



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y Administración
y Dirección de Empresas.

Aproximación a la Ley de
Mercados Digitales.

Presentado por:

Sergio García Rubio

Tutelado por:

M.^a del Mar Bustillo Sáiz

Valladolid, 26 de junio de 2023

RESUMEN

En el presente trabajo se realizará una aproximación a la Ley de Mercados Digitales. Dado que es de vital importancia, se comenzará analizando el contexto en el que se aprueba. Posteriormente se profundizará en los aspectos clave de esta legislación: su ámbito de aplicación, en el que se explicará lo que son los servicios básicos de plataforma y los guardianes de acceso; las obligaciones que se regulan; y las consecuencias ante el posible incumplimiento de esta normativa.

PALABRAS CLAVE

Entorno digital, mercado digital, Ley de Mercados Digitales, servicio básico de plataforma, guardián de acceso, Derecho de la competencia.

ABSTRACT

In this work, an approach to the Digital Markets Act will be made. Due to its crucial importance, it will begin by analysing the context in which it was passed. Subsequently, the key aspects of this legislation will be examined in depth: its scope of application, which will explain what basic platform services and gatekeepers are; the obligations that are regulated; and the consequences of possible non-compliance with this regulation.

KEY WORDS

Digital environment, digital market, Digital Markets Act, basic platform service, gatekeeper, competition law.

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS.....	5
2. INTRODUCCIÓN	6
2.1 RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	6
2.2 METODOLOGÍA	7
3. CONTEXTO.....	8
3.1 ENTORNO DIGITAL CAMBIANTE	8
3.1.1 Incidencia del COVID 19.....	9
3.1.2 Retos.....	10
3.2 INSUFICIENCIA DEL PREVIO DERECHO DE LA COMEPTENCIA.....	11
3.3 OBJETIVOS DE LA LEY DE MERCADOS DIGITALES	15
3.3.1 Controlar el abuso de la posición de dominio de las grandes plataformas digitales con carácter ex ante.....	16
3.3.2 Acabar con la falta de transparencia de las grandes plataformas digitales.....	17
3.3.3 Evitar la fragmentación del mercado interior.....	18
3.1.4 Complementar el Derecho de la Competencia vigente.....	19
3.4 APROBACIÓN Y PUBLICACIÓN	19
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN	21
4.1 SERVICIOS BÁSICOS DE PLATAFORMA	22
4.2 GUARDIANES DE ACCESO	26
4.3 CRÍTICAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	31
4.3.1 No puede haber una definición universal de guardián de acceso.	31
4.3.2 Se debe de tener en cuenta el multihoming	32
4.3.3 Falta de inclusión de algunos servicios	32
5. OBLIGACIONES.....	34
5.1 OBLIGACIONES ESPECIFICADAS	35
5.2 OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE ESPECIFICACIÓN.....	38
5.3 SUSPENSIÓN Y EXENCIÓN	42
6. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y SANCIONES.....	44

6.1	Multas sancionadoras	44
6.2	Multas coercitivas.....	45
6.3	Medidas estructurales	46
7.	CONCLUSIONES	49
8.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1. ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
DMA	<i>Digital Markets Act</i>
GAFAM	Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

2. INTRODUCCIÓN

2.1 RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

La elección del tema del presente Trabajo de Fin de Grado se ha debido a múltiples aspectos. Como primer factor, la relevancia del tema en la actualidad. Esta regulación se dirige a controlar las prácticas que realizan grandes empresas (Google, Amazon, Facebook, Apple, ...) que están presentes en la vida de muchísimas personas, mueven cuantiosas cantidades de dinero y manejan gran cantidad de datos.

Sin lugar a dudas, esta ley es un tema de actualidad, debido a que la Ley de Mercados Digitales (*Digital Markets Act* en inglés y cuyas siglas son “DMA”) fue publicada en octubre de 2022 y comienza a aplicarse en mayo de 2023. Esto es una oportunidad para poder realizar una investigación original y significativa.

A su vez, la importancia de esta normativa para el Derecho de la Competencia ha resultado clave para la elección del tema del trabajo. Este sector del Derecho Mercantil es de gran relevancia porque promueve la eficiencia económica, busca proteger a los consumidores, fomenta la innovación, evita los monopolios y favorece la libre empresa.

Otro punto que ha sido clave a la hora de la elección del tema ha sido su relación con el campo de la tecnología y la innovación. Este ámbito avanza de manera vertiginosa en diversos campos, por tanto, es un reto para el derecho adaptarse y regular estas nuevas realidades. Además, para los futuros juristas es fundamental aprender acerca de la tecnología y su regulación, a causa de que cada vez estará más presente la tecnología en el derecho. Como ejemplo se puede señalar: soluciones tecnológicas de facturación, los Smart contracts o el uso de Inteligencia Artificial por parte de los jueces para identificar, organizar y seleccionar jurisprudencia relevante, detectar patrones en la jurisprudencia, etc.

2.2 METODOLOGÍA

Para la realización de este trabajo, en el que se analiza la Ley de Mercados Digitales desde diferentes perspectivas y se ofrece una visión crítica y fundamentada sobre su impacto en el mercado y en los agentes implicados, se ha seguido la siguiente metodología.

En primer lugar, se ha llevado a cabo una revisión bibliográfica exhaustiva de la Ley de Mercados Digitales y su contexto, incluyendo literatura especializada en nuevas tecnologías, derecho de la competencia y derecho digital. La revisión ha sido de carácter exploratorio, con el objetivo de recopilar información relevante y crear una base sólida para el análisis posterior.

Una vez recopilada la información, se ha procedido a realizar un análisis del contenido de la Ley de Mercados Digitales, identificando los principales apartados de su regulación. Se ha tratado de combinar un enfoque descriptivo para presentar la información de manera clara y concisa, junto con un análisis crítico de su posible efecto en el mercado y la competencia.

Para ilustrar y respaldar el análisis realizado se han comentado algunos ejemplos con empresas reales, especialmente en el apartado de las obligaciones en el que la sola lectura de los artículos puede resultar difusa y abstracta.

Para finalizar, se han extraído conclusiones sobre la propia la Ley de Mercados Digitales así como su impacto, siempre tomando como base el análisis realizado y en la revisión crítica de la literatura especializada.

3. CONTEXTO

Para realizar una aproximación a la Ley de Mercados Digitales es imprescindible tratar el contexto en el que esta ley es aprobada. Para analizar este contexto, se detallará cómo es el entorno digital y su constante cambio; la insuficiencia del previo Derecho de la Competencia a la hora de regular este entorno digital; los objetivos que se buscan alcanzar con la entrada en vigor de esta ley; y las fases del proceso de aprobación, publicación y entrada en vigor de la misma.

3.1 ENTORNO DIGITAL CAMBIANTE

En primer lugar, se analizará la rápida evolución y transformación del entorno digital, así como la aceleración de este desarrollo por la pandemia sufrida en 2020 y los retos y oportunidades que ofrece este entorno digital. Se hace este análisis debido a que la ley que se está tratando en este trabajo tiene como objetivo adaptar la regulación vigente de la Unión Europea a este nuevo entorno digital.

Es incuestionable la relevancia del entorno digital, este se ha convertido en una parte integral de la vida diaria de las personas proporcionando oportunidades sin precedentes para conectarse, compartir información y acceder a una amplia gama de servicios y productos en línea.

Antes de entrar en los distintos apartados del entorno digital, es clave entender en qué consiste. El entorno digital se refiere al conjunto de herramientas, recursos y tecnologías que se utilizan en el mundo digital. Incluye todo lo que se relaciona con la utilización de Internet, la comunicación a través de redes sociales, el acceso a información en línea, la creación de contenidos digitales, el comercio electrónico y la automatización de procesos mediante el uso de software y aplicaciones.

3.1.1 Incidencia del COVID 19

La evolución de este entorno digital cada vez es más rápida, cabe destacar cómo la pandemia provocada por el COVID 19 ha acelerado enormemente la transformación digital y la economía europea.¹ Esta evolución se ve en numerosos ámbitos:

- Aumento del teletrabajo y de la educación en línea, debido a la necesidad de reducir la interacción social para contener la propagación del virus, aumentando el uso de aplicaciones como Zoom o Microsoft Teams.
- Incremento del entretenimiento online a causa de las restricciones de acudir a cines, teatros, estadios de fútbol, expandiéndose aplicaciones como Netflix, Amazon Prime Video o Dazn.
- Aumento de la comunicación a distancia, como consecuencia de las restricciones de movilidad implementadas por los diversos gobiernos, impulsando la utilización de aplicaciones como WhatsApp, Facebook Messenger o Skype.
- Otro ámbito fundamental que ha aumentado ha sido el del comercio electrónico. De nuevo a causa de las restricciones de movilidad y, posteriormente, el miedo a las aglomeraciones y posibles contagios. Tanto empresas como consumidores han apostado por este tipo de comercio para superar todas estas de dificultades. Cabe destacar aquí plataformas como Amazon, eBay o Alibaba.

En definitiva, la pandemia del COVID 19 ha acelerado la adopción de tecnologías digitales en muchos ámbitos, obligando a las empresas a adaptarse y a los consumidores a apostar por aquellas opciones que les permiten acceder a productos y servicios de manera digital. Muchas de las empresas que se han citado, serán mencionadas a lo largo de este trabajo, pues van a ser las que se vean afectadas por esta ley que se analiza.

¹ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, 18 de Noviembre de 2021: Una política de competencia adaptada a los nuevos retos, COM(2021) 713 final, apartado 3.2.

3.1.2 Retos

Esta evolución ofrece oportunidades sin precedentes para la innovación en diversos ámbitos, el crecimiento económico de los diferentes países y la conexión global. Sin embargo, el desarrollo de este entorno digital no está siendo un proceso pacífico o exento de dificultades y riesgos para el mantenimiento de los estándares de seguridad jurídica conocidos en los mercados tradicionales². Se han presentado una serie de retos que deben de ser abordados.

En primer lugar, el hecho de que haya aumentado la digitalización en la vida diaria (la comunicación, el trabajo, la educación, las compras...) genera un riesgo a la hora de garantizar la privacidad y la seguridad de los datos personales.

Otro reto es el aumento de la propagación de la desinformación y noticias falsas o la proliferación de contenido violento y extremista. Estos contenidos pueden tener efectos negativos en la sociedad y en la vida de las personas.

Asimismo, aparece el reto de la falta de transparencia en la publicidad en línea. Los consumidores a menudo desconocen qué empresa o qué persona se encuentra detrás de anuncios en línea, o si realmente la empresa vendedora de un producto realmente existe. Esto puede llevar a la propagación de información engañosa y publicidad fraudulenta.

