

MECANISMOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y LA APLICACIÓN EFFECTIVA DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES, SU APLICACIÓN PRIVADA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GUARDIANES DE ACCESO¹

MECHANISMS FOR THE IMPLEMENTATION AND PUBLIC ENFORCEMENT OF THE DIGITAL MARKETS ACT, PRIVATE ENFORCEMENT AND LIABILITY OF GATEKEEPERS

Pedro-José Bueso Guillén

Dr., LL.M. Eur., Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza

1. El presente trabajo se entregó para su publicación en julio del año 2023. El presente trabajo constituye una versión revisada y completada del trabajo titulado «Mecanismos de aplicación del Reglamento de Mercados Digitales, su aplicación privada y responsabilidad civil de los guardianes de acceso: una primera aproximación», en HERNÁNDEZ SAINZ, E., MATE SATUÉ, L.C., ALONSO PÉREZ, M.T., *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, A Coruña, 2023, págs. 81-110.

Como en el caso del anterior trabajo, los medios necesarios para la presentación en el Congreso Nacional «Servicios de intermediación contractual prestados por plataformas digitales y responsabilidad civil» de la ponencia que trae causa este trabajo, así como para la elaboración del mismo, han sido financiados por el Grupo de Investigación de Referencia del Gobierno de Aragón «Gestión jurídica de negocios, instrumentos y organizaciones innovadoras – LegMiBIO» (S12_17R), así como por el proyecto de investigación de la convocatoria de Proyectos de I+D Retos Investigación del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado «Blockchain y Derecho societario. Bigdata, Fintech y la protección del usuario de los servicios financieros» (RTI2018-095721-B-I00).

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de las cuestiones que en materia de «aplicación efectiva» plantea el Reglamento de Mercados Digitales. Tras realizar una aproximación al estudio de los sistemas de implementación y de aplicación efectiva establecidos en el Reglamento, cabe preguntarse si este deja margen para su aplicación privada, es decir, si cabe esperar que sea posible exigir responsabilidad civil a los guardianes de acceso por los daños que causen sus conductas contrarias al Reglamento, ya sea en su controvertida consideración como una norma de Derecho de defensa de la competencia, ya sea por vías alternativas.

Abstract: *The aim of this paper is to inform about the issues raised by the enforcement of the Digital Markets Act. After carrying out a first analysis of the implementation and public enforcement systems set in the Regulation, the paper faces the question whether the Regulation leaves room for its private enforcement. This open question takes into account the controversial consideration of the Regulation as an Antitrust rule. Further, it is dealt with the question whether, even by alternative means, it could be possible to claim against the gatekeepers for damages caused by their conduct contrary to the Regulation.*

Palabras clave: guardianes de acceso, Reglamento de Mercados Digitales, implementación, aplicación efectiva, aplicación privada, responsabilidad civil

KEYWORDS: *gatekeepers, Digital Markets Act, implementation, public enforcement, private enforcement, liability*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 1. Objetivo y ámbito de aplicación del Reglamento de Mercados Digitales. 2. Normas conexas reguladoras de servicios de plataforma en línea. 2.1. Reglamento de Servicios de Intermediación en Línea. 2.2. Reglamento de Servicios Digitales. II. MECANISMOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES. 1. Mecanismos de implementación en las normas conexas. III. MECANISMOS PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES. 1. Mecanismos de aplicación efectiva voluntaria. 2. Mecanismos de aplicación efectiva coercitiva. 3. Competencia para la aplicación de los mecanismos de aplicación efectiva. 4. Mecanismos de aplicación efectiva en las normas conexas. IV. APLICACIÓN PRIVADA DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GUARDIANES DE ACCESO. 1. Aplicación privada de las normas conexas. 2. Relación del Reglamento de Mercados Digitales con otras normas de Derecho de la competencia: a vueltas con su naturaleza. 3. Opciones para la exigencia de responsabilidad civil a los guardianes de acceso. V. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de las cuestiones que en materia de «aplicación efectiva²» plantea el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo UE de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales)³ (en adelante, RMD); Reglamento también conocido por su denominación y/o su acrónimo.

2. Entiéndase esta terminología utilizada como traducción al español del término inglés «enforcement», por contraposición a «application», término este último que se asocia con los criterios de aplicación de una determinada norma.

3. DOUE L 265/1, de 12.10.2022; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>.

nimo en lengua inglesa, *Digital Markets Act – DMA*. Las decisiones sistémicas de aplicación efectiva adoptadas en el RMD, que se antojan decisivas para el éxito de esta medida regulatoria, descansan en mecanismos jurídico-públicos a cargo de las autoridades de la competencia de la UE, principalmente de la Comisión Europea, aunque también se contempla cierto grado de participación de las Autoridades Nacionales de la Competencia (en adelante, ANC). Tras realizar una aproximación al estudio de los sistemas de implementación y de aplicación efectiva, cabe preguntarse si el RMD deja margen para su aplicación privada en su controvertida consideración como una norma de Derecho de defensa de la competencia, y si, aunque sea por vías alternativas, cabe esperar que sea posible exigir responsabilidad civil a los guardianes de acceso por los daños que causen sus conductas contrarias al RMD. Al tratamiento de ambas cuestiones les seguirán unas reflexiones finales.

1. Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento de Mercados Digitales

El RMD toma como base para su elaboración el art. 114 TFUE (aproximación de la legislación en el Mercado Interior); por lo tanto, desde el punto de vista de su título competencial, ciertamente, no se trataría de una norma de Derecho de defensa de la competencia (sobre esta cuestión se volverá *infra*).

La necesidad urgente que el RMD viene a intentar satisfacer explica que el proceso de aprobación del RMD se haya desarrollado a una elevada velocidad legislativa: no han transcurrido ni dos años desde la presentación del proyecto hasta su entrada en vigor⁴. Ahora bien, el RMD no ha sido de plena aplicación hasta el 2 de mayo de 2023, encontrándose, en la actualidad, en fase de implementación; es para ello que ya desde su entrada en vigor sí fueron de aplicación los arts. 3.6 y 7, 40, 46, 48, 49 y 50 RMD, pues en dichos preceptos se regulan las actuaciones preparatorias para la aplicación efectiva del RMD; en cuanto a los

4. La propuesta de Proyecto de Reglamento se presenta por la Comisión Europea el 15 de diciembre de 2020; el acuerdo entre el Parlamento Europeo y el Consejo UE se alcanza el 24 de marzo de 2022, con voto final del Parlamento Europeo el 5 de julio de 2022, adoptándose de la norma por el Consejo UE con fecha 18 de julio de 2022, con publicación en el DOUE de 12 de octubre de 2022 y entrada en vigor el 1 de noviembre de 2022.

arts. 42 y 43 RMD⁵, finalmente serán aplicables a partir del 25 de junio de 2023 (v. pár. 3.^º y 4.^º del art. 54 RMD⁶).

Tras plantearse diversas opciones normativas⁷, la UE se ha inclinado finalmente por articular su respuesta a los guardianes de acceso en los mercados digitales mediante el RMD, cuyo objetivo es combatir ciertos comportamientos de ciertos prestadores de ciertos servicios de la sociedad de la información que se califican como «servicios básicos de plataforma» (véase *infra*). Un catálogo de partida de los comportamientos objeto de control *ex ante* viene establecido en los listados fijados en los arts. 5 a 7 RMD, que, de modo muy sintético, pueden agruparse en aquellos que suponen la imposición de obligaciones a los guardianes de acceso (así, no prohibición a las empresas del uso de otras plataformas: solo cláusulas de paridad estrictas; desinstalación de aplicaciones preinstaladas, acceso de los usuarios profesionales a los datos que han generado el uso de la plataforma, no prohibición del uso de aplicaciones de terceros, notificación de cualquier concentración), aquellos que constituyen comportamientos prohibidos (así, uso no equitativo de datos, auto-preferencia, usuarios cautivos, impedir reclamaciones, servicios vinculados) y aquellos que consisten en la adopción de medidas proactivas (compartir/dar acceso a ciertos datos).⁸

5. El art. 42 RMD se refiere a las acciones de representación, para establecer que la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 409/1, de 4.12.2020; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2020/1828/oj>; en adelante, Directiva 2020/1828/UE), se aplicará a las acciones de representación ejercitadas frente a actos de guardianes de acceso que infrinjan las disposiciones del presente Reglamento y perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores. No obstante, la Directiva 2020/1828/UE todavía no ha sido transpuesta al ordenamiento español. Por su parte, el 43 RMD trata de la denuncia de infracciones y protección de los denunciantes, previendo que la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOUE L 305/17, de 26.11.2019; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1937/oj>), se aplicará a la denuncia de todas las infracciones del RMD y a la protección de las personas que informen sobre tales infracciones. A diferencia del caso anterior, esta Directiva ya ha sido transpuesta en España mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (BOE núm. 44, de 21/02/2023; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/02/20/2/con>), en vigor desde el 13 de marzo de 2023.

6. El art. 54 RMD representa un curioso ejemplo de disposición sobre la entrada en vigor de una norma. Pues prevé para los arts. 42 y 43 RMD como fecha de entrada en vigor el 25 de junio de 2023, a no ser que la fecha de aplicación plena del RMD fuese posterior a dicha fecha; una previsión como esta tiene sentido en fase de elaboración de la norma, pero una vez que ya se conocía que la fecha de aplicación general es anterior al 25 de junio de 2023 debería haberse suprimido el pár. 4.^º del art. 54 RMD.

7. Al respecto de las opciones normativas que se barajaron, véase LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., «Las plataformas digitales en el Derecho de la competencia: suficiencia de las normas clásicas o necesidad de nuevos instrumentos normativos», en RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), *Anuario de Derecho de la competencia 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 338-339.

8. Al respecto de las obligaciones de los guardianes de acceso, para un mayor detalle, véanse DÍEZ ESTELLA, F., «La DMA: ¿Un nuevo Reglamento para —o contra— los mercados digitales en la UE?», en HERNÁNDEZ SAINZ, E., MATE SATUÉ, L.C., ALONSO PÉREZ, M.T., *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, A Coruña, 2023, págs. 51-79;

No obstante, dado el carácter extremadamente dinámico de los mercados digitales, el RMD no se concibe como un catálogo cerrado de conductas debidas y prohibidas por parte de y a los guardianes de acceso, sino que se entiende como un instrumento de control *ex ante* abierto a la evolución de estos mercados. Es por ello que se dota de mayores poderes de investigación a la Comisión Europea (véase arts. 21-23 RMD), así como de poderes normativos, de forma que será la Comisión Europea, por delegación, la competente para la revisión periódica y actualización de los servicios y los comportamientos objeto de control (véase arts. 12, 19 y 46 y ss. DMA)⁹. Todo ello acompañado de los mecanismos para su implementación y aplicación efectiva que *infra* van a ser objeto de aproximación.

Como ya se ha mencionado, el RDM pone su punto de mira en un espectro muy concreto de prestadores de servicios intermediarios: los denominados «guardianes de acceso» (*gatekeepers*, en lengua inglesa). Se trata de prestadores de servicios de la sociedad de la información respecto de los que se cumplen tres requisitos cumulativos concretados en umbrales (art. 3.1 y 2 RMD): a) son prestadores que tiene una *gran influencia* en el mercado interior, influencia que se determina, alternativamente, sobre la base de su volumen de negocio anual en la UE (igual o superior a 7500 millones de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios), de su valor de capitalización bursátil media o su valor justo (igual o superior a 7500 millones de euros en el último ejercicio), o de su implantación UE (presta el mismo servicio básico de plataforma, al menos, en tres Estados miembros); b) es prestador de un *servicio básico de plataforma* que es una puerta de acceso *importante* para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, midiéndose la importancia, cumulativamente, sobre la base del número mensual de usuarios finales activos establecidos o situados en la UE (al menos, 45 millones) y del número anual de usuarios profesionales activos establecidos en la UE (al menos, 10000); y c) dicho prestador tiene una posición afianzada y duradera por lo que respecta a sus operaciones o es previsible que alcance dicha posición en un futuro, requisito que concurre cuando el prestador haya alcanzado los umbrales relativos a los usuarios durante los tres últimos ejercicios.

