

**SERVICIOS Y MERCADOS DIGITALES:
MODERNIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE
RESPONSABILIDAD Y NUEVAS OBLIGACIONES
DE LOS INTERMEDIARIOS**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

La Ley Unión Europea,

Número 88, enero 2021, pp. 1-18

ISSN 2255-551X

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>*

Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios

Pedro Alberto de Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: Esta contribución proporciona una primera valoración de las propuestas para la adopción de sendos reglamentos en materia de servicios digitales y mercados digitales presentadas por la Comisión en diciembre de 2020, con un análisis de la evolución que estas iniciativas contemplan en el régimen de los prestadores de servicios intermediarios y, en particular, de las plataformas en línea de mayor tamaño.

PALABRAS CLAVE: Plataformas en línea, Intermediarios de Internet, Responsabilidad, Mercados digitales

ABSTRACT: This contribution provides a first assessment of the proposals for the adoption of regulations on digital services and digital markets presented by the Commission in December 2020, with an analysis of the developments that these initiatives envisage in the regime for intermediary service providers and, in particular, for the larger online platforms.

KEYWORDS: Online Platforms, Internet Intermediaries, Liability, Digital Markets.

I. Introducción

La presentación por la Comisión Europea de sus propuestas de sendos reglamentos sobre una ley de servicios digitales¹ –en adelante, PRLSD- y otra de mercados digitales² -en adelante, PRLMD-, contempla dos iniciativas diversas que pretenden modernizar el marco normativo de la Unión para adaptarlo a la llamada economía de las plataformas.

Por una parte, la PRLSD prevé una modernización del régimen aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios con una intervención legislativa sin precedentes en las dos últimas décadas, en concreto, desde la adopción de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE), incorporada en nuestro ordenamiento en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información o LSSI. Ahora bien, el nuevo instrumento no supone el abandono de las normas de la DCE sino que aparece construido sobre la base de que esas normas continuarán siendo de aplicación aunque pasando a formar parte de un Reglamento de la Unión. Si esta iniciativa de la Comisión llegan a buen puerto, lo que sucederá en lo que tiene que ver con las limitaciones de responsabilidad de los

¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, 15.12.2020, COM(2020) 825 final. Al tiempo de redacción de este trabajo la Comisión únicamente ha hecho público el texto de estas dos propuestas en inglés.

² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

intermediarios de Internet, actualmente recogidas en los artículos 12 a 15 DCE, es que se procederá a su supresión de la DCE –que en todo lo demás se mantendrá (art. 71 PRLSD)- para pasar a integrarlas casi tal cual –es decir, con escasos (aunque cuestionables) cambios en su redacción- en el articulado del futuro Reglamento relativo a la ley de servicios digitales (arts. 3 a 5 PRLSD). Lo anterior no impide apreciar que junto a la confirmación cuatro lustros después de las normas básicas en la materia, la PRLSD incluye en su Capítulo II ciertas reglas que pretenden complementar esas disposiciones generales, al tiempo que establece en su Capítulo III un conjunto muy elaborado de obligaciones que pueden resultar en el futuro determinantes tanto para apreciar cuándo el intermediario actúa con la diligencia que le es exigible para no incurrir en responsabilidad, como de cara a controlar la presencia de contenidos ilícitos en línea, así como para salvaguardar ciertos derechos de los usuarios de esos servicios, en particular de plataformas. También prevé la PRLSD nuevos mecanismos de tutela jurídico-pública que pueden representar un cambio significativo, habida cuenta de las tradicionales carencias de la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico a muchos de estos prestadores intermediarios, incluidos aquellos que son objeto de obligaciones más estrictas en la PRLSD.

Por su parte, la PRLMD se presenta como un instrumento orientado a establecer un régimen de obligaciones específico para un grupo reducido de grandes prestadores de servicios de plataformas digitales, de cara a hacer frente a los desequilibrios económicos y las posibles prácticas desleales de ciertas grandes plataformas online intermediarias entre empresas y usuarios finales que pueden restringir el acceso a los mercados de plataformas. Contempla la imposición de obligaciones específicas a un grupo reducido de “*gatekeepers*” o guardianes de acceso, cuya dimensión y volumen de usuarios determinan que desempeñen un papel clave en que sus usuarios profesionales (es decir, típicamente las empresas que comercializan sus bienes a través de la plataforma) puedan interactuar con los usuarios finales (potenciales clientes de esas empresas). Se configura como un instrumento complementario a los que proporciona ya el Derecho de competencia de la UE, con un elaborado régimen sancionatorio de Derecho público por parte de la Comisión.

II. La Propuesta sobre servicios digitales en el marco general de regulación de los servicios intermediarios

Aportación esencial de la PRLSD será transformar normas contenidas en una Directiva, como la DCE, en disposiciones que pasarán a formar parte de un reglamento, así como que la normativa adicional que incorpora forma parte de instrumento de ese tipo, con el propósito de evitar la fragmentación inherente a la coexistencia de normas nacionales de transposición de la DCE en un contexto en el que los Estados miembros han comenzado a adoptar por separado normas para hacer frente a la presencia de contenidos ilícitos en Internet que contemplan la imposición de regímenes dispares en relación con ciertos aspectos de las plataformas y otros prestadores intermediarios.

Sin perjuicio de las innovaciones que introduce, la PRLSD básicamente no contempla modificaciones del marco jurídico preexistente más allá del mencionado cambio de sede normativa de los artículos 12 a 15 DCE, que contienen el marco general –horizontal- en lo relativo a las limitaciones de responsabilidad de los intermediarios. En concreto la PRLSD no afecta a la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos (RGPD)

ni los regímenes específicos relativos a la prestación de ciertos servicios de la sociedad de la información.

