

COMPETENCIA

LOS REGLAMENTOS DE MERCADOS DIGITALES Y SERVICIOS DIGITALES

Fecha de recepción: 30 noviembre 2023. | Fecha de aceptación y versión final: 28 diciembre 2023.

Helmut Brokelmann y Camilo Jaramillo Samper
Socio director de MLAB Abogados¹ y Abogado asociado
en MLAB Abogados

RESUMEN

En noviembre de 2022 entraron en vigor el Reglamento de Mercados Digitales (Digital Markets Act, DMA) y el Reglamento de Servicios Digitales (Digital Services Act, DSA), dos nuevas herramientas a disposición de la Comisión Europea para complementar la aplicación de las normas de competencia del Tratado (artículos 101 y 102 TFUE) con una regulación sectorial ex ante específicamente aplicable, en general, a servicios digitales prestados por intermediarios y plataformas en línea y, más específicamente, a los denominados servicios básicos de plataforma de los guardianes de acceso (DMA), así como a prestadores de servicios de plataformas en línea y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (DSA). Los guardianes de acceso y servicios básicos de plataforma designados por la Comisión Europea bajo el DMA deben cumplir con numerosas obligaciones en la prestación de sus servicios a usuarios establecidos en la Unión Europea. La falta de cumplimiento con estas obligaciones y prohibiciones puede acarrear la imposición de elevadas multas y la reclamación de daños por los usuarios o competidores perjudicados. Mediante el DSA, la Comisión designa plataformas en línea de muy gran tamaño y motores de búsqueda de muy gran tamaño que están obligadas al cumplimiento de obligaciones a la hora de prestar servicios a usuarios de la UE y cuya falta de cumplimiento también puede significar la imposición de importantes sanciones. El artículo examina alcance e implicaciones de estos dos nuevos instrumentos regulatorios de la Comisión Europea.

PALABRAS CLAVE

CDMA; DSA; guardianes de acceso; servicios básicos de plataforma; prestadores de servicios de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño

¹ Agradecemos a nuestro compañero, el Catedrático Juan J. Montero, sus valiosas indicaciones en la elaboración de este artículo. Sus publicaciones sobre el DMA están citadas a lo largo de este artículo.

KEYWORDS

DMA; DSA;
gatekeepers; core
platform services;
providers of very large
online platforms and
of very large online
search engines

ABSTRACT

In November 2022, the Digital Markets Act (DMA) and the Digital Services Act (DSA) entered into force, two new tools at the disposal of the European Commission to complement the application of the competition rules of the Treaty (Articles 101 and 102 TFEU) with *ex ante* sector regulation specifically applicable, in general, to digital services provided by online intermediaries and platforms and, more particularly, to so-called core platform services of gatekeepers (DMA), as well as very large online platforms and online search engines (DSA). Gatekeepers and core platform services designated by the European Commission under the DMA must comply with numerous obligations in the provision of their services to users located in the European Union. Failure to comply with these obligations and prohibitions may result in the imposition of heavy fines and claims for damages by affected users or competitors. Under the DSA, the Commission designates very large online platforms and very large online search engines that are obliged to comply with certain obligations when providing services to users located in the EU, failure of which may also result in the imposition of substantial fines. The article examines the scope and implications of these two new regulatory instruments of the European Commission.

1. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2022 entraron en vigor el Reglamento (UE) 2022/1925, de Mercados Digitales² (Digital Markets Act, el **DMA**, por sus siglas en inglés) y el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales³ (Digital Services Act, el **DSA**, por sus siglas en inglés), dos nuevas herramientas a disposición de la Comisión Europea (CE) para complementar la aplicación de las normas de competencia del Tratado (artículos 101 y 102 TFUE) con una regulación sectorial *ex ante* específicamente aplicable, en general, a servicios digitales prestados por intermediarios y plataformas en línea y, más específicamente, a los denominados servicios básicos de plataforma de los guardianes de acceso (DMA), así como a prestadores de servicios de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (DSA). Como juristas especializados en el Derecho de la UE nos resistimos a denominar estos reglamentos como “*leyes*” (Act), puesto

² Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828, DO L 265, 12.10.2022, p. 1-66, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>.

³ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, DO L 277, 27.10.2022, p. 1-102, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>.

que el concepto de “ley” es ajeno al Tratado de Funcionamiento de la UE (art. 288 TFUE); no obstante, nos hemos decantado por los acrónimos ingleses DMA y DSA para denominar los dos Reglamentos, dado su extendido uso en la práctica.

Como reglamentos de la UE, ambas normas son directamente aplicables en los Estados miembros y, a diferencia de una directiva, no precisan de ninguna transposición al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros (art. 288 TFUE). Mientras que el DSA entró en vigor el 16.11.2022 y será directamente aplicable 15 meses más tarde (16.02.2024), el DMA entró en vigor el 01.11.2022 y ya es aplicable desde el pasado 02.05.2023. De hecho, las empresas potencialmente afectadas por el DMA estaban obligadas a proporcionar a la Comisión Europea (CE) los umbrales cuantitativos exigidos en el artículo 3.2 DMA antes del pasado 3 de julio de 2023 para que la Comisión pudiera designar a los primeros guardianes de acceso antes de la fecha límite de 6 de septiembre de 2023. Ese día, la Comisión designó⁴ seis guardianes de acceso (*Alphabet- Google, Amazon, Apple, ByteDance, Meta y Microsoft*) y 22 servicios básicos de plataforma⁵ bajo el DMA (art. 3.4). Además, ese día la CE también inició cuatro investigaciones de mercado para analizar las alegaciones de Microsoft y Apple que argumentaban que, a pesar de superar los umbrales del DMA, sus servicios Bing, Edge y Microsoft Advertising, así como el iMessage de Apple no constituían servicios básicos de plataforma en el sentido del DMA (art. 3.2.b)). El 5 de septiembre, la CE también designó a Amazon como guardián de acceso en relación con los servicios de intermediación en línea Amazon Marketplace y publicidad en línea Amazon Advertising⁶. Meta, ByteDance (Tiktok) y Apple han presentado recursos ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) contra la decisión de la CE que los designa guardianes de acceso y designa como básicos determinados de sus servicios de plataforma⁷. Por su parte, Meta impugna la designación de Messenger y Marketplace como servicios básicos de plataforma. Por la suya, ByteDance (Tiktok) no considera que ocupe una posición afianzada y duradera en el mercado interior y alega que es el único servicio designado conforme al DMA que no alcanza el umbral de ingresos que se expone más adelante.

Por su parte, el DSA obligó a las plataformas en línea a publicar su número de usuarios activos antes del 17 de febrero de 2023 y, en caso de superar el umbral de 45 millones de usuarios (10% de la población de la UE), la Comisión designó⁸ los servicios en cuestión como plataformas en línea de muy gran tamaño o como motor de búsqueda de muy gran tamaño (art. 33.4 DSA). A partir de ahí, los servicios designados como tal dispusieron de

⁴ Nota de prensa de la Comisión de 06.09.2023 – “Ley de Mercados Digitales: La Comisión designa seis guardianes de acceso”, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_23_4328.

⁵ Tiktok, Facebook, Instagram, LinkedIn, Whatsapp, Messenger, Google Maps, Play y Shopping, Amazon Marketplace, App Store, Meta Marketplace, YouTube; Google, Amazon y Meta en publicidad; los navegadores Chrome y Safari; y los sistemas operativos Android, iOS y Windows PC.

⁶ Resumen de la Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2023 relativa a una decisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 (Asuntos DMA.100018 – Amazon – Servicios de intermediación en línea – Marketplaces; (Asuntos DMA.100016 – Amazon – Servicios de publicidad en línea), C(2023) 6104, DO C, C/2023/905 de 15.11.2023, ELI: <http://data.europa.eu/eli/C/2023/905/oj>.

⁷ “Watchdog: As Apple, Meta, TikTok challenge DMA gatekeeper status, enforcement may suffer” – PaRR 22-11-2023, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-x7j49r?shared&u=8CEC7A3A-1923-4D8E-AC8B-4A9E74E6BE58>; “Meta, TikTok appeal DMA ‘gatekeeper’ designation” – PaRR 16-11-2023, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-mjvw3fzshared&u=8CEC7A3A-1923-4D8E-AC8B-4A9E74E6BE58>.

⁸ Nota de prensa de la Comisión de 25.04.2023 – “Reglamento de Servicios Digitales: la Comisión designa el primer conjunto de plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño”, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_23_2413.

un plazo de cuatro meses a partir del 25 abril de 2023 –fecha en la que se designaron las 17 plataformas en línea de muy gran tamaño y los dos motores de búsqueda de muy gran tamaño⁹– para cumplir con las obligaciones establecidas en el DSA.

En las siguientes páginas analizaremos los principales aspectos procedimentales y materiales de ambas normas y su impacto en la regulación de los mercados digitales.

2. ANTECEDENTES

La discusión sobre la necesidad de adoptar una regulación sectorial *ex ante* en los mercados digitales surgió después de que la Comisión Europea realizara toda una serie de investigaciones y tramitara procedimientos de infracción por abuso de posición de dominio (art. 102 TFUE) contra varias grandes plataformas de servicios digitales (los ahora designados como guardianes de acceso). Se planteó entonces la cuestión de si no había llegado la hora –como antes en sectores recién liberalizados como telecomunicaciones, energía, postal o ferroviario– de adoptar una regulación *ex ante* que resolviera unos problemas de competencia recurrentes y para cuya resolución la mera aplicación del Derecho de la competencia parecía poco efectiva por su relativa lentitud y el aparente efecto poco disuasorio de las multas impuestas. Merece la pena realizar un breve repaso a los principales pronunciamientos de la Comisión Europea en estos expedientes, por cuanto las conductas sancionadas en estos casos de la CE, como veremos más adelante, son los que nutren las obligaciones y prohibiciones materiales codificadas en el DMA como obligaciones regulatorias *ex ante*.

