

## La nueva Ley de Mercados Digitales europea

Por Lucía Camacho G.

CELE

Octubre de 2022

La Ley de Mercados Digitales (o DMA por sus siglas en inglés) fue aprobada por los dos órganos legislativos de la Unión Europea, el Parlamento y el Consejo Europeo. La ley busca regular el mercado digital para equilibrar, hacer más justo y competitivo el campo de juego para que todos, y no solo los más grandes actores en internet, tengan la misma oportunidad de prosperar en el ecosistema digital.

La DMA ya fue [publicada oficialmente](#) y empezará a ser exigible a los sujetos obligados a partir del 2 de mayo de 2023, con excepción de algunos artículos que entrarán a regir a partir del 1 de noviembre de 2022 y que están destinados a permitir a la Comisión Europea la preparación de las reglas y procedimientos aplicables a éstos.

### ***Vistazo al proceso legislativo***

Como lo habíamos mencionado en la revisión de la Ley de Servicios Digitales (DSA por sus siglas en inglés), ambas leyes tuvieron un trámite paralelo. Las dos abrieron un mismo proceso de participación y consultas que contó con más de [2.800 respuestas](#) de la sociedad civil, empresas y sector privado, academia, entre otros.

La DMA es especial pues interviene con reglas “ex ante” en el mercado, es decir, antes de que se configuren prácticas injustas y anticompetitivas que justifiquen una intervención de las autoridades, como suele ser lo acostumbrado en dicha materia. Esta ley, junto con la DSA, conforman el “Paquete de Servicios Digitales” que en Europa busca fortalecer las medidas de

transparencia y rendición de cuentas de las *Big Tech* así como la protección a los usuarios de internet.

### ***Contenido***

“No hay otra alternativa menos restrictiva que permita lograr efectivamente el mismo resultado de protección al orden público, la privacidad, y de lucha contra las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas”<sup>1</sup>. Así inicia la ley.

La DMA tiene una larga exposición de motivos que reconoce que en el mercado digital hay un pequeño grupo de grandes empresas que con el tiempo no solo han inhibido la participación de más diversos actores, sino que cuentan con la capacidad y el poder de fijar unilateralmente condiciones y términos en la prestación de sus servicios que pueden llegar a ser injustas y perjudiciales para sus usuarios empresariales como usuarios finales.

Para hacer frente a dicho escenario, la ley apunta especialmente a los actores más grandes cuyos servicios son, a su vez, los más usados en el mercado digital. En su contenido, la ley cuenta con cinco capítulos. El Capítulo I (definiciones, alcance) del art. 1 y 2; capítulo II (gatekeepers) del art. 3 y 4; capítulo III (prácticas de los gatekeepers que son injustas y limitan la entrada y salida de competidores en el mercado) del art. 5 al 15; capítulo IV (investigación del mercado) del art. 16 al 19; capítulo V (investigación, aplicación, monitoreo) del art. 20 al 43; y el capítulo VI (disposiciones finales) del art. 44 al 54. Veamos en materia de libertad de expresión las previsiones más relevantes.

### ***Quiénes son los ‘gatekeepers’, y quién y cómo los identifica***

La DSA impone mayores obligaciones a las empresas de internet que denomina como “muy grandes plataformas en línea” y “muy grandes motores de búsqueda”. En cambio, la DMA crea una categoría más amplia denominada *gatekeepers* o guardianes, para incluir a estos y otros proveedores de servicios de internet.

La expresión *gatekeeper* refiere a un guardián con la capacidad de controlar el acceso a un bien o servicio. En el mundo digital esta categoría incluye a los intermediarios de internet que, según la ley de mercados digitales reúnen tres características: (i) tener un impacto significativo en el mercado, (ii) proveer un “servicio básico de plataforma” que sirve de puerta de ingreso tanto para usuarios de negocios como usuarios finales, y (iii) gozar de una posición arraigada y duradera en sus operaciones, o que sea previsible que la tenga en el futuro cercano.

---

<sup>1</sup> Consideración 35 de la ley.