RUIZ PERIS, J.I., «Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: la nueva propuesta europea de Digital Market Act», en MARTÍ MIRAVALS, J. (dir.), RODILLA MARTÍ, C. (coord.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 53-58; y ALTZELAI ULIONDO, I., «Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 74, págs. 168-178.

9. Véase RUIZ PERIS, «Gatekeepers, discriminación autopreferente...», ob. cit., págs. 59-60. Los potenciales guardianes de acceso han manifestado sus reticencias por la merma de seguridad jurídica que implica la falta de previsibilidad de la evaluación de sus conductas, y han insistido en que se garantice el control judicial de las decisiones; véase REIG FABADO, I., «La adaptación del Derecho de la competencia europeo a la 'era digital': algunos aspectos de la propuesta legislativa para las grandes plataformas digitales», en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pág. 243.

Para completar esta delimitación de los guardianes de acceso es preciso conocer qué servicios de la sociedad de la información se identifican como *servicio básico de plataforma*. Pues bien, de conformidad con el art. 2.2 RMD, estos son: servicios de intermediación en línea; motores de búsqueda en línea; servicios de redes sociales en línea; servicios de plataforma de intercambio de videos; servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; sistemas operativos; navegadores web; asistentes virtuales; servicios en nube; y servicios de publicidad en línea (esto es, redes de publicidad, plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria) prestados por cualquiera de los prestadores de los servicios anteriores.

En definitiva, se trata de empresas que, sin que necesariamente lleguen a tener una posición de dominio, tienen un elevado poder de mercado; tal es así, que constituyen un cuello de botella de la relación entre otras empresas que recurren a ellos (los que se identifican como «profesionales» para diferenciarlos de los prestadores de servicios básicos de plataformas) y los consumidores, ostentando el control de ecosistemas completos de plataformas. Pues bien, una de las novedades que presenta el RMD es que la condición de guardián de acceso, a los efectos de su aplicación, ha de ser establecida *a priori* por la Comisión Europea: solo a aquellas empresas designadas como guardianes de acceso por la Comisión Europea les va a ser de aplicación el RMD.

2. Normas conexas reguladoras de los prestadores de servicios de plataforma en línea

Los servicios de básicos de plataforma no son sino una clase especial de servicios de la sociedad de la información, tal y como éstos se definen en art. 1.1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información¹⁰ (en adelante, Dir 2015/1535): «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios», que es la definición que ya había acogido la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)¹¹ (en adelante, DCE), procedente del art. 1.2 de la derogada Directiva 98/34/CE¹², modificada por la también

10. Versión codificada en DOUE L 241/1, de 17.9.2015; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/1535/oj>.

11. DOUE L 178/1, de 17.7.2000; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.

12. Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DOUE L 204/37, de 21.7.1998; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1998/34/oj>).

ya derogada Directiva 98/48/CE¹³, y que es la que sigue vigente en el Anexo, a), de nuestra Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹⁴ (en adelante LSSI). Dentro de los servicios de la sociedad de la información se diferenciaban ya entonces, por la existencia de un régimen legal de responsabilidad especial aplicable, los que la DCE denominaba «servicios intermediarios»(que en la LSSI se denominaron «servicios de intermediación»), que se definen con carácter general en la LSSI como todo «servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información» (anexo, b), LSSI). Realmente, la DCE delimitaba los servicios intermediarios mediante su enumeración: a) mera transmisión (*mere conduit*): provisión de servicios de acceso a Internet y transmisión de datos por redes de telecomunicaciones; b) memoria tampón (*caching*): realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios; c) alojamiento de datos (*hosting*): alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros; a los que la LSSI sumó los servicios consistentes en d) la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

Pues precisamente estos dos últimos servicios intermediarios son los que entran en juego cuando de servicios de plataformas en línea se trata, y es por ello que han sido objeto de regulación por la UE, igualmente recurriendo al instrumento del Reglamento. Y si bien los objetivos de estas normas conexas son dispares de los del RMD, se trata de normas todas ellas en las que se puede apreciar una evidente intersección de sus ámbitos de aplicación subjetivos y entre las que puede darse cierto solapamiento a la hora de su aplicación efectiva.

2.1. Reglamento de Servicios de Intermediación en Línea

La primera de estas normas es el 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 línea¹⁵ (en adelante, Rgto. P2B), de aplicación a partir del 12 de julio de 2020. Pues bien, el Rgto. P2B se aplica a la actividad que, en sus relaciones con los usuarios profesionales, despliegan los servicios de intermediación en línea y los motores de búsqueda en línea. Los servicios de intermediación en línea son servicios de la sociedad de la información en el sentido del art. 1.1.b) Dir 2015/1535), más concretamente, son servicios intermediarios que permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores con el objetivo de

13. Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DOUE L 217/18, de 5.8.1998; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1998/48/oj>).

14. BOE núm. 166, de 12/07/2002; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con>.

15. DOUE L 186/57, de 11.7.2019; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1150/oj>.

facilitar el inicio de transacciones directas entre ambos, prestándose el servicio de intermediación en línea sobre la base de una relación contractual entre usuario profesional y el prestador del servicio (art. 2.2 Rgto. P2B). Por su parte, los motores de búsqueda en línea se definen como un servicio digital que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de sitios web mediante palabras clave u otro tipo de entrada y que, en respuesta a la consulta, muestra resultados de información relacionada con el contenido solicitado (art. 2.5 Rgto. P2B). En este caso, sin que se expresamente se exija que exista una relación contractual, la misma se da entre el usuario de un sitio web corporativo y el prestador del servicio (véase arts. 2.6 y 7 Rgto. P2B).

Como puede apreciarse, el Rgto. P2B se aplica a la prestación de dos de los servicios que en el RMD se califican como servicios básicos de plataformas. De hecho, la definición de estos servicios a los efectos del RMD se realiza mediante la remisión a las definiciones de los mismos establecidas en el Rgto. P2B de las que acabamos de dar cuenta. Si bien, claro está, el Rgto. P2B presenta un ámbito de aplicación subjetivo más general respecto de estos servicios intermediarios, ya que se aplica a todos los prestadores de los servicios de intermediación en línea y de motores de búsqueda que: a) ofrezcan sus servicios a usuarios profesionales y de sitios web corporativos con establecimiento o domicilio en la UE; y b) que vayan destinados a consumidores ubicados en la UE (v. art. 1.2 Rgto. P2B); si bien, con ciertas exclusiones, como servicios de pago en línea, herramientas de publicidad en línea y las plataformas de intercambios publicitarios en línea cuya finalidad no sea la de propiciar el inicio de transacciones directas y que no impliquen una relación contractual con los consumidores (art. 1.3 Rgto. P2B).

Su objetivo es «contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas para asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, *de equidad* y de reclamación a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea» (v. art. 1.1 Rgto. P2B; énfasis añadido), para lo que son objeto de tratamiento diversas cuestiones a través de regulación de las condiciones generales de los contratos que ligan a los prestadores de los servicios intermediarios con los profesionales.¹⁶

16. Así, se exige que dichas condiciones sean comprensibles; fácilmente disponibles en todas las fases contractuales; que se establezca un preaviso suficiente si se va a proceder a modificar las condiciones generales, sin que quepan las modificaciones retroactivas; ha de regularse el derecho de resolución de los usuarios profesionales, contemplando en tal caso el acceso a datos generados por el uso del servicio de intermediación; y han de establecerse causas de suspensión, restricción o terminación justificadas. Además, dichas condiciones han de incluir un contenido que se considera necesario: reglas aplicables a los derechos de propiedad intelectual de los usuarios profesionales; existencia de canales de distribución adicionales y programas asociados a través de los que el prestador del servicio de intermediación en línea compita con el profesional; identificación de los usuarios profesionales de forma claramente visible; parámetros de clasificación (rating), bienes y servicios ofrecidos por el prestador del servicio intermediario; trato diferenciado, acceso a datos; restricciones al uso de medios o canales; y sistema interno de tramitación de reclamaciones, que se acompaña de previsiones sobre mediación entre prestadores y usuarios, y sobre reparación de daños (v. arts. 11 a 14 Rgto. P2B).

Pues bien, para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, y al margen de las previsiones relativas a reclamaciones, mediación y reparación de daños, el Rgto. P2B, se dota de un sistema de garantía de su cumplimiento al que haremos referencia *infra*.

2.2. Reglamento de Servicios Digitales

La otra norma conexa a la que ha de hacerse referencia es el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)¹⁷ (en adelante, RSD), Reglamento también conocido por su denominación y/o su acrónimo en lengua inglesa, *Digital Services Act – DSA*. La conexión entre el RMD y el RSD es evidente, pues ambas normas son el resultado de misma estrategia de la UE.¹⁸

Por ello no es de extrañar que la necesidad urgente cuya satisfacción preside la elaboración del RMD sea compartida por el RSD, lo que igualmente explica la velocidad del proceso de su aprobación. El RSD, cuyo Proyecto es coetáneo de el del RDM, se publica poco después del RDM, en el DOUE de 27 de octubre de 2022 y entra en vigor el 16 de noviembre de 2022. Ahora bien, igual que sucede con el RMD, el RSD no será de plena aplicación hasta el 17 de febrero de 2024, encontrándose también, en la actualidad, en fase de implementación; así, ya desde su entrada en vigor son de aplicación los arts. 24.2, 3 y 6, 33.3-6, 37.7, 40.13, 43 y cap. IV, sec. 4 a 6, RSD, pues en dichos preceptos se regulan las actuaciones preparatorias para la plena aplicación del RSD.

De entre dichas previsiones merecen atención, en primer lugar, la que aborda las cuestiones que suscita la clasificación de los profesionales (art. 5 Rgto. P2B), donde se busca garantizar la transparencia, en la medida que se establece la obligación de señalar los parámetros principales y los motivos para categorizar como principales tales parámetros, indicando los más significativos y su importancia relativa; su descripción ha de ser de fácil acceso y público, ha de estar actualizada, y ha de informarse de si es posible influir en la clasificación mediante remuneración (A este respecto, la Comisión Europea ha publicado una Comunicación en la que se contienen las Directrices sobre la transparencia de la clasificación con arreglo al Rgto. P2B (C/2020/8579) – DOUE C 424/1, de 8.12.2020; accesible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC1208\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC1208(01))). En segundo lugar, y en cuanto al trato diferenciado (art. 7 Rgto. P2B), cuestión especialmente relevante cuando se trata de plataformas híbridas, se establece la obligación de describirlo, con explicación de los motivos económicos, comerciales o jurídicos que lo fundamentan. Igualmente ha de informarse sobre el acceso a datos personales, la clasificación y la remuneración por uso del servicio. Finalmente, por lo que se refiere a las restricciones a la oferta de condiciones diferentes por otros medios (art. 10 Rgto. P2B), es decir, a las cláusulas de paridad, ha de informarse sobre la restricción por parte del prestador del servicio intermediario a ofertas que haga el usuario profesional de sus bienes o servicios en otras plataformas y bajo condiciones diferentes, con explicación de los motivos económicos, comerciales o jurídicos que lo fundamentan.

