

III. PROPIEDAD INTELECTUAL

NUEVA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DIGITALES: ¿CÓMO VA A CAMBIAR EL ENTORNO ONLINE CON EL FUTURO REGLAMENTO EUROPEO “DIGITAL SERVICES ACT”

Fecha de recepción: 20 julio 2021.
Fecha de aceptación y versión final:
26 julio 2021.

JORGE MONCLÚS RUIZ Y PEDRO
MÉNDEZ DE VIGO, CONSEJERO Y
ASOCIADO, RESPECTIVAMENTE, DEL ÁREA
DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y NUEVAS
TECNOLOGÍAS DE CUATRECASAS.

RESUMEN

69

La propuesta de reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (conocido como “Digital Services Act”) pretende actualizar el régimen de obligaciones y responsabilidades que aplican a los prestadores de servicios digitales y, en particular, a aquellas plataformas que tienen un rol de intermediarios en línea (como son, entre otros muchos, buscadores, alojadores de información o meros transmisores de datos). Para ello, además de mantener las limitaciones de responsabilidad establecidas por la Directiva sobre el Comercio Electrónico, actualiza la clasificación de los distintos proveedores y establece una serie de obligaciones de colaboración y cooperación. Todo ello, con la finalidad de adaptar el régimen aplicable a los novedosos y cada vez más innovadores servicios digitales que se prestan a través de Internet.

PALABRAS CLAVE

Intermediarios; Responsabilidad; Servicios en Línea; Plataformas; Mercado Único Digital.

ABSTRACT

The proposal for a regulation on a single market for digital services (known as “Digital Services Act”) aims to update the regime of obligations and responsibilities that apply to

digital service providers and, in particular, to those platforms that act as online intermediaries (such as, among others, search engines, hosting services or data transmitters). To this end, in addition to maintaining the limitations of liability established by the Directive on Electronic Commerce, the Proposal updates the classification of the different suppliers and establishes a number of obligations of collaboration and cooperation. The objective is, ultimately, to adapt the applicable regime to the innovative digital services that are provided through the Internet.

KEYWORDS

Intermediaries Liability; Online Services; Platforms; Digital Single Market.

1. INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO

Por primera vez, el legislador europeo pretende establecer un conjunto común de normas sobre las obligaciones y responsabilidad de los intermediarios de servicios de la sociedad de la información con el fin de que los servicios digitales que se prestan en Europa gocen del mismo nivel de protección a todos los usuarios, con independencia del lugar donde residan en la Unión Europea.

Este es el objetivo con el que nace la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales o *Digital Services Act*) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, (en adelante, la “*Propuesta de Reglamento*” o, directamente, la “*Propuesta*”).

70

1.1. Configuración jurídica de la Propuesta de Reglamento

Resulta importante remarcar que el instrumento jurídico elegido esta vez por el legislador europeo para esta norma es el reglamento. El reglamento es directamente aplicable en todos los Estados miembros y no necesita de trasposición nacional, a diferencia de la directiva, que, como norma general, requiere de trasposición al derecho nacional y permite un margen de discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de trasponerla.

Así, con la Propuesta de Reglamento, el legislador europeo trata de asegurar una vigilancia sistemática de los derechos y las obligaciones, y establece sanciones equivalentes en todos los Estados miembros, así como una cooperación efectiva entre las autoridades de supervisión de distintos Estados miembros y en el ámbito de la Unión.

1.2. Ámbito de aplicación y definiciones

El ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento se circunscribe a los “servicios intermediarios prestados a destinatarios del servicio que tenga su lugar de establecimiento o residencia en la Unión, con independencia del lugar de establecimiento de los prestadores de dichos servicios”. Para poder determinar claramente el ámbito de aplicación, resulta imprescindible analizar las definiciones que establece la Propuesta de tres conceptos clave: (i) destinatario del servicio, (ii) servicios intermediarios, y que se entiende por (iii) ofrecer servicios en la Unión.

La Propuesta de Reglamento define al destinatario del servicio como toda persona física o jurídica que utilice el servicio intermediario. En cuanto a la definición de servicio intermediario, se mantienen las tres categorías de servicios intermediarios que establecía la Directiva sobre el Comercio Electrónico¹, añadiendo la subcategoría de las plataformas en línea dentro de los servicios de “alojamiento de datos”. Así, se definen los servicios intermediarios como uno de los siguientes servicios:

- i. un servicio de “mera transmisión” consistente en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones,
- ii. un servicio de memoria tampón (*caching*) consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos, o
- iii. un servicio de “alojamiento de datos” consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este, incluyendo a las plataformas en línea dentro de esta definición.