Tal es caso de la Directiva sobre servicios de comunicación audiovisual y en particular su régimen acerca de las plataformas de intercambio de vídeos. La Directiva 2010/13/CE sobre servicios de comunicación audiovisual (DSCAV), tras su modificación por la Directiva (UE) 2018/1808, incorpora en sus artículos 28 bis y 28 ter disposiciones específicas aplicables a los prestadores de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» o «plataforma de intercambio de vídeos». Esta categoría se define en el artículo 1.a.bis DSCAV como «un servicio... cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas... y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación». Los prestadores de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» son también prestadores de servicios de la sociedad de la información a los efectos de la DCE, de modo que un aspecto relevante de las obligaciones previstas en los artículos 28 bis y 28 ter de la DSCAV es su coordinación con las normas sobre limitación de responsabilidad de la DCE y en el futuro de la PRLSD. Los artículos 28 bis y 28 ter de la DSCAV contemplan la imposición a las plataformas de medidas para proteger a los menores de contenidos ilícitos y nocivos, al público en general de contenidos –programas, vídeos generados por usuarios y comunicaciones comerciales audiovisuales- que inciten a la violencia o al odio y de contenidos relacionados con el terrorismo o la pornografía infantil o de carácter racista y xenófobo. Se prevé también la imposición de obligaciones para el control del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 9 en lo relativo a las comunicaciones comerciales audiovisuales, también con respecto a las que no son comercializadas u organizadas por el propio prestador de la plataforma.

Tampoco afecta la PRLSD al artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Como es conocido, esta norma establece un régimen de (exención) de responsabilidad específico para una categoría de prestadores de servicios de alojamiento en relación con una materia concreta, la tutela de los derechos de autor y otras prestaciones protegidas, que desplaza a la normativa horizontal de la DCE y cuya aplicación no resulta en principio afectada por la normativa del PRLSD.

III. Ámbito de aplicación de la ley de servicios digitales

La PRLSD no altera la aplicación en el marco de la DCE del criterio de origen o mercado interior (art. 3 DCE), sin perjuicio de que en lo relativo al régimen de responsabilidad de los intermediarios la unificación inherente a su “traslado” a un reglamento erosionará decisivamente el alcance práctico de ese criterio con respecto a esa concreta materia. Ahora bien, la relación del PRLSD con el mercado interior es distinta a la de la DCE, lo que se corresponde con la circunstancia de que sus objetivos no se limitan a facilitar el correcto funcionamiento del mercado interior sino que en un mismo plano se encuentra el de establecer normas uniformes para asegurar un entorno digital seguro en el que se garantice la protección efectiva de los derechos fundamentales establecidos en la Carta (art. 1.2 PRLSD).

Por consiguiente, a diferencia del enfoque (no exento de problemas) que prevalece en la DCE, las normas de la PRLSD contemplan su aplicación a la prestación de servicios de intermediación a destinatarios de esos servicios cuya residencia o establecimiento se encuentre en la Unión con independencia de que el prestador del servicio se encuentre establecido en un Estado miembro o en un Estado tercero (art. 1.3 PRLSD). No obstante, la delimitación del ámbito de aplicación espacial no parece suficientemente precisa en el articulado de la PRLSD.

Frente a la redacción del mencionado artículo 1.3 PRLSD y su cuestionable referencia sin precisiones adicionales a la prestación de servicios a destinatarios cuyo lugar de establecimiento o residencia se encuentre en la Unión, el considerando 7 pone de relieve que lo determinante en relación con el ámbito de aplicación territorial de sus reglas es que el intermediario preste sus servicios en la Unión en circunstancias en las que exista una conexión sustancial con la Unión. Tal conexión, según el considerando 8 se considera que existe sencillamente por el hecho de que el prestador tenga un establecimiento en la Unión -lo que resultaría cuestionable y podría menoscabar la competitividad internacional de los prestadores europeos, si bien la redacción del art. 2.d) PRLSD mitiga ese riesgo- o con base en que tenga un número significativo de usuarios en la Unión o que dirija sus actividades a uno o más Estados miembros. Este requisito de conexión sustancial aparece recogido en la definición del término “ofrecer servicios en la Unión” del artículo 2.d), del que se hace depender expresamente la aplicación de ciertas disposiciones del PRLSD como su artículo 11 sobre representantes legales. El considerando 76 relativo a ese artículo 11 recoge el criterio de que el ofrecimiento de servicios en la Unión es determinante de que el prestador quede comprendido en el ámbito de aplicación del PRLSD, pero en la redacción actual no cabe encontrar en su articulado un precepto que lo establezca.

Por lo demás, cuando el régimen de limitaciones de responsabilidad de los intermediarios resulte relevante en el marco de reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual, cabe entender que la aplicación de esas concretas normas (arts. 3 a 7 PRLSD) vendrá típicamente condicionada por cuál sea la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual en virtud de las reglas de conflicto relevantes (véase el art. 15 Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales o Reglamento Roma II), sin perjuicio de que estas reglas conducirán normalmente a la aplicación del PRLSD en la medida en que el prestador de servicios intermediarios dirija su actividad a un Estado miembro de la UE (como resulta, por ejemplo, de los artículos 6, 8 e incluso 4 del mencionado Reglamento Roma II).

En este contexto, desde la perspectiva de la coordinación con otras disposiciones como el artículo 17.1.c) del Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil o mercantil o Reglamento Bruselas I, el artículo 6 del Reglamento 593/008 relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales o Reglamento Roma I y el artículo 3 RGPD, resulta cuestionable la referencia como una alternativa al criterio de las actividades dirigidas del hecho de que exista un número significativo de usuarios del servicio en uno o varios Estados miembros. Podría resultar más adecuado entender que siempre que hay un número significativo de usuarios en uno o varios Estados miembros, las actividades del prestador de servicios van dirigidas –aunque puede que

no específicamente- a la Unión o algunos de sus Estados miembros, pues dicho prestador tiene los medios para conocer dónde se ubica un conjunto significativo de sus usuarios.

En lo relativo a su ámbito de aplicación subjetivo, como punto de partida el término “servicios de la sociedad de la información” se define por remisión al conocido artículo 1.1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535 (art. 2.a PRLSD), si bien las normas del nuevo instrumento van referidas únicamente a los prestadores de servicios de intermediación. La subcategoría prestadores de servicios intermediarios engloba, al igual que las normas sobre limitación de responsabilidad de la DCE, a los prestadores de servicios de mera transmisión, *caching* y alojamiento de datos, que aparecen definidos en artículo 2.f) PRLSD al concretar el significado del término “servicio intermediario”. Ahora bien, el supuesto carácter exhaustivo de esas tres subcategorías según su artículo 2.f) choca con el considerando 5 de la PRLSD, que viene a afirmar que esas tres subcategorías son únicamente algunas de las modalidades de prestadores de servicios intermediarios (así se desprende del uso de la expresión “in particular”). De hecho, al retener esa división tripartita de los artículos 12 a 14 DCE, la PRLSD, a diferencia de la LSSI, no contempla como una categoría de prestadores que deba ser objeto de un régimen específico a los prestadores de servicio que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

Además, en lo relativo a las obligaciones de diligencia debida para un entorno en línea transparente y seguro, recogidas en su fundamental Capítulo III, la PRLSD adopta un criterio de proporcionalidad según el cual determinadas obligaciones van referidas únicamente a los prestadores de servicios de alojamiento así como otras obligaciones adicionales se imponen únicamente a las plataformas en línea -definidas en el artículo 2.h) como una subcategoría de los prestadores de servicios de alojamiento- que no tengan la consideración de micro o pequeñas empresas (art. 16).

