

Aprobado el articulado final del Reglamento de Servicios Digitales (DSA) y del Reglamento de Mercados Digitales (DMA)

El Parlamento Europeo aprobó el 5 de julio el Reglamento de Servicios Digitales (DSA) y el Reglamento de Mercados Digitales (DMA) que regulan la posición jurídica de proveedores de servicios digitales de intermediación (p. e. plataformas como marketplace, motores de búsqueda, redes sociales, servicios de hosting, etc.) y, consecuentemente, afectan también a todos los demás players (usuarios y empresas de todos los tamaños) que interactúan a través de sus servicios. Aunque el complejo proceso legislativo de la Unión Europea aún no ha finalizado, los próximos pasos ya no pueden alterar el articulado de ambos Reglamentos por lo que procede hacer un primer análisis global de la futura normativa.

Ambos reglamentos no requieren de transposición por parte de los Estados Miembros y serán directamente aplicables. Por otra parte, derogan normativas anteriores (por ejemplo, se deroga parcialmente la Directiva de Comercio Electrónico en lo relativo a la responsabilidad de los Prestadores de Servicios Intermediarios) y son complementarios de otras (como es el caso de la regulación del Derecho de los Consumidores o aquellas que ayudan a aterrizar conceptos como "contenido ilícito"). Respecto a su marco temporal, existen diversos rangos: algunas de las obligaciones del DSA aplicarán en 4 meses y otras a partir de enero de 2024. En el caso de las obligaciones del DMA, la mayor parte serán aplicables a partir de los seis meses tras su entrada en vigor (veinte días después de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea).

Asimismo, como ocurre con el RGPD, tanto el DSA como el DMA despliegan sus efectos incluso sobre empresas no ubicadas en la Unión Europea pero que ofrezcan sus servicios en la Unión Europea bajo ciertas condiciones (e incluso les obliga a designar un Representante Legal en la Unión Europea).



Patricia Pérez
Team Leader
+34914366627
Patricia.Perez@bakermckenzie.com



David Molina
Senior Associate
+34932551103
David.Molina@bakermckenzie.com



Pablo Usle
Team Leader
+34913915979
Pablo.Usle@bakermckenzie.com



Itzia Osinaga
Associate
+34932060825
Itzia.Osinaga@bakermckenzie.com



El DSA, Reglamento de Servicios Digitales

Regula la responsabilidad de las empresas prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarias o "prestadores de servicios intermediarios", aquí lo simplificaremos como las "Plataformas". Así, destacamos que el DSA:

1. Armoniza e impone obligaciones para dichas Plataformas (con matices, según su tamaño), concretamente, impone mayores requisitos de diligencia contra contenidos de sus usuarios (i) ilícitos; (ii) de desinformación o (iii) considerados un riesgo para la sociedad. Ello se traduce en que las Plataformas, entre otras obligaciones:
 - a. Deberán establecer mecanismos de Notice and take down y publicitar cómo contactar electrónicamente y en qué idiomas con un punto de contacto a los efectos de interponer denuncia contra contenidos ilícitos y/o que no respeten la condiciones de la Plataforma. Estos mecanismos deben permitir la denuncia anónima y cumplir ciertos requisitos mínimos.
 - b. Destinar recursos suficientes a dar una respuesta rápida y eficiente a dichas denuncias.
 - c. Indicar claramente los motivos previstos en las Condiciones de Uso para la restricción del servicio (por ejemplo, la retirada de contenido) y también informar de su aplicación concreta al usuario cuyo contenido denunciado sea retirado (indicando los motivos y vías de recurso).
 - d. Prever que el usuario cuyo contenido sea retirado podrá impugnar la decisión ante la propia Plataforma y ante los tribunales.
 - e. Según el tamaño de la empresa de la Plataforma, deberá hacer público un informe anual en el que detalle las medidas adoptadas como consecuencia de su políticas de moderación de contenidos.
2. Mantiene y armoniza las exenciones de responsabilidad de prestadores de los servicios intermediarios que se estableció en la Directiva 2000/31/CE, estipulando algunas excepciones en las que no aplicará y dejando claro otros escenarios en que sí lo hará.

El intermediario será responsable deL contenido ilícito si no lo retira diligentemente cuando haya avisos claros de su existencia en su Plataforma y, paralelamente.
3. Conserva la prohibición de imposición de una obligación general de supervisión de contenido.