No se aprecian más novedades que la especificación de las plataformas en línea como subcategoría de los servicios de “alojamiento de datos”, por lo que los servicios sujetos a la Propuesta de Reglamento resultan muy similares a los que ya estaban en su día dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre el Comercio Electrónico.

Probablemente, uno de los elementos más controvertido que afecta al ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento se encuentra en la definición de “ofrecer servicios”. No es suficiente con ofrecer servicios intermediarios a des-

1. 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).

tinatarios para que resulte de aplicación la Propuesta de Reglamento a cualquier prestador no establecido en la Unión Europea, sino que es necesario ofrecerlos en la Unión Europea. De hecho, la Propuesta de Reglamento define “*ofrecer servicios en la Unión Europea*” como “*hacer posible que las personas físicas o jurídicas de uno o varios Estados miembros utilicen los servicios del prestador de servicios de la sociedad de la información que tenga una conexión sustancial con la Unión*”.

Así, se considera que existe una conexión sustancial cuando el prestador de servicios intermediarios tiene un establecimiento en la Unión Europea. En ausencia de establecimiento, la norma menciona que la determinación de la conexión sustancial se basará en criterios objetivos específicos. No obstante, la lista de criterios no es exhaustiva, lo que crea una cierta inseguridad jurídica respecto a cuándo podrá considerarse que un prestador de servicios intermediarios entra dentro del ámbito de aplicación de esta norma, cuando no cuente con un establecimiento en la Unión Europea.

Sin perjuicio de lo anterior, la Propuesta de Reglamento menciona dos ejemplos en los que considera que existe una conexión sustancial: (a) cuando exista un número significativo de destinatarios del servicio en uno, (b) o varios Estados miembros, o se orienten actividades hacia uno o más Estados miembros.

En cuanto a la orientación de actividades, el considerando 8 de la Propuesta de Reglamento aclara que “*puede determinarse en función de todas las circunstancias pertinentes, incluidos factores como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en ese Estado miembro, o la posibilidad de encargar bienes o servicios, o el uso de un dominio nacional de alto nivel. La orientación de las actividades hacia un Estado miembro también puede derivarse de la disponibilidad de una aplicación para móvil en la tienda de aplicaciones nacional correspondiente, de la existencia de publicidad local o publicidad en la lengua utilizada en dicho Estado miembro, o de una gestión de las relaciones con los clientes que incluya, por ejemplo, la prestación de servicios a los clientes en la lengua comúnmente utilizada en tal Estado miembro. También se presumirá que existe una conexión sustancial cuando el prestador de servicios dirija sus actividades hacia uno o más Estados miembros*”. No obstante, no cabe considerar que la mera accesibilidad técnica de un sitio web desde la Unión, por ese motivo en exclusiva, demuestre la existencia de una conexión sustancial con la Unión.

En definitiva, puede entenderse que estarán sujetos a la Propuesta de Reglamento todos los prestadores de servicios intermediarios con independencia de su lugar de establecimiento o residencia, en la medida en la que presten servicios a destinatarios del servicio residentes o con un establecimiento en la Unión, según se demuestre una conexión sustancial.

Cabe destacar que la Propuesta de Reglamento considera explícitamente fuera de su ámbito de aplicación los servicios que no entren dentro de la definición de servicio intermediario, ni a ningún requisito que se imponga al respecto de un servicio de esa índole, con independencia de si el servicio se presta mediante el uso de un servicio intermediario.

1.3 Exención de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios

Sentado el ámbito de aplicación del futuro reglamento, uno de los pilares básicos de su regulación es la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Más concretamente, incluye las condiciones en que los prestadores de servicios por mera transmisión, memoria tampón (*caching*) y alojamiento de datos quedan exentos de responsabilidad por la información de terceros que transmiten y almacenan.

En síntesis, la Propuesta mantiene las líneas generales del régimen de exención de responsabilidad de la Directiva sobre el Comercio electrónico. No obstante, establece normas sobre notificación y retirada de contenidos ilícitos, imponiendo, a su vez, múltiples obligaciones de diligencia y transparencia a los proveedores, con diverso alcance según su dimensión.

También establece que las exenciones de responsabilidad no deben invalidarse cuando los prestadores de servicios intermediarios realicen investigaciones voluntarias por iniciativa propia o cumplan la ley y prohíbe la imposición de obligaciones generales de supervisión o de búsqueda activa de hechos a dichos prestadores.