IV. Estructura y contenido de la Propuesta sobre servicios digitales

La PRLSD se encuentra dividida en cinco capítulos. El primero aglutina las disposiciones generales, relativas a su objeto y ámbito (art. 1) y a la importante lista de definiciones (art. 2). Por su parte, el Capítulo II (arts. 3 a 9 PRLSD) va referido a la responsabilidad de los servicios intermediarios, de modo que es el equivalente de la Sección 4ª del Capítulo II de la DCE que quedará suprimida, si bien junto a la reproducción de esas disposiciones de la DCE se contempla la introducción de ciertas modificaciones y normas adicionales, a las que se hará referencia en apartados posteriores de este trabajo. Cabe destacar que, al igual que la DCE, la PRLSD no incorpora reglas para determinar qué contenidos en línea son ilícitos, lo que se corresponde con su limitado objeto. Si bien se configura como instrumento esencial para combatir la presencia de contenidos ilícitos en Internet y condiciona la posibilidad de exigir responsabilidad por tales contenidos a los prestadores de servicios intermediarios, la PRLSD se limita a definir el término “contenido ilícito” por remisión a lo dispuesto en el Derecho de la Unión o de un Estado miembro al entender que lo es toda información que vulnere el Derecho de la Unión o de un Estado miembro—art. 2.g)-, aunque es más acertado referirse al Derecho que resulte aplicable, como hace el considerando 12, pues no cabe descartar que, en particular en los litigios en materia civil y mercantil, pueda ser el de un tercer Estado.

El extenso Capítulo III va referido a las obligaciones de diligencia debida para un entorno en línea transparente y seguro. Su subdivisión en cinco secciones obedece a la clasificación de las obligaciones que contempla de manera cumulativa en función de las cuatro categorías de destinatarios de las mismas: todos los prestadores de servicios intermediarios (arts. 10 a 13); prestadores de servicios de alojamiento, incluidas las plataformas en línea (arts. 14 y 15); plataformas en línea (arts. 16 a 24); y plataformas en línea muy grandes que generan riesgos sistémicos (arts. 25 a 33). La sección 5 del Capítulo III (arts. 34 a 37) contempla disposiciones adicionales respecto de las obligaciones de diligencia debida.

Las obligaciones aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios se refieren, en particular, al establecimiento de un punto de contacto para facilitar la comunicación directa con ellos (art. 10 PRLSD), la designación de un representante en la Unión cuando se trate de prestadores no establecidos en la Unión pero que ofrezcan aquí sus servicios con la previsión de que el representante puede ser considerado responsable por el incumplimiento de las obligaciones del Reglamento (art. 11), y la obligación de proporcionar en sus condiciones generales cierta información acerca de las restricciones que el intermediario impone en el uso de sus servicios, incluyendo sus políticas de moderación de contenidos y de toma de decisiones con base en algoritmos, así como de actuar de manera diligente en su aplicación (art. 12).

Recogiendo una necesidad reflejada ya en el artículo 21 de la DCE e incorporando en buena medida pautas de conductas recogidas ya en la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos, las obligaciones adicionales que se imponen a los prestadores de servicios de alojamiento, van referidas a la implantación de mecanismos de detección y retirada de contenidos ilícitos (art. 14) y a la motivación de las decisiones de retirada o bloqueo de contenidos (art. 15). Cuando se trate de plataformas –en el sentido del art. 2.h) PRLSD- que no sean micro o pequeñas empresas (art. 16), les serán de aplicación también las obligaciones sobre puesta a disposición de sus usuarios de mecanismos internos de reclamación (art. 17), mecanismos extrajudiciales de solución de controversias (art. 18), tratamiento preferente de las notificaciones de alertadores fiables acerca de la presencia de contenidos ilícitos en sus servicios (art. 19), suspensión de sus servicios a destinatarios que frecuentemente difunden contenidos ilícitos (art. 20), comunicación de actividades sospechosas de constituir delitos graves (art. 21), comprobación de las credenciales de los clientes empresariales que comercializan productos o servicios a través de la plataforma (art. 22), así como ciertas obligaciones de transparencia en relación con su actividad, en particular la publicitaria (arts. 22 y 23). Solo a las plataformas que por sus extraordinarias dimensiones se considera que plantean riesgos sistémicos (art. 25), en especial respecto a la difusión de contenidos ilícitos, la afectación a derechos fundamentales como la libertad de expresión e información, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la no discriminación o la protección de la infancia, así como la manipulación de la plataforma en relación con campañas de desinformación o manipulación, van referidas ciertas obligaciones adicionales. Se trata, en particular, de obligaciones sobre gestión y mitigación de riesgos (arts. 26 y 27), auditoría independiente de riesgos y de cumplimiento de obligaciones (art. 28), transparencia y configuración de sus sistemas de recomendación (art. 29), transparencia sobre publicidad en línea (art. 30), provisión de acceso a datos con

administraciones e investigadores (art. 31), designación de delegados para supervisar el cumplimiento del Reglamento (art. 32).

El Capítulo IV representa una novedad importante en la medida en que establece un régimen elaborado de tutela jurídica pública de las obligaciones establecidas en la PRLSD, que en algunos aspectos presenta semejanzas con el sistema diseñado en el ámbito de la protección de datos personales, incluida la creación de un Comité europeo de servicios digitales en el que participan las autoridades competentes de cada Estado miembro (arts. 47 a 49). Ciertamente, la PRLSD contempla la designación de autoridades competentes por cada Estado miembro y la designación por cada uno de ellos de un Coordinador de Servicios Digitales responsable de todo lo relativo a la aplicación del nuevo Reglamento, a los que se atribuyen competencia de investigación, ejecución y sanción (art. 41) y ante los que los usuarios de los servicios pueden presentar reclamaciones (art. 43). Con relación al contenido de las sanciones por el incumplimiento de las normas del Reglamento, el artículo 42 deja un margen de actuación a los Estados dentro de ciertos límites que admiten la imposición de sanciones económica muy elevadas. El artículo 40 contempla que la competencia con respecto a la aplicación de las normas de los Capítulos III y IV se atribuye al Estado miembro en el que se encuentre el establecimiento principal del prestador de servicios intermediarios o en su defecto el lugar de residencia o establecimiento del representante designado. A falta de este último, todos los Estados miembros tendrán competencia. El artículo 45 contempla un mecanismo de cooperación en las situaciones transfronterizas. Por su parte, los artículos 50 a 66 contienen el régimen específico de supervisión, investigación y control con respecto a las plataformas de grandes dimensiones.