4. Configura casos en los que Plataformas tipo "Marketplace" sí serán responsables a efectos de Derecho del Consumo de aquello que se venda o transacciones a través de ellas si un consumidor medio tiene la percepción que la Plataforma es quién lo vende.
5. Establece mayores obligaciones de información, especialmente a los motores de búsqueda en línea.
6. Prohíbe los "patrones oscuros" o interfaces engañosas que con determinadas tácticas visuales favorecen la toma de decisiones que puede perjudicar al usuario y otras malas prácticas vinculadas a la usabilidad.
7. Determina mayores obligaciones de información de las Plataformas respecto a la publicidad (en nombre de quién se publicita, qué hace que sea audiencia receptora de la publicidad, etc).
8. Prohíbe expresamente la publicidad segmentada basada en el profiling (a) con datos personales de categorías especiales (por ejemplo, con datos raciales, políticos o de salud) o (b) si el destinatario del servicio es un menor.
9. Impone obligaciones de información a las Plataformas sobre cómo organizan y recomiendan a los usuarios el contenido que ofrecen.
10. Declara que las Plataformas deben conservar información sobre las condiciones contractuales que sus usuarios comerciantes ofrecen a sus usuarios consumidores (y los usuarios comerciantes se las deben ofrecer).
11. Legisla que las Plataformas de muy gran tamaño deberán someterse anualmente a auditorías independientes de cumplimiento con las obligaciones de esta normativa.

Asimismo, establece que cada Estado Miembro deberá designar una autoridad administrativa que se encargue de supervisar y ejecutar las obligaciones establecidas a las Plataformas pudiendo sancionarlas con multas de hasta el 6% de la facturación mundial anual y solicitarles la adopción de diferentes medidas.



El DMA, el Reglamento de Mercados Digitales

El DMA legisla sobre los grandes players digitales a los que denomina "Guardianes de Acceso" y, dado su gran poder económico, busca evitar que incurran en prácticas desleales y complementa el Derecho de la Competencia.

De esta forma, subrayamos que el DMA:

- A. Establece unos exigentes requisitos para que una empresa prestadora de servicios de la sociedad de la información sea considerada "Guardián de Acceso" y, por lo tanto, le sea aplicable lo previsto en la DMA.

- B.** Detalla que la Comisión designará qué empresas son "Guardianes de Acceso".
- C.** Indica que los usuarios de los servicios de los Guardianes de Acceso, además de contar con los derechos del RGPD, deben tener la posibilidad de emplear los servicios de la plataforma (como mínimo sus funciones básicas) de una forma menos personalizada que implique el no tratamiento de datos personales. Esta alternativa debe presentar niveles de calidad iguales a la opción personalizada.
- D.** Prohíbe realizar malas prácticas que perjudiquen a usuarios de servicios de Guardianes de Acceso como, por ejemplo, descatalogar productos sin motivos claros; que determinados contenidos no adquiridos por los canales de Guardianes de Acceso (como su tienda de aplicaciones) no sean accesibles o interoperables; establecer precios abusivos para limitar la competencia o bien favorecer determinadas soluciones informáticas instalando o desinstalándolas por defecto. También aparecen prohibiciones de que los Guardianes de Acceso usen información agregada cuando tengan una doble función (por ejemplo, proveedor de servicios de publicidad de una tecnología y competidor que ofrece una tecnología similar) que les hace entrar en una situación parecida a la de conflicto de interés.
- E.** Establece obligaciones de información por parte de los Guardianes de Acceso a los diferentes stakeholders del sistema publicitario online respecto a sus condiciones (por ejemplo, el método de cálculo de precios y retribuciones).
- F.** Estipula que los Guardianes de Acceso deben facilitar la portabilidad de la información y datos entre Plataformas.
- G.** Señala que los Guardianes de Acceso deben informar a la Comisión y al público en general para cumplir con esta normativa y con el RGPD.
- H.** Determina que los Guardianes de Acceso deben informar a la Comisión de su voluntad de adquirir otras empresas del sector.
- I.** Obliga a los Guardianes de Acceso (a) a presentar a la Comisión una descripción auditada independientemente de las técnicas de elaboración de perfiles que utiliza y (b) publicar una versión resumida de tal descripción auditada.

La Comisión podrá imponer sanciones de hasta el 20% de la facturación mundial anual a los Guardianes de Acceso en caso de incumplimiento del DMA.

Conclusiones

Ambas normativas son de gran calado y complejidad. Incluyen la posibilidad de interponer sanciones de cuantías muy elevadas por lo que generan riesgos jurídicos significativos. Consecuentemente, en algunos casos será recomendable valorar una estrategia de auditoría para implementar los cambios necesarios y establecer un plan de acción con el que poder mitigar los riesgos apuntados.

