



ESCUELA DE POSTGRADO

TRABAJO FIN DE MÁSTER – MÁSTER UNIVERSITARIO
EN ABOGACÍA (HABILITANTE)

Ley de Mercados Digitales ¿Fin de los abusos por parte de los gigantes digitales?

Autor del TFM:

Miguel Ángel Fuster Alfonso

UNIVERSIDAD EUROPEA DE

VALENCIA 2021/2022

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. DEFINICIONES	4
3. RAZÓN DE SER DE LA LEY DE MERCADOS DIGITALES	6
3.1 LA FUERTE POSICIÓN EN EL MERCADO QUE DA LUGAR A SITUACIONES COMPETENCIA DESLEAL	6
3.2 REESTABLECER LA RELACIÓN DE IGUALDAD EN LOS MERCADOS DIGITALES	8
4. LEY DE MERCADOS DIGITALES	10
5. GUARDIANES DE ACCESO	14
5.1 ¿QUÉ ES NECESARIO PARA SER CONSIDERADO GUARDIÁN DE ACCESO?	14
5.2 ¿QUÉ SE CONSIDERARÁ COMO SERVICIO BÁSICO DE PLATAFORMA?	15
5.3 ¿QUÉ EMPRESAS CUMPLIRÁN CON LOS PARÁMETROS MARCADOS POR LA LEY?	17
6. PRINCIPALES OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DE LOS GUARDIANES DE ACCESO	21
6.1 OBLIGACIONES GENERALES	21
6.2 OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE SER ESPECIFICADAS CON MÁS DETALLE	23
6.3 OBLIGACIONES DE AUDITORÍA Y DE INFORMACIÓN SOBRE CONCENTRACIONES	26
6.4 CUMPLIMIENTO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE OBLIGACIONES POR PARTE DE LOS GUARDIANES DE ACCESO	27
6.5 PREGUNTAS RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES	29
7. INVESTIGACIONES DE MERCADO	33
7.1 CÓMO Y EN QUÉ CIRCUNSTANCIAS SE VA A INICIAR UNA INVESTIGACIÓN DE MERCADO	33
7.2 FACULTADES DE INVESTIGACIÓN	36
7.3. FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO	37
8. SANCIONES	39
8.1 SANCIONES DERIVADAS DEL PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO	39
8.2 PLAZOS DE PREINSCRIPCIÓN	43
9. GRUPO DE ALTO NIVEL Y COMPETENCIA PARA HACER CUMPLIR LAS NORMAS	45
10. CONCLUSIONES	46
11. BIBLIOGRAFÍA	49

1. INTRODUCCIÓN

El 14 de septiembre de 2022, la justicia europea condeno a Google a la mayor multa impuesta por la Unión europea (en adelante UE o Unión), 4.125 millones de euros. A través de una sentencia impuesta por el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) por imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos móviles, para aumentar y proteger la posición de dominio de Google en el ámbito de servicios de búsqueda en general.

Esta multa comparte finalidad con la ley que se va a desarrollar en este trabajo, Ley de Mercados digitales (en adelante la Ley, Reglamento o Normativa). Dicha finalidad no es otra que la protección de la competencia en los mercados digitales.

La referida finalidad nace por comportamientos anticompetitivos de las grandes empresas del sector, como ahora Google, Microsoft, Facebook (actualmente Meta) etc. Todas estas empresas han aprovechado su gran fuerza en el sector para imponer condiciones abusivas que merman el crecimiento del mercado y de nuevas empresas que mejoren los servicios prestados en él.

Es por eso por lo que el 24 de marzo de 2022 el Parlamento Europeo y el Consejo lograron conseguir un acuerdo provisional sobre del texto de la Propuesta de Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital. El cual fue finalmente aprobado el 5 de julio de 2022.

El objetivo perseguido por la Unión de frenar los comportamientos anticompetitivos de aquellas empresas con suficiente poder para realizarlos, es el motivo principal de la elección de este tema. Debido a que estas empresas durante muchos años no han tenido una ley específica que regule sus comportamientos y con la aprobación de esta norma cambiará.

Para poder prever el cambio que va a sufrir el mercado digital y sobre todo las grandes empresas que lo dominan, será necesario analizar las obligaciones y prohibiciones que la Ley impone, los requisitos necesarios para verse afectado por esta nueva regulación, el baremo de sanciones que se establecen, etc. Todo esto va a ser objeto de desarrollo de este trabajo, no limitando a enunciar la normativa, si no analizándola con sentido crítico.

2. DEFINICIONES

Las palabras utilizadas en este trabajo se alejan del lenguaje jurídico habitual, por lo que es de necesidad realizar una pequeña lista de definiciones para entender mejor el contenido del trabajo:

- I. Guardián: Empresa que proporciona servicios de plataforma central, designada de conformidad con el artículo 3 de la Ley.
- II. Usuario profesional: se define en el artículo 2.17 de la Ley de mercados digitales *“toda persona física o jurídica que actúe a título comercial o profesional utilizando servicios básicos de plataforma como medio de proporcionar bienes o servicios a los usuarios finales”*
- III. Usuario final: se define en el artículo 2.16 de la Ley *“toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma que no sean usuarios profesionales.”*
- IV. Servicio básico de plataforma: son aquellos servicios que vienen especificados en el artículo 2 de la Ley y que es necesario realizar, al menos uno, para ser considerado Guardian de acceso.
- V. Servicio de búsqueda en línea: Se define en el artículo 2.5 de la Directiva (UE) 2019/1150 como *“un servicio digital 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”*
- VI. Servicios de computación en nube: uso de servidores remotos conectados a internet para almacenar, administrar y procesar datos, servidores, bases de datos, redes y software.
- VII. Software: la RAE lo define como *“conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.”*
- VIII. Interoperabilidad: capacidad de las organizaciones para el intercambio de

información y conocimiento.

- IX. Servicio de la sociedad de la información: cualquier servicio en el sentido de lo afirmado en el artículo 1, apartado 1, letra b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo (13)¹ *“todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.”*
- X. Servicios de identificación: El reglamento los defino como *“servicios complementarios que permiten cualquier tipo de verificación de la identidad de los usuarios finales o usuarios profesionales, independientemente de la tecnología utilizada.”*
- XI. Servicios de intermediación en línea: su definición se encuentra en el artículo 2.2 del Reglamento (UE) 2019/1150² y afirma que serán considerados servicios en línea aquellos que cumplen los siguientes requisitos:
- *“Constituyen servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo (13);*
 - *permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia;*
 - *se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores.”*

¹ DIRECTIVA (UE) 2015/1535 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada)

² 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.

3. RAZÓN DE SER DE LA LEY DE MERCADOS DIGITALES

Es lógico pensar que, si el sector digital es relativamente reciente y además está en un constante cambio y evolución, será necesario que existan leyes que se adapten a dichos cambios y regulen todo lo que en el sucede. Sin embargo, para entender mejor el porqué, vamos a analizar las principales motivaciones que la unión europea ha tenido para su creación.

3.1 LA FUERTE POSICIÓN EN EL MERCADO QUE DA LUGAR A SITUACIONES COMPETENCIA DESLEAL

Como hemos mencionado anteriormente, las nuevas tecnologías en un periodo breve de tiempo han sufrido un gran cambio, dando lugar a la creación de sistemas operativos, servicios en la nube, motores de búsqueda en línea, redes sociales, servicios de plataformas de intercambio de videos, etc.

Todos estos nuevos servicios han dado lugar a la creación de un nuevo mercado, el mercado de servicios digitales, el cual se estima que ocupa entre un 5% y un 15% en el PIB mundial. Cifra más que aceptable para un mercado cuyo recorrido no tiene más de 40 años.

Este crecimiento tan rápido ha producido que las principales potencias digitales como pueda ser Google, Apple, Amazon, Facebook o Microsoft cojan una posición de fuerza en el mercado que produce muchas veces prácticas desleales en el mismo.

Para entender esto es necesario comprender que estas grandes potencias digitales, funcionan en el mercado como intermediarios de los consumidores finales, ya que el usuario profesional que ofrece sus servicios por Internet lo tiene que hacer a través de algunas de las plataformas ya mencionadas, debido a que estas sirven como puertas de acceso a la mayoría de los potenciales clientes. Puesto que son estas las que durante muchos años han perfeccionado sus sistemas, lo que ha producido que sea un número bastante reducido de empresas las que se encargan de abarcar un mercado que cada vez ocupa un mayor espacio en el PIB mundial.

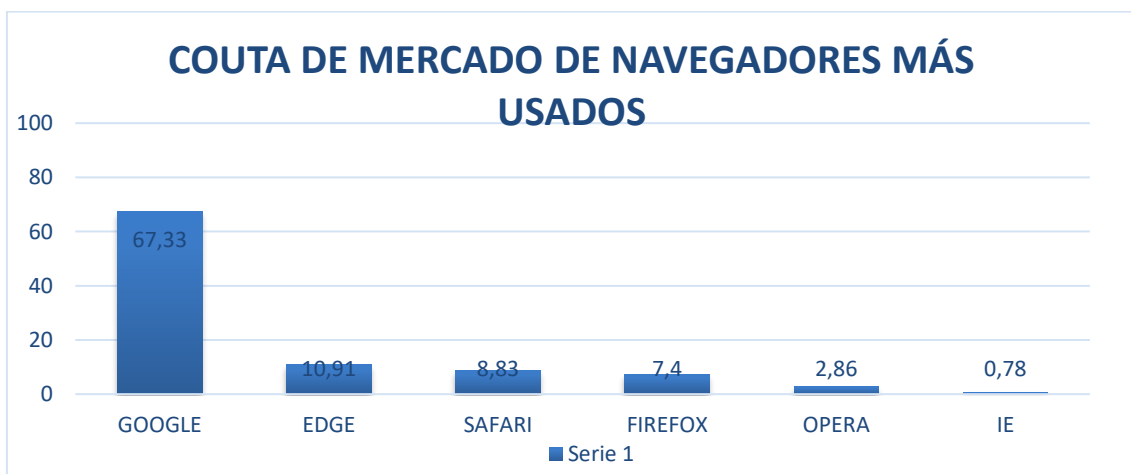
Esto se traduce en que muchas veces utilizan esta posición de fuerza en el mercado para

realizar prácticas desleales con los usuarios profesionales. Así como, la elaboración de perfiles sobre usuarios finales, el cual no tiene por qué ser contrario a la ley, pero sí que se debe de realizar de manera controlada y transparente, respetando la privacidad de dichos usuarios.