Por otra parte, impone a los prestadores de servicios intermediarios una obligación con respecto a las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos y de entrega de información dictadas por autoridades judiciales o administrativas nacionales.

Por último, la Propuesta prevé un sistema de supervisión y control, así como sanciones de hasta el 6 % de la facturación anual del prestador.

Como puede observarse, se trata de cuestiones de vital importancia tanto para los grandes prestadores de servicios de intermediación que dominan Internet, pero igual de relevantes para prestadores más residuales que realicen tareas de intermediación que encajen en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento. El presente artículo tratará de desarrollar algunas de estas cuestiones, así como las conclusiones realizadas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos a la Propuesta de Reglamento desde una perspectiva de protección de datos personales.

2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR CONTENIDOS ILÍCITOS

El capítulo II de la Propuesta de Reglamento especifica los servicios considerados como servicios intermediarios y los requisitos para considerar el servicio exento de responsabilidad. En líneas generales, la Propuesta de Reglamento mantiene el marco de exenciones de responsabilidad de la Directiva sobre el Comercio Electrónico.

Pese a la elección del reglamento como instrumento normativo, la Propuesta de Reglamento delega en los Estados miembros determinar cuándo el prestador de servicios intermediarios es responsable en relación al contenido ilícito facilitado por el destinatario del servicio, lo cual puede generar controversias.

2.1. Servicios intermediarios de mera transmisión

Centrándonos en los servicios intermediarios de mera transmisión, la Propuesta establece que los prestadores de este tipo de servicios no serán responsables respecto a la información transmitida siempre y cuando (i) no haya originado él mismo la transmisión, (ii) no seleccionen al receptor de la transmisión, y (iii) no seleccionen ni modifiquen la información transmitida.

74

En este sentido, la Propuesta de Reglamento entiende por transmisión el almacenamiento automático, provisional y transitorio de la información transmitida, siempre que dicho almacenamiento se realice con la única finalidad de ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

2.2. Servicios intermediarios de memoria tampón (*caching*)

Respecto a los servicios intermediarios de memoria tampón (*caching*), los prestadores de este tipo de servicios no serán responsables del almacenamiento automático, provisional y temporal de información, siempre y cuando se realice con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos, a condición de que (i) no modifiquen la información, (ii) cumplan con las condiciones de acceso a la información, (iii) cumplan las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de una manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, (iv) actúen con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o inhabilitar el acceso a la misma, en cuanto tengan conocimiento efectivo del hecho de que la información contenida en la fuente inicial de la transmisión haya sido retirada de la red, de que se ha inhabilitado el acceso a dicha informa-

ción o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

2.3. Servicios intermediarios de alojamiento de datos

Por último, respecto a los servicios intermediarios de alojamiento de datos, los prestadores de tales servicios no serán responsables de los datos almacenados siempre y cuando (i) los almacenen a petición del destinatario del servicio, (ii) no tengan conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, (iii) en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tengan conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o el contenido revele su carácter ilícito o actúen con prontitud para retirar el contenido ilícito o inhabilitar el acceso al mismo en cuanto tenga conocimiento efectivo de ello.

En este caso, cabe añadir una serie de excepciones que evitarán la exención de responsabilidad por parte del prestador de servicios intermediarios de alojamiento de datos. En este sentido, el prestador de servicios intermediarios de alojamiento de datos será responsable cuando el destinatario del servicio actúe bajo su autoridad o control. También serán responsables los prestadores de servicios intermediarios de alojamiento de datos que sean plataforma en línea, no aplicando la exención incluso cuando cumpla los mencionados requisitos, cuando haga inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporciona por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.

Por otra parte, la Propuesta de Reglamento especifica que los prestadores de servicios intermediarios no tienen una obligación general de monitorizar los datos que transmiten o almacenan, ni de buscar hechos o circunstancias que indiquen existencia de actividades ilícitas.

Esto no es óbice para que el espíritu de la propia norma promueva la monitorización, análisis y, en su caso, eliminación y notificación de contenido ilícito por parte de los prestadores de servicios intermediarios. Tanto es así, que en el caso de las plataformas en línea, solo podrán exonerarse de responsabilidad cuando tengan un sistema de monitorización de contenido ilícito que les permita eliminarlo cuando tengan conocimiento fehaciente al respecto.

