



Regulación comunitaria europea de los servicios digitales

Reglamentos de servicios y mercados digitales

Autor

James Wilkins
jwilkins@bcn.cl
Anexo: 3183

Nº SUP: 135999

Resumen

En los últimos quince años, las grandes empresas de tecnologías de la información y de telecomunicaciones (*Big Tech*) se han convertido en actores dominantes en distintos mercados. En especial, las empresas basadas en plataformas digitales participarían de mercados globales casi sin competencia.

De esta manera, en el último tiempo las plataformas digitales han sido objeto de diversas acciones regulatorias, por vías legislativas, administrativas y/o judiciales y desde distintos ámbitos, tales como su posición dentro del mercado específico, su relación con los sistemas tributarios considerando el alcance global de sus servicios y la prestación propiamente tal de sus servicios digitales.

En diciembre de 2020, la Comisión Europea presentó una propuesta de paquete normativo con el que se pretendió establecer nuevas reglas para todos los servicios digitales, el que fue definitivamente aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 4 de octubre pasado. El nuevo marco normativo considera conjunto completo de nuevas reglas para todos los servicios digitales, incluidas las redes sociales, los mercados y plataformas online que operan en la Unión Europea y se compone de dos textos: el Reglamento de Servicios Digitales, destinado a regular la responsabilidad de los intermediarios de servicios digitales, desde los proveedores de acceso a Internet hasta los buscadores y, por otra, por el Reglamento de Mercados Digitales (DMA), que busca garantizar a todas las empresas, en toda la Unión Europea, la equidad y la competencia de los mercados en el sector digital.

Introducción

A solicitud del requirente, se revisa la reciente regulación de la Unión Europea (UE) relativa a servicios y mercados digitales.

Como fuente de información se han utilizado principalmente las páginas web oficiales de los organismos incluidos en este informe y de especialistas sobre la materia, así como informes anteriores de la Biblioteca del Congreso Nacional.

Las traducciones son propias.

I. Antecedentes de la regulación

La regulación de una gran empresa de alcance global involucra una amplia gama de aspectos: comerciales, tributarios, laborales, protección de datos personales, libre competencia, seguridad para el consumidor, etc. Las plataformas de servicios digitales han sido objeto de diversas acciones regulatorias, administrativas y judiciales en estos ámbitos, todas tendientes a fijar, restringir, enmarcar o definir su desenvolvimiento dentro de la economía.

En diciembre de 2020, la Comisión Europea presentó una propuesta de paquete normativo con el que se pretendió establecer nuevas reglas para todos los servicios digitales. El paquete consideraba el reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al mercado único de servicios digitales, acompañado de una propuesta de reglamento sobre mercados competitivos y justos en el sector digital.

Recientemente, el 4 de octubre pasado, el Consejo de la Unión Europea terminó de aprobar definitivamente el paquete normativo sobre servicios digitales, los cuales habían sido ratificados por el Parlamento Europeo el 5 de julio de este año. Tratándose de reglamentos, constituyen normas de aplicación directa e inmediata en todos los estados miembros.

El paquete está compuesto por el Reglamento de Servicios Digitales (DSA), destinado a regular la responsabilidad de los intermediarios de servicios digitales, desde los proveedores de acceso a Internet hasta los buscadores y por el Reglamento de Mercados Digitales (DMA), que busca garantizar a todas las empresas, en toda la Unión Europea, la equidad y la competencia de los mercados en el sector digital.

A continuación, se revisan los principales aspectos regulatorios del Reglamento de Servicios Digitales y del Reglamento de Mercados.

II. Reglamentos comunitarios

1. Reglamento de servicios digitales

En julio de 2022 el Parlamento Europeo adoptó el reglamento de servicios digitales (DSA), con lo cual estableció un nuevo marco regulatorio aplicable a los servicios de intermediarios, en busca de promover un entorno *online* “más seguro y equitativo”¹.

Cabe considerar que desde el año 2000 se encuentra vigente la Directiva de Comercio Electrónico (Directiva 2000/31), que complementa el ordenamiento jurídico europeo aplicable a los servicios de la sociedad de la información. Desde esa fecha, en una perspectiva positiva asevera la Comisión Europea,

¹ Garrigues (2022a).

[l]os intermediarios online se han convertido en actores fundamentales de la transformación digital. Las plataformas en línea, en particular, han generado importantes beneficios para los consumidores y la innovación, han facilitado el comercio transfronterizo dentro y fuera de la Unión y han abierto nuevas oportunidades a una variedad de empresas y comerciantes europeos².