V. Las normas sobre responsabilidad de los intermediarios

En materia de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, el Capítulo II de la PRLSD arranca con la reproducción en los artículos 3 a 5 y 7 de las normas contenidas en los artículos 12 a 15 DCE. El Preámbulo recoge el criterio ya consolidado de que el objeto de estas normas, que presentan alcance horizontal y son aplicables con independencia del tipo de responsabilidad, es prever exenciones de responsabilidad a favor de los intermediarios con respecto a los contenidos difundidos por sus usuarios, de modo que no se trata de disposiciones que impongan directamente la responsabilidad de tales prestadores, que deberá determinarse conforme a la legislación aplicable (cdo. 17 de la PRLSD).

Puede resultar cuestionable el añadido introducido por la PRLSD en una norma horizontal como es la relativa a los servicios de alojamiento, con el pretendido objetivo de limitar el alcance de la exclusión de responsabilidad. En concreto, en el artículo 5 de la PRLSD se contempla la introducción de un apartado que no figura en el artículo 14 DCE, añadiendo a lo dispuesto en esta disposición la previsión de que la exención de responsabilidad no se aplicará respecto de la responsabilidad derivada de la normativa de protección de los consumidores de las plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos con comerciantes cuando la plataforma presente la información o facilite la transacción en circunstancias que pudieran llevar al consumidor a creer que la información o el producto o servicio objeto de la transacción es facilitado por la plataforma o por un tercero que actúa bajo su control.

El contenido de ese añadido en sí mismo no parece cuestionable, pero sí puede serlo el que se configure como algo específico en relación con la eventual responsabilidad derivada del Derecho del consumo, pues cabe entender que un resultado similar en lo relativo a la no aplicación de la exclusión de responsabilidad del prestador de servicio de alojamiento concernido se debe imponer en ese tipo de situaciones cuando la exigencia de responsabilidad deriva de ilícitos de otro tipo, como por ejemplo, la eventual vulneración de derechos de marca derivada de la comercialización de productos a través de la plataforma (véase, por ejemplo, en este sentido el apartado 82 de las conclusiones de 28 de noviembre de 2019 del Abogado General en el asunto *Coty Germany*, C-567/18³).

En relación con el estándar aplicable en el marco del artículo 14 DCE (art. 5 PRLSD) para establecer si el intermediario se beneficia de la exención de responsabilidad cabe entender que resulta determinante apreciar si el intermediario ha actuado con la diligencia debida. En el futuro, el cumplimiento de las normas, en concreto las relativas a diligencia debida, de la PRLSD por parte del prestador de servicios desempeñaran un papel relevante en este contexto. Apreciar si el prestador de servicios de alojamiento de contenidos ha actuado con la diligencia debida exige, entre otros elementos, valorar los riesgos que para la difusión de contenidos ilícitos (proporcionados por sus usuarios) que pueden lesionar gravemente derechos de terceros presenta el modelo de negocio por el que libremente ha optado el prestador de servicios respecto del que se plantea si no tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de contenidos alojados en sus servicios, de cara a poder beneficiarse del “puerto seguro”. A modo de ejemplo, quien presta servicios de alojamiento de contenidos a usuarios – o clientes- previamente identificados de manera precisa –por ejemplo, en ciertas situaciones en los que se trata de servicios de pago-, lleva a cabo típicamente una actividad que genera muchos menos riesgos de difusión de contenidos ilícitos que los modelos de negocio a los que responden las redes sociales, plataformas y páginas web que gestionan y difunden contenidos de sus usuarios, sin control efectivo previo de la identidad de tales usuarios. Esa disparidad de riesgos derivada de los distintos modelos de negocio condiciona la apreciación de las medidas que el intermediario debe adoptar para que se pueda concluir que ha actuado con la diligencia debida, de modo que se beneficie de la limitación de responsabilidad, al no tener conocimiento efectivo de la ilicitud.

Se trata de un planteamiento que encuentra un apoyo claro en el considerando 48 DCE, según el cual: “La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios, que proporcionan alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, que apliquen un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales”. Aunque el traslado de esas normas a un Reglamento y el propósito de reducir la fragmentación nacional aconsejan la revisión de ese texto, una referencia de este tipo a la vinculación de la exención de responsabilidad con el comportamiento diligente del prestador de servicios intermediarios resulta de gran importancia. Si bien en el nuevo considerando 22 cabe encontrar una referencia en ese sentido su configuración es más restrictiva. Es cierto, no obstante, que de las obligaciones sobre diligencia debida del Capítulo III de la PRLSD resulta un régimen

³ EU:C:2019:1031.

elaborado de obligaciones en función del nivel de riesgo, cuyo cumplimiento condicionará en el futuro decisivamente la aplicación del artículo que sustituya al artículo 14 DCE.

Como novedad frente a la DCE, el artículo 6 PRLSD contempla la inclusión de una norma orientada a no disuadir la implantación por los prestadores de servicios intermediarios de mecanismos voluntarios para detectar, identificar y retirar o bloquear contenidos ilícitos que se encuentren en sus servicios, de modo que se prevé que el empleo de tales mecanismos no resulta por sí solo un elemento que pueda determinar que el prestador quede privado de la exención de responsabilidad. Ahora bien, la implantación de ese tipo de medidas resulta típicamente un presupuesto necesario para considerar que el intermediario ha actuado con el nivel de diligencia mínimo que le es exigible para beneficiarse de la exención de responsabilidad, lo que en gran medida resulta avalado por el contenido del propio Capítulo III PRLSD.

