

**¿QUIÉN ES CONSIDERADO GUARDIÁN DE ACCESO A
LOS MERCADOS DIGITALES EUROPEOS?***

**WHO IS CONSIDERED GATEKEEPER TO EUROPEAN DIGITAL
MARKETS?**

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 532-561

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "La necesaria actualización de los sistemas tributarios ante los retos del S.XXI", Prometeo/2021/041.

Enrique
de Miguel
CANUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: ¿Qué plataformas son consideradas guardianes de acceso a los mercados digitales europeos? Si la Comisión europea considera que un determinado servicio de plataforma reviste la condición de guardián de acceso, la puesta en cuestión de esta conclusión exige a la plataforma presentar argumentos y pruebas que permitan sortear las presunciones legales establecidas por el Reglamento 2023/1925, suscitando una “duda manifiesta” acerca del hecho presunto, la condición de guardián.

PALABRAS CLAVE: Guardianes de acceso; mercados digitales; presunciones legales.

ABSTRACT: *What platforms are considered gatekeepers to European digital markets? If the European Commission understands that a certain platform service has the status of gatekeeper, challenging this conclusion requires the platform to provide arguments and evidence that allow it to overcome the legal presumptions established by the Regulation 2023/1925, basing a “manifest doubt” about the result of the presumption, the status of gatekeeper.*

KEY WORDS: *Digital markets; gatekeepers; legal presumptions.*

SUMARIO.- I. CONDICIÓN DE GUARDIÁN DE ACCESO.- II. TIPO DE ARGUMENTOS Y PRUEBAS: CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS.- III. NIVEL DE PRUEBA EXIGIDO.- IV. PESO SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO INTERIOR.- V. ERROR DE MOTIVACIÓN DEL ACTO IMPUGNADO.- VI. *TIK TOK* COMO UNA PUERTA IMPORTANTE DE ACCESO.- I. Ausencia de ecosistema y efectos significativos de red.- 2. Presencia de alojamientos múltiples y ausencia de efectos de bloqueo.- 3. Menor escala de *Tik Tok* en comparación con otras plataformas.- 4. Ingresos publicitarios y nivel de interacción con usuarios profesionales.- VII. GOCE DE POSICIÓN SÓLIDA Y DURADERA.- VIII. CONTRARIEDAD CON LOS OBJETIVOS POLÍTICOS.- IX. VALORACIÓN GLOBAL DE LAS PRUEBAS.- X. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.- XI. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.- XII. ANOTACIONES FINALES.

I. CONDICIÓN DE GUARDIÁN DE ACCESO.

Para que una empresa que presta un “servicio básico de plataforma” sea considerada por la Comisión europea un guardián de acceso¹ (*contrôleur d'accès*) a los mercados digitales europeos, según el Reglamento europeo 2023/1925, deben concurrir tres condiciones, requisitos o criterios, acumulativos, que van asociados a tres presunciones correlativas.

1ª condición: que la plataforma tenga una *gran influencia en el mercado interior*. Su presunción asociada (art. 3.2,a) es tener la plataforma un volumen de negocios anual en la Unión superior o igual a una cifra umbral en cada uno de los tres últimos ejercicios. Como presunción alternativa: tener una capitalización bursátil media que ascienda como mínimo a una cifra umbral en el último ejercicio y prestar el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados de la Unión.

2ª condición: ser una *puerta de acceso importante* para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales. Su presunción asociada (art. 3.2,b) es que en el último ejercicio el servicio haya tenido al menos una cifra umbral

1 ALTZELAI ULIONDO, I.: “Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia en la Unión europea”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 74, 2023; HERNÁNDEZ LÓPEZ, C.: “La regulación europea de los mercados digitales: justificación, técnicas y límites”, *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023; MADRID PARRA, A.: “Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales”, *La Ley Unión Europea*, núm. 110, 2023; OROZCO GONZÁLEZ, M.: “David vs. Goliat: las obligaciones de transparencia en el uso de datos por los “guardianes de acceso” en la Ley de Mercados Digitales”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2023; ORTEGA SÁNCHEZ, L.: “El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico”, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 10, 2022; RUIZ ESPINOSA, J.: “Tratamiento de las conductas desarrolladas por plataformas digitales de gran tamaño”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2022; RUIZ PERIS, J.I.: “La nueva digital market act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los “gatekeepers” GAFA”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 57, 2021.

• Enrique de Miguel Canuto

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universitat de Valencia (España). Correo electrónico: enrique.de-miguel@uv.es.

de usuarios finales activos situados en la Unión y al menos una cifra umbral de usuarios profesionales activos al año establecidos en la Unión.

3ª condición: que la plataforma tenga una *posición afianzada y duradera*, en lo que respecta a sus operaciones o la previsión de alcanzar dicha posición en un futuro próximo. Su presunción asociada (art. 3.2,c) es alcanzar en cada uno de los tres últimos ejercicios las cifras umbral de usuarios finales y usuarios profesionales del mencionado art. 3.2, b) del Reglamento.

Oposición a la calificación: frente a la conclusión positiva de la Comisión europea, la empresa prestadora del servicio de plataforma puede *poner manifiestamente en tela de juicio el hecho presunto* de las presunciones legales, la consideración como guardián de acceso, presentando argumentos y pruebas suficientemente fundamentadas en sentido contrario duda [duda manifiesta]. Estos argumentos o alegaciones y pruebas de contrario deben demostrar que, excepcionalmente, *dadas las circunstancias en que opera el servicio de plataforma*, pese a alcanzar los umbrales de las presunciones, en rigor, no se alcanzan los requisitos exigidos para revestir la condición de guardián (apartado 5 del art. 3).

El caso *Bytedance*², resuelto por sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, es un recurso de anulación presentado por Bytedance, que tiene el control de la plataforma TikTok, contra la Decisión de la Comisión europea de 5 de septiembre de 2023, en que es calificada como guardián de acceso a los efectos del cumplimiento de las obligaciones del Reglamento de Mercados digitales³ (R.M.D.) nº 2023/1925.

II. TIPO DE ARGUMENTOS Y PRUEBAS: CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS.

La actora, en el recurso, alega que la Comisión rechazó erróneamente argumentos y pruebas «cualitativos» que había presentado para enervar las presunciones del art. 3.2 del RMD⁴. La interpretación del Considerando 23 del RMD, en la que se basó la Comisión, según la cual todo elemento de prueba no mencionado en el Considerando sería excluido, entiende contradice no solo el tenor del Considerando sino también el art. 3.5, párrafo primero, del RMD, según el cual la cualificación de guardián de acceso exige cumplir los requisitos del apartado I del artículo, teniendo en cuenta las “circunstancias en las que opera el servicio básico de plataforma”. En rigor, no deberían excluirse las pruebas “cualitativas” directamente relacionadas con la enervación de las presunciones

2 Sentencia desestimatoria del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23, en recurso de anulación.

3 Reglamento del Parlamento y el Consejo de 14 de septiembre de 2022, Reglamento de Mercados Digitales, D.O.U.E. L 265 de 12 de octubre de 2022.

4 Punto nº 37 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

según las cuales los umbrales cuantitativos dan fe de la condición de guardián. De otra parte, estaría injustificado admitir solo elementos cuantitativos para refutar los umbrales cuantitativos integrantes de estas presunciones.

Con la expresión argumentos y pruebas «cualitativos», la actora se refiere a los argumentos y pruebas que presentó ante la Comisión durante el procedimiento administrativo para refutar las presunciones legales, y que no estaban expresadas en valores numéricos.

Para el Tribunal general resulta difícil, si no imposible, distinguir entre argumentos o pruebas “cuantitativos” y “cualitativos, porque los argumentos de naturaleza cualitativa suelen estar respaldados por datos numéricos. Por tanto, sería artificial separar unos de otros y admitir solamente los elementos cuantitativos, aunque con ello se pretenda respaldar un argumento de carácter cualitativo.

Cabe añadir que los requisitos exigidos para ser designado guardián, del art. 3.1 del RMD, no se expresan con valores numéricos. La empresa debe tener un peso significativo en el mercado interior, ser un servicio de plataforma que suponga una puerta importante de acceso y gozar de una posición sólida y duradera en sus actividades, o disfrutar, probablemente, de tal posición en un futuro próximo.