A su vez, la Propuesta de Reglamento busca modernizar el marco de exención de responsabilidad, estableciendo que las notificaciones que reúnan determinados requisitos de información mínima darán lugar al conocimiento efectivo a los efectos de la responsabilidad del prestador de los servicios de intermediación. En este sentido, las órdenes de autoridades judiciales o administrativas que exijan la retirada de contenidos o que requieran información sobre usuarios del servicios.

En línea con lo anterior, la Propuesta aclara que las normas de exención de responsabilidad no deben entenderse como base para determinar cuándo será responsable un proveedor, sino que la responsabilidad derivará, cuando proceda, de la norma material aplicable en cada caso.

En definitiva, el régimen de exención de responsabilidad que venía establecido por la Directiva sobre el Comercio Electrónico se desarrolla con detalle en la Propuesta de Reglamento, tratando de mejorar el sistema que venía funcionando a día de hoy y, sobre todo, armonizándolo entre los Estados miembros, a fin de regular de manera unificada cómo deben responder los prestadores de servicios intermediarios teniendo en cuenta su rol tan relevante en la sociedad digital.

3. LAS NUEVAS OBLIGACIONES QUE IMPONE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO

La Propuesta establece en su Capítulo III una serie de obligaciones de diligencia debida con el propósito de contar con un entorno en línea transparente y seguro. Las divide en cinco secciones diferentes y, siguiendo dicha división, a continuación se destacarán algunas de ellas:

3.1. Obligaciones aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios

En primer lugar, se establecen una serie de obligaciones aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios. Entre ellas, está la obligación de establecer un punto único de contacto para facilitar la comunicación directa con las autoridades de los Estados miembros, con la Comisión y con la Junta. Similar obligación aplica a los prestadores no establecidos en ningún Estado miembro, pero que ofrecen sus servicios en la Unión, al deber designar un representante legal en la Unión.

Por otra parte, se incluye una obligación de transparencia respecto a sus términos y condiciones, que deberán recoger cualquier restricción que puedan imponer sobre el uso de sus servicios y de actuar con responsabilidad en la aplicación y ejecución de dichas restricciones. Dicha obligación de transparencia informativa afectará también respecto a los sistemas de moderación y de retirada de información, o la inhabilitación del acceso a la misma, que se considere contenido ilícito o contraria a las condiciones de los prestadores.

3.2. Obligaciones aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento

Por lo que respecta a las obligaciones que resultan de aplicación a los prestadores de servicios de alojamiento, adicionales a las anteriores, se obliga a dichos prestadores a establecer mecanismos que permitan a terceros notificar la presencia de contenidos presuntamente ilícitos. Además, si uno de esos prestadores decide retirar o inhabilitar el acceso a determinada información facilitada por un destinatario del servicio, impone la obligación de proporcionar a dicho destinatario una exposición de motivos sobre la misma.

3.3. Obligaciones aplicables a las plataformas en línea

También se establecen una serie de obligaciones aplicables a todas las plataformas en línea², especificando al respecto que no se aplicarán a las plataformas que sean microempresas o pequeñas empresas³. En este apartado se obliga a las plataformas en línea a establecer un sistema interno de tramitación de reclamaciones con respecto a las decisiones adoptadas en relación con presuntos contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones. También obliga a las plataformas en línea a trabajar con organismos certificados de resolución extrajudicial de litigios para resolver cualquier diferencia con los usuarios de sus servicios.

Por último, se establecen una serie de obligaciones de diligencia debida, incluyendo el fomento de códigos de conducta.

77

4. OBLIGACIONES PARA PLATAFORMAS EN LÍNEA MUY GRANDES

La Propuesta de Reglamento impone, además de las obligaciones reseñadas anteriormente, una serie de obligaciones adicionales para las plataformas de gran tamaño –lo que la Propuesta define como plataformas en línea de “*muy gran tamaño*”⁴–. Son aquellas que tengan una media de usuarios activos mensuales en la Unión Europea igual o superior a 45 millones.

Entre otras obligaciones, este tipo de plataformas deberá llevar a cabo, al menos con carácter anual, evaluaciones de riesgos sistémicos, a fin de detectar la

2. La Propuesta define «*plataforma en línea*» como un prestador de un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones objetivas y técnicas, no pueda utilizarse sin ese otro servicio, y la integración de la característica en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento.

3. En el sentido del anexo de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

4. Según establece el Art. 25 de la Propuesta de Reglamento.

difusión de contenido ilícito a través de sus servicios, cualquier efecto negativo para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, la manipulación deliberada de su servicio, por ejemplo, con efectos negativos sobre la protección de la salud pública, los menores, el discurso cívico procesos electorales o con la seguridad pública.