Para un mayor detalle, véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, 6.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, págs. 587-594.

17. DOUE L 277/1, de 27.10.2022; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>.

18. La estrategia de la UE «*Shaping Europe's digital future*» (al respecto, véase: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/european-digital-strategy>; consultado a 30 de junio de 2023).

Primeramente, el RSD procede a efectuar una actualización parcial de la DCE por lo que se refiere al régimen especial de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios por las conductas de sus usuarios. Pero va más allá, al incorporar a su paradigma de referencia el papel de los intermediarios en línea, en especial, de las plataformas en línea, y muy en especial, de las plataformas sistémicas, que son aquellas que alcanzan a más del 10 % población de la población de la UE. Si bien la economía de las plataformas en línea presenta evidentes ventajas, también genera un riesgo de abuso, que afecta tanto a la difusión de contenidos ilícitos como a la comercialización de bienes o servicios ilegales. Es por ello que impone a los prestadores de servicios intermediarios, y en función de su categorización, cuestión de la que se trata *infra*, nuevas obligaciones específicas de diligencia; medidas que, en el caso de las plataformas sistémicas, se acompañan de un sistema específico de supervisión.

En cuanto a la categorización de los prestadores de servicios digitales, el RDS distingue hasta cinco ámbitos de aplicación subjetivos que se corresponden con otros tantos niveles de regulación cumulativos. Así, en un primer nivel, el RSD comienza estableciendo normas comunes a todos los prestadores de servicios intermediarios (arts. 4 a 10 y 11 a 15 RSD), que se definen igual que se hace en la DCE (v. art. 3.g) RSD): operadores de redes y prestadores de acceso (*mere conduit*); prestadores de acceso con copia temporal de datos (*cache memory*); y servicios de alojamiento de datos (*hosting*), que incluye la computación en nube y el alojamiento web; no se incluye el servicio de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, por lo que, desde la fecha de entrada en vigor del RSD, cabe preguntarse si puede considerarse que sigue vigente el art. 17 LSSI, dado que el art. 89 RSD ya ha entrado en vigor. A continuación, en un segundo nivel, el RSD pasa a regular, añadiendo más obligaciones, a todos los prestadores de servicios de alojamiento de datos (arts. 16 a 18 RSD), incluidas las plataformas en línea, a las que procede a regular específicamente, en un tercer nivel, sumando nuevas obligaciones (arts. 19 a 28 RSD). Estas se definen como un «un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento» (art. 3.i) RSD), definición que incluye tanto a las redes sociales como a los mercados en línea. Pues bien, a continuación, son objeto de regulación, en un cuarto nivel, las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes (arts. 29 a 32 RSD), plataformas que serían las vendrían a coincidir con las que son objeto de regulación por el Rgto. P2B. Y, finalmente, en un quinto nivel, se imponen más obligaciones a las plataformas en línea y a los motores de búsqueda en línea (que se definen en el art. 3.j) RSD en los mismos términos que en el Rgto. P2B) de muy gran tamaño (arts. 33 a 43 RSD) – también conocidos por sus acrónimos en lengua inglesa, *VLOPs* y *VLOSES*, respectivamente. Estos servicios digitales se definen como aquellas plataformas

en línea y motores de búsqueda en línea que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la UE igual o superior a 45 millones. Como puede apreciarse, este dato delimitador es compartido con los guardianes de acceso sometidos al RMD, pues es uno de los criterios que determina si el prestador es una puerta de acceso importante al servicio básico de plataforma que presta (*véase supra*). Así pues, a la vista del criterio delimitador de los prestadores de gran tamaño establecido en el RSD, en principio¹⁹, todo guardián de acceso que preste servicios básicos de plataforma de intermediación y de motor de búsqueda en línea va a ser a una plataforma en línea o motor de búsqueda de gran tamaño conforme al RSD, aunque no viceversa, pues el RMD establece requisitos adicionales que no siempre se van a cumplir en el caso de las plataformas de intermediación y los motores de búsqueda en línea de gran tamaño designados como tales por la Comisión Europea conforme al RSD.²⁰

En cuanto a las medidas regulatorias adoptadas en el RSD, vistas en su conjunto, pueden clasificarse en dos grandes bloques: a) Nuevas obligaciones específicas de diligencia debida, tales como las medidas para contrarrestar el contenido ilegal en línea, incluidos los bienes y servicios ilegales, con el establecimiento de mecanismos que permiten, de una parte, a los usuarios marcar contenido ilegal en línea, y, de otra parte, a las plataformas cooperar con «marcadores de confianza» especializados en identificar y eliminar contenido ilegal; en el caso de los mercados en línea, las obligaciones de rastreo de vendedores (trazabilidad de operadores) y de verificación aleatoria con las bases de datos existentes de la legalidad de los productos y servicios que se ofrecen a través de ellos, así como la mejora de la trazabilidad de los productos con soluciones de tecnología avanzada; garantías para los usuarios, incluida la posibilidad de cuestionar las decisiones de moderación del contenido por las plataformas, lo que incluye decisiones de moderación basadas en una nueva información obligatoria para los usuarios cuando su contenido es eliminado o restringido; amplias medidas de transparencia para las plataformas en línea, tanto en sede de condiciones generales como de los algoritmos utilizados para recomendar contenido o productos a los usuarios; obligaciones para la protección de menores; obligaciones de las plataformas en línea y los motores de búsqueda de muy gran tamaño para evitar el abuso de sus sistemas mediante la adopción de medidas basadas en la gestión del riesgo, a los efectos de mitigar los riesgos de desinformación, manipulación electoral, violencia cibernetica contra las mujeres o daños a menores en línea, con ponderación con la libertad de expresión, y sujeto a auditorías independientes; mecanismos de respuesta a las crisis en casos de grave amenaza para la salud y la seguridad públicas; prohibición de publicidad dirigida en plataformas en línea mediante *profiling* (niños, origen étnico, opiniones políticas, orientación sexual); mejora de transparencia de publicidad en plataformas en línea y comercial de *influencers*; prohibición de utilizar

19. Y a reserva de que las metodologías establecidas en el RSD y en el RMD para medir el cumplimiento de este requisito pudieran dar lugar a resultados discrepantes.

20. Cfr. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P, «El reto regulatorio de una economía basada en plataformas digitales», *La Ley Mercantil*, núm. 99, febrero 2023, epg. IV.4.f), pág 25.

los llamados «patrones oscuros» en la interfaz de las plataformas en línea). b) Normas de aplicación y ejecución del RSD: así, normas sobre designación de puntos de contacto y de representantes legales, poderes de control del funcionamiento de las plataformas, incluyendo el acceso de los investigadores a los datos clave; mecanismos internos de reclamación y de queja ante una autoridad nacional; indemnización por incumplimiento de las normas; ejercicio individual y colectivo de acciones; fomento de la resolución alternativa de disputas, mediante organismos certificados, complementaria de la solución judicial de disputas; establecimiento de una estructura de supervisión única, con la Comisión Europea como principal regulador de muy grandes plataformas en línea, y con delegación en las autoridades nacionales de la supervisión de los restantes prestadores de servicios digitales, si bien en el marco de un sistema de cooperación innovador entre Comisión Europea y las autoridades nacionales para garantizar la aplicación efectiva en todo el mercado único, con facultades de ejecución similares a las que tiene en los procedimientos antimonopolio.²¹

II. MECANISMOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES

La regulación ateniente a la implementación del RMD se encuentra recogida en sus caps. II, III y IV, presentando una sistematización peculiar. El principal mecanismo establecido para la implementación del RMD es la previa designación

21. Si atendemos a los distintos niveles de regulación cumulativos *supra* identificados, las medidas adoptadas en el RSD podrían sintetizarse como sigue: en el nivel 1, obligaciones de transparencia informativa (art. 15 RSD), exigencias sobre las condiciones de servicios para tomar en consideración los derechos fundamentales (art. 14 RSD), y obligaciones de cooperación con autoridades (art. 11 RSD), incluyendo puntos de contacto para los destinatarios (art. 12 RSD), y, en su caso, designación de representantes legales en la UE (art. 13 RSD). En el nivel 2, obligación de establecimiento de mecanismos de notificación y retirada (art. 16 RSD), de declaración de motivos por los que se impongan restricciones a los destinatarios (art. 17 RSD) y de notificación de sospechas de delitos (art. 18 RSD). En el nivel 3, obligación de establecer un sistema interno de reclamaciones (art. 20 RSD) y de resolución extrajudicial de litigios (art. 21 RSD), recurso a alertadores fiables (art. 22 RSD), establecimiento de medidas de protección contra usos indebidos (art. 23 RSD), obligaciones de transparencia informativa adicionales a las del art. 15 RSD (art. 24 RSD), obligaciones en el diseño y la organización de los *interfaces* (art. 25 RSD), información sobre la publicidad en línea (art. 26 RDS), exigencias de trasparencia del sistema de recomendación (art. 27 RDS) y obligaciones a cumplir por las plataformas accesibles a menores (art. 28 RSD). En el nivel 4, obligaciones de trazabilidad de comerciantes (art. 30 RSD), de cumplimiento desde el diseño (art. 31 RSD) y de información a los consumidores sobre comercialización de productos o servicios ilícitos a través de su servicio digital (art. 32 RSD). Y, en el nivel 5, obligaciones de gestión de riesgos y de respuesta a crisis (arts. 34-36 RSD), de auditoría externa (art. 37 RSD), función de comprobación de cumplimiento (art. 41 RSD) y obligaciones de transparencia informativa (art. 42 RSD), así como la obligación de permitir elegir al usuario no recibir recomendaciones basadas en *profiling* (art. 38 RSD), obligaciones adicionales de información sobre publicidad en línea (art. 39 RSD) y de acceso a datos a autoridades e investigadores para escrutinio (art. 40 RDS).

Al respecto, si bien sobre el proyecto de RSD, puede verse DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, 6.^a ed., ob. cit., págs. 366-377.

de la empresa como guardián de acceso por la Comisión, lo que permite identificar *a priori* los operadores sujetos al RMD. Básicamente, a dicha designación puede llegarse por las siguientes vías. Lo habitual parece que será (i) designar a aquellas empresas que cumplan los requisitos de art. 3.1 RMD y los umbrales del art. 3.2 DMA de conformidad con lo dispuesto el art. 3.3 y 4 RMD: la empresa que alcance los umbrales, y con ello, cumpla los requisitos para ser guardián de acceso, deberá notificarlo a la Comisión, que procederá a su designación; alternativamente, no obstante, la Comisión puede proceder a designar guardián de acceso a una empresa aun cuando ésta incumpla la obligación de notificar e, incluso, cuando la empresa no cumpla con la obligación de remitir la información exigida conforme al art. 21 RMD. (ii) También puede designarse como guardián de acceso a la empresa que alcanza los umbrales, pero no cumple los requisitos, situación que se considera excepcional. En tal caso, la empresa intentará eludir su designación como guardián de acceso. En este escenario, conforme al art. 3.5 RMD, si la Comisión considera que la justificación de la empresa es insuficiente, rechazará sus alegaciones, y ello sin necesidad de realizar a una investigación de mercado del art. 17 RMD, procediendo a su designación; alternativamente, cuando la Comisión considere que la justificación de la empresa es suficiente, puede, no obstante, realizar una investigación de mercado, y si en el marco de dicha investigación la empresa no demuestra que no cumple los requisitos, la Comisión procederá a su designación como guardián de acceso. (iii) Un tercer escenario, previsto en el art. 3.8 RMD, es aquel en el que la empresa no alcanza los umbrales, pero sí cumple con los requisitos, conclusión a la que puede llegar la Comisión en el marco de una investigación de mercado; en tal caso, la Comisión procederá a designar a dicha empresa como guardián de acceso, para lo que habrá de tener en cuenta los elementos enumerados en el párr. 2.^º del art. 8.3 RMD. El sistema de designación se completa con las medidas antielusión de los umbrales establecidas en el art. 13.1 y 2 RMD. La decisión de designación se regula en el art. 3.9 y 10 RMD: en la decisión se han de enumerar los servicios básicos de plataforma pertinentes, respecto de los cuales el guardián de acceso habrá de cumplir con las obligaciones establecidas en los arts. 5 a 7 RMD en el plazo de seis meses desde su designación.