Siendo cierto que los umbrales previstos en las presunciones del art. 3.2, de la DMA, son cuantitativos, sin embargo, las presunciones son refutables. Nada del tenor del art. 3.5, del RMD permite a la Comisión rechazar a priori los argumentos o pruebas presentados por una empresa, solo porque no se expresan en valores numéricos.

El considerando 23 del RMD precisa que «la Comisión sólo debe tener en cuenta, al apreciar las pruebas y argumentos presentados [según el art. 3.5, párrafo primero, del RMD] los elementos directamente relacionados con los criterios cuantitativos, a saber, el peso de la empresa proveedora de servicios de plataforma en el mercado interior, más allá de los ingresos o la capitalización de mercado, por ejemplo su tamaño en términos absolutos, así como el número de Estados en que está presente; la medida en que el número de usuarios empresariales y de usuarios finales reales supera los umbrales, así como la importancia del servicio de plataforma de la empresa, teniendo en cuenta la escala general de las actividades del servicio de plataforma y el número de años durante los que se alcanzaron los umbrales”.

Del considerando 23 del RMD se desprende que los únicos argumentos o pruebas que el legislador de la Unión ha decidido excluir por ser irrelevantes son las que se derivan de una justificación basada en motivos económicos en relación con la definición del mercado o destinadas a demostrar ganancias de eficiencia.

Del considerando 23 del RMD se desprende también que, para ser tomados en consideración, los argumentos y pruebas deben estar “*directamente vinculados* a los criterios cuantitativos”. Se refiere a los umbrales cuantitativos fijados en el art. 3.2, del RMD. Sin embargo, este requisito de vínculo directo no legitima que un argumento o prueba deba excluirse *a priori* como irrelevante porque no esté numéricamente expresado. Tal argumento o prueba puede estar directamente vinculado a estos umbrales, por lo que debe tenerse en cuenta al examinar los argumentos presentados para refutar las presunciones. Por el contrario, un argumento o prueba cuantitativo podría, según las circunstancias, no estar directamente vinculado a los umbrales, de modo que no deba tenerse en cuenta en el examen.

De ello se deduce que el considerando 23 del RMD no excluye *a priori*, por irrelevantes, argumentos o pruebas que no estén expresados en valores numéricos, siempre que estén directamente relacionados con una o varias de las presunciones legales, que adoptan la forma de umbrales cuantitativos. La lista de elementos que pueden tomarse en consideración, citada en el considerando 23 del RMD, no es exhaustiva.

En suma, para refutar las presunciones legales, el art. 3.5 del RMD de 2022, interpretado a la luz del Considerando 23 del Reglamento, permite a la empresa interesada presentar los argumentos y pruebas, expresados o no en valores numéricos, siempre que estén directamente vinculados a una o más de dichas presunciones.

III. NIVEL DE PRUEBA EXIGIDO.

Según el Tribunal general singulariza el recurso de anulación contra la designación como guardián de acceso presentar un “elevado” nivel de exigencia de prueba.

La actora reprocha a la Comisión haber exigido un nivel de prueba de los hechos superior incluso al del art. 3.5, del RMD, al considerar que, para refutar la presunción del art. 3.2, b) del RMD, se debe aportar pruebas “convincientes”. Mientras que, en otras decisiones, la Comisión ha distinguido entre argumentos que cuestionan manifiestamente las presunciones del art. 3.2, del RMD y que justifican la apertura de una investigación de mercado, y argumentos que demuestran “completa e inequívocamente” que no se cumplen los requisitos del art. 3(1) del RMD. Por último, según la actora, las “dudas” o *indicios prima facie* sobre si la empresa cumple las exigencias deberían ser suficiente para abrir una investigación de mercado según el art. 17.3 del RMD⁵.

5 Punto nº 57 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

Según el considerando 23 del RMD, «la carga de la prueba de que no debe aplicarse la presunción derivada del hecho de haber alcanzado los umbrales cuantitativos previstos en el art. 3, apartado 2, del Reglamento *debe recaer en la sociedad afectada*».

En cuanto al nivel de prueba necesario para refutar las presunciones legales, el párrafo primero, del art. 3.5 del Reglamento dice que la empresa puede presentar argumentos suficientemente fundados para demostrar que, aunque concurren los umbrales del apartado 2, excepcionalmente, no se cumplen los requisitos del apartado 1. Además, cuando la Comisión considere que los argumentos presentados no están suficientemente fundamentados, porque no cuestionan con evidencia las presunciones, podrá rechazarlos sin iniciar una investigación de mercado, mientras que, si la empresa presenta argumentos fundados que susciten una duda manifiesta sobre el hecho presunto, la Comisión puede iniciar la investigación.

Así, el nivel de prueba necesario para cuestionar las presunciones fue determinado por el propio legislador de la Unión, al exigir a la empresa sobre la que pesa la carga de la prueba, que presente argumentos suficientemente fundados que susciten una duda manifiesta sobre el resultado de estas presunciones.

Descendiendo al caso, la Comisión se refirió a la exigencia de aportar pruebas «convincentes» para refutar la presunción del art. 3.2, letra b) del RMD sólo en una ocasión, por lo que se trata de un pasaje aislado. Si se entendiera que la actora debe aportar pruebas que refuten definitivamente la presunción, tal exigencia no correspondería al nivel de prueba exigido por el art. 3.5 del RMD. Nada en la Decisión sugiere que, con el término “convincente”, la Comisión pretendía exigir la presentación de pruebas que refutaran definitivamente la presunción.

Después, al abordar si *Tik Tok* es una puerta importante de acceso⁶, se examinará si, al margen de la forma en que la Comisión describió el nivel de prueba exigido, el nivel de las pruebas realmente aplicadas por ella al examinar los argumentos y las pruebas presentadas para refutar la presunción son coherentes con el art. 3.5 del RMD.

En segundo lugar, se rechaza el argumento de la actora de que, en otras decisiones, la Comisión ha distinguido entre argumentos que siembran una duda manifiesta sobre las presunciones, que justifican la apertura de una investigación de mercado, y los argumentos que “completa e inequívocamente” demuestran que no se dan las condiciones para concluir que las presunciones han sido refutadas sin necesidad de abrir una investigación de mercado.

6 *Ut infra* epígrafe VI. TikTok como una importante puerta de acceso.

En realidad, la actora no alega que la Comisión ha rechazado sus argumentos porque no podían demostrar “completa e inequívocamente” que no se daban los requisitos, por lo que su argumento es ineficaz. Además, la Comisión está obligada a realizar un análisis individualizado de las circunstancias de cada caso, sin estar vinculada por decisiones previas que afecten a otros operadores u otros servicios de plataforma (en este sentido, sentencia de 14 de septiembre de 2022, caso SŽ-Tovorni promet/Comisión, causa T-575/20, apartado 95).

En tercer lugar, la alegación de la actora de que el nivel de prueba de concurrencia de indicios *prima facie*, debe ser suficiente para abrir una investigación de mercado no puede prosperar. Tal nivel de prueba no se corresponde con el del art. 3.5, párrafo tercero, del RMD, según el cual podrá iniciarse una investigación de mercado si los argumentos de la empresa están suficientemente fundados para cuestionar manifiestamente las presunciones del art. 3.2, del RMD [duda manifiesta].

De los términos «excepcionalmente» y «manifiestamente» que figuran en el art. 3.5, del RMD se desprende -y llegamos al núcleo de la *ratio decidendi*- que el nivel de prueba exigido a la empresa es *elevado*, y, que los argumentos que presente deben poder demostrar, con un *alto grado de verosimilitud*, que las presunciones legales quedan desvirtuadas. Sin embargo, el nivel de prueba postulado por el solicitante, la existencia de simples “dudas” o de indicios *prima facie*, es un nivel inferior al exigido por del RMD. Por lo que el argumento del solicitante sobre el nivel de prueba en abstracto necesario para cuestionar la presunción prevista en la norma debe ser rechazado.

Juicio crítico: respecto a la prueba de los hechos del caso, el resultado del juicio probatorio solo puede ser que un hecho definido ha quedado probado en el proceso o bien que tal hecho narrado no está acreditado en el proceso. *Tertia non datur*. La existencia o inexistencia de un hecho, a los efectos de un procedimiento o proceso judicial, no permite el juego de distintos grados o niveles.