El primero fue el célebre caso *Microsoft*¹⁰, en el que la CE impuso en 2004 en la parte relativa a la plataforma de Windows, una sanción de 497 millones de euros por vincular abusivamente el reproductor de medios Windows Media Player (WMP) con el sistema operativo dominante Windows. Se trataba, siempre según la CE, de una vinculación técnica (*technical bundling*) que estaba expulsando al reproductor independiente hasta entonces predominante, RealPlayer, del mercado y el remedio impuesto (por otra parte, completamente ineficaz), además de la multa, fue una obligación de comercializar una versión de Windows sin el WMP, que obviamente ningún consumidor quiso comprar.

Microsoft se enfrentó a otras investigaciones análogas con su navegador Internet Explorer –que fue cerrada sin imposición de multa mediante el instrumento, más ágil que el expediente sancionador, de una Decisión de compromisos del artículo 9 del Regla-

⁹ Alibaba, AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube, Zalando, como plataformas en línea de muy gran tamaño; y Bing y Google Search, como motores de búsqueda de muy gran tamaño.

¹⁰ Decisión de la Comisión, de 24 de marzo de 2004, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE y al artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation (Asunto COMP/C-3/37.792 — *Microsoft*), C(2004) 900, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf, confirmada por Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft/Comisión*, T-201/04, EU:T:2007:289.

mento (CE) 1/2003¹¹ y, más recientemente, con el expediente incoado en 2023¹² por la vinculación técnica al sistema operativo de Windows de la aplicación Teams, tan extendida desde las restricciones de la Covid; el denunciante en este último caso fue Slack Technologies.

Estos primeros casos ya pusieron de manifiesto el dilema al que se enfrentan los legisladores ante la cuestión de introducir una regulación *ex ante* del sector: los cambios tecnológicos se producen con inmensa rapidez como demuestra, por dar un ejemplo, que el navegador dominante hoy en día sea Chrome de Google y no el Internet Explorer (hoy Edge) de Microsoft objeto del expediente de la CE en 2009.

La CE instruyó otros importantes expedientes en el sector digital: la trilogía Google (aunque ya hay en curso un nuevo, cuarto expediente¹³): *Google Shopping*, donde la CE en 2017¹⁴ impuso una multa de 2.424 millones de euros por abuso de posición de dominio por favorecer Google en su buscador dominante sus propios resultados de búsqueda (el conocido como *self-preferencing*) en comparadores de compras y precios, sanción confirmada por el TGUE, cuya sentencia se encuentra actualmente recurrida en casación ante el TJUE¹⁵.

En *Google Android*¹⁶, la CE impuso una sanción de 4.340 millones de euros a Google por condicionar el acceso a su Playstore a la preinstalación en dispositivos Android de su navegador Chrome y su buscador Google Search. Google también pagaba a fabricantes de smartphones para la preinstalación exclusiva de Google Search, cerrando así el mercado a sus competidores. El TGUE desestimó el recurso de Google¹⁷ en lo esencial, confirmando tanto que las condiciones de preinstalación impuestas a los fabricantes de dispositivos móviles pueden suscitar un “*sesgo de statu quo*” como que las restricciones incorporadas en los acuerdos contra la fragmentación (*forking*) constituyen un obstáculo al desarrollo y a la comercialización de productos competidores en el mercado de los sistemas operativos con licencia. Sin embargo, el Tribunal estimó un motivo del recurso de Google, al considerar que no podía corroborarse que la condición de preinstalación única incluida en los acuerdos de reparto de los ingresos por cartera fuera un abuso en sí mismo. La sentencia se encuentra actualmente recurrida en casación¹⁸.

¹¹ Nota de prensa de la Comisión IP/09/1941 de 16.12.2009, La Comisión acepta los compromisos de Microsoft para permitir a los usuarios elegir su navegador - https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_09_1941.

¹² Asunto AT.40721- *Microsoft Teams*, nota de prensa de la Comisión de 27 de julio de 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3991.

¹³ Asunto AT.40670 - *Google - Adtech and Data-related practices*, nota de prensa de la Comisión de 14 de junio de 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3207.

¹⁴ Resumen de la Decisión de la Comisión, de 27 de junio de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39740 – *Búsqueda de Google (Shopping)*, C(2017) 4444, DO C 9, 12.01.2018, p. 11-14.

¹⁵ Sentencia de 10 de noviembre de 2021, *Google Shopping/Comisión*, T-612/17, EU:T:2021:763 y C-48/22 P - *Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping)*, recurso interpuesto el 20.01.2022.

¹⁶ Resumen de la Decisión de la Comisión, de 18 de julio de 2018, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40099 – *Google Android*), DO C 402, 28.11.2019, p. 19-22.

¹⁷ Sentencia de 14 de septiembre de 2022, *Google/Comisión (Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541.

¹⁸ Asunto C-738/22 P - *Google y Alphabet/Comisión (Google Android)*, recurso interpuesto el 30.11.2022.

En el expediente *Google AdSense*¹⁹ la CE consideró que Google abusó de su posición de dominio en el mercado de la publicidad en línea a través de su servicio *AdSense for Search*. Entre 2006 y 2009, Google impuso ciertas cláusulas de exclusividad que impedían a los editores colocar anuncios de búsqueda de competidores. A partir de 2009, estas cláusulas pasaron a ser cláusulas de “*premium placement*” a través de las cuales Google exigía a los editores que reservaran el espacio más destacado (esto es, más rentable) de sus páginas de resultados de búsquedas a los anuncios de Google y exigiéndoles, además, contratar un número mínimo de anuncios de Google. También existían cláusulas de autorización mediante las que Google obligaba a los editores a solicitar su aprobación antes de proceder a cualquier cambio en la presentación de los anuncios de búsqueda de los competidores. La CE impuso una multa de 1.490 millones de euros a Google, que se encuentra recurrida ante el TGUE²⁰.

Pero la CE también ha resuelto expedientes en estos mercados sin imposición de multas. Así, en el asunto *Amazon Marketplace* la CE investigó el posible uso abusivo por parte de Amazon de datos no públicos de sus competidores, minoristas que también ofrecen sus productos en la plataforma, para aplicar precios predatorios o favorecer sus propios productos. La investigación fue posteriormente ampliada al trato preferencial de sus propias ofertas minoristas y de aquellas de terceros que usan sus servicios logísticos y de entrega en el marco del programa de fidelidad de Amazon Prime y finalmente terminó con una Decisión de compromisos del artículo 9 del Reglamento (CE) 1/2003 de 20.12.2022²¹. La autoridad de competencia italiana sancionó conductas similares²².

En el asunto *Spotify/Apple*²³, Spotify denunció que Apple impone el uso de su sistema de pago a los usuarios que contratan la aplicación de Spotify a través de su tienda de aplicaciones (App Store) y cobra una comisión del 30% a los desarrolladores de aplicaciones por las suscripciones compradas a través de su sistema de pago. Asimismo, Apple imponía ciertas cláusulas “*anti-steering*” que limitarían la capacidad de los desarrolladores de aplicaciones para informar a los usuarios de posibilidades alternativas de compra (normalmente más baratas) de servicios de *streaming* de música fuera de la aplicación. En febrero de 2023, la CE informó que había notificado un Pliego de Cargos a Apple que sustituye al Pliego de Cargos anterior (30.04.2021), pues se centra en las cláusulas “*anti-steering*” de Apple y deja al margen la imposición del uso de su sistema de pago²⁴.

¹⁹ Resumen de la Decisión de la Comisión, de 20 de marzo de 2019, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40411 — *Google Search (AdSense)*), C(2019) 2173, DO C 369, 03.11.2020, p. 6-10.

²⁰ Recurso interpuesto el 4 de junio de 2019 — *Google y Alphabet/Comisión* (Asunto T-334/19).

²¹ Resumen de la Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2022, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asuntos AT.40462 — *Amazon Marketplace* y AT.40703 — *Amazon Buy Box*), C(2022)9442 final, DO C 87, 09.03.2023, p. 7-11.

²² Decisión de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* de 30 de noviembre de 2021 - <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/12/A528-chiusura>.

²³ Asuntos AT.40437 (Apple – App Store Practices - music streaming) y AT.40652 (Apple – App Store Practices – e-books/audiobooks), nota de prensa de la Comisión de 16.06.2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073.

²⁴ Notas de prensa de la Comisión de 28.02.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_1217 y de 30.04.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061.

En el asunto *Facebook*, la *Bundeskartellamt* (BKA)²⁵ alemana declaró que la política excesiva de recopilación que Facebook (hoy Meta) realizaba de los datos de sus usuarios, en particular el uso combinado de datos Facebook con datos obtenidos por el uso de otros servicios del mismo grupo (Instagram, Whatsapp) constituía un abuso de la posición de dominio que Meta ocupa en el mercado (bilateral) de las redes sociales, gratuitas para el usuario, pero financiados con publicidad personalizada, elaborada con los datos de los usuarios, que constituyen el precio del servicio. Aunque el OLG Düsseldorf suspendió cautelarmente en primera instancia la decisión de la BKA, el Tribunal Supremo alemán (BGH) levantó la suspensión y confirmó que prima facie no había serias dudas sobre la posición dominante de Facebook en el mercado alemán, ni sobre el abuso de posición dominante de Facebook por aplicar los términos contractuales de servicio prohibidos por la BKA, por cuanto privaban al consumidor del poder de elección (no puede decidir si quiere o no realizar un uso personalizado de Facebook basado en los datos que comparte en la red ni puede decidir si quiere o no vincular su usuario de Facebook con otros aspectos de internet “off-Facebook”). Finalmente, el OLG Düsseldorf planteó varias cuestiones prejudiciales en el procedimiento principal al TJUE que, en su sentencia de 4 de julio de 2023²⁶, esencialmente confirmó la legalidad de la decisión de la BKA de declarar como abuso de posición de dominio una conducta contraria al Reglamento General de Protección de Datos²⁷, señalando “que los artículos 51 y siguientes del RGPD y el artículo 4 TUE, apartado 3, deben interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio del cumplimiento de su obligación de cooperación leal con las autoridades de control, una autoridad de defensa de la competencia de un Estado miembro puede concluir, en el marco del examen de un abuso de posición dominante por parte de una empresa, con arreglo al artículo 102 TFUE, que las condiciones generales del servicio de dicha empresa relativas al tratamiento de los datos personales y la aplicación de esas condiciones no son conformes con el citado Reglamento, cuando esa conclusión sea necesaria para declarar la existencia de tal abuso.”²⁸. Como colofón de este asunto, el legislador alemán introdujo un nuevo artículo 19a en la ley de defensa de la competencia alemana (GWB), que desde 2021 faculta a la BKA para intervenir contra conductas abusivas de plataformas con una posición predominante en el mercado. Como veremos más adelante, uno de los objetivos de la adopción del DMA es precisamente impedir que la proliferación de normas nacionales que regulen las grandes plataformas digitales fragmenten el mercado único digital.