Además, es esencial proteger los derechos de los consumidores y los derechos fundamentales en el entorno digital. Esto incluye garantizar la privacidad y la protección de datos personales, la protección contra el acoso y la discriminación en línea.

Por último, y en relación con el siguiente apartado, es imprescindible que este desarrollo en el entorno digital sea regulado para que esté en concordancia con los objetivos del Derecho de la Unión Europea, en concreto con los del Derecho de la Competencia.

² ECHEBARRÍA SÁENZ, M., "Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021, p.155.

3.2 INSUFICIENCIA DEL PREVIO DERECHO DE LA COMEPTENCIA

Los Estados de la UE han tratado de apoyarse en diversas piezas normativas para dar respuesta a la actividad de estas plataformas tecnológicas. Algunos han optado por el Derecho de la Competencia, otros por el Derecho del Consumidor y otros por el Derecho de protección de datos.³

A continuación, se analizará la insuficiencia del Derecho de la Competencia, el cual puede considerarse como el más relevante a la hora de abordar la actividad de estas plataformas digitales. De hecho, algunos informes abogan por aplicar el Derecho de la Competencia a estos mercados, por ejemplo, uno del Reino Unido⁴ y otro de la Comisión Europea⁵.

El Derecho de la Competencia o Derecho Antitrust es el conjunto de normas que prohíbe conductas de cierta trascendencia económica con el fin de garantizar una competencia suficiente. Esta parte del derecho también se encarga del control sobre operaciones de concentración económica y ayudas públicas a empresas.⁶

El Derecho de la Competencia tiene como antecedente la *Sherman Act* de 1890, la cual cabe considerar como la primera ley de defensa de la competencia del mundo propiamente dicha,⁷ esta ley trata de evitar las consecuencias indeseables de la concentración del poder económico. Dicha ley aún está en vigor aunque ha habido otras normas jurídicas también con importancia en los años posteriores, entre ellas la Clayton Act de 1914.

Durante mucho tiempo, el ordenamiento norteamericano fue prácticamente el único con reglas en materia de competencia. En Europa el momento clave fue durante la Segunda Guerra Mundial, donde la

³ MADRID PARRA, A. & ALVARADO HERRERA, L. *Derecho Digital y nuevas tecnologías*, Aranzadi, 2022, p. 366.

⁴ FURMAN, J. & COYLE, D. "Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel", *London: Digital Competition Expert Panel*, 2019.

⁵ CRÉMER, J. & DE MONTJOYE, Y. A. "Competition policy for the digital era", *Publications Office of the European Union*, 2019.

⁶ DE LA VEGA GARCÍA, F. "Tema XX: derecho de defensa de la competencia".

⁷ VELASCO SAN PEDRO, L. A., "El papel del derecho de la competencia en la era digital", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021, p. 97.

concentración de poder económico fue máxima, especialmente en Alemania. En este país fue donde primero apareció el Derecho Antitrust, concretamente en la zona ocupada por los Estados Unidos.

En los sucesivos años, Europa fue avanzando en su integración, creándose en 1950 la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, introduciéndose aquí ya normas de defensa de la competencia, siguiendo el modelo norteamericano pero adaptándolo a la idiosincrasia europea, al ser distinta que la de EEUU.

En el Tratado de Roma se vuelven a introducir normas de defensa de la competencia, las cuales siguen estando todavía en vigor. Ha habido modificaciones en la óptica y la concreción, pero siempre sin alterar la base inicial de este derecho.

En estos momentos, esas reglas están contenidas en el Tribunal de Funcionamiento de la Unión Europea, en los arts. 101 y siguientes. También hay normas de derecho derivado, reglamentos del Consejo y la Comisión, y también alguna Directiva (como por ejemplo la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho Nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y la Unión Europea).

De entre toda esta regulación, cabe señalar a los arts. 101 y 102 del TFUE, pues son los principales de la UE a la hora de prohibir acuerdos anticompetitivos y un abuso de posición dominante en el mercado⁸.

El artículo 101 del TFUE prohíbe los acuerdos entre dos o más empresarios que impiden, restringen o falsean el juego de la competencia dentro del mercado interior. Recoge algunos de estos acuerdos o prácticas que estarán siempre prohibidos, con la excepción del apartado tercero de este mismo artículo: fijar directa o indirectamente los precios de compra, venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado,

⁸ CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 828.

el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; y subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos ⁹.

Por su parte, el artículo 102 del TFUE prohíbe la explotación de una empresa de su posición de dominio en el mercado interior. Se detalla en la regulación cómo se produce esta situación: imponiendo directa o indirectamente precios de compra, venta u otras condiciones de mercado; limitando la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; aplicando a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; y subordinando la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.¹⁰

Por lo tanto, para comprobar que un comportamiento sea abusivo se debe observar si la empresa se encuentra en una posición dominante. En segundo lugar, que el comportamiento que realiza esa empresa supone un abuso de esa posición, es decir, que realiza una conducta injusta que perjudica indebidamente a quienes comercian con la empresa dominante o a quienes pretenden competir con ella. Por último, que este abuso que se está produciendo afecte al mercado interior de la UE o al mercado nacional.

Atendiendo a lo que se acaba de explicar, puede parecer que sería suficiente con esta regulación, ya que las prácticas que se realizan en estos mercados digitales entran dentro de lo regulado por el TFUE (servicios digitales prestados por una sola gran empresa, o por un número muy reducido de grandes empresas, que se han convertido en guardianes de acceso para los usuarios profesionales y/o finales y que tienen la capacidad de establecer

⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

¹⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

fácilmente condiciones comerciales de manera unilateral y perjudicial para sus usuarios profesionales y finales¹¹).

A pesar de esto, claramente existen multitud de dificultades a la hora de la aplicación de estos artículos. En primer lugar, que las prácticas realizadas en estos mercados digitales no se deben, en la mayoría de los casos, a acuerdos entre dos o más empresas como señala el art. 101 del TFUE.

En segundo lugar, también aparece cierta dificultad para aplicar el art. 102 del TFUE porque, en ocasiones, las empresas que realizan ciertas conductas abusivas no tienen una posición de dominio según los criterios que se suelen aplicar (el 40% de la cuota de mercado relevante)¹².

Cabe señalar que es la propia exposición de motivos de esta ley que está siendo analizada la que señala que, *“aunque los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se aplican a la conducta de los guardianes de acceso, el ámbito de aplicación de dichas disposiciones se limita a determinados casos de poder de mercado (por ejemplo, dominio en mercados específicos) y de comportamiento contrario a la competencia”*¹³, es decir, no es suficiente para controlar todos los casos de poder de mercado que desempeñan estos guardianes de acceso (término que más adelante se explicará con precisión).

En tercer lugar, se debe añadir que los usuarios finales, al relacionarse con los proveedores de servicios de plataformas básicas (los guardianes de acceso), tienen gran dependencia de estos últimos y, por tanto, limitada su capacidad de negociación. Por ello, en multitud de ocasiones aceptan condiciones y términos que en el fondo son anticompetitivos. Es fácil ejemplificar esta dependencia: cualquier individuo que haya comprado un producto por Amazon (aquí entendido como guardián de acceso) se ha

¹¹ ZORRAQUINO, A. & ESCUDERO PUENTE, A., (20 de julio de 2022), “Desgranamos las claves de la Digital Markets Act”. *PriceWaterhouseCoopers*.

¹² Comisión Europea, “Procedures in Article 102 Investigations”.

¹³ Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital. *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº 265, de 12 de octubre de 2022. Considerando 5. En adelante, “DMA”.

percatado que la empresa que vende el producto no es Amazon sino un profesional que utiliza esta plataforma para llegar al consumidor final. Ese consumidor final, casi con total seguridad, jamás habría encontrado o acudido a ese profesional directamente. Es decir, es fácil apreciar esa dependencia.

En cuarto lugar, existe una dificultad de carácter temporal. Estos artículos suponen una defensa de la competencia *ex post*, esto es, una vez se ha producido el daño, el cual puede seguir teniendo lugar mientras se realiza la investigación (una investigación que puede ser extensa caso por caso de hechos muy complejos) y se tramita el procedimiento.

En definitiva, el Derecho de la Unión Europea vigente no aborda, o al menos no lo hace de manera eficaz, los retos para el funcionamiento eficaz del mercado interior que plantea la conducta de los guardianes de acceso que no son necesariamente dominantes en términos de Derecho de la Competencia¹⁴, como se ha señalado previamente.

3.3 OBJETIVOS DE LA LEY DE MERCADOS DIGITALES

Antes de analizar los principales objetivos propios que trata de lograr la Ley de Mercados Digitales, es imprescindible señalar una visión más global. Esta ley se propuso junto con la Ley de Servicios Digitales para que, en conjunto, se hiciera frente a las consecuencias negativas provocadas por comportamientos de ciertas plataformas en línea que actúan en el mercado único de la Unión Europea.¹⁵ Ambas leyes forman parte de lo que se conoce como el paquete sobre servicios digitales, el cual es la respuesta de la UE a la necesidad de regular el espacio digital.¹⁶

¹⁴ Considerando 5, DMA.

¹⁵ Comisión Europea (31 de octubre de 2022), “Ley de Mercados Digitales: entran en vigor normas para que los guardianes de acceso digitales garanticen unos mercados abiertos”.

¹⁶ Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea, “Paquete sobre servicios digitales”.

Este paquete digital se puede encuadrar en un movimiento aún mayor que trata de reformar el Derecho de la Competencia y el Derecho Financiero digital.¹⁷

Centrándonos en los objetivos que pretende alcanzar esta norma caben destacar los siguientes: controlar el poder de mercado de las plataformas con posición de dominio; acabar con la falta de transparencia de las grandes plataformas digitales; evitar la fragmentación del mercado interior y complementar el Derecho de la Competencia vigente.

3.3.1 Controlar el abuso de la posición de dominio de las grandes plataformas digitales con carácter ex ante.

Es indudable el gran poder que tienen las grandes empresas como Google, Amazon, Facebook o Apple en el mercado digital, lo que les permite imponer sus propias reglas y dificultar el acceso de otras empresas al mercado. Esto puede limitar la competencia y perjudicar a los consumidores y a las empresas más pequeñas. Algunas de entre las múltiples prácticas que realizan y con las que se pretende acabar son: imponer restricciones al uso de la propia web a los proveedores afiliados; utilizar de manera abusiva algoritmos de fijación de precios o de seguimiento a las políticas de promoción y competencia de los afiliados que redundan en un pinzamiento de márgenes comerciales de los afiliados competidores; restringir el uso de comparadores de precios o la restricción publicitaria y de promociones de ventas.¹⁸

De hecho, ciertas prácticas de estos gigantes tecnológicos ya han sido sancionadas en el pasado. Por ejemplo, Google fue sancionada por su abuso de posición dominante al dar preferencia, de manera ilegal a su propio servicio de compras comparativas en comparación con los de la competencia¹⁹. En este

¹⁷ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021, p.158.