Por “servicios básicos de plataforma” la ley propone un listado cerrado con diez servicios específicos: los servicios de intermediación en línea; los motores de búsqueda; los servicios de redes sociales; las plataformas de servicios para compartir videos; servicios de comunicación interpersonal independiente de un número (es decir, los servicios de llamada vía internet que no dependen de un número telefónico asignado); los sistemas operativos; navegadores web; asistentes virtuales; servicios de computación en la nube; y los servicios de publicidad en línea que incluye a las redes de publicidad y de intercambio de publicidad que suceden en alguno de los servicios anteriores.

Los *gatekeepers* son los principales sujetos obligados en la ley. Ahora ¿quién tiene a su cargo identificarlos y bajo qué criterios debe hacerlo? La DMA propone en su artículo 3 una serie de criterios objetivos para responder a esas preguntas. Veamos:

Característica	Cómo se configura
1. Tener un impacto significativo en el mercado	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ El servicio tiene una facturación en Europa igual o superiora los 7,500 millones de EUR en cada uno de los tres últimos años financieros; o</li> <li>▪ Su valoración del mercado a nivel mundial sea al menos de 75,000 millones de EUR en el último año financiero;</li> <li>▪ Y, en cualquier caso, que provea el mismo servicio al menos en tres países de la Unión Europea.</li> </ul>
2. Proveer un “servicio básico de plataforma” que sirve de puerta de ingreso tanto para usuarios de negocios y usuarios finales	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Que haya tenido en el último año financiero al menos 45 millones de usuarios finales activos, mensualmente, que estén localizados en la Unión; y</li> <li>▪ Cuenta con al menos 10,000 usuarios de negocios activos, anualmente, establecidos en la Unión.</li> </ul>
3. Gozar de una posición arraigada y duradera en sus operaciones, o que es previsible que la tenga en el futuro cercano	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Los mismos umbrales del punto anterior verificados durante los tres últimos años financieros.</li> </ul>

Elaboración propia. Ver art. 3 num. 1 y 2

Si se reúnen estas tres características, el guardián debe notificar a la Comisión Europea y enviar la información que prueba que se configura cada criterio para que ésta reconozca su condición como *gatekeeper* de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 17. Si éste no envía

notificación o información alguna, la Comisión en todo caso podrá reconocer dicha condición de acuerdo a la información que tenga a la mano.

Una vez sea reconocida la condición de guardián, ésta puede ser objeto de discusión. A su turno, la Comisión deberá fijar la metodología para determinar cuándo se ha alcanzado cada uno de los topes económicos de los que trata el artículo 3 que mencionamos en la tabla anterior, así como deberá llevar a cabo su actualización para que se corresponda con el desarrollo tecnológico y de mercado del momento.

### ***Prácticas objeto de regulación: lo que está permitido y lo que no***

En la ley se describen especialmente a lo largo del artículo 5 al 7 el conjunto de obligaciones que deben ser atendidas por los *gatekeepers*.

Entre las prácticas reguladas se encuentran algunas asociadas al procesamiento, tratamiento de datos y consentimiento de los usuarios finales de los “servicios básicos de plataforma”; prácticas en materia de oferta de bienes y servicios en línea; prácticas en materia de publicidad en línea; prácticas en materia de interoperabilidad, para facilitar la integración de los “servicios básicos de plataforma” propios con los ofrecidos por terceros; prácticas en torno a la configuración técnica de algunos de esos “servicios básicos de plataforma”; prácticas en materia de ranking e indexación de servicios y productos en línea, entre otros.

En buena medida, lo que está permitido y lo que no para los guardianes está pensado para favorecer a dos actores: los usuarios finales y los usuarios empresariales. Los usuarios empresariales son cualquier persona natural o jurídica que usa un “servicio básico de plataforma” con fines de lucro o fines profesionales con el fin de ofrecer bienes o servicios a usuarios finales. Los usuarios finales son cualquier persona natural o jurídica que usan un “servicio básico de plataforma” para fines distintos a los del usuario empresarial.

Ver: art. 3, 5 y 7.

### ***Lo que no deben hacer***

Un gran conjunto de prácticas no está permitido para los guardianes en tanto que son injustas o limitan la facilidad con la que otros negocios y empresas deberían contar para entrar y salir del mercado digital.