Para ello –y pensando fundamentalmente en redes sociales–, las plataformas deberán analizar cómo influyen sus sistemas de moderación de contenidos, sistemas de recomendación y sistemas de selección y presentación de publicidad en los citados riesgos sistémicos, prestando especial atención a la rapidez con que difunden contenidos potencialmente ilícito.

Otra obligación adicional que establece la Propuesta es la aplicación de medidas de reducción o mitigación de los riesgos identificados en las evaluaciones realizadas, de manera que, cuando proceda: adapten sus sistemas de moderación o recomendación de contenidos, refuercen sus procesos internos, pongan en marcha o ajusten su cooperación con alertadores fiables o con otras plataformas.

Este tipo de plataformas de gran tamaño deberá someterse, a su propia costa y al menos una vez al año, a auditorías independientes para verificar el cumplimiento de las obligaciones que les resultan de aplicación⁵.

Por otra parte, cuando las plataformas en línea de muy gran tamaño utilicen sistemas de recomendación, la Propuesta establece que deberán detallar en sus condiciones, de manera clara, accesible y fácil de comprender, los parámetros principales utilizados en sus sistemas de recomendación, así como cualquier opción que puedan haber puesto a disposición de los destinatarios del servicio para modificar o influir en dichos parámetros principales.

Adicionalmente, la Propuesta establece la necesidad de cumplir con obligaciones adicionales en materia de transparencia sobre la publicidad mostrada. En este sentido, deberán recopilar y hacer público un repositorio anonimizado (esto es, sin datos personales) que contenga toda la información sobre las campañas publicitarias realizadas a través de la plataforma durante un año. El nivel de información exigido es muy elevado e incluye la siguiente información: (a) el contenido de la publicidad; (b) la persona física o jurídica en cuyo nombre se presenta el anuncio publicitario; (c) el período durante el que se haya presentado la publicidad; (d) si la publicidad estaba destinada a presentarse en particular a uno o varios grupos concretos de destinatarios del servicio y, en tal caso, los parámetros principales utilizados para tal fin; y (e) el número total de destinatarios del servicio alcanzados y, en su caso, el total general del grupo o grupos de destinatarios a quienes la publicidad estuviera específicamente dirigida.

5. En concreto, las obligaciones estipuladas en el capítulo III de la Propuesta de Reglamento.

En definitiva, se trata de poner a disposición de cualquier interesado toda la información relativa a las campañas de publicidad que se realizan a través de este tipo de plataformas, a los efectos de dotarlas de mayor transparencia.

Por otra parte, este tipo de plataformas de gran tamaño deberán cumplir con mayores exigencias de publicación de informes de transparencia respecto al resto de plataformas, debiendo facilitar al coordinador de servicios digitales o la propia Comisión Europea acceso a gran cantidad de datos e información para poder realizar un seguimiento de sus actividades.

Por último, deberán designar uno o varios encargados de cumplimiento (una suerte de *compliance officers* internos) a los efectos de vigilar el cumplimiento de la norma.

5. SUPERVISIÓN Y SANCIONES EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO

La Propuesta prevé un sistema de supervisión y control bastante extenso y detallado, estableciendo la figura de los coordinadores de servicios digitales como autoridades competentes para exigir el cumplimiento de esta norma.

En este sentido, la Propuesta les dota de una serie de competencias entre las que destacan: (i) la posibilidad de exigir que los prestadores de servicios de intermediación, así como cualquier otra persona que actúe con fines relacionados con su actividad, incluidas las organizaciones que realicen auditorías, faciliten información a los coordinadores, (ii) la facultad de inspeccionar sobre el terreno cualquier instalación que dichos prestadores o dichas personas utilicen con fines relacionados con su actividad comercial, así como de solicitar a otras autoridades públicas que lo hagan, a fin de examinar, tomar u obtener o incautarse de información relativa a una presunta infracción en cualquier forma, sea cual sea el medio de almacenamiento, (iii) la posibilidad de solicitar a cualquier miembro del personal o representante de dichos prestadores o dichas personas que ofrezcan explicaciones al respecto de cualquier información relativa a una presunta infracción y de levantar acta de las respuestas.

