

OBLIGACIONES *EX ANTE* PARA PROMOVER LA DISPUTABILIDAD Y LA EQUIDAD EN MERCADOS DIGITALES RELEVANTES: EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS *GATEKEEPERS*

EX ANTE* OBLIGATIONS TO PROMOTE CONTESTABILITY AND FAIRNESS IN RELEVANT DIGITAL MARKETS: THE NEW LEGAL REGIME FOR *GATEKEEPERS

JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Coordinador Académico del Grado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

jfrodriguez@der.uned.es

RESUMEN: La fuerte irrupción de las plataformas como grandes protagonistas de un mercado digital que copa cada vez más grandes cuotas de la actividad económico-social de ciudadanos y empresas impone la necesidad de regular su actividad, más cuando el poder de intervención que ejercen es superlativo. Surge, pues, el Reglamento de Mercados Digitales, que, merced a la articulación de un gran número de obligaciones de muy diversa naturaleza, persigue dotar de una mayor disputabilidad y equidad al conjunto del ecosistema en el seno de la Unión Europea. Sobre estas medidas ahondaremos en el presente estudio, analizando el ámbito de aplicación y los fines que cada una de ellas persiguen para cada concreto servicio básico de plataforma.

PALABRAS CLAVE: plataforma; guardián de acceso; ecosistema; servicio de la sociedad de la información; intermediación

ABSTRACT: The strong emergence of platforms as the main players in a digital market that is taking an increasingly large share of the economic and social activity of citizens and companies makes it necessary to regulate their activity, especially when the power of intervention they exercise is superlative. Thus, the Digital Markets Act emerged, which, thanks to the articulation of a large number of obligations of a very diverse nature, aims to provide greater contestability and fairness to the entire ecosystem within the European Union. We will examine these measures in depth in this study, analysing the scope of application and the purposes that each of them pursues for each specific basic platform service.

KEYWORDS: platform; gatekeeper; ecosystem; information society service; intermediation

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN ASIMÉTRICA DE LAS OBLIGACIONES PARA LA PROMOCIÓN, *EX ANTE*, DE LA DISPUTABILIDAD Y DE LA EQUIDAD EN EL MERCADO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES QUE EJERCEN COMO GUARDIANES DE ACCESO 1. Servicios de intermediación en línea. 2. Motores de búsqueda en línea. 3. Servicios de redes sociales en línea. 4. Servicios de plataforma de intercambio de vídeos. 5. Servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración. 6. Sistemas operativos. 7. Navegadores web. 8. Asistentes virtuales. 9. Servicios de computación en nube. 10. 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 en los apartados 1 a 9 del presente epígrafe. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS. I. INTRODUCTION. II. ASYMMETRIC REGULATION OF OBLIGATIONS FOR THE PROMOTION, EX ANTE, OF DISPUTABILITY AND FAIRNESS IN THE MARKET OF DIGITAL PLATFORMS SERVING AS GATEKEEPERS. 1. Online intermediation services. 2. Online search engines. 3. Online social networking services. 4. Video-sharing platform services. 5. Number-independent interpersonal communications services. 6. Operating systems 7. Web browsers. 8. Virtual assistants. 9. Cloud computing services 10. Online advertising services, including advertising networks, advertising exchange platforms and any other advertising intermediation services, provided by an undertaking that provides any of the core platform services listed in paragraphs 1 to 9 of this heading. III. CONCLUSIONS. IV. BIBLIOGRAPHY

I. INTRODUCCIÓN*

Las plataformas, concebidas como estructuras integradas por múltiples lados que intermedian interacciones entre todas las partes que conforman un ecosistema¹ de relaciones de diversa naturaleza², ha adquirido progresiva relevancia merced a la irrupción y fuerte consolidación de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación. En efecto, la aparición de Internet ha motivado que los mercados digitales, y las plataformas que operan en ellos³, adquieran un paulatino protagonismo en la ordenación de la actividad económico-social de los individuos y de las empresas, ejerciendo un papel central a la hora de ordenar y maximizar las transacciones que se producen en el seno de este espacio.

Lo anterior determina 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. En este contexto, surge recientemente un paquete normativo dirigido a disciplinar la actividad de las plataformas en el sector digital y, quién sabe, conseguir la soberanía digital de la Unión Europea⁴. 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*)⁵, que se une, en aras de proteger la, supra citada,

* Trabajo 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. ORCID ID: 0000-0003-4721-1465.

¹ Término habitualmente empleado en la doctrina económica para aludir al hecho de que este tipo de plataformas, frente a los mercados tradicionales y habituales, suelen operar en múltiples mercados simultáneamente, de suerte que, a menudo, resulta difícil categorizarlas en un sector concreto de actividad, por la compleja naturaleza de las funciones que desempeñan; *vid.*, al respecto, MARTY, Frédéric y MOUTON, Jeanne, «Ecosystems as quasi-essential facilities: should we impose platform neutrality?», *Journal of Law, Market & Innovation*, núm. 1, 2022, pp. 108 ss.

² BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Manual de Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 156.

³ DÍAZ ESTELLA, Fernando, «The DMA: a new Regulation for -or against- Digital Markets in the EU?», *SSRN*, núm. 1, 2023.

⁴ BARRIO ANDRÉS, Moisés, «El nuevo Reglamento europeo de Mercados Digitales», *Diario la Ley*, núm. 10155, 2022.

⁵ 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 un aspecto relevante, pues, «[...] aunque los guardianes de acceso tienden a adoptar modelos de negocio y estructuras algorítmicas mundiales o al menos

equidad, al, previamente existente, 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 - acrónimo de *Platform to Business*)-⁶, que, a diferencia de la 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*)⁷.

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 entre los distintos Estados miembros) en el mercado interior digital (artículo 1.5, *ab initio*, DMA). Ahora bien, esta vocación, claramente tendente a la unicidad, se acompaña, al menos en relación al primero de los textos anteriores, de una previsión que deja abierta la posibilidad a que los países comunitarios puedan «[...] 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» (artículo 1.5, *in fine*, DMA).

De ellos, y por sus fuertes repercusiones socioeconómicas, nos centraremos en el primero, que será presumiblemente aplicable a grandes tecnológicas (estamos pensando en entidades como 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 competitivas⁸. Este texto legal disciplina cuestiones no suficientemente cubiertas por la legislación, nacional o supranacional, preexistente y complementa (que no sustituye⁹) 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*¹⁰, 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 en mercados de interés general antes de que estas se desarrollen¹¹.

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».

⁶ DOUE L 186/57, de 11 de julio de 2019.

⁷ DOUE L 277/1, de 27 de octubre de 2022.

⁸ 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, pp. 116-117.

⁹ MONTERO PASCUAL, Juan José y FINGER, Matthias, *La regulación de las nuevas industrias en red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 387-388.

¹⁰ VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, «El papel del Derecho de la competencia en la era digital», *Revista de estudios europeos*, núm. 78, 2021, p. 107.

¹¹ En la misma línea, los considerandos 10 y, sobre todo, el 11 DMA, que subraya 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

La DMA parte de un concepto básico en torno al cual articula la posterior delimitación del régimen de obligaciones de quienes, en determinadas condiciones y bajo ciertas salvaguardas, prestan este tipo de servicios. Aludimos al término “servicio básico de plataforma” [artículo 2.2) del Reglamento de Mercados Digitales], que, lejos de arrojar una definición de esta categoría general, se limita a delimitarla, incluyendo, a modo de elenco *numerus apertus*¹², una serie de servicios (gran parte de los cuales se refieren a plataformas que brindan servicios digitales, mientras que otras se centran en controlar e influir en el acceso a dichos servicios -como sucede, por ejemplo, con los sistemas operativos o los asistentes virtuales-¹³) que, entonces sí, define y que, por su relevancia, pasamos a enumerar:

En primer lugar, se encuentran los servicios de intermediación en línea¹⁴ [artículo 2.2.a) DMA], definidos [artículo 2.5) DMA], por remisión, en el artículo 2.2 del Reglamento P2B como aquellos servicios que satisfacen, cumulativamente, tres requisitos:

- a) Son servicios de la sociedad de la información, cualidad de la naturaleza jurídica de estos servicios extensible a todos los demás servicios básicos de plataforma. Los servicios de la sociedad de la información aparecen 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 información¹⁵, que, bajo el escueto término de “servicio”, los singulariza mediante la enumeración (sobradamente conocida por las aportaciones de sus precedentes normativos, por ella derogados¹⁶) de los elementos de los que, necesariamente, deben estar provistos:

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 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, no obstante lo anterior, esta nueva regulación puede suponer en el Derecho de la competencia, *vid.* LAMADRID DE PABLO, Alfonso y 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 (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

¹² Se han incluido, en el propio texto de la norma, aquellos que, en la actualidad, se consideran más relevantes o que tienen un mayor efecto por el poder que ejercen los guardianes de acceso que en ese mercado presumiblemente intervienen. Empero, nada impide que este grupo de servicios básicos de plataforma pueda verse posteriormente ampliado o reducido por la Comisión (que asume un poder incontestable en la regulación de estas grandes plataformas) mediante la inclusión de otros servicios del sector digital [definido, este, en el artículo 2.3) DMA] o de la supresión de alguno de los ya existentes, siempre que la investigación de mercado que se lleve a cabo de conformidad con el artículo 19 DMA desemboque en una propuesta legislativa de modificación del artículo 2.2) del Reglamento en aras de «[...] garantizar que el presente Reglamento se mantiene actualizado y constituye una respuesta normativa eficaz y holística a los problemas planteados por los guardianes de acceso» (considerando 77 DMA). Pese a ello, autores como 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, p. 362, critica «[l]a definición de una lista cerrada de servicios, en mercados de tecnologías que evolucionan tan rápidamente, sin una cláusula que permita definir nuevos servicios a regular», ya que «[...] plantea el riesgo de que el Reglamento quede desfasado y surja un nuevo servicio no incluido en la lista cerrada y que plantee problemas de competencia».

¹³ EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, *Regulating digital gatekeepers*, 2020.

¹⁴ Es el caso, por ejemplo, de Airbnb o de Amazon.

¹⁵ DOUE L 241/1, de 17 de septiembre de 2015.

¹⁶ Aludimos, en esencia, a la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas

ser prestado normalmente a cambio de una remuneración¹⁷, a distancia (es decir, sin que las partes estén físicamente presentes de forma simultánea), por vía electrónica (pues tienen que ser enviados desde la fuente y recibidos por el destinatario por medio de equipos electrónicos de tratamiento -incluida la compresión digital- y de almacenamiento de datos, transmitiéndose, canalizándose y recibiendo enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético) y a petición individual de un destinatario de servicios. Las plataformas digitales, en cuanto coordinadoras de mercados en los que facilitan la estructura que pone en contacto a diferentes usuarios con intereses en común, prestan, efectivamente, servicios de la sociedad de la información de intermediación¹⁸.