Son prácticas que suponen barreras en la apertura del mercado, y sin apertura no solo se reducen las chances de diversificar el campo de juego con otros jugadores más nuevos y más pequeños, sino que concentraría aún más el poder de los más grandes.

Algunas de las más relevantes prevén que los guardianes:

- No deberán combinar ni hacer un uso cruzado de los datos personales de sus usuarios finales que hayan sido recolectados a través de los “servicios básicos de plataforma” propios o los servicios de terceros.
- No deberán procesar, con el fin de proporcionar servicios de publicidad en línea, los datos personales de usuarios finales que utilizan servicios de terceros que, a su vez, hacen uso de los “servicios básicos de plataforma” del guardián.
- No deberán impedir que los usuarios empresariales puedan ofertar un mismo producto o servicio en sus propios canales bajo condiciones o precios que puedan llegar a diferir de la oferta que circula en los “servicios básicos de plataforma” de aquel (el guardián).
- No deberán favorecer o tratar de manera más favorable en el ranking, indexación o *crawling*<sup>2</sup> a sus propios bienes o servicios por encima de otros que son ofertados en los “servicios básicos de plataforma” que ofrecen.
- No deben degradar la calidad o las condiciones de los “servicios básicos de plataforma” cuando los usuarios finales decidan, por ejemplo, no consentir a la recolección de sus datos para que se les provean servicios personalizados.
- No deben hacer más dificultoso no consentir que sí hacerlo. No deben subvertir la autonomía o la toma de decisiones de los usuarios (finales y empresariales) a través de la modificación de la estructura, diseño o función del servicio, así como de la operación de la interfaz del usuario ya sea en todo o en parte.
- No deben fragmentar, dividir o subdividir sus servicios a través de acuerdos comerciales, técnicos o contractuales que le permitan al guardián escapar de alguna forma del alcance de la norma.
- No deben tener términos y condiciones de terminación del servicio que sean desproporcionados.

Ver: art 5 num. 2, 3, 6, 7, 8; art. 6 num. 2, 4, 5, 6, 13; art. 13 num. 1, 4, 5, 6.

### ***Lo que deben hacer***

---

<sup>2</sup> Si bien la ley no define qué es “crawling”, una definición útil para efectos de la lectura puede ser la que ofrece Wikipedia como “indexador” o sistema de ranking automatizado. Ver: [https://en.wikipedia.org/wiki/Web\\_crawler](https://en.wikipedia.org/wiki/Web_crawler)

Los *gatekeepers* deben emprender un conjunto de prácticas dirigidas a facilitar el derecho a decidir de los usuarios finales y empresariales, así como favorecer el derecho de acceso a la información y la transparencia. Algunas de estas obligaciones prevén que los guardianes:

Deben permitir a sus usuarios finales instalar y desinstalar aplicaciones de alguno de los sistemas operativos provistos por el guardián -siempre que eso no interfiera, por ejemplo, con aspectos de seguridad-.

