

## Marco obligacional de los prestadores de servicios básicos de intermediación

*Regulación asimétrica de la DMA para las grandes plataformas digitales*

### Sumario

*La firme aparición de las plataformas digitales y el sólido protagonismo con el que irrumpen en un sector digital que absorbe cada vez más elevados volúmenes de la actividad económica y social en la actualidad, exige disciplinar su actividad, especialmente en aquellos casos en los que ejercen un poder central decisivo en los mercados en los que operan. De este modo, aparece la Digital Markets Act, norma fundamental que, articulada en torno a un conjunto, nada desdeñable, de medidas de toda índole, busca alcanzar una mayor y mejor contestabilidad y lealtad en las relaciones, ad intra y ad extra, que tienen lugar por parte de los, así denominados, guardianes de acceso. Sobre estas obligaciones y prohibiciones profundizaremos en el presente artículo, delimitando el régimen jurídico aplicable y, dentro de él, los servicios afectados por cada disposición y los fines concretos perseguidos por cada una de ellas.*

### Abstract

*The strong emergence of digital platforms and the solid role they are playing in a digital sector that is absorbing ever greater volumes of economic and social activity nowadays requires disciplining their activity, especially in those cases in which they exercise decisive central power in the markets in which they operate. Thus, the Digital Markets Act appears, a fundamental regulation which, articulated around a not inconsiderable set of measures of all kinds, seeks to achieve greater and better contestability and fairness in the relations, ad intra and ad extra, that take place on the part of the so-called gatekeepers. We will examine these obligations and prohibitions in greater detail in this article, defining the applicable legal regime and, within it, the services affected by each provision and the specific aims pursued by each of them.*

**Title:** *Mandatory framework for providers of basic intermediation services: asymmetric regulation of the DMA for large digital platforms*

**Palabras clave:** plataforma, guardián de acceso, ecosistema, servicio de la sociedad de la información, intermediación

**Keywords:** *platform, gatekeeper, ecosystem, information society service, intermediation*

**DOI:** 10.31009/InDret.2023.i3.07

3.2023

Recepción  
27/04/2023

-

Aceptación  
30/06/2023

-

## Índice

-

1. *Introducción: la consolidación de plataformas que ordenan grandes mercados digitales*
2. *Ámbito subjetivo: designación de los guardianes de acceso como prestadores de grandes servicios básicos de plataforma*
3. *Regulación asimétrica de las obligaciones para la promoción de la contestabilidad y de la lealtad en el mercado de las plataformas digitales que ejercen como guardianes de acceso*
  - 3.1. Obligaciones comunes a todos los servicios básicos de plataforma
  - 3.2. Otras obligaciones y derechos
4. *Conclusiones*
5. *Bibliografía*

-

## 1. Introducción: la consolidación de plataformas que ordenan grandes mercados digitales\*

A lo largo de estos últimos años, las plataformas digitales<sup>1</sup> han promovido la creación y se han situado en el núcleo de todo un ecosistema integrado por múltiples partes que, merced a las oportunidades brindadas por la nueva realidad virtual, interactúan entre sí para la consecución de fines de muy diversa naturaleza. Como estructuras que favorecen la intermediación entre diferentes grupos en mercados bilaterales o multilaterales<sup>2</sup>, las plataformas digitales tratan de absorber las potencialidades que, amén de agudizar ostensiblemente su protagonismo, permiten una gradual y progresiva optimización de su cometido, en beneficio de todos los usuarios<sup>3</sup> que se sirven de ella, pero también acrecienta el riesgo, bien es cierto, de acabar intensificando la dependencia de sus servicios y mermando la competencia leal y real, la innovación en el sector, las opciones reales de elección, los precios y, en definitiva, la sostenibilidad del mercado y el interés general de los ciudadanos.

En efecto, existe una dualidad, no siempre sencilla de ponderar y equilibrar, entre las ventajas y las amenazas derivadas de la fuerte irrupción de las plataformas digitales y del papel central que ocupan:

Bien es sabido que, para perfeccionar su funcionamiento, las plataformas persiguen elevadas economías de escala que reducen los costes marginales derivados de la incorporación de nuevos usuarios a cualquiera de los lados del mercado que intermedian, compensando las fuertes inversiones (en publicidad y/o en precios) que, a menudo, se necesitan para generar una masa crítica inicial y considerable de participantes. También lo es que esta escala propicia, a su vez, relevantes efectos o externalidades de red, que hacen depender la elección de un individuo del número de sujetos que se encuentran o que presumiblemente se encontrarán en el mismo o en

---

\* Juan Francisco Rodríguez Ayuso, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo y Coordinador Académico del Grado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (jfrodriguez@der.uned.es).

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Los mercados para el intercambio de datos o data market places. Situación jurídica y retos tecnológicos y empresariales", de la Universidad de Granada, financiado por la Unidad de Excelencia "Sociedad Digital: Seguridad y protección de derechos", del que es Investigador Principal el Dr. José Antonio Castillo Parrilla.

<sup>1</sup> Término popularizado merced, sobre todo, a Rochet y Tirole en aportaciones como: ROCHET, Jean-Charles y TIROLE, Jean, «Platform competition in two-sided markets», *Journal of the European Economic Association*, núm. 1-4, 2003, pp. 990 ss.

<sup>2</sup> Entendidos como aquellos espacios en los que interactúan dos lados integrados por, al menos, dos grupos de usuarios con necesidades propias y diferentes entre sí, bajo la función rectora, en cuanto a la fijación del precio, al diseño y/o a las demás condiciones del servicio, de un tercero: la plataforma [JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa, «Los "mercados" de las plataformas digitales de economía colaborativa: ¿Es realmente necesaria la redefinición del concepto de mercado de referencia?», en MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 137].

<sup>3</sup> HOVENKAMP, «Antitrust and platform monopoly», *The Yale Law Journal*, núm. 130, 2021, p. 1955. Sobre el *antitrust* y su aplicación en el seno del Derecho administrativo, *vid.* BAÑO LEÓN, «La aplicación del Derecho "antitrust" a la Administración Pública», en GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 61 ss.

otro lado de la red de la que participa<sup>4</sup>, lo que permite deducir una mejora constante del servicio (en forma de reducción de costes -incluidos los costes de transacción-, de aumento de la eficiencia, de reducción de asimetrías informativas o de incremento de las alternativas para los usuarios) y, por tanto, un mejor funcionamiento del sistema a medida que el número total de usuarios es mayor.

De alcanzarse estos objetivos, la plataforma habrá logrado adquirir la capacidad de conectar a muchos proveedores (con fines comerciales o profesionales) con muchos demandantes (con propósitos ajenos a los anteriores). Esto pasa, para ser exitoso, por saber distribuir, adecuada y proporcionalmente, los beneficios (económicos o de cualquier otra naturaleza) derivados de la participación y generados en el conjunto del ecosistema entre todas las partes, incluida, cómo no, la propia plataforma. Sólo así, el círculo virtuoso descrito será sostenible y eficaz con el paso del tiempo<sup>5</sup>.

Sin embargo, y pese a las bondades antes descritas, el crecimiento de las también conocidas como “nuevas industrias en red”<sup>6</sup> no está exento de riesgos que, igualmente, hay que ponderar y saber afrontar. Y es que, a medida que su poder de interacción avanza, también lo hace el control sobre los productos o servicios intermediados (que estandarizan u homogeneizan para cosechar más amplios efectos de red), dilatando, con ello (en forma, esta vez, de círculo vicioso), el grado de dependencia de quienes se sirven de la intermediación, que, en buena parte de los casos, pierden autonomía en la fijación de los precios y carecen de información sobre las operaciones realizadas y sobre la identidad de aquellos con quienes se efectúan. En definitiva, aparecen los conocidos como “efectos de cautividad” (efectos *lock-in*), a modo de obstáculos que dificultan la salida, el cambio o la multiconexión hacia otros prestadores de este tipo de servicios.

A ello, tenemos que añadir la generación de economías de alcance cuando las economías de escala invitan a participar, simultáneamente, en la intermediación de varios servicios de naturaleza diversa o similar<sup>7</sup>, o la integración vertical, que hace que las plataformas compitan directamente, pero en mejores condiciones, con los usuarios profesionales en la producción de los bienes y servicios. En este sentido, la ventaja que, en términos de eficiencia, brinda a las

---

<sup>4</sup> Los efectos de red que se originan en el seno de las plataformas digitales pueden ser, además de positivos o negativos, (a) directos (propios de las industrias en red tradicionales -telecomunicaciones, transporte, energía-), que, produciéndose en el interior de cada grupo, determinan que el beneficio o perjuicio de todos sus miembros sea mayor o menor a medida que dicho grupo incrementa o desciende en número; (b) indirectos (que requieren de mercados con dos o más lados), que, por contraposición a los anteriores, se originan entre grupos de distintos lados del mercado y conllevan un aumento de valor de un producto o servicio en un grupo por la entrada de un nuevo usuario de un grupo diferente, y (c) algorítmicos (específicos de las plataformas digitales), así denominados porque son los algoritmos empleados, sustentados en grandes cantidades de datos (personales y no personales) a disposición de estas estructuras, los que, gradualmente y con cada acción, se mejoran, haciendo más predictiva la interacción inteligente de los diferentes lados del mercado y de los activos previamente fragmentados e identificando las complementariedades más eficientes. Como podemos ver, las plataformas digitales, situándose por encima de las industrias en red tradicionales (plataformizándolas o sustituyéndolas, dependiendo del caso), generan una fuerte disrupción por la que absorben y multiplican los efectos en red tradicionales y crean nuevos efectos de red; al respecto, VIDA FERNÁNDEZ, «La articulación jurídica del entorno digital: insuficiencias y soluciones en la delimitación de los sectores de referencia ante el desafío de los servicios *Over The Top* (OTT)», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2021, pp. 290 ss.

<sup>5</sup> MONTERO PASCUAL/FINGER, *La regulación de las nuevas industrias en red: plataformas digitales en las comunicaciones, transportes y energía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 40.

<sup>6</sup> MONTERO PASCUAL, «La regulación de las plataformas digitales en la Propuesta de Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea», en ORTEGA BURGOS (dir.), *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 360.

<sup>7</sup> BAKER, «Market definition: an analytical overview», *Antitrust Law Journal*, núm. 74, 2007, pp. 157-159.

estructuras de intermediación el empleo masivo e inteligente de grandes cantidades de datos<sup>8</sup> mediante herramientas algorítmicas de Inteligencia Artificial, unida a la experiencia (en lo que se conoce como “efectos de la economía de experiencia”<sup>9</sup>) adquirida en los mercados en que vienen operando desde hace tiempo y, por qué negarlo, las, más controvertidas, prácticas de competencia desleal, *self-preferencing* (priorizando su propio producto en detrimento del, también intermediado, de la competencia, a través de la preeminencia en las búsquedas o la limitación a productos de terceros), *tying* (condicionando la venta de un producto o la prestación de un servicio a la compra de otro producto o a la suscripción de otro servicio), *Most Favoured Nation* (evitando ofrecer condiciones más ventajosas fuera de la plataforma), prohibición del *multihoming* (imponiendo la exclusividad de los servicios ofrecidos por la plataforma) o, en definitiva, falta de transparencia, redundan en un exacerbado protagonismo de estos superintermediarios en la nueva economía digital (economía que, por ese mismo motivo, ha dado a conocerse como “economía de plataformas”<sup>10</sup>) y en una patente desigualdad entre la plataforma y quienes de ella dependen (proveedores o usuarios profesionales), quienes con ella compiten (terceros competidores o eventuales competidores) o quienes de ella se sirven (consumidores o usuarios finales).

Todas estas amenazas, de plasmarse, pueden provocar un pernicioso efecto en dos grandes principios básicos que informan las interrelaciones entre estas estructuras digitales y los actores implicados, respectivamente. Hablamos, de una parte, de la disputabilidad o contestabilidad, que, ciñéndose, en este caso, a las relaciones entre plataformas digitales, afecta a la capacidad efectiva que cada una de ellas tiene para superar, en un determinado mercado, cualquier óbice que dificulte o imposibilite su entrada, primero, o expansión, después, pudiendo competir con las demás atendiendo, únicamente, a parámetros de calidad de los servicios de intermediación ofertados y consiguiendo ampliar, como resultado, la innovación en el conjunto del ecosistema, la generación de un buen entorno empresarial, la calidad de la actividad intermediadora y las posibilidades de elección por parte de los usuarios intermediados, amén de redundar, todo ello, en beneficio de la sociedad globalmente considerada<sup>11</sup>; de otra, de la equidad o lealtad, vinculada,

---

<sup>8</sup> Los datos son definidos por el artículo 2.24) DMA como «cualquier representación digital de actos, hechos o información y cualquier compilación de tales actos, hechos o información, también en forma de grabación sonora, visual o audiovisual». Dentro de ellos, podemos distinguir los datos personales de los datos no personales. Los primeros se definen en el Reglamento de Mercados Digitales [artículo 2.25)] por remisión al artículo 4.1) del 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 (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD - DOUE L 119/1, de 04 de mayo de 2016-), que los concibe como «toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». Por último, los datos no personales, por contraposición a los anteriores, serán, sencillamente, aquellos que no sean datos personales [artículo 2.26) DMA].