Puede parecer que las empresas mencionadas anteriormente trabajan en sectores distintos. Por ejemplo, Microsoft tiene como sector principal la venta de sistemas operativos, tanto a consumidores como a empresas. Además de tener contrato con la mayoría de los fabricantes de dispositivos electrónicos para que sea su sistema operativo el que figure en sus dispositivos. Otro ejemplo sería Google, al cual podríamos ubicar como un simple motor de búsqueda por internet, pero va más allá, debido a que vende móviles o smartwatches. Además, son muchos los dispositivos electrónicos que llevan preinstalado Google Chrome como motor de búsqueda, a lo que hay que añadir también que tienen desarrollado uno de los principales sistemas operativos para móviles, como es Android, que se encuentra instalado en todos los móviles Samsung. Por lo que la mayoría de estas empresas tiene un negocio principal, pero todas se mueven en el mismo sector económico.

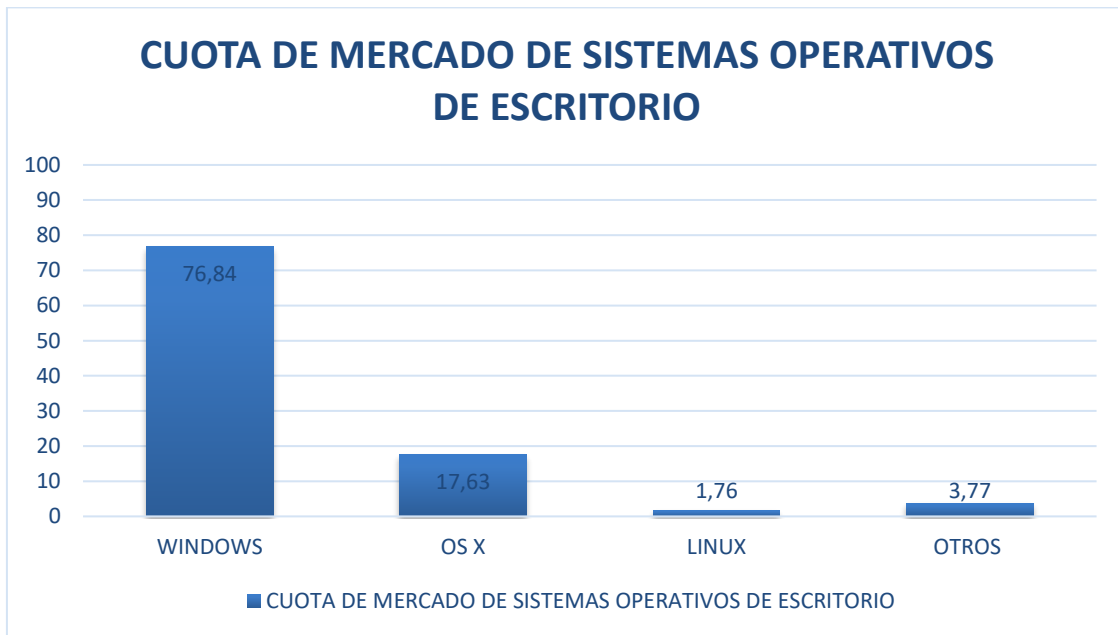
Para entender mejor la fuerza que pueden ejercer sobre los usuarios profesionales, vamos a ver diferentes estadísticas sobre los navegadores web más usados, para ilustrar, por ejemplo, el poder de Google en dicho negocio, junto con otra estadística sobre los sistemas operativos de escritorio más usados, que nos muestran las cuotas de mercado de empresas como Microsoft.

- Google:



Fuente: Statcounter Globalstats.

Microsoft:



Fuente: Statcounter Globalstats.

Las gráficas anteriores solo muestran dos sectores económicos dentro de todo el mercado digital, pero sirve para ilustrar el dominio de estas empresas y el dominio que pueden ejercer en el mercado.

3.2 REESTABLECER LA RELACIÓN DE IGUALDAD EN LOS MERCADOS DIGITALES

Tal y como afirmo Álvaro García Delgado, miembro que participó en la preparación de la ley de mercados digitales *“La Unión europea y los Estados miembros llevan mucho tiempo pensando qué se puede hacer para intentar restablecer la relación de igualdad en los mercados digitales”*.

Ambos motivos están relacionados, es decir, la fuerte posición que mantienen en el mercado produce fuertes desigualdades motivadas por acciones que, a partir de la creación de estas leyes, será mucho más fácil de identificar, perseguir y sancionar. Debido a que, antes del nacimiento de estas leyes, el TGUE ya había sancionado por prácticas anticompetitivas a lo que ahora llamaremos guardianes de acceso, pero para poder sancionar dichas actuaciones anticompetitivas habían dedicado mucho tiempo y recursos

para conseguir las pruebas suficientes que permitieran condenar dichos comportamientos anticompetitivos.

Con la creación de esta Ley será mucho más sencillo, ya que lo que persigue es que las empresas actúen de forma transparente en el mercado, y así evitar las largas y costosas investigaciones que se han realizado para sancionar los comportamientos anticompetitivos de estas empresas.

Algunos de estos procesos largos y con multas muy cuantiosas, son:

- I. Google: Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea³. Asunto T-612/17. En dicha sentencia el TGUE ratifica una multa de 2.424 millones de euros impuesta por la comisión de la Unión Europea en 2017, por favorecer a través de su buscador general de contenido su servicio de comparación de precios frente a la competencia. Puesto que a través de diferentes algoritmos provocaban que fuera su servicio el que se posicionaba en las páginas iniciales cuando se realizaba la búsqueda, siendo relegada la competencia a los últimos enlaces, hecho que según la Comisión y que ratifica el TGUE, provocaba un debilitamiento de sus rivales y una situación anticompetitiva.
- II. Microsoft: La comisión de la Unión Europea sancionó a Microsoft con una multa de 497 millones de euros por abusar de su fuerte posición en el mercado. Este abuso se producía debido a que Microsoft se negaba a dar información a sus competidores para que así estos no pudieran desarrollar soluciones compatibles con Windows⁴. Esta sanción fue impuesta por la sentencia T-201/2004⁵, la cual fue ratificada en el año 2007.

³ STC Tribunal general de la UE Google and Alphabet v Commission (Google Shopping) de 11 de noviembre de 2021. Asunto T-612/17

⁴ Windows: Sistema operativo por excelencia de la empresa Microsoft. Consistente en un conjunto de programas que permiten la ejecución de los recursos de un ordenador.

⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007. Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T 201/04.

4. LEY DE MERCADOS DIGITALES

La ley de Mercados Digitales nace de una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital. Tal y como se indican en los primeros artículos de la propuesta, establece normas armonizadas para que el sector digital tenga una libre competencia cuando intervengan los llamados guardianes de acceso, puesto que, hasta el momento, las distintas normas de carácter nacional no han sido suficientes para detener las desigualdades. Este hecho provoca que a las nuevas empresas que quieran empezar en dicho mercado, le sea muy complicado crecer y convertirse en verdaderos competidores de todas las ya establecidas en él.

Dicho lo anterior, la ley de Mercados Digitales tiene entre sus objetivos principales que todos los Estados miembros que conforman la Unión Europea tengan la misma base jurídica en esta materia para así frenar los distintos problemas de competencia que se han ido sucediendo a lo largo de los años con los usuarios profesionales y finales por la contratación de los servicios básicos ofrecidos por los guardianes de acceso.

La idea de que todos los estados miembros tengan la misma base jurídica viene dada por la disparidad de leyes en los diferentes estados, que ha producido que las mismas conductas fueran sancionadas en unos estados, mientras que en otros no lo eran, hecho que producía un empobrecimiento de la competencia.

Por otra parte, la Ley no tiene intención de abarcar todos los servicios prestados por las empresas del sector digital, solo los servicios básicos de plataforma. Es decir, aquellos que cumplan con las siguientes premisas:

- I. Existencia por las grandes plataformas de poder suficiente para establecer condiciones comerciales con autonomía de sus potenciales competidores.
- II. Que un número reducido de grandes plataformas actúen como puertas de acceso para los consumidores finales.
- III. Poder de los proveedores de servicios básicos utilizado de forma indebida dando lugar a conductas desleales.

Únicamente afectará a los servicios que cumplan con estas características porque la intención de la Unión, como ya se ha dicho, es mejorar el funcionamiento del mercado

digital y no colapsarlo con normas sin sentido. Con la idea de dotar de una mayor calidad los productos y servicios, mejorando los precios y la libre elección por parte de los usuarios. En conclusión, mejorar el mercado para así producir una mejora de los productos ofertados y de los precios para los consumidores finales.

Junto con todo lo expresado, los Guardianes de acceso (guardianes) son otro punto clave en la creación de este nuevo reglamento, que afecta a todos ellos independientemente de su lugar de residencia, es decir, dentro de la Unión Europea o fuera de ella. Debido a que, independientemente del lugar en el que tenga la residencia fiscal, si incumple la nueva normativa, estos serán sancionados. Junto a ellos los principales afectados son los usuarios profesionales y los usuarios finales. Pero, a diferencia de los guardianes de acceso, a los cuales esta nueva ley pone trabas a los comportamientos anticompetitivos que venían realizando, a estos les afecta de forma positiva, ya que toda limitación que frene las prácticas desleales de los guardianes les produce un beneficio directo.

Como hemos dicho, los Guardianes son punto clave dentro de la nueva normativa que vamos a analizar, y es por ello que se plantearon diferentes modelos para determinar quiénes serían dichos guardianes de acceso; las tres principales propuestas fueron:

- I. Una lista predefinida de los guardianes de acceso y de las obligaciones de aplicabilidad.
- II. Un marco flexible de designación y actualización de las obligaciones.
- III. Por último, una opción flexible basada en umbrales cualitativos de alcance.

De las tres propuestas, la Comisión considero la segunda opción como la óptima para alcanzar los objetivos. La opción elegida consta de:

- I. Una lista de servicios de plataformas básicas la cual podrá ser modificada tal y como se establece en el artículo 53 de la Ley. Esta afirma que, antes de 3 años de la fecha de aplicación del reglamento y posteriormente cada 3 años, la comisión revisará y evaluará el presente reglamento con el objetivo de informar a la Comisión Europea, Parlamento, Consejo y comité Económico y Social Europeo. Uno de los puntos que tratarán estas evaluaciones es si es necesario modificar la lista de servicios básico de plataforma, que más tarde se expondrá.
- II. Una combinación de criterios, que abarcará entre una repercusión significativa en

el mercado interior, como en tener una posición afianzada y duradera en el mercado. Todo esto, con parámetros numéricos, que harán más sencilla su aplicación práctica.

- III. Obligaciones de diferentes características que serán de aplicación una vez un proveedor de servicios básicos sea considerado Guardian de acceso.
- IV. Revisiones por parte de la Comisión que puedan dar lugar a cambios en los criterios para designar a los guardianes de acceso y en las obligaciones y prohibiciones que en un primer momento exige la norma. Todo esto previa investigación de mercado por parte de la Unión.

La opción elegida, según la propuesta de la normativa, facilitará a las empresas superar las barreras existentes en un mercado donde reinaban las prácticas desleales por parte de los guardianes de acceso.