- b) Permiten a los usuarios profesionales¹⁹ ofrecer bienes o servicios a los consumidores (usuarios finales), con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre ambos, con independencia de dónde (dentro o fuera de la plataforma) aquellas concluyan en última instancia.
- c) Se prestan sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor (la plataforma digital) y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los usuarios finales. Esta última exigencia es la que, realmente, diferencia este tipo de servicio básico de intermediación de otros que veremos seguidamente (y que, bien es cierto, ahondan, en su definición, en rasgos diferenciadores más singularizadores), los cuales, como plataformas digitales que

y reglamentaciones técnicas (Diario Oficial de las Comunidades Europeas -DOCE- L 204/37, de 21 de julio de 1998), derogada merced al artículo 10 de la Directiva 2015/1535. Tras la modificación introducida por el artículo 1.2.a) de la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DOCE L 217/18, de 05 de agosto de 1998), se añade en el texto de la Directiva 98/34/CE la definición de servicio de la sociedad de la información; y lo hace en unos términos que, plasmados, posteriormente y por remisión, en la, todavía en vigor, 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 [conocida como Directiva sobre el comercio electrónico o DCE (DOCE L 178/1, de 17 de julio de 2000), establece, por primera vez, un régimen jurídico para este tipo de servicios], hereda finalmente la Directiva 2015/1535.

¹⁷ La DCE prevé, específicamente, la posibilidad de que determinados servicios de la sociedad de la información puedan merecer tal calificación aun cuando no sean remunerados por sus destinatarios, siempre que representen una actividad económica para el prestador de los mismos (derivada de la publicidad o de la obtención y posterior tratamiento de datos). Esto resulta especialmente frecuente en el seno de las plataformas digitales, que, como mercados multilaterales, pueden obtener la remuneración de uno de los lados distinto de otro que, igualmente, se beneficia de la intermediación (es el caso, por ejemplo, de servicios como Google, que no son retribuidos por los usuarios finales que acceden a las búsquedas que el motor proporciona, sino por las empresas que remuneran a la plataforma por insertar su publicidad en los resultados de búsqueda).

¹⁸ Para un mayor detalle de estos servicios, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Bosch, Barcelona, 2018.

¹⁹ El usuario profesional es, con carácter previo, definido en el artículo 2.1) del mismo Reglamento como «todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión». La DMA [artículo 2.21)] amplía esta definición, en línea con su ámbito de aplicación comprensivo de un mayor número de servicios básicos de plataforma, para definirlo como «toda persona física o jurídica que, a título comercial o profesional, utilice servicios básicos de plataforma para suministrar productos o prestar servicios a los usuarios finales o utilice dichos servicios en el marco del suministro de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales». Armonizando ambas definiciones, podríamos afirmar que usuario final será, a los fines del presente servicio, aquella persona, física o jurídica, que, con fines profesionales, ofrece bienes o servicios a los usuarios finales, merced a la intermediación que presta la plataforma, o utiliza estos últimos en el marco de aquel ofrecimiento.

también son, comparten este rasgo intermediador y electrónico, si bien carecen, en muchos casos, del vínculo contractual necesario para que los usuarios profesionales puedan acceder a los usuarios finales con un propósito, a menudo, comercial o promocional; por este motivo, hubiera resultado acertado, en mi opinión, emplear otra denominación que, de forma menos confusa, hubiera permitido distinguir esta modalidad (es decir, este servicio básico de intermediación en línea) de todas las demás legalmente previstas.

A estos servicios de intermediación en línea les será de aplicación, además de la DCE, el DSA y el DMA (en este último caso, únicamente cuando sus prestadores ejerzan como *gatekeepers*), el Reglamento P2B y, posiblemente, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior²⁰. Lo mismo sucede con otro servicio básico de plataforma, el de los motores de búsqueda en línea, que veremos a continuación.

Por lo demás, dentro de esta categoría, pretendidamente amplia, de servicios básicos de intermediación en línea, se incluyen los mercados de *e-commerce* o las tiendas de aplicaciones informáticas, que aparecen definidas en el artículo 2.14) DMA como aquella subcategoría centrada «[...] en las aplicaciones informáticas como producto o servicio intermediado», entendiéndose por tales «cualquier producto o servicio digital que se ejecute en un sistema operativo» [artículo 2.15 DMA]. Ahora bien, si acudimos a la definición de sistemas operativos del artículo 2.10) DMA, vemos que los concibe, de manera reiterativa y poco ilustrativa, como el «*software* de sistema que controla las funciones básicas del *hardware* o del *software* y permite que se ejecuten en él aplicaciones informáticas».

En segundo lugar, los motores de búsqueda en línea²¹ [artículo 2.2.b) DMA], donde, de nuevo, se emplea la técnica de la remisión para su definición. En concreto, tenemos que acudir, de nuevo, al Reglamento (UE) 2019/1150, cuyo artículo 2.5 aclara que un motor de búsqueda será aquel servicio «[...] que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta oral, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado» [artículo 2.6) DMA].

En tercer lugar, los servicios de redes sociales en línea²² [artículo 2.2.c) DMA]. Aquí sí, la norma aporta una definición del servicio como aquel que posibilita «[...] que los usuarios finales se conecten y se comuniquen entre sí, compartan contenidos y descubran contenidos y a otros usuarios a través de múltiples dispositivos y, en particular, mediante chats, publicaciones, vídeos y recomendaciones» [artículo 2.7) DMA]. Como podemos advertir, uno de los elementos definitorios de este tipo de servicios básicos es que, en ellos, la plataforma digital no suele poner en contacto a usuarios profesionales con usuarios finales (que suele ser lo habitual en la dinámica de intermediación que caracteriza su funcionamiento), sino a estos entre sí (lo mismo cabe afirmar en relación con los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración); ahora bien, la expresión “permite” pone de manifiesto la posibilidad, cada vez más frecuente, de que los usuarios profesionales hagan también uso de ellas para promocionar sus productos o servicios a los usuarios finales. En todo caso, el hecho de que intermedie entre usuarios finales no impedirá que la plataforma pueda ejercer como guardián de acceso, como acertadamente subraya el considerando 15, *in fine*, de la DMA.

²⁰ DOUE L 376/36, de 27 de diciembre de 2006.

²¹ Es el caso, por ejemplo, de Google. Interesante resulta, respecto de este servicio básico de plataforma y en relación con las incidencias, no exentas de complejidad, que sobre él ejerce la regulación en materia de protección de datos personales, PAZOS CASTRO, Ricardo, «El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain, S.L. y Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González, C-131/12, no publicada todavía en el repertorio oficial)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015, pp. 1 ss.

²² Es el caso, por ejemplo, de Facebook o de TikTok.

En cuarto lugar, los servicios de plataforma de intercambio de vídeos línea²³ [artículo 2.2.d) DMA], donde, de nuevo, acudimos a un texto normativo alternativo para saber en qué consisten [artículo 2.8) DMA]. Este texto es la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)²⁴, que conceptualiza este tipo de servicio como aquel «[...] tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁵, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas tal como se definen en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE, y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación» [(artículo 1.1.a bis)²⁶].

En quinto lugar, los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración²⁷ [artículo 2.2.e) DMA]. Una vez más, la definición se vincula a otra norma [artículo 2.9 DMA], que no es otra que la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (en lo sucesivo, CECE o Directiva de servicios de comunicaciones electrónicas)²⁸, cuyo artículo 2.7) lo concibe como aquel servicio cuya característica básica y fundamental reside en que «[...] no conecta a través de recursos de numeración pública asignados, es decir, de un número o números de los planes de numeración nacional o internacional, o no permite la comunicación con un número o números de los planes de numeración nacional o internacional».

En sexto lugar, los sistemas operativos²⁹ [artículo 2.2.f) DMA], que ya han sido definidos anteriormente.

En séptimo lugar, los navegadores web³⁰ [artículo 2.2.g) DMA], fácilmente identificables por ser aquellas aplicaciones informáticas que permiten «[...] a los usuarios finales acceder a contenidos web alojados en servidores que están conectados a redes como internet e interactuar con dichos contenidos, incluidos los navegadores web independientes y los navegadores web integrados en *software* o similares» [artículo 2.11) DMA]. Alude, específicamente, a las web 2.0, 3.0 o, incluso, 4.0 y sucesivas, donde los usuarios de la Web participan activamente en la

²³ Es el caso, por ejemplo, de YouTube.

²⁴ DOUE L 95/1, de 15 de abril de 2010.

²⁵ TFUE, en lo sucesivo.

²⁶ Esta letra fue incorporada merced a la modificación que, sobre esta Directiva, efectuó la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual -DOUE L 303/69, de 28 de noviembre de 2018-), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. En nuestro país, es la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (BOE núm. 163, de 08 de julio de 2022) la que regula la comunicación audiovisual de ámbito estatal y la que establece determinadas normas aplicables a la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, definiendo estos, en términos muy similares a los ya indicados, en su artículo 2.13.

²⁷ Es el caso, por ejemplo, de WhatsApp o de Telegram.

²⁸ DOUE L 321/36, de 17 de diciembre de 2018.

²⁹ Es el caso, por ejemplo, de Android, iOS o Microsoft.

³⁰ Donde se incluyen, entre otras, Safari, Google Chrome, Microsoft Edge o Firefox.

creación de su contenido y contribuyen al desarrollo de las infraestructuras informáticas que permiten tal intervención³¹.

En octavo lugar, los asistentes virtuales³² [artículo 2.2.h) DMA], que, también conocidos como “mayordomos digitales”³³, no son sino «un *software* que puede procesar peticiones, tareas o preguntas, también las formuladas mediante sonidos, imágenes, texto, gestos o movimientos y que, basándose en dichas peticiones, tareas o preguntas, proporciona acceso a otros servicios o controla dispositivos físicos conectados» [artículo 2.12) DMA].

En noveno lugar, los servicios de computación en la nube³⁴ [artículo 2.2.i) DMA], que agrupa cualquier servicio de la sociedad de la información que haga posible «[...] el acceso a un conjunto modulable y elástico de recursos informáticos que se pueden compartir» [artículos 2.13) DMA y 4.19) de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión³⁵]. Dada la naturaleza funcional de este tipo de servicios, habrá determinadas ocasiones en las que el concepto de usuario final deba comprender también a aquellos que, tradicionalmente considerados como usuarios profesionales, hagan uso de los mismos como medio para poder suministrar productos o prestar servicios a otros usuarios finales (considerando 14, *in fine*, DMA).

En décimo y último lugar, los servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, proporcionados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma antes enumerados [artículo 2.2.j) DMA]. Es este el único servicio básico de plataforma que no cuenta con definición, ni directa ni indirecta, en el texto del Reglamento de Mercados Digitales.

De todos ellos, los servicios básicos de intermediación en línea, los servicios de redes sociales en línea, los servicios de intercambio de vídeos, los asistentes virtuales y los motores de búsqueda en línea atribuirán una preeminencia relativa (o una pertinencia, en el caso de estos últimos servicios) a los productos o servicios [o a los resultados de búsqueda -definidos en el artículo 2.23) DMA-, en el caso de estos últimos servicios] intermediados por sus prestadores. Y lo harán por medio de una clasificación en la que este tipo de plataformas los presentarán, organizarán o comunicarán, «[...] con independencia de los medios tecnológicos empleados para tal presentación, organización o comunicación y con independencia de si se presenta o comunica solo un resultado» [artículo 2.22) DMA].