Este mecanismo principal de implementación cuenta, a su vez, con mecanismos de ajuste. En primer lugar, (i) la posibilidad de proceder a la revisión de la condición de guardián de acceso establecida en el art. 4 RMD. A ello puede procederse en cualquier momento, tanto para modificar como para derogar la decisión de designación. A su vez, y en el marco de la vigilancia de la aplicación del RMD, la Comisión habrá de proceder a realizar revisiones periódicas, tanto del listado de guardianes de acceso como de los correspondientes servicios básicos de plataforma, al menos, cada tres años; y, al menos, una vez al año, tendrá que examinar si han surgido nuevos guardianes de acceso. En segundo lugar, (ii) la posibilidad de suspender el cumplimiento de una prohibición o de una obligación específica para un servicio básico de plataforma mediante una decisión de suspensión adoptada conforme al art. 9 RMD. Dicha suspensión puede acordarse atendiendo a la concurrencia de circunstancias excepcionales ajenas al control

del guardián de acceso ante las cuales el mantenimiento de la prohibición y obligación pondría en peligro la viabilidad económica de las operaciones del guardián de acceso en la UE. Y, en tercer lugar, (iii) la facultad de declarar la exención del cumplimiento de una prohibición u obligación específica para un servicio básico de plataforma mediante una decisión de exención adoptada conforme al art. 10 RMD, decisión que se basará en motivos de salud pública o seguridad pública. Ambos mecanismos de ajuste admiten la suspensión provisional de la prohibición u obligación hasta la adopción de la decisión.

Este sistema ha llevado a afirmar que el RMD estructura los mercados digitales «conforme al paradigma regulatorio que se utiliza en los mercados financieros, con algunas especialidades»²². Sin embargo, no parece que pueda afirmarse que el RMD establece una reserva de actividad, con el alcance que ello tiene en el caso de los operadores de los mercados financieros. El inicio de actividades, es decir, de la prestación del servicio básico de plataforma, por parte del guardián de acceso no requiere de una solicitud de autorización, de la concesión de la misma y su registro. Precisamente, en este ámbito rige el principio opuesto, el de libre prestación de servicios de la sociedad de la información (véase arts. 6 y 7 LSSICE, procedentes de la DCE, que el RMD no ha venido a alterar). El prestador de servicios de la sociedad de la información, más concretamente, de servicios intermediarios, ya viene ejerciendo su actividad con anterioridad, y pasa a ser guardián de acceso cuando cumple los requisitos y/o los umbrales establecidos en el art. 3 RMD. Por otra parte, tampoco puede entenderse que hay una tipificación de la actividad para su reserva: la prestación de los servicios básicos de plataforma no se reserva a los guardianes de acceso, sino que se somete a ciertas prohibiciones y/u obligaciones cuando son prestados por una empresa que se debe calificar como guardián de acceso.

En la actualidad, como se ha apuntado *supra*, la Comisión y los potenciales guardianes de acceso se encuentran inmersos en la fase de implementación inicial del RMD, que culminará el próximo 3 de julio de 2023²³. Este proceso ha venido acompañado de acciones de comunicación dirigidas a los potenciales guardianes de acceso²⁴, de los primeros pasos del Grupo de Alto Nivel sobre el

22. En este sentido, TAPIA HERMIDA, A., «Digitalización mercantil europea: las leyes europeas de mercados y servicios digitales», *La Ley Mercantil*, núm. 100, marzo 2023, (ed. digital); epg. II.2., pág. 6.

23. El 2 de mayo de 2023, fecha de aplicación del RDM, comenzó el plazo para que potenciales guardianes de acceso procedieran a notificar a la Comisión conforme al art. 3 RMD, plazo que finaliza el 3 de julio de 2023 (véase https://digital-markets-act.ec.europa.eu/dma-rules-digital-gatekeepers-ensure-open-markets-start-apply-2023-05-02_en – consultado a 30 de junio de 2023). La Comisión ha de proceder a la designación inicial de guardianes de acceso el 6 de septiembre de 2023.

24. La Comisión Europea ha realizado diversos talleres dirigidos a los potenciales guardianes de acceso de cara a orientar en el cumplimiento del RMD. El taller de 5 de mayo de 2023 se centró en el cumplimiento efectivo de las disposiciones relacionadas con el procesamiento de datos, la combinación y el uso cruzado de datos personales por parte de los guardianes, el uso de datos no disponibles públicamente de usuarios comerciales y la portabilidad de datos (véase https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/digital-markets-act-registrations-now-open-workshop-data-related-obligations?pk_source=ec_newsroom&pk_medium=email&pk_campaign=Shaping%20Europe%20Digital%20Future). En el del 6 de marzo se abordaron temas relativos a las

RMD²⁵, así como de ciertos desarrollos normativos, destacando la publicación del Reglamento de Ejecución (UE) 2023/814 de la Comisión de 14 de abril de 2023.²⁶

1. Mecanismos de implementación en las normas conexas

Debe aquí aludirse, brevemente, a la opción escogida en el RSD respecto de las *VLOPs* y los *VLOSEs*, puesto que, para el resto de los prestadores de servicios intermediarios regulados en el RSD, así como para los prestadores de servicios de intermediación en línea regulados en el Rgto. P2B, no se establecen mecanismos de implementación que permitan la previa identificación de los operadores sujetos a la normativa: en estos casos, la aplicación de RSD y del Rgto. P2B se determina *a posteriori* mediante la subsunción del operador en cuestión en el supuesto de hecho de las normas que determinan su ámbito de aplicación. Pues bien, para el caso de las *VLOPs* y los *VLOSEs*, el RSD establece en su art. 33 un

tiendas de aplicaciones, como los sistemas alternativos de pago en la aplicación (véase https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events/dma-and-app-store-related-provisions-2023-03-06_en). El taller de 27 de febrero de 2023 estuvo dedicado a la interoperatividad entre servicios del art. 7 RMD (véase https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events/dma-workshop-dma-and-interoperability-between-messaging-services-2023-02-27_en). Y el de 5 de diciembre de 2022 versó sobre la aplicación de la prohibición de auto preferencia establecida en el RMD (véase https://digital-markets-act.ec.europa.eu/events/dma-workshop-applying-dmas-ban-self-preferencing-how-do-it-practice-2022-12-05_en) – enlaces consultados a 30 de junio de 2023.

25. El 12 de mayo de 2023 tuvo lugar la primera reunión del Grupo del Alto Nivel sobre el RMD (véase https://digital-markets-act.ec.europa.eu/inaugural-meeting-dma-high-level-group-2023-05-12_en), que fue creado el 23 de marzo de 2023 (véase https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/digital-markets-act-commission-creates-high-level-group-provide-advice-and-expertise-implementation?pk_source=ec_newsroom&pk_medium=email&pk_campaign=Shaping%20Europe%20Digital%20Future) – enlaces consultados a 30 de junio de 2023.

26. El 9 de diciembre de 2022 la Comisión lanzó una consulta pública sobre la implementación del RMD (véase https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-launches-public-consultation-implementation-digital-markets-act?pk_source=ec_newsroom&pk_medium=email&pk_campaign=Shaping%20Europe%27s%20Digital%20Future%20-%20Weekly%20newsletter – enlace consultado a 30 de junio de 2023). Ello ha dado lugar a la promulgación del Reglamento de Ejecución (UE) 2023/814 de la Comisión de 14 de abril de 2023 relativo a las disposiciones detalladas para la tramitación de determinados procedimientos por parte de la Comisión con arreglo al RMD (DOUE L102/6, de 17.04.2023; ELI: http://data.europa.eu/eli/reg_impl/2023/814/oj). En el que se detallan (i) la forma, el contenido y otros detalles de las notificaciones y las presentaciones con arreglo al art. 3 RMD, de las solicitudes motivadas con arreglo al art. 8.3 RMD, al art. 9 RMD y al art. 10 RMD, de los informes reglamentarios con arreglo al art. 11 RMD, y de las notificaciones y presentaciones realizadas con arreglo a los artículos 14 y 15 RMD; (ii) los procedimientos con arreglo al art. 29 RMD; (iii) el ejercicio del derecho a ser oído y las condiciones de revelación previstas en el art. 34 RMD; y las reglas aplicables al cómputo de plazos.

Recientemente, el 6 de junio de 2023, la Comisión ha lanzado una consulta sobre el formulario para el informe de *compliance* (véase https://digital-markets-act.ec.europa.eu/dma-commission-launches-consultation-template-compliance-report-2023-06-06_en) –enlaces consultados a 30 de junio de 2023.

sistema de implementación del RDS basado igualmente en la previa designación de estos prestadores de servicios intermediarios. Sobre la base de los datos que las plataformas debían proporcionar acerca de su número de usuarios, el 25 de abril de 2023, la Comisión adoptó las primeras decisiones de designación de diecisiete *VLOPs* (Alibaba-AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube y Zalando) y dos *VLOSEs* (Bing y Google Search) para la aplicación del RSD.²⁷

III. MECANISMOS PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES

La regulación de los mecanismos destinados a la aplicación efectiva del RMD puede ubicarse, principalmente, en su cap. III, arts. 8, 11 y 13, y en su cap. V, arts. 20 a 43. En relación con estos mecanismos puede apreciarse una notable incidencia de la actividad legislativa del Consejo UE y el Parlamento Europeo, si se atiende a la propuesta de proyecto de RMD de la Comisión Europea, especialmente por lo que hace a las previsiones destinadas a coordinar la actuación con las ANC (véase art. 38 RMD), las autoridades (sectoriales) nacionales (véase art. 37 RSD) y los tribunales nacionales (véase art. 39 RMD). A ello debe añadirse la inclusión de la exigencia de la elaboración de un informe anual por la Comisión Europea sobre la aplicación del RMD dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo UE (art. 35 RMD), el establecimiento de un Grupo de Alto Nivel sobre el RMD (art. 40 RMD), así como los arts. 42 y 43 RMD, en materia de acciones de representación y denuncia de infracciones y de protección de los denunciantes, respectivamente, a los que ya se ha aludido *supra*.

En una primera aproximación, puede distinguirse entre mecanismos de aplicación efectiva voluntaria y coercitiva del RMD.

1. Mecanismos de aplicación efectiva voluntaria

Un primer grupo de mecanismos de aplicación efectiva se encuentra ubicado en el cap. III, dedicado a regular las «prácticas de los guardianes de acceso que limitan la disputabilidad o son desleales», pero que incluyen previsiones que se pueden considerar integrantes de los de aplicación efectiva, en la medida que articulan que la misma tenga lugar de forma «voluntaria» (entiéndase, sin que sea preciso recurrir a un mecanismo coercitivo) por parte del guardián de acceso.

En primer lugar, las previstas en el art. 8 RMD, que versa, precisamente, sobre el cumplimiento de las obligaciones (y prohibiciones) por parte de los guar-

27. COMISIÓN EUROPEA, «Reglamento de Servicios Digitales: la Comisión designa el primer conjunto de plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño» (véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_2413 – consultado a 30 de junio de 2023).

dianes de acceso. El RMD impone a los guardianes de acceso la carga de garantizar y de demostrar el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en los arts. 5 a 7 RMD, lo que incluye la adopción de medidas eficaces para ello.