En paralelo a la tramitación de estos expedientes por la Comisión Europea y algunas autoridades nacionales de la competencia²⁹, pronto se entabló una discusión en el ámbito de la UE sobre la conveniencia de regular las grandes plataformas para poder controlar mejor su inci-

²⁵ Decisión de la BKA, B6-22/16, de 15 de febrero de 2019, *Facebook*, <https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html?nn=3600108>.

²⁶ Sentencia de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms/Bundeskartellamt*, C-252/21, EU:C:2023:537.

²⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DO L 119, 04.05.2016, p. 1-88, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

²⁸ Asunto *Meta Platforms/Bundeskartellamt*, nota al pie 26, apdo. 62.

²⁹ Además del asunto *Facebook* de la BKA, por ejemplo, la Autorité de la Concurrence francesa obligó a Google a negociar con los editores de prensa franceses una remuneración equitativa para el uso y distribución de sus *press snippets*, Decision de la Autorité de la Concurrence, 21-D-17, de 12 de julio de 2021, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/decision/compliance-injunctions-issued-against-google-decision-20-mc-01-9-april-2020>.

piente o ya consolidado poder de mercado. En la UE, esta discusión tuvo como base el *Special Advisers' Report "Competition Policy for the Digital Era"*³⁰ elaborado en 2019 para la Comisión Europea por los expertos economistas Jaques Crémer y Yves-Alexandre De Montjoye, así como la profesora de Derecho Heike Schweitzer; en esa época hubo otros muchos informes, por ejemplo para el gobierno alemán, el británico o de un comité parlamentario en EE.UU.³¹

El *Special Adviser's Report* para la CE dio lugar a la apertura en junio de 2020 de una evaluación inicial de impacto y consulta pública sobre la necesidad de un posible nuevo instrumento de competencia que permitiera abordar los problemas estructurales en los mercados digitales de manera más eficaz³². En esta consulta, la Comisión contemplaba varias opciones: la aplicación rigurosa y continua de las normas de competencia vigentes, incluido el recurso a medidas provisionales y reparadoras, cuando procediese; una posible regulación *ex ante* de las plataformas digitales, que incluyera requisitos adicionales para las que desempeñen una función de guardianas de acceso; y un posible nuevo instrumento de competencia para abordar los correspondientes problemas estructurales en los mercados que no pudieran afrontarse o que no pudieran abordarse de la manera más eficaz sobre la base de las vigentes normas de la competencia.

De especial relevancia en esta consulta fue el denominado *New Competition Tool* (NCT) que, una vez descartado, abrió paso a la propuesta del DMA de la Comisión. En el NCT la Comisión proponía cuatro alternativas: en primer lugar, la posibilidad de intervención de la CE por conductas unilaterales de empresas dominantes sin necesidad de constatar una infracción del artículo 102 TFUE y con la posibilidad de imponer remedios estructurales y de comportamiento; la idea de esta opción era permitir una intervención temprana en cualquier sector de la economía antes de que el operador dominante pudiera cerrar el mercado o incrementar los costes de sus rivales. La segunda opción era como la primera, pero limitada a sectores problemáticos (mercados digitales con fuerte dominio y altas barreras de entrada).

La tercera opción contemplaba un instrumento para remediar problemas estructurales de competencia que los artículos 101 y 102 TFUE no podían remediar, sin necesidad de que las empresas intervenidas fueran dominantes; nuevamente el instrumento sería de aplicación horizontal con la posibilidad de imponer remedios estructurales o de comportamiento. La cuarta opción era como la tercera, pero limitada a sectores problemáticos (mercados digitales con fuerte dominio y altas barreras de entrada).

Finalmente, sin embargo, esta propuesta encontró mucha oposición en la consulta pública realizada por la CE por su incidencia en las tradicionales normas de la competen-

³⁰ *Special Advisers' Report "Competition Policy for the Digital Era"*, Jaques Crémer, Yves-Alexandre De Montjoye y Heike Schweitzer, 2019.

³¹ Informe "A new competition framework for the digital economy" elaborado en septiembre de 2019 por la *Commission "Competition law 4.0"* para el Ministerio Federal de Asuntos Económicos y Energía alemán; Informe presentado en marzo de 2019 en Reino Unido ante la *Competition & Markets Authority* – "Unlocking Digital Competition", liderado por Jason Furman; Informe elaborado en EE.UU. en octubre de 2020 por el *Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the Committee on the Judiciary* – "Investigation of Competition in Digital Markets".

³² Mercado único: nueva herramienta complementaria para reforzar la aplicación de las normas de competencia – Evaluación de impacto y Consulta pública, junio 2020: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Mercado-unico-nueva-herramienta-complementaria-para-reforzar-la-aplicacion-de-las-normas-de-competencia_es.

cia, los artículos 101 y 102 TFUE, y fue descartada en beneficio de la opción de adoptar una regulación *ex ante* del sector, distinta del Derecho de la competencia, que sería el DMA presentado como Propuesta de la CE el 15 de diciembre de 2020, para regular el poder de mercado de las grandes plataformas, los “guardianes de acceso”.

3. EL DMA

3.1. OBJETIVOS DEL DMA, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

El Reglamento tiene como objetivo la disputabilidad (*contestability*) y equidad (*fairness*) de los mercados en el sector digital; así lo establece el propio título de la norma y las constantes referencias a estos conceptos a largo del articulado y los considerandos del DMA. Tiene como fin contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior a través de normas que garanticen la equidad y disputabilidad de los mercados en el sector digital en los que operan guardianes de acceso.

Asimismo, el DMA tiene por objetivo complementar el Derecho de la competencia cuando este es insuficiente por sí solo debido a su aplicación *ex post*, que no permite una intervención constante y temprana, o por la dificultad y extensión que requieren las investigaciones en expedientes sancionadores, la falta de medidas que permitan preservar un mercado competitivo e incluso problemas estructurales de competencia en el sector digital que no se deben a conductas anticompetitivas concretas de las empresas (considerandos 5, 6, 10 y 11). Su aplicación es, por tanto, paralela a la de los artículos 101 y 102 TFUE y las normas de competencia de los Estados miembro (art. 1.6). También persigue proteger y beneficiar a los usuarios profesionales y usuarios finales de servicios básicos de plataforma prestados por los guardianes de acceso (art. 1 y considerando 43). Otro de los objetivos de la adopción del DMA es impedir que la proliferación de normas nacionales que regulan las grandes plataformas digitales fragmente el mercado único digital (como por ejemplo el ya mencionado art. 19a GWB), de modo que se crean reglas comunes para los guardianes de acceso y derechos comunes para los usuarios (considerandos 6,7,9 y artículo 1.5). Es por ello que el DMA subraya la necesidad de disponer de un conjunto de normas “armonizadas” (considerando 8).

En cuanto al ámbito de aplicación, el DMA se aplica a los servicios básicos de plataforma prestados u ofrecidos por guardianes de acceso a usuarios profesionales establecidos en la Unión Europea (UE) o a usuarios finales establecidos o situados en ésta, sea cual sea el lugar de establecimiento o residencia de los guardianes de acceso (art. 1.2). Se aplica, por tanto, a las grandes plataformas en línea establecidas en EE.UU. que prestan sus servicios a usuarios en la UE.

La Comisión Europea es la única autoridad habilitada para aplicar el DMA (considerando 91). Sin embargo, se reconoce la posibilidad de facultar a las autoridades nacionales de competencia para realizar investigaciones sobre posibles incumplimientos por parte de los guardianes de acceso de ciertas obligaciones (art. 38.7 y considerando 91). Dicha posibilidad también está reconocida para la CNMC en la nueva redacción del artículo 18 de

la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia³³. Pese a ello, las autoridades nacionales de competencia no pueden adoptar decisiones que sean contrarias a una decisión adoptada por la CE relativa al DMA (art. 1.7 y considerando 92).

El artículo 2 recoge las definiciones de los términos y conceptos utilizados en el Reglamento. Entre ellas se encuentra el ya conocido concepto de “*guardián de acceso*”, que se refiere a las empresas prestadoras de servicios básicos de plataforma que cumplan con los umbrales detallados en el apartado 3.2.a). “*Servicios básicos de plataforma*” hace referencia a una lista cerrada de servicios de intermediación en línea, motores de búsqueda en línea, servicios de redes sociales en línea, servicios de plataforma de intercambio de vídeos, servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, sistemas operativos, navegadores *web*, asistentes virtuales, servicios de computación en nube y servicios de publicidad.

Se considera “*usuario profesional*” a cualquier persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma de manera comercial o profesional para suministrar productos o prestar servicios a los usuarios finales o los utilice en el marco del suministro de productos o servicios a los usuarios finales. A su vez, “*usuario final*” se refiere a cualquier persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional. En otras palabras, los usuarios profesionales son aquellos usuarios que utilizan los servicios básicos de plataforma de manera comercial o profesional, mientras que los usuarios finales son los demás usuarios que utilizan dichos servicios.