II. REGULACIÓN ASIMÉTRICA DE LAS OBLIGACIONES PARA LA PROMOCIÓN, *EX ANTE*, DE LA DISPUTABILIDAD Y DE LA EQUIDAD EN EL MERCADO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES QUE EJERCEN COMO GUARDIANES DE ACCESO

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 designados³⁶. En efecto, las obligaciones y prohibiciones previstas son

³¹ O'REILLY, Tim, «What is Web 2.0: design patterns and business models for the next generation of software», *Communications & Strategies*, núm. 1, 2007, p. 17.

³² Como sucede, verbigracia, con Alexa o con Siri.

³³ Véase, al respecto, la aportación realizada por TAMAYO VELASCO, Beatriz Jimena, «El mercado de los “mayordomos digitales”: una visión panorámica», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 30, 2022.

³⁴ Es el caso, por ejemplo, de Dropbox o de Microsoft Azure.

³⁵ DOUE L 194/1, de 19 de julio de 2016.

³⁶ IBÁÑEZ PALOMO, Pablo, «The draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis», *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 12, 2021, p. 565; ORTEGA SÁNCHEZ, Lourdes, «El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 10, 2022, p. 77.

medidas tendentes a la consecución del principio último de garantizar la contestabilidad y la equidad en el sector digital, amén de, en muchos casos, medidas generales susceptibles de posterior concreción. Esto último, 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 puedan llegar a ser más eficaces, desprendiéndose de las ataduras formales propias de obligaciones predefinidas para centrarse en el objetivo de fondo, como es el de fomentar la libre entrada y salida del mercado y un más amplio equilibrio de las relaciones (es decir, una más adecuada distribución de los efectos de red generados) entre las partes que intervienen en el conjunto del ecosistema³⁷; de este modo, incorporando principios y técnicas propios de la actividad administrativa de regulación³⁸, se produce una cierta deslegalización en la intervención de las Administraciones Públicas, de suerte que el contenido final de buena parte de las obligaciones que recaen sobre las plataformas digitales nombradas *gatekeepers* no aparece recogido en una norma con rango de Ley, sino que lo hará en decisiones de, en este caso, la Comisión³⁹.

Este es el espíritu que inspira a las obligaciones previstas en los artículos 6 y 7 DMA, que podrán ser especificadas con mayor detalle en virtud del artículo 8 DMA⁴⁰. 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 superintermediario afectado⁴¹ o por iniciativa propia, incoar un procedimiento en virtud del

³⁷ En esta línea, BOIX PALOP, Andrés, «Digital platform competition regulatory challenges», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 8, 2021, pp. 8 ss.

³⁸ Sobre la actividad administrativa de regulación económica y su complementariedad con el Derecho de la competencia en cuanto herramientas de intervención pública en los mercados, *vid.* CIRIANO VELA, César David, *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000; MILLÁN PEREIRA, Juan Luis, «Regulación económica, competencia e incentivos», en RUIZ OJEDA, Alberto (dir.), *Fundamentos de regulación y competencia: el diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 113 ss.; MONTERO PASCUAL, Juan José, *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (dirs.), *Derecho de la regulación económica: fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15 ss.

³⁹ MONTERO PASCUAL, Juan José, *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 364.

⁴⁰ 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).

⁴¹ Donde la Comisión gozará de la facultad discrecional de atender la petición, petición que tendrá 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 cuestión (en un plazo de tres meses desde la incoación del procedimiento), conforme al artículo 8.5 DMA, o a la

artículo 20 DMA que concluirá con acto de ejecución (a adoptar en el plazo máximo de seis meses desde la incoación⁴²) en el que se especifiquen las medidas que deberá aplicar la plataforma de que se trate para cumplir efectivamente las obligaciones establecidas en dichos artículos. Este procedimiento podrá volver a incoarse de nuevo del mismo modo cuando cambien significativamente los hechos que motivaron la decisión de la Comisión; cuando se hubiera basado 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 dos siguientes y ya mencionados, 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.

Sobre todas estas obligaciones ahondaremos en el siguiente apartado, donde realizaremos una clasificación para vincularlas con los servicios básicos a que afectan, que podrán ser todos, algunos o (a veces, sin justificación aparente) uno sólo (heterogeneidad en el ámbito de aplicación de la DMA); 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 estas y los usuarios finales que se sirven de la intermediación que prestan los *gatekeepers* para poder llegar a usuarios finales (heterogeneidad en el objetivo de la DMA). Trataremos, en definitiva, de analizar aquellas medidas específicas por cuanto recaen (a veces, sin justificación aparente, otras, requeridas de cierta labor interpretativa) en concretos (uno o varios) servicios de intermediación de la sociedad de la información prestados por guardianes de acceso que deberán aplicarse, por acumulación, a las generales, aplicables a toda gran plataforma, por el hecho de serlo y no por la actividad concreta que desarrolla en el mercado. Veamos cuáles son.

1. Servicios de intermediación en línea

Sobre los proveedores de servicios de intermediación en línea recaen, fundamentalmente, tres obligaciones concretas:

En primer lugar, la prevista en el artículo 5.3 DMA, que establece lo siguiente:

«El guardián de acceso se abstendrá de aplicar obligaciones que impidan a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros o de su propio canal de venta directa en línea a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso».

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, marcando un plazo razonable para que los terceros presenten tales observaciones (artículo 8.6 DMA).

⁴² 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) nº 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 que se obtenga 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 50.2.2º DMA).

Alude a las conocidas como cláusulas *Most Favoured Nation* o “cláusulas de cliente preferencial”⁴³, que tratan de impedir (en su concepción amplia o estrecha⁴⁴) que los usuarios profesionales puedan ofrecer sus productos o servicios, intermediados por el guardián de acceso, en términos más ventajosos fuera de la plataforma, bajo la amenaza de ser expulsados de la misma o, de mantenerse en ella, padecer un peor posicionamiento⁴⁵. Ahora, con la imposición de esta obligación, se fomenta el *multihoming* y la entrada al mercado de nuevos competidores, es decir, se promueve la disputabilidad (considerando 39 DMA) del, por antonomasia, servicio básico de plataforma⁴⁶, permitiendo a las empresas una desintermediación (si utilizan canales propios, lo que contribuiría, igualmente, a la equidad de las relaciones entre el usuario final y la plataforma afectada) o una nueva intermediación (si deciden emplear los servicios de otra plataforma) en la que poder diferenciarse (ya sea en precios, en condiciones o en ambos), al ofrecer a los usuarios finales una alternativa ciertamente atractiva.

En segundo lugar, la recogida en el artículo 6.5 DMA, que dispone que:

«El guardián de acceso no tratará más favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso que a los servicios o productos similares de terceros. El guardián

⁴³ Sobre la incidencia de este tipo de cláusulas (en particular, en la distribución de servicios hoteleros a través de plataformas de reserva de habitaciones), *vid.* OLMEDO PERALTA, Eugenio, «Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones: el controvertido uso de las cláusulas de nación más favorecida (Most Favoured Nation)», *Revista General de Derecho del Turismo RGDT*, núm. 4, 2021.

⁴⁴ La concepción amplia impide a los usuarios profesionales ofrecer mejores precios, ni en otras plataformas ni en su propio canal de venta; la estrecha, en cambio, sólo se circunscribe a esta última posibilidad. Interesante resultan, al respecto, los casos sobre este tipo de cláusulas utilizadas por plataformas como Hotel Reservation Service (BUNDESKARTELLAMT de 20 de diciembre de 2013, B 9 - 66/10), Booking (en Francia -AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne-, Suecia -SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, 15 April 2015, Decision n°. 596/2013- e Italia -AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 21 April 2015-) o Amazon (EUROPEAN COMMISSION, 04 de mayo de 2017, Case AT.40153 E-book MFNs and related matters -Amazon-; puede obtenerse más información, incluida la versión completa de los compromisos, en el sitio web de competencia de la Comisión https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40153).

En la Propuesta de DMA, esta obligación afectaba, tan sólo, a la noción amplia, al «permitir a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso»; sin embargo, la versión final del texto se ha ampliado (en mi opinión, más que acertadamente) también a la noción estrecha, impidiendo cualquier tipo de prohibición en este sentido.

⁴⁵ Como bien apunta el considerando 39 DMA, «[e]sta restricción debe aplicarse a cualquier medida de efecto equivalente, como por ejemplo el aumento de los porcentajes de comisión o la supresión de las ofertas de los usuarios profesionales».

⁴⁶ Deja fuera, sin embargo, a otros mercados digitales que también podrían verse favorecidos por esta medida, como el de sistemas operativos.

de acceso aplicará condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias⁴⁷ a dicha clasificación»⁴⁸.

Esta obligación pivota en torno al concepto de “clasificación”, ya definido, por lo que resulta, en principio, extensible a los servicios de redes sociales en línea y a los servicios de intercambio de vídeos, al igual que a los asistentes virtuales y a los motores de búsqueda en línea (considerando 51 DMA). Con ella, se exige a los guardianes de acceso impedir el *self-preferencing*⁴⁹, que, como sabemos, les obliga a no priorizar (en este caso, en las clasificaciones) sus propios productos o servicios en detrimento de los, también intermediados, de otros competidores. Busca, pues, salvaguardar la equidad en las relaciones con los usuarios profesionales y, al mismo tiempo, la contestabilidad en la competencia con servicios o productos similares de terceros, obstaculizando, bien la integración vertical (si la preeminencia afecta al servicio básico de plataforma en el que se efectúa la clasificación), bien la extensión de su posición de fortaleza a mercados conexos (si los resultados arrojados por la búsqueda inciden en otros servicios básicos de plataforma prestador por ese mismo *gatekeeper*).

Ahora bien, considero que hubiera resultado adecuado contemplar otro escenario en el supuesto del artículo 6.5 DMA, como es aquel en el que el guardián de acceso trata más favorablemente a servicios y productos ofrecidos, no por él mismo, sino por determinados terceros en detrimento de otros (en función, por ejemplo, de las comisiones que puedan pagar unos u otros). Por ello, y para este caso concreto, sería recomendable que, aunque se trate de una práctica permitida, se introduzcan exigencias, también aquí, en materia de transparencia,

⁴⁷ Que podemos englobar en la expresión *Fair, Reasonable and No Discriminatory* (conocida bajo el acrónimo FRAND). Sobre la evolución de estas condiciones, *vid.* LAYNE-FARRAR, Anne; PADILLA, Jorge, y SCHMALENSSEE, Richard, «Pricing patents for licensing in standard-setting organizations: making sense of FRAND commitments», *Antitrust law journal*, núm. 74, 2007, pp. 671 ss. Sobre algunos de los asuntos en los que la Comisión y el TJUE han impuesto condiciones FRAND, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, Decisión de 29 de abril de 2014, caso AT.39939, *Samsung*, y STJUE de 16 de julio de 2015, *Huawei v. ZTE*, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477. Sobre la propuesta de un marco FRAND aplicable en la regulación de los guardianes de acceso, *vid.* HEIM, Mathew y NIKOLIC, Igor, «A FRAND regime for dominant digital platforms», *Journal of intellectual property, information technology and e-commerce law*, núm. 18, 2019, pp. 38 ss.