Por su parte, el artículo 7 PRLSD, al que va referido también su considerando 28, reproduce en lo esencial el contenido del artículo 15.1 DCE relativo a la inexistencia de una obligación general de supervisión y de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. Es claro que la delimitación del alcance de esta prohibición seguirá siendo clave en el futuro al configurar las medidas que pueden imponerse frente a tales prestadores, como refleja en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia su conocida sentencia de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek*⁴.

Precisamente el artículo 8 PRLSD contempla la introducción de ciertas reglas acerca de la configuración de esas medidas –aunque no en lo relativo a su interacción con el art. 7– entre las que destaca la importante previsión de que deberán precisar su alcance territorial, que deberá limitarse a lo estrictamente necesario para lograr su objetivo, resultando al respecto muy relevantes las pautas que proporciona el considerando 31, así como la necesidad en el seno de la Unión de respetar el criterio de mercado interior del artículo 3 DCE (considerando 33 de la PRLSD). Cabe recordar que en la mencionada sentencia *Glawischnig-Piesczek* el Tribunal de Justicia puso de relieve que la DCE no contiene normas que limiten el alcance territorial de las medidas frente a los intermediarios, de modo que no se opone a que eventualmente se puedan adoptar medidas de alcance mundial (apdos. 49 y 50), si bien ello no implica que la DCE proporcione tampoco un fundamento jurídico para su adopción, ni que la adopción de tales medidas pueda tener lugar sin respetar determinados presupuestos y tener en cuenta otras consideraciones. El Tribunal de Justicia en relación con la adopción de medidas con semejante alcance se limitó a establecer que resulta “necesario garantizar la coherencia de las normas de la Unión en ese ámbito con las normas aplicables a nivel internacional” (apdo. 51), así como que los Estados miembros velar por que las medidas que adopten y que producen efectos a escala mundial tengan debidamente en cuenta esas normas aplicables a nivel internacional (apdo. 52), sin aportar ulteriores elementos de concreción.

Presupuesto necesario de la eventual adopción de medidas de retirada de contenidos con alcance mundial es que el órgano al que se solicitan tenga competencia judicial internacional para adoptarlas. Ahora bien, que concurra el presupuesto necesario de que el tribunal que conoce del asunto tenga competencia sin restricción territorial, no es suficiente,

⁴ STJUE de 3 de octubre de 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821.

pues el contenido y alcance de las medidas que adopte estará condicionado por cuestiones de fondo (apartado 86 de las conclusiones del Abogado General en ese mismo asunto). Por ejemplo, en ocasiones, es claro que la adopción de medidas de cesación respecto del territorio de varios Estados debe subordinarse en principio a la aplicación de las legislaciones de esos varios Estados respecto de sus respectivos territorios, así será típicamente el caso en materia de infracción de derechos de propiedad intelectual, habida cuenta de su carácter territorial.

La contención en la adopción de medidas dirigidas frente al intermediario en la que el usuario ha subido los contenidos resulta plenamente coherente con el alcance global de las actividades del intermediario que contrasta con la organización política del mundo, la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos de base territorial que regulan las actividades en Internet en un contexto de ausencia de estándares globales en relación con la licitud de los contenidos difundidos y las actividades desarrolladas en Internet. Asimismo, es coherente con la constatación de que puede resultar imposible obtener el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, en especial fuera de la UE. Ese planteamiento comedido se traducirá normalmente en la adopción de medidas frente al intermediario que hagan imposible el acceso a los contenidos desde el foro, típicamente a través de medidas de geolocalización, pero no ordenen su retirada a nivel mundial. Se trata de un planteamiento coherente con el resultado alcanzado por el Tribunal de Justicia con respecto al llamado derecho al olvido en su sentencia en el asunto C-507/17, *Google (Alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces)*⁵.

VI. Delimitación de los beneficiarios de las exenciones de responsabilidad

Una eventual carencia de la PRLSD en lo relativo al régimen de responsabilidad aplicable tiene que ver con la ausencia de concreción acerca con un elemento clave de su regulación, como es el concepto de prestadores de servicios intermediarios. La regulación de tales servicios es el objeto de la PRLSD (art. 1.1), que deja claro que no resulta de aplicación a ningún servicio que no sea un servicio intermediario (art. 1.4), pero, como ha quedado ya señalado, al definir esa categoría en su artículo 2.f) se limita a señalar que un “servicio intermediario” significa un servicio de “mera transmisión” (en el sentido de los arts. 12 DCE y 3 PRLSD), *caching* (en el sentido de los arts. 13 DCE y 4 PRLSD), y alojamiento de datos (en el sentido de los arts. 14 DCE y 5 PRLSD), si bien de sus considerandos resulta que esa relación no es exhaustiva.

La caracterización de un servicio como de intermediación es determinante para que se pueda beneficiar de la limitación de responsabilidad, de modo que, visto desde otra perspectiva, condiciona decisivamente el que eventuales reclamaciones de responsabilidad frente a las plataformas puedan prosperar. De este modo, la valoración de si, por ejemplo, el proveedor de alojamiento de contenidos de los usuarios de sus servicios tiene o no “conocimiento de la ilicitud” y ha actuado o no con la diligencia debida deviene innecesario cuando el prestador de servicios en línea no reúne las condiciones para ser considerado como un intermediario respecto de esos contenidos, aunque hayan sido introducidos en sus servicios por terceros (usuarios). En tal caso, sencillamente la actividad del proveedor de la plataforma,

⁵ STJUE de 24 de septiembre de 2019, C-507/17, *Google (Alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces)*, EU:C:2019:772.

red social o sitio de Internet de que se trate, queda al margen de la limitación de responsabilidad del artículo 5 PRLSD, como sucede actualmente con el artículo 14 DCE y el artículo 16 LSSI.

La PRLSD no incorpora en principio reglas adicionales al respecto –sin perjuicio de la aclaración en el art. 6 de que una actitud activa en relación con la supresión de contenidos ilícitos no implica una pérdida de la posibilidad de acogerse a las exenciones de responsabilidad (antes al contrario una actitud de ese tipo puede ser imprescindible para apreciar que actúa con la mínima diligencia exigible para beneficiarse de tales limitaciones)- e insiste en la continuidad del régimen previo y la relevancia de la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que un prestador de servicios de alojamiento pueda ser calificado como un prestador intermediario en el sentido del artículo 14 DCE es necesario que se limite a “una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes”, lo que se contrapone a los supuestos en los que desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos⁶. A modo de ejemplo, cabe recordar que en la sentencia *L’Oréal*, en relación con las ofertas introducidas por los usuarios del mercado electrónico eBay, el Tribunal puso de relieve que: “Cuando [...] este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas”, de modo que no puede beneficiarse de la excepción prevista en el artículo 14 DCE (apdo. 116).