3.2. LOS GUARDIANES DE ACCESO

3.2.1. Criterios y umbrales

El artículo 3 contiene los umbrales y criterios con los que debe cumplir una empresa para ser designada guardián de acceso. Una empresa será designada como guardián de acceso si cumple con los tres requisitos del artículo 3.1, a saber, si: (i) tiene un impacto significativo en el mercado interior; (ii) presta un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de entrada para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, y (iii) goza de una posición afianzada y duradera o es previsible que la alcance.

Se presume que una empresa tiene un impacto significativo en el mercado interior si su volumen de negocios anual es igual o superior a 7.500 millones de euros en cada uno de los últimos tres ejercicios, o si su capitalización bursátil media o valor de mercado asciende como mínimo a 75.000 millones de euros en el último ejercicio, y presta el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembro (art. 3.2.a)).

Se entiende que una empresa presta un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de entrada para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales si tiene al menos 45 millones de usuarios finales activos mensuales establecidos o situados en la UE y al menos 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la UE (art. 3.2.b)).

³³ Modificado por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/06/28/5>

Finalmente, a efectos del DMA, una empresa goza de una posición afianzada y duradera o es previsible que la alcance cuando tiene el número de usuarios mencionados anteriormente en cada uno de los últimos tres ejercicios (art. 3.2.c)).

3.2.2. Designación de los guardianes de acceso

En el tercer apartado del artículo 3, se indica que las empresas que cumplan con dichos umbrales deben notificar este hecho a la CE en el plazo de dos meses a partir de la fecha en que se hayan alcanzado los umbrales. Una vez recibida dicha información, la CE designa los guardianes de acceso en un plazo de 45 días hábiles desde la recepción de la información (art. 3.4). Como apuntábamos en la introducción de este artículo, el 6 de septiembre de 2023 la Comisión designó a seis guardianes de acceso (Alphabet-Google, Amazon, Apple, ByteDance, Meta y Microsoft) y 22 servicios básicos de plataforma³⁴. Cabe destacar que la falta de cumplimiento de la obligación de proporcionar la información mencionada no implica que una empresa en cuestión no pueda ser designada como guardián de acceso con la información de la que disponga la CE (art. 3.3).

Existe la posibilidad de que una empresa presente alegaciones para demostrar que, a pesar de alcanzar los umbrales cuantitativos del art. 3.2, no cumple con los requisitos mencionados en el artículo 3.1 para ser considerada guardián de acceso (art. 3.5). Tal fue el caso de Microsoft y Apple que consideraban que, a pesar de superar los umbrales, sus servicios Bing, Edge y Microsoft Advertising, así como el iMessage de Apple no constituían servicios básicos de plataforma. La CE puede rechazar los argumentos o, si considera que estos pueden estar suficientemente fundados, iniciar una investigación de mercado con el fin de examinar si debe designarse a la empresa como guardián de acceso (art. 3.5). Varias designaciones han sido recurridas ante el Tribunal General de la UE³⁵.

La CE, además, está facultada para adoptar actos delegados con el fin de completar y ajustar la metodología de los umbrales cuantitativos conforme al mercado y la tecnología (arts. 3.6 y 3.7).

La Comisión Europea puede, conforme al artículo 3.8, designar a una empresa prestadora de servicios básicos de plataforma como guardián de acceso si cumple los requisitos del apartado 3.1, aunque no cumpla los umbrales cuantitativos. Para ello, la CE tendrá en cuenta elementos tales como el tamaño, el volumen de negocios, capitalización bursátil, operaciones y posición de la empresa, número de usuarios profesionales que la utilizan para llegar a usuarios finales, número de usuarios finales, efectos de red y ventajas derivadas de los datos personales y no personales, el análisis de dichos datos, los efectos relacionados con la escala con respecto a los datos, la cautividad de los usuarios, una estructura de conglomerado o de integración de la empresa que le permita compensar ganancias y pérdidas entre actividades, así como otras características estructurales de la empresa o servicio (art. 3.8). Además, si en el marco de esa valoración, una empresa incumple las medidas de investigación impuestas y las sigue incumpliendo tras haber sido advertida, la Comisión podrá designarla como guardián de acceso (art. 3.8).

³⁴ Ver supra nota al pie 5.

³⁵ Ver supra nota al pie 7.

Las obligaciones que se explicarán en el apartado 3.3 deben ser cumplidas en un plazo de seis meses a partir de la designación como guardián de acceso y servicio básico de plataforma (art. 3.10), así que antes del 6 de marzo de 2024 para las plataformas designadas el 6 de septiembre de 2023.

3.2.3. Revisión de la condición de guardián de acceso

La Comisión puede modificar, derogar o reconsiderar la condición de guardián de acceso, tanto por iniciativa propia como por petición y, en su caso, adoptar la decisión correspondiente. Ello debe ser consecuencia de un cambio sustancial de los hechos en los que se basó la decisión de designación o debido a que dicha decisión se fundamentó en información incompleta, incorrecta o engañosa (art. 4.1).

Asimismo, al menos cada tres años, la Comisión se encargará de revisar si los guardianes de acceso siguen cumpliendo con los requisitos para ser considerados como tal, así como de analizar si debe modificarse la lista de servicios básicos de plataforma de cada uno de ellos y al menos una vez al año revisará si hay nuevas empresas prestadoras de servicios básicos de plataforma que cumplan con los requisitos del artículo 3.1 (art. 4.2).

La CE publicará y actualizará la lista de guardianes de acceso y de servicios básicos de plataforma de forma continuada (art. 4.3).

3.3. LAS OBLIGACIONES DE LOS GUARDIANES DE ACCESO

Los artículos 5, 6 y 7 del DMA establecen las obligaciones con las que dichos guardianes de acceso deben cumplir. Las obligaciones previstas en los artículos 6 y 7 pueden requerir “especificación”, lo que significa que la CE podrá adoptar un acto de ejecución en el que se especifiquen las medidas que deberá aplicar concretamente el guardián de acceso para cumplir con las obligaciones de los artículos 6 y 7 (art. 8.2). El artículo 8 constituye una de las disposiciones clave del reglamento, pues recoge la manera en la que los guardianes de acceso deben dar cumplimiento a las obligaciones. También son de especial importancia las disposiciones que recogen las consecuencias para los guardianes de acceso que incumplan sus obligaciones (arts. 29-32).

3.3.1. Obligaciones del artículo 5 DMA

Las obligaciones del artículo 5 son las siguientes:

1. **Prohibición de uso de los datos personales sin consentimiento.** Los guardianes de acceso no deben tratar, sin consentimiento previo, los datos personales de usuarios finales que utilicen servicios de terceros que a su vez hagan uso de servicios básicos de plataforma con el fin de prestar servicios de publicidad en línea. Tampoco deben combinar datos personales de usuarios finales que hayan surgido del uso de diferentes servicios básicos de plataforma o de servicios de terceros. Ni tampoco cruzar datos personales de usuarios finales de un servicio básico de plataforma en otro servicio básico de plataforma principal y no deben iniciar sesión de usuarios finales de un servicio básico de plataforma en otro para combinar datos (art. 5.2). Estas obligaciones están inspiradas en el caso *Facebook* de la BKA y la sentencia prejudicial *Meta* del TJUE en dicho asunto, comentados anteriormente (supra 2).

2. **Prohibición de cláusulas de paridad (*Most Favored Nation clauses*).** Tampoco podrán aplicar obligaciones a los usuarios profesionales que les impidan ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios en plataformas de terceros o de su propio canal de venta con condiciones y precios diferentes (art. 5.3). Estas cláusulas fueron analizadas por varias autoridades nacionales de competencia en los asuntos *Booking* y son actualmente objeto de análisis por la CNMC³⁶.
3. **Permitir a los usuarios profesionales que promocionen ofertas y celebren contratos con los usuarios finales en su plataforma.** Los guardianes de acceso están obligados a permitir a los usuarios profesionales comunicar y promover ofertas, de manera gratuita, entre los usuarios finales que han sido adquiridas a través de su servicio básico de plataforma y celebrar contratos con los usuarios finales (art. 5.4).
4. **Permitir a los usuarios finales acceder a contenidos mediante aplicaciones informáticas de un usuario profesional.** También deben permitir a los usuarios finales acceder, a través de sus servicios básicos de plataforma, a contenidos, suscripciones o similares mediante aplicaciones informáticas de un usuario profesional, incluso cuando los usuarios finales adquieran esos elementos a través del usuario profesional sin utilizar los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso (art. 5.5).
5. **Prohibición de impedir reclamaciones ante la autoridad.** Los guardianes de acceso no deben impedir de ningún modo que un usuario profesional o final presente una reclamación ante la autoridad competente por el incumplimiento por un guardián de acceso de la normativa nacional o de la UE relevante (art. 5.6).
6. **Prohibición de exigir a los usuarios el uso de otros servicios.** Tampoco pueden exigir a los usuarios finales que utilicen un servicio de identificación, motor de navegación web, servicio de pago o servicios técnicos del guardián de acceso que permitan la prestación de servicios de pago para realizar compras en una aplicación del guardián de acceso en cuestión. Y a los usuarios profesionales no les pueden exigir que utilicen, ofrezcan o interoperen con esos servicios (art. 5.7). Esta fue la práctica llevada a cabo por Google en el asunto *Google Android* mencionado anteriormente (supra 2).
7. **Prohibición de condicionar el uso de una plataforma básica para usar otras plataformas básicas.** Asimismo, deben abstenerse de exigir a los usuarios que se suscriban o registren en cualquier servicio básico de plataforma como condición para poder utilizar los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso (art. 5.8). Con esta obligación se busca prevenir prácticas como la de Apple en el asunto *Spotify/Apple* que hemos mencionado con anterioridad (supra 2).