⁴⁸ En la misma línea, aunque delimitando su ámbito de aplicación a los proveedores de servicios de intermediación en línea y a los proveedores de motores de búsqueda en línea, ejerzan ambos, o no, como guardianes de acceso, se encuentra el artículo 5 del Reglamento P2B. También, aunque de modo más mediato, el considerando 71 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 se complementa, a nivel interno español, con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (Boletín Oficial del Estado -BOE- núm. 294, de 06 de diciembre de 2018 -en lo sucesivo, LOPDGD-)] exige al responsable del tratamiento proporcionar una explicación al interesado de las decisiones automatizadas adoptadas y que le afecten, decisiones automatizadas que se servirán, como aquí sucede, del empleo de algoritmos de aprendizaje inteligente.

⁴⁹ Recuérdese la sanción impuesta por la Comisión Europea a plataformas digitales potenciales *gatekeepers* por prácticas de *self-preferencing* como Google (COMISIÓN EUROPEA, Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google -Shopping-). También, con respecto a Amazon, la Comisión Europea inició una investigación formal el 10 de noviembre de 2020, que ha concluido aceptando los compromisos de Amazon de no utilizar los datos de sus vendedores, al tiempo que acuerdan garantizar la igualdad de acceso a Buy Box y Prime (más información en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7777); algo similar sucedió con Apple algo antes, donde la Comisión Europea abrió una investigación formal el 16 de junio de 2020 en relación a las prácticas de su App Store, incluyendo la posible preferencia de las aplicaciones de la propia marca de Apple en su plataforma (más información en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1073).

equidad y no discriminación, algo, por otro lado, no siempre sencillo de comprobar, merced a la complejidad que conlleva, para los actores del mercado, para los reguladores e, incluso, para sus propios diseñadores, el funcionamiento de los algoritmos y de las técnicas, como el *Big Data*, el *machine learning* o la Inteligencia Artificial, de las que se sirven para efectuar las mencionadas clasificaciones y las funciones de indexado y rastreo⁵⁰.

En tercer y último lugar, la contemplada en el artículo 6.12 DMA, que preceptúa cuanto sigue a continuación:

«El guardián de acceso aplicará a los usuarios profesionales condiciones generales equitativas, razonables y no discriminatorias de acceso a sus tiendas de aplicaciones informáticas, motores de búsqueda en línea y servicios de redes sociales en línea enumerados en la decisión de designación de conformidad con el artículo 3, apartado 9.

A tal fin, el guardián de acceso publicará las condiciones generales de acceso, incluido un mecanismo alternativo de resolución de litigios.

La Comisión valorará si las condiciones generales de acceso publicadas cumplen lo dispuesto en el presente apartado».

Estamos, una vez más, ante una obligación que redundará en la mejora de la equidad en las relaciones entre los intermediarios y los sujetos profesionales intermediados. Al igual que sucedía con la obligación anterior, prevista en el artículo 6.5 DMA, la presente encuentra su réplica también en los servicios de motores de búsqueda y de redes sociales, a los que resultará aplicable cuanto ahora se indica.

Este artículo encuentra, a su vez, una explicación más pormenorizada en el considerando 62 del Reglamento, que prohíbe a los guardianes de acceso que proporcionan acceso a las tiendas de aplicaciones informáticas, a la vista del desequilibrio en el poder de negociación del que gozan respecto de los usuarios profesionales, imponer condiciones generales, incluidas las relativas a la fijación de precios, que resulten injustas o que provoquen una diferenciación injustificada. Esto sucederá cuando: a) originen un desequilibrio entre los derechos de los usuarios profesionales y las obligaciones que se les imponen; b) atribuyan a estas plataformas una ventaja desproporcionada en relación con el servicio que proporcionan a las empresas o c) supongan una desventaja para estas últimas cuando prestan servicios idénticos o similares a los que ofrecen los *gatekeepers*. A ello, añade el considerando una serie de parámetros a la hora de identificar unos precios que no reúnen la equidad exigida de las condiciones generales de acceso, como «[...] los precios cobrados o las condiciones impuestas por otros proveedores de tiendas de aplicaciones informáticas por servicios idénticos o similares; los precios cobrados o las condiciones impuestas por el proveedor de la tienda de aplicaciones informáticas por servicios similares o relacionados diferentes o a diferentes tipos de usuarios finales; los precios cobrados o las condiciones impuestas por el proveedor de la tienda de aplicaciones informáticas por el mismo servicio en diferentes regiones geográficas; los precios cobrados o las condiciones impuestas por el proveedor de la tienda de aplicaciones informáticas por el mismo servicio que el guardián de acceso se presta a sí mismo».

En cualquier caso, y pese a lo anterior, la medida recogida en este precepto no ha de establecer un derecho de acceso y debe resultar compatible con la capacidad que las plataformas que prestan estos servicios básicos de la sociedad de la información tienen a la hora de actuar frente a contenidos ilegales y/o no deseados, de conformidad con lo establecido en la DSA.

⁵⁰ Para un estudio más profundo de los sesgos algorítmicos, *vid.* HOSANAGAR, Kartik y JAIR, Vivian, «We need transparency in algorithms, but too much can backfire», <https://hbr.org/2018/07/we-need-transparency-in-algorithms-but-too-much-can-backfire> (fecha de consulta: 17 de febrero de 2023); LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, «Modelos algorítmicos, sesgos y discriminación», en BUENO DE MATA, Federico (dir.), *Fodertics 9.0: estudios sobre tecnologías disruptivas y Justicia*, Comares, Granada, 2021; O'NEIL, Cathy, *Weapons of math destruction: how Big Data increases inequality and threatens Democracy*, Random House, Nueva York. En torno a las medidas públicas para hacer más transparentes los algoritmos y cómo hacerlo de tal modo que se eviten los posibles efectos perniciosos que esta transparencia podría traer consigo, *vid.* HOUSE OF COMMONS, SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Algorithms in decision making*, Fourth Report of Session 2017–19.

Por último, el apartado 12 del artículo 6 DMA, al igual que el apartado 11, deben complementarse con el artículo 8.8 del mismo texto normativo. En este último, se contempla la posibilidad que tiene la Comisión, a la hora de especificar las obligaciones previstas en ambos apartados, de valorar también si las medidas que se prevén aplicar o que ya se están aplicando consiguen, de un lado, garantizar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de los usuarios profesionales y, de otro, evitar que de su aplicación se derive una ventaja para la plataforma que no resulte proporcionada si atendemos al servicio básico prestado a las empresas.

2. Motores de búsqueda en línea

Además de las obligaciones previstas en los artículos 6.5 y 6.12, ambos del DMA y que ya han sido analizados en el apartado previo, los guardianes de acceso que proporcionen motores de búsqueda en línea deberán:

De una parte, permitir y posibilitar «[...] técnicamente a los usuarios finales modificar con facilidad la configuración por defecto del sistema operativo, del asistente virtual y del navegador web del guardián de acceso cuando estos dirijan u orienten a los usuarios finales hacia productos o servicios que ofrezca el guardián de acceso. Eso incluye solicitar a los usuarios finales, en el momento en que estos utilicen por primera vez un motor de búsqueda en línea, un asistente virtual o un navegador web del guardián de acceso que se enumere en la decisión de designación con arreglo al artículo 3, apartado 9, que elijan, de entre una lista de los principales prestadores de servicios disponibles, el motor de búsqueda en línea, el asistente virtual o el navegador al que el sistema operativo del guardián de acceso dirija u oriente a los usuarios por defecto, y el motor de búsqueda en línea al que el asistente virtual y el navegador del guardián de acceso dirijan u orienten a los usuarios por defecto» [artículo 6.3.2º DMA].

Estamos, una vez más, ante una obligación extensible a múltiples servicios básicos de plataforma: no sólo a los motores de búsqueda en línea, sino también a los navegadores web y los asistentes virtuales. Con ella, se pretende mejorar la disputabilidad de las plataformas digitales que operan en estos mercados, pues, al posibilitar que los usuarios finales puedan modificar la configuración por defecto desde el momento mismo en el que utilicen por primera vez estos servicios, se les está dando libertad de que elijan los proporcionados por otras plataformas alternativas, incrementando la competitividad entre las mismas⁵¹.

De otra, proporcionar «[...] a terceras empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea, a petición de estas, el acceso en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones en relación con la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales en sus motores de búsqueda en línea. Cualesquiera de tales datos sobre consultas, clics y visualizaciones que sean datos personales se anonimizarán» [artículo 6.11 DMA].

Se trata, en este otro caso, de exigir a las plataformas digitales más consolidadas que reduzcan las barreras de entradas al mercado compartiendo los efectos de red adquiridos con los nuevos competidores, a fin de mejorar la contestabilidad en su conjunto⁵². Hablamos, sobre todo, de compartir los efectos de red algorítmicos, que, como sabemos, se sustentan en datos (personales y no personales), datos que serán los que, merced a esta medida, tendrán que ser necesariamente compartidos.

Ahora bien, puntualiza el Reglamento, la compartición se limitará a aquellos datos que se obtengan de los usuarios finales (delimitación negativa). No obstante lo anterior, contempla un

⁵¹ GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, «El concepto de empresa y la aplicación del derecho de la competencia a los prestadores de servicios a través de plataformas digitales», en MARTÍ MIRAVALLS, Jaume y RODILLA MARTÍ, Carmen (dirs.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 73. También RODILLA MARTÍ, Carmen, «Distribución selectiva y plataformas digitales: la defensa de la competencia», en CASTELLÓ PASTOR, José Juan; GUERRERO PÉREZ, Alejandro y MARTÍNEZ PÉREZ, Miriam (dirs.), *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 257.

⁵² MONTERO PASCUAL, Juan José, *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 369.

acceso total a búsquedas gratuitas y de pago y no exige que las clasificaciones, consultas, clics y/o visualizaciones deban estar relacionadas con la actividad del usuario profesional dentro de la plataforma del *gatekeeper*, de suerte que, este, podrá obtener también información relevante derivada de las interacciones de usuarios finales con terceros (delimitación positiva), aumentando ostensiblemente la contestabilidad en todo el ecosistema, más aún cuando, como sucede en este caso, asistimos a supuestos de integración vertical en la prestación del servicio por parte de la plataforma obligada por esta medida.