Dichas medidas pueden ser especificadas por la Comisión Europea en relación con las obligaciones del art. 6 y 7 RMD y deben ser eficaces y proporcionadas, atendiendo al guardián de acceso y al servicio básico de plataforma en cuestión. Ello puede suceder de oficio o a instancia del guardián de acceso, ya que el guardián puede solicitar de la Comisión Europea que se pronuncie sobre la eficacia de las medidas.

En íntima conexión con el mecanismo descrito, el art. 11 RMD obliga a los guardianes de acceso, a los seis meses de su designación, a presentar un informe a la Comisión Europea sobre medidas aplicadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones de los arts. 5 a 7 RMD, acompañado de un resumen no confidencial, del que la Comisión Europea dará publicidad en su sitio web.

Este conjunto de resortes se ha de completar con las previsiones contenidas en los apdos. 3 a 8 del art. 13 RDM, donde se prevé un mecanismo antielusión de las obligaciones y prohibiciones contenidas en los arts. 5 a 7 RMD. Tras insistir en la carga que recae sobre los guardianes de garantizar el cumplimiento pleno y eficaz de tales obligaciones y prohibiciones, se prohíbe que los guardianes incurran, de cualquier forma (contractual, comercial, técnica), en comportamientos que supongan un menoscabo del cumplimiento eficaz de las prohibiciones obligatorias; así, que busquen degradar las condiciones del servicio básico de plataforma prestado o dificultar el ejercicio derechos u opciones por parte de los usuarios profesionales o finales. Prohibición que se acompaña de pautas de conducta para el caso de la obtención del consentimiento por parte de los usuarios profesionales de los datos personales de sus clientes. Pues bien, si se detectan estos comportamientos, la Comisión puede, con base en el art. 8 RMD, especificar las medidas que deben adoptar los guardianes de acceso que intentan eludir sus obligaciones.

Todo ello sin perjuicio del ejercicio de sus facultades de supervisión por la Comisión Europea, de lo que se trata *infra*.

Aunque se ha ubicado en el Cap. V RMD, no quedaría completo este epígrafe si no se hiciera referencia aquí a la obligación de *compliance* establecida en el art. 28 RMD. Este precepto obliga a los guardianes de acceso a establecer una función de comprobación del cumplimiento, que ha de ser independiente de sus funciones operativas, con uno o varios agentes de verificación y un responsable, un oficial de cumplimiento, a la cabeza.

2. Mecanismos de aplicación efectiva coercitiva

El Cap. V RMD es el dedicado a las «competencias de investigación, ejecución y supervisión». Cualquier actuación de la Comisión Europea, tanto de aplicación

efectiva voluntaria (especificación de medidas conforme al art. 8 RMD, y reacción ante actos de elusión del cumplimiento de las obligaciones conforme al art. 13.7 RDM), como coercitiva se inicia con base en el art. 20 RMD. Efectivamente, cuando de aplicación efectiva coercitiva, se trata, la Comisión Europea ha de incoar un procedimiento conforme al art. 20 RMD conducente a determinar un incumplimiento del guardián de acceso (art. 29 RMD), incumplimiento que llevará aparejada, en principio, una multa sancionadora (art. 30 RMD).

Los incumplimientos establecidos en el art. 29.1 RMD son los que consisten en el de obligaciones de art. 5, 6 ó 7 RMD, así como en el de medidas para cumplimiento obligaciones arts. 6 y 7 RMD establecidas por la Comisión Europea conforme al art. 8.2 RMD. Pero también constituye una infracción del RMD el incumplimiento de medidas correctoras impuestas de conformidad con el art. 18.1 RMD como resultado de una investigación de mercado de incumplimiento sistemático, el de medidas cautelares impuestas conforme al art. 24 RMD, así como el de compromisos jurídicamente vinculantes establecidos conforme al art. 25 RMD.

En efecto, para el caso de incoación de procedimiento con base en el art. 20 RMD con vistas a adopción de una decisión de incumplimiento conforme al art. 29.1 RMD, la Comisión Europea puede acordar medidas cautelares (art. 24 RMD), siempre que se pueda apreciar urgencia debido al riesgo de daños graves e irreparables para los usuarios profesionales o finales, y que exista *prima facie* una infracción de arts. 5, 6 ó 7 RMD. Dichas medidas deberán acordarse por un período de tiempo determinado, si bien pueden renovarse si ello es necesario y apropiado.

A su vez, como se ha apuntado *supra*, además de multas, la Comisión Europea puede imponer, conforme al art. 18.1 RMD, medidas correctoras o estructurales en caso de incumplimiento sistemático de sus obligaciones por parte de un guardián de acceso. El incumplimiento sistemático concurre únicamente si se han adoptado al menos tres decisiones de incumplimiento contra el guardián de acceso en relación con cualesquiera de sus servicios básicos de plataforma dentro de los ocho años anteriores (art. 18.3 RMD). En tal caso, la Comisión Europea puede imponer «cualquier medida correctora del comportamiento o estructural que sea proporcionada y necesaria para garantizar el cumplimiento efectivo» del RMD (art. 18.1 RMD), lo que puede incluir la prohibición al guardián de acceso, durante un tiempo limitado, de tomar parte en operaciones de concentración económica en relación con los servicios básicos de plataforma, otros servicios prestados en el sector digital o los servicios que posibiliten la recopilación de datos que se hayan visto afectados por el incumplimiento sistemático (art. 18.2 RMD). No obstante, en este caso, y de conformidad con el art. 25.1 RMD, el guardián de acceso puede proponer a la Comisión Europea compromisos sobre los servicios básicos de plataforma afectados destinados a garantizar el cumplimiento de arts. 5, 6 y 7 RMD. Si dichos compromisos son aceptados por la Comisión Europea, pasan a ser jurídicamente vinculantes y ponen fin al procedimiento incoado conforme al art. 20 RMD. No obstante, el art. 25.2 RMD prevé situaciones en las que la Comisión Europea puede reabrir el procedimiento sancionador.

Ahora bien, salvo los remedios del art. 18.1 RMD, las sanciones previstas por el RMD para los incumplimientos del art. 29.1 RMD *supra* esquematizados consisten en multas sancionadoras (art. 30 RMD): hasta el 10 % del volumen de negocios total a nivel mundial en ejercicio anterior, para el caso de comisión dolosa o negligente de una de las infracciones previstas en el art. 29.1 DMA; y hasta el 20 % del volumen de negocios total a nivel mundial en ejercicio anterior, en caso de reincidencia en una misma infracción o infracción similar en los 8 años anteriores²⁸. Además, para cumplimiento medidas o decisiones adoptadas conforme a los arts. 8.2, 18.1, y 29.1 RMD²⁹, cabe la imposición de multas coercitivas (art. 31 RMD) por importe de hasta el 5 % del volumen de negocios total a nivel mundial en ejercicio anterior.

En cuanto a la caducidad de las infracciones, se establece un plazo de tres años a contar desde la comisión o, en su caso, el cese de la conducta; plazo que puede ser interrumpido por el inicio de actuaciones por parte de la Comisión Europea (véase art. 32 RMD). Por lo que se refiere a la caducidad de las sanciones, se establece un plazo de cinco años para su ejecución (véase art. 33 RMD).

3. Competencia para la aplicación efectiva

El análisis de las normas anteriormente expuestas permite constatar la concentración de la competencia para la aplicación efectiva del RMD en la Comisión Europea, tanto para los mecanismos de aplicación efectiva voluntaria como coercitiva.

No obstante, el RMD ha querido establecer un marco que permite un cierto grado de participación de los Estados miembros en su efectiva aplicación. Al margen de apelar a la cooperación y la coordinación con las autoridades nacionales sectoriales (véase art. 37 RMD, donde no se establece un canal específico; si bien se prevé su incorporación al canal de la Red Europea de la Competencia - ECN), sí que se regula con cierto detalle las competencias de las ANC y de los tribunales nacionales. Y se hace para reafirmar que el control absoluto en la aplicación efectiva del RMD recae sobre la Comisión Europea; lo que se justifica, en principio, para garantizar una aplicación efectiva uniforme del RMD.

Así, en cuanto a las ANC, la lectura del art. 38 RMD confirma que éstas no tienen competencia para proceder a la aplicación efectiva del RMD. Lo que resulta de dicho precepto es que, en aplicación efectiva de las normas listadas en el art. 1.6 RMD (es decir, normas *antitrust* de la UE y nacionales sobre conductas colusorias, abuso de posición de dominio y control de concentraciones, y de las «normas nacionales de competencia que prohíban otras formas de conducta uni-

28. Multas sancionadoras a las que ha de añadirse la que consiste en el 1 % del volumen de negocios total a nivel mundial en ejercicio anterior cuando el guardián de acceso ha incumplido de forma dolosa o negligente sus deberes de notificación o colaboración respecto de las obligaciones de información o en el marco de una inspección (véase arts. 3.3, 14, 15, 21, 22, 23, 26, 28, 34.4 RMD).

29. También para medidas o decisiones adoptadas conforme a los arts. 21, 23, 24 y 25.1 RMD.

lateral en la medida en que se apliquen a empresas que no sean guardianes de acceso o (*sic.*) [no] equivalgan a imponer obligaciones adicionales a los guardianes de acceso» – sobre estas últimas normas se volverá *infra*), las ANC pueden realizar una investigación sobre guardianes de acceso, e incluso pueden llegar a imponerles obligaciones. Pero no en aplicación efectiva del RMD. Además, el RMD limita la competencia de las ANC (o cualesquiera autoridades nacionales) que resulta de su propia normativa nacional: no pueden adoptar una decisión que sea contraria a una decisión adoptada por la Comisión Europea en aplicación del RMD (art. 1.7 RMD); de manera que, en la práctica, bastará con que la Comisión Europea incoe un procedimiento conforme al art. 20 RMD para que la ANC o la autoridad (sectorial) nacional se vea en la tesitura, bien de tener que suspender el procedimiento que haya iniciado para imponer obligaciones a un guardián de acceso, bien, cuando menos, de dejar sin efecto la resolución dictada hasta que la Comisión Europea adopte una decisión en aplicación del RMD. Tal consecuencia no se establece expresamente, pero no cabe llegar a otra conclusión, cuando, al margen de lo dispuesto en el ya mencionado art. 1.7 RMD, ya respecto de la investigación de un guardián de acceso que pueda estar llevando a cabo una ANC por un posible incumplimiento de los arts. 5, 6 y 7 RMD, se establece que si la Comisión Europea incoa un procedimiento conforme al art. 20 RMD, ello da lugar a que la ANC no pueden investigar a ese guardián de acceso o haya de concluir dicha investigación (art. 38.7 RMD). En definitiva, como se ha dicho, control absoluto por parte de la Comisión Europea, que viene garantizado por las obligaciones de información impuestas a las ANC para asegurar la cooperación y coordinación con la Comisión Europea: intercambio de información sobre medidas de ejecución a través de la ECN; obligación de la ANC de informar previa o simultáneamente si va a iniciar investigación, tanto con base en normas de Derecho (de la competencia), como por incumplimiento de los arts. 5, 6 y 7 RMD, sobre un guardián de acceso (además, la Comisión Europea puede reclamar el apoyo de las ANC para las investigaciones sobre incumplimiento del RMD); y coordinación en la aplicación efectiva de normas nacionales Derecho (de la competencia) a guardianes de acceso, tanto si se trata de imponer obligaciones como medidas cautelares.