Además, los coordinadores de servicios digitales, respecto de los prestadores de servicios intermediarios sujetos a la jurisdicción de su Estado miembro, podrán (i) aceptar los compromisos ofrecidos por dichos prestadores en relación con su cumplimiento del Reglamento y de declarar dichos compromisos vinculantes, (ii) ordenar que cesen las infracciones y, en su caso, imponer remedios proporcionados a la infracción y necesarios para poner fin a la infracción de manera efectiva, (iii) imponer multas por incumplimientos del Reglamento; así

como multas coercitivas en caso de incumplimientos de sus órdenes, y (iv) adoptar medidas provisionales para evitar el riesgo de daños graves.

Adicionalmente, cuando todas las demás competencias previstas para poner fin a una infracción se hayan agotado, la infracción persista y cause daños graves que no puedan evitarse mediante el ejercicio de otras competencias disponibles, los coordinadores de servicios digitales podrán exigir al órgano de dirección de los prestadores, en un plazo razonable, que examine la situación, adopte y presente un plan de acción en el que exponga las medidas necesarias para poner fin a la infracción, se asegure de que el prestador adopte tales medidas, e informe sobre las medidas adoptadas.

En caso de que dicha medida no surtiera efecto, como última posibilidad, la Propuesta de Reglamento faculta al coordinador de servicios digitales a solicitar a la autoridad judicial competente del Estado miembro que ordene que los destinatarios del servicio afectado por la infracción tengan limitado el acceso al mismo o bien, únicamente cuando ello no sea técnicamente viable, a la interfaz en línea del prestador de servicios intermediarios en la que tenga lugar la infracción.

La limitación se mantendrá durante un período de cuatro semanas, supeditada a la posibilidad de que la autoridad judicial competente, en su orden, permita que el coordinador de servicios digitales prorrogue dicho período por períodos de idéntica duración, debiendo establecer dicha autoridad judicial un número máximo de prórrogas.

Por otra parte, la Propuesta también establece la posibilidad de realizar investigaciones conjuntas por parte de varios coordinadores de servicios digitales, así como solicitudes de intervención de la Comisión, además de una supervisión reforzada de plataformas en línea de muy gran tamaño.

Por lo que respecta a las sanciones, la Propuesta de Reglamento remite a los Estados miembros el establecimiento del régimen sancionador, lo cual –como se indicaba con anterioridad–, resulta un tanto sorprendente al haberse previsto la adopción de esta norma como Reglamento, con eficacia directa sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Sin perjuicio de la facultad legislativa que se otorga a los Estados, la Propuesta sí que establece un importe máximo de las sanciones que pueden imponerse, no pudiendo exceder del 6 % de la facturación anual del prestador de servicios intermediarios afectado. Por su parte, las sanciones por proporcionar información incorrecta, incompleta o engañosa, por no responder o rectificar información incorrecta, incompleta o engañosa o por no someterse a una inspección no excederán del 1 % de la facturación anual del prestador afectado. Por último, el importe máximo de una multa coercitiva no podrá superar el 5 % de la facturación media diaria del prestador de servicios intermediarios afectado.

6. LA OPINIÓN DEL SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS SOBRE LA PROPUESTA

Los servicios realizados por los prestadores de servicios intermediarios consisten, al final del día, en la transmisión, alojamiento o comunicación al público de datos. En gran medida, los datos que se transmitan, alojen o comuniquen, serán personales. Por ello, en noviembre de 2020, poco antes de su publicación, la Comisión Europea solicitó al Supervisor Europeo de Protección de Datos (“SEPD”) que analizara la Propuesta de Reglamento y publicara un informe con sus conclusiones⁶ al respecto desde una perspectiva de protección de datos personales. Gran parte de las recomendaciones del SEPD están dirigidas a plataformas en línea de muy gran tamaño e inciden principalmente en aumentar las obligaciones de información y restringir o minimizar el uso de perfilados y decisiones automatizadas. A continuación, se resumen los aspectos más relevantes del informe del SEPD.

6.1. Relación entre diferentes normas

Así, el SEPD empieza refiriéndose a la relación entre la Propuesta de Reglamento, el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (“RGPD”) y la Directiva 2002/58 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y la protección de la privacidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (“*Directiva ePrivacy*”).

En este sentido, el SEPD recomienda especificar claramente que la Propuesta de Reglamento no modifica ni se superpone a las obligaciones del RGPD y de la Directiva ePrivacy, y que, aunque la Propuesta de Reglamento exonere a los prestadores de servicios intermediarios de responsabilidad tal y como hacía la Directiva sobre el Comercio Electrónico, ello no obsta a que puedan ser responsables del tratamiento de datos personales que realicen, según el RGPD y la Directiva ePrivacy.