Además, el acceso deberá producirse, no de cualquier manera, sino en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias (FRAND, ya referenciada anteriormente). Ello afecta, como podemos extraer de ejemplos similares en entornos parecidos, al elemento objetivo, temporal o económico del acceso y a la ausencia, tanto interna como externa, de cualquier elemento discriminatorio, donde, como establece el artículo 70.2 CECE, «[l]as obligaciones de no discriminación garantizarán, en particular, que la empresa aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros proveedores de servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones».

Por último, y como es lógico, se introducen determinadas salvaguardas para hacer compatible el cumplimiento de esta obligación con el derecho fundamental de los interesados (usuarios finales cuyos datos generan la información que, por su valor, merece ser compartida) a la protección de sus datos personales, siempre que estén involucrados en la disputabilidad o contestabilidad por la generación de los efectos de red a que nos referimos:

La primera de ellas permite que el acceso se realice, no por el propio responsable del tratamiento (en este caso, el proveedor de un motor de búsqueda en línea que pretenda competir con el *gatekeeper*), sino por el encargado del tratamiento contratado por aquel (considerando 61 DMA), sobre la base del artículo 28 RGPD. Con ello, se pretende dotar de mayor agilidad y operatividad a la práctica habitual en la que, en muchos de los casos, debe darse cumplimiento a esta obligación.

La segunda, más relevante si cabe, afecta al, capital, principio de licitud que emana del artículo 5.1.a) RGPD. Al tratarse de una cesión de datos personales entre responsables del tratamiento (es decir, entre plataformas digitales prestadoras de servicios de la sociedad de la información), sería preciso contar, para poder llevar a término el precitado acceso, con una de las bases jurídicas previstas, a modo de elenco *numerus clausus*, en el artículo 6.1 RGPD (consentimiento del titular de los datos personales; ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o aplicación, a petición de este, de medidas precontractuales; cumplimiento de una obligación legal que recaiga sobre el prestador del servicio; protección de intereses vitales del interesado o de otra persona física; ejecución de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, o satisfacción de intereses legítimos perseguidos por la plataforma). Para poder salvar este obstáculo (que dificultaría, sobremanera, la plasmación práctica de esta medida), la DMA opta por anonimizar los datos⁵³, a fin de que estos dejen de afectar a la privacidad e intimidad de su titular, a sabiendas de que lo realmente importante no es la identidad del interesado afectado, sino el

⁵³ Téngase en cuenta que, como bien aclara el considerando 26 RGPD, los principios relativos al tratamiento recogidos en el artículo 5 RGPD (a saber, licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad; exactitud; limitación del plazo de conservación, e integridad y confidencialidad, todos ellos agrupados bajo el, más general, principio de responsabilidad proactiva o *accountability*, que inspira el conjunto de la norma), de los cuales emanan el conjunto de derechos y obligaciones para interesados y responsables y encargados del tratamiento, respectivamente, no resultan de aplicación a la información anónima, es decir, a la información que «[...] no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación». Sobre la seguridad de los datos, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «Integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información», en RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco y ATIENZA MACÍAS, Elena (dirs.), *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 621 ss.

contenido de la información que aporta, que es la que permitirá, en grandes cantidades y mediante el empleo de técnicas de Inteligencia Artificial, obtener datos relevantes.

3. Servicios de redes sociales en línea

A las redes sociales en línea les serán de aplicación las obligaciones recogidas en los apartados 5 y 12 del artículo 6 DMA. Ambas medidas ya han sido analizadas en párrafos anteriores, por lo que nos remitimos a ellas en relación con el presente apartado y para este concreto servicio básico de plataforma.

4. Servicios de plataforma de intercambio de vídeos

Algo similar a lo indicado en el punto anterior sucede en el caso del servicio de la sociedad de la información de intercambio de vídeos cuando este es prestado por guardianes de acceso designados bajo las exigencias del Reglamento de Mercados Digitales. En este caso, resultará aplicable el artículo 6.5 DMA, al que, de nuevo, deberemos acudir.

5. Servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración

En relación con los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, la versión final de la DMA introduce un precepto que no existía en la Propuesta de Reglamento. Hablamos del artículo 7, que, como reza su título (“Obligación de los guardianes de acceso en materia de interoperabilidad de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración”⁵⁴), prevé y se centra en la interoperabilidad⁵⁵ de este tipo de servicio básico de plataforma⁵⁶, siendo este uno de los principales motivos por el que esta previsión no fue incluida en versiones iniciales del texto de la norma, toda vez que se consideró que contaba con un encaje más adecuado en la Directiva de servicios de comunicaciones electrónicas⁵⁷, que, ahora (en especial, su artículo 61), deberá aplicarse sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento de Mercados Digitales.

Es, precisamente, la falta de interoperabilidad la que contribuye a potenciar los efectos de red de estas plataformas, en detrimento de la contestabilidad del mercado y, concomitantemente, del *multihoming*, pues las barreras de entrada impiden, de facto, que nuevos competidores puedan acceder a prestar el servicio, aumentando los costes para los usuarios finales (considerando 64, párrafo primero, DMA). Por ello, este precepto impone a los *gatekeepers* la obligación de garantizar que terceros que presten o que puedan prestar este mismo tipo de servicios puedan solicitar, gratuitamente, que determinadas funcionalidades básicas (alguna, algunas o todas) que, con respecto a tales servicios, ofrecen los guardianes de acceso a los consumidores sean compatibles con las suyas propias, «[...] proporcionando las interfaces técnicas necesarias o soluciones similares que faciliten la interoperabilidad» en un plazo máximo de tres meses desde

⁵⁴ Hubiera sido preferible, no obstante, incluir en este título, como sucede con el artículo 6 DMA, una referencia a la posibilidad, cierta, de que esta obligación pueda ser especificada con mayor detalle en virtud del artículo 8 del Reglamento, como bien aclara el apartado segundo, párrafo segundo, de este último precepto.

⁵⁵ Concebida como «la capacidad de intercambiar información y utilizar mutuamente la información que se ha intercambiado mediante interfaces u otras soluciones, de manera que todos los elementos de hardware o software funcionen con hardware y software distintos y con los usuarios de todas las maneras en que deben funcionar» [artículo 2.29) DMA].

⁵⁶ No obstante, el artículo 53.2 DMA prevé la posibilidad de, en las evaluaciones periódicas del Reglamento efectuadas por la Comisión (la primera, a más tardar, el 03 de mayo de 2026, y, posteriormente, cada tres años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar la anterior), ampliar el ámbito de aplicación de este artículo 7 DMA a los servicios de redes sociales en línea, algo, por otra parte, coherente con el fin de aumentar la contestabilidad en la economía de plataformas, si bien, probablemente, objetivo excesivamente ambicioso en esta primera versión final del texto.

⁵⁷ MONTERO PASCUAL, Juan José, *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 369.

la solicitud⁵⁸ (artículo 7, apartados 1 y 5, DMA). En concreto, las funcionalidades básicas que, como mínimo, han de verse incluidas en esta medida y que serán utilizables a voluntad por el usuario final (artículo 7.7 DMA), siempre y cuando sean proporcionadas por el guardián de acceso afectado a sus usuarios finales, son las previstas en el apartado segundo de este mismo artículo, que contempla una suerte de clasificación de incorporación gradual y temporal integrada por las siguientes:

- a) En el momento en el que la plataforma sea designada como guardián de acceso: los mensajes de texto de extremo a extremo entre dos usuarios finales individuales y el intercambio de imágenes, mensajes de voz, vídeos y otros archivos que se adjunten a la comunicación de extremo a extremo entre dos usuarios finales individuales.
- b) En los dos años posteriores a la fecha en la que se produzca la designación anterior: los mensajes de texto de extremo a extremo entre grupos de usuarios finales individuales y el intercambio de imágenes, mensajes de voz, vídeos y otros archivos que se adjunten a la comunicación de extremo a extremo entre un chat en grupo y un usuario final individual⁵⁹.
- c) En los dos años siguientes a la fecha prevista de acuerdo con la letra b) o, lo que es lo mismo, en los cuatro años posteriores a la fecha en la que se produzca la designación de la plataforma como guardián de acceso: las llamadas de voz de extremo a extremo entre dos usuarios finales individuales, las videollamadas de extremo a extremo entre dos usuarios finales individuales, las llamadas de voz de extremo a extremo entre un chat en grupo y un usuario final individual⁶⁰ y, por último, las videollamadas de extremo a extremo entre un chat en grupo y un usuario final individual⁶¹.

Que la interoperabilidad se produzca en condiciones óptimas y favorezca verdaderamente la disputabilidad que con ella se persigue requiere que el superintermediario proporcione a los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración de terceros el mismo nivel de seguridad que al suyo propio, incluido el cifrado de extremo a extremo⁶² (artículo 7.3 DMA), sin que ello suponga un obstáculo para que el guardián de acceso en cuestión, siempre que resulte justificado, pueda adoptar medidas necesarias y proporcionadas que le permita garantizar que no se ponga en peligro la integración, seguridad y confidencialidad de sus servicios (artículo 7.9 DMA). Centrados en los datos personales, de los usuarios finales afectados, que hayan de ser transmitidos entre la plataforma y el solicitante para dar efectividad a la interoperabilidad (artículo 7.8 DMA), se impone a ambos prestadores la obligación de seguir lo dispuesto en el RGPD y en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad

⁵⁸ Este plazo, al igual que el previsto en las letras a) a c) que se mencionan a continuación, podrá ser prorrogado de manera excepcional por parte de la Comisión si, previa petición motivada de la plataforma afectada, entiende que es conveniente a los efectos de «[...] garantizar la interoperabilidad efectiva y para mantener el nivel de seguridad exigido, incluido el cifrado de extremo a extremo, en su caso» (artículo 7.6 DMA).

⁵⁹ Se desconoce el motivo por el que no se incluye el intercambio de imágenes, mensajes de voz, vídeos y otros archivos que se adjunten a la comunicación de extremo a extremo entre grupos de usuarios finales individuales.

⁶⁰ Tampoco se entiende la no inclusión, en este punto, de las que puedan realizarse entre grupos de usuarios finales individuales.

⁶¹ En línea con lo anterior, se echa en falta la, entendemos, posible incorporación aquí de las que puedan realizarse entre grupos de usuarios finales individuales.

⁶² Con esta previsión, la DMA parece estar pensando en WhatsApp, que, en el año 2016, introdujo esta medida de seguridad, consistente, en palabras de la propia aplicación, en el procedimiento por el que «[...] el cifrado y descifrado de los mensajes enviados y recibidos mediante WhatsApp ocurre completamente en tu dispositivo. Antes de que un mensaje salga de tu dispositivo, se asegura con un candado criptográfico, del cual solo el destinatario tiene la clave. Además, las claves cambian con cada mensaje que se envía. Todo esto ocurre en segundo plano, pero puedes confirmar que tus conversaciones están protegidas si compruebas el código de verificación de seguridad en tu teléfono» [WHATSAPP, «Información sobre el cifrado de extremo a extremo», [WHATSAPP, «Información sobre el cifrado de extremo a extremo», <https://faq.whatsapp.com/820124435853543/> (fecha de consulta: 21 de febrero de 2023)].

en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)⁶³; en concreto, se habrá de dar cumplimiento, con carácter preeminente, a dos principios básicos del tratamiento que resultan esenciales a estos efectos, cuáles son los de, de un lado, minimización de datos [que exige tratar sólo los datos personales adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con el fin perseguido de la interoperabilidad -artículo 5.1.c) RGPD-] y, de otro, de integridad y confidencialidad [que hace lo propio al imponer la necesidad de que los datos personales sean «tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas» -artículo 5.1.f) RGPD-]; de igual modo, parece ser que estaremos ante un supuesto de corresponsabilidad en el tratamiento, de modo que, para articular el tratamiento, será preciso seguir las directrices marcadas por el artículo 26 RGPD, a complementar, en nuestro ordenamiento jurídico interno, con el artículo 29 LOPDGDD.

