Digital Markets: New Rules for Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, Vol. 6, No. 9, p. 627.
- ¹² RODRIGUEZ DE LAS HERAS, T., “Una Regulación Europea para las Plataformas Electrónicas: Propuestas en curso y Alternativas”, op. cit. p.3- 4.
- ¹³ *Competition policy: The challenge of digital markets*. Cit. p.118 y ss.
- ¹⁴ *Competition policy: The challenge of digital markets*. cit. p.114.
- ¹⁵ CENNAMO, C./ KRETSCHMER, T./ CONSTANTINIDES, P./ALAIMO, C./SANTALÓ, J., “Digital Platforms Regulation : An Innovation-Centric View of the EU’s Digital Markets Act”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, p. 2.
- ¹⁶ KERBER, W., “Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 11, No. 11, p.861.
- ¹⁷ EZRACHI, A./STUCKE, M.E., “Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition”, op. cit. p.1782.

- ¹⁸ Observaciones de la AFEC sobre las evoluciones deseables en materia de economía digital en Europa. Apartado. 1.2.
- ¹⁹ KERBER, W., “Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection”, p.856.
- ²⁰ EZRACHI, A./STUCKE, M.E., “Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition”, op. cit. p.1880.
- ²¹ Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión. Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, p. 61.
- ²² LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (“carpooling” y “car sharing”): entre la economía colaborativa y la competencia desleal, Revista de Derecho mercantil, 296, 2015, p.10.
- ²³ Dado que, de conformidad con el concepto de ayuda pública, para que exista y resulte aplicable esta normativa no es preciso que se otorgue una subvención o una ayuda de manera positiva, sino que dentro del concepto de ayuda se incluye también cualquier exoneración que reduzca el presupuesto de gastos, vid. ALONSO UREBA, A., “II La Competencia”, en *Reseña de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, p.563; GALLEGO SÁNCHEZ, E./FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil Parte Primera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.183.
- ²⁴ Vid. art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española. El interés público consiste en que la conducta debe tener una importancia cualitativa que le permita afectar de forma significativa al mantenimiento de la promoción o de la competencia en el mercado vid. MASSAGUER, J., “Artículo 3: Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Dir: MASSAGUER y otros, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 294-296
- ²⁵ MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p.71.
- ²⁶ cfr. art. 5, apartado 2, de la Directiva, Vid. la Guía de aplicación de la Directiva sobre prácticas desleales p.30.
- ²⁷ cfr. Considerandos 5, 12 y 13 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, en adelante Directiva sobre prácticas comerciales desleales.
- ²⁸ vid. Asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07, VTB-VAB NV/Total Belgium y Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV, sentencia de 23 de abril de 2009, apartado 52.
- ²⁹ Cfr. Considerando 6 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales.
- ³⁰ Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, 25-5-2016, en adelante Guía de aplicación de la Directiva sobre prácticas desleales.
- ³¹ Cfr. art. 1.2 del Reglamento P2B.
- ³² Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.
- ³³ A diferencia de lo que sucede en la definición de consumidor en Derecho español, según el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU): “Artículo 3 Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable 1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”
- ³⁴ Cfr. art. 2.4) del Reglamento P2B.
- ³⁵ Así, la Ley de Competencia Desleal española dispone que para que un acto pueda entrar dentro del ámbito objetivo de aplicación de la Ley debe realizarse en el mercado y con fines concurrenciales. Presumiéndose la finalidad concurrencial del acto cuando se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (cfr. Art. 2 LCD).
- ³⁶ Cfr. art. 5 apartados 1 y 2 del Reglamento P2B.
- ³⁷ Cfr. art. 5 apartado 3 del Reglamento P2B.

