

La regulación de las plataformas digitales [Ley de Servicios Digitales (DSA) y Ley del Mercado Digital (DMA)].

Contexto regulatorio.

Uno de los aspectos más destacables del actual proceso de transformación tecnológica es la creciente consolidación de nuevos modelos de organización mercantil, comercial, profesional e industrial. El rasgo más distintivo de este nuevo modelo es el marcado protagonismo de las plataformas digitales que influyen significativamente en la creación de valor por su actividad unitaria para un amplio conjunto de bienes y servicios.

Una plataforma digital es una web, app o cualquier otro tipo de soporte digital en el que uno o más grupos de usuarios interactúan bien concluyendo transacciones comerciales (Amazon, eBay, Uber, AmEx) o bien simplemente conectando unos con otros compartiendo información u ofreciendo búsquedas (Facebook, Instagram, Google Search, Match.com) que no implican transacciones comerciales directas entre los usuarios.

Como antecedente, el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de intermediación en línea, que aplica a los motores de búsqueda (Google, etc), aplica a los marketplaces (Amazon Marketplace, eBay, etc.), las tiendas de aplicaciones (Google Play, Apple App Store, Microsoft Store, etc.), las redes sociales que ofrecen servicio a empresas (Facebook, Instagram, etc.) o las herramientas de comparación de precios (SkyScanner, Google Shopping, etc.). Pero no aplica, entre otros segmentos al comercio minorista en línea, (que solo venda directamente sus propios productos sin recurrir a otros vendedores), servicios de intermediación en línea en los que no participen usuarios profesionales, o servicios de intermediación en línea exclusivamente entre empresas sin oferta a los consumidores.

En febrero de 2020, la Comisión Europea lanzó un paquete de medidas en el marco de la Estrategia Digital Europea con la Comunicación titulada *Shaping Europe's digital future*, mediante dos normas en forma de reglamentos: la Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act o DSA*) y la Ley de Mercados Digitales (*Digital Markets Act o DMA*). Ambos reglamentos entran en vigor 20 días después de la publicación, siendo directamente aplicables en todo el territorio de la Unión Europea 15 meses después de su entrada en vigor o a partir del 1 de enero de 2024 (la fecha más tardía de las dos).

La “Ley de Servicios Digitales” (DSA) y la “Ley del Mercado Digital” (DMA) constituyen un conjunto único de normas que se aplican en toda la UE. Tienen dos objetivos principales:

- Crear un espacio digital más seguro en el que se protejan los derechos fundamentales de todos los usuarios de servicios digitales
- Establecer unas condiciones de competencia equitativas para fomentar la innovación, el crecimiento y la competitividad, tanto en el mercado único europeo como a escala mundial.

Los servicios digitales incluyen una gran categoría de servicios en línea, desde sitios web hasta servicios de infraestructura de Internet y plataformas en línea.

Las normas especificadas en la Ley se refieren principalmente a los intermediarios y plataformas en línea. Por ejemplo, los mercados en línea, las redes sociales, las plataformas de intercambio de contenidos, las tiendas de aplicaciones y las plataformas de viajes y alojamiento en línea.

DSA.

A partir del 17 de febrero de 2024, el nuevo 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 se aplicará íntegramente a servicios como motores de búsqueda, mercados en línea, redes sociales y plataformas de compartición de vídeos, que utilizan millones de personas cada día.

La DSA incluye normas específicas para plataformas en línea de muy gran tamaño y motores de búsqueda. Se trata de plataformas en línea e intermediarios que tienen más de 45 millones de usuarios al mes en la UE. Deben cumplir con las obligaciones más estrictas de la Ley.

Con la “**Ley de Servicios Digitales**” se pone freno a la publicación de los contenidos ilícitos y se mejora la moderación de los contenidos; se responsabiliza a las plataformas de sus algoritmos; y se definen una serie de responsabilidades para los proveedores de servicios intermediarios, en especial para las **plataformas digitales**, como las redes sociales o los marketplaces.

El texto de la “Ley de Servicios Digitales” está compuesto por una extensa exposición de motivos, 106 consideraciones y 74 artículos e impone obligaciones a los proveedores de servicios digitales en torno a **cuatro principios**: transparencia, capacitación de los usuarios, gestión de riesgos y cooperación del sector.

La DSA actualiza la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico, vigente durante más de veinte años, (y que se respeta y sigue vigente al igual que LSSI española); al mismo tiempo que contribuye al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios, crea un entorno en línea seguro, predecible y confiable; protege los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente los derechos relacionados con la libertad de expresión e información y la libertad de empresa y el derecho a la no discriminación; y establece una estructura de gobernanza para la supervisión efectiva de los prestadores de servicios intermediarios.