A la luz de este criterio, ciertas prácticas de determinadas redes sociales y plataformas que alojan y gestionan contenidos introducidos por sus usuarios justifican un examen detallado antes de concluir que su actividad es la de un prestador de servicios de alojamiento que desempeña una posición neutra a los efectos de ser considerado como intermediario para beneficiarse de la limitación de responsabilidad prevista en la DCE (y la LSSI). Por ejemplo, ese puede ser el caso con respecto a contenidos introducidos por usuarios pero que son sugeridos por la propia plataforma o red social –fruto de la actividad de sus propios algoritmos- como de posible especial interés para un usuario con el objetivo de captar su atención y retenerle en el servicio o sitio web en cuestión. La PRLSD no aborda específicamente esta cuestión en este contexto, pese a que se trata de una cuestión abierta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuya próxima evolución puede venir condicionada precisamente por la inacción del legislador.

La cuestión de en qué medida la actividad del operador de una plataforma de vídeo en Internet está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 14 DCE es en la actualidad objeto, en particular, de los asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, *YouTube* y *Cyando*, pendientes ante el Tribunal de Justicia. Precisamente, en sus conclusiones en esos asuntos el Abogado General para sostener un planteamiento favorable a la posición de las plataformas afirmó en relación con la DCE que, pese a que es indudable que las circunstancias han

⁶ Vid. SSTJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France* y *Google*, C-236/08 a C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159, y de 12 de julio de 2011, *L’Oréal*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474.

cambiado desde su adopción: “...si bien el Tribunal de Justicia puede tener en cuenta, en cierta medida, que se ha producido un cambio de circunstancias, cuando emplea el margen de interpretación que le conceden los textos del Derecho de la Unión, corresponde sobre todo al legislador de la Unión apreciarlo y, en su caso, hacer evolucionar estos textos, sustituyendo el equilibrio inicialmente establecido por otro nuevo” (apdo. 246 de las conclusiones de 16 de julio de 2020⁷). Este planteamiento se corresponde con que en el apdo. 162 de sus conclusiones considerara que el hecho de que una plataforma recomiende a los usuarios de su plataforma, de manera automatizada, vídeos similares a los que han visualizado anteriormente no le parece determinante a los efectos de poder concluir que no estamos ante un «tratamiento meramente técnico y automático» de los datos almacenados, pues considera el Abogado General que “el hecho de que el prestador haya desarrollado las herramientas y, en particular, el algoritmo que permite dicho tratamiento y de que, por este motivo, controle las condiciones de aparición de los datos recomendados no demuestra que controle el contenido de estos últimos”.

Con independencia de que no interfiera en el contenido de la información subida por el usuario del servicio, el algoritmo y la actividad de ciertas plataformas resultan normalmente determinantes de que a un concreto contenido accedan en mayor o menor medida los usuarios precisamente como consecuencia de una intervención de la plataforma destinada típicamente a promover su propio negocio mediante la incitación al acceso a algunos de sus contenidos. No está claro que el algoritmo funcione recomendando sencillamente contenidos “análogos” a los visualizados por el usuario (lo que parece dar a entender que se hace en beneficio del propio usuario), cabe pensar que pueden ser contenidos que la plataforma considere que es previsible que resulten especialmente atractivos para retener al usuario en la plataforma favoreciendo un incremento de sus ingresos. La selección e interés de la propia plataforma resultan determinantes del acceso por el usuario a esos concretos contenidos y no otros. En tales circunstancias, un análisis más elaborado del funcionamiento de la plataforma podría ser necesario para determinar respecto de qué concretos contenidos su intervención no ha sido meramente pasiva y, por lo tanto, podría no beneficiarse de la exención de responsabilidad.

La PRLSD no aborda en su articulado estas cuestiones en relación con la definición de servicios intermediarios, pero algunos elementos de su contenido parece favorecer el criterio de una interpretación amplia de ese concepto que puede menoscabar en la práctica la posibilidad de exigir responsabilidad a las plataformas por la infracción de derechos de terceros como consecuencia de la difusión de contenidos de sus usuarios, sin perjuicio del sometimiento de la plataforma al elaborado conjunto de obligaciones previsto en la PRLSD. En ese sentido, el artículo 29 de la PRLSD, en combinación con su artículo 2.o), puede ser un argumento para sostener que la intervención de la plataforma en la recomendación de determinados contenidos a un concreto usuario no afecta a su caracterización como intermediaria, si bien en el marco de la PRLSD el cumplimiento por el prestador del servicio de las obligaciones impuestas en su Capítulo III condicionará la posibilidad de que se beneficie de la inmunidad prevista en el artículo 14.

VII. La propuesta sobre mercados digitales: objetivos

⁷ EU:C:2020:586.

La segunda de las propuestas presentadas por la Comisión, la PRLMD, aparece configurada como un instrumento destinado a regular ciertos aspectos de un grupo muy reducido de prestadores de servicios de plataforma transfronterizos que funcionan como guardianes de acceso (*gatekeepers*) para empresas y usuarios finales. A diferencia de la PRLMD, la PRLSD no pretende regular el régimen de responsabilidad de las plataformas en tanto que prestadoras de servicios de la sociedad de la información intermediarios y sus obligaciones en relación con la eventual difusión de contenidos ilícitos a través de sus servicios sino establecer mecanismos para hacer frente a los desequilibrios económicos y las posibles prácticas comerciales desleales de ciertas grandes plataformas online intermediarias entre empresas y usuarios finales que pueden restringir el acceso a los mercados de plataformas.

Debido a la posición que han alcanzado, esos prestadores de servicios determinan el marco en el que pueden establecerse relaciones (celebrar contratos) entre empresas (o usuarios profesionales de la plataforma) y usuarios finales (eventuales clientes de esas empresas). Objetivo esencial de la PRLMD es complementar los instrumentos actualmente existentes en el seno de la Unión básicamente en el marco de la normas sobre competencia para garantizar la apertura de los mercados digitales y evitar prácticas desleales.