¹⁸ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021, p.161.

¹⁹ Comisión Europea. Decisión (UE), de 27 de junio de 2017, relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area. *Diario Oficial de la Unión Europea*, p.76.

caso Google fue sancionado con una multa de 2.424.495.000 euros²⁰. Otro ejemplo fue con Amazon, en el que la Comisión observó que Amazon abusaba de su posición dominante en los mercados alemán, español y francés en lo relativo a la prestación de servicios de mercado en línea a terceros vendedores.²¹

Posiblemente el punto clave aquí es que se pretende una regulación *ex ante*. Se señaló con carácter previo que una dificultad de la regulación que estaba vigente era su carácter *ex post* y la problemática de que los efectos de ciertas conductas siguieran produciendo sus efectos durante las investigaciones y tramitación del procedimiento. Esta nueva regulación establece normas *ex ante* aplicables a los guardianes de acceso para que se logre garantizar unos mercados digitales competitivos y justos.²²

3.3.2 Acabar con la falta de transparencia de las grandes plataformas digitales

Estas grandes empresas tecnológicas tienen una gran cantidad de datos tanto de los usuarios finales como de los usuarios profesionales, sin embargo, carecen de suficiente transparencia acerca de cómo se utilizan estos datos y sobre cómo se toman las decisiones que afectan a estos usuarios.

Esta necesidad de transparencia ha sido recalcada por la Vicepresidenta ejecutiva de la Comisión Europea Margrethe Vestager “*La LMD cambiará profundamente el panorama digital. La UE adopta con ella un planteamiento*

²⁰ Comisión Europea. Decisión (UE), de 27 de junio de 2017, relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area. *Diario Oficial de la Unión Europea*, p.212.

²¹Comisión Europea. Decisión (UE), de 20 de diciembre de 2022, relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and Article 54 of the EEA Agreement, *Diario Oficial de la Unión Europea*, pp. 18 y 19.

²² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, 18 de Noviembre de 2021: Una política de competencia adaptada a los nuevos retos, COM(2021) 713 final, apartado 3.2.

proactivo para garantizar unos mercados digitales equitativos, transparentes y disputables.”²³

Así, por ejemplo, la ley exigirá que las plataformas informen a los usuarios y a los proveedores sobre cómo se utilizan sus datos y cómo se llevan a cabo las decisiones automatizadas. También se requiere que las plataformas informen a los reguladores sobre cualquier cambio significativo en su algoritmo de recomendación o en las condiciones de sus servicios. Posteriormente se analizarán otras medidas.

3.3.3 Evitar la fragmentación del mercado interior

La fragmentación del mercado interior hace referencia a la creación de barreras entre los distintos países de la Unión Europea, lo que dificulta el comercio transfronterizo y reduce la competencia. Esto puede ocurrir cuando los diferentes países tienen diferentes regulaciones para las empresas en línea, lo que hace que sea más difícil para las empresas ofrecer sus productos y servicios en toda la Unión Europea.

Para evitar esta fragmentación de manera eficaz se debe impedir a los distintos Estados miembros que apliquen normas nacionales que entren en el ámbito de aplicación de la presente Ley de Mercados Digitales y que persigan sus mismos objetivos. Eso no excluye la posibilidad de que se apliquen a los guardianes de acceso, en el sentido de la Ley de Mercados Digitales, otras normas nacionales que persigan otros objetivos de interés público legítimos.²⁴

Al evitar la fragmentación del mercado interior, la Ley de Mercados Digitales busca promover una competencia justa en toda la Unión Europea, lo que a su vez debería resultar en mejores precios y opciones para los consumidores. Al mismo tiempo, la ley también tiene como objetivo proteger a los consumidores de prácticas comerciales desleales y garantizar que los datos personales estén protegidos y sean tratados de manera justa.

²³ Declaraciones de Margrethe Vestager recogidas en el Comunicado de prensa de 2 de junio de 2020 de la Comisión Europea.

²⁴ Considerando 9, DMA.

3.1.4 Complementar el Derecho de la Competencia vigente

Se ha analizado previamente que con anterioridad a esta Ley de Mercados Digitales existía normativa que podría regular, en parte, las actuaciones de estas plataformas digitales. Sin embargo, en el ámbito digital, puede haber desafíos específicos que no están cubiertos por el Derecho de la Competencia existente.

El concepto clave en este apartado es complementar, no se busca sustituir toda la regulación previa. Así lo indica la propia exposición de motivos de la Ley de Mercados Digitales *“el presente Reglamento tiene por objeto complementar la ejecución del Derecho de la Competencia, debe aplicarse sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del TFUE”* y de lo dispuesto *“en las normas nacionales de competencia”*²⁵. Además, complementa también al Reglamento (CE) nº.139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»)²⁶.

Al complementar el Derecho de la Competencia existente, la Ley de Mercados Digitales busca asegurar que las reglas y regulaciones sean adecuadas para el mercado digital y que se promueva una competencia justa y abierta. Esto debería resultar en mejores precios y opciones para los consumidores y en una mayor innovación y crecimiento económico en toda la Unión Europea.

3.4 APROBACIÓN Y PUBLICACIÓN

A continuación se detallará las diversas etapas de esta regulación, desde la presentación de la Propuesta de la Ley de Mercados Digitales.

- El 15 de diciembre de 2020 la Comisión Europea presentó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos (Ley de Mercados Digitales).

²⁵ Considerando 10, DMA.

²⁶ SAYOL, C. & DE LA VEGA, D. (Octubre 2022), “Anatomía de una norma: el Reglamento de Mercados Digitales (“DMA”)”, *Pérez-Llorca*.

- El 25 de noviembre de 2021, menos de un año después del inicio de las negociaciones en el Consejo, los Estados miembros acordaron por unanimidad la posición del Consejo sobre la Ley de Mercados Digitales.
- Un impulso clave aconteció el 24 de marzo de 2022, gracias al acuerdo político provisional alcanzado entre el Parlamento Europeo y el Consejo (en representación de los 27 Estados miembros).²⁷
- El Pleno del parlamento Europeo aprobó de manera definitiva el 5 de julio de 2022 la Ley de Mercados Digitales con una amplia mayoría de 588 votos a favor, 11 votos en contra y 30 abstenciones
- El 12 de octubre de 2022 fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea.
- Ya con su entrada en vigor, La Ley de Mercados Digitales comenzará a aplicarse el 2 de mayo de 2023. Posteriormente, en un plazo de dos meses y a más tardar el 3 de julio de 2023, los posibles guardianes de acceso deberán notificar a la Comisión sus servicios básicos de plataforma si alcanzan los umbrales que dicha ley recoge²⁸ y que se analizarán en este trabajo posteriormente.
- Tras haber recibido dichas notificaciones, la Comisión dispondrá de 45 días hábiles para evaluar si la empresa en cuestión alcanza los umbrales recogidos en esta ley, designándola así como guardián de acceso (a más tardar el 6 de septiembre de 2023).
- Finalmente, una vez designados los guardianes de acceso, tendrán 6 meses para cumplir los requisitos fijados en dicha ley (y que también se analizarán en este trabajo posteriormente), a más tardar el 6 de marzo de 2024.²⁹

²⁷ Consejo de la Unión Europea (25 de marzo de 2022), “Ley de Mercados Digitales: acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo”.

²⁸ Comisión Europea (31 de octubre de 2022), “Ley de Mercados Digitales: entran en vigor normas para que los guardianes de acceso digitales garanticen unos mercados abiertos”.

²⁹ Comisión Europea (31 de octubre de 2022), “Ley de Mercados Digitales: entran en vigor normas para que los guardianes de acceso digitales garanticen unos mercados abiertos”.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En este cuarto apartado se va a determinar a quién se va a aplicar esta normativa. Probablemente se trate del punto más importante en esta ley. Lo que es seguro es que el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales ha sido uno de los aspectos más controvertidos y discutidos.³⁰

En primer lugar, los encargados de regular esta materia se han enfrentado a un dilema: a la hora de determinar el ámbito de aplicación se podría tratar de que afectara únicamente a los grandes actores tecnológicos estadounidenses GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft) o bien ampliar el número de empresas que se vieran afectadas. En el primer caso podría suponer un enfrentamiento con Estados Unidos, mientras que en el segundo caso podría suponer un freno a determinadas empresas europeas.³¹

Algo que parece claro, y que está relacionado con lo que se acaba de decir, es que a la hora de determinar el ámbito de aplicación se siguió un proceso de inducción hacia atrás. Esto es, la Comisión Europea tenía una idea aproximada de las empresas que debía abarcar esta regulación y, a continuación, elaboró los umbrales cuantitativos en consecuencia, es decir, asegurando que entraban dentro de ellos las empresas en las que ya había pensado.

Por lo tanto, estos umbrales cuantitativos (que posteriormente serán desarrollados) tienen un carácter subjetivo, en cuanto no parece evidente que exista una fórmula económica mágica que sugiera que los umbrales cuantitativos que recoge la ley son los óptimos de cara a la maximización de la eficacia de las restricciones y obligaciones impuestas en la Ley de Mercados Digitales.

³⁰ MARINIELLO, M. & MARTINS, C. (14 de diciembre de 2021), "Which platforms will be caught by the Digital Markets Act? The 'gatekeeper' dilemma", *Bruegel blog*.

³¹ STOLTON, S. (22 de noviembre de 2021), "EU struggles with tech crackdown dilemma: How much to rein in European companies?". *Politico*.

Entrando en cuál es este ámbito en concreto, cabe señalar que la Comisión indica que se enfoca en dos conceptos particulares: los servicios básicos de plataforma y los guardianes de acceso (empresas que ofrecen uno o varios servicios básicos de plataforma).³² A continuación se analizarán estos dos conceptos en profundidad.

4.1 SERVICIOS BÁSICOS DE PLATAFORMA

Las obligaciones que establece esta regulación (y que se detallarán más adelante) no se aplican a todos los servicios digitales, sino que se centran en lo que se denomina como servicios básicos de plataforma.³³

En el artículo 2.2 de esta normativa se establece una lista de cuáles son los servicios básicos de plataforma³⁴:

1. Servicios de intermediación en línea.

Constituyen servicios de la sociedad de la información, permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores y se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales.³⁵ Un ejemplo de esto son los servicios ofrecidos por Amazon, Alibaba o eBay.

³² Comisión Europea, Commission staff working document, 15 de diciembre de 2020: Impact assessment report, SWD(2020) 363 final. Punto 128.