³⁶ Decisión de la *Bundeskartellamt* de 22 de diciembre de 2015, B9-121/13 - <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.html> y sentencias posteriores del *Düsseldorf Higher Regional Court* de 4 de junio 2019 – VI-Kart 2/16[V] y del BGH (Tribunal Supremo alemán) de 18 de mayo 2021, KVR 54/20 (Booking.com) - https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/BGH_Entscheidung_Booking_EN.html; Decisión de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* de 21 April 2015 - <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2015/4/alias-2207>; Decisión de la *Autorité de la Concurrence* de 21 de abril de 2015, 15-D-06 (Booking.com)- <https://www.autoritedelaconcorrence.fr/fr/decision/sur-les-pratiques-mises-en-oeuvre-par-les-societes-bookingcom-bv-bookingcom-france-sas-et>; Decisión de 15 de abril de 2015 de la *Swedish Competition Authority*, 596/2013 - https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/engelska-dokument/beslut/13_0596e.pdf y Nota de prensa de la CNMC de 17 de octubre de 2022, “La CNMC inicia un expediente sancionador contra Booking.com por posibles prácticas anticompetitivas que afectarían a hoteles y agencias de viajes en línea” - <https://www.cnmc.es/prensa/incoacion-booking-20221017>

8. **Obligación de transparencia en precios de publicidad en línea hacia anunciantes.** Están obligados a proporcionar a los anunciantes a los que preste servicios de publicidad en línea información diaria y gratuita sobre precios y comisiones pagados por el anunciante, remuneración recibida por el editor y las medidas a partir de las cuales se calculan los precios, comisiones y remuneraciones (art. 5.9).
9. **Obligación de transparencia en publicidad en línea hacia editores.** También deben proporcionar información de la misma índole a los editores a los que presten servicios de publicidad en línea. Así, deben proporcionar a los editores a los que preste servicios de publicidad en línea información diaria y gratuita en relación con la remuneración recibida y las comisiones pagadas por ese editor, el precio pagado por el anunciante (con su consentimiento) y el método a través del cual se calculan los precios y remuneraciones (art. 5.10).

Estas dos últimas obligaciones, así como la obligación de proporcionar acceso a herramientas de medición en publicidad, señalada más adelante, pretenden poner fin a conductas como las llevadas a cabo por Google en el expediente *Google AdSense* de la CE y las analizadas por la autoridad de competencia francesa en el asunto *Syndicat des Éditeurs de Presse Magazine/Google* (supra 2).

3.3.2. Obligaciones del artículo 6 DMA

Las obligaciones del artículo 6 son las siguientes:

1. **Prohibición de utilizar datos de usuarios profesionales cuando compitan con ellos.** Los guardianes de acceso no pueden usar ningún dato que no sea público de los usuarios profesionales que les haya sido facilitado en el contexto del uso de los servicios básicos de plataforma con el fin de competir con los usuarios profesionales (art. 6.2). Esta obligación está inspirada en el asunto *Amazon Marketplace* (supra 2).
2. **Permitir la desinstalación de aplicaciones preinstaladas.** Deben permitir que los usuarios finales puedan desinstalar con facilidad cualquier aplicación informática del sistema operativo del guardián de acceso, excepto si se trata de aplicaciones informáticas preinstaladas esenciales para el funcionamiento del sistema operativo (art. 6.3). Esta obligación “bebe” de los tres expedientes de Microsoft de la CE (supra 2).
3. **Permitir la instalación de aplicaciones de terceros por medios distintos.** Deben permitir la instalación y el uso efectivo de aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones informáticas de terceros que utilicen su sistema operativo o interoperen con él y el acceso a estas aplicaciones o tiendas de aplicaciones por medios distintos a los servicios básicos de plataforma. No deben impedir que las aplicaciones o las tiendas de aplicaciones de terceros soliciten a los usuarios que decidan si desean configurarlas como opción por defecto y, en caso de que los usuarios finales decidan configurar esa aplicación o tienda de aplicaciones como opción por defecto, se debe permitir su cambio con facilidad (art. 6.4). Obligación que igualmente tiene su origen en los expedientes Microsoft de la CE (supra 2).
4. **Prohibición de autopreferencia (*self-preferencing*).** Los guardianes de acceso no deben tratar más favorablemente en la clasificación, indexado o rastreo a sus propios

servicios o productos, debiendo aplicar condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias a dicha clasificación (art. 6.5). Precisamente por esta práctica fue sancionada Google en el expediente *Google Shopping* (supra 2).

5. **Prohibición de restringir el cambio de los usuarios a otras aplicaciones a través del servicio básico de plataforma.** Tampoco deben restringir a los usuarios finales que cambien y se suscriban a diferentes aplicaciones y servicios accesibles a través de los servicios básicos de plataforma (art. 6.6).
6. **Obligación de interoperabilidad a funciones de *hardware* y *software*.** Los guardianes deben garantizar gratuitamente a los prestadores de servicios y a los suministradores de *hardware* la interoperabilidad efectiva y el acceso a las mismas funciones de *hardware* y *software* accesibles o controlables a través del sistema operativo o del asistente virtual del guardián de acceso, que se encuentren disponibles para los servicios o el *hardware* prestados o suministrados por el guardián de acceso (6.7). Esta obligación de interoperabilidad se une al resto de obligaciones de interoperabilidad explicadas más adelante.
7. **Obligación de proporcionar acceso a herramientas de medición en publicidad.** A petición de los anunciantes y editores, los guardianes de acceso deben proporcionar de manera gratuita acceso a las herramientas de medición del rendimiento del guardián de acceso y a los datos necesarios para que anunciantes y editores realicen su propia verificación del inventario de anuncios (art. 6.8). Este tipo de prácticas llevadas a cabo por Google fueron analizadas por la autoridad de competencia francesa (supra 2).
8. **Obligación de portabilidad.** Los guardianes de acceso deben facilitar a los usuarios finales que lo soliciten la portabilidad efectiva de los datos facilitados por el usuario final o generados a través de su actividad en el servicio básico de plataforma correspondiente. Las herramientas para facilitar el ejercicio efectivo de la portabilidad de datos y el acceso continuo y en tiempo real a dichos datos deben proporcionarse de forma gratuita (art. 6.9).
9. **Obligación de acceso a datos a usuarios profesionales.** Asimismo, se debe facilitar a los usuarios profesionales, gratuitamente y a petición de los mismos, el acceso a los datos, incluidos datos personales, que se proporcionen o generen mediante la utilización de los servicios básicos de plataforma o en apoyo de éstos (art. 6.10).
10. **Obligación de acceso a datos a terceros sobre búsquedas.** A los guardianes de acceso les corresponde la obligación de proporcionar a empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea el acceso en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones relativas a la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales (art. 6.11).
11. **Obligación de aplicar condiciones de acceso equitativas.** También están obligados a aplicar a los usuarios profesionales condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias de acceso a sus tiendas de aplicaciones, motores de búsqueda y servicio de redes sociales (art. 6.12). Esta obligación y la anterior constituyen unas de las obligaciones más importantes y, a su vez, más “regulatorias” del DMA, pues

obligan a los guardianes de acceso a proporcionar acceso a usuarios profesionales en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias (condiciones “FRAND” por sus siglas en inglés “*fair, reasonable and non-discriminatory*”), como sucede en las licencias de patentes esenciales de estándar.

12. **Prohibición de condiciones desproporcionadas para finalizar un servicio.** Por último, se prohíbe establecer condiciones generales desproporcionadas cuando se solicite poner fin a la prestación de servicios básicos de plataforma (art. 6.13).

3.3.3. Obligaciones de interoperabilidad del artículo 7

El artículo 7 impone a los guardianes de acceso determinadas obligaciones de acceso en materia de interoperabilidad. Estas obligaciones se aplican a los guardianes de acceso que prestan servicios de comunicaciones interpersonales (servicios de mensajería). Estos guardianes de acceso están obligados a que las funcionalidades básicas de sus servicios de mensajería sean interoperables con los servicios de terceros proveedores, a petición de éstos y de forma gratuita, y a garantizar la seguridad de todos los servicios (art. 7.1). El artículo 7.2 enumera las funcionalidades básicas a las que deben dar acceso en distintos plazos (entre 6 meses y 4 años). Los guardianes de acceso deben publicar una oferta con los detalles de las condiciones de la interoperabilidad de sus servicios de mensajería. Los terceros proveedores podrán entonces solicitar la interoperabilidad de los servicios (arts. 7.3 y 7.4). Los guardianes de acceso pueden adoptar medidas proporcionales, necesarias y justificadas para garantizar que los proveedores terceros no pongan en peligro la integración, seguridad y confidencialidad de sus servicios (art. 7.9).

3.3.4. Cumplimiento de las obligaciones de los guardianes de acceso

El artículo 8 constituye una disposición de especial relevancia en el DMA, pues en él se recoge el procedimiento (art. 20) en el que se determina como los guardianes de acceso deben dar cumplimiento a las obligaciones de los artículos 6 y 7.

En primer lugar, cabe destacar que es sobre los propios guardianes de acceso sobre los que recae la carga de demostrar a la CE el cumplimiento de las obligaciones de los artículos 5, 6 y 7. Así, conforme al artículo 11, los guardianes de acceso deben presentar un informe anual que describa en detalle las medidas que han aplicado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 5, 6 y 7, en el plazo de seis meses desde su designación como guardián de acceso.

No obstante, las obligaciones recogidas en los artículos 6 y 7 están sujetas a especificación. Por tanto, la CE está facultada para adoptar un acto de ejecución especificando las medidas que debe aplicar un guardián de acceso para cumplir con dichas obligaciones (art. 8.2). La CE puede hacer esto tanto por iniciativa propia, como porque un guardián de acceso solicite una evaluación de las medidas propuestas (arts. 8.2 y 8.3). Para ello, la CE incoará un procedimiento y adoptará el referido acto de ejecución en un plazo de seis meses a partir de la incoación, en el que especificará las medidas que debe adoptar el guardián de acceso para cumplir con las obligaciones de los artículos 6 y 7 (art. 8.2). En caso de que sea el guardián de acceso el que solicite la evaluación de sus medidas, éste debe presentar un escrito explicando las medidas aplicadas o que pretende aplicar (art. 8.3). Antes de adoptar la decisión sobre las medidas, la CE comunicará al guardián de acceso, en el plazo de tres meses desde la incoación, unas conclusiones preliminares especificando las medidas que

éste debería adoptar (art. 8.5). La CE publicará un resumen no confidencial de las medidas que propone el guardián de acceso o las que considere la CE que debería adoptar, con el fin de que terceros interesados presenten observaciones (*market test*, art. 8.6).