En conclusión, esta ley lo que pretende, o al menos así lo repite en numerosas ocasiones, es frenar las prácticas abusivas de las grandes empresas, para así favorecer a las pymes cuya intención sea introducirse en el mercado. Todo ello lo explica la propuesta de reglamento en su exposición de motivos tercero que lleva como título *“Resultados de las consultas con las partes interesadas y de las evaluaciones de impacto”*, donde afirma que *“El impacto en las Pymes no conllevaría una carga adicional para estas, puesto que es muy poco probable que reúnan las condiciones para ser consideradas como guardianes de acceso y por tanto no tendrían que cumplir con la lista de obligaciones”*. Por lo tanto, podemos observar que la premisa de la nueva normativa es clara, dotar de una mayor seguridad jurídica un mercado en el que las prácticas desleales eran comunes, con el objetivo de hacer crecer a las pymes, y mejorar la competitividad.

Para realizar todo lo explicado hasta el momento la Comisión, que el total de los recursos financieros para la aplicación de la normativa, entre el año 2021 y 2027, sea de 81.090 millones de euros, incluidos 56.640 millones de euros de gastos administrativos. Todo este dinero invertido, entre otras cosas, en la designación de guardianes de acceso, investigaciones de mercado y las medidas de ejecución y seguimiento.

El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) finalmente fue aprobado el 5 de julio de 2022 y entrará en vigor tal y como indica su artículo 54, una vez hayan

transcurrido veinte días desde el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y será aplicable una vez hayan transcurrido 6 meses desde su entrada en vigor.

5. GUARDIANES DE ACCESO

Los Guardianes de Acceso, tal y como hemos definido anteriormente, son los proveedores de servicios básicos.

5.1 ¿QUÉ ES NECESARIO PARA SER CONSIDERADO GUARDIÁN DE ACCESO?

Para ser considerado Guardián de Acceso, el Reglamento establece en su artículo 3.1 letras a, b y c, unos parámetros que, en el caso de ser cumplidos, un proveedor de servicios básicos pasará a ser considerado como guardián de acceso. Estos parámetros son:

- I. Tener una repercusión significativa en el mercado interior.
- II. Poseer un servicio básico que sirva como puerta de acceso a los usuarios profesionales, para ofertar sus servicios a los usuarios finales.
- III. Mantener una posición afianzada y duradera en el mercado o en caso de no tenerla, que sea previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo.

Estos son los requisitos mínimos que cualquier proveedor de servicios debe cumplir para ser considerado como guardián de acceso. Pero, el reglamento desarrolla con mayor detalle cada uno de los puntos anteriores, debido a que vistos de la forma anterior pueden dar lugar a duda.

- I. En referencia a la repercusión significativa, se entiende que cumplirá este requisito cuando la empresa alcance un volumen de negocio anual en el EEE de igual o más de 7.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios o cuando la capitalización bursátil media ascienda como mínimo a 75.000 mil millones de euros en el último ejercicio. Junto a cualquiera de estas dos características deberá prestar servicios como proveedor de servicios básicos en tres estados miembros.
- II. El servicio básico que sirva como puerta de acceso para usuarios profesionales frente a los usuarios finales, deberá tener al menos 45 millones de usuarios finales activos mensuales situados en la unión y más de 10 mil usuarios profesionales activos anuales establecidos o situados en la Unión Europea en el último ejercicio económico. Para el cálculo de los 45 millones de usuarios finales activos mensuales, se obtendrá la media de la mayor parte del último ejercicio económico, es decir, se sumará el número de usuarios finales mensuales y se

dividirá por el número de meses, y si supera los 45 millones, se entenderá cumplido.

- III. La tercera condición, es del todo garantista. Puesto que, lo que persigue es que no cualquiera sea considerado como guardián de acceso, solo aquellos que consigan una posición afianzada y duradera en el mercado. Esto se consigue manteniendo los umbrales explicados en el punto dos anterior durante un mínimo de tres ejercicios económicos consecutivos.

Expuesto los umbrales, podemos sacar dos conclusiones. La primera es que Europa con esta ley no tiene intención de sobrecargar con costes derivados de la aplicación de la norma a aquellas empresas que no tienen capacidad para alterar el mercado, es decir, las pequeñas empresas que estén integradas en el mercado digital pero que, por su volumen de usuarios, de ventas, de facturación no supongan un peligro para la competencia del mismo. Y segundo, que los criterios actuales marcados, deberán tener una revisión constante, porque el mercado digital crece cada vez más rápido y probablemente los criterios de usuarios finales activos se tengan que modificar cada cierto periodo de tiempo, ya que cada vez el uso de las nuevas tecnologías es mayor y por tanto un mayor número de personas utilizarán estas herramientas.

5.2 ¿QUÉ SE CONSIDERARÁ COMO SERVICIO BÁSICO DE PLATAFORMA?

Se considerará como servicio básico de plataforma los servicios que aparecen en la tabla y que vienen expresados en la propia ley.

- Servicios de intermediación online.	- Sistemas operativos.
- Motores de búsqueda.	- Servicios de Redes sociales en línea.
- Navegadores.	- Asistentes virtuales.
- Plataformas de plataformas de intercambio de vídeo.	- Servicios de computación en la nube.

<ul style="list-style-type: none"> - Servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración. 	<ul style="list-style-type: none"> - Servicios de publicidad online. Incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro. servicio de intermediación publicitaria.
--	--

Es importante resaltar que únicamente serán nombrados como guardianes de acceso aquellas empresas que presten alguno de estos servicios, siempre y cuando cumplan con los umbrales establecidos en el artículo 3. Esto es muy relevante, ya que una empresa cuyo mercado es el del sector digital, podría tener una gran fuerza en el mercado y no poder ser considerada como guardián de acceso, debido a que la ley solo prevé la denominación de guardián cuando preste alguno de estos servicios básicos de plataforma.

La Comisión, ante un mercado tan cambiante y que evoluciona tan rápido, prevé en el artículo 53 de la Ley revisiones cada 3 años, tanto de los efectos producidos por la Normativa, como de la lista de servicios básicos de plataforma para evitar que se produzca la situación anterior.

Por último, hay que añadir que, si una empresa presta diferentes servicios básicos de plataforma, como, por ejemplo, servicios de intermediación online, servicios de computación en la nube y servicios de publicidad online, los requisitos y umbrales del artículo 3 se deberán cumplir en cada uno de los servicios que presta. Es decir, si solo cumple dichos requisitos en relación con el servicio de publicidad online, únicamente será considerado como guardián de acceso de dicho servicio y no para los demás.


Esto es muy relevante, debido a que puede provocar una tendencia en las grandes empresas de crear sociedades más pequeñas que se dediquen a prestar dichos servicios de forma individualizada para no alcanzar los umbrales establecido en el artículo 3.

5.3 ¿QUÉ EMPRESAS CUMPLIRÁN CON LOS PARÁMETROS MARCADOS POR LA LEY?

Una vez conocemos los requisitos y umbrales que debe cumplir cualquier proveedor de servicios básicos para ser considerado como guardián de acceso, vamos a ver que empresas pueden cumplir con ellos.

La revista alemana, Bruegel⁶ publicó el 14 de diciembre de 2021 un artículo en el que hablaban de los efectos de la propuesta de esta nueva ley.

Table 3: Designated gatekeepers when considering market capitalisation, turnover and number of CPS in the DMA



	Google	Amazon	Microsoft	Apple	Facebook	SAP	ORACLE	NETFLIX	AIRBNB	TWITTER	ZOOM
European Commission proposal	y	y	y	y	y	y	y	n	y	n	y
Council of the EU position	y	y	y	y	y	y	y	n	y	n	y
Schwab proposal	y	y	y	y	y	n	n	n	n	n	n
IMCO position	y	y	y	y	y	y	y	n	n	n	n

	SPOTIFY	SALESFORCE	UBER	BOOKING HOLDINGS	EXPEDIA	PayPal	Ebay	Zalando	Yahoo (Verizon)	Slack	Vivendi
European Commission proposal	n	y	n	y	n	y	n	y	y	n	y
Council of the EU position	n	y	n	n	n	y	n	n	y	n	y
Schwab proposal	n	n	n	y	n	n	n	n	y	n	n
IMCO position	n	y	n	y	n	y	n	n	y	n	y

Source: Bruegel. Note: The thresholds considered for each of the proposals were as follows, for EEA turnover and market capitalisation, respectively. For the EC proposal, €6.5 billion and €65 billion; For the Council proposal, €6.5 billion in each of the last 3 years and €65 billion; For Schwab's first proposal, €10 billion and €100 billion; For IMCO's final agreement, €8 billion and €80 billion. Note that the turnover figure specifically for the EEA is still challenging to obtain with the available data, but we tried to approximate it as much as possible. The criterion 'the presence in at least 3 Member States of the EU' has been assumed as being always fulfilled since this is the case to the best of our knowledge. The number of CPS we considered for each firm can be seen in Table 4.

Como podemos observar, la lista diferencia en la tabla azul de la izquierda diferentes

⁶ Bruegel, según se definen en su página web, es el think tank europeo especializado en economía. A través de sus publicaciones, eventos, redes sociales y podcats, ocupa un lugar destacado en diferentes premios y rankings de Think Tank.

propuestas. De todas las propuestas que en ella aparecen, la elegida finalmente fue la segunda, council of the EU position, pero con matices.

Decimos que fue elegida con matices, ya que es la que más se asemeja a la que realmente aparece en la redacción final, debido a que el reglamento aprobado el pasado 5 de julio de 2022 endurece los criterios para ser considerado guardián de acceso respecto a los de la propuesta. Más concretamente, endurece el requisito del artículo 3.2 letra a), que en la propuesta decía así: *“En referencia a la repercusión significativa, se entiende que se cumplirá este requisito cuando la empresa a la que pertenezca el proveedor de servicios básicos alcance un volumen de negocio anual en el EEE de igual o más de 6.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios o cuando la capitalización bursátil media ascienda como mínimo a 65.000 mil millones de euros en el último ejercicio y junto a cualquiera de estas dos características deberá prestar servicios como proveedor de servicios básicos en tres estados miembros.”*

Por lo que podemos apreciar, que desde la propuesta de Ley de mercados digitales de 2020 se ha decidido aumentar dichos parámetros económicos en mil millones, por lo que respecta al primer requisito económico, y diez mil millones, en referencia a la capitalización bursátil media. Es también significativo que la redacción final ha eliminado la frase *“cuando la empresa a la que pertenezca el proveedor de servicios básicos”* dejando únicamente a la empresa. Decimos que es significativo, porque esto puede animar a los futuros guardianes de acceso a dividir sus servicios en empresas nuevas para evitar, al menos durante un tiempo ser consideradas como guardianes de acceso.