<sup>9</sup> BLAIR/SOKOL, *The Oxford handbook of international antitrust economics*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 234.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2, 2021, p. 405.

<sup>11</sup> La teoría económica de los mercados disputables fue introducida por BAUMOL/PANZAR/WILLIG, *Contestable markets and the theory of industry structure*, Harcourt College Pub, San Diego, 1982, p. 5, quienes conciben un mercado perfectamente contestable como aquel que posibilita la accesibilidad a virtuales competidores, de forma tal que estos puedan, sin limitación posible, satisfacer las demandas que arroja el mercado y emplear, para ello, idénticas técnicas de producción que obran en poder de aquellos ya establecidos. En la misma línea, la autoridad

esta vez, a las relaciones entre las plataformas digitales y los usuarios profesionales, donde se procura alcanzar un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de ambas partes e impedir, en consecuencia, conductas que generen una, nada recomendable, ventaja desproporcionada de quienes están en condiciones de obtenerla: las plataformas.

Si, además de producirse este comportamiento por parte de las plataformas digitales, el mismo desemboca en la acumulación de un gran poder económico por parte de determinadas estructuras, controlando mercados completos de la economía digital e impidiendo o dificultando, por motivos estructurales, su disputabilidad, merced a su gran influencia en el mercado interior y a su posición, afianzada y duradera, ya sea actual o potencial. Si ello conduce a graves desigualdades en el poder de negociación de los usuarios y va en detrimento de los intereses generales, entonces, estas circunstancias podrían determinar, como veremos, que se designe a estas plataformas digitales como guardianes de acceso o, lo que es lo mismo, como *gatekeepers* (equivalente anglosajón del término), toda vez que, como su propio nombre indica, imponen puertas de acceso para que un gran número de empresas lleguen a un gran número de consumidores en cualquier lugar de la Unión Europea y en múltiples mercados.

Fruto de esta preocupación, y constatada la necesidad de crear un marco jurídico armonizado que evite la fragmentación normativa dentro del territorio comunitario y garantice el correcto funcionamiento del mercado interior, surge recientemente un paquete normativo dirigido a disciplinar la actividad de las plataformas en el sector digital. Este paquete, que forma parte del denominado *The Digital Services Act package*, está compuesto por dos instrumentos:

En primer lugar, el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (en lo sucesivo, Reglamento de Mercados Digitales o, como es comúnmente conocido, DMA, acrónimo que hace referencia a su denominación en inglés *Digital Markets Act*)<sup>12</sup>, que se une, en aras de proteger la, supra citada, equidad, al Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (en adelante, Reglamento P2B -*Platform to Business*-)<sup>13</sup>, que,

---

de competencia española confirmó que la disputabilidad es «[...] una cualidad del mercado que hace referencia a la facilidad de entrada y salida en el mismo. Así, se dice de un mercado que es perfectamente contestable, cuando reúne en grado sumo las condiciones siguientes: 1) No existen barreras de entrada ni barreras de salida. 2) Todas las empresas tienen acceso a la misma tecnología de producción, tanto las empresas implantadas como las potenciales entrantes. 3) La información sobre precios es completa y está disponible para todos los consumidores y todas las empresas. 4) Se puede entrar en el mercado y salir del mismo antes de que las empresas que operen en él puedan ajustar sus precios. La *contestabilidad* de un mercado será mayor o menor, según sean más o menos próximas a las citadas condiciones ideales, las condiciones reales respectivas que se den en el mismo» [TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Expediente de concentración económica 33/98, Havas/Grupo Anaya (NV-145 del Servicio de Defensa de la Competencia)].

<sup>12</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) L 265/1, de 12 de octubre de 2022. El texto refuerza la necesidad de regular a las plataformas digitales mediante instrumentos supranacionales, al apuntar, entre otras cuestiones, un aspecto relevante, pues, «[...] aunque los guardianes de acceso tienden a adoptar modelos de negocio y estructuras algorítmicas mundiales o al menos paneuropeos, también pueden adoptar, y en algunos casos así lo han hecho, diferentes condiciones y prácticas comerciales en distintos Estados miembros, lo que puede crear disparidades entre las condiciones de competencia de los usuarios de los servicios básicos de plataforma prestados por guardianes de acceso, en detrimento de la integración del mercado interior».

<sup>13</sup> DOUE L 186/57, de 11 de julio de 2019.

a diferencia del DMA, incorpora normas más flexibles a un mayor número de plataformas, en lugar de normas más estrictas a un menor número de ellas.

En segundo lugar, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (en adelante, Reglamento de Servicios Digitales o, también, DSA, acrónimo que alude a su denominación en inglés *Digital Services Act*)<sup>14</sup>.

Ambos adoptan la forma de reglamento, lo que coadyuva, fuera de toda duda, a generar una mayor seguridad jurídica y una más amplia armonización normativa (en detrimento, por tanto, de la fragmentación derivada de múltiples y dispares regulaciones en los distintos Estados miembros) en el mercado interior digital (artículo 1.5 DMA). Ahora bien, esta vocación, claramente tendente a la unicidad, se acompaña, justo a continuación, de una previsión que deja abierta la posibilidad a que los países comunitarios puedan, si así lo consideran oportuno, «[...] imponer a las empresas, incluidas las empresas prestadoras de servicios básicos de plataforma, obligaciones relativas a cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento, siempre que estas obligaciones sean compatibles con el Derecho de la Unión y no deriven de la consideración de las empresas afectadas como guardianes de acceso en el sentido del presente Reglamento».

De estos instrumentos normativos, y por sus fuertes repercusiones socioeconómicas, nos centraremos en el primero, que será presumiblemente aplicable a grandes tecnológicas (estamos pensando en Amazon, Airbnb, Google, Facebook, YouTube, WhatsApp, Apple o Microsoft) capaces, con su papel preeminente en el/los mercado/s en que intervienen, de limitar el desarrollo de empresas digitales innovadoras en condiciones altamente competitivas<sup>15</sup>. Este texto legal, la DMA, disciplina cuestiones no suficientemente cubiertas por la legislación, nacional o supranacional, preexistente y complementa (que no sustituye<sup>16</sup>) el Derecho de la competencia, que, tendencialmente más lento y con un ámbito de aplicación reducido (limitado a la competencia para garantizar el bienestar de los consumidores en términos económicos), se aplica *ex post*<sup>17</sup>, introduciendo el nuevo Reglamento una regulación *ex ante* capaz de generar certeza y seguridad jurídica entre todos los operadores económicos, además de anticiparse a estrategias anticompetitivas que puedan llegar a concebirse en mercados de interés general antes de que estas se desarrollen<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> DOUE L 277/1, de 27 de octubre de 2022.

<sup>15</sup> MARTÍNEZ NADAL, «La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”): una aproximación jurídica», en MARTÍNEZ NADAL (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 116-117.

<sup>16</sup> MONTERO PASCUAL/FINGER, Matthias, *La regulación de las nuevas industrias en red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 387-388.

<sup>17</sup> VELASCO SAN PEDRO, «El papel del Derecho de la competencia en la era digital», *Revista de estudios europeos*, núm. 78, 2021, p. 107.

<sup>18</sup> En la misma línea, los considerandos 10 y, sobre todo, 11 DMA, que subrayan que el DMA «[...] persigue un objetivo complementario, pero distinto al de proteger la competencia no falseada en un mercado determinado, tal como se define en el Derecho de la competencia, que es el de garantizar que los mercados donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos, independientemente de los efectos reales, potenciales o supuestos sobre la competencia en un mercado determinado de la conducta de un determinado guardián de acceso al que se aplique el presente Reglamento. Por lo tanto, el presente Reglamento tiene por objeto proteger un interés jurídico diferente del protegido por esas normas y debe aplicarse sin perjuicio de la aplicación de estas últimas». Sobre esta cuestión, *vid.* COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Documento de*

Más concretamente, procuraremos analizar las obligaciones asimétricas que, partiendo de la regulación por principios que, acertadamente, propone el DMA, introducen exigencias que afectan a servicios básicos de plataforma (donde se encuentran, al menos inicialmente, los siguientes: 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 en línea, incluidas 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 enumerados anteriormente) y que buscan alcanzar, de forma flexible y permeable, el objetivo último de incrementar la disputabilidad y la equidad en los mercados digitales<sup>19</sup>. Como veremos, el método empleado para ello arroja una suerte de conjunto desordenado de obligaciones y prohibiciones donde se antoja imprescindible clarificar cuáles de ellas afectan a todos los servicios de la sociedad de la información previstos; sólo entonces, será posible acompañar a esta clasificación una posterior concreción de aquellas que perseguirán uno u otro de los objetivos (de contestabilidad o de lealtad) pretendidos.

## 2. **Ámbito subjetivo: designación de los guardianes de acceso como prestadores de grandes servicios básicos de plataforma**

Una vez delimitado el alcance de los servicios básicos de plataforma que, al menos en una estimación legislativa inicial, pueden verse afectados por limitaciones de acceso que socaven o puedan llegar a socavar el mercado, merced a un menoscabo de la dependencia, la competencia, la innovación, los precios o las posibilidades de elección, resulta conveniente analizar el elemento subjetivo, centrado en la figura del prestador de este tipo de servicios de la sociedad de la información. Más específicamente, conviene prestar atención a los supuestos de designación (con el latente balanceo de criterios cuantitativos y cualitativos) que prevé el Reglamento de Mercados Digitales, de los (presumiblemente escasos en número, pero exorbitantes en poder) *gatekeepers*.

---

*posición de la CNMC sobre la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Digital Services Act (DSA) y la New Competition Tool (NCT)*, <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/documentos-posicion/consulta-ce-plataformas-digitales> (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023). Poniendo énfasis en los efectos desincentivadores que esta nueva regulación puede suponer en el Derecho de la competencia, *vid.* LAMADRID DE PABLO/BAYÓN FERNÁNDEZ, «Digital Markets Act: La Comisión Europea propone la creación de un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas», [https://www.garrigues.com/es\\_ES/garrigues-digital/digital-markets-act-comision-europea-propone-creacion-nuevo-regimen-regulatorio](https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-markets-act-comision-europea-propone-creacion-nuevo-regimen-regulatorio) (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

<sup>19</sup> Interesa destacar aquí el artículo 12.5 DMA, que alude a las prácticas que, con ocasión de una previsible actualización de las obligaciones previstas en los artículos 5 a 7 DMA, son consideradas contrarias a la disputabilidad o a la equidad. En concreto, se considerará que una práctica cometida por un guardián de acceso limita la contestabilidad en servicios básicos de plataforma o es desleal cuando «[...] a) sea ejercida por los guardianes de acceso y pueda obstaculizar la innovación y limitar las posibilidades de elección de los usuarios profesionales y los usuarios finales debido a que: i) afecte o amenace con afectar a la disputabilidad de un servicio básico de plataforma u otros servicios del sector digital de forma duradera debido a la creación o la consolidación de obstáculos a la entrada de otras empresas o a su desarrollo como prestadoras de un servicio básico de plataforma o de otros servicios del sector digital, o ii) impida que otros operadores tengan el mismo acceso a un insumo clave que el guardián de acceso, o b) exista un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los usuarios profesionales y el guardián de acceso obtenga de los usuarios profesionales una ventaja que sea desproporcionada en comparación con el servicio que preste a dichos usuarios profesionales».



La concreción de los criterios determinantes para la delimitación de aquellas plataformas digitales que entran dentro de la regulación asimétrica prevista en el DMA no ha estado exenta de debates<sup>20</sup>. Finalmente, la DMA, al definir (o más bien, al describir los elementos que han de concurrir para adquirir la condición de tal) al guardián de acceso como aquella «empresa prestadora de servicios básicos de plataforma, designada de conformidad con el artículo 3» [artículo 2.1)], introduce un doble requisito para proceder al nombramiento de los *gatekeepers*, a saber:

- a) prestar servicios básicos de plataforma y
- b) ser designados de conformidad con el artículo 3<sup>21</sup>.