Este “diálogo” regulatorio entre la CE y el guardián de acceso recuerda al procedimiento de compromisos del artículo 9 del Reglamento (CE) 1/2003 y permite a la CE conocer del propio guardián las medidas adecuadas para dar cumplimiento a las obligaciones de los artículos 6 y 7. En caso de no alcanzar un acuerdo en esta “negociación”, la CE puede sancionar por incumplimiento (art. 8.4). Sin embargo, el modelo de responsabilidad va más allá y parece inspirado en el modelo de “responsabilidad proactiva” del Reglamento general de protección de datos (RGPD)³⁷. De hecho, el tenor del artículo 8.1 DMA³⁸ es muy similar al del artículo 5.2 RGPD³⁹. No obstante, mientras que en el RGPD cada empresa debe documentar cómo cumple con las obligaciones y ser capaz de demostrarlo, en el DMA, de manera novedosa, el guardián de acceso debe trasladar a la CE el informe en el que se recoge la manera en que da cumplimiento a sus obligaciones para que ésta lo evalúe y apruebe⁴⁰.

La Comisión puede volver a incoar el procedimiento, por iniciativa propia o previa solicitud, si los hechos en los que se basó su decisión han cambiado sustancialmente, la información en la que se basó la decisión resulta ser incompleta, incorrecta o engañosa o las medidas especificadas no son eficaces (art. 8.9).

3.3.5. Suspensión, exenciones, actualización de las obligaciones, antielusión, concentraciones y auditoría

La CE puede, a petición de un guardián de acceso, adoptar un acto de ejecución por el cual suspenda total o parcialmente alguna de las obligaciones establecidas en los artículos 5, 6 y 7 para un guardián de acceso debido a que su cumplimiento pondría en peligro su viabilidad económica en la UE por circunstancias ajenas a su control. En ese caso, el guardián de acceso debe presentar una petición motivada que demuestre lo anterior. La decisión de suspensión será adoptada por la CE en un plazo máximo de tres meses desde la petición (art. 9.1).

También existe la posibilidad de eximir a un guardián de acceso del cumplimiento de una obligación específica por motivos de salud pública o seguridad pública. Para recibir dicha exención, el guardián de acceso debe presentar una solicitud de exención motivada (art. 10.1).

La Comisión tiene la facultad para adoptar actos delegados mediante los que actualice las obligaciones dispuestas en los artículos 5 y 6. Tal actualización debe estar basada en

³⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DO L 119, 4.5.2016, p. 1-88, <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

³⁸ “El guardián de acceso garantizará y demostrará el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 5, 6 y 7 del presente Reglamento”.

³⁹ “El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)”.

⁴⁰ MONTERO, J.J.: “El Reglamento de Mercados Digitales. La regulación de las grandes plataformas”, Tirant lo Blanch, 2023.

una investigación de mercado que justifique efectivamente la necesidad de actualizar las obligaciones con el fin de garantizar la disputabilidad de los servicios básicos de plataforma o hacer frente a prácticas desleales (art. 12.1).

El artículo 13 prohíbe los actos de elusión: queda prohibida la segmentación, división, subdivisión, fragmentación o separación de servicios a través de medios contractuales, comerciales o técnicos por parte de una empresa con el fin de evitar alcanzar los umbrales cuantitativos mencionados anteriormente, así como la adopción de comportamientos que menoscaben el cumplimiento de las obligaciones señaladas en los artículos 5, 6 y 7 (art. 13.1).

Los guardianes de acceso deben informar a la CE de cualquier operación de concentración en el sentido del Reglamento (CE) 139/2004⁴¹, cuando las entidades involucradas presten servicios básicos de plataforma, cualquier otro servicio en el sector digital o de recogida de datos, con independencia de si la operación es notificable en virtud del Reglamento (CE) 139/2004 (art. 14.1). Esta obligación de información pretende facilitar a la CE la identificación de operaciones problemáticas, en particular las denominadas “*killer acquisitions*”, en este sector.

Los guardianes de acceso deben también presentar, en el plazo de seis meses desde su designación como tal, una descripción auditada de las técnicas de elaboración de perfiles de consumidores que el guardián de acceso aplique a los servicios básicos de plataforma (art. 15.1).

Los guardianes de acceso deben conservar todos los documentos que se consideren pertinentes para comprobar la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones de los artículos 6, 7 y 8 (art. 26). Asimismo, están obligados a establecer una función de comprobación del cumplimiento independiente (*compliance*), que cuente con la autoridad, dimensión y recursos suficientes, y tenga acceso al órgano de dirección, para controlar el cumplimiento del DMA por parte del guardián de acceso. (art. 28).

3.4. AUTORIDADES COMPETENTES

La CE es la única autoridad habilitada para aplicar el DMA (considerando 91), sin perjuicio de que las autoridades de los Estados miembros están facultadas para aplicar las normas nacionales de competencia que prohíben los acuerdos anticompetitivos, las normas nacionales que prohíben conductas unilaterales, en la medida que no se trate de un guardián de acceso, el Reglamento (CE) 139/2004 y normas nacionales en relación con el control de concentraciones (art. 1.6). Cuando en virtud de las normas nacionales (por ejemplo, art. 18 LDC) la autoridad nacional de competencia tenga la potestad y competencias para investigar incumplimientos de los artículos 5, 6 y 7, podrá hacerlo, aunque deberá informar a la CE antes de la primera medida formal de investigación (art. 38.7). Además, si la CE decide incoar un procedimiento con arreglo al DMA, las autoridades nacionales de competencia no podrán llevar a cabo tal investigación y, si ya hubiera comenzado, deberán poner fin a la misma (art. 38.7). En este contexto, la CE cuenta con la facultad para incoar

⁴¹ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“*Reglamento comunitario de concentraciones*”), DO L 24, 29.01.2004, p. 1-22, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj>

un procedimiento (art. 20), realizar solicitudes de información (art. 21), realizar entrevistas, tomar declaraciones (art. 22) y realizar inspecciones (art. 23).

Según lo dispuesto en el artículo 24, la CE puede adoptar medidas cautelares contra un guardián de acceso cuando exista una posible infracción *prima facie* de los artículos 5, 6 y 7. La adopción de dichas medidas debe estar justificada por motivos de urgencia y riesgo de daños graves e irreparables para los usuarios.

La CE puede llevar a cabo una investigación de mercado para designar los guardianes de acceso, para detectar un posible incumplimiento sistemático o con el fin de examinar si deben añadirse nuevos servicios a la lista de servicios básicos de plataforma (arts. 16.1, 17, 18 y 19). En esos casos, la CE puede solicitar la ayuda de autoridades nacionales de competencia para llevar a cabo una investigación de mercado (art. 16.5). En el caso de una investigación de mercado por un posible incumplimiento sistemático de un guardián de acceso, la CE puede imponer medidas correctoras al guardián de acceso (art. 18.1) o éste puede ofrecer la adopción de compromisos vinculantes que garanticen el cumplimiento de las obligaciones (art. 25).

En caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el DMA, la CE podrá imponer multas de hasta el 10 % del volumen de negocios total mundial del guardián de acceso en el ejercicio anterior, e incluso de hasta el 20% en caso de reincidencia (art. 30). También puede imponer multas coercitivas de hasta el 5% del volumen de negocios total mundial en el ejercicio anterior y multas de hasta el 1% por falta de cumplimiento de obligaciones de menor alcance (arts. 31 y 30.3).

La CE trabajará en cooperación y coordinación con las autoridades nacionales de competencia para garantizar el cumplimiento del DMA (arts. 37 y 38) y los órganos jurisdiccionales pueden solicitar a la CE la remisión de la información sobre cuestiones relativas al DMA (art. 39). Es previsible que tales cuestiones se susciten en la aplicación privada del DMA (y el DSA), en particular en demandas de daños de usuarios o competidores perjudicados por incumplimientos de las obligaciones de los artículos 5,6 y 7 DMA.

Conforme al artículo 40, el 23 de marzo de 2023 la CE estableció el Grupo de Alto Nivel⁴² que le proporciona asesoramiento y conocimientos especializados. Este Grupo de Alto Nivel está compuesto por las siguientes redes y organismos europeos: (i) Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas; (ii) Supervisor Europeo de Protección de Datos y Comité Europeo de Protección de Datos; (iii) Red Europea de Competencia; (iv) Red de cooperación en materia de protección de los consumidores; y (v) Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual.

Existe la posibilidad, conforme al artículo 41, de que tres o más Estados miembros soliciten a la CE la apertura de una investigación de mercado por entender que existen motivos razonables para considerar que una empresa sea designada guardián de acceso.

⁴² Nota de prensa de la Comisión de 23.03.2023 – “Ley de Mercados Digitales: La Comisión crea un grupo de alto nivel para proporcionar asesoramiento y conocimientos especializados en la aplicación”, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/news/digital-markets-act-commission-creates-high-level-group-provide-advice-and-expertise-implementation>.

Por lo demás, las disposiciones finales recogen lo relativo a la publicación de las decisiones resultantes de la aplicación del DMA (art. 44); la competencia del TJUE para revisar las decisiones de la CE (art. 45); la facultad de la CE para adoptar actos de ejecución sobre la forma y contenido de los trámites (art. 46); y la posibilidad de que la CE adopte directrices para facilitar la aplicación y ejecución del DMA (art. 47).