IV. PESO SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO INTERIOR.

La actora sostiene que la Comisión vulneró el art. 3.1, letra a), y el art. 3.5, del RMD al rechazar sus alegaciones encaminadas a demostrar que ByteDance no tenía un peso significativo en el mercado interno. Reprocha a la Comisión haber examinado sus argumentos y pruebas de manera superficial y errónea. El peso de ByteDance en el mercado interior no era significativo en el sentido del art. 3.1, letra a), del RMD, porque el volumen de negocios de ByteDance en la Unión era débil, y que su valor de mercado global nuclearmente se debía a sus actividades en China, por lo que no es representativo de su peso en el mercado europeo⁷.

⁷ Punto nº 73 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

En el presente caso, la actora no niega que ByteDance alcanzó el umbral de valor de mercado global y que, en consecuencia, se consideró que tenía un peso significativo en el mercado interior. Tampoco se discute que no alcanzó el umbral de volumen de negocios alcanzado en la Unión, sino que se mantuvo por debajo del umbral.

Si bien, que el umbral de volumen de negocio conseguido en la Unión no se haya alcanzado en cada uno de los tres últimos ejercicios no basta, por sí solo, para refutar manifiestamente la presunción del art. 3.2.a) del RMD, porque el otro umbral alternativo se cumplió con creces, por lo que en principio se aplica la presunción.

Sin embargo, el carácter alternativo de los dos umbrales del art. 3.2, letra a) del RMD no excluye el examen de si el primero de ellos, en combinación con otros suficientemente respaldados, puede llevar a poner en cuestión la presunción. Por lo que incurre en error la Comisión con su exclusión.

V. ERROR DE MOTIVACIÓN DEL ACTO IMPUGNADO.

Localizado el error cometido por la Comisión, queda por determinar qué incidencia, tiene sobre la legalidad de la Decisión impugnada⁸.

Según la jurisprudencia del Tribunal general, un error de motivación del acto impugnado no da lugar a su anulación si *el error no podría haber tenido una influencia decisiva en el resultado*⁹. El Tribunal tuvo la oportunidad de juzgar que, cualquiera que sea el alcance de los errores que pueda presentar la decisión, no dan lugar a su anulación, si los demás elementos de la decisión permiten concluir que los argumentos presentados no estaban suficientemente fundados para cuestionar manifiestamente la presunción del art. 3.2, letra a), del RMD (en este sentido, sentencia de 22 de octubre de 2002, caso Schneider Electric/Comisión, causa T-310/01, apartado 412).

Descendiendo al caso, debe examinarse si el error cometido por la Comisión, al considerar irrelevante el volumen de negocios realizado por ByteDance en la Unión, podría haber tenido una influencia decisiva sobre el rechazo, por la Comisión, de los argumentos presentados por la actora para refutar la presunción legal prevista.

En primer lugar, cabe señalar que el error cometido por la Comisión sólo afecta al considerando 121 de la Decisión. Además, la actora no ha demostrado

⁸ Punto III y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

⁹ En este sentido, sentencia de 14 de mayo de 2002, caso Graphischer Maschinenbau/Comisión, causa T-126/99, apartado 49, y sentencia de 10 de abril de 2024, caso Columbus Stainless/Comisión, causa T-445/22, apartado 104.

que los demás considerandos de la Decisión, basándose en los cuales la Comisión rechazó los demás argumentos para refutar la presunción del art. 3.2, a) del RMD, adolezcan de errores.

En segundo lugar, que el umbral de volumen de negocios en la Unión no se haya alcanzado cada uno de los tres últimos ejercicios, es un dato que por sí solo, no basta para cuestionar manifiestamente la presunción del art. 3 (2) (a) del RMD. Además, ninguno de los demás argumentos invocados por la actora ha sido acogido.

En tercer lugar, los demás elementos de la Comisión para concluir que ByteDance tenía un potencial significativo para monetizar a sus usuarios en la Unión en un futuro próximo siguen siendo válidos, pese a estar por debajo del umbral del art. 3.2,a) el volumen de negocios realizado en la Unión. Volumen que no ha dejado de aumentar, lo que la actora no discute. De la Decisión se desprende que el valor justo de mercado de ByteDance estaba “muy por encima” del umbral de 75 000 millones de euros, que el número de usuarios finales y profesionales en la Unión ha seguido aumentando los tres últimos ejercicios, superando con creces los umbrales del art. 3.2,b) y que, por ello, la Comisión concluyó que los argumentos de la actora no podían refutar el importante potencial de ByteDance para monetizar a sus usuarios en la Unión en un futuro próximo.

En estas circunstancias, el error cometido no podría haber tenido una influencia decisiva en la conclusión de la Comisión de que los argumentos presentados para refutar la presunción legal del art. 3.2, letra a) del RMD no estaban suficientemente fundamentados para sembrar una duda manifiesta sobre la presunción y, por tanto, no tenían incidencia sobre la legalidad de la Decisión impugnada.

VI. TIK TOK COMO UNA IMPORTANTE PUERTA DE ACCESO.

En la tercera parte del primer motivo del recurso de anulación se estudia si *Tik Tok* es una puerta importante de acceso para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales (art. 3.1,b) examinando los cuatro obstáculos opuestos por la actora.

I. Ausencia de ecosistema y efectos significativos de red.

La actora sostiene-primera imputación- que, a diferencia de otras empresas activas en el sector digital, no dispone de un ecosistema y no se beneficia de efectos de red significativos, lo que cuestiona la presunción de que TikTok es una puerta importante de acceso¹⁰. Sin embargo, la Comisión rechazó erróneamente sus argumentos.

¹⁰ Punto n°121 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

En la Decisión impugnada, la Comisión señaló que el argumento de la actora de que, a diferencia de otras empresas como Meta y Alphabet, ella no tenía un ecosistema, se refería a la capacidad de estas empresas de vender publicidad en línea a través de sus ecosistemas y lo rechazó, por considerarlo irrelevante, argumentando que el servicio de plataforma era un servicio de redes sociales en línea y no un servicio de publicidad en línea, ya que ambas categorías de servicios de plataforma se distinguen en el RMD. En cualquier caso, la Comisión consideró que la alegación de la actora no podía cuestionar manifiestamente la presunción legal del art. 3, apartado 2, letra b), del RMD.

El RMD no contiene una definición del término “ecosistema”. Sin embargo, el contenido del concepto puede deducirse de los considerandos 3, 32 y 64 del RMD de los que se desprende que un ecosistema de plataformas digitales puede estar compuesto por una o varios servicios de plataforma, así como por otros servicios conectados a éstos, por ejemplo a través de vínculos tecnológicos o interoperabilidad, lo que exacerbará las barreras de entrada para los competidores de estas empresas y aumentará los costes de cambio para los usuarios finales, haciendo que estas empresas tengan más dificultades para competir con operadores de mercado nuevos o existentes o desafiar su posición.

Existe un “ecosistema” digital cuando varias categorías de proveedores, clientes y consumidores se reúnen e interactúan dentro de una plataforma, pudiendo los productos o servicios que componen este ecosistema entrelazarse o conectarse entre sí considerando su horizontalidad o su complementariedad vertical.

Del considerando 3 del RMD se desprende que una de las características de determinados guardianes de acceso es precisamente que *ejercen control* sobre ecosistemas completos de plataformas en el marco de la economía digital. De ello se deduce que disponer de un ecosistema de plataformas digitales podría ser un elemento pertinente a efectos de apreciar si la empresa es un guardián de acceso y, más concretamente, si el servicio de plataforma constituye una puerta importante de acceso.

Sin embargo, la presencia de un ecosistema es una de las características de «determinados» guardianes de acceso mencionados en los considerandos 2 y 3 del RMD. Ninguna norma del RMD sugiere que, para ser designado guardián, una empresa deba controlar un ecosistema de plataformas. Al decir que “un servicio básico de plataforma” puede ser una puerta importante de acceso, el art. 3(1) (b) del RMD implica que un servicio de plataforma puede, por sí solo, constituir tal puerta, sin ser parte de un ecosistema. Que un servicio de plataforma no sea parte de un ecosistema no es suficiente para demostrar que este servicio no es una puerta importante de acceso.