Sólo entonces, y siempre y cuando los usuarios profesionales o los usuarios finales intermediados por la plataforma digital de que se trate estén establecidos (o situados, en el caso de estos últimos) en algún punto del territorio de la Unión Europea, el Reglamento de Mercados Digitales será aplicable a estos superintermediarios, «[...] independientemente del lugar de establecimiento o residencia de los guardianes de acceso y del Derecho que, por lo demás, sea aplicable a la prestación del servicio»<sup>22</sup>.

Se antoja, pues, necesario analizar minuciosamente el contenido de este último precepto. De acuerdo con su apartado primero, tres serán los aspectos que, cumulativamente, deberá reunir una prestador digital que presta servicios básicos de plataforma para ser designado como guardián de acceso:

En primer lugar, ha de tener una gran influencia en el mercado.

En segundo lugar, ha de prestar un servicio básico de plataforma que constituya una importante puerta de acceso<sup>23</sup>, una barrera de entrada, de los usuarios profesionales a los usuarios finales intermediados (derivada esta importancia de los efectos de red adquiridos, de las economías de escala alcanzadas o de la cautividad exigida a los usuarios<sup>24</sup>).

---

<sup>20</sup> El control de los cuellos de botella, el número de usuarios, la posibilidad de estos de hacer *multihoming* o el acceso a datos que permitan a las plataformas beneficiarse de efectos de red algorítmicos son algunos de los elementos que algunos autores han considerado fundamentales para la asignación de los *gatekeepers* (entre ellos, FURMAN, *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019; ARCEP, *Plateformes numériques structurantes: éléments de réflexion relatifs à leur caractérisation*, 2019).

<sup>21</sup> Señala VELASCO SAN PEDRO, *Revista de estudios europeos*, núm. 78, 2021, p. 107, que, aunque no se diga de forma expresa, la DMA está pensando en las plataformas digitales conocidas como “GAFA” (Google, Apple, Facebook y Amazon) y en otras que, por sus similares características en sus respectivos mercados, pueden ejercer también una gran incidencia en la intermediación de los diferentes tipos de usuarios, como podrían ser Airbnb o Booking.

<sup>22</sup> Como acertadamente señala MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, p. 119, vincular la aplicación de la DMA, no al lugar del establecimiento del *gatekeeper*, sino a los de los demás lados del mercado, resulta fundamental, pues, presumiblemente, gran parte de las plataformas digitales que serán designadas como guardianes de acceso no están establecidas en la Unión Europea, sino fuera de nuestras fronteras.

<sup>23</sup> Como acertadamente precisan ZURIMENDI ISLA/FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, *Revista General de Derecho de los sectores regulados: RSR*, núm. 6, 2020, p. 10, «[l]a relación de la plataforma tanto con cada nuevo oferente como con cada nuevo demandante surge de un contrato, que suele denominarse de acceso, por el que cada usuario se de alta en la plataforma, y que incluye el programa prestacional que define la actividad de la plataforma».

<sup>24</sup> MONTERO PASCUAL, *Nuevas Tecnologías 2022*, p. 363.

En tercer lugar, ha de gozar, actual o potencialmente en un futuro cercano, de una posición afianzada y duradera, en lo que concierne a sus operaciones.

Para poder concretar estos requisitos (sustentados, a simple vista, en conceptos jurídicos indeterminados), el Reglamento establece una primera vía, amparada en criterios puramente cuantitativos, que presume (presunción iuris tantum) el cumplimiento de estas exigencias si [artículo 3.2, letras a) a c), DMA]:

En relación con el primero de ellos, la plataforma digital consigue un volumen de negocios anual en la Unión Europea de, como mínimo, 7.500.000.000 de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización bursátil media o su valor justo de mercado equivalente ascienda, como mínimo, a esta cantidad en el último ejercicio, y preste el mismo servicio básico de plataforma en, al menos, tres Estados miembros de la Unión Europea.

En relación con el segundo, la plataforma digital proporciona un servicio básico de plataforma que, en el último ejercicio, ha tenido, como mínimo, 45.000.00 mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en territorio comunitario y, al menos, 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión Europea, identificados y calculados de conformidad con la metodología y los indicadores establecidos en el anexo de la DMA, a fin de proporcionar seguridad jurídica a las plataformas (metodología e indicadores que, por lo demás, podrán ser actualizados por medio de actos delegados adoptados por la Comisión, en los términos previstos en el artículo 49 DMA y de conformidad con el artículo 3.7 DMA)<sup>25</sup>.

En relación con el tercero, la plataforma digital ha alcanzado los umbrales establecidos en el párrafo anterior en cada uno de los últimos tres ejercicios.

El fin de este modelo resulta evidente: se persigue objetivar la designación de los guardianes de acceso, merced a la instauración de un sistema que permite la aplicación mecánica de los requisitos necesarios para su nombramiento, minorando la probabilidad de que dicho nombramiento sea posteriormente impugnado en sede judicial<sup>26</sup>. De este modo, advertida la concurrencia de los umbrales anteriores<sup>27</sup>, la plataforma en cuestión (resolviendo el problema de la asimetría informativa de que goza frente a las autoridades públicas) deberá notificarlo a la Comisión en un plazo máximo de dos meses, a contar desde el momento en el que haya alcanzado estas cifras, proporcionando, a tal efecto, la documentación pertinente para cada uno de los servicios básicos afectados (artículo 3.3 DMA). Constatada la concurrencia de las exigencias marcadas, sobre la base de la información proporcionada o de la que, en su defecto, disponga la

---

<sup>25</sup> Considerandos 20 y 97 DMA.

<sup>26</sup> Como señala MONTERO PASCUAL, *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 363, en ningún momento, la designación de una plataforma digital como guardián de acceso supone o determina que exista un poder de mercado semejante a la posición de dominio inherente al Derecho de la competencia, algo que es necesario en regulaciones como la propia de las Telecomunicaciones. El objetivo parece ceñirse a la identificación de barreras de entrada que puedan ser relevantes y que dificulten la disputabilidad y/o la equidad en el sector digital.

<sup>27</sup> Dada la generalidad de esta previsión, el artículo 3.6 DMA prevé la posibilidad de que la Comisión pueda adoptar actos delegados, de conformidad con el artículo 49 del mismo Reglamento, a fin de, de un lado, especificar la metodología que permita concluir si se alcanzan los umbrales del artículo 3.2 DMA o de, de otro, actualizar dicha metodología, en su caso, a la evolución del mercado y/o de la tecnología.

Comisión, esta procederá a designar a la plataforma, dentro de los cuarenta y cinco días posteriores, como guardián de acceso (artículo 3.4 DMA).

No obstante lo anterior, al tiempo que presenta la documentación solicitada, la plataforma podrá exponer (recayendo en ella la carga de la prueba), de manera suficientemente fundamentada, aquellos argumentos que permitan concluir que, pese a concurrir los umbrales ya citados, no cumple los requisitos del artículo 3.1 DMA, atendiendo a las circunstancias en las que opera el servicio básico en cuestión que está siendo prestado (artículo 3.5 DMA). Se introducen, pues, elementos interpretativos (que originan, en principio, largos procesos de investigación) en el análisis, que, aun justificados, ponen en peligro la objetividad perseguida. Seguidamente, la Comisión, analizada la solicitud de la plataforma (es decir, analizados los aspectos -esta vez, puramente cualitativos- que la plataforma pretende hacer valer para anular los criterios cuantitativos previos), determinará si esta resulta suficiente como para desvirtuar la presunción inicial del artículo 3.2 DMA: de serlo, iniciará una investigación de mercado, en los términos previstos en el artículo 17.3 DMA; de lo contrario, y en el mismo plazo de cuarenta y cinco días antes mencionado, rechazará directamente tal petición, sin necesidad de activar el mencionado procedimiento. Esta investigación de mercado, de operar, se prolongará un máximo de cinco meses desde el momento de su apertura (si bien podrá venir precedida de unas conclusiones preliminares, que serán comunicadas dentro de los tres primeros meses) y podrá concluir con la confirmación de la designación o, por el contrario, con la retirada de la misma.

La misma subjetividad anterior podrá introducirse directamente por la Comisión si considera que existen fallos de mercado o, lo que es lo mismo, si, *sensu contrario*, advierte que una determinada plataforma, pese a no alcanzar los umbrales del artículo 3.2 DMA, ejerce como *gatekeeper* en los términos del artículo 3.1 DMA (artículo 3.8 DMA)<sup>28</sup>. En ese caso, prosigue este artículo, incoará una investigación de mercado del artículo 17 DMA con la que poder alcanzar una conclusión sólida, para lo cual podrá ampararse en la concurrencia de varios, o todos, de los elementos que se mencionan a continuación<sup>29</sup>:

- «a) el tamaño, incluidos el volumen de negocios y la capitalización bursátil, las operaciones y la posición de dicha empresa;
- b) el número de usuarios profesionales que utilizan el servicio básico de plataforma para llegar a los usuarios finales y el número de usuarios finales;
- c) los efectos de red y las ventajas derivadas de los datos, en particular en relación con el acceso de dicha empresa a los datos personales y los datos no personales, con la recopilación de esos datos por parte de la empresa o con sus capacidades de análisis;
- d) cualesquiera efectos relacionados con la escala o el alcance de los que se beneficie la empresa, en particular con respecto a los datos y, en su caso, a sus actividades fuera de la Unión;

---

<sup>28</sup> En este caso, la carga de la prueba recaerá en la Comisión y no en la plataforma, a diferencia del supuesto previsto en el artículo 3.5 DMA.

<sup>29</sup> Aunque no se diga expresamente en el articulado de la Norma, se entiende (y así parece corroborarlo el considerando 20 DMA) que estos mismos elementos podrán ser tenidos en consideración por la Comisión para poder resolver adecuadamente el procedimiento descrito en el párrafo inmediatamente anterior.

- e) la cautividad de los usuarios profesionales o finales, incluidos los costes que conlleva el cambio de empresa prestadora y los sesgos de comportamiento que reducen la capacidad de los usuarios profesionales y los usuarios finales para cambiar de empresa prestadora o recurrir a varias para un mismo servicio;
- f) una estructura de conglomerado empresarial o una integración vertical de la empresa que, por ejemplo, le permita compensar ganancias y pérdidas entre actividades, combinar datos procedentes de distintas fuentes o aprovechar su posición, o
- g) otras características estructurales de las empresas o servicios».

En el resultado de la valoración influirá la evolución que se espera de los umbrales previstos en el artículo 3.2 DMA, en especial, cualquier posible concentración que el potencial guardián de acceso prevea realizar y que, bien afecte a otra plataforma digital o a otro servicio básico de la sociedad de la información, bien posibilite la recopilación de datos, ya sean personales o no personales. Por lo demás, el incumplimiento significativo de las medidas impuestas por la Comisión durante la investigación de mercado, reiterado pese a concedérsele un plazo para corregirlo y para presentar observaciones, será motivo suficiente como para, sobre la base de la información de que aquella disponga, proceder a la designación de una plataforma como *gatekeeper* (artículo 3.8.3º y 4º DMA).

La decisión de designación que finalmente adopte la Comisión, sea cual fuere el procedimiento previo seguido, incluirá, no sólo una referencia a la plataforma digital que ejerce como guardián de acceso, sino también a los servicios básicos que constituyen, individualmente, una puerta de acceso para la interacción de los lados que conforman el mercado (artículo 3.9 DMA). A partir de ese momento, los, así designados, *gatekeepers*, dispondrán de un plazo de seis meses para proceder al cumplimiento de las obligaciones que, previstas en los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento de Mercados Digitales, serán descritas y clasificadas en el apartado siguiente del presente trabajo (artículo 3.10 DMA).

Por lo demás, será preciso tener en cuenta la previsión del artículo 17.4 DMA, que alude a la previsión recogida en el inciso final del artículo 3.1.c) DMA. Así, cuando un guardián de acceso sea así designado porque la Comisión prevé que gozará de una posición afianzada y duradera de sus operaciones, esta «[...] podrá declarar aplicables a ese guardián de acceso únicamente una o varias de las obligaciones establecidas en el artículo 5, apartados 3 a 6, y en el artículo 6, apartados 4, 7, 9, 10 y 13, tal como se especifica en la decisión de designación. La Comisión solo declarará aplicables las obligaciones que sean adecuadas y necesarias para evitar que el guardián de acceso de que se trate logre, por medios desleales, una posición afianzada y duradera en sus operaciones. La Comisión revisará tal designación de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 4».