Sin embargo, al mismo tiempo, indica la Comisión, estas plataformas

[p]ueden utilizarse como vehículo para difundir contenido ilegal o vender bienes o servicios ilegales en línea. Algunos actores muy importantes han surgido como espacios cuasi públicos para el intercambio de información y el comercio en línea. Se han vuelto de naturaleza sistémica y plantean riesgos particulares para los derechos de los usuarios, los flujos de información y la participación pública³.

De manera general, la DSA establece obligaciones vinculantes para toda la Unión Europea y a todos los servicios digitales que “conectan a los consumidores con bienes, servicios o contenidos, incluidos nuevos procedimientos para una eliminación más rápida de contenido ilegal, así como una protección integral de los derechos fundamentales de los usuarios en línea”. En este sentido, la DSA declara como objetivos:

- Contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios de intermediación;
- Establecer normas uniformes para un entorno online seguro, predecible y confiable, donde los derechos fundamentales estén protegidos de manera efectiva.

a. Ámbito de aplicación

De acuerdo con Garrigues (2022), la DSA aplica a los proveedores de servicios intermediarios que presten servicios a destinatarios que se encuentren establecidos o tengan su residencia en la UE, independiente del lugar de establecimiento o ubicación del proveedor, siempre que ofrezcan servicios en la UE.

En cuanto a las clases de servicios afectos a la DSA, esta es aplicable con distinta carga regulatoria, a los siguientes servicios⁴:

- Servicios de intermediación: entendiéndose por tales los que ponen a disposición de los usuarios las infraestructuras de red, como proveedores de acceso a Internet y registradores de nombres de dominio, entre otros.
- Servicios de alojamiento de datos: referidos al almacenamiento de información proporcionada por los destinatarios del servicio, como servicios de computación en nube o de alojamiento web.

² Comisión Europea (2020a).

³ Comisión Europea (2020a).

⁴ Garrigues (2022a).

- Plataformas en línea: redes sociales o *marketplaces*, como los prestadores de servicios de alojamiento de datos asociados.
- Motores de búsqueda.
- Plataformas en línea de muy tamaño muy grande y motores de búsqueda de muy gran tamaño

Como se verá, la carga regulatoria aumenta en los casos de que el umbral de usuarios supere el 10% de la población de la UE, lo que en la actualidad representa, aproximadamente, 45 millones de personas.

La DSA expresamente excluye del ámbito de aplicación los servicios de comunicaciones interpersonales, como correos electrónicos y servicios de mensajería privada.

b. Régimen de responsabilidad de las plataformas de intermediación

La DSA dispone de un sistema de exención de responsabilidad respecto del contenido subido por usuarios, siempre y cuando al tener conocimiento efectivo del contenido ilícito, ya sea vía ordenes de organismos competentes, investigaciones propias o notificaciones de afectados, los intermediarios adopten una actitud diligente destinada a retirar o inhabilitar dicho contenido⁵.

Complementario con este régimen de responsabilidad, la DSA crea la figura de los “alertadores fiables”, que Garrigues (2022) define como “una especie de fast track a las reclamaciones de infracciones en las plataformas”. Se trata de entidades que acrediten conocimientos para luchar contra los contenidos ilícitos, que representan intereses colectivos y que trabajan de manera diligente y objetiva.

c. Nuevas obligaciones para las plataformas

La carga regulatoria de la DSA aplicable a las plataformas de intermediación está compuesta, entre otras, por las siguientes obligaciones:

i. Transparencia respecto de la publicidad

La DSA establece el derecho de los destinatarios de servicios de las plataformas de acceder a la información sobre los principales parámetros utilizados para determinar la presentación de la publicidad y de la lógica que estas utilizan para dicho objetivo. Para ello, se obliga a los prestadores de estos servicios a garantizar que los destinatarios puedan conocer clara e inequívocamente y en tiempo real que la información asociada a un anuncio publicitario, incluida la identificación de la persona natural o jurídica en cuyo nombre se presenta el anuncio publicitario, así como toda la información significativa acerca de los principales parámetros utilizados para determinar el destinatario al que se le presenta el anuncio⁶.

⁵ Garrigues (2022a).