Asimismo, para facilitar la aplicación práctica de la interoperabilidad de estos servicios, de los propios con los de terceros, el *gatekeeper* deberá publicar una oferta de referencia que contenga los detalles técnicos y los principios y las condiciones generales que han de verse satisfechas para que aquella pueda llevarse a efecto, donde se incluye la necesaria especificación del nivel de seguridad mencionado en el párrafo anterior; además, y aunque esta previsión no se menciona en el articulado del Reglamento, la Comisión deberá contar con la posibilidad de consultar, en su caso, al Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas para concluir si tales detalles técnicos, principios y condiciones generales garantizan el cumplimiento de dicha obligación (considerando 64, párrafo segundo, DMA). Esta oferta deberá ser publicada en el plazo de seis meses, a contar desde el momento en el que el guardián de acceso sea designado como tal por la Comisión, siendo actualizada cuando resulte necesario (artículos 7.4 y 3.10, ambos del Reglamento).

6. Sistemas operativos

Además del apartado segundo del artículo 6.3 DMA (extensible, además de al presente servicio básico de plataforma, a los motores de búsqueda en línea, a los navegadores web y los asistentes virtuales), los prestadores de sistemas operativos que, por su entidad y capacidad de influencia, adquieran la condición de *gatekeeper*, deberán cumplir las obligaciones concretas que se describen a continuación:

En primer lugar, la prevista en el artículo 6.3.1º DMA, que dispone, de manera literal, que:

«El guardián de acceso permitirá y posibilitará técnicamente a los usuarios finales desinstalar con facilidad cualquier aplicación informática del sistema operativo de dicho guardián de acceso, sin perjuicio de la posibilidad de que dicho guardián de acceso restrinja la desinstalación de aplicaciones informáticas preinstaladas que sean esenciales para el funcionamiento del sistema operativo o el dispositivo y que, desde un punto de vista técnico, no puedan ser ofrecidos de manera autónoma por terceros».

A diferencia del apartado segundo, esta medida:

- a) No aspira a conseguir una mayor disputabilidad entre plataformas, sino, *ad intra*, entre los propios usuarios profesionales que operan en el sistema operativo en cuestión; ahora bien, si la aplicación pertenece al propietario del propio sistema operativo, es decir, si se produce un supuesto de integración vertical por parte de la plataforma que ejerce como *gatekeeper*, entonces estaremos ante un supuesto, *ad extra*, de contestabilidad entre la plataforma y el usuario profesional que con ella compita en el mercado de aplicaciones informáticas y que,

⁶³ DOCE L 201/37, de 31 de julio de 2002. La transposición de esta Directiva en el ordenamiento jurídico español se produjo mediante la, ya derogada, Ley 32/2003, de 03 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 04 de noviembre de 2003), el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE núm. 102, de 29 de abril de 2005) y el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (BOE núm. 314, de 30 de diciembre de 2004).

gracias a esta medida, podrá contrarrestar la preinstalación de la aplicación de su competidor mediante la posterior desinstalación de la misma por el usuario final (aplicaciones informáticas que podrán adoptar, a su vez, la forma de otros servicios básicos, en concreto, como servicios de intermediación en línea, como motores de búsqueda en línea, como servicios de redes sociales en línea, como servicios de plataforma de intercambio de vídeos, como servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, como navegadores web, como asistentes virtuales o como servicios de computación en la nube);

- b) No se centra en la configuración por defecto del sistema operativo, sino en instalación por defecto de la aplicación informática dentro del sistema operativo; más específicamente, en la posible y sencilla desinstalación, en el interior de dicho sistema operativo, de cualquier aplicación informática, salvo que esta resulte, a juicio del guardián de acceso⁶⁴, esencial para el funcionamiento del propio sistema operativo o del dispositivo en el que se inserta, careciendo de la autonomía necesaria para poder ser ofrecida separadamente por otros competidores⁶⁵.

En segundo lugar, la que se contempla en el artículo 6.4 DMA, que establece la siguiente obligación:

«El guardián de acceso permitirá y posibilitará técnicamente la instalación y el uso efectivo de aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones informáticas de terceros que utilicen su sistema operativo o interoperen con él, y permitirá el acceso a estas aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones informáticas por medios distintos a los servicios básicos de plataforma pertinentes de dicho guardián de acceso. El guardián de acceso, no impedirá, en su caso, que las aplicaciones informáticas o las tiendas de aplicaciones informáticas de terceros descargadas soliciten a los usuarios finales que decidan si desean configurar dicha aplicación informática o tienda de aplicaciones informáticas descargada como opción por defecto. El guardián de acceso posibilitará técnicamente que los usuarios finales que decidan configurar esa aplicación informática o tienda de aplicaciones informáticas descargada como opción por defecto puedan efectuar el cambio con facilidad.

En la medida en que estas sean estrictamente necesarias y proporcionadas, no se impedirá al guardián de acceso adoptar medidas para garantizar que las aplicaciones informáticas o las tiendas de aplicaciones informáticas de terceros no pongan en peligro la integridad del hardware o del sistema operativo proporcionado por el guardián de acceso, siempre que tales medidas no excedan de lo estrictamente necesario y proporcionado y estén debidamente justificadas por el guardián de acceso.

Asimismo, en la medida en que estas sean estrictamente necesarias y proporcionadas tampoco se impedirá al guardián de acceso aplicar unas medidas y una configuración distintas a la configuración por defecto que permitan a los usuarios finales proteger con eficacia la

⁶⁴ Esta restricción, parece obvio, deberá ser justificada, de manera adecuada, oportuna y suficiente, por el guardián de acceso, algo que, entendemos, será preceptivo aun cuando no se explicita en el articulado mismo de la norma.

⁶⁵ Véase, al respecto, el paradigmático ejemplo de Microsoft. En el año 2013, la Comisión Europea impuso una multa a esta entidad, por valor de 561.000.000 de euros [Decisión de la Comisión de 6 de marzo de 2013 relativa a un procedimiento de imposición de una multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, letra c), del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo por incumplimiento de un compromiso convertido en obligatorio por una Decisión de la Comisión en aplicación del artículo 9 del Reglamento (CE) n 1/2003 (Asunto COMP/39.530 — Microsoft -ventas vinculadas-)]. El motivo de esta multa residía en el incumplimiento del compromiso, por la entidad previamente adquirido, de dar a los usuarios finales la posibilidad de elección entre distintos navegadores web. Y es que, previamente, en el año 2009, la Comisión había sancionado a la plataforma por abuso de posición de dominio derivado de la inclusión, en su sistema operativo (Windows), de su navegador web (Internet Explorer), limitando la competencia con terceros de este mismo servicio básico, tras lo cual Microsoft asumió el compromiso, incumplido durante un período prolongado de tiempo, de proporcionar a los usuarios una pantalla de opciones en la que estos pudieran seleccionar el que consideraran conveniente [EUROPEAN COMMISSION, «Antitrust: Commission accepts Microsoft commitments to give users browser choice», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_09_1941 (fecha de consulta: 19 de febrero del año 2023)].

seguridad en relación con las aplicaciones informáticas o las tiendas de aplicaciones informáticas de terceros, siempre que tales medidas y tal configuración distintas a la configuración por defecto estén debidamente justificadas por el guardián de acceso».

Estamos, pues, ante la opción inversa a la prevista con el artículo 6.3.1º DMA: mientras que este último precepto preveía la desinstalación de aplicaciones informáticas preinstaladas en el sistema operativo del *gatekeeper* (de aplicaciones informáticas titularidad de la plataforma o de terceros que pagan una comisión a la plataforma por la preinstalación⁶⁶), la obligación presente prevé la posibilidad de instalar, usar de forma efectiva⁶⁷ y configurar con facilidad como opción por defecto, otras aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones informáticas de terceros, distintas de las anteriores y no instaladas con anterioridad, en el sistema operativo del guardián de acceso, pudiendo acceder a ellas por medios distintos a los servicios básicos proporcionados por la plataforma afectada.

Se trata, como fácilmente se puede advertir, de una medida que fomenta la disputabilidad entre desarrolladores de aplicaciones y entre desarrolladores de tiendas de aplicaciones. Y ello al permitir la instalación libre de sus respectivos servicios básicos sin necesidad de la autorización (larga, tediosa y, a juicio de los usuarios afectados, no siempre objetiva) de las plataformas que gestionan el sistema operativo que sirve de espacio en el que aquellas han de ubicarse.

Por último, se encuentra la medida que prevé el apartado séptimo del mismo artículo, que incluye una importante previsión, descrita en los siguientes términos:

«El guardián de acceso permitirá a los prestadores de servicios y a los suministradores de *hardware* interoperar de forma gratuita y efectiva con las mismas funciones del *hardware* y el *software* accesibles o controlables a través del sistema operativo o del asistente virtual enumerado en la decisión de designación con arreglo al artículo 3, apartado 9, que se encuentren disponibles para los servicios o el *hardware* prestados o suministrados por el guardián de acceso; y permitirá también el acceso a esas funciones con fines de interoperabilidad. Asimismo, el guardián de acceso permitirá a los usuarios profesionales y prestadores alternativos de servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma, o en apoyo de tales servicios, la interoperabilidad gratuita y efectiva con las mismas funciones del sistema operativo, el *hardware* o el *software*, y el acceso a esas funciones con fines de interoperabilidad, con independencia de si tales funciones forman o no parte del sistema operativo, de si están disponibles para ese guardián de acceso o de si las utiliza a la hora de prestar tales servicios.

No se impedirá al guardián de acceso adoptar medidas estrictamente necesarias y proporcionadas para garantizar que la interoperabilidad no comprometa la integridad de las funciones del sistema operativo, el asistente virtual, el *hardware* o el *software* suministrados por el guardián de acceso, siempre que este justifique debidamente estas medidas».

⁶⁶ En este punto, interesa señalar el procedimiento incoado por la Comisión contra Google por, entre otras razones, mantener y reforzar su posición de dominio en la búsqueda general en Internet, al hacer que *Google Search* sea preinstalado y seleccionado como servicio de búsqueda por defecto o exclusivo en la mayor parte de los dispositivos Android vendidos en la Unión Europea [más detalle en EUROPEAN COMMISSION, «Antitrust: Commission sends statement of objections to Google on Android operating system and applications», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_1492 (fecha de consulta: 20 de febrero del año 2023)].