³³ LAMADRID, A. & BAYÓN, N. (8 de julio de 2022) “Ley de Mercados Digitales (DMA): la UE adopta un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales”, *Garrigues*.

³⁴ Artículo 2.2, DMA.

³⁵ Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 186, de 11 de julio de 2019. Artículo 2.2.

2. Motores de búsqueda en línea.

Se trata de un servicio digital que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de sitios web, mediante una consulta sobre un tema cualquiera y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado.³⁶ Como ejemplos se pueden señalar a: Google, Yahoo o Baidu.

3. Servicios de redes sociales en línea.

Consiste en servicios que proporcionan plataformas que permiten que los usuarios finales se conecten, se comuniquen entre sí y compartan contenidos a través de múltiples dispositivos.³⁷ De nuevo se pueden poner ejemplos ampliamente conocidos: Instagram, Twitter o Whatsapp entran dentro de este apartado.

4. Servicios de plataforma de intercambio de vídeos.

Consiste en un servicio cuya finalidad o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al usuario final programas, vídeos generados por otros usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos.³⁸ Los servicios que prestan compañías como YouTube o TikTok son un claro ejemplo de lo que aquí se define.

³⁶ Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 186, de 11 de julio de 2019. Artículo 2.5.

³⁷ Artículo 2.7, DMA.

³⁸ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión, 7 de julio de 2020: Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual.

5. Servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración.

Se trata de un servicio de comunicaciones interpersonales que no conecta a través de recursos de numeración pública asignados, es decir, de un número o números de los planes de numeración nacional o internacional, o no permite la comunicación con un número o números de los planes de numeración nacional o internacional.³⁹ Ejemplos de estos servicios serían: los servicios de voz por protocolo de Internet o los servicios de correo electrónico basados en la web (como Gmail de Google o Yahoo Mail).

6. Sistemas operativos.

Consiste en un software de sistema que controla las funciones básicas del hardware o del software y permite que se ejecuten en él aplicaciones informáticas.⁴⁰ Por ejemplo el sistema operativo de Android que pertenece a Google o el sistema operativo iOS que pertenece a Apple.

7. Navegadores web.

Es una aplicación informática que permite a los usuarios finales acceder a contenidos web alojados en servidores que están conectados a redes como internet e interactuar con dichos contenidos.⁴¹ Algunos ejemplos de navegadores web son: Google Chrome, Microsoft Edge o Apple Safari.

8. Asistentes virtuales.

Este tipo de servicio consiste en un software capaz de procesar peticiones, tareas o preguntas, y que, basándose en dichas peticiones, tareas o preguntas, proporciona acceso a otros servicios o controla dispositivos físicos

³⁹ Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 321, de 17 de diciembre de 2018. Artículo 2.7.

⁴⁰ Artículo 2.10, DMA.

⁴¹ Artículo 2.11, DMA.

conectados.⁴² De nuevo, se pueden señalar ejemplos ampliamente conocidos como el asistente “Alexa” de Amazon o “Siri” de Apple.

9. Servicios de computación en nube.

Estos servicios se pueden definir aquellos servicios digitales que hacen posible el acceso a un conjunto modulable y elástico de recursos informáticos que se pueden compartir⁴³. Como ejemplos se pueden mencionar: Google Cloud o iCloud de Apple.

10. Servicios de publicidad en línea.

Aquí se incluye las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma que se acaban de citar anteriormente. Aquí cabe citar ejemplos como: la publicidad realizada en redes sociales como Instagram o Twitter; en navegadores web como Google Chrome; o en plataformas de intercambio de vídeo como YouTube.

Se observa por tanto una lista exhaustiva de cuáles son esos servicios básicos de plataforma y respecto de los cuales una empresa podrá ofrecer únicamente uno de estos servicios o varios de ellos.

Finalmente, cabe resaltar que la identificación de los servicios básicos de plataforma es altamente relevante tanto para el procedimiento de designación de los guardianes de acceso como para la identificación de los servicios prestados por el guardián de acceso designado⁴⁴.

⁴² Artículo 2.12, DMA.

⁴³ Directiva (UE) 2016/1148, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 194, de 19 de julio de 2016. Artículo 4.19.

⁴⁴ Comisión Europea, Commission staff working document, 15 de diciembre de 2020: Impact assessment report, SWD(2020) 363 final. Punto 131.

4.2 GUARDIANES DE ACCESO

Una vez definidos los distintos servicios básicos de plataforma cabe señalar qué se entiende por guardián de acceso. El artículo 2 de la Ley de Mercados Digitales hace una vaga definición señalando que se trata de una empresa prestadora de servicios básicos de plataforma y que es designada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de esta ley.⁴⁵ Por tanto, se ha de acudir a este artículo 3 para concretar qué es un guardián de acceso.

Se deben de distinguir tres criterios cualitativos, los cuales están relacionados y concretados por tres criterios cuantitativos. De tal manera que, el cumplimiento de los criterios cuantitativos presume que se cumplen también los tres criterios cualitativos.⁴⁶ A continuación se señalarán los criterios cualitativos recogidos en el artículo. 3.1 y su correspondiente criterio cuantitativo recogido en el artículo 3.2:

En primer lugar, la empresa que presta el servicio básico de plataforma debe tener una gran influencia en el mercado interior, ya que es un objetivo de esta regulación el buen funcionamiento del mercado interior⁴⁷. Esto se concreta en que la empresa tenga:

- Un volumen de negocios en la UE mayor o igual de 7.500 millones de euros en cada uno de los últimos tres ejercicios.

- Su capitalización bursátil media o su valor justo de mercado equivalente (para las empresas que no cotizan en un mercado regulado⁴⁸) sea mayor o igual de 75.000 millones de euros. Este segundo subcriterio se adopta para que queden sujetas también aquellas empresas que no tienen ese elevado volumen

⁴⁵ Artículo 2.1, DMA.

⁴⁶ LAMADRID, A. & BAYÓN, N. (8 de julio de 2022) "Ley de Mercados Digitales (DMA): la UE adopta un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales", *Garrigues*.

⁴⁷ Considerando 7, DMA.

⁴⁸ Considerando 17, DMA.

de negocios pero que dado su elevada capitalización bursátil (o valor de mercado) tiene potencial para generar ese volumen en el futuro.⁴⁹

Estos dos subcriterios son alternativos, no obstante, además de que se tenga que cumplir uno de estos dos subcriterios se tiene que cumplir también que el servicio básico de plataforma se preste en al menos tres países miembros de la UE.

En segundo lugar, el servicio básico de plataforma que presta la empresa es una importante puerta de acceso para que los usuarios profesionales puedan llegar a los usuarios finales. El criterio cuantitativo aparejado hace referencia a que el servicio básico de plataforma haya tenido en el último ejercicio al menos 45 millones mensuales de usuarios finales activos en la UE y al menos 10.000 anuales de usuarios profesionales activos. Estas cifras se han establecido porque se considera que suponen un porcentaje sustancial de toda la población de la UE en lo que respecta a usuarios finales y de toda la población de empresas que utilizan servicios básicos de plataforma en la UE.⁵⁰

En tercer lugar, la empresa debe tener una posición afianzada y duradera en lo que respecta a sus operaciones o que sea previsible que alcance dicha posición próximamente. Esto supone que la disputabilidad de la posición de dicha empresa es limitada.⁵¹ En cuanto a la concreción de este criterio se remite a los criterios cuantitativos del apartado anterior (45 millones mensuales de usuarios finales y 10.000 usuarios profesionales anuales) pero señalando que estos deben acontecer en cada uno de los tres últimos ejercicios.

Una empresa será considerada guardián de acceso si cumple estos tres criterios, es decir, son criterios cumulativos, no cabe que sea considerado

⁴⁹ Considerando 17, DMA.

⁵⁰ Considerando 20, DMA.

⁵¹ Considerando 21, DMA.

como guardián de acceso si solamente cumple dos de estos tres criterios. Sin embargo, en caso de que no se cumpla alguno de los requisitos la Comisión podrá evaluar, en el contexto de una investigación de mercado, una situación específica de una empresa en concreto e identificarla como guardián de acceso atendiendo a una evaluación cualitativa⁵².

Una vez analizados los tres criterios, se señalarán las dos vías que aparecen reguladas para la designación de una empresa como guardián de acceso:

Por un lado, a instancia de la empresa prestadora de los servicios básicos de plataforma, cuando cumpla con los tres criterios cuantitativos que se han señalado previamente. Deberá notificárselo a la Comisión en un plazo máximo de dos meses comenzando a contar dicho plazo desde que se hayan alcanzado dichos umbrales, aportando la información necesaria para que la Comisión lo compruebe⁵³.

Debe señalarse que la presunción de que el prestador de servicios básicos de plataforma es un guardián de acceso si cumple los tres requisitos es una presunción *iuris tantum*, es decir, cabe prueba en contrario.⁵⁴ La obligación de acreditar que no debe aplicarse la presunción derivada de haber alcanzado los umbrales cuantitativos recae en la empresa, esto es, la carga de la prueba la tendría la empresa.⁵⁵ Para ello, no podrá utilizar argumentos económicos

⁵² GUTIÉRREZ, A., LÓPEZ-LAPUENTE, L., NAVARRO, E., VIDAL, P., PORXAS, N. & ARECES, C. (4 de mayo 2022) “Ley de Mercados Digitales (Digital Markets Act)”, *Uría Menéndez*.

⁵³ Artículo 3.3 DMA.

⁵⁴ GUTIÉRREZ, A., LÓPEZ-LAPUENTE, L., NAVARRO, E., VIDAL, P., PORXAS, N. & ARECES, C. (4 de mayo 2022) “Ley de Mercados Digitales (Digital Markets Act)”, *Uría Menéndez*.

⁵⁵ Considerando 23, DMA.

relacionados con la definición de mercado o criterios de eficiencia; sino únicamente argumentos relacionados con los criterios cuantitativos.⁵⁶

Por otro lado, existe una vía de iniciación de oficio, esto es, la Comisión también tiene la facultad de designar a dicha empresa como guardián de acceso basándose en la información de la que disponga. Esta tiene lugar cuando la empresa prestadora del servicio básico de plataforma no cumpla lo establecido en el apartado anterior, es decir, no notifique a la Comisión y/o no aporte toda la información necesaria.⁵⁷

Continuando con el proceso de designación, tras la recepción de información por la Comisión, dispone de un máximo de 45 días hábiles para designar a la empresa como guardián de acceso.⁵⁸ Como se ha mencionado previamente, en caso de que se cumplan los criterios cuantitativos se presume que es un guardián de acceso. No obstante, la empresa puede presentar argumentos fundados para que no sea designado guardián de acceso,⁵⁹ ante lo cual la Comisión podrá realizar una investigación de mercado.⁶⁰

Con todo esto cabe afirmar que, tanto el hecho de que existan criterios cualitativos y cuantitativos como el hecho de que el proceso de designación pueda comenzar por parte de la empresa o de la Comisión, es síntoma de que se busca mantener un equilibrio entre flexibilidad y seguridad jurídica. Los criterios cualitativos aportan esa flexibilidad ya que se pueden concretar de distintas formas al utilizarse conceptos indeterminados, sin embargo, los

⁵⁶ LAMADRID, A. & BAYÓN, N. (8 de julio de 2022) “Ley de Mercados Digitales (DMA): la UE adopta un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales”, *Garrigues*.