Por lo que se refiere a los tribunales nacionales, el art. 39 RMD sigue la misma senda que la marcada en el art. 38 RMD respecto de las ANC. La Comisión Europea puede actuar como «*amicus curiae*», de modo que los tribunales pueden pedir información a la Comisión; pero, además, la Comisión puede remitir o presentar observaciones ante los tribunales nacionales; y los Estados miembros han de remitir «copia de toda sentencia dictada por un órgano jurisdiccional nacional que se pronuncie sobre la aplicación del presente Reglamento» (art. 39.3 RMD). No obstante, dichas sentencias van a venir marcadas, en la práctica, por la prejudicialidad de la decisión de la Comisión: los tribunales nacionales no pueden adoptar resolución contraria a decisión adoptada por Comisión Europea en aplicación del RMD (art. 39.5); es más, para evitar un conflicto con una «decisión prevista» (es decir, cuando exista procedimiento ya incoado por la Comisión en aplicación del RMD en relación con determinado guardián de acceso), se «invita»

a los tribunales nacionales a valorar si procede la suspensión del procedimiento nacional (en una suerte de prejudicialidad «inducida»), sin perjuicio de poder plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. La lectura del artículo invita a pensar que, de hecho, la Comisión Europea va a ser considerada, en mayor medida, como un *«inimicus curiae»*.

En relación con todo lo anterior, el art. 5.6 RMD prohíbe a los guardianes de acceso impedir directa o indirectamente que los usuarios profesionales o finales «puedan presentar ante cualquier autoridad pública pertinente, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, reclamaciones por incumplimiento del guardián de acceso del Derecho de la Unión o el Derecho nacional pertinente, en relación con cualquier práctica del guardián de acceso, o de limitar su posibilidad de hacerlo». Dicha prohibición, no obstante, «sin perjuicio del derecho de los usuarios profesionales y de los guardianes de acceso a establecer en sus contratos las condiciones de uso de mecanismos legales para la tramitación de reclamaciones».

Este conjunto de previsiones se completa con dos preceptos: El art. 41 RMD, en el que se regula la solicitud de la investigación de mercado por un Estado miembro, que únicamente cabe que se cursa si se trata de la aplicación de los arts. 17 (designación de guardián de acceso), 18 (incumplimiento sistemático; es decir, no de cualquier incumplimiento que haya podido detectar un Estado miembro) ó 19 (revisión listado servicios básicos o del de las conductas) RMD. Y el art. 45 RMD a propósito del control del Tribunal de Justicia sobre las decisiones sancionatorias de la Comisión Europea en aplicación del RMD, conforme al art. 261 TFUE. Ahora bien, ello no quiere decir que no sea de aplicación el art. 263.1 TFUE, por el que el TJUE es competente para controlar la legalidad de los actos de la Comisión Europea, lo que incluye también el ejercicio por parte de esta de las muy relevantes facultades delegadas (véase art. 49 RMD).

4. Mecanismos de aplicación efectiva en las normas conexas

El planteamiento a este respecto del RMD difiere en buena medida del que se ha materializado en las normas conexas previamente identificadas. Así, en el Rgto. P2B, la decisión es de absoluta descentralización de las medidas en garantía de su cumplimiento en los Estados miembros (véase art. 15 Rgto. P2B; en España, los incumplimientos de esta norma constituyen infracciones administrativas tipificadas en el art. 37 y sigs. LSSI). Y en el RSD, conforme resulta de la síntesis de sus normas de aplicación y ejecución efectuada *supra*, puede apreciarse un alto grado de descentralización en los Estados miembros (véase art. 49 y sigs. RSD). Ahora bien, la Comisión Europea se reserva la supervisión de las VLOPs y los VLOSEs (véase art. 64 y sigs. RSD).

IV. APPLICACIÓN PRIVADA DEL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GUARDIANES DE ACCESO

La aplicación privada en Derecho de defensa de la competencia ha de ser entendida, en primera instancia, como un mecanismo jurídico-privado destinado a reforzar los mecanismos jurídico-públicos de aplicación efectiva de la norma *antitrust*.³⁰

Dicho mecanismo jurídico-privado se traduce, fundamentalmente, en dos pretensiones: para el caso de conductas colusorias, en la nulidad del acuerdo que articula la conducta prohibida; y, tanto para el caso de las conductas colusorias como del abuso de posición de dominio, en la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión de la conducta prohibida. En el caso de los incumplimientos de obligaciones establecidas en el RMD por los guardianes de acceso, al tratarse de conductas unilaterales (aunque puedan entrar en juego relaciones contractuales, suelen descansar sobre condiciones generales de la contratación que se considerarían impuestas por el guardián de acceso al usuario profesional o final, comportamiento que, por razón del poder de mercado que ostentan los guardianes de acceso, recibiría el tratamiento de una conducta unilateral³¹), cabe afirmar que, en su caso, la aplicación privada del RMD se orientaría a la segunda de las pretensiones.

A este respecto, debe partirse de la constatación de que el RMD carece de un régimen para su aplicación privada destinado a facilitar la reclamación de los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento. A este respecto ha de traerse a colación el marcadamente «cauto» art. 39 RSD con respecto a las pautas de la cooperación con los tribunales nacionales (que han sido expuestas *supra*). No obstante, como se ha indicado, en el art. 42 RMD se establece la posibilidad del ejercicio de acciones de representación frente a comportamientos de los guardianes de acceso sobre la base de la norma nacional que transponga la Directiva 2020/1828/UE, cuando dichos comportamientos (cumulativamente) infrinjan las disposiciones del RMD y perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores. Pues bien, dicha norma permite el ejercicio de acciones de representación por las que se solicite una medida de cesación o una medida

30. A este respecto, véase MARTÍ MIRAVALS, J., *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 19-21 y 25-32.

31. Al respecto, véase STJUE de 19 de enero de 2023, As. C-680/20 *Unilever Italia Mkt. Operations vs. AGCM*, donde se falla que «El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las actuaciones llevadas a cabo por distribuidores que forman parte de la red de distribución de los productos o de los servicios de un productor que ocupa una posición dominante pueden imputarse a este si se demuestra que tales actuaciones no fueron adoptadas de manera independiente por dichos distribuidores, sino que forman parte de una política decidida unilateralmente por ese productor y aplicada a través de los referidos distribuidores»; sentencia accesible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=16EEF4C2CD541364AAEDB9E37E67DDAB?text=&docid=269403&pageIndex=0&doLang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9778404>.

resarcitoria, o ambas (véase art. 3.5 Directiva 2020/1828/UE). Medidas entre las que, no solo pero también, se incluye la indemnización, junto con la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, «según corresponda y se disponga de ellas en virtud del Derecho de la Unión o nacional» (art. 9.1 Directiva 2020/1828/UE).

1. Aplicación privada de las normas conexas

Ello contrasta, hasta cierto punto, con las soluciones adoptadas en las normas conexas respecto de su aplicación privada. Así, por lo que se refiere al Rgto. P2B, como se ha expuesto *supra*, su art. 15 encomienda la concreción de la garantía de su cumplimiento a cada Estado miembro, sin que se excluya la opción por el establecimiento de remedios jurídico-privados; es una cuestión que pasa a ser decisión del legislador nacional, al que únicamente se le exige que establezca medidas de aplicación adecuada y efectiva, que han de ser eficaces, proporcionadas y disuasorias. Como se ha informado, en el caso español se ha optado por un mecanismo jurídico-público. No obstante, ello no quiere decir que, aunque no se haya previsto expresamente, no puedan derivarse efectos jurídico-privados de las conductas de los prestadores de servicios de intermediación en línea que infrinjan lo previsto en el Rgto. P2B, tal y como puede deducirse de lo dispuesto en el art. 14.9 Rgto. P2B; pero en Derecho español no existen previsiones específicas al respecto. Lo cierto es que esta opción de los Reglamentos de la UE por la «descentralización» de la decisión sobre los efectos en caso de su contravención, con la variedad de mecanismos y la diversidad en su configuración a la que da lugar, genera importantes divergencias en el grado de aplicación efectiva de las normas entre los Estados miembros y puede dar lugar a prácticas de *forum shopping* dentro del Mercado Interior que han de considerar como no deseables.

Por contra, el RSD opta por requerir expresamente que ambos mecanismos, jurídico-público y jurídico-privado, sean implementados por los Estados miembros para su aplicación efectiva. Así, junto a la exigencia del establecimiento de un régimen de sanciones, concretamente multas (véase art. 52 RSD), el art. 54 RSD requiere, con carácter imperativo, la articulación del mecanismo jurídico-privado indemnizatorio:

«Los destinatarios del servicio tendrán derecho a solicitar, de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, una indemnización con cargo a los prestadores de servicios intermediarios por cualquier daño o perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento por parte de dichos prestadores de sus obligaciones en virtud del presente Reglamento».

Es decir, no se trata de la atribución de responsabilidad civil consecuencia de la aplicación de los arts. 3 a 9 RSD (donde se regula el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios por los comportamientos de sus destinatarios, en sustitución del establecido en los arts. 12 a 15 DCE), sino de

la responsabilidad civil consecuencia de daños causados por incumplimiento de las nuevas obligaciones que a los prestadores de servicios digitales impone el RSD.

Ahora bien, este modelo no se ha extendido a los mecanismos de aplicación efectiva del RSD a las plataformas en línea y los motores de búsqueda de muy gran tamaño (art. 64 y sigs. RSD). Es este escenario, y en conexión con la competencia exclusiva de la Comisión Europea para su supervisión, la solución implantada para su aplicación efectiva es similar a la que se ha adoptado en el RMD. Así, en cuanto a los tribunales nacionales, el art. 82 RSD presenta evidentes similitudes con el art. 39 RMD. En efecto, aquí el RSD opta por mecanismos jurídico-públicos y, como sucede en el caso del RMD, carece de un régimen para su aplicación privada a estos prestadores de servicios digitales, específicamente, para la reclamación de los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento del RSD por su parte. Ello, al margen de que el art. 90 RSD haya modificado el anexo I Directiva 2020/1828/UE para incluir en su listado al RSD, lo que permite el ejercicio de acciones de representación de carácter resarcitorio en tutela de los intereses colectivos de los consumidores.

2. Relación del Reglamento de Mercados Digitales con las normas de Derecho de la competencia: a vueltas con su naturaleza

A la vista de que el RMD no contiene un régimen ni previsiones para su aplicación privada, cabe plantearse si se puede recurrir al régimen de aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia a tal efecto. Sin embargo, si se considera que el RMD no es una norma de Derecho de la defensa de la competencia, debe descartarse, en todo caso, la aplicación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea³² (en adelante, Directiva 2014/104/UE); lo que, en el caso español, del art. 71 y sigs. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia³³ (en adelante, LDC), pues dichas normas únicamente son de aplicación si existe una vulneración de los arts. 101 ó 102 TFUE o de los arts. 1 ó 2 LDC; como tampoco cabría aplicar la doctrina jurisprudencial del TJUE previa a Directiva 2014/104/UE relativa a la aplicación privada de los arts. 101 y 102 TFUE.