⁶ Garrigues (2022a)

ii. Otras obligaciones comunes a todos los servicios de intermediación

La DSA lista las siguientes obligaciones adicionales aplicables a todos los servicios intermediarios⁷:

- Establecer puntos de contacto que permitan la comunicación directa con los Estados miembros, la Comisión y la Junta. También deberán designar un punto de contacto único para los destinatarios de los servicios que permita una comunicación rápida, directa y eficiente.
- Designar a una persona para actuar como representante legal en un Estado miembro, si los prestadores que ofrecen servicios en la Unión Europea están ubicados en un tercer país.
- Indicar y actualizar en sus condiciones la información relativa a las medidas por las que pueden restringir la prestación de sus servicios. Deberá incluir también las normas del procedimiento de su sistema interno de tramitación de reclamaciones.
- Obligaciones de transparencia informativa; incluyendo la publicación de informes sobre su actividad de moderación de contenidos (al menos, una vez al año) en un formato legible por máquina.
- Informar a las autoridades policiales de sospechas sobre la posible comisión de un delito por un destinatario.
- Los destinatarios deben poder acceder directamente desde la interfaz donde se presente el anuncio a información sobre los principales parámetros utilizados, ofreciendo explicaciones útiles de la lógica utilizada con ese fin, también cuando se base en la elaboración de perfiles.

iii. Obligaciones aplicables a determinados prestadores

La DSA establece obligaciones adicionales para prestadores de servicios de alojamiento que incluyen plataformas en línea. Estas son:

- Establecimiento de mecanismos (NTDs) que permitan notificar la presencia de contenidos y productos presuntamente ilícitos (incluyendo productos falsificados). Salvo que se trate de una notificación de un delito, las plataformas deberán pedir al autor del aviso que revele su identidad.
- Establecimiento de un sistema interno de tramitación de reclamaciones con respecto a las decisiones adoptadas por estas plataformas.
- Obligaciones de transparencia informativa de los prestadores de servicios intermediarios y publicación de informes sobre cualquier actividad de moderación de contenidos.

Por otra parte, la DSA dispone de una carga regulatoria específica para plataformas en línea definidas como “muy grandes” en los términos ya expuestos (10% de la población de la UE), exigiendo a su respecto identificar, analizar y evaluar, cualquier riesgo sistémico significativo derivado del funcionamiento y uso de sus servicios en la Unión Europea.

Esta evaluación de riesgos será específica de sus servicios e incluirá los siguientes riesgos sistémicos:

- La difusión de contenidos ilícitos a través de sus servicios;

⁷ Garrigues (2022a)

- Cualquier efecto negativo para el ejercicio de los derechos fundamentales respeto de la vida privada y familiar, la libertad de expresión e información, la prohibición de la discriminación y los derechos del niño;
- Manipulación intencionada de su servicio, incluso mediante el uso no auténtico o la explotación automatizada de su servicio, con un efecto negativo real o previsible sobre la protección de la salud pública, los menores, el discurso cívico o efectos reales o previsibles relacionados con los procesos electorales y la seguridad pública.

Adicionalmente, este tipo de plataformas deberán establecer medidas de mitigaciones razonables, proporcionadas y eficaces, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos identificados anteriormente. Algunas obligaciones específicas son⁸:

- La adaptación de los sistemas de moderación de contenidos o de recomendación, sus procesos decisorios, las características o el funcionamiento de sus servicios, o sus condiciones.
- Detectar, analizar y evaluar con diligencia cualquier riesgo sistémico que se derive de su diseño, incluidos los sistemas algorítmicos, el funcionamiento y el uso que se haga de sus servicios.
- Medidas selectivas dirigidas a limitar la presentación de anuncios publicitarios.
- El refuerzo de los procesos internos o la supervisión de cualquiera de sus actividades, en particular en lo que respecta a la detección de riesgos sistémicos.
- La puesta en marcha o el ajuste de la cooperación con los alertadores fiables.
- La puesta en marcha o el ajuste de la cooperación con otras plataformas en línea mediante los códigos de conducta y los protocolos de crisis.

Finalmente, considerando la necesidad de garantizar la verificación por expertos independientes, las plataformas en línea y los motores de búsqueda de tamaño muy grande están obligados a rendir cuentas, mediante auditorías independientes.

2. Reglamento de Mercados Digitales

El 18 de julio de 2022 el Consejo de la unión Europea aprobó el Reglamento de Mercados Digitales (DMA), que establece disposiciones aplicables a las plataformas que actúen como “guardianes de acceso” en el Sector Digital. Se trata de un reglamento europeo que impone a dichas entidades un régimen de obligaciones y prohibiciones, asociado a un régimen sancionador especial.

De acuerdo con la Comisión Europea, este cuerpo de normas busca evitar que los guardianes de acceso impongan condiciones injustas a empresas y usuarios finales, garantizando el carácter abierto de los servicios digitales relevantes. Busca “abordar las consecuencias negativas derivadas de determinados comportamientos de las plataformas que actúan como controladores de información o ‘guardianes’ digitales del mercado único”. Sobre las plataformas la Comisión Europea ha planteado que ellas tienen un

⁸ Garrigues (2022a).