Debido a lo novedad de la ley y la modificación sufrida en los umbrales, no podemos saber exactamente que empresas serán las que se verán afectadas por ella. Pero a través del estudio realizado por la revista alemana Bruegel, si podemos hacernos una idea de que empresas pasarán a ser llamadas guardianes de acceso.

De todas las empresas que aparecen en la tabla, solo 13 de ellas cumplirían los requisitos establecidos en el artículo 3.1 y los umbrales del 3.2 de la propuesta de Ley de Mercados Digitales y son: Google, Amazon, Microsoft, Apple, Facebook, SAP, Oracle, Airbnb, Zoom, Salesforce, Paypal, Yahoo y por último Vivendi. Aun no siendo exacto esto, sí que sirve para hacernos una idea del tamaño de las empresas que pasaran a ser consideradas como guardianes de acceso cuando la ley entre en vigor.

5.4 PROCEDIMIENTO PARA NOMBRAR UN GUARDIÁN DE ACCESO

El procedimiento para establecerse como guardián viene regulado en el propio artículo 3 en sus puntos 3,4,5,6,7,8,9 y 10. El artículo 3.3 añade que serán las mismas empresas las que darán parte a la Comisión Europea en un plazo de 2 meses desde el momento en que comiencen a cumplir con los parámetros fijados y presentarán la información relativa al cumplimiento de los umbrales regulados en el apartado dos del referido artículo, y que se han expuesto anteriormente. Ante la negatividad por parte de dichas empresas, la Comisión se guarda la opción de intervenir de oficio cuando tenga conocimiento de que alguna empresa cumpla con los umbrales.

El apartado cuarto añade que, en un plazo no superior a 45 días hábiles posteriores a la recepción de la información referida anteriormente, la Comisión designará como Guardian a aquella empresa que prestando un servicio básico de plataforma cumpla con los umbrales ya mencionados. Pero, existe la posibilidad de que la empresa presente en su informe, tal y como indica el apartado quinto, argumentos suficientemente fundamentados en contra de ser considerado como guardián de acceso, explicando que no cumple los requisitos establecidos en el artículo 3.1 en base a los elementos que enumera el apartado sexto.

El artículo 3.8 establece una vía alternativa para la Comisión cuando un proveedor de servicios básicos cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 3.1, pero no con los umbrales del apartado segundo, o presente argumentos suficientemente fundamentados tal y como hemos dicho anteriormente. Para ello, la Comisión tendrá en cuenta los elementos siguientes:

- “a) el tamaño, incluidos el volumen de negocios y la capitalización bursátil, las operaciones y la posición del proveedor de servicios básicos de plataforma;*
- b) el número de usuarios profesionales dependientes del servicio básico de plataforma para llegar a los usuarios finales y el número de usuarios finales;*
- c) las barreras de entrada derivadas de los efectos de red y las ventajas basadas en datos, en particular en relación con el acceso del proveedor a los datos personales y no personales o a las capacidades analíticas, así como su recopilación;*
- d) los efectos de escala y alcance de los que se beneficia el proveedor, incluso con respecto a los datos;*
- e) cautividad de usuarios profesionales o usuarios finales;*
- f) una estructura societaria de conglomerado o integración vertical de esa empresa;*
- g) otras características estructurales del mercado”*

Estos elementos no serán determinantes para la unión, es decir, si una empresa los cumple lo lógico es que sea considerada como guardián de acceso. Pero, se puede dar la situación que otra empresa no cumpla dichos requisitos, pero que la Comisión tenga la creencia basada en la evolución de dichos elementos de que sí que los va a cumplir y por lo tanto podría considerarla como guardián.

Cuando se toma una decisión en virtud del artículo 3 y se considera o no un proveedor de servicios básicos como guardián de acceso, aparece una vía a través del artículo 4, que permite la revisión, modificación i reconsideración de dicha decisión. Cuando:

- Se produzca un cambio en las circunstancias que produjeron la designación como guardián de acceso.
- Existan informaciones incorrectas, incompletas o engañosas que indujeron al error por parte de la empresa.

En ambos supuestos, la revisión se puede realizar tanto de oficio, como a iniciativa de las empresas.

La revisión de oficio para determinar si los proveedores de servicios básicos designados como guardianes de acceso, en base al artículo 3, siguen cumpliendo con los requisitos y umbrales establecidos, se realizará anualmente y de forma obligatoria en periodos no superiores a los 3 años. Cuando realice está revisión deberán también revisar la lista de servicios básicos de plataforma con el objetivo de mantenerla en una constante actualización. Cuando realice dichas revisiones, las modificaciones que sufran las listas de guardianes de acceso y de servicios básicos de plataforma serán públicas, así lo establece la Ley en el artículo 4.2 y 3.

6. PRINCIPALES OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DE LOS GUARDIANES DE ACCESO

El capítulo tercero de la ley, titulado “*prácticas de los guardianes de acceso que limitan la disputabilidad o son desleales*” especifica diferentes tipos de obligaciones, entre ellas se encuentran obligaciones generales, de interoperabilidad en servicios de mensajería, obligaciones susceptibles de ser especificadas con más detalle y obligaciones de auditoría y de información sobre concentraciones.

6.1 OBLIGACIONES GENERALES

El artículo 5 de la Normativa enumera las siguientes obligaciones:

- I. Abstenerse de combinar datos personales de los servicios básicos de plataforma con cualquier otro servicio que la misma empresa ofrezca o con datos personales de servicios de terceros. Así como abstenerse de conectar al usuario final con otros servicios ofertados por la misma página sin el previo consentimiento, con el objeto de combinar datos personales en el sentido de los artículos 4.11 y 7 del Reglamento (UE) 2016/679.⁷
- II. Permitir que los usuarios profesionales puedan ofertar los mismos productos o servicios que ofertan los guardianes de acceso a través de servicios de intermediación en línea de ellos mismos con precios o condiciones distintas de las fijadas por dichos guardianes de acceso. Es decir, a modo de ejemplo, si existe una empresa que se dedica a vender espacio en la nube, y yo accedo a comprar dicho espacio a través de Google. Google estará obligado a permitir que dicha página venda su producto al precio que desee independientemente del precio que venda Google.
- III. Los guardianes de acceso deberán permitir que los usuarios profesionales puedan

⁷ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

promover ofertas para los usuarios finales adquiridos a través de los servicios básicos de un guardián de acceso y contratar con dichos usuarios finales, con independencia de si para la contratación utilizan los servicios básicos de plataforma.

- IV. Los guardianes de acceso deben permitir que los usuarios finales utilicen contenidos, suscripciones, prestaciones u otros elementos de los propios guardianes de acceso, cuando los usuarios finales hayan adquirido esto a través de un usuario profesional sin utilizar los servicios básicos de plataforma del propio guardián de acceso.
- V. El guardián de acceso no podrá impedir que los usuarios profesionales interpongan reclamaciones ante las autoridades públicas, directa o indirectamente. Es decir, no podrán realizar presiones, como ahora dejar sin servicio a un usuario que ha interpuesto una reclamación o borrar sus archivos con la condición de devolvérselos cuando quite la reclamación.
- VI. No exigir a los usuarios profesionales que utilicen, ofrezcan o interoperen con un servicio de identificación, un navegador web o un servicio de pago del guardián de acceso, cuando el usuario profesional utilice los servicios básicos del propio guardián de acceso. Lo que persigue este artículo es la transmisión de información por parte de los usuarios profesionales en favor de los guardianes de acceso, ya que al vender sus servicios a los usuarios profesionales tienen la capacidad de exigir que utilicen sus servicios de identificación para así conocer que clientes tienen y cuáles son sus preferencias.
- VII. Abstenerse de exigir a los usuarios profesionales o finales, que quieren acceder, inscribirse o registrarse en un servicio básico de plataforma de un guardián de acceso, se suscriban o registren en cualquier otro servicio básico de plataforma, que el que realmente van a suscribir como condición para poder suscribirse a este. Básicamente lo que quiere decir la Ley, es que el guardián de acceso no puede obligar a ningún usuario a la suscripción de un servicio para así poder obtener el servicio que realmente quiere.
- VIII. Los guardianes deben facilitar a los anunciantes y editores a los que presta servicios de publicidad, información sobre el precio pagado al anunciante y editor,

así como, la remuneración pagada al editor por la publicación de un determinado anuncio, y por cada uno de los servicios de publicidad ofrecidos por el guardián de acceso. Esta obligación siempre vendrá derivada por la previa petición de los anunciantes y editores, nunca estará obligado el guardián de acceso a darla por iniciativa propia. Esta obligación también alcanza a los terceros autorizados por los editores y anunciantes.

6.2 OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE SER ESPECIFICADAS CON MÁS DETALLE

Junto con este conjunto de obligaciones, la Ley de Mercados Digitales, añade en su artículo sexto una serie de obligaciones, las cuales serán susceptibles de previsibles modificaciones futuras, ya que así se indica en su título “*obligaciones de los guardianes de acceso susceptibles de ser especificadas con más detalle*”. Los guardianes de acceso deberán respecto de sus servicios básicos de plataforma:

- I. Abstenerse de utilizar cualquier dato que no sea públicamente accesible generado a través de la actividad de los usuarios profesionales con los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso, siempre y cuando se encuentren en competencia con dichos usuarios profesionales. Lo importante aquí es el matiz de la competencia, ya que siempre que no se encuentren en competencia se permitirá realizar esta práctica a los guardianes de acceso, posibilitando a estos datos suficientes como para poder valorar si el sector en el que no operan resulta beneficioso o no.
- II. Permitir a los usuarios finales desinstalar aplicaciones que vengan ya instaladas en los servicios básicos de plataforma. Se añade, y en mi opinión de forma correcta, que las aplicaciones que sean necesarias para el correcto funcionamiento del sistema operativo o del dispositivo, no tengan la opción de desinstalado por parte de los usuarios finales, siempre y cuando no exista un tercero que ofrezca la misma aplicación y desde un punto de vista técnico, pueda ser instalada.

Además, permitirá que los usuarios finales puedan cambiar fácilmente los valores predeterminados del sistema operativo, asistente virtual y navegador que vengan preinstalados en los servicios ofrecidos por el propio guardián de acceso. Este

último estando obligado a ofrecer la posibilidad de cambio.