También debe aclararse que son las ventajas o desventajas asociadas a la existencia o ausencia de un ecosistema las que permiten evaluar si el servicio de plataforma supone una puerta importante de acceso, y no la mera existencia o ausencia de un ecosistema. Como señaló la Comisión, el concepto mismo de «ecosistema» incluye diferentes modelos comerciales. Por lo tanto, cada ecosistema debe examinarse caso por caso, considerando los beneficios o la falta de ellos derivados de dicho modelo de negocio, particularmente en lo que respecta a la impugnabilidad.

La conclusión alcanzada por el Tribunal es que la actora no ha demostrado la premisa en la que se basa toda su alegación, por lo que procede desestimarla por inoperante. Además, el Tribunal argumenta que la supuesta ausencia de un ecosistema no ha impedido que *Tik Tok* crezca en términos absolutos y relativos, siguiendo una tendencia exponencial al alza en términos del número de usuarios.

Por otra parte, los efectos de red ocurren cuando el valor de un producto o servicio aumenta a medida que más personas lo utilizan. Las redes sociales generan fuertes efectos de red y ventajas relacionadas con los datos, si, con el tiempo, su número de usuarios aumenta, porque cuantos más usuarios hay, más útil les resulta la red y aumenta su valor en el mercado a los ojos de los usuarios, lo que, a su vez, atrae a más usuarios. Además, cuantos más usuarios finales haya en una red social, más usuarios profesionales se sentirán atraídos. Por lo que una plataforma de redes sociales puede generar importantes efectos de red por sí sola, incluso si no forma parte de un ecosistema. Nada en el RMD sugiere que un servicio de plataforma sólo pueda producir efectos de red en presencia de un ecosistema. Por el contrario, de los considerandos 2 y 13 d del RMD se desprende que los efectos de red son una característica de los servicios de plataforma que es distinta de la relativa a la existencia de una integración vertical.

Sin embargo, según el Tribunal, la actora no presenta ningún argumento independiente que permita sugerir que *Tik Tok* carece de efectos de red significativos. Su argumento se basa en la premisa lógica de que la supuesta ausencia de un ecosistema da como resultado la ausencia de efectos de red. Sin embargo, esta inferencia es incorrecta.

Además, la Comisión consideró que *Tik Tok* constituía un servicio de red social en línea, en el sentido del art. 2.7, del RMD, y no un servicio de plataforma para compartir vídeos, en el sentido del art. 2.8, del RMD. La actora no ha cuestionado esta calificación en el marco del presente recurso.

2. Presencia de alojamientos múltiples y ausencia de efectos de bloqueo.

La actora sostiene-segunda imputación- que una proporción significativa de usuarios de *Tik Tok* optan por el *multihoming*, lo que demuestra que no existen efectos de bloqueo significativos y que las empresas que utilizan *Tik Tok* no dependen de ello para llegar a sus usuarios finales¹¹. Además, que *Tik Tok* invierta en interoperabilidad y fomente el *multihoming* demostraría que no es un guardián.

Cabe señalar que, en el contexto de los servicios digitales en general y de las plataformas en línea en particular, el concepto de alojamiento múltiple o multi-alojamiento (*multihoming*) describe la situación en la que los usuarios utilizan varios servicios digitales competidores en paralelo, en este caso servicios digitales en línea de redes sociales.

Los servicios básicos de plataforma se distinguen de otros servicios digitales por ciertas características, como sus extremas economías de escala, que resultan de costes marginales casi nulos para añadir usuarios-empresas o usuarios finales, sus efectos de red muy significativos, su capacidad de conectar muchas empresas usuarias con muchos usuarios finales gracias a su naturaleza multilateral, un grado considerable de dependencia de las empresas usuarias y de los usuarios finales, los efectos del *lock-in*, la falta de *multihoming* para los mismos fines por parte de los usuarios finales, integración vertical y beneficios de datos.

El considerando 13 del RMD explica que la baja impugnabilidad y las prácticas desleales en el sector digital son más pronunciadas para algunos servicios digitales que para otros como los servicios digitales generalizados y de uso común que sirven, en su mayor parte, como *intermediarios* directos entre las empresas usuarias y los usuarios finales, y que se caracterizan por los factores indicados. La ausencia de *multihoming* y la existencia de efectos de bloqueo son factores relevantes, que pueden caracterizar a un guardián que proporciona un servicio de plataforma que supone una puerta importante de acceso.

Desde otra perspectiva, los factores enumerados a modo de ejemplo en los considerandos 2 y 13 del RMD no suponen condiciones *sine qua non* para que un servicio de plataforma sea considerado una puerta importante de acceso. Por el contrario, cuando la empresa afectada presenta argumentos relativos a los factores enumerados deben tenerse en cuenta, a la vista del art. 3.5 del RMD, las circunstancias en que opera el servicio de plataforma. Por lo tanto, la presencia o ausencia de efectos de exclusión o de alojamientos múltiples no debe examinarse

¹¹ Punto n° 163 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

de manera abstracta, sino en relación con las circunstancias en las que opera el servicio de plataforma.

Además, es necesario tener en cuenta las características específicas y concretas del *multihoming*. Que los usuarios de una plataforma de red social en línea utilicen paralelamente otras plataformas de redes sociales, no significa que las plataformas sean igualmente importantes para ellos. La intensidad del uso, el tiempo empleado por un usuario en interactuar en la plataforma, o incluso la importancia de la plataforma para determinadas categorías de usuarios podrían ser factores relevantes para evaluar si un cierto grado de *multihoming* permite cuestionar claramente la presunción según la cual el servicio de plataforma supone una puerta importante de acceso.

Cabe añadir que los *efectos de bloqueo* que una plataforma de red social puede producir respecto de sus usuarios es un factor distinto del relativo a la presencia o ausencia de *multihoming*. Tales efectos podrían darse incluso en presencia de *multihoming*, dependiendo, por ejemplo, de efectos de red generados por la plataforma, la intensidad del uso de una plataforma de redes sociales, la participación más pronunciada de categorías de usuarios con la plataforma o incluso los *sesgos conductuales* que grupos de usuarios podrían demostrar hacia la plataforma, a la que podrían estar apegados. Incluso en presencia de *multihoming*, algunos usuarios podrían enfrentar costes de cambio al reorientar sus actividades de una plataforma a otra, como los relacionados con la adaptación de su contenido al formato y al algoritmo de las diferentes plataformas.

De ello se deduce que, si la presencia o ausencia de efectos de *multihoming* y de bloqueo pudieran ser elementos relevantes para apreciar si la presunción de que el servicio básico de plataforma supone una puerta de acceso importante puede quedar manifiestamente cuestionada, es necesario tener en cuenta las características específicas y concretas de dicho alojamiento múltiple y los efectos de bloqueo tal como se manifiestan en las circunstancias en las que opera el servicio de plataforma.

Examinando el caso Bytedance, en primer lugar, el Tribunal concluye que, atendidas las características de los servicios de plataforma, la existencia de multi-alojamientos, incluso en proporciones significativas, no basta por sí sola para cuestionar manifiestamente la presunción legal.

En segundo lugar, no están viciadas de error las apreciaciones de la Comisión según las que el uso paralelo de diferentes servicios de redes sociales no implica un uso igual, pues los usuarios presentes en más de una red social podrán utilizarlos de forma asimétrica. El Tribunal precisa que, según el art. 2.7, del RMD, el concepto de “servicio de red social en línea” se define como una plataforma que permite

a los usuarios finales conectarse y comunicarse entre sí, compartir contenidos y descubrir otros usuarios y otros contenidos, a través de dispositivos y, a través de conversaciones en línea (chats), publicaciones (posts), videos y recomendaciones. Una de las funciones de una red social en línea es la de permitir compartir y descubrir contenidos, en particular videos. Así, los elementos relativos al intercambio y descubrimiento de videos en *Tik Tok* son totalmente relevantes para evaluar la intensidad de uso por parte de los usuarios finales de esta plataforma.