En el considerando 16 del Reglamento se establece: *La seguridad jurídica que proporciona el marco horizontal de exenciones condicionales de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, establecido en la **Directiva 2000/31/CE**, ha hecho posible que en el mercado interior surjan y se desarrollen muchos servicios novedosos. Por consiguiente, dicho marco debe conservarse. Sin embargo, en vista de las divergencias en la transposición y aplicación de las normas pertinentes en el ámbito nacional, y por motivos de claridad y coherencia, dicho marco debe incorporarse al presente Reglamento. También es necesario precisar determinados elementos de ese marco teniendo en cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

En este sentido, la DSA no obstaculiza el "puerto seguro" de responsabilidad incorporado en la directiva de comercio electrónico (y en la LSSI española), por lo que las entidades no serán responsables de los contenidos que suban sus usuarios siempre

que actúen con diligencia al tener conocimiento de su existencia (y no la tendrán en caso de “no tener **conocimiento efectivo**”, concepto jurídico cuyo alcance ha sido matizado por el TS más de una vez). Lo que sí se establece es la obligación para los grandes prestadores de servicios en la creación de sistemas de gestión de reclamaciones que garantice que las decisiones específicas sobre contenidos ilegales - por ejemplo, eliminación/desactivación del acceso, suspensión de la cuenta, etc.- puedan ser impugnadas por los usuarios de forma gratuita, ganando mucho peso los mecanismos alternativos de resolución de controversias.

Por tanto, estos prestadores de estos servicios, cuando actúen como meros intermediarios, no serán responsables del contenido subido por los usuarios, si en el momento en el que tienen conocimiento efectivo del contenido ilícito, actúan de manera diligente para su retirada o inhabilitan el acceso. El prestador puede obtener dicho conocimiento efectivo a través de órdenes de los organismos competentes, investigaciones realizadas por iniciativa propia o notificaciones de los afectados, en la medida en que sean suficientemente precisas y estén bien fundamentadas.

Es importante destacar que el texto de la DSA está dirigido a todos los prestadores de servicios intermediarios, con independencia de su lugar de establecimiento o residencia, en la medida en que presten servicios dentro del espacio comunitario. Las obligaciones de los distintos agentes se corresponden con su respectivo papel, tamaño e impacto en el ecosistema online. Por lo tanto, plataformas como Meta, whatsapp y telegram, Google y Amazon se verán afectadas por la norma.

Además, con el reglamento de la DSA las plataformas en línea serán más transparentes y mejoran la “rendición de cuentas”, por ejemplo, sobre cómo se recomiendan sus contenidos, y se ponen en marcha medidas especiales para garantizar la seguridad de los usuarios: ya no se podrá dirigir la publicidad basándose en los datos personales de los menores o utilizando datos sensibles, como la orientación sexual, religión o etnia, y tampoco se permitirá que las plataformas utilicen la interfaz para influir en el comportamiento de los usuarios, lo que se conoce como “patrones oscuros”.

La Comisión Europea anunció a finales de abril la apertura de un procedimiento contra Meta para analizar, entre otros puntos, aspectos como la desinformación, la visibilidad de contenido político y las herramientas de monitorización de cara a las elecciones de junio, precisamente en el marco del Reglamento de servicios digitales.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2373

DMA.

La “**Ley de Mercados Digitales**” es una norma sobre competencia, que entra en vigor de forma efectiva el 7 de marzo de 2024, Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828, incluye normas que rigen las plataformas en línea de guardianes de acceso que son los sujetos obligados. Las plataformas de “guardián de acceso” (gatekeepers) son plataformas digitales con un papel sistémico en el mercado interior que funcionan como cuellos de botella entre las empresas y los consumidores para servicios digitales importantes. (Algunos de estos servicios también están cubiertos por

la Ley de Servicios Digitales, pero por diferentes razones y con diferentes tipos de disposiciones).

El reglamento de la “Ley de Mercados Digitales” se aplicará principalmente a las grandes plataformas que dispongan de un volumen de negocios anual en la UE de más de 7.500 millones de euros o una capitalización bursátil de al menos 75.000 millones de euros, y que proporcionen un servicio a más de 45 millones de usuarios finales al mes en la Unión Europea y 10.000 usuarios empresariales al año. Estos umbrales deben ser de los tres últimos años.

Además, con la DMA se garantiza que los usuarios tengan derecho a darse de baja de los servicios de la plataforma en condiciones similares a las de suscripción; se pone fin a la utilización de datos privados recogidos durante la prestación de un servicio para los fines de otro; y se obliga a garantizar la interoperabilidad de las funciones básicas de los servicios de mensajería instantánea y a informar a la Comisión de las adquisiciones y fusiones que las plataformas lleven a cabo.

En España la CNMC tiene como una de sus prioridades la aplicación de la política de competencia en la economía digital.