- ³⁸ Considerando del 25 Reglamento P2B.
- ³⁹ Cfr. art. 5 apartado 4 del Reglamento P2B.
- ⁴⁰ Cfr. art. 5 apartado 5 del Reglamento P2B.
- ⁴¹ Cfr. art. 5. Apartado 6 del Reglamento P2B.
- ⁴² Cfr. Guía de aplicación de la Directiva sobre prácticas desleales, p.146.
- ⁴³ Cass. Com. 4 décembre 2012, 11-27729, Publicité Sté Pewterpassion.com c/Sté Leguide.com.
- ⁴⁴ vid. Online reviews and endorsements Report on the CMA's call for information, 16, Junio 2015.
- ⁴⁵ RODRIGUEZ DE LAS HERAS, T., "Una Regulación Europea para las Plataformas Electrónicas: Propuestas en curso y Alternativas", op. cit. p.18.
- ⁴⁶ En este sentido, se puede mencionar que en Italia, el Tribunal Penal de la ciudad italiana de Lecce condenó a nueve meses de cárcel y a pagar una multa de 8.000 euros al propietario de PromoSalento por vender paquetes de opiniones falsas a restaurantes y hoteles italianos en la web TripAdvisor,
- ⁴⁷ Art. 5.2. Directiva y art. 1 LCD. También podrían considerarse contrarias, según el caso, al punto 22 del Anexo I de la Directiva (art. 27.5 LCD), si se presentan como falsos consumidores, o al art. 6.1.c) (art. 5.1.d) LCD), así como al art. 7.2 y punto 22 de la Directiva (arts. 7 y 27 LCD), sobre el proceso de venta y la intención de la práctica comercial.
- ⁴⁸ MARTINEZ NADAL, A./ROSSELLÓ RUBERT, F.M., "La experiencia del cliente: análisis jurídico de la publicación online de comentarios de clientes (reviews). en particular, el caso de tripadvisor", International Journal of Information Systems and Tourism (IJIST), 2016, págs. 105 y ss.
- ⁴⁹ Cfr. art. 9 Reglamento P2B.
- ⁵⁰ Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos) Bruselas, 23.2.2022 COM (2022) 68 final 2022/0047 (COD).
- ⁵¹ REGLAMENTO (UE) 2022/868 de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos).
- ⁵² Cfr. art. 3.5 Reglamento P2B.
- ⁵³ Cfr. art. 7 Reglamento P2B.
- ⁵⁴ Vid. en este sentido Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, de 27.9.2019.
- ⁵⁵ Cfr. art. 3 Reglamento P2B.
- ⁵⁶ Cfr. art. 11 del Reglamento de intermediación P2B, que precisa que este precepto no será de aplicación a las pequeñas empresas en el sentido del anexo de la Recomendación 2003/361/CE.
- ⁵⁷ En un primer momento se consideró la posibilidad de optar por una nueva normativa de competencia basada en investigaciones de mercado, vid. CHIRICO, F., "Digital Market Act: A Regulatory Perspective", Journal of European Competition Law and Practice, 2021, Vo. 12, n.7, p.496.
- ⁵⁸ A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos como por ejemplo el derecho inglés, en el que se crea una nueva unidad dentro de la Autoridad de Competencia (Competition Market Authority), vid. CHIRICO, F., "Digital Market Act: A Regulatory Perspective", p.496, o el Derecho alemán, que eligió modificar su ley de Defensa de la Competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen GWB), vid. FRANCK, JU/PEITZ, M., "Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act", Journal of European Competition Law & Practice, 2021, Vol. 12, No. 7, p. 513.
- ⁵⁹ FERNANDEZ, C., "A New Kid on the Block: How will Competition Law Get along with the DMA?", Journal of European Competition Law & Practice, 2021, Vol. 12, No. 4, p. 271-272.
- ⁶⁰ vid. CHIRICO, F., "Digital Market Act: A Regulatory Perspective", p.498.
- ⁶¹ vid. CHIRICO, F., "Digital Market Act: A Regulatory Perspective", p.498.
- ⁶² FRANCK, JU/PEITZ, M., "Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act", p. 514.
- ⁶³ Arts. 14 y 15 DMA.
- ⁶⁴ Ampliamente FERNANDEZ PÉREZ, N., El alojamiento colaborativo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ⁶⁵ Quedan fuera del ámbito de aplicación los servicios de comunicaciones interpersonales definidos en la Directiva (UE) 2018/1972, como los correos electrónicos o los servicios de mensajería privada, aunque las obligaciones

de esta Ley se podrían aplicar a servicios que permitan poner información a disposición de un número potencialmente ilimitado de destinatarios, no determinado por el remitente de la comunicación.

⁶⁶ Sobre el concepto de plataforma vid. SCHREPEL, T. "Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 1, p. 1 y ss.

⁶⁷ En especial, esta exención se aplica a las microempresas o pequeñas empresas definidas en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, salvo que su alcance y su repercusión sean tales que cumplan los criterios para considerarse plataformas en línea de muy gran tamaño