En tercer lugar, la Comisión afirmó acertadamente que era limitado el valor probatorio de los datos presentados por la actora que demostraban que la mayoría de los usuarios de *Tik Tok* también utilizan Instagram y Facebook. Lo cierto es que la actora no ha demostrado que el carácter asimétrico del *multihoming* practicado por los usuarios de *Tik Tok*, por un lado, y de Facebook e Instagram, por otro, no se deba al contexto económico y la secuencia cronológica de la historia de las redes sociales en la Unión sino a la ausencia de efectos de red y de bloqueo en *Tik Tok*.

En cuarto lugar, la actora alega que ha establecido en *Tik Tok* varios mecanismos para permitir a sus usuarios volver a publicar y publicar simultáneamente contenidos en otras plataformas, así como conectar sus cuentas en otras plataformas a sus cuentas en *Tik Tok*. Haber fomentado el *multihoming* demostraría que es un nuevo operador en el mercado que busca atraer más usuarios y que no es guardián con un servicio de plataforma que sea puerta importante de acceso. El argumento en sí carece de fuerza.

En quinto lugar, la actora alega que sus argumentos demuestran, en general, que las empresas que utilizan *Tik Tok* no «dependen» de esa plataforma para llegar a sus usuarios finales, porque disponen de medios alternativos para hacerlo, como lo confirma que una gran parte de ellos optan por el multi-alojamiento. Lo que significaría que *Tik Tok* no es una puerta importante de acceso. El Tribunal concluirá que debe desestimarse el argumento de la actora basado en la falta de “dependencia” por parte de las empresas que utilizan *TikTok* para llegar a los usuarios finales de esta plataforma.

3. Menor escala de *Tik Tok* en comparación con otras plataformas.

La actora sostiene-tercera imputación- que *Tik Tok* tiene un tamaño menor que otros servicios de redes sociales en línea, como Facebook e Instagram, y que se enfrenta a un gran número de competidores¹².

Entre los elementos mencionados en el considerando 23 del RMD que la Comisión puede tener en cuenta al examinar los argumentos para refutar la

¹² Punto n° 216 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

presunción del art. 3. 2, letra b), del RMD están, la “importancia de los servicios básicos de plataforma de la empresa, teniendo en cuenta la escala general de las actividades de servicio básico de plataforma”. Sin embargo, este considerando no especifica los *parámetros* a partir de los cuales debe medirse la importancia y la magnitud del servicio de plataforma.

En el presente caso, la actora sostiene que *Tik Tok* no es una puerta importante de acceso, porque es más pequeña que otras puertas de acceso bien establecidas, en términos de ingresos publicitarios y ARPU, por un lado, y de número de usuarios finales, por otro.

En primer lugar, la Comisión consideró, sin incurrir en error y sin que la actora lo cuestionara, que la escala *absoluta* de *Tik Tok* en términos de número de usuarios finales y usuarios profesionales en la Unión superó los umbrales presuntivos y que la escala *relativa* de *Tik Tok* no era menuda, en la medida en que había alcanzado aproximadamente la mitad del tamaño de Facebook y el de Instagram. Además, el número de usuarios de *Tik Tok* en la Unión ha seguido aumentando en los últimos años.

Cabe añadir que, en la Decisión impugnada, la Comisión señaló, sin que la actora lo discuta, que el número de empresas que utilizan *Tik Tok* en la Unión también ha aumentado de forma significativa desde el año 2020, superando con creces el umbral presuntivo, lo que indica que la importancia de *Tik Tok* para los usuarios empresariales también ha aumentado desde 2020.

No obstante, el Tribunal general subraya que la función del Tribunal en el recurso de anulación consiste en determinar si la Comisión cometió errores en su apreciación de los argumentos presentados por la actora en el procedimiento administrativo para refutar las presunciones, y no en examinar si las presunciones podrían ser refutadas con nuevos argumentos y pruebas presentadas por primera vez por la actora ante él.

Debe señalarse que el RMD ha establecido un marco regulatorio específico que rige la designación de guardianes, que se distingue por sus particularidades. Para garantizar la aplicación efectiva del RMD, la Comisión debe proceder, lo antes posible, a la designación de guardianes. Para ello, el RMD ha establecido presunciones legales, con el objetivo de agilizar el proceso de designación. La posibilidad de refutarlas está sujeta a estrictos requisitos, tanto a nivel procesal como en lo que respecta a la *carga y nivel de la prueba*. Así, el art. 3 (5) del RMD precisa que la empresa podrá presentar argumentos suficientemente fundados para cuestionar las presunciones. Además, el art. 2.3 del Reglamento de ejecución 2023/814 de la Comisión, de 14 de abril de 2023, exige a la empresa que presente sus argumentos en un Anexo a su notificación, indicando a cuál de

los tres requisitos del art. 3.1 del RMD se refieren sus argumentos y, para cada argumento, que explique por qué los servicios de plataforma no cumplen este requisito, aunque alcanzan el umbral correspondiente del art. 3.2 del RMD.

En consecuencia, la empresa no puede presentar por primera vez ante el Tribunal argumentos o pruebas, que no había presentado durante el procedimiento administrativo, para refutar las presunciones, a menos que, a través de éstos, pretenda impugnar un elemento de hecho o de Derecho constatado en la decisión impugnada sobre el cual no pudo pronunciarse durante el procedimiento. No es así en el presente caso.

Esta conclusión no queda desvirtuada por el argumento jurisprudencial¹³, traído por la actora, de que sentencias relativas al Derecho de la competencia y a las ayudas estatales, dan base para sostener que tales argumentos y pruebas serían admisibles en el proceso, aunque se presenten por primera vez ante el Tribunal. En tal sentido, cita las sentencias de 1 de julio de 2010, caso *Knauf Gips/Comisión*, causa C-407/08 P, apartados 89 a 92, de 21 de septiembre de 2005, caso *EDP/Comisión*, causa T-87/05, apartado 158, y de 10 de mayo de 2023, caso *Ryanair y Condor Flugdienst/Comisión*¹⁴, causa T-34/21, recurrido en casación, apartado 86. Sin embargo, según el Tribunal general, esta jurisprudencia se refiere a marcos jurídicos y ámbitos del Derecho que son distintos del RMD, que se caracteriza por requisitos estrictos que rigen la refutación de las presunciones legales, tanto en cuanto al procedimiento como a la carga y el nivel de la prueba, por lo que tal jurisprudencia no es aplicable en el presente caso.

En segundo lugar, según el Tribunal general, los argumentos que presenta la actora por primera vez descansan en una base comparativa incorrecta. Porque algunas de las plataformas en línea citadas no son redes sociales en línea, sino otras clases de servicios, mientras que, según el considerando 23 del RMD, debe examinarse la importancia de los servicios de plataforma, teniendo en cuenta la escala general de las actividades del servicio. Éste es el caso de YouTube, que fue designado por la Comisión como un servicio de plataforma consistente en una plataforma para compartir vídeos, y de DailyMotion y Vimeo, calificadas por la actora como plataformas para compartir vídeos.

13 Punto n. 236 de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

14 El Tribunal general, en sentencia de 10 de mayo de 2023, caso *Ryanair y Condor Flugdienst/Comisión*, causa T-34/21, punto 86, señala que, si bien los informes presentados por la actora son posteriores a la Decisión impugnada, se fundan en *datos que existían en la fecha en que se adoptó la Decisión impugnada*. Que el control ejercido por el juez que conoce de un recurso de anulación se realice por referencia a los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó la decisión impugnada, no obsta a la posibilidad de las partes, en el ejercicio de su *derecho de defensa*, de completarlos con pruebas realizadas después de esa fecha, con el fin específico de impugnar o de afianzar esta decisión (en este sentido, sentencia de 27 de septiembre de 2006, caso *GlaxoSmithKline Services/Comisión*, causa T-168/01, punto 58).

Además, y como consideró la Comisión, el tamaño de *Tik Tok* no puede examinarse *estáticamente*, sino que debe tener en cuenta la dinámica del crecimiento rápido y significativo del número de usuarios finales en la Unión, que cabe prever pueda alcanzar en pocos años¹⁵ aproximadamente la mitad del tamaño de Facebook y el de Instagram.