- III. Permitir que los usuarios finales instalen tiendas de programas de aplicación (Apple Store o Play Store o cualquier otro) de terceros que interoperen con sistemas operativos de dicho guardián y permitir el acceso al mismo por medios distintos de los prestados por el propio guardián de acceso. Siempre reservando la posibilidad al guardián de acceso de poder limitar a través de medidas proporcionadas estas instalaciones cuando el hardware o el sistema operativo proporcionado por ellos mismos se vea en peligro.
- IV. Abstenerse de tratar en la clasificación de formas más favorable sus servicios y productos o los de terceros pertenecientes al mismo grupo empresarial, frente a los productos similares ofrecidos por terceros, aplicando condiciones justas y no discriminatorias. Un ejemplo de esto sería acceder en Amazon a comprar un producto y que los productos realizados por el propio Amazon aparezcan los primeros de la lista de búsqueda, desplazando a sus competidores más directos a sitios en la lista mucho más alejados. Respecto este punto, la Unión Europea ha sancionado a diversas empresas por esta práctica, por lo que se hacía necesaria una específica regulación.
- V. Abstenerse de restringir técnicamente a los usuarios finales para cambiar y suscribirse a diferentes programas de aplicación y servicios accesibles a través de los servicios ofrecidos por el propio guardián de acceso.
- VI. Consentir a los usuarios profesionales y a los proveedores de servicios alternativos, el acceso y la interoperabilidad con el sistema operativo, hardware o software del propio guardián de acceso.
- VII. A los anunciantes y editores, siempre y cuando lo soliciten, los guardianes de acceso deberán de dar acceso a sus propios instrumentos de medición del rendimiento, para que de esta forma controlen por sí mismos su propio inventario de anuncios.
- VIII. Los guardianes estarán obligados a proporcionar, por un lado, una portabilidad efectiva de los datos generados por los usuarios profesionales y finales, así como a facilitar instrumentos que permitan que dicha portabilidad se realiza de

conformidad con el Reglamento 2016/679⁸ y más concretamente con su artículo 20.

- IX. De la utilización de los servicios básicos por parte de los usuarios profesionales, los guardianes de acceso deberán permitir que estos mismos o terceros autorizados por ellos, accedan y utilicen los datos agregados o no agregados que se deriven de la utilización de dichos servicios básicos por parte de los usuarios profesionales. Dentro de esos datos agregados, también se incluyen los datos personales, pero el guardián de acceso únicamente estará obligado a dar el acceso, cuando se deriven de la interacción de los usuarios profesionales con los productos de los usuarios finales. Aquí son importantes dos puntos, el primero, especifica que el permiso que deben de dar los guardianes de acceso a los usuarios profesionales para acceder a todos los datos generados por sus productos deberá ser de alta calidad, continuos y en tiempo real. Este hecho se puntualiza, a mi entender, por las constantes prácticas anticompetitivas realizadas por las empresas que se considerarán como guardianes de acceso. El segundo punto hace referencia, a que el usuario final, siempre deberá de aportar su consentimiento en virtud del Reglamento (UE) 2016/679.
- X. Deberán permitir a los proveedores de motores de búsqueda en línea, a petición de ellos mismos, el acceso a condiciones justas, razonables, y no discriminatorias de datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones. En relación con las búsquedas gratuitas y de pago de los usuarios finales en los motores de búsqueda en línea de los guardianes de acceso, siempre respetando los datos que constituyan datos personales de dichos usuarios finales.
- XI. El guardián deberá de aplicar condiciones justas y no discriminatorias de acceso a su tienda de aplicaciones de software, motores de búsqueda en línea y servicios de redes sociales frente los usuarios profesionales.
- XII. Por último, el guardián no podrá establecer condiciones generales para rescindir

⁸ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

contratos de suministros de servicios que sean desproporcionados. Correrá a costa del guardián la obligación de asegurarse de que las condiciones de rescisión podrán ejercerse de forma debida.

6.3 OBLIGACIONES DE AUDITORÍA Y DE INFORMACIÓN SOBRE CONCENTRACIONES

Por último, los guardianes de acceso tendrán una doble obligación más, informar sobre concentraciones y de auditoría, reguladas respectivamente en los artículos 14 y 15 de la Ley.

- Obligaciones de información sobre concentraciones.

En lo que respecta a la obligación de informar sobre concentraciones, se podrá realizar tanto a las autoridades nacionales como a una autoridad de la UE siempre y cuando la concentración se realice en el sentido del artículo 3 del Reglamento (CE) n° 139/2004⁹ que dice los siguiente:

“1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o*
- b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.”*

La notificación que comunique la concentración deberá describir:

1. El volumen de negocio anual en el EEE y en todo el mundo, respecto de cualquier servicio de plataforma básico;
2. Volumen de negocios anual en el EEE respectivo;

⁹ Reglamento (CE) N°139/2004 del consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamentto comunitario de concentraciones”)

3. Las empresas afectadas por la concentración, campos de actividad y facturación a nivel mundial;
4. El valor de la transacción o una estimación de esta;
5. Número de usuarios profesionales activos anualmente y número de usuarios finales activos mensualmente;
6. Y, por último, la justificación de la concentración que se está comunicando y una lista de los estados miembros afectados.

Si como consecuencia de la concentración alguna empresa que preste un servicio básico de plataforma alcanza los umbrales del artículo 3 de la Ley, deberá comunicarlo en un plazo de dos meses desde la realización de la concentración.

La Comisión, se encargará de elaborar una lista de concentraciones derivada de las informaciones aportadas por los guardianes. La cual trasladará a los Estados miembros, respetando siempre el secreto comercial.

- Obligaciones de auditoría.

Todo guardián de acceso estará obligado, dentro de los 6 meses siguientes de su designación, a presentar una auditoría independiente a cerca de las técnicas que utilizan para elaborar los perfiles de los clientes. Dicha descripción se actualizará como mínimo una vez al año.

Por último, añade la Ley que el guardián pondrá a disposición del público un resumen de dicha auditoría, siempre respetando, al igual que en los informes de concentraciones, el secreto comercial.

En este punto podemos ver como la ley tiene una clara intención de hacer del sector digital, un sector más abierto y alejarlo de las prácticas anticompetitivas. Pero en mi opinión, los informes de dichas auditorías serán un mero formalismo, porque el secreto comercial prevalecerá sobre la mayoría de los datos que sean de interés.

6.4 CUMPLIMIENTO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE OBLIGACIONES POR PARTE DE LOS GUARDIANES DE ACCESO

Los diferentes tipos de obligaciones que hemos visto anteriormente deberán de llevarse a

cabo a través de medidas establecidas por los diferentes guardianes de acceso. Estas medidas se regulan en el artículo 8 de la ley, y dicen lo siguiente:

- I. Las medidas adoptadas por los guardianes para el cumplimiento de las obligaciones, ya explicadas, deberán de cumplir con lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679¹⁰ y la Directiva 2002/58/CE¹¹, junto con la legislación cibernética, protección de los consumidores y seguridad de los productos.
- II. Se especifica un procedimiento para cuando la comisión considere que las medidas adoptadas por parte del guardián no surgen efectos suficientes para cumplir con las obligaciones marcadas. La comisión podrá especificar las medidas que el guardián tendrá que aplicar para cumplir con las citadas obligaciones.

Este procedimiento se podrá realizar tanto de oficio como a petición de un guardián. Cuando el procedimiento lo inicie un guardián, es decir, sea el mismo el que solicite que se investigue las medidas que va a aplicar para el cumplimiento de las obligaciones anteriores, deberá presentar una presentación en la que se explique todas las medidas que va a llevar a cabo. Junto con una versión no confidencial de esa misma presentación, donde se especifiquen las medidas que va a realizar, debido a que, está última presentación servirá para orientar a futuras empresas que cumplan los requisitos de guardián de acceso.

- III. Iniciado el procedimiento, el cual tendrá una duración de 6 meses desde el inicio de este, la comisión comunicará las conclusiones preliminares obtenidas en un plazo de 3 meses desde la iniciación del procedimiento, velando por que las medidas especificadas en la comunicación preliminar sean eficaces para alcanzar los objetivos y obligaciones del guardián de acceso en cuestión.

No solo se realizará el estudio de las medidas aplicables al guardián de acceso pensando en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley. Debido a

¹⁰ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

¹¹ 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 en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)

que, deberá realizarse pensando que dichas obligaciones se deben llevar a cabo sin producir ningún desequilibrio de derechos y obligaciones con los usuarios profesionales, así como, no producir ninguna ventaja competitiva con otros guardianes de acceso.

IV. Una vez finalizado el procedimiento, el mismo podrá reabrirse por solicitud del guardián o de oficio por la propia comisión, en los siguientes supuestos:

- Por producir un cambio sustancial en cualquiera de los hechos que motivaron la decisión;
- Cuando la decisión tomada está basada en informaciones incompletas, incorrectas o engañosas;
- Y, por último, cuando las medidas que se hayan llevado a cabo no sean eficaces.

6.5 PREGUNTAS RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

- ¿El Reglamento regula alguna obligación más? ¿Qué son las obligaciones de interoperabilidad?

Además de las obligaciones anteriores, el texto final de la ley, a diferencia de la propuesta de 2020, introduce en el artículo 7 las obligaciones sobre la interoperabilidad de servicios de comunicaciones interpersonales independientes.

Solo los guardianes de acceso cuyo servicio básico de plataforma sea los servicios de mensajería deberán garantizar la interoperabilidad de sus funciones básicas.

No todo lo relacionado al servicio de mensajería deberá ser interoperable desde un primer momento, ya que se establecen periodos de tiempo para adaptarlo, variando entre los que son aplicables en el momento de la entrada en vigor de la ley y los que deberán ser interoperables una vez hayan transcurrido 2 o 4 años.

Los servicios que deberán ser operables desde el momento de la designación de guardián de acceso son los mensajes de texto, las imágenes, mensajes de voz y videos compartidos entre los usuarios finales. Los que se aplicarán a los 2 años siguientes de la designación, son los mismos que los anteriores, pero cuando se produzcan en grupos de usuarios finales. Y, por último, los servicios interoperables 4 años después de ser considerado

guardián de acceso serán las llamadas y videollamadas entre usuarios finales y entre chats grupales y usuarios finales.

Todos estos servicios interoperables se realizarán garantizando que no se reduzcan los niveles de integridad, seguridad y cifrado del servicio ofrecido por el guardián.

- ¿Se puede suspender la aplicación de una obligación para un guardián de acceso que este obligado a cumplirlo?

La respuesta es que sí, pero con matices. El artículo 9 de la Ley específica que previa petición del guardián de acceso, la Comisión podrá suspender total o parcialmente, con carácter excepcional, una obligación de los artículos 5, 6 y 7. Siempre y cuando el guardián de acceso demuestre que el cumplimiento de dicha obligación supone un peligro, derivado de circunstancias excepcionales que escapan de su control, que afectaría a la viabilidad económica de las operaciones del guardián en la Unión.

La suspensión podrá estar condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones y obligaciones que la propia comisión decida implantar para equilibrar los propios intereses del guardián y la finalidad que persigue la UE con la presente ley.

Además, se podrá suspender de forma provisional, previa petición del guardián de acceso, hasta la resolución por parte de la Comisión.

Por lo tanto, sí que se podría suspender la aplicación de una determinada obligación, incluso se podrá hacer de forma provisional. Pero lo que no se podrá realizar es una suspensión con carácter indefinido, ya que la comisión revisará anualmente las condiciones excepcionales que han producido la imposibilidad de aplicar la misma, para decidir si sigue sin aplicarse o en cambio, dichas circunstancias ya no afectan a la aplicación de la obligación.