Partiendo de este inciso final, y para concluir, el artículo 4 DMA contempla la posibilidad (atendiendo a los conocidos como *learning effects*<sup>30</sup>) de que una decisión de designación, adoptada

---

<sup>30</sup> CRISTINA TUDOR, «Los retos del Derecho de la competencia en la economía de plataformas», en MARTÍNEZ NADAL (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 159. Esta autora pone de relieve la inseguridad jurídica plasmada en el texto de la DMA, algo que puede desembocar en un consecuente incremento de la «[...] litigiosidad que, unida a la falta de suficientes recursos para que las

por la Comisión en relación a un concreto *gatekeeper*, pueda ser reconsiderada, modificada o derogada por ella misma, por iniciativa propia o previa petición (parece evidente, de la plataforma digital afectada), si se produce un cambio sustancial de los hechos que la motivaron o si se advierte que se fundamentó en información que, a la postre, ha resultado ser incorrecta, incompleta o engañosa. En todo caso, la Comisión revisará periódicamente (al menos, por períodos trianuales, que no conllevarán efecto suspensivo alguno) dos aspectos: a) si las plataformas digitales siguen cumpliendo los requisitos que motivaron su designación como guardianes de acceso y si procede modificar la lista de servicios básicos afectados por no constituir, ya, una barrera de entrada que impide a los usuarios profesionales llegar o acceder a los usuarios finales, y b) si se han de designar nuevas plataformas como *gatekeepers* por cumplir los requisitos del artículo 3.1 DMA, ya se produzca esta designación (se entiende) por la vía del artículo 3.4 DMA o por la del artículo 3.8 DMA. Tras ello, actualizará, en su caso, la, previamente elaborada, lista de guardianes de acceso y de servicios básicos de plataforma afectados por estas decisiones de designación.

### **3. Regulación asimétrica de las obligaciones para la promoción de la contestabilidad y de la lealtad en el mercado de las plataformas digitales que ejercen como guardianes de acceso**

Tal y como indicábamos en el apartado introductorio de este artículo, del texto de la nueva DMA se desprende una regulación por principios del conjunto de obligaciones que se imponen a los operadores económicos que ejercen como guardianes de acceso, así previamente designados. En efecto, las obligaciones y prohibiciones previstas son, en buena parte de los casos, medidas generales susceptibles de posterior concreción y tendentes a la consecución del principio último de garantizar la disputabilidad y la equidad en el sector digital. Además de posibilitar una mayor flexibilidad de las directrices normativas, que podrán adaptarse mejor a la rápida evolución tecnológica y de funcionamiento del sector, hace que aquellas sean más eficaces, desprendiéndose de las ataduras formales propias de obligaciones por entero recogidas en el texto para centrarse en el objetivo de fondo, como es el de fomentar la libre entrada y salida del mercado, un más amplio equilibrio de las relaciones y una más adecuada distribución de los efectos de red generados entre las partes que intervienen en el conjunto del ecosistema. De este modo, incorporando principios y técnicas propios de la actividad administrativa de regulación<sup>31</sup>, se produce una cierta deslegalización en la intervención de las Administraciones Públicas, de suerte que el contenido final de muchas de las obligaciones que recaen sobre las plataformas digitales nombradas *gatekeepers* no aparece recogido en una norma con rango de Ley, sino, en este caso, en las decisiones de la Comisión<sup>32</sup>.

---

autoridades de la competencia puedan luchar contra las prácticas anticompetitivas, podría conducir a resultados totalmente contrarios a los que se persiguen obtener con la DMA».

<sup>31</sup> Sobre la actividad administrativa de regulación económica, *vid.* MONTERO PASCUAL, *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Sobre las interrelaciones entre la actividad de regulación económica y el Derecho de la competencia, *vid.* CASES PALLARÈS, «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación económica*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 425 ss.

<sup>32</sup> MONTERO PASCUAL, *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 364.

Este es el espíritu que inspira, concretamente, a las obligaciones previstas en los artículos 6 y 7 DMA, que podrán ser especificadas con mayor detalle en virtud del artículo 8 DMA<sup>33</sup>. Este último precepto exige que «[l]as medidas aplicadas por el guardián de acceso para garantizar el cumplimiento de dichos artículos deberán ser eficaces para alcanzar los objetivos del presente Reglamento y de la obligación correspondiente», para lo cual la Comisión podrá, previa petición del guardián de acceso afectado<sup>34</sup> (con la facultad discrecional de la Comisión) o por iniciativa propia, incoar un procedimiento en virtud del artículo 20 DMA que concluirá con acto de ejecución (a adoptar en el plazo máximo de seis meses desde la incoación<sup>35</sup>) en el que se especifiquen las medidas que deberá aplicar el guardián de acceso de que se trate para cumplir efectivamente las obligaciones establecidas en dichos artículos 6 y 7 DMA. Este procedimiento podrá volver a incoarse del mismo modo cuando cambien significativamente los hechos que motivaron la decisión de la Comisión; cuando este se basara en información incompleta, incorrecta o engañosa, o cuando las medidas previamente adoptadas no resulten, a la postre, eficaces a los fines de «[...] alcanzar los objetivos del presente Reglamento y la obligación correspondiente, y proporcionadas en las circunstancias específicas del guardián de acceso y el servicio de que se trate» (apartados 7 y 9 del artículo 8 DMA).

Habrán otras obligaciones, en cambio, que serán aplicables con carácter inmediato y sin necesidad de mayor y ulterior especificación por parte de la Comisión. Son las previstas en el artículo 5 DMA, que, en línea con los artículos 6 y 7 del Reglamento, impone obligaciones (“DOs”) y prohibiciones (“DON’Ts”) para disciplinar la actuación de los guardianes de acceso en pro de más elevados niveles de disputabilidad y/o equidad en el mercado.

---

<sup>33</sup> Y es que, como bien adelanta el Reglamento de Mercados Digitales, a veces, «[...] puede ser conveniente que la Comisión, tras dialogar con el guardián de acceso correspondiente y permitir a terceros que hagan observaciones, especifique de forma más detallada algunas de las medidas que dicho guardián de acceso debe adoptar para cumplir eficazmente aquellas obligaciones que puedan ser especificadas con mayor detalle o, en caso de elusión, todas las obligaciones. En concreto, esta especificación más detallada debe ser posible cuando la ejecución de una obligación que pueda ser especificada con mayor detalle se pueda ver afectada por variaciones de los servicios dentro de una única categoría de servicios básicos de plataforma. Para ello, el guardián de acceso debe tener la posibilidad de solicitar a la Comisión que inicie un proceso por el que esta pueda especificar con mayor detalle algunas de las medidas que dicho guardián de acceso debe adoptar para cumplir eficazmente con dichas obligaciones» (considerando 65 DMA).

<sup>34</sup> Petición que tiene por objeto «[...] determinar si las medidas que [...] pretende aplicar o ha aplicado para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 son eficaces para alcanzar el objetivo de la obligación correspondiente en las circunstancias específicas del guardián de acceso» (artículo 8.3 DMA). A tal fin, el guardián de acceso presentará a la Comisión un escrito motivado en el que explique las medidas aplicadas o a aplicar, facilitando también una versión no confidencial que podrá ser compartida con terceros interesados, de modo que estos puedan formular las observaciones que tengan a bien; estas observaciones, se entiende, podrán presentarse una vez la Comisión haya comunicado sus conclusiones preliminares al *gatekeeper* (en un plazo de tres meses desde la incoación del procedimiento), conforme al artículo 8.5 DMA, o a la mayor brevedad posible tras haberlo hecho, pues será en ese momento cuando la Comisión publique un resumen no confidencial del asunto, al que acompañará las medidas que prevea adoptar para especificar las obligaciones de los artículos 6 y 7 DMA o aquellas que el guardián de acceso tiene que implementar, estableciendo un plazo razonable para que los terceros presenten tales observaciones (artículo 8.6 DMA).

<sup>35</sup> En el mismo, habrá de darse satisfacción a lo establecido en el procedimiento consultivo previsto en el artículo 50.2 DMA, que nos remite, a su vez, al artículo 4 del Reglamento (UE) n° 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DOUE L 55/13, de 28 de febrero de 2011). Este precepto requiere de un dictamen del Comité Consultivo sobre Mercados Digitales, que, en aquellos casos en los tenga que obtenerse en formato escrito, «[...] pondrá fin a dicho procedimiento sin resultado si, en el plazo para la emisión del dictamen, el presidente del comité así lo decide o si una mayoría simple de los miembros del comité así lo solicita» (artículo 50.2.2° DMA).

Sobre todas estas obligaciones ahondaremos en el presente apartado, donde realizaremos una clasificación de aquellas que afectan a todos los servicios básicos de plataforma. A su vez, y dentro de esta ordenación, trataremos de vincularlas con los propósitos de fondo que persiguen, dependiendo de si fomentan la disputabilidad en las relaciones entre plataformas digitales o si inciden en los vínculos que se entablan entre estos *gatekeepers* y los usuarios finales que se sirven de la intermediación para poder llegar a usuarios finales. Por último, dedicaremos un último subapartado a hacer mención de otras tantas obligaciones, muchas de ellas complementarias o dependientes de las previstas en los artículos 5 a 7 DMA, repartidas a lo largo del texto de la Norma.

### 3.1. Obligaciones comunes a todos los servicios básicos de plataforma

En el elenco que prevé la DMA existen obligaciones que resultan aplicables a todos los servicios básicos de plataforma y que, por tanto, son de preceptivo cumplimiento por quienes asuman, a juicio de la Comisión, la condición de *gatekeeper*. Más específicamente, podemos señalar todas las siguientes:

En primer lugar, una prohibición, consistente en abstenerse de «[...] combinar datos personales procedentes de los servicios básicos de plataforma pertinentes con datos personales procedentes de cualesquiera servicios básicos de plataforma adicionales o de cualquier otro servicio que proporcione el guardián de acceso o con datos personales procedentes de servicios de terceros; cruzar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma pertinente con otros servicios que proporcione el guardián de acceso por separado, entre ellos otros servicios básicos de plataforma, y viceversa, e iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales» [artículo 5.2, letras b), c) y d), DMA].

Son, estas, tres obligaciones de la misma naturaleza que persiguen un doble objetivo: por un lado, proteger la equidad (además de la privacidad<sup>36</sup>) de las relaciones entre la plataforma y los usuarios (en este caso, usuarios finales); por otro, fomentar la contestabilidad, al impedir la replicabilidad de varios servicios básicos de plataforma (prestados por un mismo *gatekeeper* -de forma principal o complementaria a otros- o por otras plataformas) mediante la obstaculización de la generación de efectos de red algorítmicos derivados de la acumulación de grandes cantidades de datos (personales y/o no personales), merced a una combinación que, ahora, resulta prohibida.

---

<sup>36</sup> Nos referimos al derecho fundamental de los interesados a la protección de sus datos personales [a nivel interno, artículo 18.4 de la Constitución Española (Boletín Oficial del Estado -en lo sucesivo, BOE- núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)], cuyo marco jurídico se encuentra plasmado, en la actualidad, en el RGPD, complementado, en nuestro ordenamiento jurídico interno, con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo, LOPDGDD -BOE núm. 294, de 06 de diciembre de 2018-) y, en menor medida, con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RDLOPD -BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008-, no derogado por la nueva regulación y que resultará aplicable en la medida que no contradiga los postulados de esta). Para un estudio completo de las implicaciones que trae consigo esta nueva normativa, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, *Garantía administrativa de los derechos del interesado en materia de protección de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2021. Atendiendo a las implicaciones que la misma guarda en episodios de crisis, con una especial incidencia en datos especialmente sensibles, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*, Dykinson, Madrid, 2020; RODRÍGUEZ AYUSO, «Protección de datos personales en el contexto de la Covid-19: legitimación en el tratamiento de datos de salud por las Administraciones Públicas», *Revista catalana de Dret públic*, núm. extra 3, 2020, pp. 137 ss.

En el origen reciente de estas medidas, encontramos la Decisión de la Comisión<sup>37</sup> que, en el año 2017, impuso a Facebook una multa por proporcionar información incorrecta, al comunicar, en el momento de la adquisición de WhatsApp (año 2014), la imposibilidad de vincular los perfiles de usuarios de ambos servicios de la sociedad de la información, algo que, como se pudo comprobar después, no era cierto. Ello pone de manifiesto que, aunque estemos en presencia de servicios digitales que no son remunerados por sus usuarios, estos representan una importante actividad económica para sus prestadores, derivada, como en este caso, de los poderosos efectos de red que se pueden obtener de la combinación y posterior explotación de los datos de los interesados con fines comerciales, mostrando anuncios personalizados gracias a la elaboración de perfiles<sup>38</sup>. Por este motivo, se incluyen estas obligaciones de separación de los datos como medidas que, en la práctica, desincentivan la integración estructural, vertical u horizontal, de actividades, posibilitando, de fondo, la entrada de nuevos competidores en el mercado que, de lo contrario, serían incapaces de alcanzar tal acumulación de información (considerando 36 DMA)<sup>39</sup>.