Por las mismas razones, la referencia de la actora a la Decisión de la Comisión relativa a los servicios Bing y Edge lleva a una conclusión diferente. Aparte de que los Tribunales de la Unión no están vinculados por la práctica administrativa de la Comisión, la actora no demuestra que esté en una situación comparable a la de Microsoft. Sino que la Decisión se refería a otras clases de servicios de plataforma y no a redes sociales, no explicando la actora por qué las circunstancias en las que operan estos otros servicios serían comparables a en las que se encuentra un servicio de redes sociales, tal como *Tik Tok*. Además, en la Decisión, la Comisión señaló que Microsoft había presentado datos que mostraban que Bing representa sólo el 3,6 % del volumen global de actividades en el ámbito de los motores de búsqueda y era 25 veces más pequeño que Google Search, y que Edge supone sólo el 5,8% de la escala general de actividad de los navegadores de Internet y era diez veces más pequeño que Google Chrome. Sin embargo, en el presente caso, la actora no presentó datos comparables en cuanto al tamaño de *Tik Tok*. Que la escala relativa de *Tik Tok* pueda alcanzar aproximadamente la mitad del tamaño de Facebook y de Instagram distingue el presente caso de los citados anteriormente. En suma, no es acogida la tercera imputación de la tercera parte del primer motivo.

4. Ingresos publicitarios y nivel de interacción con usuarios profesionales.

La actora sostiene -cuarta imputación- que sus ingresos publicitarios, su ARPU o incluso el nivel de interacción de los anunciantes y de las empresas usuarias registradas en *Tik Tok* son bajos e inferiores a los de otras plataformas, lo que demuestra que *Tik Tok* no es una puerta importante de acceso¹⁶.

La Comisión rechazó los argumentos de la actora relativos a los ingresos publicitarios, al *average revenue per use* (ARPU), “ingresos promedio por usuario” o al bajo nivel de interacción entre los anunciantes y los usuarios profesionales registrados en TikTok, entendiendo que carecían de pertinencia y, por otra parte,

15 El número que una magnitud, como lo es el tamaño de una plataforma, alcanzará en unos pocos años, es una proyección a futuro de los hechos y datos del presente y del pasado. El escenario previo a la Crisis financiera del 2008, en que los indicadores económicos de muchas empresas eran favorables junto a la experiencia vivida con la difusión del virus COVID-19, que deshizo todas las previsiones económicas, llevan a la conclusión razonable de arrumbar definitivamente la validez de argumentaciones como ésta. Una previsión de futuro, en Derecho, no puede ser equiparada a un hecho realmente sucedido.

16 Punto nº 248 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

que no estaban suficientemente fundamentadas para cuestionar manifiestamente la presunción legal prevista en el art. 3.2, letra b), del RMD.

La Comisión rechazó estos argumentos considerándolos irrelevantes, porque se referían a otra categoría de servicios básicos de plataforma, servicios de publicidad en línea, y no servicios de redes sociales en línea, y que los usuarios profesionales de estas dos clases de servicios de plataforma se definían por separado en la norma. Además, la Comisión indicó que los ingresos publicitarios y el ARPU no eran indicadores adecuados para evaluar si un determinado servicio de plataforma era una puerta importante de acceso.

La Comisión añadió que incluso si determinados anunciantes de *Tik Tok* pudieran ser también empresas que utilizaran servicios de redes sociales, era necesario tener en cuenta, a efectos de la evaluación de la presunción legal, todos los usuarios profesionales, y no sólo los anunciantes de pago, porque los profesionales que no pagan por colocar anuncios en la plataforma podrían depender de ella para obtener visibilidad de sus actividades. En la Decisión se consideró que los datos sobre la interacción de las empresas registradas aportados por la actora no eran representativos.

Sin embargo, a juicio del Tribunal general, estas diferencias no permiten, en sí mismas, descartar como irrelevantes los argumentos o pruebas relacionados con la publicidad en línea en la plataforma *Tik Tok*, en el contexto del examen de la cuestión de si esta red social en línea es una puerta importante.

Por un lado, no se discute que, incluso si se clasifican en dos categorías distintas de servicios básicos de plataforma, los servicios de redes sociales en línea y los servicios de publicidad en línea son proporcionados, en las circunstancias del caso, en la misma plataforma, a saber, la plataforma *Tik Tok*. Como explica la actora, *Tik Tok* es una plataforma única en la que los usuarios interactúan compartiendo y viendo vídeos, mientras que los anunciantes pagan por la publicación de vídeos aparecen intercalados entre los vídeos visualizados por los usuarios. Las partes también coinciden en un cierto solapamiento entre usuarios profesionales de redes sociales en línea y usuarios comerciales de un servicio de publicidad en línea, ya que algunos anunciantes también pueden cumplir con la definición de usuarios comerciales de redes sociales en línea.

Así, no se puede negar que los ingresos publicitarios o ARPU generados por *Tik Tok* podrían, en principio, ser un índice de la importancia que la plataforma tiene para las empresas que la utilizan para llegar a los usuarios finales, pues la publicidad es uno de los medios utilizados por las empresas usuarias para llegar a sus clientes. Por lo tanto, *la Comisión cometió un error, al rechazar los argumentos y pruebas relativos a la publicidad en línea, presentados por la actora, entendiendo carecían de*

pertinencia para refutar la presunción legal. Cabe añadir que la Comisión, en el proceso, ha reconocido que tales argumentos y pruebas podían, en principio, ser invocados para refutar la presunción del art. 3.2, letra b), del RMD.

Ahora bien, la Comisión rechazó los argumentos pruebas de la actora relativos a la publicidad en línea también por otra razón, no estar suficientemente fundamentados para cuestionar manifiestamente la presunción legal del art. 3.2, letra b), del RMD.

Primero: porque las redes sociales siguen una estrategia dirigida a ampliar su base de usuarios y a la creación de efectos de red cada vez mayores, que pueden llevarles, durante un período determinado, a favorecer el aumento del número de usuarios en relación a su monetización. Segundo: porque, además de la publicidad, hay otros medios que permiten a las empresas que utilizan *Tik Tok* ganar visibilidad y llegar a sus usuarios finales, como publicar vídeos en sus cuentas comerciales o cerrar acuerdos con creadores de contenido o personas influyentes para promocionar sus marcas. Tercero: porque tener en cuenta el número de «usuarios profesionales registrados» no es un método fiable para contar el número de empresas que utilizan la red social *Tik Tok*, y da como resultado una subestimación significativa de este último. Pues la posibilidad de registrarse como “usuario empresarial registrado” no se introdujo hasta 2022 y en un número limitado de Estados de la Unión, y dicho registro no era obligatorio. Razones por las que decae la cuarta imputación sobre ingresos publicitarios e interacción de usuarios.

VII. GOCE DE POSICIÓN SÓLIDA Y DURADERA.

El art. 3.1, letra c) del RMD establece dos criterios alternativos para que una empresa sea designada guardián: que goce de una posición sólida y duradera en sus actividades o que con toda probabilidad disfrute de esa posición en el mercado en un futuro cercano¹⁷. En el caso de autos, de la Decisión se desprende que la Comisión consideró que ByteDance gozaba de una posición sólida y duradera en sus actividades y que, por tanto, se cumplía el primer criterio del art. 3.1, letra c), del RMD.

Si bien del RMD no define el concepto de “posición sólida y duradera”, tiene elementos que permiten delimitarlo. De una lectura combinada del art. 3.1, c) y la presunción del párrafo 2.c) del RMD, leídos a la luz del considerando 21 del RMD, se desprende que la posición de una empresa se considera “fuerte y duradera” si la impugnabilidad de esta posición es limitada. Este podría ser el caso si esa

¹⁷ Apartado n° 293 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso *Bytedance*, causa T-1077/23.

empresa ha proporcionado un servicio de plataforma en al menos tres Estados miembros a un gran número de usuarios profesionales y usuarios finales durante un período de al menos tres años. La noción de posición “sólida y duradera” pretende comprender la baja contestabilidad de la posición de la empresa, así como la estabilidad en el tiempo de esta posición.

Además, el concepto de “posición sólida y duradera” de la que disfruta un guardián no se superpone con el de “posición dominante”, del art. 102 del TFUE. Prueba de ello es que el legislador de la Unión optó por utilizar un *concepto nuevo*, distinto del de “posición dominante”, e incluir en el ámbito subjetivo de aplicación del RMD a los guardianes que no ocupan una posición dominante según el Derecho de la competencia.