⁵⁷ Artículo 3.3, DMA.

⁵⁸ Artículo 4, DMA.

⁵⁹ Artículo 5, DMA.

⁶⁰ Artículo 17, DMA.

criterios cuantitativos otorgan seguridad jurídica a las empresas ya que conocen exactamente cuándo pueden pasar a ser considerados guardianes de acceso.⁶¹

Del mismo modo, la facultad de la Comisión de iniciar de oficio la designación de una empresa como guardián de acceso aporta seguridad jurídica ya que se evita que el comportamiento inadecuado de una empresa a la hora de comunicar que supera los umbrales le pueda permitir evitar su designación como guardián de acceso.

Además, síntoma de esta flexibilidad es la posibilidad que tiene la Comisión de poder designar a una empresa prestadora de servicios básicos de plataforma como guardián de acceso cuando cumpla los criterios cualitativos pero sin llegar a alcanzar los umbrales de los criterios cuantitativos⁶². Esto puede parecer que supone una gran inseguridad jurídica al ser estos criterios bastante abstractos, sin embargo, se especifican una serie de elementos que deben tenerse en cuenta para tal designación.

Toda esta regulación supone una gran novedad y no será hasta que entre en funcionamiento cuando se pueda advertir ciertos errores que puedan existir en esta ley. Por ello, se prevé que la Comisión pueda dictar actos reglados con el fin de completar y modificar esta regulación especificando o actualizando la metodología con la que se determina si se alcanzan los umbrales de los criterios cuantitativos para poder ajustarse a la evolución del mercado y de la tecnología.⁶³

Se prevé también la posibilidad de revisar la condición de guardián de acceso⁶⁴ algo acertado y que dota de dinamismo a esta regulación, pues los mercados relacionados con la tecnología son cambiantes y una empresa puede

⁶¹ MARTÍNEZ, A., Plataformas digitales: Aspectos jurídicos, Aranzadi, 2021, p. 121.

⁶² Artículo 3.8, DMA.

⁶³ Artículos 3.6 y 3.7, DMA.

⁶⁴ Artículo 4, DMA.

dejar de cumplir los criterios cuantitativos y aparecer una nueva que si los cumpla en un período de tiempo relativamente corto.

Por último, se debe tener claro que esta ley a la hora de designar un guardián de acceso no hace referencia a una compañía en global, sino que afecta al servicio básico de plataforma en la cual opera. Esto es, una empresa como pueda ser Google puede ser considerada guardián de acceso por ser proveedora de más de un servicio de plataforma: por su sistema operativo *Android*; por su navegador web, su servicio de computación en nube *Google Cloud* o su servicio de navegador web *Google Chrome*.

4.3 CRÍTICAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN

Al comenzar este apartado relativo al ámbito de aplicación se hizo mención de la dificultad que había supuesto determinarlo, por ello, se podía intuir que no iba a dejar contento a todo el mundo y que se iban a suscitar múltiples críticas. En este punto se analizarán con detalle algunas de las más importantes y que parecen justificadas.

4.3.1 No puede haber una definición universal de guardián de acceso.

Para comenzar, cabe decir que es prácticamente imposible establecer una definición universal de guardián de acceso sobre la que luego se impongan unas mismas obligaciones.⁶⁵

Se deben de tener en cuenta a la hora de determinar a los guardianes de acceso distintos modelos de negocios, debido a que las diferencias entre estos modelos de negocios suponen que, las empresas que tienen un alto volumen de negocios, de valor de mercado y de usuarios, utilizarán distintas

⁶⁵ SCOTT, F. & CAFFARRA, C. (5 de enero de 2021) "The European Commission Digital Markets Act: A translation" *The Centre for Economic Policy Research (CEPR)*.

estrategias para defender sus posiciones de mercado frente a nuevos competidores.

Algunos diferencian tres grupos de plataformas: las plataformas digitales financiadas con publicidad (por ejemplo: Facebook y Twitter); plataformas de transacciones (por ejemplo: Uber, Airbnb y Amazon) y plataformas de ecosistemas de sistemas operativos (como Microsoft).⁶⁶

4.3.2 Se debe de tener en cuenta el multihoming

Otro problema a la hora de determinar el ámbito de aplicación es que no se tiene en cuenta el denominado fenómeno de “multihoming”, es decir, que un usuario final o un usuario profesional pueden utilizar varias plataformas con el mismo fin, evitando de esta manera las posibles condiciones abusivas que pudiera establecer una plataforma.⁶⁷

Por ejemplo, en relación con los servicios de intermediación en línea nos encontramos con plataformas de servicios que permiten reservar una habitación en un hotel. Una plataforma podría favorecer a una concreta cadena hotelera viéndose el resto de usuarios profesionales afectados. Sin embargo, otros hoteles pueden utilizar diversas plataformas, ya que en este sector existen muchas conocidas: Trivago, Booking, Kayak, Skyscanner, Rastreator...

Si bien es cierto que en la exposición de motivos se hace mención de ello⁶⁸ no se aprecia en la regulación que se establezcan excepciones en la regulación para estos casos.

4.3.3 Falta de inclusión de algunos servicios

La Ley de Mercados Digitales clasifica a las plataformas de intercambio de videos, como YouTube, como servicios básicos de plataforma y las somete a mayores regulaciones. Sin embargo, otros servicios de transmisión de video y

⁶⁶ SCOTT, F. & CAFFARRA, C. (5 de enero de 2021) “The European Commission Digital Markets Act: A translation” *The Centre for Economic Policy Research (CEPR)*.

⁶⁷ MARINIELLO, M. & MARTINS, C. (14 de diciembre de 2021), “Which platforms will be caught by the Digital Markets Act? The ‘gatekeeper’ dilemma”, *Bruegel blog*.

⁶⁸ Considerando 27, DMA.

audio, como Netflix, no se clasifican como tal y no están sujetos a las mismas regulaciones⁶⁹.

Aunque los servicios como YouTube y Netflix compiten entre sí, la clasificación depende del modelo de negocio de la empresa. Si la empresa gestiona su oferta de contenidos de vídeo a la carta como una plataforma de intercambio de vídeos financiada con publicidad, puede considerarse un guardián de acceso, pero si se basa en un modelo minorista basado en suscripciones, no se considera así. El enfoque en el modelo de negocio "plataforma" parece ser inamovible, lo que significa que un minorista digital dominante no puede convertirse en un guardián de acceso. La posibilidad de ampliar la lista de servicios de plataforma básicos puede corregir denominaciones desafortunadas y añadir servicios que puedan convertirse en "básicos" en el futuro.⁷⁰

⁶⁹ BARATA, J., BUDZINSKI, O., COLE, C., LEDGER, M., MCGONAGLE, T., PENTNEY, K., ROSATI, E. & DE STREEL, A., "Unravelling the Digital Services Act package", *European Audiovisual Observatory*, p. 3.

⁷⁰BUDZINSKI, O. & MENDELSON, J., "Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation", *Ilmenau Economics Discussion Papers*, vol. 27, núm. 154, 2021.

5. OBLIGACIONES

En este apartado se analizarán las distintas obligaciones que esta normativa impone a los guardianes de acceso respecto de las prácticas de los guardianes de acceso que limitan la disputabilidad o son desleales. En primer lugar, se debe resaltar que el ámbito de aplicación (descrito en el apartado anterior) y las obligaciones están altamente interrelacionados. Las obligaciones se adaptan para abordar los problemas de competencia que surgen solo si una empresa es lo suficientemente grande como para tener un alto grado de poder de mercado.⁷¹

Si atendemos a la redacción de las obligaciones en esta ley, se puede observar cómo se dividen en dos grandes bloques. Por un lado, las obligaciones especificadas del artículo 5 de la Ley de Mercados Digitales y, por otro lado, las obligaciones que pueden ser especificadas con mayor detalle recogidas en el artículo 6.

En un primer momento, esta diferenciación puede parecer extraña, sin embargo, sigue la misma línea de combinar seguridad jurídica con flexibilidad que se señaló anteriormente con respecto de los criterios para la consideración de una empresa como guardián de acceso.

Las obligaciones ya especificadas permiten otorgar a la regulación de una mayor seguridad jurídica, ya que no necesitan que sean especificadas para caso en concreto.

Las obligaciones que pueden ser especificadas aportan mayor flexibilidad a la normativa analizada. Estas obligaciones se refieren a conductas que no pueden ser definidas de manera general y requieren de una posterior elaboración y especificación. Estas obligaciones serán especificadas en virtud del artículo 8 de la Ley de Mercados Digitales.

Esta clasificación que acaba de ser señalada (entre obligaciones especificadas y obligaciones susceptibles de ser especificadas) es la que se

⁷¹ MARINIELLO, M. & MARTINS, C. (14 de diciembre de 2021), "Which platforms will be caught by the Digital Markets Act? The 'gatekeeper' dilemma", *Bruegel blog*.

puede diferenciar en un primer momento. Sin embargo, hay autores que diferencian entre obligaciones generales para todos los guardianes de acceso y obligaciones específicas para cada guardián de acceso⁷². Las obligaciones generales serían las del artículo 5, es decir, las obligaciones especificadas. Mientras que las obligaciones específicas para cada guardián de acceso serían las del artículo 6, es decir, las obligaciones pendientes de especificar. En definitiva, lo único que cambia es cómo denominar a cada grupo de obligaciones.

Otros autores optan por realizar una subclasificación, entendiendo que dentro de las dos categorías anteriormente señaladas se puede diferenciar entre obligaciones positivas y obligaciones negativas⁷³.

Antes de entrar a analizar cada una de las obligaciones merece la pena fijarse en el artículo 7 de esta ley. Pues se dedica un artículo para las obligaciones en relación con un servicio básico de plataforma: servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración. Esto es probablemente debido a la especificidad de este servicio.

5.1 OBLIGACIONES ESPECIFICADAS

En el apartado primero se realiza un inciso muy importante, estas obligaciones están establecidas para cada uno de los servicios básicos de plataforma.