La evaluación por parte de la Comisión sobre la petición tendrá en cuenta la repercusión del cumplimiento de la obligación, cuya suspensión es objeto del proceso, en la viabilidad económica de las operaciones del guardián de acceso en la UE y con terceros.

- ¿Se puede dar algún tipo de exención a la aplicación de las obligaciones?

La respuesta es que sí. A diferencia de la suspensión de una obligación, aquí se podrá realizar tanto por petición motivada de cualquier guardián de acceso, como por iniciativa propia de la comisión.

Al igual que en la suspensión, aunque no lo hemos mencionado anteriormente, se establece un periodo de tres meses para que la comisión resuelva acerca de la exención o en su caso, de la suspensión. Pero este periodo de tres meses es simplemente orientativo, ya que la redacción que aparece en la Ley, específica que *“la Comisión procurará adoptar la decisión de exención a más tardar 3 meses después de la recepción...”*

El artículo 10 que regula las exenciones, especifica que únicamente se podrán producir por motivo de seguridad y por salud pública. Aquí lo interesante es ver la diferencia con la propuesta de ley de Mercados Digitales del 15 de diciembre de 2020, que añadía, además de estas dos, la moral pública, eliminada de la redacción final del Reglamento.

Al igual que en la suspensión se podrá realizar una exención provisional, en las mismas condiciones que para la suspensión. Y no es lo único que establece igual para ambos supuestos, debido a que también podrá estar supeditada la decisión de la comisión a que el guardián adopte una serie de obligaciones y compromisos que aseguren el cumplimiento de la finalidad perseguida.

- ¿Existe alguna forma de evitar la aplicación de las obligaciones?

Las únicas formas de evitar el cumplimiento de las obligaciones serán a través de la suspensión de obligaciones o de la exención de estas que el mismo reglamento regula.

La respuesta anterior es la contestación lógica, pero la redacción final de la Norma modifica el artículo 11 de la propuesta de 15 de diciembre de 2020, el cual llevaba como título “Antielusión”.

La antielusión es lo contrario de elusión, lo cual se entiende como el conjunto de prácticas encaminadas a evitar que surja o nazca el hecho o la obligación que ocasione el cumplimiento de un derecho. Por lo tanto, antielusión será las practicas encaminadas a evitar planificaciones tendentes a eludir la aplicación de la Ley. Sin embargo, el artículo 11 de la propuesta, únicamente hablaba en su redacción original de que los guardianes velarían por que se cumpliera plena y eficazmente las obligaciones establecidas en los artículos 5,6 y7 y que no podrían degradar sus servicios de plataformas básicas de los cuales se estuvieran beneficiando los usuarios finales y profesionales.

Dicho artículo, en la redacción final de la Ley pasa a ser el artículo 13 y mantiene como título “Antielusión”, pero modifica el contenido de este y afina mucho más el contenido en relación con lo que podemos entender como antielusión. Puesto que, básicamente lo

que hace es prohibir que una empresa que preste distintos servicios básicos de plataforma, segmente la empresa en distintas empresas más pequeñas con el objetivo de que cada una de ellas preste un servicio básico y que de forma individual no alcancen los umbrales necesarios para ser considerado guardián de acceso y así no cumplir las obligaciones marcadas.

Esta modificación se produce debido a que el Reglamento establece que los criterios establecidos son frente a cada servicio básico de plataforma y no frente al global de la empresa que presta los servicios. Por lo tanto, es lógico que se incluya este tipo de cláusulas.

Para evitar que las empresas actúen de esta manera, el artículo 13 añade que podrá iniciar procedimientos y adoptar medidas de ejecución cuando entienda que las empresas están realizando actos tendentes a evitar el cumplimiento de sus obligaciones.

7. INVESTIGACIONES DE MERCADO

La Ley establece en el capítulo IV las investigaciones de mercado. La Normativa establece un punto específico a las investigaciones debido a la necesidad constante de actualización que requiere una normativa que regula materias relativas a un mercado tan cambiante y que lo será aún más después de la entrada en vigor de este Reglamento y de la Ley de Servicios Digitales¹².

En este punto vamos a analizar en que supuestos la Ley va a realizar este tipo de investigaciones, cuando se va a producir una investigación de mercado acerca de si un incumplimiento es sistemático o no, que es la función de cumplimiento, quien, y como va a realizar las funciones relativas a una investigación de mercado, etc.

7.1 CÓMO Y EN QUÉ CIRCUNSTANCIAS SE VA A INICIAR UNA INVESTIGACIÓN DE MERCADO

Cuando la Comisión pretenda realizar una investigación de mercado lo primera que hará será tomar la decisión de apertura de dicha investigación, la cual, tal y como se establece en la Normativa, deberá contener:

1. Fecha en la que va a comenzar la investigación;
2. El objeto por el cual se va a iniciar la investigación;
3. El motivo o motivos principales por el que va a producirse.

Es importante decir que la Comisión podrá solicitar la ayuda a las autoridades nacionales para la realización de la investigación.

Una vez explicado como deberá iniciarse una investigación de mercado y que deberá contener, vamos a analizar porque motivos va a poder iniciarse dicho proceso.

¹² Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Que regula un nuevo marco legal para las plataformas digitales de servicios intermediarios.

I. Investigaciones para designar a los guardianes de acceso.

Se realizarán con el fin de examinar si un proveedor de servicios básicos cumple con los requisitos y umbrales regulados en el artículo 3.2 y 3.3 de la Ley. También se podrán realizar a una empresa designada previamente como guardián de acceso, para identificar si solamente presta un tipo de servicio de plataforma básico o en cambio, presta algún servicio más.

El segundo motivo por el cual pueden realizarse estas investigaciones resulta extraño, ya que, si una empresa es nombrada guardián de acceso, es chocante que solo sea nombrada por prestar un servicio básico de plataforma. Pero se puede dar la situación que, a razón de prestar ese servicio básico de plataforma, comience a prestar otro y no comunique que en el segundo servicio prestado también cumple con los requisitos establecidos, por lo tanto, es correcto que la Unión prevea esta situación y se guarde la posibilidad de iniciar una investigación por dicho motivo.

Cuando se realicen este tipo de investigaciones, la Comisión se esforzará en comunicar sus conclusiones preliminares al proveedor de servicios básicos de plataforma en un plazo no superior a 6 meses desde la apertura del procedimiento de investigación y de finalizar el mismo en un plazo no superior a 12 meses. En la normativa no habla de obligación de terminar en dicho plazo, ni de comunicar las conclusiones preliminares, únicamente habla de un esfuerzo por parte de la comisión para conseguirlo. Por lo que podemos deducir que cuando estas investigaciones se produzcan, van a alargarse más tiempo del especificado.

El artículo 41.1 de la Ley, da la posibilidad a los estados miembros para que puedan solicitar una investigación de mercado sobre la incorporación de nuevos guardianes de acceso. Siempre y cuando la petición la realicen mínimo 3 estados miembros de forma conjunta.

II. Investigaciones con el objetivo de determinar si un guardián de acceso ha incurrido en un incumplimiento sistemático de las obligaciones reguladas en los artículos 5,6 y 7.

Se considerará incumplimiento sistemático cuando la reiteración de infringir las obligaciones derivadas de ser un guardián de acceso le ha facilitado mantenerse o reforzar su posición de guardián en referencia a lo establecido en el artículo 3.1

de la Normativa. Es decir, si como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas el guardián de acceso aumentara su repercusión en el mercado interior o su posición en el mercado estuviera más afianzada, la comisión podrá aplicar cualquier medida correctora proporcional a la infracción cometida.

Se considerará que un guardián de acceso a incurrido en un incumplimiento sistemático cuando la comisión haya dictado al menos tres decisiones de incumplimiento o imposición de multas contra un guardián de acceso por cualquiera de sus servicios de plataforma básicos, en un plazo de 8 años antes de la adopción de la decisión de apertura de la investigación.

El plazo de 8 años es una novedad introducida respecto a la propuesta de 2020, la cual imponía un plazo de 5 años. En este punto sorprende bastante el cambio, ya que lo que se intenta evitar, como ya se ha explicado al principio del trabajo, es que un guardián de acceso incumpla las obligaciones establecidas en la Normativa, las cuales tienen como finalidad frenar las prácticas anticompetitivas que tenían y tienen las grandes empresas en este mercado. Por lo cual, parece extraño que se incremente este plazo, debido a que el aumento del plazo va totalmente en contra de la propia finalidad de la norma.

Al igual que en el tipo de investigación anterior, la Comisión intentará proporcionar las conclusiones provisionales en un periodo de 6 meses. En este caso añade que podrán producirse prorrogas en la duración del procedimiento, siempre y cuando estas sean objetivas y proporcionadas, sin exceder en ningún caso de 6 meses.

La Comisión podrá compartir la investigación realizada a través de un resumen no confidencial, con el objetivo de favorecer el cumplimiento de la normativa.

El artículo 41.2 de la Ley, abre la posibilidad a los Estados miembros de solicitar que se inicie una investigación de mercado por sospechas de un incumplimiento sistemático de las obligaciones contenidas en los artículos 5,6 y 7. Un solo Estado miembro puede solicitar que se inicie esta investigación, a diferencia de la solicitud de investigaciones para designar a un guardián de acceso

III. Investigación de mercado sobre nuevos servicios y nuevas prácticas.

Esta investigación tendrá como finalidad añadir nuevos servicios básicos de

plataforma a la lista establecida en el Reglamento o detectar tipos de prácticas que puedan limitar la competitividad en el mercado digital.

La investigación, deberá realizarse en un plazo de 18 meses. Cuando finalice se presentarán unas conclusiones que deberán de ir acompañadas de una propuesta de modificación del presente reglamento para incluir los servicios adicionales del sector digital en la lista ya mencionada o en caso de lo que se detecte sea nuevas formas de incumplimiento, un proyecto donde se modifiquen o se amplíen las obligaciones contenidas en los artículos 5,6 y 7.

Al igual que para iniciar una investigación de mercado para designar a un guardián de acceso, los Estados miembros podrán solicitar el inicio. Siempre y cuando la propuesta la realicen como mínimo tres Estados miembros.

7.2 FACULTADES DE INVESTIGACIÓN

Cuando la comisión adopte la decisión de apertura de un procedimiento para llevar a cabo una investigación de mercado para analizar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de los guardianes de acceso y en caso de incumplimiento para aplicar las pertinentes sanciones, tendrá las siguientes competencias:

- Facultades para solicitar información:

El artículo 21 de la Ley, regula las solicitudes de información y afirma que la Comisión tendrá competencia para obtener información de las empresas, asociaciones de empresa e incluso de los Gobiernos y las autoridades de los Estados miembros.