[i]mpacto significativo en el mercado interior, sirven como una puerta importante para que los usuarios comerciales lleguen a sus clientes y que disfruten, o previsiblemente disfrutarán, de una posición sólida y duradera. Esto puede otorgarles el poder de actuar como legisladores privados y funcionar como cuellos de botella entre empresas y consumidores. A veces, estas empresas tienen control sobre ecosistemas de plataforma completos. Cuando un guardián se involucra en prácticas comerciales desleales, puede evitar o ralentizar los servicios valiosos e innovadores de sus usuarios comerciales y competidores para que lleguen al consumidor⁹.

Para ello, la DMA establece normas armonizadas que definen y prohíben prácticas desleales por parte de los llamados controladores o “guardianes” y proporciona un mecanismo de ejecución basado en investigaciones de mercado¹⁰.

a. Ámbito de aplicación

El Reglamento está destinado a reglar sólo a las empresas que sean consideradas “guardianes de acceso” (*gatekeepers*) conforme los criterios establecidos en la misma. De acuerdo con Garrigues, la calificación de “guardianes de acceso” depende de diversos criterios que deben ser satisfechos, como son: (a) tener un impacto significativo en el mercado interior; (b) prestar un servicio básico de plataforma que constituye una pasarela importante para el acceso de sus usuarios empresariales a los usuarios finales; y (c) disfrutar de una posición consolidada y duradera en sus operaciones¹¹.

El reglamento presume que se reúnen tales requisitos si se cumplen criterios cuantitativos expresamente dispuestos en la norma, que consideran, entre otros factores, la facturación, el número de usuarios finales y el número de usuarios empresariales, según se describe en el siguiente cuadro.

Criterios cualitativos - Artículo 3(1)	Presunción - Criterios cuantitativos - Artículo 3(2)
a. La empresa tiene un impacto significativo en el mercado interior	<ul style="list-style-type: none"> ■ Facturación en la Unión ≥ 7.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios (o capitalización bursátil media (o valor justo de mercado equivalente) ≥ 75.000 millones en el último ejercicio; y ■ Se presta el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.
b. El servicio básico de plataforma provisto constituye una pasarela importante para el acceso de sus usuarios empresariales a los usuarios finales	<ul style="list-style-type: none"> ■ Número de usuarios finales mensuales activos en la Unión en el último ejercicio ≥ 45 millones; y ■ Número de usuarios empresariales anuales activos en la Unión en el último ejercicio ≥ 10.000 <p><i>Método de cálculo del número de usuarios - Anexo 1</i></p>
c. La empresa disfruta de una posición consolidada y duradera en sus operaciones	<ul style="list-style-type: none"> ■ El criterio cuantitativo relativo al umbral de usuarios descrito en el punto (b) se ha cumplido durante los tres últimos ejercicios contables.

⁹ Comisión Europea (2022a).

¹⁰ Comisión Europea (2022a).

¹¹ Garrigues (2022).

Fuente: Garrigues (2022)

En cuanto a la naturaleza de los servicios afectos a las reglas del DMA, este no aplica a todos los servicios digitales, sino que se restringe a lo que el reglamento denomina “servicios básicos de plataforma”, concepto que abarca los siguientes servicios¹²:

- Servicios de intermediación online
- Motores de búsqueda
- Redes sociales
- Plataformas de intercambio de vídeos
- Servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración
- Sistemas operativos
- Navegadores
- Asistentes virtuales
- Servicios en la nube
- Servicios de publicidad online

b. Obligaciones y prohibiciones

De acuerdo con la Comisión Europea, los guardianes de acceso asumen la responsabilidad de comportarse de forma tal que garanticen un entorno en línea accesible, justo para las empresas y los consumidores. Lo anterior, mediante el cumplimiento de las obligaciones y absteniéndose de adoptar comportamientos desleales¹³.

El DMA dispone de obligaciones y prohibiciones en sus artículos 5, 6 y 7. El artículo 5 establece un listado de 9 obligaciones. Estas son¹⁴:

- Obligación de consentimiento para el uso de datos personales
- Prohibición de cláusulas de paridad
- Prohibición de disposiciones “*anti-steering*”
- Prohibición de restricciones de uso
- Prohibición de impedir contactos con las autoridades
- Prohibición de obligar a los usuarios empresariales a usar ciertos servicios accesorios
- Prohibición de vinculación de los diferentes servicios básicos de plataforma
- Obligación de asegurar la transparencia de precios en la intermediación publicitaria respecto a los anunciantes
- Obligación de asegurar la transparencia de precios en la intermediación publicitaria respecto a los editores

¹² Garrigues 2022).