De acuerdo con la justificación de la Propuesta por parte de la Comisión, el nivel de concentración y de poder económico como consecuencia de las dimensiones alcanzadas por ciertos prestadores de servicios de plataforma susceptibles de ser calificados como guardianes de acceso, cuyos servicios resultan de gran importancia para la conexión de sus usuarios profesionales con sus usuarios finales, va unido a una elevada dependencia respecto de esas plataformas por parte de muchos de sus usuarios profesionales a la hora de comercializar sus productos en línea. Ese poder económico, vinculado a su gran número de usuarios, se traduce en una singular libertad por parte de esos guardianes de acceso al regular las condiciones comerciales de prestación de sus servicios –incluso en lo que tiene que ver, por ejemplo, con la información sobre la interacción entre los usuarios profesionales y los usuarios finales a través de la plataforma a la que pueden acceder los propios usuarios implicados- en un contexto en el que el desarrollo de alternativas por eventuales competidores se ve seriamente dificultado, lo que unido al desigual poder negociador y la dependencia de sus usuarios profesionales facilita posibles prácticas abusivas y desleales por parte de los operadores de esos servicios de plataforma.

La PRLMD tiene básicamente por objeto imponer un régimen específico de obligaciones, supervisión y sanciones de Derecho público a los prestadores de servicios de plataforma susceptibles de ser designados como guardianes de acceso para facilitar el correcto funcionamiento de estos mercados.

VIII. Ámbito de aplicación: servicios de plataforma y guardianes de acceso

En consecuencia, la normativa prevista no se proyecta sobre el conjunto de prestadores de servicios intermediarios en el sentido de la DCE, la LSSI o la PRLSD sino sobre un conjunto de prestadores de servicios mucho más reducido. Únicamente los proveedores de servicios de plataforma en los que concurren los elementos para ser designados por la Comisión como guardianes de acceso en virtud de lo dispuesto en su artículo 3 quedan

comprendidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la PRLMD. Los servicios de plataforma ofrecidos por esos prestadores respecto de los que pueden resultar de aplicación las obligaciones que el nuevo instrumento contempla aparecen enumerados en su artículo 2. En concreto, son los siguientes: servicios de intermediación en línea; motores de búsqueda en línea; servicios de redes sociales en línea; servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma; servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; sistemas operativos; servicios de computación en nube; y servicios publicitarios, incluidos los de intermediación publicitaria, prestados por un proveedor de cualquiera de los servicios de plataforma anteriores.

En gran medida esos servicios se definen en la PRLMD por remisión a otras normas del Derecho de la Unión, lo que se corresponde con la circunstancia de que el nuevo instrumento únicamente pretende establecer determinadas obligaciones respecto de ciertas categorías de servicios previamente regulados en otros instrumentos y solo cuando tales servicios son ofrecidos por “guardianes de acceso”. A modo de ejemplo, el término “servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma” se define en el artículo 2 de la PRLMD por remisión a la DSCAV. Cabe recordar que en el contexto de la convergencia entre la televisión y los servicios de Internet, la Directiva (UE) 2018/1808 modificó la Directiva 2010/13/CE con especial incidencia en los aspectos más relevantes en relación con la interacción entre los regímenes aplicables a los servicios de comunicación audiovisual y a los servicios de la sociedad de la información, en particular, para imponer obligaciones específicas a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos. Por su parte, el término “servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración” se define por remisión a la Directiva (UE) 2018/1972 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, mientras que el concepto “servicios de computación en nube” se define en los mismos términos que en la Directiva (UE) 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.

El término “servicios de intermediación en línea” se define por remisión al artículo 2 del Reglamento 2019/1150, si bien éste –a diferencia de la PRLMD- establece un marco aplicable a todos los prestadores de esos servicios con independencia de su tamaño o posición. Importa destacar que este término no es equivalente al de “servicios intermediarios” o “servicios de intermediación” utilizados en la DCE, la LSSI o la PRLSD sino que se limita a servicios prestados a “usuarios profesionales” –concepto definido en la PRLMD en los mismos términos que en el Reglamento 2019/1150- que permiten a esos usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores para facilitar transacciones directas entre ellos. La remisión al Reglamento 2019/1150 no debe impedir apreciar que, en realidad, a diferencia de ese instrumento, la PRLMD pretende también ser de aplicación respecto de servicios de intermediación en línea en los que quien contrata con el usuario profesional no es un consumidor, como ilustra el empleo en la PRLMD del término “usuario final”. Por remisión al artículo 2 del Reglamento 2019/1150 se define asimismo en la PRLMD el concepto “motores de búsqueda en línea”.

Habida cuenta de la vinculación con la Unión inherente a los criterios establecidos en el artículo 3 PRLMD para ser designado como guardián de acceso y al fundamento del

régimen específico que este instrumento contempla, no resulta problemático que al definir su ámbito de aplicación espacial el artículo 1.3 se limite a prever que el nuevo instrumento se aplicará a los servicios de plataforma prestados u ofrecidos por guardianes de acceso a usuarios profesionales establecidos en la Unión o a usuarios finales establecidos o situados en la Unión con independencia del lugar de establecimiento o residencia de los guardianes de acceso.

Si bien el nuevo régimen se proyectará sobre prestadores cuyo establecimiento o residencia se encuentre en terceros Estados, es importante tener en cuenta que su aplicación se encuentra limitada a aquellos que presentan una conexión tan relevante con la Unión como para cumplir con las circunstancias previstas en el artículo 3 para ser considerado guardián de acceso, entre las que se incluye en primer lugar la exigencia de que el prestador tenga una repercusión significativa en el mercado interior, al tiempo que los umbrales cuantitativos para ser designado como guardián de acceso del artículo 3.2 van referidos expresamente al mercado interior. Teniendo en cuenta el fundamento de las normas del PRLMD, no sorprende la previsión en su artículo 1.2 en el sentido de que resultarán de aplicación con independencia de la ley aplicable a la prestación del servicio, habida cuenta de que típicamente son normas internacionalmente imperativas.