4. EL DSA

4.1. OBJETIVOS DEL DSA, ÁMBITO DE APLICACIÓN, DEFINICIONES Y PRINCIPALES ASPECTOS

El DSA, que modifica la Directiva de Comercio electrónico⁴³, tiene por objetivo contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios a través de normas armonizadas con el fin de crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable, que facilite la innovación y en el que, a través de las obligaciones de los prestadores de servicios intermediarios, se garantice tanto la protección efectiva de los derechos fundamentales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta), como el principio de protección de los consumidores (art. 1.1 y considerando 109).

El DSA entró en vigor el 16.11.2022 y será de aplicación a partir del 17.02.2024. No obstante, algunas de sus disposiciones son aplicables desde su entrada en vigor (art. 93), como la designación de plataforma en línea de muy gran tamaño o motor de búsqueda en línea de muy gran tamaño, que analizaremos más adelante.

El DSA se aplica a los servicios intermediarios ofrecidos a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la UE, indistintamente del lugar de establecimiento de los prestadores de dichos servicios intermediarios (art. 2).

En cuanto a sus definiciones cabe resaltar el concepto de “*servicio intermediario*”, que se refiere a cualquiera de los siguientes servicios de la sociedad de la información (i) servicio de “*mera transmisión*”, que consiste en transmitir información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones; (ii) servicio de “*memoria caché*”, consistente en la transmisión de información del destinatario del servicio que conlleve el almacenamiento de dicha información; y (iii) servicio de “*alojamiento de datos*”, que consiste en el almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio. “*Plataforma en línea*” queda definido como un servicio de alojamiento de datos que almacena y difunde información al público, y “*motor de búsqueda*” hace referencia a un servicio intermediario que permite a los usuarios insertar consultas para realizar búsquedas. El servicio de intermediación en línea es un tipo de servicio de plataforma en línea.

⁴³ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DO L 178, 17.07.2000, p. 1-16, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.

4.2. RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS

4.2.1. Exención de responsabilidad

Conforme a la jurisprudencia *Google France* y *L'Oréal/eBay* del TJUE⁴⁴, los prestadores de servicios intermediarios en principio no son considerados responsables de la información transmitida cuando actúan como meros transmisores y no han originado ellos mismos la transmisión, no han seleccionado al receptor y no han seleccionado ni modificado la información (art. 4). Tampoco son responsables del almacenamiento de información cuando se haga con la única finalidad de hacer más eficaz y segura la transmisión de información, siempre y cuando no modifiquen la información, no interfieran en la utilización ilícita de la tecnología y actúen de manera diligente para retirar la información no lícita o bloqueen su acceso (art. 5). De igual modo, no son responsables de la información almacenada si no tienen conocimiento efectivo de una actividad o contenido ilícitos o, si en el momento que tengan conocimiento de ello, actúan prontamente para retirarlo (art. 6).

Además, los prestadores de servicios intermediarios no están obligados a monitorizar la información que transmitan o archiven, sin perjuicio de que puedan realizar investigaciones por voluntad propia, o de que deban actuar de manera diligente si reciben una orden de una autoridad competente contra contenidos ilícitos o una orden de entrega de información (arts. 7 a 10).

No obstante, el DSA codifica tres importantes excepciones a esta regla de exención de responsabilidad⁴⁵. Los prestadores de servicios no quedan exentos de responsabilidad cuando la manera en la que se presenta la información induce al consumidor a creer que la información, producto o servicio es proporcionado por la propia plataforma (art. 6.3). Tampoco cuando el destinatario de servicios actúa bajo la autoridad o control de la plataforma que presta servicios (art. 6.2). De igual modo, no se aplica la exención de responsabilidad cuando la plataforma no se limita únicamente al procesamiento técnico y automático de la información proporcionada por destinatarios del servicio, sino que ejerce un papel activo mediante el cual adquiere conocimiento o control sobre dicha información (considerando 18).

4.2.2. Obligaciones de todos los prestadores de servicios intermediarios

Todos los prestadores de servicios intermediarios deben designar un punto de contacto que les permita comunicarse con los Estados miembros, la Comisión y la Junta Europea de Servicios Digitales (el grupo consultivo independiente integrado por coordinadores de servicios digitales para la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios, art. 61), así como otro que permita a los destinatarios del servicio comunicarse con ellos de forma rápida y directa (arts. 11 y 12). También deben incluir en sus condiciones generales

⁴⁴ Sentencias del TJUE *Google France*, de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159; *L'Oréal/eBay*, de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, EU:C:2011:474; ver igualmente *YouTube* y *Cyando*, de 22 de junio de 2021 (Gran Sala), C-682/18 y C-683/18, EU:C:2021:503.

⁴⁵ MONTERO, J.J.; RODRÍGUEZ, I.: "El nuevo régimen de los servicios de intermediación en línea. Una necesaria clarificación de conceptos", en *El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización*, Colex, 2023, pp. 935-958.

información relativa a las restricciones que impongan a la información proporcionada por los destinatarios del servicio (art. 14). Deben, además, publicar informes anuales sobre su actividad de moderación de contenidos (art. 15). En el caso de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, éstos deben incluir el número de litigios sometidos a los órganos de resolución extrajudicial y el número de suspensiones impuestas, a los que se hace referencia en la siguiente sección (art. 24).

4.2.3. Obligaciones de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea

Los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea, deben establecer mecanismos que permitan notificar la presencia de contenidos ilícitos. Generalmente, la persona que notifique dicho contenido debe proporcionar su nombre y dirección de correo electrónico (art. 16). Cuando impongan una restricción al contenido de un destinatario, deben informar de manera clara y específica los motivos por los que se imponga tal restricción (art. 17). Deben informar a las autoridades policiales o judiciales de un Estado miembro cuando tengan conocimiento de cualquier información de la que se pueda desprender un delito (art. 18).

4.2.4. Obligaciones adicionales a los prestadores de plataformas en línea

Cuando los prestadores de plataformas en línea retiren, bloqueen o restrinjan el acceso a información, suspendan o cesen la prestación del servicio, suspendan o supriman cuentas de los destinatarios, deben facilitar acceso a un sistema interno de gestión de reclamaciones que permita presentar reclamaciones relativas a tales decisiones y aquellos a quienes vayan dirigidas esas decisiones tienen derecho a elegir cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios (arts. 20 y 21). Además, deben adoptar las medidas necesarias para priorizar las notificaciones de los alertadores fiables. Tal condición de alertador fiable es otorgada, previa solicitud, por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro donde esté establecido el solicitante (art. 22). También deben suspender durante un periodo razonable y tras advertencia previa a los destinatarios del servicio que proporcionan contenidos ilícitos frecuentemente (23.1). Actuarán de igual manera con los reclamantes que envíen frecuentemente notificaciones o reclamaciones manifiestamente infundadas (23.2). Queda prohibido el diseño, organización o gestión de las interfaces en línea de manera que engañen, manipulen o limiten la capacidad de los destinatarios del servicio de tomar decisiones libres e informadas (art. 25). En el caso de los prestadores de plataformas en línea que presenten anuncios publicitarios, éstos deben asegurarse que el destinatario del servicio sea capaz de identificar que se trata de un anuncio publicitario, quién presenta el anuncio, quién ha pagado por él e información relativa a los parámetros utilizados (art. 26). Cuando un prestador de plataforma en línea utilice sistemas de recomendación, deben reflejar en sus condiciones generales los parámetros utilizados usados con ese fin (art. 27). Los prestadores de plataformas en línea deben velar por la protección de los menores mediante medidas adecuadas y proporcionadas que aseguren su privacidad, seguridad y protección (art. 28).

Cabe resaltar que las mencionadas obligaciones no son de aplicación a microempresas o pequeñas empresas (art. 19)⁴⁶.

4.2.5. Obligaciones adicionales de los prestadores de plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos con comerciantes

Los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos con comerciantes deben asegurar la trazabilidad de los comerciantes que utilicen sus plataformas y deben diseñar y organizar su interfaz en línea de modo que los comerciantes puedan cumplir con sus obligaciones relativas a información precontractual, conformidad e información de seguridad del producto, así como información para la identificación del producto, del comerciante y etiquetado del producto (arts. 30 y 31). Si un prestador de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos con comerciantes tiene conocimiento de que un producto o servicio ilícito se haya ofrecido en su plataforma, debe informar a los consumidores correspondientes (art. 32).

También quedan excluidas del cumplimiento de dichas obligaciones las microempresas o pequeñas empresas (art 29).

4.3. DESIGNACIÓN DE LOS PRESTADORES DE PLATAFORMAS EN LÍNEA DE MUY GRAN TAMAÑO Y DE MOTORES DE BÚSQUEDA EN LÍNEA DE MUY GRAN TAMAÑO Y SUS OBLIGACIONES

4.3.1. Designación

Antes de enumerar las obligaciones con las que los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben cumplir, es necesario establecer qué plataformas son consideradas como tal y cuáles son los criterios para su designación.

En virtud del artículo 33.1 DSA, se consideran plataformas en línea y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño aquellos que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la UE igual o superior a 45 millones.

El 25 de abril de 2023, la CE designó 17 plataformas en línea de muy gran tamaño y dos motores de búsqueda de muy gran tamaño⁴⁷.

Amazon ha recurrido la Decisión de 25.04.2023 mediante la cual fue designado como plataforma en línea de muy gran tamaño ante el TGUE, solicitando la suspensión cautelar de dicha decisión en virtud del artículo 278 TFUE. Amazon considera que el art. 39 del DSA, que establece la obligación de publicar un repositorio con información sobre anuncios publicitarios, como veremos más adelante, infringe el principio de igualdad y constituye una restricción desproporcionada a sus derechos a la propiedad, a la libertad de empresa y de respeto de la

⁴⁶ Conforme al artículo 29 DSA y el artículo 2.1 de la Recomendación de la Comisión de 6.05.2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, a la que se refiere el DSA, "La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros."