⁶⁷ Nos referimos a aquellos supuestos en los que se dificulta la interoperabilidad con el sistema operativo o con otras aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones informáticas que operan en el mismo como medio para desincentivar, en la práctica, que servicios de terceros puedan resultar atractivos dentro la plataforma del guardián de acceso. En línea con la nota anterior, destaca la sanción que, finalmente, se impuso a Google por implementar prácticas que parecen bloquear el acceso al mercado de los motores de búsqueda competidores mediante navegadores móviles y sistemas operativos competidores, además de por perjudicar a los consumidores, al suprimir la competencia y restringir la innovación en el espacio móvil en general [COMISIÓN EUROPEA, Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, *Google Android*, Caso AT.40099].

La obligación de uso efectivo prevista en el artículo 6.5 DMA se completa ahora con una previsión que, si se quiere, afecta más a la forma (*hardware*, *software*) que al fondo (servicio en sí). Y lo hace al exigir a la plataforma que coordine el sistema operativo (o, añada, el asistente virtual, haciendo aplicable esta medida a dicho servicio básico de plataforma) que [para conseguir una mayor disputabilidad con sus competidores, mejorar la capacidad de innovación en el mercado y ofrecer una oferta más competitiva a los usuarios finales (considerandos 55 y 57 DMA)] permita que otros prestadores de *software* y suministradores de *hardware*, usuarios profesionales y/o prestadores alternativos de servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma, o en apoyo de tales servicios, puedan interoperar, gratuitamente, con la misma efectividad, en idénticas condiciones y con las mismas funciones, que el *software* y *hardware* prestado o suministrado por el *gatekeeper*. Al igual que en el apartado quinto, también aquí se prevé la posibilidad del guardián de acceso de adoptar medidas técnicas, suficientemente motivadas y justificadas⁶⁸, que resulten necesarias y proporcionadas para garantizar que esta obligación no supone una merma de la integridad del servicio básico de plataforma prestado.

7. Navegadores web

Al igual que sucedía con los servicios básicos de plataforma de intercambio de vídeos y de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, sobre los navegadores web sólo recae una obligación concreta, extensible, por lo demás, a otros servicios de esta naturaleza, como los motores de búsqueda y los asistentes virtuales. Nos referimos a la prevista en el artículo 6.3.2º DMA, ya descrita en el apartado 2 anterior y a la que, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos.

8. Asistentes virtuales

Sobre los guardianes de acceso que ejercen como asistentes virtuales recaen varias de las obligaciones que, por haber sido ya analizadas en este Trabajo, resta sólo mencionarlas. Estamos hablando de las medias contempladas en los apartados tercero (párrafo segundo), quinto y séptimo del artículo 6 DMA, compartidas, todas ellas, por varios servicios básicos de plataforma de manera simultánea.

9. Servicios de computación en nube

Quién sabe si por la naturaleza instrumental que suele revestir en la práctica, no contempla el Reglamento de Mercados Digitales obligación o prohibición alguna aplicable específicamente a este servicio básico de plataforma, más allá de referencias puntuales en sus considerandos. Por este motivo, a los prestadores del servicio básico de computación en la nube les serán de aplicación, únicamente, las medidas que, con carácter general, resultan extensibles a todas aquellas plataformas que tengan la condición de *gatekeeper*.

10. Servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria,

⁶⁸ No se permite, pues, que el guardián de acceso adopte «[...] comportamientos que menoscaben la interoperabilidad exigida en virtud del presente Reglamento, por ejemplo, mediante la utilización de medidas de protección técnica injustificadas, condiciones de servicio discriminatorias, la invocación ilícita de derechos de autor en interfaces de programación de aplicaciones o el suministro de información engañosa» (considerando 70 DMA). A este respecto, el empleo de normas técnicas puede facilitar a la plataforma el cumplimiento de este tipo de obligaciones, por lo que resulta adecuado y aconsejable, sino necesario, que la Comisión solicite el desarrollo de este tipo de normas a las organizaciones europeas de normalización (considerando 96 DMA), en los términos previstos por el artículo 48 del Reglamento. De igual modo, será preciso atribuir a la Comisión europea competencias de ejecución para especificar medidas como, en lo que aquí interesa, establecer disposiciones operativas y técnicas con vistas a poner en práctica la interoperabilidad (considerando 99 DMA).

prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados en los apartados 1 a 9 del presente epígrafe

Los servicios de publicidad en línea se caracterizan porque sólo pueden ser prestados de forma complementaria a otro servicio básico de plataforma. En otras palabras, carecen de autonomía propia y sólo adquieren virtualidad, a los efectos que ahora analizamos, si se incorporan, por adición, a un servicio de intermediación en línea, a un motor de búsqueda, a un servicio de red social en línea, a un servicio de plataforma de intercambio de vídeos, a un servicio de comunicación interpersonal independiente de la numeración, a un sistema operativo, a un navegador web, a un asistente virtual o a un servicio de computación en nube.

Dicho lo anterior, y en lo que aquí interesa, existen tres obligaciones específicas aplicables a los servicios digitales publicitarios:

En primer lugar, aquella prevista en el artículo 5.2.a) DMA, que, en materia de datos, prohíbe al guardián de acceso:

«tratar, con el fin de prestar servicios de publicidad en línea, los datos personales de los usuarios finales que utilicen servicios de terceros que hagan uso de servicios básicos de plataforma del guardián de acceso».

Recuérdese que, a diferencia de las obligaciones incluidas en los artículos 6 y 7 DMA, las contempladas en el precepto quinto no precisan, en términos generales⁶⁹, de ulterior especificación, siendo susceptibles de ser aplicadas tal y como son descritas.

Se trata de una obligación asimétrica que persigue evitar una afectación desmesurada en los derechos del usuario final (especialmente, en el derecho fundamental a la protección de sus datos personales) de la que el guardián de acceso obtenga una ventaja desproporcionada (considerando 33 DMA). Al mismo tiempo, busca salvaguardar la contestabilidad del mercado, al impedir que estos superintermediarios refuercen, más si cabe, su posición en el mismo mercado al incremento superlativo⁷⁰ de los efectos de red algorítmicos, incremento derivado de utilizar,

con fines publicitarios personalizados, datos personales suministrados por los consumidores en las interacciones intermediadas con los usuarios profesionales, en detrimento (especialmente, cuando se produce un supuesto de integración vertical de la plataforma) de estos últimos y, en general, de las facilidades de entrada al mercado (considerando 36 DMA).

En segundo lugar, la medida del artículo 5.9 DMA, que, aplicable a los anunciantes, dispone lo siguiente:

«El guardián de acceso proporcionará a cada anunciante al que preste servicios de publicidad en línea, o a terceros autorizados por los anunciantes⁷¹, a petición del anunciante, información diaria y gratuita sobre cada anuncio del anunciante, en relación con:

a) el precio y las comisiones pagados por ese anunciante, incluidas todas las deducciones y recargos, por cada uno de los servicios de publicidad en línea pertinentes prestados por el guardián de acceso;

⁶⁹ Pese a la afirmación anterior, existe un supuesto en el que las obligaciones del artículo 5 DMA podrán ser especificadas previo procedimiento iniciado por la Comisión (artículo 20 DMA), a iniciativa propia o previa petición de una plataforma. Este supuesto es el previsto en el artículo 8.2.3º de la norma, que alude a motivos de elusión, es decir, a prácticas de la plataforma tendentes a evitar, como veremos más adelante, su designación como guardián de acceso, merced a la segmentación, división, subdivisión, fragmentación o separación de servicios para, por medios contractuales, comerciales, técnicos o de cualquier otro tipo, evitar alcanzar los umbrales establecidos en el artículo 3.2 DMA (artículo 13 DMA).

⁷⁰ Ello guarda estrecha relación con el principio de proporcionalidad que, en el seno de la actividad administrativa (que es la que, en definitiva, aquí se produce), puede analizarse adecuada y profusamente en SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁷¹ Alude, en esencia, a las agencias de publicidad que actúan en nombre de una empresa anunciante (considerando 58 DMA).

- b) la remuneración recibida por el editor con su consentimiento, incluidas todas las deducciones y recargos, y
- c) las medidas a partir de las que se calculan cada uno de los precios, comisiones y remuneraciones.

En caso de que un editor no dé su consentimiento a que se comparta información relativa a la remuneración recibida, a que se refiere el párrafo primero, letra b), el guardián de acceso proporcionará gratuitamente a cada anunciante información relativa a la remuneración media diaria recibida por dicho editor, incluidas todas las deducciones y recargos, por los anuncios pertinentes».

Se impone al *gatekeeper* un deber de transparencia en su labor de intermediación publicitaria (transparencia cuya extensión también hubiera sido recomendable en otros servicios que, por ejemplo, requieren de complejos algoritmos para la generación de potentes efectos de red, cuyo funcionamiento es, a menudo, sesgado y no es del todo claro), en aras de mejorar unas condiciones, con frecuencia, ciertamente opacas, especialmente tras la nueva normativa sobre privacidad (considerandos 45 y 58 DMA). Para poder dar cumplimiento a este deber, el superintermediario tendrá que proporcionar, previa petición del usuario profesional, con carácter gratuito, con periodicidad diaria y en relación con cada anuncio publicitado, la información recogida en las letras a) a c) anteriores. Esta transparencia redundará en la equidad de las relaciones entre la plataforma que presta estos servicios y el anunciante que se sirve de ellos, alentando a una reducción de costes en el conjunto del mercado (tanto del servicio de publicidad en línea en sí, como de muchos productos y servicios diarios que dependen del uso de servicios de publicidad en línea) y aumentando, en última instancia, la capacidad de estos usuarios profesionales para cambiar, si así lo desean, de empresa prestadora de este tipo de servicios.

Ahora bien, como parte de la información a proporcionar se incluye la cesión de datos personales de los editores (referidos a la remuneración por ellos percibida), previéndose, como condición *sine qua non*, que este preste su consentimiento; de lo contrario, el guardián de acceso sólo se verá posibilitado a remitir, en su lugar, pero en las mismas condiciones ya vistas, información sobre la remuneración media diaria recibida por ese mismo editor, con inclusión de las deducciones y recargos, por los anuncios en los que intervenga. En este último caso, debe entenderse, aunque no se explique en modo alguno, que la alternativa prevista no supondrá un menoscabo de la legislación emanada del RGPD, quizás merced a la anonimización de los datos; ahora bien, de ser así, nada obstaría, a priori, a aplicar la misma medida de separación de la identidad del titular de los datos del resto de la información que le concierne para dar cumplimiento a la letra b) anterior, en línea, por otro lado, con lo previsto en alguna otra obligación recogida en este Reglamento de Mercados Digitales (artículo 6.11).