1) Artículo 5.2: Se prohíbe al guardián de acceso tratar los datos personales de los usuarios finales con el fin de prestar servicios de publicidad en línea, combinar datos personales de diferentes servicios básicos de plataforma o de servicios de terceros sin el consentimiento del usuario final, o iniciar sesión en otros servicios para combinar datos personales. Excepto si

⁷² SAYOL, C. & DE LA VEGA, D. (Octubre 2022), "Anatomía de una norma: el Reglamento de Mercados Digitales ("DMA")", *Pérez-Llorca*.

⁷³ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., "Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021, pp. 169 a 176.

han prestado su consentimiento para ello. Por ejemplo: si un usuario utiliza YouTube y ve vídeos de temática juvenil, YouTube puede intuir el tipo de productos que compra y mostrar publicidad relacionada. Con esto, se impide que YouTube utilice sus datos personales para ofrecer publicidad personalizada, salvo que lo autorice.

2) Artículo 5.3 el guardián de acceso no puede prohibir a los usuarios profesionales ofrecer sus productos o servicios a través de servicios de intermediación en línea de terceros o de su propio canal de venta directa en línea a precios o condiciones diferentes a los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso. Por ejemplo: si Pompeii vende zapatillas a través de Amazon, Amazon no le puede impedir vender a través de la página web de Pompeii en las mismas condiciones.

3) Artículo 5.4: el guardián de acceso permitirá a los usuarios profesionales utilizar su plataforma para comunicar y promocionar ofertas a los usuarios finales sin coste alguno y les permitirá celebrar contratos con estos usuarios, incluso si no utilizan los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso. Por ejemplo: Aliexpress debe permitir que los usuarios profesionales comuniquen y promuevan ofertas a través de su plataforma.

4) Artículo 5.5: el guardián de acceso permitirá a los usuarios finales acceder y hacer uso de contenidos y otros elementos a través de aplicaciones informáticas de usuarios profesionales, incluso si estos elementos han sido adquiridos directamente al usuario profesional sin usar los servicios básicos de la plataforma del guardián de acceso. Por ejemplo: Apple debe permitir que una persona utilice una aplicación móvil en el sistema operativo iOS aun habiéndola descargado de manera externa a la propia App Store de Apple.

5) Artículo 5.6: el guardián de acceso debe permitir a los usuarios profesionales y usuarios finales presentar reclamaciones ante cualquier autoridad pública pertinente por incumplimientos del Derecho de la Unión o Derecho nacional. No se puede limitar la posibilidad de presentar estas

reclamaciones, aunque los usuarios profesionales y los guardianes de acceso pueden establecer condiciones de uso para la tramitación de las reclamaciones en sus contratos. Por ejemplo: Amazon no puede restringir a un usuario interponer una reclamación ante el tribunal pertinente para conocer del asunto.

6) Artículo 5.7: el guardián de acceso no puede exigir a los usuarios finales que utilicen servicios adicionales, como un servicio de identificación, un motor de navegación web, o servicios de pago que permitan la prestación de servicios de pago. Tampoco se puede exigir a los usuarios profesionales que utilicen estos servicios ni que interoperen con ellos. Por ejemplo: una empresa que tiene una aplicación de móvil que se descarga a través de Google Play no estará obligada a que sus usuarios se conecten a la aplicación utilizando la cuenta de Google (Gmail).

7) Artículo 5.8: el guardián de acceso no puede exigir a los usuarios profesionales o usuarios finales que se suscriban o registren en cualquier servicio básico de plataforma adicional, ni que cumplan ciertos umbrales establecidos como condición para utilizar cualquiera de los servicios básicos de plataforma. Por ejemplo: Amazon no puede obligar a un usuario final a registrarse en Amazon Prime para comprar un producto.

8) Artículo 5.9: el guardián de acceso debe proporcionar información diaria y gratuita, a cada anunciante o a terceros autorizados por los anunciantes (a petición previa del anunciante) sobre el precio y las comisiones pagadas por el anunciante, la remuneración recibida por el editor, y las medidas a partir de las cuales se calculan los precios y comisiones. Por ejemplo: un anunciante podrá solicitar información a Google sobre cuánto le ha pagado al editor de su anuncio, en concepto de remuneración, del total del precio pagado por un servicio ofertado por Google a través de la plataforma Google Ads.

9) Artículo 5.10: el guardián de acceso debe proporcionar información diaria y gratuita a cada editor o a terceros autorizados por los editores sobre la remuneración recibida y las comisiones pagadas por el editor, el precio pagado por el anunciante, y la métrica a partir de la cual se calculan los precios y remuneraciones. En caso de que un anunciante o un editor no dé su consentimiento para compartir información, el guardián de acceso debe proporcionar información relativa a la remuneración o precio medio diario. Por ejemplo: si un editor utiliza Google Ads para publicar anuncios en su sitio web, Google (guardián de acceso) está obligado a proporcionar información sobre el precio pagado por el anunciante.

5.2 OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE ESPECIFICACIÓN

De nuevo, al igual que en el apartado primero del artículo 5 de la Ley de Mercados Digitales, en el artículo 6.1 se realiza un inciso señalando que estas obligaciones están establecidas para cada uno de los servicios básicos de plataforma.

1) Artículo 6.2: el guardián de acceso no puede usar datos que no sean públicamente accesibles generados o proporcionados por usuarios profesionales en competencia con ellos mismos, incluyendo datos agregados y desagregados, sin su consentimiento. Por ejemplo: si a través de Amazon una empresa vende un producto que esté teniendo éxito, Amazon no puede aprovechar información no accesible de este usuario profesional para crear y vender su propio producto idéntico.

2) Artículo 6.3: los usuarios finales deben poder desinstalar fácilmente cualquier aplicación del guardián de acceso y modificar la configuración predeterminada del sistema operativo, el asistente virtual y el navegador web, permitiendo a los usuarios elegir entre diferentes proveedores de servicios. Por ejemplo: Apple debe permitir a sus usuarios establecer como navegador web predeterminado Google Chrome en vez de Safari.

3) Artículo 6.4: el guardián de acceso debe permitir la instalación y el uso de aplicaciones de terceros y tiendas de aplicaciones, y permitir que los usuarios cambien fácilmente la configuración predeterminada. El guardián de acceso puede tomar medidas para garantizar la seguridad de su sistema operativo y hardware, siempre que sean justificadas. Por ejemplo: Apple debe permitir a un usuario descargar una aplicación aunque no sea a través de *App Store*. Esto no impide que tenga alguna medida que impida descargar una determinada aplicación que vaya a dañar el sistema operativo.

4) Artículo 6.5: el guardián de acceso no puede favorecer sus propios servicios y productos sobre los de terceros en su clasificación y rastreo, y debe aplicar condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias. Por ejemplo: Amazon no puede poner un determinado producto, similar a otros de la competencia, para que siempre salga el primero cuando se busca esa categoría de producto simplemente porque sea el propio de Amazon.

5) Artículo 6.6: el guardián de acceso no puede restringir la capacidad de los usuarios finales para cambiar entre diferentes aplicaciones y servicios accesibles a través de la plataforma. Por ejemplo: Google en los sistemas operativos Android no puede restringir la capacidad de los usuarios para cambiar entre diferentes aplicaciones de mensajería instantánea, como WhatsApp, Signal o Telegram.

6) Artículo 6.7: el guardián de acceso permitirá a los proveedores de servicios y a los suministradores de hardware interoperar de forma gratuita y efectiva con las mismas funciones del hardware y el software accesibles o controlables a través del sistema operativo o del asistente virtual designado en la decisión de designación. También permitirá el acceso a esas funciones con fines de interoperabilidad para usuarios profesionales y proveedores de servicios alternativos, independientemente de si están disponibles para el guardián de acceso o si se utilizan para prestar tales servicios. Por ejemplo: Samsung debe permitir a un usuario descargar una aplicación que le permita bloquear y desbloquear el móvil; o una aplicación que le permita acceder a las funciones de la cámara para ofrecer una mejor experiencia al usuario.

7) Artículo 6.8: El guardián de acceso proporcionará a anunciantes, editores y terceros autorizados acceso gratuito a los instrumentos de medición del rendimiento y los datos necesarios para verificar el inventario de anuncios. Los datos se proporcionarán de tal manera que se posibilite a los anunciantes y editores utilizar sus propios instrumentos de verificación y medición. Por ejemplo: un anunciante podría solicitar a Facebook acceso gratuito a los datos de rendimiento de sus anuncios publicados en la plataforma, lo que le permitiría realizar un seguimiento y una medición independiente del rendimiento de sus anuncios en la plataforma de Facebook.

8) Artículo 6.9: el guardián de acceso proporcionará la portabilidad efectiva de los datos proporcionados o generados por la actividad del usuario final, así como acceso continuo y en tiempo real a tales datos, de forma gratuita y a petición del usuario final o terceros autorizados. Por ejemplo: un usuario final podrá descargar sus datos de Aliexpress sobre sus búsquedas y compras en la plataforma para entregárselos a otra plataforma de venta online con el fin de que le recomiende productos relacionados con sus preferencias.

9) Artículo 6.10: el guardián de acceso proporcionará a los usuarios profesionales y terceros autorizados acceso efectivo, de calidad, continuo y en tiempo real a los datos que se proporcionen o generen en el contexto de la utilización de los servicios básicos de plataforma. Por ejemplo: un usuario profesional de Amazon debe poder acceder a los datos relativos a sus ventas, las visualizaciones de sus productos, etc.

10) Artículo 6.11: el guardián de acceso proporcionará a terceras empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea acceso equitativo, razonable y no discriminatorio a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones en relación con la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales en sus motores de búsqueda en línea. Por ejemplo: el acceso de empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea, como DuckDuckGo o Bing, a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y

visualizaciones en relación con la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales en los motores de búsqueda de Google.

11) Artículo 6.12: El guardián de acceso aplicará condiciones generales equitativas, razonables y no discriminatorias de acceso a sus tiendas de aplicaciones informáticas, motores de búsqueda en línea y servicios de redes sociales en línea. Por ejemplo: La App Store de Apple deberá de aceptar aplicaciones de terceros de manera no discriminatoria respecto de sus propias aplicaciones.