El objetivo del RMD es garantizar la impugnabilidad de la posición de los guardianes no sólo por parte de otros guardianes, sino también, y sobre todo, por otros operadores que no son guardianes para un servicio de plataforma determinado. El considerando 32 del RMD especifica que la contestabilidad debe estar relacionada con la capacidad de las empresas para superar las barreras a la entrada y expansión, y para competir con el guardián sobre la base de los méritos de sus productos y servicios. Al referirse a las barreras a la entrada, así como a la capacidad para competir con el guardián, este considerando dice que el concepto de “disputabilidad” se refiere principalmente a la capacidad de las empresas que no son guardianes de un determinado servicio de plataforma para competir con ésta, sobre los méritos de sus productos y servicios.

Las circunstancias del caso, a juicio del tribunal, tienden a ilustrar que una empresa que entra por primera vez en el mercado interior con el objetivo de cuestionar la posición de los entonces guardianes, puede posteriormente convertirse ella misma en guardián.

VIII. CONTRARIEDAD CON LOS OBJETIVOS POLÍTICOS.

Por otra parte, la actora sostiene que la Comisión rechazó erróneamente, sus argumentos “adicionales”, por entender que no estaban directamente relacionados con los criterios cuantitativos en el sentido del considerando 23 del RMD¹⁸. La actora, después de haber presentado todos sus argumentos y pruebas para refutar cada una de las tres presunciones legales, avanzó en una nueva parte titulada “Designación contraria a los objetivos políticos del RMD”, argumentos “adicionales” por los cuales razonaba que su designación como guardián iría en contra de los objetivos perseguidos por del RMD.

¹⁸ Punto n° 321 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

En sus argumentos “adicionales”, la actora razonó, en primer lugar, que la aplicación del RMD tenía como objetivo permitir a los nuevos participantes en el mercado, como TikTok, competir con plataformas bien asentadas; en segundo lugar, que su designación como guardián implica un coste de cumplimiento significativo para el nuevo participante en el mercado ya que limitó su capacidad de entrar en nuevos mercados, y, en tercer lugar, que la Comisión no aplicó correctamente el marco jurídico material y procedimental previsto en el art. 3.5 del RMD, sobre manifiesta oposición a la calificación.

Las razones por las que la actora entiende que la Comisión no aplicó correctamente el marco material y procedimental son tres. Primera: porque interpretó demasiado restrictivamente la norma y el considerando 23 del RMD, privando así al “proceso de refutación de presunciones” de su *objetivo* de eliminar los “falsos positivos”. Segunda: porque rechazó apreciar las circunstancias en las que *Tik Tok* operaba, considerándolas desprovistas de relevancia, sin informarle de cuáles son las circunstancias relevantes que podrían entrar en juego, despojando así al proceso de su objeto, vulnerando los derechos de la actora. Tercera: porque también vulneró los principios de proporcionalidad y de buena administración, toda vez que debió abrir una investigación de mercado.

La Comisión rechazó los argumentos «adicionales» de la actora por considerar que solo eran admisibles los “directamente relacionados” con los umbrales cuantitativos del art. 3.2, del RMD, en el sentido del considerando 23 de la Decisión, y ninguno más. Según el Tribunal general los argumentos “adicionales” no pretendían refutar alguna de las presunciones legales, sino que eran afirmaciones generales sobre los objetivos perseguidos por del RMD y el objeto del art. 3.5 del RMD, sobre oposición a la calificación, y el “efecto útil” de esta norma. La Comisión consideró, correctamente, que no se referían a las presunciones y que, por ello, debían ser rechazadas. En suma, se desestima la primera imputación de la primera parte del primer motivo.

Juicio crítico: el Tribunal general lleva a cabo una injustificada restricción del debate en el recurso de anulación, al rechazar apodócticamente la reflexión de la actora acerca de los objetivos perseguidos por la norma europea, siendo que es un elemento interpretativo de la norma enunciado por el Tribunal de la Unión en un sinnúmero de sentencias.

IX. VALORACIÓN GLOBAL DE LAS PRUEBAS.

La actora sostiene, en su recurso de anulación, que la Comisión siguió un enfoque compartimentado y fragmentario, al no realizar una valoración global de las pruebas que ella había presentado para refutar las presunciones del art. 3,

apartado 2, del RMD¹⁹. Según ella, estos elementos de prueba demuestran, en su conjunto, que no se trata de un guardián de acceso o, al menos, que la Comisión debería haber abierto una investigación de mercado para determinar si así era.

En la Decisión impugnada, la Comisión rechazó todos los argumentos y pruebas presentados por la actora, concluyendo, en relación con cada una de las presunciones previstas en el art. 3, apartado 2, del RMD, que no estaban suficientemente fundamentadas para cuestionarlas manifiestamente.

De ello se deduce que, habiendo rechazado cada uno de los argumentos de la actora, la Comisión consideró que, considerados individualmente o en su conjunto en el contexto de cada una de las presunciones previstas en el art. 3, apartado 2, del RMD, no estaban suficientemente fundamentados para cuestionar manifiestamente estas últimas.

La actora, refiriéndose a determinados considerandos de la Decisión en que la Comisión subrayó que la existencia de un ecosistema no era en sí una condición esencial para ser designado guardián de acceso y que la existencia de un alojamiento múltiple no era, como tal, indicio de que el servicio básico de plataforma no suponía una puerta de acceso importante, reprocha a la Comisión no haber realizado una evaluación global de dichos argumentos.

Sin embargo, la Comisión no solo rechazó los argumentos de la actora por razón de que la existencia de un ecosistema no era una condición indispensable para la designación como guardián y que la existencia de multihoming no era, como tal, un indicio de que el servicio de plataforma no suponía una puerta de acceso importante. Sino que también rechazó estos argumentos razonando que no estaban suficientemente fundados para cuestionar manifiestamente la presunción del art. 3.2, letra b) del RMD.

En suma, la actora no presenta ningún otro argumento específico que pueda demostrar que la conclusión a la que llegó la Comisión habría sido diferente si hubiera examinado sus argumentos y pruebas en su conjunto. Por lo que debe desestimarse la quinta parte del primer motivo del recurso de anulación.

X. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.

En el segundo motivo del recurso la actora alega vulneración en el procedimiento administrativo, del derecho de defensa, que es un derecho fundamental.

El art. 34, apartado I del RMD, titulado «Derecho a ser oído y derecho de acceso al expediente», prevé la obligación de la Comisión de asumir el

¹⁹ Punto n° 329 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

compromiso, antes de la adopción de una decisión, de dar la oportunidad a las empresas afectadas de dar a conocer su punto de vista sobre las conclusiones preliminares de la Comisión²⁰.

Respecto a las decisiones adoptadas según el art. 3.5, párrafo segundo, del RMD, decisiones en que la Comisión designa a una empresa como guardián rechazando sus argumentos para refutar las presunciones sin abrir una investigación de mercado, al no estar mencionado en el texto del art. 34.1 del RMD, según el Tribunal general, esta última norma no era aplicable en este caso.

Según el art. 34.4, del RMD los derechos de defensa de la empresa responsable del acceso, deben estar plenamente garantizados durante cualquier procedimiento. El Considerando 109 del RMD establece que el RMD respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta y que, en consecuencia, la interpretación y la aplicación del RMD deben respetar estos derechos y estos principios.

Además, según la jurisprudencia, el derecho de defensa es un derecho fundamental integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantizan los jueces de la Unión. Este principio general está tipificado²¹, en el contexto del *derecho a una buena administración*²², en el art. 41, apartado 2, letras a) y b), de la Carta y se aplica cuando la Administración, europea o nacional, se propone adoptar un acto contra una persona que le perjudique²³. Así, el respeto del derecho a ser oído es esencial incluso cuando la normativa aplicable no prevé expresamente tal formalidad²⁴.

Según el art. 41 de la Carta, toda persona tiene derecho a que sus asuntos sean tratados de manera imparcial, equitativa y dentro de un plazo razonable por las instituciones de la Unión, lo que incluye, el derecho de toda persona a ser

20 Punto nº 340 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

21 Cuando el contenido de un principio general del Derecho de la Unión, de creación jurisprudencial, queda después tipificado como derecho fundamental de la Carta de la Unión, obviamente, deja de ser principio general del Derecho y pasa a ser derecho fundamental. No podemos mezclar, en Derecho, una “norma” con un “principio”. El campo de juego y las consecuencias son bien distintas.