¹³ Comisión Europea 2022.

¹⁴ Garrigues 2022.

El artículo 6, en tanto, desarrolla un total de 9 obligaciones que la empresa afecta debe cumplir respecto a cada uno de los servicios considerados servicios básicos de plataforma:

- Prohibición de uso de datos de usuarios empresariales para competir contra ellos
- Obligación de permitir la desinstalación de aplicaciones y cambios en la configuración por defecto
- Prohibición de restricciones de descarga de aplicaciones por canales alternativos
- Prohibición de auto-preferencia en la clasificación
- Prohibición de restricciones a cambiar (“switch”) entre, y a suscribirse a, diferentes aplicaciones software o servicios a los que se accede utilizando el servicio básico de plataforma
- Obligación de permitir la interoperabilidad con funciones de *hardware* y *software*
- Obligación de asegurar la transparencia de los resultados en la intermediación publicitaria
- Obligación de asegurar la portabilidad de los datos de los usuarios
- Obligación de dar a los usuarios empresariales acceso a los datos generados por estos o por sus usuarios finales
- Obligación de dar a terceros buscadores con acceso a datos de búsqueda
- Prohibición de aplicar condiciones de acceso menos favorables
- Prohibición de introducir condiciones de resolución desproporcionadas o difíciles de ejecutar

El artículo 7, finalmente, introduce una obligación de interoperabilidad impuesta a los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de numeración.

Sin perjuicio de estas obligaciones y prohibiciones, la DMA establece otras adicionales, relativas a la entrega de información, prohibiciones antielusión, entre otras.

c. Régimen sancionatorio

A objeto de garantizar la eficacia de las nuevas normas, la DMA dispone de un régimen sancionatorio para el caso de incumplimiento de las prohibiciones y obligaciones. Conforme con éste, la Comisión Europea está facultada para imponer multas de hasta el 10% del volumen de negocios total anual mundial de la empresa, o el 20 % en caso de infracciones reiteradas, así como multas coercitivas periódicas de hasta el 5% del volumen de negocios total diario mundial de la empresa¹⁵.

Sin perjuicio de dichas multas, la Comisión puede imponer medidas correctoras adicionales en los casos que resulte necesario para conseguir el cumplimiento. A falta de medidas alternativas igual de eficaces, las medidas a imponer podrán constituir “soluciones estructurales como la de obligar a un guardián de acceso a vender una empresa o partes de la misma, o la de prohibir a un guardián de acceso adquirir

¹⁵ Comisión Europea 2022.

una empresa que preste servicios en el sector digital o servicios que permitan la recogida de datos afectados por el incumplimiento sistemático”¹⁶.

¹⁶ Comisión Europea 2022.

Referencias

- Comisión Europea (2018). Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales. COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC> (octubre, 2022).
- LegiFiscal (2019). La taxe sur les services numériques. Disponible en: <https://www.legifiscal.fr/impots-entreprises/taxes-diverses/taxes-chiffre-affaires/taxe-services-numeriques.html> (octubre, 2022).
- McNamee, Roger (2020). Big Tech Needs to Be Regulated. Here Are 4 Ways to Curb Disinformation and Protect Our Privacy. Time. Disponible en: <https://www.ie.edu/insights/es/articulos/quien-esta-construyendo-tu-ciudad/> (octubre, 2022).
- Europe fit for the Digital Age: Commission proposes new rules for digital platforms. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2347 (octubre, 2022).
- Plan de Acción para la Democracia Europea: reforzar las democracias de la UE. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2250 (octubre, 2022).
- The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets. Disponible en: <http://bcn.cl/2net7> (octubre, 2022).
- Garrigues (a) (2022). Ley de Servicios Digitales (DSA): un nuevo marco legal para las plataformas digitales de servicios intermediarios. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ley-servicios-digitales-dsa-nuevo-marco-legal-plataformas-digitales-servicios (octubre, 2022).
- Garrigues (2022). Ley de Mercados Digitales (DMA): la UE adopta un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales. https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ley-mercados-digitales-dma-ue-adopta-nuevo-regimen-regulatorio-dirigido-grandes (octubre, 2022).
- Comisión Europea (2022) Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349 (octubre, 2022).

Legislación

- Digital Markets Act. European Parliament legislative resolution of 5 July 2022 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270_EN.pdf (octubre, 2022).

Digital Services Act. Regulation (EU) 2022/2065 of The European Parliament and of The Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065&qid=1666965506674> (octubre, 2022).

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). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031> (octubre, 2022).

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)