Ahora bien, la afirmación de que el RMD no es una norma de Derecho de defensa de la competencia ha de ser objeto de cierto escrutinio³⁴. En efecto, el

32. DOUE L 349/1, de 5.12.2014; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/104/oj>.

33. BOE núm. 159, de 04/07/2007; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/con>.

34. Al hilo de estas cuestiones, puede verse también REIG FABADO, I., «La adaptación del Derecho de la competencia europeo a la 'era digital'...», ob. cit., págs. 243-246.

propio RMD niega tener tal calificación. Ello es manifestado abiertamente en su cdo. 11:

«Los artículos 101 y 102 del TFUE y las correspondientes normas nacionales de competencia relativas a conductas anticompetitivas multilaterales y unilaterales, así como al control de las concentraciones, tienen como objetivo la protección de la competencia no falseada en el mercado. *El presente Reglamento persigue un objetivo complementario, pero distinto al de proteger la competencia no falseada en un mercado determinado, tal como se define en el Derecho de la competencia*, que es el de garantizar que los mercados donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos, *independientemente de los efectos reales, potenciales o supuestos sobre la competencia* en un mercado determinado de la conducta de un determinado guardián de acceso al que se aplique el presente Reglamento. Por lo tanto, el presente Reglamento tiene por objeto proteger un interés jurídico diferente del protegido por esas normas y debe aplicarse sin perjuicio de la aplicación de estas últimas» (énfasis añadido).

En cuanto a la desconexión con los efectos sobre la competencia en el mercado, no ha de olvidarse que el Derecho de defensa de la competencia también permite controlar las conductas que tienen por objeto eliminar, restringir o falsear la competencia; lo que sucede es que se trata de un control *a posteriori*, no *a priori*, tal y como se configura en el RMD.

En todo caso, este entendimiento del legislador de la UE explica cómo se ha configurado en el RMD su relación con otras normas, señaladamente, con de la competencia. Dicha relación resulta de lo dispuesto en los apdos. 5 a 7 del art. 1 RMD. Se parte de la base de que el objetivo primordial es asegurar una aplicación efectiva uniforme y no interferida por los Estados miembros del RMD. Es por ello que se establece un bloqueo del ámbito normativo «uniformizado» por el RMD en favor de la UE: los Estados miembros no pueden imponer obligaciones adicionales a los guardianes de acceso, ya sea por disposiciones legislativas o reglamentarias, ya sea mediante decisiones administrativas. Solo cabe que los Estados miembros adopten decisiones regulatorias cuando se trate de imponer obligaciones sean compatibles con el Derecho de la UE y no deriven de la consideración de las empresas afectadas como guardianes de acceso. Es decir, los Estados miembros no pueden regular a los guardianes de acceso en cuestiones que quedan dentro del ámbito de aplicación del RMD (cuestiones estas que no se determinan en el precepto y cuya concreción puede suscitar dudas, como sucedió con las que integran el ámbito normativo coordinado de la DCE).

El legislador de la UE toma esta decisión, tal y como explica en el cdo. 9 RMD, porque

«La fragmentación del mercado interior solo puede evitarse eficazmente si se impide a los Estados miembros aplicar normas nacionales que entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que persigan sus mismos objetivos».

Sin embargo,

«Eso no excluye la posibilidad de que se apliquen a los guardianes de acceso, en el sentido del presente Reglamento, otras normas nacionales que persigan *otros objetivos* de interés público legítimos, según se establecen en el TFUE, o razones imperiosas de interés general reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (énfasis añadido).

Es por ello que el RMD se aplica, tal y como dice su art. 1.6, «*sin perjuicio de la aplicación*» de los arts. 101 y 102 TFUE, de las normas nacionales de competencia equivalentes a art. 101 y 102 TFUE (en el caso de España, los arts. 1 y 2 LDC), del Reglamento (CE) núm. 139/2004, de las normas nacionales relativas al control de las concentraciones y de las «*normas nacionales de competencia* que prohíban otras formas de conducta unilateral en la medida en que se apliquen a empresas que no sean guardianes de acceso o (sic.) [no] equivalgan a imponer obligaciones adicionales a los guardianes de acceso» (énfasis añadido).

Lo cierto es que la identificación de este último conjunto normativo resulta críptica. Al respecto de estas normas, en el cdo. 10 RMD se añade que se trata de:

«normas nacionales de competencia relativas a conductas unilaterales basadas en una valoración individualizada de las posiciones en el mercado y el comportamiento en este, incluidos sus efectos reales o potenciales y el alcance exacto del comportamiento prohibido, y que prevén la posibilidad de que las empresas presenten justificaciones fundadas sobre la eficiencia y los objetivos del comportamiento de que se trate» (énfasis añadido).

El art. 1 RMD se cierra con lo previsto en su apdo. 7, *supra* aludido, en el que se establece que las autoridades nacionales (sean ANC o autoridades sectoriales) no tomarán decisiones que sean contrarias a una decisión adoptada por la Comisión UE en virtud del RMD, pues «la aplicación de esas normas no debe afectar a las obligaciones impuestas a los guardianes de acceso en virtud del presente Reglamento ni a su aplicación uniforme y efectiva en el mercado interior» (cdo. 10 RMD). Y termina remitiendo a lo dispuesto en los arts. 37 y 38 RMD, preceptos que ya han sido objeto de comentario.

En este punto, se antoja que las situaciones *de lege data* en los distintos Estados miembros son dispares al respecto de estas «otras normas de competencia nacionales».

Así, en primer lugar, cabe pensar en el § 19a de la Ley alemana de defensa de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; en adelante, GWB), parágrafo introducido mediante la reforma de la GWB introducida mediante *GWB-Digitalisierungsgesetz* de 18 de enero de 2021³⁵, para actuar frente al comportamiento abusivo de las empresas de particular importancia para la

35. *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)* vom 18. Januar 2021; BGBl parte I, núm. 1, de 18 de enero de 2021; <https://www.bgbler.de/>

competencia en mercados cruzados («*Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb*»). El § 19a GWB permite intervenir a la ANC alemana, el *Bundeskartellamt* (en adelante, BKA), mediante un control *ex ante*, cuando ciertos grandes grupos digitales representen una amenaza para la competencia por su posición estratégica y los recursos de los que disponen. El BKA puede prohibir ciertos comportamientos de estas empresas (así, autopreferencia, cierre de mercado basados en el procesamiento de datos relevantes para la competencia) como medida preventiva³⁶; norma que cabe plantearse si ha devenido incompatible con la DMA.

También cabe pensar que se está aludiendo al art. L420-2 párr. 2.^o del *Code du commerce* francés³⁷, donde se prohíben las situaciones de abuso de dependencia económica, precepto cuya aplicación se encomienda a la ANC francesa. Y, en cuanto al caso español, a la regulación de dicha conducta establecida en el art. 16.2 y 3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal³⁸ (en adelante, LCDes)³⁹, o a la de otras conductas unilaterales objeto de tratamiento en la LCDes cuando sus preceptos son aplicados por la CNMC en el marco del art. 3 LDC⁴⁰. Ha de tenerse presente que, en nuestro caso, la LCDes no es una norma cuya aplicación efectiva se encomienda primeramente a la CNMC, sino a los tri-

[xaver/bgb1/start.xav#_bgb1%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb1121s0002.pdf%27%5D_1682241737102](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB-Novelle.html?nn=3591568).

36. Además, se ha acortado el procedimiento para la obtención de una decisión firme, ya que contra las resoluciones del BKA en aplicación de este parágrafo solo cabe recurso ante el Tribunal Federal de Justicia. También se han modificado las disposiciones del control de abuso clásico para incluir criterios específicos aplicables a los mercados digitales. Así, para medir el poder de mercado, ha de tenerse en cuenta el acceso a datos relevantes para la competencia y la cuestión de si una plataforma tiene el llamado poder de intermediación (*Intermediationsmacht*), pues se asume que tal posición puede dar lugar una situación de dependencia relevante a los efectos del Derecho *antitrust*. Además, en cuanto a la regulación de las empresas con poder de mercado relativo o superior, el ámbito de protección de la norma ya no se limita a las pequeñas y medianas empresas. A su vez se viene a permitir que el BKA ordene, en favor de las empresas dependientes y bajo ciertas condiciones, que se otorgue acceso a los datos a cambio de una tarifa razonable. Finalmente, se han establecido poderes especiales de intervención para el caso de que un mercado de plataformas amanece con inclinarse (*tipping*) en la dirección de un gran operador. Véase Bundeskartellamt, «Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen», en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB-Novelle.html?nn=3591568 (consultado el 31 de diciembre de 2022).

37. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038725501?init=true&page=1&query=L420-2&searchField=ALL&tab_selection=all; al respecto, véase BUESO GUILLÉN, P.-J. «Cláusulas de sumisión a fuero y ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados del ilícitos 'antitrust'. A propósito del As. C595/17 Apple vs. MJA», en RUIZ PERIS, J.I., (dir.), ESTEVAN DE QUESADA, C. (coord.), *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 58.

38. BOE núm. 10, de 11/01/1991; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con>.

39. Cfr. RUIZ ESPINOSA, J., «Aproximación a la nueva propuesta de reglamento de mercados digitales 2020/842: vicisitudes en el marco de su delimitación material. Legal regime of the digital markets», en MADRID PARRA, A., ALAVARDO HERRERA, L. (dir.), BLANCO SÁNCHEZ, M.J. (coord.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pág. 379, quien parece entender que, en sede de aplicación privada, nada aportaría el art. 16.2 LCDes.

40. Cfr. *Ibidem*, págs. 379-380, que igualmente descarta la vía del art. 3 LDC.

bunales del orden civil. Además, parece que cabe afirmar que parte de la LCDes no se correspondería con las normas a las que se quiere referir el art. 1.6.b) RMD, dado que, en el cdo. 12 RMD, que no en su articulado, se dice que el RMD también se aplica sin perjuicio de, entre otras, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»)⁴¹ (en adelante, Directiva 2005/29/CE) y la norma nacional que aplica dicho acto; en nuestro caso, habrá de entenderse que el considerando se refiere a la parte de la LCDes que traspone la Directiva 2005/29/CE, siendo susceptible de integrar ese conjunto de normas de competencia nacionales el resto de la LCDes, en una disección nada sencilla. Sin embargo, las dudas se mantienen. Si se atiende a la descripción de estas normas dada en el cdo. 10 RMD *supra* reproducido, que descansa en razones de eficiencia, ello da pie a pensar que se ha de tratar de normas *antitrust*, y no de competencia desleal. A la vista está que lo dispuesto en el art. 1.6.b) RMD está llamado a generar controversia. En todo caso, no parece que la técnica del legislador de la UE haya sido la más acertada; podría haberse acompañado la delimitación abstracta de estas normas nacionales de la competencia de un listado ejemplificativo y no exhaustivo que ayudase a su identificación (si se me permite recurrir a un símil con sabor a Gila, este precepto es como decir que «alguien ha matado a alguien» cuando se tiene una firme sospecha de quién es el asesino).

Sea como fuere, lo que queda claro es que ni la CNMC, cuando aplique el art. 3 LDC, ni los tribunales, cuando dicten sentencia en aplicación de la LCDes, pueden pronunciarse en sentido contrario a lo que decida la Comisión Europea en aplicación del RMD. Ahora bien, sí en sentido concurrente. Es decir, que parece haberse instaurado un sistema de barrera doble en parecidos términos a los establecidos en el art. 3.2, inciso 1.º, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado⁴² (en adelante, Rgt. CE 1/2003), para el art. 101 TFUE.