6.2. Monitorización de contenido ilícito y notificación de posibles ilícitos penales

La Propuesta de Reglamento no establece una obligación general de monitorización o de tomar medidas proactivas para evitar contenido ilícito. No obs-

6. Disponible en https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2021/edps-opinions-digital-services-act-and-digital_en

tante, parece incentivar este tipo de medidas, las cuales pueden conllevar un tratamiento de datos personales. El SEDP alienta a incluir en la Propuesta de Reglamento un considerando que enfatice la importancia de minimizar el tratamiento de datos personales a la hora de monitorizar la existencia de contenido ilícito, evitando el tratamiento de datos personales en la medida de lo posible.

Asimismo, en defensa de una mayor seguridad jurídica, el SEDP recomienda especificar los casos en los que sea legítimo realizar un tratamiento de datos personales para monitorizar la existencia de contenido ilícito, especialmente cuando se utilicen medios automatizados para detectarlo, identificarlo y atajarlo. En este sentido, también recomienda establecer una serie de medidas que permitan mitigar el riesgo que supone el uso de medios automatizados en la monitorización de contenido ilícito cuando se trata datos personales. En cualquier caso, la monitorización debería realizarse de forma proporcional a la finalidad perseguida y evitando en todo momento que se produzcan resultados discriminatorios.

Los usuarios de los servicios intermediarios deben contar en todo momento con la información sobre como el prestador de los servicios monitoriza el contenido para eliminar contenido ilícito y notificar posibles ilícitos penales. En este sentido, el SEDP llama a la modificación del artículo 15⁷ de la Propuesta de

7. Cuyo literal se copia a continuación:

Artículo 15 Exposición de motivos

1. Cuando un prestador de servicios de alojamiento de datos decida retirar elementos de información concretos proporcionados por los destinatarios del servicio, o inhabilitar el acceso a los mismos, con independencia de los medios utilizados para detectar, identificar o retirar dicha información o inhabilitar el acceso a la misma y del motivo de su decisión, comunicará la decisión al destinatario del servicio, a más tardar en el momento de la retirada o inhabilitación del acceso, y aportará una exposición clara y específica de los motivos de tal decisión.
2. La exposición de motivos a que se refiere el apartado 1 contendrá al menos la siguiente información:
 - a) Si la decisión conlleva la retirada de la información, o la inhabilitación del acceso a la misma, y, cuando proceda, el ámbito territorial de la inhabilitación del acceso.
 - b) Los hechos y circunstancias en que se ha basado la adopción de la decisión, que incluirán, en su caso, si la decisión se ha adoptado en respuesta a un aviso enviado de conformidad con el artículo 14.
 - c) En su caso, información sobre el uso de medios automatizados para adoptar la decisión, que incluirá si la decisión se ha adoptado al respecto de contenidos detectados o identificados utilizando medios automatizados.
 - d) Cuando la decisión se refiera a contenidos presuntamente ilícitos, una referencia al fundamento legal utilizado y explicaciones de por qué la información se considera contenido ilícito conforme a tal fundamento.
 - e) Cuando la decisión se base en la presunta incompatibilidad de la información con las condiciones del prestador, una referencia al fundamento contractual utilizado y explicaciones de por qué la información se considera incompatible con tal fundamento.
 - f) Información sobre las posibilidades de recurso disponibles para el destinatario del servicio al respecto de la decisión, en particular a través de los mecanismos internos de tramitación de reclamaciones, resolución extrajudicial de litigios y recurso judicial.
3. La información facilitada por los prestadores de los servicios de alojamiento de datos de conformidad con el presente artículo será clara y fácil de comprender, y tan precisa y específica como sea razonable-

Reglamento para que esta información facilite al usuario con independencia de si la monitorización se realiza utilizando medios automatizados o no.

En cuanto a la notificación de posibles ilícitos penales a las autoridades, la Propuesta de Reglamento debería incluir los supuestos en los que se pueda notificar posibles ilícitos penales, sirviendo así estos supuestos como base jurídica de la notificación. También debería informarse a los usuarios sobre las categorías de datos personales que serán notificadas a las autoridades.

6.3. Publicidad *online*

Entre los temas que más preocupan al SEPD está el de la publicidad online realizada por o a través de prestadores de servicios intermediarios. En este sentido, el SEPD recomienda la prohibición de la publicidad individualizada o dirigida de seguimiento generalizado, restricciones en relación con las categorías de datos que pueden ser tratadas para dirigir servicios intermediarios, para dirigir publicidad personalizada y con las categorías de datos personales que puedan ser comunicadas a anunciantes y terceros para permitir o facilitar publicidad dirigida o personalizada.