12) Artículo 6.13: El guardián de acceso no establecerá condiciones generales desproporcionadas para poner fin a la prestación de un servicio básico de plataforma y garantizará que las condiciones para la resolución puedan ejercerse sin dificultades indebidas. Por ejemplo: Un ejemplo de esta situación podría ser la disputa entre Epic Games y Apple en 2020. Epic Games intentó evadir las comisiones de la App Store de Apple ofreciendo una opción de pago directo en su juego Fortnite, lo que violó los términos de servicio de Apple. Como resultado, Apple eliminó Fortnite de la App Store, lo que llevó a Epic Games a presentar una demanda contra Apple alegando que las políticas de la App Store eran anticompetitivas.⁷⁴

Por último, y tras esta descripción de las obligaciones, es importante hacer referencia al principio de proporcionalidad que se promulga en la exposición de motivos. De este modo, deben aplicarse únicamente aquellas obligaciones que sean necesarias y proporcionadas para alcanzar los objetivos de esta normativa, y no deben existir medidas alternativas menos restrictivas que puedan lograr el mismo resultado.⁷⁵

⁷⁴ GASCÓN, M. (5 de mayo de 2021) "Epic Games vs Apple: todas las claves sobre la batalla por el caso 'Fortnite' y las condiciones que impone la App Store" *20minutos*.

⁷⁵ Considerandos 28 y 35, DMA.

5.3 SUSPENSIÓN Y EXENCIÓN

Una vez analizadas cada una de las obligaciones, es fundamental observar los artículos 9 y 10 de esta normativa. En estos se recoge respectivamente la posibilidad de suspensión o exención de estas medidas. Cobra vital importancia detenerse en estos dos artículos porque suponen excepciones al cumplimiento de dichas obligaciones, es decir, se permite la posibilidad de limitar la disputabilidad de los mercados en los que operan los guardianes de acceso.

Respecto a la suspensión, se indica que la Comisión puede adoptar un acto de ejecución en el que suspenda la obligación cuando, a petición motivada del guardián de acceso, se demuestre que una obligación respecto de un servicio básico de plataforma se ponga en peligro la viabilidad económica de sus operaciones en la Unión⁷⁶. Por tanto se fundamenta la suspensión en un argumento de carácter económico, en el que se trata de proteger a una determinada empresa en el ámbito de la Unión Europea.

Para dotar de flexibilidad a esta medida se permite que la suspensión sea total o parcial; que se revise anualmente esta suspensión; e incluso que sea provisional en caso de que la suspensión se haya tomado rápidamente en una situación de urgencia.

En cuanto a la exención, de nuevo es la Comisión la que tiene la potestad, mediante un acto de ejecución, de adoptarla. En este caso mediante petición motivada del guardián de acceso o de oficio.

En este caso, la exención se justifica en motivos de salud pública o seguridad pública. la seguridad pública comprende la seguridad y la defensa nacional⁷⁷. Pretende salvaguardar la seguridad interna y externa, así como la

⁷⁶ Artículo 9, DMA.

⁷⁷ Martín, M.M. (2014). "Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz del TJUE". Revista de Derecho Comunitario Europeo, 49, p. 776.

integridad territorial y las instituciones estatales⁷⁸. La salud pública es un concepto referido a mejorar la salud, prolongar la vida y mejorar la calidad de vida de las poblaciones mediante la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y otras formas de intervención sanitaria⁷⁹. Por lo tanto, los motivos para establecer una exención ya no son económicos sino de otra índole muy diferente. Es la principal diferencia respecto a la suspensión (junto con la posibilidad de iniciarse de oficio), puesto que ambas son medidas flexibles en cuanto a la posibilidad del carácter total o parcial; su revisión anual; y la posibilidad de la rápida adopción de la medida en una situación de urgencia.

⁷⁸ Sentencia de 26 de octubre de 1999 [TJUE], Sirdar, C-273/97, ECLI:EU:C:1999:523 apartado 17.

⁷⁹ NUTBEAM, D., “Promoción de la Salud Glosario”. *Organización Mundial de la Salud*. [Archivo PDF], p.12.

6. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y SANCIONES

Para garantizar la eficacia de esta normativa y el respeto de las obligaciones que se acaban de señalar, se prevé la posibilidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones.⁸⁰ Algo que resulta esencial si se quiere evitar que todo lo anterior se quede en papel mojado.

Las sanciones pueden agruparse en tres bloques: multas sancionadoras, multas coercitivas y medidas estructurales⁸¹.

6.1 Multas sancionadoras

Se establece la posibilidad de imponer multas que no excedan del 10% del volumen de negocios total a nivel mundial que tenga un guardián de acceso durante el ejercicio anterior cuando incumpla lo siguiente alguno de los siguientes apartados⁸²:

- Cualquier obligación de los arts. 5, 6 y 7
- Medidas especificadas por la Comisión con arreglo al art. 8.2
- Medidas correctoras del art. 18.1
- Medidas cautelares del art. 24
- Compromisos jurídicamente vinculantes del art. 25

También, en atención a que se produzca una reiteración en el incumplimiento, se recoge la posibilidad de que estas multas lleguen hasta el 20% del volumen de negocios total a nivel mundial del ejercicio anterior. Por reiteración se entiende que un guardián de acceso en relación con un mismo servicio de plataforma realice un incumplimiento similar de las obligaciones de los arts. 5, 6 o 7 por segunda vez (o posterior), sin que hayan pasado ocho años desde la vez anterior⁸³.

⁸⁰ Comisión Europea (31 de octubre de 2022), “Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”.

⁸¹ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del derecho de la competencia en la era digital”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021, p. 9108.

⁸² Artículo 30.1, DMA.

⁸³ Artículo 30.2, DMA.

Por último, existe la posibilidad de sancionar con una multa de hasta el 1% de su volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior cuando una empresa o asociaciones de empresas incumpla alguno de los apartados establecidos en el artículo 30.3 y que se refieren a obligaciones relacionadas con el deber de proporcionar a la Comisión toda la información de manera completa y veraz y con facilitar a la Comisión su averiguación acerca de si una empresa es considerada guardián de acceso o no⁸⁴.

Cabe resaltar que aquí la multa no está dirigida únicamente a los guardianes de acceso, sino que cabe la posibilidad que una empresa no sea guardián de acceso pero que, por ejemplo, proporcione información falsa de forma intencionada. Por ello, aquí la multa no puede ser tan alta como en los dos casos anteriores, porque en estos casos no tiene por qué haber una empresa que limite la disputabilidad de un mercado o que realice una práctica desleal.

6.2 Multas coercitivas

Ahora el carácter de las multas varía, dejan de ser sancionadoras y pasan a ser coercitivas. Se prevé la posibilidad de multas a empresas y a asociaciones de empresas con multas diarias que no excedan del 5% del promedio diario del volumen de negocios a nivel mundial en el ejercicio anterior para obligarlas a⁸⁵:

- Cumplir las medidas en virtud del art. 8.2.
- Cumplir la decisión adoptada con arreglo al 18.1.
- Proporcionar información correcta y completa en un plazo determinado.
- Garantizar el acceso a las bases de datos y algoritmos de las empresas y proceder a explicar los mismos, mediante decisión conforme al artículo 21.
- Someterse a una inspección ordenada con arreglo al art. 23.

⁸⁴ Artículo 30.3, DMA.

⁸⁵ Artículo 31.1, DMA.

- Cumplir medidas cautelares adoptadas con arreglo al art. 24.
- Cumplir los compromisos jurídicamente vinculantes del art. 25.1.
- Cumplir una decisión adoptada con arreglo al art. 29.1.

Con este tipo de multas lo que se pretende conseguir es el cumplimiento, por parte de las empresas, de estas medidas, decisiones, compromisos... Por ello, en caso de que se hayan cumplido estas, se podrá disminuir la cuantía de la multa coercitiva previamente acordada.⁸⁶

6.3 Medidas estructurales

Finalmente, estas medidas están orientadas al caso en el que un guardián de acceso incurra de forma sistemática en un incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 5, 6 o 7. Se considera que se incurre de forma sistemática cuando la Comisión haya adoptado tres decisiones de incumplimiento en los últimos 8 años⁸⁷.

Ante tales infracciones se impondrán medidas correctoras que pueden llegar a ser soluciones estructurales como obligar a un guardián de acceso a vender una empresa o partes de la misma (es decir, la venta de unidades, activos, derechos de propiedad intelectual o marcas), o la de prohibir a un guardián de acceso adquirir una empresa que preste servicios en el sector digital.⁸⁸

Puede observarse, la gravedad de las medidas en el caso de un incumplimiento sistemático, gracias a esto se pretende evitar que una empresa se mantenga ejerciendo su abuso de poder como guardián de acceso.

⁸⁶ Artículo 31.2, DMA.

⁸⁷ Artículos 18.1 y 18.3 DMA.

⁸⁸ Comisión Europea (31 de octubre de 2022), “Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”.

Para cerrar este apartado es conveniente realizar algunos apuntes en relación con el encargado de adoptar estas multas y medidas estructurales o la prescripción de las multas.

La Comisión Europea es quien tiene la facultad para imponer las multas sancionadoras y coercitivas así como para determinar las medidas correctoras en caso de incumplimiento sistemático del guardián de acceso. Al igual que para el resto de la normativa se le otorga el papel central a este organismo, ya que debido a que tanto el mercado digital como las empresas que operan son transfronterizos, parece óptimo que sea la Comisión la encargada de imponer estas sanciones.

Al tratar los plazos de prescripción se debe diferenciar entre la prescripción para la imposición de sanciones (artículo 32) y la prescripción para la ejecución de sanciones (artículo 33).

En cuanto al plazo para la imposición de sanciones el plazo es de cinco años⁸⁹, supone una ampliación respecto de los tres años que habían sido previstos en la propuesta del año 2020⁹⁰. El *dies a quo* será el día en que se produzca la infracción o, si es continuada o reiterada, el día en el que cese.

Cabe la posibilidad de interrupción del plazo cuando la Comisión adopte alguna medida para investigar una infracción. Cuando se reanude el plazo tras la interrupción, este comenzará a contarse de nuevo desde el principio, no pudiéndose nunca exceder del doble del plazo de los cinco años en total. Los plazos de prescripción se suspenderán, además, cuando la decisión de la Comisión sea objeto de un procedimiento pendiente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Respecto del plazo para la ejecución de sanciones, el plazo también será de cinco años y el *dies a quo* será el día en que la decisión sea definitiva.

⁸⁹ Artículo 32, DMA.

⁹⁰ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, de 15 de diciembre de 2020, COM(2020) 842 final. Artículo 28.

De nuevo, es posible la interrupción del plazo cuando se notifique una decisión que modifique el importe de la cuantía de la multa o se notifique el rechazo a una proposición de modificación de cuantía, y cuando la Comisión o un Estado miembro que actúe a instancia de la Comisión realice cualquier acto relativo a la recaudación por vía ejecutiva.

Asimismo, el plazo se suspenderá mientras dure el plazo para efectuar el pago o mientras dure la suspensión del cobro por vía ejecutiva en base a una decisión del TJUE o un órgano jurisdiccional nacional.