Pese a ello, el Reglamento de Mercados Digitales prevé la posibilidad de neutralizar las obligaciones anteriores si: a) tras plantear al afectado esta posibilidad, el interesado afectado da su consentimiento [artículo 6.1.a) RGPD], en los términos previstos por los artículos 4.11) y 7 RGPD<sup>40</sup>, no pudiendo la plataforma solicitarlo más de una vez al año si la respuesta del titular de los datos personales a la prestación de dicho consentimiento es negativa; b) de no resultar aplicable el consentimiento como base jurídica del tratamiento, concurre alguna de las causas de legitimación previstas en el artículo 6.1 RGPD, letras c) (cumplimiento de una obligación legal aplicable al guardián de acceso, en su condición de responsable del tratamiento<sup>41</sup>), d) (necesidad de proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física) o e) (menos probable, a priori, centrada en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos a la plataforma).

En segundo lugar, una actuación positiva, como es la de permitir «[...] a los usuarios profesionales, de forma gratuita, comunicar y promover ofertas, en particular con condiciones diferentes, entre los usuarios finales adquiridos a través de su servicio básico de plataforma u otros canales y celebrar contratos con esos usuarios finales, independientemente de si, para este

---

<sup>37</sup> Decisión de la Comisión de 18 de mayo de 2017 por la que se imponen multas de conformidad con el artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º. 139/2004 del Consejo por la presentación de información incorrecta o engañosa por parte de una empresa [Asunto M.8228 — Facebook/WhatsApp (artículo 14, apartado 1, proc.)].

<sup>38</sup> De acuerdo con el artículo 4.4) RGPD, se entiende por elaboración de perfiles «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física».

<sup>39</sup> Por lo demás, deberá tenerse en cuenta la obligación que, conforme a los artículos 15 y 46.1.g) DMA, tendrán los guardianes de acceso de presentar a la Comisión, en el plazo de los seis meses siguientes a la designación, una descripción, auditada e independiente, de las técnicas empleadas para la elaboración de perfiles a los usuarios que apliquen a los servicios básicos prestados.

<sup>40</sup> El primero de estos preceptos, al que nos remite el artículo 2.32) DMA, define el consentimiento como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». El segundo se centra en establecer aquellas condiciones que deben concurrir para que este consentimiento resulte válido.

<sup>41</sup> El responsable del tratamiento no es sino «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento» [artículo 4.7) RGPD].



fin, utilizan los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso» [artículo 5.4 DMA] y «[...] a los usuarios finales, a través de sus servicios básicos de plataforma, acceder a contenidos, suscripciones, prestaciones u otros elementos y hacer uso de ellos mediante aplicaciones informáticas de un usuario profesional, también cuando dichos usuarios finales hayan adquirido estos elementos a través del usuario profesional pertinente sin utilizar los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso» [artículo 5.5 DMA].

En ambos casos, el objetivo es el de procurar un mayor equilibrio en las relaciones del guardián de acceso con los usuarios intermediados:

En el apartado cuarto del artículo quinto se busca la equidad de las relaciones con los usuarios profesionales, quienes, además de disfrutar de las ventajas que proporcionan estos superintermediarios, podrán reducir la dependencia que de ellos tienen, favoreciendo canales alternativos (incluidos los de la propia empresa) a través de los cuales poder hacer llegar sus ofertas a los usuarios finales adquiridos gracias al *gatekeeper*, de forma gratuita e, incluso, con condiciones distintas (quién sabe si más ventajosas) de las que rigen dentro de la plataforma.

El apartado quinto, por su parte, focaliza la atención en el usuario final, quien, de la misma manera, podrá disfrutar de las opciones que le brindan los usuarios profesionales sin necesidad de que medie la intervención de la plataforma que, en su momento, pudo propiciar la interacción entre las partes.

Estas medidas son el reflejo de precedentes como el de Spotify, que, para evitar el pago de la comisión que Apple exige a las aplicaciones a las que intermedia por las transacciones que en ella se realizan, recomendaba a sus usuarios finales la suscripción a sus servicios a través de su web<sup>42</sup>. Apple prohibió esta actuación, que ahora resulta perfectamente posible aun cuando, como decíamos, las relaciones con los clientes del usuario profesional se hayan iniciado dentro de la plataforma, clientes que, en última instancia, podrán beneficiarse, incluso, de unas condiciones más favorables a las existentes dentro de la estructura presidida por el *gatekeeper*.

En tercer lugar, aquella que establece que «[e]l guardián de acceso no impedirá directa o indirectamente que los usuarios profesionales o usuarios finales puedan presentar ante cualquier autoridad pública pertinente, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, reclamaciones por incumplimiento del guardián de acceso del Derecho de la Unión o el Derecho nacional pertinente, en relación con cualquier práctica del guardián de acceso, o de limitar su posibilidad de hacerlo. Esto se entiende sin perjuicio del derecho de los usuarios profesionales y de los guardianes de acceso a establecer en sus contratos las condiciones de uso de mecanismos legales para la tramitación de reclamaciones» [artículo 5.6 DMA].

En línea con las disposiciones anteriores, se busca proteger a los lados más débiles del mercado, a los usuarios, tanto profesionales como finales, procurando un entorno más justo en el interior de la plataforma. Para ello, y situando el escenario, esta vez, en una fase posterior, la DMA salvaguarda el derecho de las empresas y de los consumidores a presentar reclamaciones contra prácticas desleales (como la concurrencia de criterios poco transparentes que desembocan en la

---

<sup>42</sup> Sobre la dimensión digital de estos mecanismos alternativos de resolución de disputas, aplicados en un sector tan relevante a estos efectos como el turístico, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, «El arbitraje electrónico como medio de resolución de controversias turísticas», *Diario La Ley*, núm. 8514, 2015.

priorización de productos ofertados por la propia plataforma en detrimento de otros similares ofrecidos por terceros o el tratamiento de datos personales de los usuarios sin mediar base de legitimación alguna) o contra incumplimientos normativos cometidos por los *gatekeepers* ante cualquier autoridad pública pertinente, ya sea esta judicial o administrativa, sin que los intermediarios afectados puedan limitarlo u oponerse, ni directa ni indirectamente, a las mismas. Ello se entenderá más allá del derecho de las partes a determinar las condiciones contractuales que rijan sus acuerdos o los mecanismos legales a través de los cuales tramitar las reclamaciones que puedan producirse, inclusive el recurso a mecanismos de resolución alternativa de conflictos (mediación, arbitraje<sup>43</sup>) o a órganos jurisdiccionales específicos. También deberá ser compatible con la labor a realizar por las plataformas a la hora de discriminar posibles contenidos ilícitos en línea.

En cuarto lugar, se contemplan dos medidas que articulan la prohibición de ventas vinculadas de servicios básicos de plataforma. Así, y centrados en servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma o en apoyo de tales servicios básicos<sup>44</sup>, se prohíbe al guardián de acceso exigir «[...] a los usuarios finales que utilicen un servicio de identificación, un motor de navegación web o un servicio de pago o servicios técnicos de ese guardián de acceso que permitan la prestación de servicios de pago, como los sistemas de pago para realizar compras integradas en una aplicación de dicho guardián de acceso, en el marco de los servicios prestados por los usuarios profesionales que utilicen los servicios básicos de plataforma de dicho guardián de acceso; y, en el caso de los usuarios profesionales, el guardián de acceso no les exigirá que utilicen y ofrezcan estos servicios ni que interoperen con ellos»<sup>45</sup> [artículo 5.7 DMA]. Junto a ello, y más allá de los servicios complementarios o instrumentales anteriores, se restringe la posibilidad de la plataforma de obligar «[...] a los usuarios profesionales o a los usuarios finales que se suscriban o registren en cualquier servicio básico de plataforma adicional enumerado en la decisión de designación con arreglo al artículo 3, apartado 9, o que cumpla los umbrales establecidos en el artículo 3, apartado 2, letra b), como condición para poder utilizar cualquiera de los servicios básicos de plataforma de ese guardián de acceso enumerados con arreglo a ese artículo, así como acceder a ellos, inscribirse o registrarse en ellos» [artículo 5.8 DMA].

Estas dos medidas afectan a la equidad de las relaciones de las grandes plataformas digitales con los sujetos intermediados y ambas resultan extensibles tanto a usuarios profesionales como a usuarios finales. Con ellas, se persigue reducir la posibilidad de que el poder acumulado por el guardián de acceso en un determinado mercado pueda extenderse a otros, impidiendo que este exija, para el disfrute de determinados servicios, el empleo de otros conexos. Tengamos presente que muchos de los potenciales *gatekeepers* prestan, a la vez, varios servicios, tanto más, varios

---

<sup>43</sup> Para un conocimiento más detallado de los conflictos existentes entre ambas entidades, *vid.* THE WALL STREET JOURNAL, «Spotify accuses Apple of stifling competition in EU complaint», <https://www.wsj.com/articles/spotify-files-eu-antitrust-complaint-over-apples-app-store-11552472861?mod=e2tw> (fecha de consulta: 13 de febrero de 2023).

<sup>44</sup> Se incluyen aquí los servicios de identificación, los motores de navegación web, los servicios de pago o los servicios técnicos que apoyan la prestación de servicios de pago, como los sistemas de pago para realizar compras integradas en una aplicación (considerando 43 DMA).

<sup>45</sup> Se amplía, en la versión final de esta medida, la redacción inicial prevista en el artículo 5.e) de la Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (y, con ella, los usuarios afectados y los servicios básicos de plataforma involucrados), donde sólo se preveía la obligación del *gatekeeper* de «abstenerse de exigir a los usuarios profesionales que utilicen, ofrezcan o interoperen con un servicio de identificación del guardián de acceso en el marco de los servicios ofrecidos por los usuarios profesionales que utilicen los servicios básicos de plataforma de ese guardián de acceso».

servicios básicos de plataforma (por ejemplo, Apple controla el sistema operativo *iOS* y, al mismo tiempo, el navegador web *Safari* o el asistente virtual *Siri*), incrementando, de no prohibir la precitada vinculación, el riesgo de concentrar aún más cuota de mercado.

En quinto lugar, volviendo a las obligaciones derivadas del tratamiento de datos y que persiguen poner coto a la generación masiva de efectos de red algorítmicos, se prohíbe al guardián de acceso utilizar, «[...] en competencia con los usuarios profesionales, ningún dato que no sea públicamente accesible generado o proporcionado por dichos usuarios profesionales en el contexto de su uso de los servicios básicos de plataforma pertinentes o de los servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma pertinentes, o en apoyo de tales servicios, incluidos los datos generados o proporcionados por los clientes de dichos usuarios profesionales. [...] los datos que no sean públicamente accesibles incluirán todos los datos agregados y desagregados generados por los usuarios profesionales que puedan inferirse o recopilarse a través de las actividades comerciales de los usuarios profesionales o sus usuarios finales, entre ellos los datos sobre los clics, las búsquedas, las visualizaciones y la voz, en los servicios básicos de plataforma pertinentes o en los servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso pertinentes, o en apoyo de tales servicios» [artículo 6.2 DMA].

Gracias a esta medida en pro de la equidad, se impide a los superintermediarios competir con los usuarios profesionales sirviéndose, para ello, de datos (personales o no personales) generados por estos últimos con ocasión del uso de los servicios básicos de plataforma. Está pensada, pues, para aquellos supuestos de integración vertical de los guardianes de acceso, donde, además de intermediar a los usuarios profesionales, compiten con ellos ofertando productos similares o sustitutivos.

Es lo que sucede con servicios básicos de intermediación en línea como Amazon (potencial guardián de acceso), que confecciona un espacio en el que la plataforma ejerce una doble función: posibilita que los usuarios profesionales vendan sus productos a los usuarios finales y, al mismo tiempo, interviene en ese mismo mercado como un usuario profesional más, en clara competencia con el resto, pero favorecidos por el empleo de ciertos instrumentos que le permitirían, de no prohibirse, obtener una ventaja del todo contraria al adecuado equilibrio que se ha de procurar en mercados conexos; entre estos instrumentos, se encontraría la utilización de datos necesarios para una adecuada intermediación, como gestor del mercado (datos privados de las empresas o, como indica el propio precepto, datos sobre los clics, las búsquedas, las visualizaciones o la voz), con fines ajenos a la misma, obteniendo una clara ventaja competitiva (competir con esos mismos productos, pero en desigualdad de condiciones, evitando los riesgos usuales de la competencia minorista y aprovechando su posición de dominio, lo que supondría una clara infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - TFUE<sup>46-</sup>)<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

<sup>47</sup> Al respecto, la Comisión Europea abrió una investigación formal para evaluar si el uso por parte de Amazon de datos de minoristas independientes que venden en su mercado para competir directamente con ellos violaba las normas de competencia de la Unión Europea. La Comisión Europea señaló que existen características particulares de Amazon que pueden dar lugar a la adopción de prácticas restrictivas de la competencia. Para un estudio más detallado de esta investigación, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, «Antitrust: Commission sends statement of objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices», [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077) (fecha de consulta: 14 de febrero de 2023).