Asimismo, el SEPD recomienda fortalecer las obligaciones de información a los usuarios sobre de quien y como está recibido publicidad, especificando quien está detrás de la publicidad recibida y si la publicidad se realiza de forma automatizada. En el mismo sentido, recomienda establecer obligaciones de transparencia no solo relacionadas con los anunciantes, sino también con el resto de los intervinientes, como son los “*traders*”.

6.4. Sistemas de recomendación

Una parte fundamental del negocio de una plataforma en línea de muy gran tamaño es la manera en que prioriza y presenta la información en su interfaz en línea para facilitar y optimizar el acceso a la misma por los destinatarios del servicio. Esta es otra gran preocupación del SEPD, al considerar que la Propuesta de Reglamento no refleja la práctica del sector en cuanto a sistemas de recomendación. Según el SEPD, casi todos los sistemas de recomendación reali-

- mente posible en las circunstancias concretas. En particular, la información será de tal naturaleza que permita razonablemente al destinatario del servicio afectado ejercer de manera efectiva las posibilidades de recurso a que se refiere la letra f) del apartado 2.
4. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos publicarán las decisiones y las exposiciones de motivos a que se refiere el apartado 1 en una base de datos de acceso público gestionada por la Comisión. Dicha información no contendrá datos personales.

zan perfiles para poder priorizar y presentar la información y poder recomendar publicidad individualizada.

Tanto es así, que el propio considerando 62 de la Propuesta de Reglamento, al referirse a los sistemas de recomendación especifica que “[e]sto se hace, por ejemplo, mediante la recomendación, clasificación y priorización algorítmica de la información, mediante la distinción de texto u otras representaciones visuales, o la organización de otro modo la información facilitada por los destinatarios”. Para evitar un gran impacto en los derechos y libertades de los usuarios, el SEPD recomienda que los sistemas de recomendación no realicen perfilados por defecto y por diseño.

Cuanto mayor sea el prestador de servicios intermediarios, mayor será el riesgo que conllevan los sistemas de recomendación para los derechos y libertades de los usuarios, sobre todo en el caso de las plataformas en línea. Para mitigar el riesgo de la utilización de sistemas de recomendación en de plataformas en línea de muy gran tamaño, el SEPD recomienda incluir las siguientes obligaciones adicionales para la plataforma en línea:

- i. informar en un lugar fácilmente localizable de la plataforma de la utilización de un sistema de recomendación y permitir al usuario acceder a un panel de control de fácil uso con las diferentes opciones;
- ii. informar a los usuarios de la plataforma sobre si el sistema de recomendación realiza decisiones automatizadas y, en caso de realizarlas, identificar la identidad responsable de las decisiones automatizadas que tome el algoritmo del sistema de recomendación;
- iii. facilitar a los usuarios la visualización de forma intuitiva de su perfil en la plataforma que sea utilizado para priorizar y presentar la información en la plataforma conforme a las indicaciones del destinatario del servicio;
- iv. permitir a los destinatarios del servicio personalizar los sistemas de recomendación de la plataforma; y
- v. ofrecer a los usuarios de la plataforma una opción fácilmente accesible para eliminar su perfil y la información utilizada por la plataforma para personalizar y priorizar la información.

6.5. Interoperabilidad

El SEPD reflexiona sobre los orígenes de los mayores riesgos relacionados con el tratamiento de datos personales por parte de prestadores de servicios intermediarios, especialmente por parte de plataformas en línea, concluyendo que la opacidad de estos prestadores de servicios suele estar relacionada con los mayores riesgos detectados. Según el SEPD, esta opacidad la origina la naturaleza de sistemas cerrados de las plataformas en línea de muy gran tamaño existentes

y podría solucionarse creando estándares técnicos de interoperabilidad que permitan a los usuarios acceder a sus datos y comprobar como son tratados en las diferentes plataformas en las que operen.

6.6. Implementación, cooperación, infracciones y sanciones

Por último, el SEPD enfatiza la necesidad de colaboración entre las diferentes autoridades que supervisan la actividad de los prestados de servicios intermedarios, especialmente de las plataformas en línea. Para evitar fricciones en esta colaboración, recomienda especificar claramente en la Propuesta de Reglamento la base jurídica para la comunicación de datos entre autoridades a la hora de coordinar y cooperar en investigaciones y procedimientos sancionadores, cooperación estructurada e institucionalizada entre las diferentes autoridades y una referencia explícita a las diferentes autoridades que deben de cooperar.