7. CONCLUSIONES

En primer lugar se debe señalar que esta ley, como muchas otras debe analizarse teniendo en cuenta el contexto en que es aprobada. En este caso, debe hacerse referencia a que existe un entorno digital cambiante (cuyo ritmo de evolución se ha acelerado con la pandemia) y que el derecho de la competencia previo es insuficiente para controlar todos los casos de poder de mercado de estos guardianes de acceso.

La Ley de Mercados Digitales es una respuesta a la necesidad de regulación para abordar el abuso de la posición de dominio de las grandes plataformas digitales, acabar con la falta de transparencia de estas plataformas, evitar la fragmentación del mercado interior y complementar el Derecho de la Competencia vigente.

En relación con la insuficiencia del derecho de la competencia, esta nueva ley pretende establecer un control ex ante del abuso de la posición de dominio de las grandes plataformas digitales, frente al control ex post que existía.

Otra conclusión relevante es que la determinación del ámbito de aplicación es cuestionable, pues ha sido llevada a cabo desde un proceso de inducción hacia atrás. Esto es, se tenía una idea clara de las empresas que debía abarcar esta regulación y, a continuación, elaboró los umbrales cuantitativos en consecuencia, es decir, asegurando que entraban dentro de ellos las empresas en las que ya había pensado. Al mismo tiempo y, en consecuencia de esto, puede afirmarse que existe una falta de principios generales y orientadores, ya que solo se ha legislado buscando evitar ciertas conductas de unos actores concretos.

Posiblemente la conclusión más destacada que resulta del análisis de esta normativa es la búsqueda de una combinación y equilibrio entre la flexibilidad de la norma y la seguridad jurídica.

Un primer ejemplo de esto se observa en la designación de los guardianes de acceso, en donde se utilizan tanto criterios cuantitativos como cualitativos. Los criterios cualitativos aportan esa flexibilidad debido a que, al ser conceptos abstractos, pueden concretarse de diversas formas. En cambio, los criterios cuantitativos otorgan seguridad jurídica a las empresas ya que conocen exactamente cuándo pueden pasar a ser considerados guardianes de acceso y tomar medidas para no cometer una infracción.

También se observa esa combinación en la posibilidad de que la designación pueda iniciarse de oficio o de parte. Concretamente la designación de oficio supone una garantía frente a la posibilidad de que la empresa no notifique a la Comisión que se han alcanzado los umbrales determinantes de la condición de guardián.

Del mismo modo, se ha hecho referencia a esto al tratar las obligaciones especificadas (aportan seguridad jurídica) y las obligaciones pendientes de especificar relativas a conductas que no pueden ser definidas de manera general (otorgan flexibilidad).

En definitiva, flexibilidad y seguridad jurídica son dos aspectos contrapuestos, es decir, una tendencia a favorecer uno de ellos suele debilitar al otro. Esta ley ha buscado cuidadosamente lograr un equilibrio entre ambos aspectos, sin embargo, será en el futuro cuando se podrá determinar si realmente se ha logrado esto.

Ha quedado claro la alta importancia de la Comisión, la cual tiene un papel central y amplio ya que puede iniciar de oficio la designación del guardián de acceso; imponer multas y medidas correctoras; modificar esta regulación especificando o actualizando la metodología con la que se determina si se alcanzan los umbrales de los criterios cuantitativos para poder ajustarse a la evolución del mercado y de la tecnología.

Esta legislación tiene una clara orientación al futuro. Fruto del cambiante entorno digital esta legislación está continuamente pensando en cómo puede variar la situación y permitir que siga siendo útil esta normativa. Esto se ve, por ejemplo, cuando se analizó a quién se consideraba como guardián de acceso

en donde había dos criterios alternativos: uno relativo al volumen de negocios y otro la capitalización bursátil. Este último se estableció para que queden sujetas también aquellas empresas que no tienen ese elevado volumen de negocios pero que dado su elevada capitalización bursátil (o valor de mercado) tiene potencial para generar ese volumen en el futuro.

Además, la Comisión está facultada para completar las obligaciones existentes sobre la base de una investigación de mercado. Así debería de garantizarse que, cuando evolucionen las prácticas de los mercados digitales y de los guardianes, se sigan garantizando los objetivos que se tratan de alcanzar con esta normativa.

En conclusión, la Ley de Mercados Digitales es una respuesta necesaria para abordar los abusos y desafíos en el entorno digital en constante evolución. Aunque existen cuestionamientos sobre su ámbito de aplicación y la falta de principios generales, se destaca el equilibrio buscado entre flexibilidad y seguridad jurídica. La designación de guardianes de acceso y el papel central de la Comisión son elementos clave en esta legislación orientada al futuro cuyo éxito se podrá determinar en los próximos años.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 828.

MADRID PARRA, A. & ALVARADO HERRERA, L. *Derecho Digital y nuevas tecnologías*, Aranzadi, 2022, p. 366.

MARTÍNEZ, A., *Plataformas digitales: Aspectos jurídicos*, Aranzadi, 2021, p. 121.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

BUDZINSKI, O. & MENDELSON, J., “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation”, *Ilmenau Economics Discussion Papers*, vol. 27, núm. 154, 2021.

CRÉMER, J. & DE MONTJOYE, Y. A. “Competition policy for the digital era”, *Publications Office of the European Union*, 2019.

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

FURMAN, J. & COYLE, D. “Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel”, *London: Digital Competition Expert Panel*, 2019.

MARTÍN, M.M. (2014). “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz del TJUE”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49.

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

CITAS DE INTERNET

BARATA, J., BUDZINSKI, O., COLE, C., LEDGER, M., MCGONAGLE, T., PENTNEY, K., ROSATI, E. & DE STREEL, A., “Unravelling the Digital Services Act package”, *European Audiovisual Observatory*. [En línea]. Disponible en: <https://rm.coe.int/iris-special-2021-01en-dsa-package/1680a43e45>

Comisión Europea (31 de octubre de 2022), “Ley de Mercados Digitales: entran en vigor normas para que los guardianes de acceso digitales garanticen unos mercados abiertos”. [En línea]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_22_6423

Comisión Europea (31 de octubre de 2022), “Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”. [En línea]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349

Comisión Europea, Commission staff working document, 15 de diciembre de 2020: Impact assessment report, SWD(2020) 363 final. [En línea]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020SC0363&rid=6>

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión, 7 de julio de 2020: Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual. [En línea]. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020XC0707\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020XC0707(02))

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, 18 de Noviembre de 2021: Una política de competencia adaptada a los nuevos retos, COM(2021) 713 final. [En línea]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0713R%2801%29&qid=1677620084168](https://eur-lex.europa.eu/legalex-act-detail/es/52020PC0842)

Comisión Europea, “Procedures in Article 102 Investigations”. [En línea]. Disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/procedures/article-102-investigations_es

Comisión Europea, Propuesta de Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, de 15 de diciembre de 2020, COM(2020) 842 final. [En línea]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0842&from=ES>

Consejo de la Unión Europea (25 de marzo de 2022), “Ley de Mercados Digitales: acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo”. [En línea]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/03/25/council-and-european-parliament-reach-agreement-on-the-digital-markets-act/>

Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea, “Paquete sobre servicios digitales”. [En línea]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/digital-services-package/>

Declaraciones de Margrethe Vestager recogidas en el Comunicado de prensa de 2 de junio de 2020 de la Comisión Europea. [En línea]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_22_6423

DE LA VEGA GARCÍA, F., “Tema XX: derecho de defensa de la competencia”. [Archivo PDF]. Disponible en: https://www.derechomercantilonline.com/files/uqd/15173f_02d6b791d67641cea1727c6a7a5a8fd2.pdf

GUTIÉRREZ, A., LÓPEZ-LAPUENTE, L., NAVARRO, E., VIDAL, P., PORXAS, N. & ARECES, C. (4 de mayo 2022) “Ley de Mercados Digitales (Digital Markets Act)”, *Uría Menéndez*. [Archivo PDF]. Disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/newsletter/1523-competencia>

GASCÓN, M. (5 de mayo de 2021) “Epic Games vs Apple: todas las claves sobre la batalla por el caso 'Fortnite' y las condiciones que impone la App Store” *20minutos*. [En línea]. Disponible en: <https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/epic-games-vs-apple-todas-las-claves-sobre-la-batalla-por-el-caso-fortnite-y-las-condiciones-que-impone-la-app-store-4686540/>

LAMADRID, A. & BAYÓN, N. (8 de julio de 2022) “Ley de Mercados Digitales (DMA): la UE adopta un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales”, *Garrigues*. [En línea]. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ley-mercados-digitales-dma-ue-adopta-nuevo-regimen-regulatorio-dirigido-grandes

MARINIELLO, M. & MARTINS, C. (14 de diciembre de 2021), “Which platforms will be caught by the Digital Markets Act? The ‘gatekeeper’ dilemma”, *Bruegel blog*. [En línea]. Disponible en:

<https://www.bruegel.org/blog-post/which-platforms-will-be-caught-digital-markets-act-gatekeeper-dilemma>

NUTBEAM, D., “Promoción de la Salud Glosario”. *Organización Mundial de la Salud*. [Archivo PDF]. Disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/docs/glosario.pdf>

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

<https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2022/10/Nota-Juridica-Reglamento-de-Mercados-Digitales.pdf>

SCOTT, F. & CAFFARRA, C. (5 de enero de 2021) “The European Commission Digital Markets Act: A translation”, *The Centre for Economic Policy Research (CEPR)*. [En línea]. Disponible en: <https://cepr.org/voxeu/columns/european-commission-digital-markets-act-translation>

STOLTON, S. (22 de noviembre de 2021), “EU struggles with tech crackdown dilemma: How much to rein in European companies?”. *Politico*. [En línea]. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/eu-dma-zalando-silicon-valley-european-tech-vestager/>

ZORRAQUINO, A. & ESCUDERO PUENTE, A., (20 de julio de 2022), “Desgranamos las claves de la Digital Markets Act”. *PriceWaterhouseCoopers*. [En línea]. Disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/desgranamos-las-claves-del-digital-markets-act/>

LEGISLACIÓN

Comisión Europea. Decisión (UE), de 20 de diciembre de 2022, relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and Article 54 of the EEA Agreement, *Diario Oficial de la Unión Europea*, pp. 18 y 19.

Comisión Europea. Decisión (UE), de 27 de junio de 2017, relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area. *Diario Oficial de la Unión Europea*, pp.76 y 212.

Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 321, de 17 de diciembre de 2018.

Directiva (UE) 2016/1148, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 194, de 19 de julio de 2016.

Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 186, de 11 de julio de 2019.

Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 265, de 12 de octubre de 2022.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.