⁴⁷ Ver supra notas al pie 8 y 9.

vida privada y familiar (arts. 17, 16 y 7 de la Carta). El TGUE, mediante Auto de 27.09.2023⁴⁸, concedió en parte la medida cautelar solicitada y suspendió cautelarmente la Decisión por la que se designa a Amazon como plataforma en línea de muy gran tamaño conforme al DSA en la medida en que en virtud del artículo 39 del DSA Amazon debe poner a disposición del público un repositorio de anuncios.

4.3.2. Obligaciones

Al margen de las obligaciones mencionadas hasta el momento, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben cumplir con las siguientes obligaciones en el plazo de cuatro meses desde su designación (art. 33.6).

De nuevo, en un modelo que parece inspirado en el modelo de “*responsabilidad proactiva*” del RGPD que mencionábamos anteriormente, deben realizar evaluaciones anuales sobre los siguientes riesgos y la manera en que influyen en el diseño de sus recomendaciones, sistemas de moderación, condiciones generales o sistemas de anuncios (art. 34):

- Difusión de contenidos ilícitos en sus servicios.
- Efectos del servicio para el ejercicio de los derechos protegidos por la Carta, tales como la dignidad humana, el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de expresión e información, la no discriminación, los derechos del niño y la protección del consumidor.
- Efectos sobre el discurso cívico, los procesos electorales y la seguridad pública.
- Efectos relativos a la violencia de género, protección de la salud pública, los menores y consecuencias para el bienestar físico y mental.

Con el fin de reducir dichos riesgos, los prestadores de plataformas en línea y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben adaptar el diseño de sus servicios y condiciones generales, adaptar los sistemas de moderación de contenidos, de recomendación, adaptar sus sistemas publicitarios, reforzar los procesos internos y supervisar cualquiera de sus actividades, poner en marcha y ajustar la cooperación con los alertadores fiables y otros prestadores de plataformas en línea o motores de búsqueda, así como adoptar medidas de concienciación y medidas específicas para la protección de los menores (art. 35).

En el caso de que se produzca una crisis (esto es, circunstancias extraordinarias que den lugar a una amenaza grave para la seguridad pública o la salud pública (art 36.2)), la CE puede obligar a los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño a adoptar distintas medidas de respuesta (art. 36.1).

Además, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño están obligados a someterse, al menos una vez a

⁴⁸ Auto de 27 de septiembre de 2023, *Amazon Services Europe/Comisión*, T-367/23, EU:T:2023:589.

año y a su propia costa, a auditorías independientes que evalúen el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos de código de conducta (art. 37).

Asimismo, deben cumplir con la obligación de publicar un repositorio con información sobre anuncios publicitarios que incluya, entre otros, a quién está destinado el anuncio en cuestión y que parámetros se han utilizado para ello (art. 39).

También están obligados a proporcionar acceso al coordinador de servicios digitales a los datos que sean necesarios para que pueda realizar un seguimiento y evaluación del cumplimiento del DSA (art. 40).

De igual manera, deben designar una función de comprobación del cumplimiento independiente (*compliance*), que posea la autoridad, dimensión y recursos suficientes, y tenga acceso al órgano de dirección, para vigilar el cumplimiento del DSA (art. 41).

Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deberán pagar a la CE una tasa de supervisión anual que cubra los gastos incurridos por la CE relativos a las funciones de supervisión y aplicación del DSA (art. 43).

Finalmente, la Comisión apoya la elaboración y aplicación de normas voluntarias establecidas por organismos internacionales y europeos (art. 44), así como de códigos de conducta voluntarios (arts. 45 a 47).

4.4. AUTORIDADES COMPETENTES

4.4.1. Distribución de competencias

El Estado miembro donde se encuentre el establecimiento principal del prestador de servicios intermediarios tiene competencia exclusiva para supervisar y aplicar el DSA (art. 56). No obstante, la Comisión tiene competencia exclusiva para supervisar y hacer cumplir con sus obligaciones a los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (art. 56).

4.4.2. Coordinador de servicios digitales

Los Estados miembros deben designar a una o varias autoridades competentes de la supervisión de servicios intermediarios y ejecución del DSA (art. 49.1). Además, deben designar a una de esas autoridades como “coordinador de servicios digitales”, que se encargará de todo lo relativo a la supervisión y cumplimiento del DSA. Los coordinadores de servicios digitales y las autoridades competentes nacionales deben cooperar con la Comisión y la Junta, así como entre ellos mismos (arts. 49.2, 57 y 58).

Los coordinadores de servicios digitales de los Estados miembros están facultados, en relación con los prestadores de servicios intermediarios, para exigir información relativa a una posible infracción, inspeccionar instalaciones, solicitar explicaciones, aceptar compromisos, ordenar el cese de infracciones, imponer multas y adoptar medidas cautelares (art. 51). Los Estados miembros deben establecer un régimen de sanciones para los prestadores de servicios intermediarios, que, en el caso de incumplimiento de sus obligacio-

nes, no deben superar el 6% del volumen de negocios mundial en el ejercicio anterior o el 1% en el caso de incumplimientos de menor alcance (art. 52).

Los destinatarios de los servicios intermediarios tienen derecho a presentar una reclamación contra los prestadores de los servicios ante el coordinador de servicios digitales en cuestión y a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un incumplimiento (arts. 53 y 54), derecho expresamente reconocido en el DSA, pero no en el DMA, sin que ello naturalmente implique que no se puedan reclamar daños por infracciones de las obligaciones del DMA. Los coordinadores deben elaborar un informe anual de actividad que recoja, entre otros, el número de reclamaciones recibidas (art. 55).

4.4.3. La Junta Europea de Servicios Digitales

La Junta Europea de Servicios Digitales es un grupo consultivo formado por coordinadores de servicios digitales que se encarga de la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios y está presidida por la CE. La Junta sirve de apoyo a las autoridades competentes, coordinadores de servicios digitales y la Comisión (arts. 61 y ss).

4.4.4. La Comisión Europea

La CE es la autoridad con facultad exclusiva para supervisar e investigar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño. Para ello, tiene la facultad de incoar procedimientos contra dichos prestadores de plataformas, realizar solicitudes de información, realizar entrevistas y tomar declaraciones, realizar inspecciones, adoptar medidas cautelares, aceptar compromisos y realizar acciones de seguimiento (arts. 65 a 72).

Precisamente en relación con su facultad para realizar solicitudes de información, la CE ya ha enviado formalmente solicitudes de información a Meta, TikTok, Youtube, Snapchat, AliExpress y Amazon en virtud del DSA⁴⁹.

En caso de que los prestadores de plataformas en línea y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño incumplan las obligaciones del DSA, una decisión de medidas cautelares o un compromiso, la CE podrá imponerles multas de hasta un 6% del volumen de negocios total mundial en el año anterior. También puede imponer multas coercitivas de hasta el 5% del volumen de negocios total mundial en el ejercicio anterior y de hasta el 1% por incumplimiento de obligaciones de menor alcance (arts. 73 y ss).

⁴⁹ Notas de prensa de la Comisión de 15.11.2023 – “La Comisión envía una solicitud de información a Amazon en virtud de la Ley de Servicios Digitales”, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/news/commission-sends-request-information-amazon-under-digital-services-act>; de 10.11.2023 “La Comisión envía solicitudes de información a Meta y Snap en el marco de la Ley de Servicios Digitales”, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/news/commission-sends-requests-information-meta-and-snap-under-digital-services-act>; de 09.11.2023 – “La Comisión envía solicitudes de información a TikTok y YouTube en el marco de la Ley de Servicios Digitales”, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/news/commission-sends-requests-information-tiktok-and-youtube-under-digital-services-act> y de 06.11.2023 – “La Comisión envía una solicitud de información a AliExpress en el marco de la Ley de Servicios Digitales”, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/news/commission-sends-request-information-aliexpress-under-digital-services-act>

5. CONCLUSIÓN

El DMA y DSA apenas llevan un año en vigor y su aplicación es reciente (en el caso del DMA desde mayo de 2023 y en el DSA solo algunas disposiciones se aplican desde noviembre de 2022). No obstante, se pueden extraer ciertas conclusiones en esta fase temprana de aplicación de ambos Reglamentos.

Por un lado, las prohibiciones y obligaciones detalladas a lo largo de este artículo pueden suponer una carga considerable para los guardianes de acceso y los prestadores de plataformas en línea y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño. El cumplimiento de cada una de ellas requiere una especial precaución y la dedicación de abundantes recursos de distinta índole. Una regulación excesiva puede desincentivar la innovación y el emprendimiento. La Unión Europea podría dejar de ser un espacio atractivo para estos grandes operadores tecnológicos.

Por otro lado, no obstante, de la aplicación del DSA y del DMA pueden surgir más desarrolladores de aplicaciones y prestadores de servicios digitales de menor tamaño, lo que beneficiaría la competencia en el mercado de servicios digitales. Asimismo, la mayor y más temprana protección que ofrecen estos Reglamentos de aplicación *ex ante*, en comparación con la aplicación *ex post* del Derecho de la competencia, puede resultar en un mayor beneficio y protección para la competencia en el mercado y, en última instancia, para el bienestar de los consumidores.

Por lo tanto, es clave encontrar un equilibrio capaz de frenar prácticas nocivas para los consumidores y competidores de menor tamaño que a su vez no desincentive la innovación de las grandes empresas tecnológicas.

También es destacable la relación entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión Europea en el desarrollo de sus facultades de supervisión y aplicación de los Reglamentos. Aunque la Comisión Europea tenga competencia exclusiva para aplicar el DMA, sin perjuicio de contar con el apoyo y cooperación de las autoridades nacionales de competencia, las autoridades nacionales podrán aplicar sus propias legislaciones (como el art. 19a de la GWB alemana) a plataformas e intermediarios que por su menor tamaño no están sujetos al DMA, siempre que dispongan de una base legal para ello.