Habrán dos formas de pedir información a las empresas o asociaciones de empresa. La primera a través de una solicitud de información antes de iniciar un procedimiento de investigación de mercado y la segunda a través de una decisión. La diferencia entre ambas o al menos es lo que parece indicar la Normativa, es la obligatoriedad de estas, ya que en la decisión se especifica que será para exigir información, mientras que en la solicitud nada se dice del carácter obligatorio de la misma.

Independientemente de lo anterior, cuando se realice la solicitud o la decisión, se deberá indicar en las mismas el objetivo, la información que se requiere, el plazo para aportar la información y las sanciones previstas en los artículos 30 y 31 de la Ley.

Las solicitudes de información se podrán realizar respecto información habitual o información obtenida a través del acceso a las bases de datos y algoritmos de las empresas.

- Competencias para realizar entrevistas:

La comisión, según el artículo 22 de la Ley, podrá entrevistarse con cualquier persona física o jurídica que consienta en ser entrevistada con el objetivo de recopilar información relativa a una investigación. Además, la Comisión tendrá derecho a grabar dicha entrevista.

Cuando la entrevista se realice en las instalaciones de una empresa, la Comisión deberá comunicar dicha entrevista a las autoridades del Estado miembro donde vaya a producirse, pudiendo los funcionarios del estado miembro acudir a dicha entrevista.

A diferencia de las solicitudes de información, donde a través de una decisión se podría exigir la información lo relevante en este apartado, es que es necesario el previo consentimiento de la persona física o jurídica para ser entrevistada. En las facultades para realizar entrevistas no se especifica forma alguna de que la Comisión pueda entrevistarse de forma unilateral con una persona física o jurídica.

7.3. FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El artículo 28 añade la obligación de los guardianes de tener un órgano de cumplimiento. Esta obligación es cuanto menos curiosa, debido a que no obliga a tener una función de cumplimiento sobre la generalidad de las normas, si no únicamente en lo relativo a la aplicación de la ley de Mercados digitales.

El órgano de cumplimiento que establezca el guardián de acceso deberá tener independencia y recursos económicos para poder llevar a cabo sus funciones.

Sus funciones será organizar, controlar y supervisar las medidas y actividades de los guardianes para garantizar el cumplimiento del presente reglamento, así como informar y asesorar a la dirección y empleados del guardián sobre el cumplimiento del reglamento, también deberá cooperar con la comisión a efectos de la aplicación presente reglamento.

Por último, especifica que los guardianes velarán porque las personas nombradas como miembros del órgano de cumplimiento tengan los conocimientos, cualificaciones profesionales y la experiencia necesaria.

Con las exigencias relativas a conocimientos de los miembros del órgano de cumplimiento, independencia respecto del órgano de administración y dotación económica suficiente la Ley muestra que no va a permitir que la función de cumplimiento sea un simple espejismo de control.

Además, con la función de cumplimiento se persigue que sean los propios guardianes los que a través de una figura independiente controlen sus propias obligaciones. Es decir, que aparezca dentro de la empresa la figura de una persona que tenga capacidad de decir que se están vulnerando las normas que la ley de Mercados Digitales establece, para de esta forma minimizar lo máximo posible los riesgos de que se produzca un incumplimiento.

8. SANCIONES

El apartado primero del artículo 29 de la Ley, establece que condiciones ha de vulnerar un guardián para adoptar una decisión de incumplimiento:

- I. No aplicación de las obligaciones establecidas en los artículos 5,6 y 7.
- II. Cuando las medidas adoptadas por el guardián no garanticen el cumplimiento de las obligaciones de los artículos citados en el punto I anterior y derivado de ello la Comisión adopte unas medidas específicas para dicho guardián y no las cumpla.
- III. Cuando no aplique las medidas adoptadas por la Comisión después una investigación de mercado derivado de un incumplimiento sistemático.
- IV. Incumplimiento de las medidas provisionales impuestas por la Comisión en casos de urgencia, derivados de riesgos de daños graves e irreparables para los usuarios de empresas o finales, regulados en el artículo 24 de la Ley.
- V. Incumplimiento de compromisos por parte del guardián. Realizados en los procesos de investigación de mercado por incumplimientos sistemáticos y en el que aquí se está desarrollando. Cuando dichos compromisos, en base al artículo 25, se hayan realizado en el marco de una investigación judicial y la Comisión no haya sancionado al guardián, dándole fuerza vinculante a los mismos.

La Comisión adoptará su decisión en un plazo no superior a 12 meses y antes de adoptar la decisión, comunicará al guardián las conclusiones preliminares con las medidas que esté considerando tomar. El plazo establecido se regula en el artículo 24. 2 de la Ley y vuelve a incidir, como en anteriores artículos, que la comisión se esforzará en tomar la decisión en esos 12 meses, pero sin comprometerse a que la decisión se tomará de forma obligatoria en ese plazo de tiempo.

Cuando la Comisión finalice este procedimiento de incumplimiento y tome una decisión, esta será comunicada al guardián, dándole un tiempo para que cese en su incumplimiento y además especifique las medidas que va a tomar para cumplir con la decisión.

8.1 SANCIONES DERIVADAS DEL PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO

La sanción adoptada tras el procedimiento de incumplimiento podrá ser:

- I. Multa que no exceda del 10% de su volumen de negocios mundial, cuando no cumpla con las condiciones desarrolladas en el punto anterior.
- II. Multa que no exceda del 20% de su volumen de negocios mundial, cuando el guardián haya incumplido, como mínimo dos veces, alguna de las obligaciones de los artículos 5,6 y 7 en un periodo de tiempo no superior a 8 años, siempre y cuando las obligaciones sean similares. Es decir, un guardián de acceso es sancionado por incumplir una obligación y en un periodo inferior a 8 años, infringe o vulnera una obligación igual o similar.
- III. Multa que no exceda del 1% del volumen de negocios mundial en el ejercicio fiscal anterior cuando por negligencia o de forma intencionada:
 - Una empresa no proporcione o proporcione información falsa, incompleta o engañosa. En el procedimiento para evaluar si cumple los requisitos para ser guardián de acceso;
 - No entregue, el guardián, la información requerida o entregue documentación falsa, incompleta o engañosa en base a la obligación de informa de concentraciones del artículo 14 de la Ley;
 - El guardián entregue la descripción relativa a la obligación de auditoría del artículo 15, de forma incorrecta, engañosa o incompleta o no la entregue;
 - El guardián entregue información incorrecta o de explicaciones falsas, incorrectas o engaños cuando la Comisión solicite información en base al artículo 21 o entregue dicha información incorrecta en una entrevista del artículo 22 de la Ley;
 - El guardián no proporcione datos, algoritmos o información sobre pruebas en base a la solicitud de información regulada en el artículo 21.3 de la Ley;
 - El guardián no rectifique dentro de un plazo dado por la comisión, información incorrecta, engañosa o incompleta, o directamente no proporcionen dicha información cuando la Comisión realice una investigación in situ en los locales de la empresa según estable el artículo 23 de la Ley;

- El guardián se niegue a que se realice una inspección en los locales de su empresa en base al artículo 23 de la Ley;
- Incumpla, el guardián, la obligación de introducir una función de cumplimiento en base al artículo 28.
- Incumpla las obligaciones impuestas por la Comisión en base al artículo 26.

IV. Multas de pagos periódicos de sanciones, que no podrán exceder del 5% del promedio diario del volumen de negocio mundial de los guardianes de acceso y asociaciones de empresas del ejercicio financiero anterior por día, calculado a partir de la fecha fijada por esa decisión. Este tipo de multa se aplicará con el objetivo de:

- Cumplir con las medidas específicas, establecidas por la Comisión a un guardián de acceso, para el cumplimiento de las obligaciones en base al artículo 8.2 de la Ley.
- Cumplir con las medidas correctoras impuestas por la Comisión a un guardián cuando haya realizado incumplimientos sistemáticos.
- Proporcionar información correcta en el plazo requerido derivada de una solicitud de información del artículo 23 de la Ley.
- Realizar una inspección en la empresa en base al artículo 23 de la Ley.
- Cumplir con las medidas provisionales impuestas por la Comisión en situaciones de urgencia como consecuencia del riesgo de daños graves e irreparables para los usuarios de empresas o usuarios finales de los guardianes de acceso.
- Cumplir los compromisos jurídicamente vinculantes.
- Cumplir con las decisiones adoptadas en base a un procedimiento de incumplimiento.

Todas las multas se impondrán teniendo en cuenta la gravedad, la duración y la

recurrencia de los actos objeto de sanción.

Cuando la multa se imponga a una asociación de empresas teniendo en cuenta el volumen de negocios de sus miembros y está sea insolvente, la asociación estará obligada a pedir el pago de la multa a los miembros de la asociación. En caso de negarse, la Comisión podrá exigir el pago de la multa directamente a las empresas que formen parte de la asociación y cuyos representantes hayan formado parte de los órganos decisorios de la misma.

Este último párrafo, ejemplifica la dureza que la normativa pretende aplicar a cualquiera de los incumplimientos que los guardianes o las empresas candidatas a ser guardianes de acceso realicen.

Para entender mejor como van a funcionar las multas, vamos a utilizar a Google como ejemplo. Alphabet, es la empresa matriz de Google, la cual tuvo en 2021 un volumen de negocios mundial de 257.637 millones de euros, según la página web Statista.

Alphabet Inc, está compuesta por multitud de empresas, casi 400, dentro de las cuales se encuentra Google, la cual posee subsidiariamente, unas 200 empresas. Cada empresa ofrece un servicio y si ese servicio es alguno de los indicados como servicios básicos de plataforma y siempre que cumpla con los parámetros del artículo 3.3 de la Ley, será considerado como guardián de acceso. Por lo tanto, en caso de incumplimiento, podría verse afectada por cualquiera de las multas. Alphabet en cambio solo podría verse afectada por el tercer y cuarto tipo de multa, debido a que son las únicas que mencionan las asociaciones de empresa.

Las multas pueden parecer a simple vista que no son muy gravosas, al venir expresadas en porcentajes, pero cuando aplicamos dichos porcentajes a un caso concreto, podemos ver el alcance real de las mismas.

Por ejemplo, si Alphabet cometiera alguna de las acciones que pueden conllevar multas de hasta el 1% de su volumen de negocios total, 257.637.000.000 €, el resultado sería de una multa como máximo de 2.576.370.000 €.

Estamos ante cifras muy altas y a las que cualquier empresa, independientemente de su tamaño y facturación, no estaría dispuesto a perder. Por lo que podemos decir que, aunque el porcentaje pueda parecer pequeño, a nivel de cuantía es muy elevado. Esto se debe a que las multas van en relación con el volumen de negocios y no a unos baremos fijos

establecidos por la Ley.