En sexto lugar, en la misma línea de proteger la equidad en favor de los usuarios, esta vez finales, y abarcando servicios intermediarios de la sociedad de la información<sup>48</sup> (como los servicios de acceso a Internet -*Internet service providers*), se establece una obligación de no hacer, que exige a los *gatekeepers* no restringir, «[...] técnicamente o de otra manera, la capacidad de los usuarios finales para cambiar entre diferentes aplicaciones informáticas y servicios accesibles mediante los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso, y suscribirse a ellos, también en lo que respecta a la elección de los servicios de acceso a internet para los usuarios finales» [artículo 6.6 DMA]. Con ella, persigue el texto del Reglamento que los guardianes de acceso no puedan limitar la capacidad de los consumidores de acceder a los servicios de la sociedad de la información que se vean implicados.

En séptimo lugar, y con el propósito de reforzar la contestabilidad del mercado derivada de remover los obstáculos que reduzcan los efectos de cautividad de los consumidores, el artículo 6.9 DMA exige a los superintermediarios proporcionar «[...] a los usuarios finales y a terceros autorizados por un usuario final, a petición de estos y de forma gratuita, la portabilidad efectiva de los datos proporcionados por el usuario final o generados por la actividad del usuario final en el contexto del uso del servicio básico de plataforma pertinente, por ejemplo proporcionando instrumentos gratuitos para facilitar el ejercicio efectivo de dicha portabilidad de los datos, así como acceso continuo y en tiempo real a tales datos»<sup>49</sup>.

Centrados de nuevo en los datos, como elemento fundamental para el robustecimiento de la posición de los *gatekeepers* como puertas de acceso, se impone a estos la obligación de fomentar la multiconexión y, por ende, la innovación en el sector, al posibilitar la portabilidad de aquellos datos (de forma continua y en tiempo real) proporcionados por el usuario final o generados por él mismo al utilizar el servicio básico de plataforma de que se trate<sup>50</sup>. Este derecho a la

---

<sup>48</sup> Los servicios de la sociedad de la información son definidos [por remisión del artículo 2.3) DMA] en el artículo 1.1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DOUE L 241/1, de 17 de septiembre de 2015) como aquellos servicios prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Por su parte, los servicios intermediarios de la sociedad de la información aparecen conceptualizados, en nuestro país y con carácter previo, en la letra b) del anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), que transpone la 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 [Directiva sobre el comercio electrónico (Diario Oficial de las Comunidades Europeas -en adelante, DOCE- L 178/1, de 17 de julio de 2000)]. Esta Ley entiende por tales una subcategoría de aquellos, es decir, unos servicios de la sociedad de la información por los que «[...] se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información». Entre los servicios de intermediación se incluyen: en primer lugar, los servicios relativos a la provisión de acceso a Internet (*Internet service providers*); en segundo lugar, los que posibilitan la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones (*mere conduit* o *routing*); en tercer lugar, los servicios relativos a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios o destinatarios (*proxy caching* o *memoria tampón*); en cuarto lugar, los servicios que permiten el alojamiento, en los propios servidores, de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros (*hosting*), y, en quinto lugar, aquellos que proveen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o enlaces a otros sitios de Internet (*searching and linking*).

<sup>49</sup> Nada impediría, en principio, extender este mismo derecho de portabilidad a los usuarios profesionales (a fin de mejorar, en este caso, la equidad de las relaciones con la plataforma), desconociéndose el motivo por el que no se incluye esta importante previsión.

<sup>50</sup> Destaca, al respecto y por su relevancia fuera de nuestras fronteras, la sanción que, en 2021, la autoridad de competencia china, la State Administration for Market Regulation (SAMR), impuso a Alibaba, plataforma de este

portabilidad de los datos, que encuentra su antecedente más inmediato en el derecho a la portabilidad numérica en el sector de las telecomunicaciones<sup>51</sup>, es complementario del derecho previsto en los artículos 20 RGPD y 17 LOPDGDD, si bien estos últimos se refieren a los datos introducidos por los usuarios, mientras que la DMA abarca, también, los generados por su actividad en el seno de la plataforma.

Obvio es que, para poder llevar a efecto la portabilidad solicitada, será preciso que los guardianes de acceso establezcan normas comunes entre sí, propiciando una estructuración y normalización de los datos que favorezca la interoperabilidad. A tal efecto, y de conformidad con el artículo 46.1.b) DMA, la Comisión podrá adoptar actos de ejecución que contengan disposiciones detalladas sobre las medidas técnicas que las plataformas deberán aplicar para garantizar el adecuado cumplimiento de esta obligación; asimismo, parecería adecuado encomendar a las organizaciones europeas de normalización que desarrollasen normas para favorecer esta portabilidad, atendiendo a la previsión del artículo 48 DMA.

En octavo lugar, se encuentra el artículo 6.10 DMA, que exige a los prestadores designados por el artículo 3 DMA que proporcionen «[...] a los usuarios profesionales y a terceros autorizados por un usuario profesional<sup>52</sup>, a petición de estos y de forma gratuita, el acceso efectivo, de calidad, continuo y en tiempo real a los datos agregados o desagregados, y el uso de tales datos, incluidos los datos personales, que se proporcionen o se generen en el contexto de la utilización de los servicios básicos de plataforma o de los servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma pertinentes, o en apoyo de tales servicios, por parte de dichos usuarios profesionales y de los usuarios finales que recurran a los productos o servicios prestados por dichos usuarios profesionales. En relación con los datos personales, el guardián de acceso proporcionará tal acceso a los datos personales o su uso únicamente cuando tales datos estén directamente relacionados con el uso que los usuarios finales hayan hecho con respecto a los productos o servicios ofrecidos por el usuario profesional de que se trate a través del servicio básico de plataforma pertinente, y cuando el usuario final opte por tal intercambio prestando su consentimiento».

Con esta medida (que pivota, una vez más, en torno a los datos<sup>53</sup>) se busca, en cambio, mejorar la asimetría informativa y reforzar la equidad, obligando a las plataformas a permitir el acceso (de forma continua y en tiempo real) a los usuarios profesionales a aquellos datos (agregados o desagregados) por él suministrados o que se obtengan de su actividad dentro del servicio básico de plataforma de que se trate y, siempre que den su consentimiento en los términos de los

---

mismo país que presta servicios básicos de intermediación en línea. La sanción ascendió a 2.300 millones de euros (el equivalente a 18.200 millones de yuanes chinos) y se impuso por abuso de posición dominante desde el año 2015, derivada de la prohibición por la entidad a sus usuarios de inscribirse en las plataformas de terceros competidores [STATE ADMINISTRATION FOR MARKET REGULATION, «Administrative compliance decision», <https://www.samr.gov.cn> (fecha de consulta: 22 de febrero de 2023)].

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ AYUSO, Garantía administrativa de los derechos del interesado en materia de protección de datos personales, Bosch, Barcelona, 2021, p. 170.

<sup>52</sup> Alude a quienes, atendiendo a las previsiones de los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD, intervengan como encargados del tratamiento (considerando 60 DMA), es decir, a aquellas personas, físicas o jurídicas, autoridades públicas, servicios u otros organismos que traten datos personales por cuenta de las plataformas, que asumirán la condición de responsables del tratamiento [artículo 4.8) RGPD].

<sup>53</sup> Todas las obligaciones que la DMA impone en materia de datos se han de vincular con aquellas que el Reglamento P2B atribuye (sólo, bien es cierto) a los proveedores de servicios de intermediación en línea en el artículo 9, intitulado, precisamente, “Acceso a los datos”.

artículos 6.1.a) RGPD y 6 LOPDGDD, en relación con las interacciones que los usuarios finales hayan tenido en relación con los bienes o servicios ofertados por la empresa. Como se puede observar, estamos ante una exigencia que guarda claros paralelismos con la anterior, si bien se centra en el usuario profesional<sup>54</sup> y en un derecho distinto del de la portabilidad, como es el de acceso, que también encuentra cobijo en la normativa actual en materia de protección de datos personales, concretamente en los artículos 15 RGPD y 13 LOPDGDD<sup>55</sup>; dentro de esta regulación, el derecho de acceso es concebido como el derecho nuclear que sirve de base a todos los demás, toda vez que será necesario conocer, de forma actualizada, la situación actual de un tratamiento en un momento determinado para, seguidamente, determinar las facultades que el titular de los datos, el afectado, ostenta en relación con el mismo y con el modo de poder condicionarlo mediante el ejercicio de los demás derechos previstos en los artículos 16 a 22 RGPD y 14 a 18 LOPDGDD.

En noveno y último lugar, el Reglamento de Mercados Digitales concluye el elenco de obligaciones generales impuestas a todo aquel prestador de servicios básicos de plataforma que resulte designado guardián de acceso con el artículo 6.13. En él, se les impone la prohibición de establecer «[...] condiciones generales para poner fin a la prestación de un servicio básico de plataforma que sean desproporcionadas. El guardián de acceso garantizará que las condiciones para la resolución puedan ejercerse sin dificultades indebidas».

Estamos, en definitiva, ante una medida que, como buena parte de las anteriores, lucha por conseguir una mayor equidad entre la plataforma digital y los usuarios (sin especificar de qué tipo, aunque se entiende que alude, en su mayoría, a empresas), quienes deberán contar con una relativa facilidad y flexibilidad a la hora de renunciar a los servicios básicos de intermediación de la plataforma (similares a las existentes para incorporarse a ella), difuminando, con ello, las barreras de salida y reforzando, siquiera mediatamente, la posibilidad de que puedan acceder a servicios proporcionados por otras plataformas competidoras, en aras, al mismo tiempo, de una más amplia contestabilidad en el mercado<sup>56</sup>.

### 3.2. Otras obligaciones y derechos

Junto a las obligaciones generales que se imponen a los guardianes de acceso para conseguir una mayor disputabilidad y equidad en el sector digital, el Reglamento de Mercados Digitales incluye también, de forma dispersa a lo largo de su articulado, otras tantas medidas, muy heterogéneas, que tienen una vocación, si se quiere, más complementaria y sirven para conseguir la efectividad de las medidas previstas en el texto o, cuando menos, para delimitar más adecuadamente el

---

<sup>54</sup> Sin motivo alguno que impida, a priori, haber incluido también a los usuarios finales que, aun no pretendiendo cambiar de plataforma, sí que estuvieran interesados en acceder a información actualizada acerca del tratamiento de sus datos por parte de la misma.

<sup>55</sup> Sobre el derecho de acceso y su incidencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, *vid.* ANTONINO DE LA CÁMARA, «Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos», *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 4, 2017.

<sup>56</sup> Guarda relación esta obligación con la prevista para las plataformas digitales que, no teniendo necesariamente la condición de *gatekeeper*, prestan servicios básicos de plataforma de intermediación en línea. Aludimos a la obligación recogida en el artículo 8.b) del Reglamento P2B, que exige a estos prestadores, a fin de garantizar que las relaciones contractuales con los usuarios profesionales se desarrollen de buena fe y se basen en la lealtad de las relaciones comerciales, que garanticen «[...] que sus condiciones generales incluyen información sobre las condiciones en que los usuarios profesionales pueden terminar la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea».

ámbito de aplicación configurado por la DMA. Nos referimos a las que se mencionan a continuación:

- a) De una parte, resultaría posible integrar aquellas obligaciones previas a la designación de los gatekeepers y que, en algunos casos, influyen en la asunción de esta condición.

Dentro de esta clasificación podríamos mencionar el artículo 13, apartados 1 y 2, DMA, que impone a las plataformas digitales que ejercen como superintermediarios (y que, por esa misma razón, pueden llegar a asumir la condición de guardián de acceso) la obligación de proporcionar a la Comisión toda la información que esta considere necesaria. Y ello a los efectos de determinar si aquella ha incurrido en una práctica consistente en segmentar, dividir, subdividir, fragmentar o separar (ya sea contractual, comercial o técnicamente, o de cualquier otro modo) los servicios prestados para evitar, de manera subrepticia, alcanzar los umbrales cuantitativos que imponen su designación como *gatekeeper* merced al artículo 3.2 del Reglamento.