- Deben permitir a sus usuarios finales cambiar fácilmente las configuraciones de fábrica de sistemas operativos, asistentes virtuales, buscadores web y motores en línea, así como ofrecer alternativas y permitir al usuario final decidir cuál es el que quiere por defecto.
- Deben permitir la instalación y uso efectivo de aplicaciones y otras tiendas de aplicaciones de terceras partes, distintas a las de sus “servicios básicos de plataforma”, así como permitir a los usuarios finales decidir por la aplicación y tienda de aplicaciones que desean por defecto.
- Deben aplicar términos y condiciones del servicio justas, razonables y no discriminatorias en el acceso a usuarios empresariales a las tiendas de aplicaciones, motores de búsqueda y redes sociales. Deben contar con mecanismos alternativos de resolución de conflictos e informar al respecto.
- Deben llevar a cabo el ranking de bienes o servicios ofertados en sus “servicios básicos de plataforma” de manera transparente, no discriminatoria y justa.
- Deben facilitar la portabilidad de los datos de los usuarios finales de sus servicios. Esto debe poder llevarse sin cargo, facilitando al tiempo el acceso a herramientas que hagan posible dicha portabilidad. Se debe garantizar el acceso en tiempo real a dichos datos.
- Deben proveer a anunciantes y editores, sin cargo alguno y bajo pedido:
  - o Acceso a herramientas y datos agregados y desagregados que les permitan a estos verificar y medir el desempeño de la publicidad ofertada en alguno de los “servicios básicos de plataforma” del guardián.
  - o Acceso a la información:
    - Si esta es requerida por el editor: siempre que el anunciante consienta, se entregará información sobre el precio promedio pagado por este, así como las deducciones y recargos aplicados por el guardián; la remuneración recibida por el editor, así como las tasas, deducciones y recargos en cabeza de éste por cada servicio de publicidad en línea provisto por el guardián; y las métricas aplicadas para definir cada precio y remuneración.
    - Si esta es requerida por el anunciante: dicha información incluirá el precio y las tasas pagadas por éste al guardián que provee los servicios de publicidad en línea; siempre que consienta el editor, se informará sobre la remuneración

recibida por éste, así como las deducciones y recargos aplicados por el guardián; y las métricas aplicadas para definir cada precio y remuneración.

- Deben enviar a la Comisión Europea una descripción independiente y auditada de las técnicas aplicadas para el perfilamiento de sus usuarios en sus “servicios básicos de plataforma”, la cual debe ser pública y actualizada año a año.
- Deben hacer interoperables sus servicios de llamada vía internet con servicios de ese tipo provistos por terceras partes. Aunque no lo dice el articulado sino las consideraciones, a los guardianes no debería permitírseles entorpecer el cumplimiento de sus obligaciones en materia de interoperabilidad al argüir, por ejemplo, medidas tecnológicas de protección y violación a los derechos de autor.<sup>3</sup>
- Deben tener términos y condiciones de terminación de sus servicios que puedan ser ejercidos sin barreras o dificultades indebidas.

Ver: art. 5 num. 4, 5, 9, 10; art 6 num. 3, 4, 7, 8, 9 10, 11, 12, 13; art.7; art. 15 num 1 y 2.

### ***Definiciones de interés***

<b>Traducción</b>	<b>Original</b>
Ranking	<i>Ranking</i>
<p>Significa la prominencia relativa otorgada a los bienes o servicios ofrecidos a través de servicios de intermediación en línea, servicios de redes sociales en línea, servicios de plataformas para compartir videos o asistentes virtuales, o la relevancia otorgada a los resultados de búsqueda por los motores de búsqueda en línea, tal como los presentan, organizan o comunican las empresas que prestan servicios de intermediación en línea, servicios de redes sociales en línea, servicios de plataforma de intercambio de videos, asistentes virtuales o motores de búsqueda en línea, independientemente de los medios tecnológicos utilizados para tal presentación, organización o comunicación e</p>	<p><i>“Means the relative prominence given to goods or services offered through online intermediation services, online social networking services, video-sharing platform services or virtual assistants, or the relevance given to search results by online search engines, as presented, organised or communicated by the undertakings providing online intermediation services, online social networking services, video-sharing platform services, virtual assistants or online search engines, irrespective of the technological means used for such presentation, organisation or communication and irrespective of whether only one result is presented or communicated.”</i></p>

---

<sup>3</sup> Consideración num. 70.

independientemente de que se presente o comunique un solo resultado”.

Art. 2 num. 22

#### Interoperabilidad

Significa la capacidad de intercambiar información y utilizar mutuamente la información que se ha intercambiado a través de interfaces u otras soluciones, de modo que todos los elementos de hardware o software funcionen con otro hardware y software y con los usuarios en todas las formas en que están destinados a funcionar.”

#### Interoperability

*“Means the ability to exchange information and mutually use the information which has been exchanged through interfaces or other solutions, so that all elements of hardware or software work with other hardware and software and with users in all the ways in which they are intended to function.”*

Art. 2 num. 29

#### ***Otras disposiciones de interés***

La ley fue confeccionada, entre otros, con la [información que entregó](#) a la Comisión Europea Frances Haugen, la *whistleblower* ex empleada de Meta que filtró documentos internos de dicha compañía y que revelaron, entre otros, evidencia sobre el impacto negativo del uso de Instagram en la salud mental de niñas y adolescentes.