A vueltas con todo lo anterior, hay argumentos para negar la premisa mayor de este planteamiento de legislador de la UE. Puede sostenerse que, en parte, el RMD es Derecho de defensa de la competencia. El RMD persigue un doble objetivo. El primero es intentar restaurar la disputabilidad de los mercados de servicios básicos de plataforma. El segundo el evitar el abuso por parte de los guardianes de acceso de su poder de mercado frente a los usuarios profesionales (véase art. 12.5 RMD, que puede considerarse la cláusula general de la casuística de comportamientos fijada (por ahora) en los arts. 5 a 7 RMD: la letra a) define

41. DOUE L 149/22, de 11.6.2005; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj>.

42. DOUE L 1/1, de 4.1.2003; versión consolidada: ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/2009-07-01>.

qué se entiende por «disputabilidad»⁴³ y la letra b) que se entiende por «deslealtad»⁴⁴. Este doble objetivo hace que pueda afirmarse la naturaleza híbrida del RMD, pues parte de su ADN es Derecho de defensa de la competencia: la disputabilidad es un problema de barreras de entrada y de acceso al mercado, de conductas excluyentes, que es típicamente una de las cuestiones que preocupan al Derecho *antitrust* y que se combaten con el Derecho *antitrust*. Y parte es Derecho de la competencia leal en los mercados digitales, pues se persiguen conductas que, al fin y a la postre, son contrarias a las exigencias de la buena fe en sentido objetivo.

3. Opciones para la exigencia de responsabilidad civil a los guardianes de acceso

Aquí ha de partirse de afirmar la posibilidad de exigir responsabilidad civil a los guardianes de acceso por los daños y perjuicios que causen al infringir las obligaciones del RMD. Tal exigibilidad no afecta a las obligaciones tal y como se configuran en el RMD, es decir, reclamar daños y perjuicios «no [...] equivale a imponer obligaciones adicionales a los guardianes de acceso», sino que consiste en derivar unos efectos para el caso de contravención distintos de los que para dicho comportamiento están específicamente previstos en el RMD sobre la base de las normas generales de responsabilidad extracontractual (art. 1902 y sigs. del Código civil), dado que los comportamientos de los guardianes de acceso tienen la consideración de conductas unilaterales. Por lo tanto, la exigencia de responsabilidad civil a los guardianes de acceso por daños causados por la infracción del RMD no vulnera lo establecido en el art. 1 RMD.

Ahora bien, ciertamente, aunque pueda estarse de acuerdo en calificar al RMD como norma de defensa de la competencia (al menos, en parte), ha de descartarse la aplicación directa con carácter general de las soluciones contenidas en el régimen de aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia: la propia Directiva 2014/104/UE, en su art. 2.1 y 3, es taxativa al limitar su ámbito de aplicación a los daños causados por la vulneración de los arts. 101 y 102 TFUE y a las normas homólogas en el Derecho nacional, en nuestro caso, los arts. 1 y

43. La disputabilidad se entiende como todo comportamiento de un guardián de acceso que «pueda obstaculizar la innovación y limitar las posibilidades de elección de los usuarios profesionales y los usuarios finales debido a que:

i) afecte o amenace con afectar a la disputabilidad de un servicio básico de plataforma u otros servicios del sector digital de forma duradera debido a la creación o la consolidación de obstáculos a la entrada de otras empresas o a su desarrollo como prestadoras de un servicio básico de plataforma o de otros servicios del sector digital, o

ii) impida que otros operadores tengan el mismo acceso a un insumo clave que el guardián de acceso».

44. Se entiende que se da un comportamiento desleal del guardia de acceso cuando «exista un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los usuarios profesionales y el guardián de acceso obtenga de los usuarios profesionales una ventaja que sea desproporcionada en comparación con el servicio que preste a dichos usuarios profesionales».

2 LDC. Y es discutible plantear su aplicación analógica, si quiere parcial, al tratarse de un régimen excepcional. Claro está que si la conducta infractora del RMD, a su vez, constituye un abuso de posición de dominio, entonces sí que cabría recurrir al art. 71 y sigs. LDC, si bien en el marco de las reglas de jerarquía normativa y competenciales *supra* expuestas para la aplicación efectiva coordinada de las normas de defensa de la competencia con el RMD como resultado de la intervención de las autoridades y los tribunales nacionales.

No obstante, el RMD es también Derecho de la competencia leal en los mercados digitales. Por lo que es muy probable que, cuando el comportamiento del guardián de acceso sea una conducta desleal, pueda ser de aplicación la LCDes, tanto *ex art.* 3 LDC por la CNMC, como directamente por los tribunales civiles, ya sea acudiendo a su art. 15, ya sea entendiendo que las conductas desleales de los guardianes de acceso reguladas en el RMD son supuestos que concretan, para los mercados digitales, las exigencias de la cláusula general de la LCDes establecida en su art. 4.1-1.⁴⁵; es decir, que la cláusula general contenida en el art. 12.5.b) RMD está en sintonía con la contenida en el art. 4.1-1.⁴⁵ LCDes. En el caso de la vía civil, ya se acuda a ella directamente (*stand-alone*), bien en ejercicio de acciones de seguimiento (*follow-on*) tras una resolución de la CNMC en aplicación del art. 3 LDC, ello deja expedito el camino para la reclamación de los daños y perjuicios causados mediante la acción prevista en el art. 32.1-5.^a LCDes. Si bien, efectivamente, esta vía nos lleva a la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual general (es decir, el que resulta del art. 1902 y sigs. del Código civil) y a la aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación normas nacionales de responsabilidad extracontractual para el caso de contravención del Derecho de la UE⁴⁵. En definitiva, la reclamación de daños y perjuicios queda abocada a la aplicación de un régimen de responsabilidad que se antoja insuficiente para la viabilidad de las indemnizaciones, ya no por tratarse de un sistema de responsabilidad subjetiva, sino por razón de los problemas sobradamente conocidos de prueba y cuantificación del daño con los que las reclamaciones habrán de enfrentarse.⁴⁶

V. REFLEXIONES FINALES

Con el único propósito de recoger alguna de las ideas que fluyen en el texto, procede hacer algunas reflexiones finales como cierre del mismo. En cuanto a la decisión del modelo de implementación y aplicación efectiva del RMD, la UE ha optado por conceder a la Comisión Europea una situación de monopolio en la implementación y de quasi monopolio en la aplicación efectiva, en este segundo

45. Establecida, fundamentalmente, en los As. *Frankovich* (STJUE de 19 de noviembre de 1991, As. C-6/90 y C-9/90; ECLI:EU:C:1991:428) y *Brasserie du Pêcheur* (STJUE de 5 de marzo de 1996, As. C-46/93 y C-48/93; ECLI:EU:C:1996:79). Al respecto, véase MARTÍ MIRAVALS, J., *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 133-134.

46. Véase *Ibidem*, págs. 131 y sigs., y 178 y sigs., respectivamente.

aspecto con ausencia prácticamente absoluta de descentralización y un sistema de cooperación esencialmente unidireccional a demanda de la Comisión. Decisión que evoca los orígenes de la aplicación efectiva del Derecho de defensa de la competencia de la UE. Recordemos como los problemas de capacidad llevaron a la descentralización articulada a través del Rgto. CE 1/2003. Cabe preguntarse si, ante la ingente tarea que supone cumplir con lo dispuesto en el art. 26.2 RMD, la Comisión Europea va a disponer de medios humanos y materiales suficientes⁴⁷. En todo caso, sus contrapartes disponen de medios considerables, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Además, cabe cuestionarse cuál va a ser el nivel de implicación que va a haber por parte de las autoridades nacionales habida cuenta del protagonismo tan limitado que el RMD les atribuye en su aplicación efectiva.

En cuanto a la aplicación privada del RMD, ha de concluirse que los incumplimientos del mismo por parte los guardianes de acceso pueden servir de base para el ejercicio de acciones de daños y perjuicios causados por dichos incumplimientos, aunque el RMD carezca de un régimen específico para su aplicación privada. En todo caso, dichas acciones van a acabar siendo *follow-on*, pues el RMD impone la prejudicialidad, *de iure* o *de facto*, de las decisiones de infracción de la Comisión. No obstante, tal posibilidad, que en el caso español parece que se articularía a través del recurso a la LCDes, bien directamente, bien tras una resolución de la CMNC en aplicación del art. 3 LDC, es remota, habida cuenta de la ausencia de soluciones regulatorias específicas como las que se han establecido en la Directiva 2014/104/UE para los arts. 101 y 102 TFUE y los arts. 1 y 2 LDC, tal y como se ha apuntado, ya no tanto por la exigencia del requisito de la culpa, sino por los de prueba y cuantificación del daño y las dificultades a las que da lugar su satisfacción por parte del demandante.

Finalmente, puede apreciarse como el RDM articula su separación artificiosa del Derecho de defensa de la competencia de consecuencias inciertas, pues muchos de los comportamientos fijados en los arts. 5 a 7 RDM y su valoración tienen su origen en casos de Derecho *antitrust*. Por otra parte, es difícil predecir cuál va a ser el impacto del RMD en la aplicación de Derecho *antitrust* y *cómo se va a articular la relación* entre el RDM y esas «otras normas de la competencia nacionales» del art. 1.6.b) RMD; si finalmente el RMD acaba configurándose como como *lex specialis vs. lex generalis* del resto de las normas de competencia, o qué intensidad va a tener la aplicación del principio de prevalencia Derecho UE frente al Derecho nacional.

47. A este respecto, véase GERARDIN, D., «The DMA has been published: Now the real challenges start», *The Platform Law Blog*, 12 de octubre de 2022, accesible en: <https://theplatformlaw.blog/2022/10/12/the-dma-has-been-published-now-the-real-challenges-start/> (consultado a 30 de junio de 2023).

BIBLIOGRAFÍA

- ALTZELAI ULIONDO, I., «Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 74, 2023, págs. 147- 189 (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.74.05>)
- BUESO GUILLÉN, P.-J. «Cláusulas de sumisión a fuero y ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados del ilícitos ‘antitrust’. A propósito del As. C595/17 *Apple vs. MJA*», en: RUIZ PERIS, J.I., (dir.), ESTEVAN DE QUESADA, C. (coord.), *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 55-76.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, 6.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- DÍEZ ESTELLA, F., «La DMA: ¿Un nuevo Reglamento para —o contra— los mercados digitales en la UE?», en HERNÁNDEZ SAINZ, E., MATE SATUÉ, L.C., ALONSO PÉREZ, M.T., *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, A Coruña, 2023, págs. 51-79.
- GERADIN, D., «The DMA has been published: Now the real challenges start», *The Platform Law Blog*, 12 de octubre de 2022, accesible en: <https://theplatformlaw.blog/2022/10/12/the-dma-has-been-published-now-the-real-challenges-start/> (consultado a 30 de junio de 2023).
- LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., «Las plataformas digitales en el Derecho de la competencia: suficiencia de las normas clásicas o necesidad de nuevos instrumentos normativos», en RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), *Anuario de Derecho de la competencia 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 325-344.
- MARTÍ MIRAVALS, J., *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El reto regulatorio de una economía basada en plataformas digitales», *La Ley Mercantil*, núm. 99, febrero 2023, 34 págs. (ed. digital).
- REIG FABADO, I., «La adaptación del Derecho de la competencia europeo a la ‘era digital’: algunos aspectos de la propuesta legislativa para las grandes plataformas digitales», en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 227-260.
- RUIZ ESPINOSA, J., «Aproximación a la nueva propuesta de reglamento de mercados digitales 2020/842: vicisitudes en el marco de su delimitación material. Legal regime of the digital markets», en MADRID PARRA, A., ALAVARDO HERRERA, L. (dir.), BLANCO SÁNCHEZ, M.J. (coord.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, págs. 363-383.
- RUIZ PERIS, J.I., «Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: la nueva propuesta europea de

Digital Market Act», en MARTÍ MIRAVALS, J. (dir.), RODILLA MARTÍ, C. (coord.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 29-63.

TAPIA HERMIDA, A., «Digitalización mercantil europea: las leyes europeas de mercados y servicios digitales», *La Ley Mercantil*, núm. 100, marzo 2023, 34 págs. (ed. digital).