- b) De otra parte, podemos agrupar las medidas posteriores al nombramiento de una plataforma como guardián de acceso, medidas que, en buena parte, están relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 5, 6 y 7 DMA. Se incluyen en este elenco los siguientes artículos:

En primer lugar, el artículo 11 DMA, que impone al intermediador la elaboración y presentación a la Comisión de un informe que, con detalle y de manera transparente, describa las medidas que ha aplicado para dar cumplimiento a las obligaciones previstas en los tres preceptos anteriores, informe al que se habrá de adicionar un resumen no confidencial del mismo, que publicará la Comisión en su sitio web. El plazo para proporcionar ambos documentos será de seis meses (tal y como dispone el artículo 3.10 DMA), a contar desde el momento en el que se produjo la designación del guardián de acceso como tal, siendo periódica y regularmente actualizados en línea con la evolución de su actividad dentro del mercado.

En segundo lugar, el artículo 13, apartados 3, 4 y 6, DMA, que exige a las plataformas sometidas a la norma que cumplan, con plenitud y eficacia, las obligaciones recogidas en los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento. En este sentido, prosigue el segundo de los apartados, no podrán incurrir «[...] en ningún comportamiento que menoscabe el cumplimiento eficaz de las obligaciones establecidas en los artículos 5, 6 y 7, con independencia de que ese comportamiento sea contractual, comercial, técnico o de cualquier otra naturaleza, o consista en el recurso a técnicas basadas en el comportamiento o al diseño de interfaces» ni degradar, añade el tercero, «[...] las condiciones o la calidad de ninguno de los servicios básicos de plataforma prestados a los usuarios profesionales o los usuarios finales que se acojan a los derechos u opciones establecidos en los artículos 5, 6 y 7, ni dificultará indebidamente el ejercicio de esos derechos u opciones, incluido el hecho de ofrecer a los usuarios finales opciones de una manera que no sea neutra, o de subvertir la autonomía y la toma de decisiones o la capacidad de elección de los usuarios finales o de los usuarios profesionales a través de la estructura, el diseño, la función o el modo de funcionamiento de la interfaz de usuario o sus componentes», sin perjuicio de las competencias que se atribuyen a la Comisión por mor de los artículos 29, 30 y 31 DMA (artículo 13.8 DMA). Incurrir en una de estas dos actuaciones facultará a la Comisión para, incoando el oportuno procedimiento

(artículo 20 DMA), adoptar un acto de ejecución (conforme al artículo 8.2.3º DMA) en el que, impuestas, se detallan las medidas a adoptar por el guardián de acceso (artículo 13.7 DMA).

En tercer lugar, el artículo 14 DMA, que, en su apartado primero, obliga a los superintermediarios a informar a la Comisión (antes de su ejecución y tras la celebración del correspondiente acuerdo, anuncio de licitación pública o adquisición de una participación mayoritaria) de toda concentración prevista que incurra en el supuesto descrito por el artículo 3 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en lo sucesivo, Reglamento comunitario de concentraciones)<sup>57</sup>. Para ello, será necesario que las entidades que se fusionen o aquella que resulte de la concentración preste alguno de los servicios básicos de plataforma del artículo 2.2) DMA o cualquier otro servicio en el sector digital o posibilite la recogida de datos (ya sean personales y/o no personales, no se especifica).

La información proporcionada será transmitida a las autoridades nacionales competentes para la publicación anual de un listado que, salvaguardando los eventuales intereses legítimos de las empresas afectadas en la protección de sus secretos comerciales, informe de las adquisiciones realizadas (artículo 14.4 DMA). También se remitirá, por dichas autoridades, una solicitud a la Comisión a los efectos de examinar si la concentración incurre en el supuesto del artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones (que aborda supuestos de concentración que, aun no teniendo dimensión europea, afectan al comercio entre Estados miembros y amenazan con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del país comunitario o de los países comunitarios que presentan la solicitud); y lo anterior, aun cuando la actividad emprendida no resultara notificable a la Comisión en virtud de la DMA o a una autoridad nacional en materia de competencia atendiendo a la legislación interna aplicable. Esta información anterior incluirá el contenido previsto en el apartado segundo (empresas afectadas por la concentración; volúmenes de negocio anuales en territorio comunitario y fuera de él; ámbitos de actividad y actividades relacionadas directamente con la concentración, así como el valor de transacción del contrato o una estimación, junto con un resumen sobre la concentración, incluida su naturaleza y justificación; lista de los Estados miembros afectados; volumen de negocio anual en la Unión Europea de cada servicio básico de plataforma afectado, y número de usuarios profesionales y finales activos anuales y mensuales, respectivamente).

Si, del resultado de la información suministrada y de la concentración efectuada, la plataforma concluye que los servicios básicos adicionales afectados por la concentración alcanzan o superan, por separado, los umbrales cuantitativos que determinan que son una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, el *gatekeeper* deberá ponerlo en conocimiento de la Comisión. Y deberá hacerlo en el plazo de los dos meses siguientes a la ejecución de dicha concentración, facilitando la información prevista en el artículo 3.2 del Reglamento (artículo 14.3 DMA).

---

<sup>57</sup> DOUE L 24/1, de 29 de enero del año 2004. El apartado primero de este precepto concibe como concentración aquella actuación que motiva un cambio duradero del control merced a la concurrencia de alguna de las dos siguientes circunstancias: «a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas».



En cuarto lugar, el artículo 15 DMA, que exige:

Uno, la presentación, por las plataformas designadas como guardianes de acceso, de una auditoría independiente que describa las técnicas que, empleadas para la elaboración de perfiles de los usuarios finales, apliquen en los servicios básicos que resulten afectados por la Decisión de designación.

Dos, la publicación de un resumen de la descripción auditada anterior, que podrá tener en consideración la protección de sus secretos comerciales.

Ambos documentos serán actualizados, al menos, una vez al año. El plazo para su presentación a la Comisión [que podrá, merced al artículo 46.1.g) DMA, adoptar un acto de ejecución que especifique la metodología y el procedimiento a seguir para que los guardianes de acceso elaboren y presenten tal auditoría] se extiende al intervalo de los seis meses posteriores al nombramiento como *gatekeeper*; la Comisión, a su vez, la remitirá al Comité Europeo de Protección de Datos<sup>58</sup> e incluirá una valoración global de todos ellos en el informe anual que deberá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo en virtud del artículo 35.2.c) DMA.

En quinto lugar, el artículo 28 DMA, que obliga a los guardianes de acceso: a) a instaurar una función de comprobación y control, a nivel interno, del cumplimiento de la DMA; b) a asegurar que esta función cuenta con la autoridad, la dimensión y los recursos suficientes, así como con acceso al órgano de dirección del *gatekeeper*; c) a definir y supervisar la aplicación de los mecanismos de gobernanza que garanticen la independencia de la función de comprobación del cumplimiento, respondiendo de la aplicación de tales mecanismos, incluido el reparto de responsabilidades<sup>59</sup> en la organización del prestador y la prevención de conflictos de intereses; d) a aprobar y revisar, con la periodicidad oportuna (mínimo, una vez al año), las estrategias y políticas encaminadas a asumir, gestionar y controlar el mencionado cumplimiento, y e) a dedicar tiempo suficiente a dicha gestión y control, participando de forma activa en las decisiones relativas a la gestión y la ejecución de la DMA y velando por que se les asignen a dichas tareas los recursos adecuados.

Esta sección será independiente de las funciones operativas de la plataforma y estará integrada por uno o más agentes de cumplimiento o verificación, que deberán poseer las cualificaciones profesionales, los conocimientos, la experiencia y la capacidad necesarios

---

<sup>58</sup> Para un estudio en profundidad de este organismo, *vid.* CERVERA NAVAS, «El Comité Europeo de Protección de Datos», en PIÑAR MAÑAS (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 527 ss. Asimismo, GONZÁLEZ FUSTER, «El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD): territorio desconocido», en GARCÍA MAHAMUT/TOMÁS MALLÉN (dirs.), *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 161 ss.

<sup>59</sup> En torno a la responsabilidad de los prestadores de servicios básicos de plataforma, *vid.* CASTELLÓ PASTOR, «Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la Propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales», en CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 37 ss.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Intermediación electrónica y generación de confianza en la Red: escenarios de riesgos y responsabilidad», *Revista española de seguros: publicación doctrinal de Derecho y Economía de los seguros privados*, núms. 153-154, 2013, pp. 43 ss.

para desempeñar sus cometidos, que se circunscriben, como mínimo: a) a organizar, supervisar y controlar las medidas y las actividades de los superintermediarios encaminadas a garantizar el cumplimiento de la DMA; b) a informar y asesorar a la dirección y a los empleados de la plataforma en relación con el cumplimiento del Reglamento; c) en su caso, a controlar el cumplimiento de los compromisos que se hayan hecho vinculantes con arreglo al artículo 25 DMA, sin perjuicio de la capacidad de la Comisión para nombrar expertos externos independientes de conformidad con el artículo 26.2 del mismo texto, y d) a cooperar con la Comisión a los efectos de dar cumplimiento a sus obligaciones en virtud de dicha Norma.

Al frente de los agentes de cumplimiento se incluirá, con carácter preeminente, a un responsable (cuyo nombre y datos de contacto la plataforma digital deberá remitir a la Comisión), que será un alto directivo independiente con responsabilidad específica para el desempeño de su función de comprobación. Este responsable no podrá ser sustituido sin la autorización previa del órgano de dirección del guardián de acceso y asumirá un deber claro de información directa a su superior jerárquico, al que le podrá comunicar sus preocupaciones y advertencias cuando exista un riesgo de incumplimiento del Reglamento de Mercados Digitales, sin perjuicio de las responsabilidades de dicho órgano de dirección en el desarrollo de sus funciones de supervisión y gestión<sup>60</sup>.

En sexto lugar, el artículo 26.1 DMA, que, para controlar el cumplimiento de las obligaciones de los artículos 5 a 7 DMA y de las decisiones que se adopten al amparo de los artículos 8, 18, 24, 25 y 29 del mismo texto, prevé la posibilidad que tiene la Comisión de adoptar las acciones que resulten necesarias. Al respecto, no concreta cuáles pueden ser, de modo que quedarían abiertas a aquellas que, en cada momento, se consideren convenientes, adecuadas y proporcionadas (como, por ejemplo, la de imponer a los *gatekeeper* la obligación de conservación de aquellos documentos que se estimen procedentes a fin de comprobar la aplicación y el cumplimiento de las decisiones y obligaciones correspondientes).

- c) Por último, mencionaremos las obligaciones aplicables a las plataformas con independencia del momento temporal, anterior o posterior, en el que se encuentre su nombramiento como guardianes de acceso, siempre y cuando deban llevar a término el cumplimiento de alguna de las medidas previstas en el texto.

Mencionamos aquí el artículo 13.5 DMA, que, en materia de datos personales, exige a estos prestadores, para garantizar la concurrencia del necesario consentimiento cuando esta sea la

---

<sup>60</sup> Podemos advertir una clara similitud, al menos en la configuración normativa de sus funciones, entre este responsable del cumplimiento de la DMA y el delegado de protección de datos (en inglés, *data protection officer*, también conocido por el acrónimo, español o inglés, de DPD o DPO, respectivamente). Lo cierto es que, cuando el primero deba controlar y comprobar el adecuado cumplimiento de las obligaciones que incumben al guardián de acceso en cuestión y que están relacionadas con el tratamiento de datos personales, deberá contar con la asistencia del DPO, con respecto al cual no tendrá superioridad jerárquica alguna, pues ambos se hallarán sometidos a un mismo responsable común, como es la plataforma digital, que asumirá, al mismo tiempo, la condición de responsable del tratamiento en los términos del precitado artículo 4.7) RGPD. Para un estudio más profuso de la figura del delegado de protección de datos, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, «La figura del *data protection officer* en la contratación pública en España», *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 309 ss.; RODRÍGUEZ AYUSO, «Sanciones relacionadas con la figura del delegado de protección de datos», en DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS/DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS (coords.), *Análisis práctico de sanciones en materia de protección de datos -divididas por conceptos y sectores-*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 663 ss.

base jurídica del tratamiento (tratamiento consistente, en este supuesto, en la recogida, el cruce y la puesta en común de los datos), permitir a los usuarios profesionales que operan en la plataforma que sean ellos los que, directamente y de forma sencilla, lo obtengan de los usuarios finales. También se añade la necesidad de que tales plataformas adopten medidas para dar cumplimiento adecuado a las disposiciones del RGPD (y, en su caso, se entiende, de la normativa nacional de los Estados miembros que complemente o desarrolle, en su caso, los postulados del RGPD) o de la Directiva 2002/58/CE, si bien se incluye, en este caso y como ejemplo, el suministro de datos anonimizados a los usuarios profesionales cuando, como sabemos, estos no tienen la consideración de datos personales y, por ende, su remisión a terceros no dan lugar a cumplimiento alguno de la normativa anterior, sino que, más bien, la eluden. De no satisfacer adecuadamente cuanto establece este apartado quinto, la Comisión podrá actuar del modo previsto en el apartado séptimo de este mismo precepto.