22 Puede verse FUENTETAJA PASTOR, J. A.: “El Derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2008, pp. 137-154; GUILLEM CARRAU, J.: “La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos?”, *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 25, 2011, pp. 69-103; VIÑUALES FERREIRO, S.: “La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 27-28, 2014-2015, pp. 321-340; también VIÑUALES FERREIRO, S.: “Los procedimientos europeos de defensa de la competencia: ¿paradigma de buena administración?”, *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 172, 2015, pp. 363-392; PONCE SOLE, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Valladolid, 2001.

23 Sentencia de 25 de marzo de 2021, caso Slovak Telekom/Comisión, causa C-165/19 P, punto 80.

24 Sentencias de 22 de noviembre de 2012, caso M., causa C-277/11, punto 86, y de 18 de junio de 2020, caso Comisión/RQ, causa C-831/18 P, punto 67.

oída antes de que se adopte contra ella una medida individual que pueda afectarla negativamente. Según la jurisprudencia, dicho derecho garantiza a toda persona la posibilidad de dar a conocer su punto de vista, de manera útil y eficaz, durante el procedimiento administrativo y antes de la adopción de cualquier decisión que pueda afectar negativamente a sus intereses²⁵.

El Tribunal general concluye en el caso que la actora no ha demostrado que la decisión tomada por la Comisión habría sido diferente de haber podido la actora efectuar las alegaciones cuyo impedimento censura.

XI. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.

Mediante su tercer motivo del recurso de anulación, la actora alega una desigualdad de trato derivada- no de actuaciones judiciales sino- de la práctica decisoria de la Comisión²⁶, que vulneró el principio de igualdad de trato, porque en su Decisión rechazó sus argumentos “cualitativos”, cuestionando su condición de guardián, mientras que en otras decisiones había acogido favorablemente este tipo de argumentos.

Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato²⁷, principio general del Derecho de la Unión, recogido en los arts. 20 y 21 de la Carta, exige que situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que situaciones diferentes no reciban el mismo trato, a menos que dicho trato esté objetivamente justificado²⁸.

Sin embargo, la Comisión está obligada a realizar un análisis individualizado de las circunstancias específicas de cada caso, sin estar vinculada por decisiones anteriores que afecten a otros operadores económicos u otros servicios básicos de plataforma²⁹.

En esta línea, conforme al art. 3, apartado 5, párrafo primero, del RMD, el examen de los argumentos presentados por la empresa interesada para refutar las presunciones previstas en el art. 3, apartado 2, del RMD debe tener en cuenta las “circunstancias en las que opera el servicio básico de plataforma”.

25 Sentencia de 18 de junio 2020, caso Comisión/RQ, causa C-831/18 P, apartado 67.

26 Punto n. 372 y ss. de la sentencia del Tribunal general de 17 de julio de 2024, caso Bytedance, causa T-1077/23.

27 Puede verse los clásicos LENAERTS, K.: “L'égalité de traitement en Droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples”, *Cahiers de Droit européen* num 1-2/1991 y LOUIS, J. V., y RONSE, R.H., *L'Ordre juridique de l'Union européenne*, Paris, 2005.

28 Sentencia de 16 de junio de 2022, caso Sony Optiarc /Comisión, causa C-698/19 P, apartado 153.

29 Absolutizar la particularización de cada caso incurre en el riesgo de vaciar *a priori* el contenido potencial del principio de igualdad de trato.

Según el tribunal general, en el caso de autos, los considerandos de Decisiones de la Comisión citados por la actora se referían a otras categorías³⁰ de servicios de plataforma y no a *servicios de redes sociales en línea*, sin explicar la actora por qué las circunstancias en las que operan estas otras categorías de servicios de plataforma serían comparables a aquellas en las que opera un servicio de red social como *Tik Tok*.

En suma, el Tribunal general procede a desestimar el tercer motivo por infundado y, finalmente, y, en consecuencia, el recurso de anulación en su conjunto.

XII. ANOTACIONES FINALES.

La Comisión europea puede designar como “guardianes de acceso” a las plataformas digitales en quienes concurran las presunciones legales previstas en el Reglamento europeo de Mercados Digitales de 2022. Acerca de la reflexión jurisprudencial sobre las exigencias y garantías de esta actuación de la Comisión podemos anotar lo que sigue.

1ª Que el art. 3. 5 del RMD de 2022, interpretado a la luz del Considerando 23 de la Exposición de motivos, para refutar las presunciones legales previstas, permite a la empresa interesada presentar en contra argumentos y pruebas, expresados o no en valores numéricos, siempre que estén directamente vinculados a una o más de dichas presunciones y siembren una “duda manifiesta” sobre la designación.

2ª Que el nivel de contra-prueba exigido a la empresa es elevado, y, que los argumentos que presente deben poder demostrar, con un alto grado de verosimilitud, que las presunciones legales quedan desvirtuadas. No es suficiente, a estos efectos, la demostración de la concurrencia de simples “dudas” o de indicios *prima facie*.

3ª Que, según la jurisprudencia del Tribunal general, un error de motivación del acto de designación como guardián de acceso, no da lugar a la anulación de la designación, si el error no podría haber tenido una influencia decisiva en el resultado del procedimiento de designación, por no sembrar una duda manifiesta sobre el resultado de las presunciones legales puestas en juego por la Comisión.

4ª Que rechazar apodóticamente la reflexión de la empresa afectada acerca de los objetivos perseguidos por el Reglamento de 2022, puede suponer una injustificada restricción del debate en el recurso de anulación, por ser los objetivos

30 En el punto 238 de la sentencia el Tribunal general afirma que algunas de las plataformas en línea citadas por la actora no son redes sociales, sino otras clases de servicios básicos de plataforma, pero el Tribunal no da ninguna razón explicativa de ese cambio de calificación. La inversión de la carga de la prueba en relación a las tres presunciones no puede devenir, en el proceso, una patente de corso para legitimar argumentaciones apodócticas del juez.

perseguidos un elemento interpretativo de la norma enunciado por el Tribunal de la Unión en un sinnúmero de sentencias.

5ª Que el derecho fundamental a una buena administración implica garantizar a toda empresa afectada la posibilidad de dar a conocer su punto de vista, de manera útil y eficaz, durante el procedimiento administrativo y antes de la adopción de cualquier decisión por la Comisión europea que pueda afectar negativamente a sus intereses.

6ª Que el principio de igualdad de trato, principio general del Derecho de la Unión europea, exige no solo que las empresas afectadas en situaciones comparables no sean tratadas por la norma de manera diferente sino también que situaciones diferentes no reciban el mismo trato, sin que dicho mismo trato esté objetivamente justificado.

BIBLIOGRAFIA

ALTZELAI ULIONDO, I.: "Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia en la Unión europea", *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 74, 2023.

FUENTETAJA PASTOR, J. A.: "El Derecho a la buena en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2008.

GUILLEM CARRAU, J.: "La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos?", *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 25, 2011.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, C.: "La regulación europea de los mercados digitales: justificación, técnicas y límites", *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023.

LENAERTS, K.: "L'égalité de traitement en Droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples", *Cahiers de Droit européen* num 1-2 /1991.

LOUIS, J. V., y RONSE, R.: *L'Ordre juridique de l'Union européenne*, Paris, 2005.

MADRID PARRA, A.: "Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales", *La Ley Unión Europea*, núm. 110, 2023.

OROZCO GONZÁLEZ, M.: "David vs. Goliat: las obligaciones de transparencia en el uso de datos por los "guardianes de acceso" en la Ley de Mercados Digitales", *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2023.

ORTEGA SÁNCHEZ, L.: "El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico", *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 10, 2022.

PONCE SOLE, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Valladolid, 2001.

RUIZ ESPINOSA, J.: "Tratamiento de las conductas desarrolladas por plataformas digitales de gran tamaño", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2022.

RUIZ PERIS, J. I.: "La nueva digital market act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los "gatekeepers" GAFA", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 57, 2021.

VIÑUALES FERREIRO, S.:

- “La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 27-28, 2014-2015.
- “Los procedimientos europeos de defensa de la competencia: ¿paradigma de buena administración?”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015.