La ley reconoce en sus consideraciones el rol que tienen los *whistleblowers* en aportar información que pueda ser de utilidad a las autoridades competentes para facilitarles detectar comportamientos incompatibles con la ley. Si bien afirma la necesidad de reconocer su papel se las incluye -aunque tímidamente- como aportantes de información que pueda ser de interés de las autoridades nacionales de los Estados miembros de la Unión y de la Comisión Europea directamente. Como informantes pueden concurrir los usuarios empresariales, competidores de los *gatekeepers*, los usuarios finales, así como sus representantes.

También se incluye la protección de las personas que reporten violaciones al derecho de la Unión, con mención explícita a la aplicación de la directiva europea n. 2019/1937 sobre protección a *whistleblowers*.



Ver: consideración 102, art. 27 y art. 43.

Otra previsión de relevancia tiene que ver con la facultad que tiene la Comisión Europea de suspender alguna de las obligaciones de *hacer o no hacer* listadas más arriba, por motivos asociados a la protección de la seguridad pública y la salud pública. Dicha excepción puede ser considerada a iniciativa de la propia Comisión o bajo la “petición motivada” del propio *gatekeeper*.

Ver: art. 10.

Por último, la Electronic Frontier Foundation en una publicación del mes de [mayo de 2022](#) informó sobre la inclusión del derecho a la remuneración de los medios de prensa y que estaría contenida en la DMA.

Dicho derecho obligaría a los motores de búsqueda y redes sociales a remunerar a los editores bajo tarifas uniformes por el contenido de noticias que muestran en sus plataformas. Sin embargo, en nuestra revisión, la obligación a cargo de los *gatekeepers* en ese sentido se reduce a informar sobre las métricas y método aplicados para calcular la remuneración, y a informar sobre la remuneración diaria a favor de anunciantes y editores. Sin embargo, dicha obligación tal y como fue aprobada no menciona nada sobre la aplicación de “tarifas uniformes” para estos.

Ver: artículo 9 y 10; consideración 45.

### ***¿Qué hay de su puesta en marcha?***

Los retos de aplicación de la DMA son casi los mismos que se advierten respecto de la DSA. Los más comunes apuntan a la importancia de dotar a la Comisión Europea del personal suficientemente capacitado para conformar los equipos de trabajo de seguimiento, monitoreo y aplicación de cada ley. [Algunas](#) críticas a la DMA y la DSA apuntan a que cada ley subestimó el número de personas que requerirá cada equipo de trabajo, lo cual podría llegar a limitar las capacidades de aplicación de dos marcos legales que son ambiciosos.

Como sea, en su puesta en marcha la Comisión cuenta con poderes suficientes para llevar a cabo su tarea. Puede solicitar la información que le permita aplicar el contenido de la ley y que puede incluir desde la solicitud de acceso a cualquier conjunto o tipo de datos y algoritmos, hasta exigir explicaciones sobre cada uno. Además, cuenta con poderes para conducir entrevistas y tomar declaraciones, para llevar a cabo inspecciones técnicas y legales; aunado a

la toma de medidas necesarias para monitorear el cumplimiento de cada obligación, así como la imposición de multas.

Más allá de lo amenazantes que resultan los topes de las sanciones equivalentes al 10% sobre el total de los ingresos a nivel global del *gatekeeper*, y que en caso de reincidencia asciende hasta el 20%, la ley integra así mismo garantías para los guardianes: el derecho a ser oídos y a tener acceso al expediente de investigación en su contra.

A partir de su publicación, los *gatekeepers* contarán con seis meses para cumplir con lo previsto en los artículos 5, 6 y 7 luego de que su calidad de guardianes haya sido reconocida por la Comisión.

Ver: art. 3 num. 10; 29; 30 y 34.

Para mayor información recomendamos seguir las publicaciones de Maria Luisa Stasi sobre el [tema](#).