Los “gigantes tecnológicos”, conocidos oficialmente con el término de gatekeepers o guardianes de acceso, no podrán clasificar sus propios productos o servicios de manera más favorable que los del resto. La Comisión Europea ha designado seis guardianes (Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta y Microsoft).

Cada plataforma, grande o pequeña, deberá tener un representante legal en Europa, lo que facilitará a la Comisión tener una interlocución directa con los gigantes tecnológicos. Asimismo, cada Estado miembro tendrá un regulador con los poderes necesarios para hacer cumplir las normas.

bufediar@diazarias.com

De hecho, la Comisión ya ha iniciado a finales de marzo de 2024 una investigación a Apple, Alphabet y Meta por posibles incumplimientos de la DMA (posicionamiento de productos propios y habilitación de ofertas en las tiendas de aplicaciones fuera de estas, desinstalación de apps por defecto y alternativa real en caso de Meta).

El procedimiento formal de incumplimiento de hoy contra Alphabet, Apple y Meta se ha abierto de conformidad con el artículo 20 de la DMA en conjunto con los artículos 13 y 29 de la DMA por incumplimiento de los artículos 5(2), 5(4), 6(3) y 6(5) respectivamente.

Respecto a Meta, se analiza el método "pay or ok" bajo el art. 5.2 de la DMA a efectos de verificar si se proporciona una alternativa real al usuario.

De conformidad con la DMA, Meta debería de abstenerse de:

- 1) Tratar datos personales de usuarios finales provenientes de terceros que hagan uso de servicios básicos de plataforma para el envío de publicidad en línea (de cualquier tipo).
- 2) Combinar entre sí datos personales procedentes de servicios básicos de plataforma o de cualquier otro servicio que proporcione el Gatekeeper.
- 3) Iniciar sesión de los usuarios en otros servicios del Gatekeeper para combinar los datos.

La regulación antimonopolio europea entró en vigor el pasado 1 de noviembre de 2022, pero no obligaba a los designados “gatekeepers” a cumplir con todas sus provisiones,

incluida la de hacer más fácil el cambio a otros proveedores de servicios, hasta el pasado día 6 de marzo de 2024.

Ahora, transcurridos un par de meses desde esa fecha, cuatro navegadores alternativos revelan que han experimentado fuertes incrementos en su popularidad: Aloha, radicada en Chipre y con una fuerte orientación a la privacidad y a la Web3, revela que su número de usuarios creció en más de un 250% a lo largo del mes de marzo, y que ese incremento se debe en gran medida a la inclusión en las pantallas de navegadores alternativos que compañías como Google, Apple o Microsoft se han visto obligadas a añadir en sus dispositivos.

Otros navegadores considerados alternativos, como el norteamericano Brave, con base Chromium pero igualmente orientado a la protección de la privacidad; el alemán Ecosia, con un enfoque fundamentalmente centrado en la sostenibilidad y la ecología; o el noruego Vivaldi, que ofrece privacidad y personalización, afirman haber visto también fuertes crecimientos en su popularidad durante este pasado marzo, y lo atribuyen a los mismos efectos.

Por último, cada Estado miembro debe designar un organismo público específico de supervisión de plataformas, el Coordinador de Servicios Digitales (CSD), que en España corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Además de estos reguladores, una red de otras organizaciones privadas debe ayudar a hacer cumplir la norma. De hecho en junio de 2024 la CNMC y la Comisión Europea han firmado un Memorando de Entendimiento (MoU), que permitirá que el personal de ambas instituciones colabore a través de equipos de investigación conjuntos en el marco de la Ley de Mercados Digitales. El acuerdo garantiza la cooperación entre la CNMC y la Comisión Europea. En concreto, permite que el personal de la CNMC forme parte de los proyectos, iniciativas y equipos de investigación de la Comisión Europea en algunos casos en los que la DMA afecte al mercado español. La CNMC contribuirá de manera significativa a aplicar la normativa europea, así como a adquirir experiencia y conocimientos en la materia. La colaboración no afecta a las competencias de la Comisión Europea como ejecutor de la DMA.

Régimen sancionador.

La DSA y DMA también recogen un régimen sancionador. Las multas son graduales y con un alcance sin precedentes. De esta forma, ascenderán hasta el seis por ciento del volumen de negocio global del conglomerado por las infracciones de la DSA. En el caso de infracciones graves y reiteradas, los tribunales nacionales podrán llegar hasta la prohibición de operar en territorio europeo. Con la DMA las sanciones pueden llegar hasta el diez por ciento del volumen de negocios global, e incluso hasta el veinte por ciento para los infractores reiterados.

Vease precisamente en este marco: *Commission opens non-compliance investigations against Alphabet, Apple and Meta under the Digital Markets Act.*

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/cs/ip_24_1689

Salvo mejor opinión

[DOUE]

DSA <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R2065>

DMA <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R1925>



Bufete Díaz-Arias

bufediar@diazarias.com