Al margen de estas obligaciones anteriores, existirán también recomendaciones que podrán afectar a los superintermediarios así designados. Se incluye, aquí, el artículo 27 DMA, que prevé la posibilidad de que cualquier tercero, incluidos los usuarios profesionales, los competidores de tales plataformas o los usuarios finales, así como sus representantes, informen a la autoridad nacional competente en asuntos de competencia del Estado o, directamente, a la Comisión, de cualquier práctica o comportamiento de los *gatekeeper* que entre dentro del ámbito de aplicación de la DMA. Esta iniciativa no condicionará, empero, la plena discrecionalidad de estos órganos de adoptar, o no, las medidas que procedan ni de hacer, o no, un seguimiento de la información proporcionada, pero sí determinará la obligación de la autoridad nacional competente en asuntos de competencia de remitir a la Comisión la información cuando de ella se desprenda la posible existencia de un problema de incumplimiento del Reglamento de Mercados Digitales.

De igual modo, se incluirán derechos en favor de los guardianes de acceso (o de la empresa o asociación de empresas de que se trate), como los derechos a ser oídos y de acceso al expediente, recogidos ambos en el artículo 34 DMA. En concreto, este precepto (apartados 1, 2 y 3) prevé la posibilidad de que estos superintermediarios sean oídos por la Comisión antes de que esta adopte una decisión con arreglo a los artículos 8 (cumplimiento de las obligaciones de los guardianes de acceso), 9.1 (suspensión en el cumplimiento de una obligación específica), 10.1 (exención en el cumplimiento de una obligación específica), 17 (investigación de mercado para designar a los guardianes de acceso), 18 (investigación de mercado sobre un incumplimiento sistemático), 24 (medidas cautelares), 25 (compromisos ofrecidos), 29 (supuestos de incumplimiento de las obligaciones), 30 (multas sancionadoras) y 31.2 DMA (multas coercitivas), en relación, de un lado, con las conclusiones preliminares de la Comisión, donde se incluye cualquier asunto respecto del que este órgano haya formulado objeciones, y, de otro, con las medidas a adoptar en vista de las conclusiones preliminares anteriores, pudiendo presentar observaciones a estas últimas en un plazo que, a fijar en ellas, no podrá ser inferior a catorce días; en las conclusiones preliminares y en las observaciones derivadas, en su caso, de tales observaciones, la Comisión basará su decisión. El apartado 4 del artículo 34 prevé, por su parte, el derecho de acceso al expediente de la Comisión «[...] en las condiciones de revelación, sin perjuicio del interés legítimo de las empresas de proteger sus secretos comerciales» y sin ser extensivo a la información confidencial o a la documentación interna de la Comisión o de las autoridades competentes de los Estados miembros, donde se incluye el intercambio de correspondencia entre una y otras.

## 4. Conclusiones

Varias son las conclusiones que pueden extraerse de todo cuanto se ha expuesto a lo largo de este estudio:

En primer lugar, hemos podido advertir la presencia de un nuevo paquete normativo que, en el sector digital, disciplina la actividad de las plataformas. Hacemos referencia, así, a la DSA y a la DMA.

En segundo lugar, partiendo de las premisas anteriores, hemos centrado nuestra atención en el Reglamento de Mercados Digitales, que establece los requisitos de designación de aquellos superintermediarios que prestan servicios básicos de plataforma con un protagonismo tal que están en condiciones de restringir o limitar la entrada y salida de competidores en el mercado, afectando a la disputabilidad en el conjunto del ecosistema, y de alterar la, siempre recomendable, lealtad de las relaciones con los usuarios (profesionales y finales, empresas y consumidores) intermediados.

Estos servicios básicos de plataforma quedan delimitados, en tercer lugar, en un listado inicial *numerus clausus*, susceptible de ser ampliado si circunstancias sobrevenidas así lo aconsejan. Dicho listado está integrado por los servicios de intermediación en línea, por los motores de búsqueda en línea, por los servicios de redes sociales en línea; por los servicios de plataforma de intercambio de vídeos; por los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; por los sistemas operativos; por los navegadores web; por los asistentes virtuales; por los servicios de computación en nube, y por los servicios de publicidad en línea, incluidas 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 enumerados anteriormente.

En cuarto lugar, se advierte el empleo intermitente de criterios cuantitativos y cualitativos para determinar los umbrales que, una vez alcanzados, motivan la designación de los, así denominados, “guardianes de acceso” o “*gatekeepers*”. Los primeros posibilitarán una mayor objetividad en el nombramiento de estos prestadores por parte de la Comisión, mientras que los segundos permitirán que supuestos excepcionales puedan ser también contemplados, bien para exonerar a determinadas plataformas que, pese a alcanzar tales umbrales, no han de merecer esta designación, bien para, *sensu contrario*, poder incluir en este elenco a determinados prestadores que, por el poder central que ejercen en el mercado, actúan como superintermediarios aun cuando no cumplan las exigencias del artículo 3.2 DMA.

En quinto lugar, hemos concretado el objetivo perseguido por la DMA, como es el de procurar una mayor contestabilidad y equidad en el sector digital. El principio de disputabilidad atiende a las relaciones *ad extra*, del *gatekeeper* con el resto de plataformas digitales, procurando un entorno en el que, progresivamente, se supriman los obstáculos de todo tipo para fomentar la innovación y las opciones de elección de los consumidores. El principio de lealtad, por su parte, prima las relaciones *ad intra*, es decir, aquellas que tienen lugar entre el guardián de acceso y los usuarios (preeminentemente, profesionales) que se sirven de la intermediación para poder acceder a los usuarios finales, persiguiendo un mayor equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

En sexto lugar, y para la consecución de los fines supra citados, la DMA instaura un conjunto de obligaciones asimétricas ciertamente enmarañado, por cuanto que, dependiendo del caso, afectará a todos, algunos o uno de los servicios básicos de plataforma y, por ende, a todos, algunos o uno de estos prestadores de servicios de la sociedad de la información. Además, unas obligaciones perseguirán preeminentemente la disputabilidad del mercado, mientras que otras tenderán a mejorar la equidad de las relaciones entre la plataforma y quienes de ella se sirven. Por último, algunas medidas se centrarán en datos (buena parte de ellas) para un mejor reparto de los efectos de red algorítmicos, mientras que otras tenderán a conseguir una más adecuada redistribución de los clásicos efectos de red directos e indirectos.

En séptimo y último lugar, junto a las medidas que se imponen a los guardianes de acceso con carácter esencial o primordial, el Reglamento de Mercados Digitales incluye también, de forma dispersa a lo largo de su articulado, otras tantas medidas, muy heterogéneas, que complementan o imprimen una mayor efectividad a las obligaciones y prohibiciones anteriores, contribuyendo a delimitar más adecuadamente el ámbito de aplicación configurado por la DMA. De ellas, habrá algunas que operen con carácter previo a la designación de los *gatekeepers* y que, en algunos casos, influirán, de hecho, en la asunción de esta condición; otras, en cambio (las más numerosas), serán posteriores al nombramiento de los superintermediarios y estarán relacionadas con el cumplimiento de los artículos 5, 6 y 7 DMA, y, finalmente, las habrá que, resulten aplicables con independencia del momento en el que se produzca la atribución de esta condición.

Este estudio surge, en definitiva, para arrojar claridad a este complejo entramado obligacional, delimitando el régimen jurídico aplicable y, dentro de él, los servicios afectados por cada medida y los fines concretos perseguidos por cada una de ellas.

## 5. Bibliografía

ANTONINO DE LA CÁMARA, Mar, «Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos», *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 4, 2017.

ARCEP, *Plateformes numériques structurantes: éléments de réflexion relatifs à leur caractérisation*, 2019.

BAÑO LEÓN, José María, «La aplicación del Derecho "antitrust" a la Administración Pública», en GUILLÉN CARAMÉS, Javier (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 61 ss.

BAUMOL, William/PANZAR, John/WILLIG, Robert, *Contestable markets and the theory of industry structure*, Harcourt College Pub, San Diego, 1982.

BAKER, Jonatan, «Market definition: an analytical overview», *Antitrust Law Journal*, núm. 74, 2007, pp. 129 ss.

BLAIR, Roger/SOKOL, Daniel, *The Oxford handbook of international antitrust economics*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 234.

CASES PALLARÈS, Lluís, «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Derecho de la regulación económica*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 425 ss.

CASTELLÓ PASTOR, José Juan, «Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la Propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales», en CASTELLÓ PASTOR, José Juan (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Cizur Menor, 2021, pp. 37 ss.

CERVERA NAVAS, Leonardo, «El Comité Europeo de Protección de Datos», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 527 ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Documento de posición de la CNMC sobre la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Digital Services Act (DSA) y la New Competition Tool (NCT)*, <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/documentos-posicion/consulta-ce-plataformas-digitales> (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

EUROPEAN COMMISSION, «Antitrust: Commission sends statement of objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices», [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077) (fecha de consulta: 14 de febrero de 2023).

FURMAN, Jason, *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019.

GONZÁLEZ FUSTER, Gloria, «El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD): territorio desconocido», en GARCÍA MAHAMUT, Rosario/TOMÁS MALLÉN, Beatriz (dirs.), *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 161 ss.

HOVENKAMP, Herbert, «Antitrust and platform monopoly», *The Yale Law Journal*, núm. 130, 2021, pp. 1952 ss.

JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa, «Los “mercados” de las plataformas digitales de economía colaborativa: ¿Es realmente necesaria la redefinición del concepto de mercado de referencia?», en MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 135 ss.

LAMADRID DE PABLO, Alfonso/BAYÓN FERNÁNDEZ, Nieves, «Digital Markets Act: La Comisión Europea propone la creación de un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas», [https://www.garrigues.com/es\\_ES/garrigues-digital/digital-markets-act-comision-europea-propone-creacion-nuevo-regimen-regulatorio](https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-markets-act-comision-europea-propone-creacion-nuevo-regimen-regulatorio) (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, «La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”): una aproximación jurídica», en MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 116.

MONTERO PASCUAL, Juan José, *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MONTERO PASCUAL, Juan José/FINGER, Matthias, *La regulación de las nuevas industrias en red: plataformas digitales en las comunicaciones, transportes y energía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MONTERO PASCUAL, Juan José, «La regulación de las plataformas digitales en la Propuesta de Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea», en ORTEGA BURGOS, Enrique (dir.), *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 359 ss.

ROCHET, Jean-Charles/TIOLE, Jean, «Platform competition in two-sided markets», *Journal of the European Economic Association*, núm. 1-4, 2003, pp. 990 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Garantía administrativa de los derechos del interesado en materia de protección de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2021.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «La figura del data protection officer en la contratación pública en España», *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 309 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «Sanciones relacionadas con la figura del delegado de protección de datos», en DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena/DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura (coords.), *Análisis práctico de sanciones en materia de protección de datos -divididas por conceptos y sectores-*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 663 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*, Dykinson, Madrid, 2020.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «Protección de datos personales en el contexto de la Covid-19: legitimación en el tratamiento de datos de salud por las Administraciones Públicas», *Revista catalana de Dret públic*, núm. extra 3, 2020, pp. 137 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «El arbitraje electrónico como medio de resolución de controversias turísticas», *Diario La Ley*, núm. 8514, 2015.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2, 2021, pp. 403 ss.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Intermediación electrónica y generación de confianza en la Red: escenarios de riesgos y responsabilidad», *Revista española de seguros: publicación doctrinal de Derecho y Economía de los seguros privados*, núms. 153-154, 2013, pp. 43 ss.

STATE ADMINISTRATION FOR MARKET REGULATION, «Administrative compliance decision», <https://www.samr.gov.cn> (fecha de consulta: 22 de febrero de 2023).

THE WALL STREET JOURNAL, «Spotify accuses Apple of stifling competition in EU complaint», <https://www.wsj.com/articles/spotify-files-eu-antitrust-complaint-over-apples-app-store-11552472861?mod=e2tw> (fecha de consulta: 13 de febrero de 2023).

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Expediente de concentración económica 33/98, Havas/Grupo Anaya (NV-145 del Servicio de Defensa de la Competencia).

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, «El papel del Derecho de la competencia en la era digital», *Revista de estudios europeos*, núm. 78, 2021, pp. 93 ss.

VIDA FERNÁNDEZ, José, «La articulación jurídica del entorno digital: insuficiencias y soluciones en la delimitación de los sectores de referencia ante el desafío de los servicios *Over The Top* (OTT)», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2021, pp. 290 ss.

ZURIMENDI ISLA, Aitor/FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, Ainhoa, «Naturaleza jurídica de las plataformas digitales», *Revista General de Derecho de los sectores regulados: RSR*, núm. 6, 2020.