Las multas tan cuantiosas dotan de una mayor importancia a la ley de Mercados Digitales y mandan un mensaje a todas aquellas empresas que serán guardianes de acceso, de que este Reglamento va a producir un cambio real en el mercado.

8.2 PLAZOS DE PREINSCRIPCIÓN

En la normativa nos encontramos con dos plazos de preinscripción distintos, uno para la imposición de las sanciones (artículo 32) y otra para la ejecución de estas (artículo 33).

I. Preinscripción imposición de sanciones.

En el texto final aprobado es de 5 años, sufriendo una modificación respecto de la propuesta de 2020, el cual era de 3 años. El reglamento, como en la mayoría de las modificaciones sufridas desde la propuesta hasta la aprobación definitiva, ha mejorado.

El plazo de 5 años comenzará a contar desde el día en que se cometa la infracción y en el caso de infracciones continuadas, desde el momento en que finalice la infracción.

Se interrumpirá el plazo desde el día en que se notifique a cualquier empresa participante en una infracción alguna medida adoptada por la comisión relativa a una investigación.

Cuando una interrupción se reanude volverá a contar desde el principio, teniendo el límite del doble del plazo de preinscripción sin que la Comisión haya impuesta una multa.

El plazo se suspenderá cuando el procedimiento se encuentre pendiente ante el Tribunal de Justicia de la UE.

II. Preinscripción de ejecución de sanciones.

Al igual que en la preinscripción de imposición de sanciones, el plazo será de 5 años a contar desde el día en que la decisión sea firme y toda interrupción que se realice producirá que el plazo comience a contarse desde el principio.

Este plazo se podrá ver interrumpido cuando se notifique una decisión que modifique el importe de la cuantía de la sanción o se notifique el rechazo a una proposición de modificación de cuantía, y cuando la Comisión o un Estado miembro que actúe a instancia de la comisión realice cualquier acto relativo a la recaudación por vía ejecutiva.

El plazo se suspenderá mientras dure el plazo para efectuar el pago y mientras dure la suspensión del cobro por vía ejecutiva en base a una decisión del TJUE.

9. GRUPO DE ALTO NIVEL Y COMPETENCIA PARA HACER CUMPLIR LAS NORMAS

La Ley de mercados digitales introduce la figura del grupo de Alto Nivel en el artículo 40.

El grupo de alto nivel estará compuesto por:

1. Organismo regulador Europeo de las Comunicaciones Electrónicas,
2. el Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Consejo Europeo de Protección de Datos,
3. Red Europea de Competencia,
4. Red de Cooperación para la Protección del consumidor,
5. Grupo Regulador Europeo de Medios Audiovisuales.

Todos los organismos anteriores tendrán el mismo número de representantes, que en total no podrán superar los 30 miembros.

La presidencia del grupo la ostentará la Comisión que participará en sus reuniones. Las reuniones se realizarán como mínimo una vez al año por petición de la Comisión, también podrán producirse estas reuniones cuando sean convocadas por la mayoría de los miembros que forman el grupo.

Las funciones de este grupo serán de asesoramiento y experiencia. Para esto realizarán análisis de las normas que regulan cada una de las materias de las cuales son expertos en relación con la Ley de Mercados Digitales y presentarán a la comisión un informe anual donde se muestren los problemas y las recomendaciones a seguir que ellos han podido encontrar. También aportarán sus conocimientos y experiencia en el contexto de las investigaciones de mercados sobre nuevos servicios y nuevas prácticas.

Por último, la única autoridad facultada para hacer cumplir las normas establecidas por la Ley de Mercados Digitales será la Comisión. En cambio, para supervisar el cumplimiento de la Ley, sí que cooperara con las autoridades y los tribunales de los Estados miembros de la UE tal y como se establece en los artículos 37, 38 y 39.

10. CONCLUSIONES

Estudiada y analizada la Ley de Mercados Digitales, se puede afirmar que la idea principal que persigue la norma es cambiar, de forma drástica, los comportamientos abusivos de las grandes empresas en los mercados digitales frente a los usuarios profesionales y finales.

La premisa principal de la Ley es correcta, ya que es necesario frenar los abusos producidos por parte de las grandes compañías, debido a que las normativas genéricas sobre competencia no han sido suficientes para regular el sector. Es por tanto lógico el nacimiento de una ley que lo intente regular, tal y como sucede en otros sectores como la energía, comunicaciones o servicios financieros.

Otro punto distinto es si la Ley de Mercados Digitales es lo suficientemente completa como para hacer valer esas premisas. Bajo mi punto de vista, sí tiene una buena base para cumplir con las premisas que la misma se marca. Establece una serie de obligaciones lo suficientemente completas, introduce diferentes formas de nombrar a un guardián de acceso, tanto de oficio como a petición del propio guardián, sanciones fuertes para evitar el incumplimiento de las obligaciones, investigaciones de mercado para estudiar las necesidades y novedades del sector digital, etc. Por lo tanto, es un reglamento que no va a ser papel mojado, si no que va a tener una repercusión significativa.

Sin perjuicio de lo anterior, hay distintos aspectos que bajo mi punto de vista son mejorables y van a producir problemas en el futuro. El primero de todos es la designación de los guardianes en base a los servicios básicos de plataforma prestados.

Por una parte, entiendo que sea así, ya que es necesario establecer una lista predeterminada de servicios básicos para dotar de una mayor seguridad jurídica al mercado. Es decir, toda empresa debe tener conocimientos previos de las obligaciones y responsabilidades que le van a surgir por prestar un determinado servicio, de lo contrario nacerían muchas reclamaciones por parte de estas empresas aludiendo que el servicio que prestan ellas no debería de ser objeto de aplicación de la ley, hecho que provocaría la necesidad constante de estar especificando que servicio es o no es objeto de aplicación de la ley.

Por otro lado, pienso que considerar guardián de acceso a una empresa por cada servicio básico de plataforma que presta, dará lugar a la fragmentación de las empresas con el

objetivo de tratar de evitar ser consideradas como guardianes de acceso. Ya que, una empresa que presta distintos servicios básicos de plataforma deberá cumplir los umbrales en cada uno de los servicios prestados, por lo que la simple creación de una nueva empresa producirá que los umbrales establecidos en el artículo 3 de la Ley sean mucho más difíciles de cumplir. Es cierto que, en la Propuesta de 2020, se especificaba que para cada guardián de acceso designado por prestar un servicio básico se tendría en cuenta el volumen de negocios anual en el EEE que tuviera la empresa a la que perteneciese. Pero en la redacción final de la ley esto desaparece, y únicamente hace referencia a la propia empresa, no a la empresa a la que perteneciese. Esto, en mi opinión es un error porque producirá a la larga la fragmentación de empresas con el objetivo de prestar servicios básicos de plataforma de forma individualizada y así no alcanzar los umbrales establecidos.

Frente lo anterior, la Ley prevé en su artículo 13, la antielusión, que prohíbe que se pueda dividir, segmentar o fragmentar los servicios básicos de plataforma por medio de acuerdos comerciales etc. Este punto de la Ley ya existía en la propuesta, tal y como hemos dicho en el apartado correspondiente del trabajo, pero en la redacción final se amplía para combatir, lo que en mi opinión se combatía con la redacción del artículo 3 la propuesta de Ley de Mercados Digitales de 2020.

Por tanto, si lo que la Ley pretende es evitar la fragmentación de las empresas que tengan el objetivo de no alcanzar los umbrales establecidos, por dotar de una mayor seguridad jurídica el mercado estableciendo que para cada servicio básico exista un guardián de acceso, lo mejor hubiera sido no modificar la redacción de la propuesta de 2020 y además añadir las modificaciones del artículo 13.

El segundo punto mejorable, son las revisiones cada 3 años en relación con la lista de servicios básicos de plataforma. Debido a que, puede ser un error estipular un tiempo para realizar las revisiones, es cierto que como tiempo máximo es correcto, es decir, cada 3 años, como mínimo, se revisará la lista. Pero no tiene sentido que también funcione como tiempo mínimo, ya que esto lo debería de marcar el mercado, sobre todo en un sector tan cambiante y con un crecimiento tan grande que de un momento a otro puede crear un nuevo servicio del cual una empresa se lucre sin la obligación de cumplir con esta normativa.

En conclusión, y dejando de lado lo dicho anteriormente, estamos ante una Ley que va a

cambiar un sector entero y que, teniendo defectos, va a ser muy positiva para mejorar las condiciones de competencia del Sector digital.

11. BIBLIOGRAFÍA

Páginas web.

- EURONEWS. *¿Qué impacto tendrá la Ley de Mercados Digitales?* En línea. euronews. 28/03/2022. Disponible en <https://es.euronews.com/my-europe/2022/03/28/que-impacto-tendra-la-ley-de-mercados-digitales-en-las-tecnologicas-y-los-consumidores>. [consultado el 17/09/2022].
- *La Justicia europea confirma la multa a Google.* En línea. RTVE.es. [s. f.] Disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20211110/justicia-europea-confirma-multa-google-abuso-posicion-dominante/2220627.shtml#:~:text=El%20Tribunal%20General%20de%20la,a%20los%20de%20la%20competencia> [consultado el 11/08/2022].
- MARINELLO, Mario y MARTINS Catarina. *Which platforms will be caught by the Digital Markets Act? The ‘gatekeeper’ dilemma.* En línea. Bruegel | The Brussels-based economic think tank. 14/12/2021. Disponible en: https://www.bruegel.org/blog-post/which-platforms-will-be-caught-digital-markets-act-gatekeeper-dilemma#_ftnref2. [consultado el 14/08/2022].
- LAMADRID, Alfonso y BAYÓN Nieves. *Ley de Mercados Digitales (DMA): la UE adopta un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales.* En línea. Garrigues, covering every angle of business law. [s. f.] Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ley-mercados-digitales-dma-ue-adopta-nuevo-regimen-regulatorio-dirigido-grandes. [consultado el 08/09/2022].
- FERNANDEZ, Rosa. *Sistemas operativos para PC: cuota de mercado mundial 2010-2020* – Statista. En línea. Statista. 07/09/2021. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/634540/sistemas-operativos-para-pc-cuota-de-mercado-mundial/>. [consultado el 7/09/2022].
- *Press corner.* En línea. European Commission - European Commission. 22/03/2022. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349. [consultado el 15/09/2022].

Legislación:

- Europa. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones). Diario Oficial de la Unión Europea, 29 de enero de 2004. Pag 4.
- Europa. Directiva (UE) 2015/1535 del parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. Diario Oficial de la Unión Europea, 9 de septiembre de 2015. P.3
- Europa. Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el fomento de la equidad y transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Diario Oficial de la Unión Europea, 11 de julio de 2019. Pag 57.
- Europa. Ley de Mercados Digitales, Resolución legislativa del Parlamento Europeo, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados competitivos y justos en el sector digital, Diario Oficial de la Unión Europea, 5 de julio de 2022, pagina 1 a 187.