En tercer y último lugar, aquella que encuentra cobijo en el artículo 5.10 DMA, que hace lo propio con los editores cuando dice que:

«El guardián de acceso proporcionará a cada editor al que preste servicios de publicidad en línea, o a terceros autorizados por los editores, a petición del editor, información diaria y gratuita sobre cada anuncio que aparezca en el inventario del editor, en relación con:

- a) la remuneración recibida y las comisiones pagadas por ese editor, incluidas todas las deducciones y recargos, por cada uno de los servicios de publicidad en línea pertinentes prestados por el guardián de acceso;
- b) el precio pagado por el anunciante con su consentimiento, incluidas todas las deducciones y recargos, y
- c) la métrica a partir de la que se calcula cada uno de los precios y remuneraciones.

En caso de que un anunciante no dé su consentimiento a que se comparta información, el guardián de acceso proporcionará gratuitamente a cada editor información relativa al precio medio diario pagado por dicho anunciante, incluidas todas las deducciones y recargos, por los anuncios pertinentes».

En línea con lo dispuesto en la obligación anterior, esta información permite, en esencia, que el editor, al igual que el anunciante, disponga de un conocimiento más preciso a la hora de orientar, dirigir y personalizar los anuncios, amén de saber el impacto que cada uno de ellos tiene (en forma de visualizaciones, clics o compras) o comprobar si se está produciendo alguna irregularidad derivada del pago de anuncios que no son finalmente mostrados. En definitiva, les

ayuda a valorar la eficacia de las acciones implementadas, mejorando la equidad y la transparencia de las relaciones del guardián de acceso con sus usuarios y la contestabilidad en su disputa con las demás plataformas competidoras.

III. CONCLUSIONES

De cuanto se ha expuesto a lo largo del presente estudio, podemos arrojar una serie de conclusiones relevantes en torno a las plataformas que ejercen como superintermediarios en grandes mercados digitales:

En primer lugar, y, si se quiere, con una vocación algo más introductoria, centrada en la naturaleza de este tipo de servicios básicos de plataforma, podemos afirmar que estos se integran en la categoría, ciertamente más amplia y con vocación aglutinadora, de servicios de la sociedad de la información, concebidos como aquellos que se prestan, normalmente, a cambio de una remuneración (pero, siempre, con carácter oneroso), a distancia, por vía electrónica y previa petición del destinatario de la prestación de los mismos.

Más concretamente, en segundo lugar, estamos en presencia de servicios caracterizados por intermediar las transacciones, de todo tipo, que se desarrollan dentro de un ecosistema entre los diferentes lados que, actuando como usuarios profesionales o como usuarios finales, integran la plataforma.

En tercer lugar, la actividad de estas plataformas digitales, más allá de las ventajas que pueda comportar en la dinamización de la economía, ha de ser regulada, especialmente cuando ejercen como guardianes de acceso, con capacidad suficiente, por ende, de obstaculizar la entrada y salida de competidores en el mercado y de alterar la equidad de las relaciones con los sujetos intermediados.

En cuarto lugar, y fruto de la necesidad anterior, que se advierte de manera paralela al crecimiento gradual de su importancia en el mercado, surge un paquete normativo que impone múltiples y muy variadas obligaciones asimétricas a las plataformas digitales, atendiendo a su relevancia y a la naturaleza de los servicios prestados. Surge, por tanto, la DSA y la DMA, que se suman a la, más que conocida, Directiva de comercio electrónico, al Reglamento P2B y al resto de legislación especial y sectorial que afecta, en mayor o menor medida, a estos superintermediarios o a los usuarios que con ellos se relacionan.

En quinto lugar, centrados en los *gatekeepers*, dos son los principios que, como hemos visto, emanan del Reglamento de Mercados Digitales: el principio de contestabilidad o disputabilidad y el principio de equidad. El primero procura una mejora de las relaciones entre plataformas digitales competidoras, facilitando la supresión de los obstáculos que impiden su entrada o salida del mercado y, con ello, la innovación, la diversidad y, en definitiva, las posibilidades de elección de los usuarios, tanto profesionales como finales. El segundo, por su parte, centra la atención en el interior de las plataformas, es decir, en los vínculos que se entablan entre estas y los usuarios profesionales que se sirven de la intermediación para poder llegar a usuarios finales, haciendo que las condiciones que son impuestas por el guardián de acceso resulten proporcionales a las ventajas obtenidas del servicio por él prestado.

En sexto lugar, este nuevo texto incluye un elenco, *numerus apertus*, de servicios básicos de plataforma, susceptible, por ende, de ser ampliado si la efectividad de los fines que emanan de la norma así lo aconseja. Estos servicios son 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 anteriores.

En séptimo lugar, se configura todo un entramado, complejo y no siempre sencillo de entender, integrado por obligaciones que, por momentos, afectan a todos los servicios básicos de plataforma o sólo a alguno o a algunos y que, dependiendo del caso, inciden en la mejora de la contestabilidad o de la equidad en el mercado. Ello exige una labor de concreción, a fin de delimitar los contornos que resultan aplicables a cada plataforma, dependiendo del caso, siendo este el objeto fundamental del trabajo.

A su vez, en octavo lugar, estas medidas podrán adoptar la forma de obligaciones de hacer o de prohibiciones de no hacer.

Además, en noveno lugar, algunas de estas medidas serán susceptibles de posterior concreción, como sucede, en esencia, con las recogidas en los artículos 6 y 7 del Reglamento de Mercados Digitales.

De igual modo, en décimo lugar, a veces incidirán en la generación de efectos de red directos, otras en la de efectos de red indirectos y, muchas, en la distribución de los efectos de red algorítmicos, sustentados en el tratamiento masivo de grandes cantidades de datos y en el empleo de instrumentos tecnológicos que permiten interpretarlos de forma lógica, como sucede con los algoritmos o las herramientas de Inteligencia Artificial. De este modo, sobre la información, sobre los datos (tanto personales, con exigencias adicionales, como los no personales), recaen gran parte de las obligaciones que se imponen a estos superintermediarios, conscientes de la relevancia que ostentan este tipo de efectos en la consolidación de su posición de poder en el mercado.

En undécimo y último lugar, establecida la clasificación anterior, será preciso adicionar, a cada obligación impuesta por la *Digital Markets Act* a cada concreto guardián de acceso, aquellas que dimanen de la *Digital Services Act*, que, en la misma línea, pero con un alcance mayor (pues abarca también a aquellas plataformas sobre las que no recae una decisión de designación de la Comisión, asignándoles la condición de *gatekeeper*) imponen medidas adicionales para «[...] contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios estableciendo normas armonizadas para crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable que facilite la innovación y en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta, incluido el principio de protección de los consumidores» (artículo 1 DSA).

IV. BIBLIOGRAFÍA

BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Manual de Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «El nuevo Reglamento europeo de Mercados Digitales», *Diario la Ley*, núm. 10155, 2022.

BOIX PALOP, Andrés, «Digital platform competition regulatory challenges», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 8, 2021.

CIRIANO VELA, César David, *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000.

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.cnmcc.es/sobre-la-cnmcc/documentos-posicion/consulta-ce-plataformas-digitales> (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

DÍAZ ESTELLA, Fernando, «The DMA: a new Regulation for -or against- Digital Markets in the EU?», *SSRN*, núm. 1, 2023.

EUROPEAN COMMISSION, «Antitrust: Commission accepts Microsoft commitments to give users browser choice», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_09_1941 (fecha de consulta: 19 de febrero del año 2023).

EUROPEAN COMMISSION, «Antitrust: Commission sends statement of objections to Google on Android operating system and applications», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_1492 (fecha de consulta: 20 de febrero del año 2023).

EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, *Regulating digital gatekeepers*, 2020.

GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, «El concepto de empresa y la aplicación del derecho de la competencia a los prestadores de servicios a través de plataformas digitales», en MARTÍ MIRAVALLS, Jaume y RODILLA MARTÍ, Carmen (dirs.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 65 ss.

HEIM, Mathew y NIKOLIC, Igor, «A FRAND regime for dominant digital platforms», *Journal of intellectual property, information technology and e-commerce law*, núm. 18, 2019, pp. 38 ss.

HOSANAGAR, Kartik y JAIR, Vivian, «We need transparency in algorithms, but too much can backfire», <https://hbr.org/2018/07/we-need-transparency-in-algorithms-but-too-much-can-backfire> (fecha de consulta: 17 de febrero de 2023).

HOUSE OF COMMONS, SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Algorithms in decision making*, Fourth Report of Session 2017–19.

IBÁÑEZ PALOMO, Pablo, «The draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis», *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 12, 2021, pp. 561 ss.

LAMADRID DE PABLO, Alfonso y 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 (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

LAYNE-FARRAR, Anne; PADILLA, Jorge, y SCHMALENSSEE, Richard, «Pricing patents for licensing in standard-setting organizations: making sense of FRAND commitments», *Antitrust law journal*, núm. 74, 2007, pp. 671 ss.

LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, «Modelos algorítmicos, sesgos y discriminación», en Bueno de Mata, Federico (dir.), *Fodertics 9.0: estudios sobre tecnologías disruptivas y Justicia*, Comares, Granada, 2021.

MARTY, Frédéric y MOUTON, Jeanne, «Ecosystems as quasi-essential facilities: should we impose platform neutrality?», *Journal of Law, Market & Innovation*, núm. 1, 2022, pp. 108 ss.

MILLÁN PEREIRA, Juan Luis, «Regulación económica, competencia e incentivos», en RUIZ OJEDA, Alberto (dir.), *Fundamentos de regulación y competencia: el diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 113 ss.

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

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.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (dirs.), *Derecho de la regulación económica: fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15 ss.

OLMEDO PERALTA, Eugenio, «Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones: el controvertido uso de las cláusulas de nación más favorecida (Most Favoured Nation)», *Revista General de Derecho del Turismo RGDT*, núm. 4, 2021.

O'NEIL, Cathy, *Weapons of math destruction: how Big Data increases inequality and threatens Democracy*, Random House, Nueva York.

O'REILLY, Tim, «What is Web 2.0: design patterns and business models for the next generation of software», *Communications & Strategies*, núm. 1, 2007, pp. 1 ss.

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

PAZOS CASTRO, Ricardo, «El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain, S.L. y Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González, C-131/12, no publicada todavía en el repertorio oficial)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015, pp. 1 ss.

RODILLA MARTÍ, Carmen, «Distribución selectiva y plataformas digitales: la defensa de la competencia», en CASTELLÓ PASTOR, José Juan; GUERRERO PÉREZ, Alejandro y MARTÍNEZ PÉREZ, Miriam (dirs.), *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 255 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Bosch, Barcelona, 2018.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «Integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información», en RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco y ATIENZA MACÍAS, Elena (dirs.), *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 621 ss.

SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

TAMAYO VELASCO, Beatriz Jimena, «El mercado de los “mayordomos digitales”: una visión panorámica», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 30, 2022.

WHATSAPP, «Información sobre el cifrado de extremo a extremo», <https://faq.whatsapp.com/820124435853543/> (fecha de consulta: 21 de febrero de 2023).