IX. Interacción con el Reglamento (UE) 2019/1150 y otros instrumentos del Derecho de la Unión

De modo similar a la PRLMD, el Reglamento 2019/1150 también nació como una respuesta a la constatación del gran poder adquirido por ciertas plataformas en línea. En concreto, en el caso del Reglamento 2019/1150 aquellas plataformas que incluyen mercados electrónicos en las que sus usuarios (profesionales) ofrecen productos o servicios a consumidores. Por lo tanto, ese instrumento también se configura como un elemento para hacer frente a la gran dependencia por parte de los usuarios profesionales de esos servicios, que típicamente se encuentran en una posición de subordinación, de modo que el prestador del servicio de intermediación fija de manera unilateral los términos de prestación del servicio y puede adoptar medidas –como la restricción de la prestación de su servicio– susceptibles de perjudicar gravemente al usuario del servicio que resulte afectado. El Reglamento 2019/1150 aparece vinculado a la circunstancia de que se trata de usuarios que en la medida en que son empresas o profesionales que utilizan los servicios de intermediación para comercializar productos o servicios con terceros no se benefician de la tutela que proporcionan las normas de la UE sobre protección de los consumidores. Además, a través del Reglamento 2019/1150 la Unión tutela la posición de las empresas o profesionales que ofrecen bienes o servicios en línea a los consumidores frente a los proveedores de motores de búsqueda en línea, habida cuenta del gran poder de éstos para influir en el éxito de los sitios web corporativos (entendidos, básicamente, como los que ofrecen productos en línea), como consecuencia de la relevancia práctica de la clasificación de los sitios web que se muestran en los resultados de búsquedas.

Ahora bien, para lograr esos objetivos, el Reglamento 2019/1150 incorporó un conjunto heterogéneo de medidas, susceptibles de ser enmarcadas básicamente en el ámbito de la competencia desleal y del Derecho de contratos. El Reglamento incorpora ciertas reglas sobre condiciones generales y sobre cláusulas contractuales, relativas a las relaciones

contractuales, en especial, entre los proveedores de servicios de intermediación en línea y los usuarios profesionales de sus servicios, que prevén incluso la nulidad de pleno derecho de ciertas condiciones generales o sus cláusulas específicas. El Reglamento 2019/1150 trata de evitar prácticas contrarias a las buenas conductas comerciales, a la buena fe o a la lealtad de las relaciones comerciales, susceptibles de perjudicar a los profesionales o empresas que utilizan los servicios de intermediación en línea para ofrecer bienes o cuyos sitios web corporativos son objeto de clasificación por los buscadores. Se trata de prácticas que, además, pueden dañar indirectamente a los consumidores, al ser conductas con un impacto significativo en la posibilidad de elección de los consumidores.

Como es propio de los instrumentos en el ámbito contractual y de la competencia desleal, la aplicación efectiva del Reglamento 2019/1150 –instrumento que deja un amplio margen de apreciación a los Estados miembros para determinar las medidas aplicables en caso de infracción del Reglamento- dará lugar típicamente al ejercicio de acciones en el ámbito civil frente a los prestadores de servicios que incumplan el Reglamento. En este sentido, con respecto al sistema interno de tramitación de reclamaciones de los usuarios profesionales que el artículo 11 del Reglamento 2019/1150 obliga que los proveedores de servicios de intermediación en línea pongan a disposición de los usuarios profesionales, cabe destacar que no afecta al derecho de las partes a iniciar un proceso judicial en cualquier momento durante o después del procedimiento interno de tramitación de la reclamación. Además, su artículo 14 otorga a determinadas entidades la posibilidad de ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales tendentes a impedir o prohibir que los proveedores de servicios de intermediación en línea o de motores de búsqueda infrinjan las normas del Reglamento. Ese derecho se otorga a las organizaciones, las asociaciones que representan a los usuarios profesionales o a los usuarios de sitios web corporativos y a ciertos organismos públicos establecidos en los Estados miembros, y debe entenderse sin perjuicio de los derechos de los usuarios profesionales y de los usuarios de un sitio web corporativo a ejercitar una acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes basada en los derechos individuales respecto de los requisitos establecidos por el Reglamento.

La PRLMD está destinada a complementar no solo al Reglamento (UE) 2019/1150 sino también a otras normas del Derecho de la Unión, como las relativas a protección de datos, en especial en lo que concierne a las obligaciones de transparencia respecto de la elaboración de perfiles de los consumidores y la posibilidad de oponerse a la combinación de datos entre diferentes servicios de plataforma. Ahora bien, particular importancia tiene el significado de la PRLMD como complemento de las normas de competencia del Derecho de la Unión mediante la introducción de disposiciones *ex ante* para prevenir posibles prácticas desleales o restrictivas del acceso a los mercados digitales. En este sentido, al justificar la necesidad del nuevo instrumento la Comisión ha puesto de relieve que la prohibición de la explotación abusiva de una posición dominante del artículo 102 TFUE no permite hacer frente a ciertas situaciones a las que pretende dar respuesta el nuevo instrumento, en la medida en que prestadores que operan como guardianes de acceso puede que no ocupen una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo o que algunas de sus prácticas relevantes no produzcan efectos suficientes en la competencia en mercados relevantes a los efectos del artículo 102 TFUE. El nuevo instrumento será de aplicación sin perjuicio de los artículos 101 y 102 TFUE, a los que busca complementar, pues su objetivo no

es propiamente la tutela frente a prácticas que puedan falsear el juego de la competencia en un concreto mercado sino asegurar que los mercados en los que operan los “guardianes de acceso” son mercados abiertos y justos⁸.

X. Designación como guardián de acceso

Como ha quedado apuntado, en lo que atañe al ámbito de aplicación subjetivo de la nueva normativa resulta determinante la concreción de qué operadores de los servicios de plataforma antes mencionados son considerados guardianes de acceso y quedarán por consiguiente sometidos a este régimen con respecto a sus servicios de plataforma que constituyan un punto de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a usuarios finales.

La designación como “guardián de acceso” y la concreción de los servicios de plataforma de ese prestador incluidos corresponde en todo caso a la Comisión y es objeto de regulación en el artículo 3 PRLMD. Conforme al artículo 3.1, tal designación procederá con respecto a los proveedores de servicios de plataforma en los que concurren tres circunstancias: tengan un impacto significativo en el mercado interior; operen un servicio de plataforma que constituya un punto de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a usuarios finales; y ocupen una posición consolidada y duradera o resulte previsible que la tengan en el futuro.

Por una parte, se contempla la designación directa por parte de la Comisión como guardianes de acceso de los prestadores de servicios de plataforma que alcancen los umbrales cuantitativos que el artículo 3.2 PRLMD fija como una presunción que admite prueba en contrario de que respecto de ese prestador concurre cada una de las tres circunstancias establecidas en el artículo 3.1 para ser considerado guardián de acceso: volumen de negocios en el EEE igual o superior a 6.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios o capitalización media de 65.000 millones en el último ejercicio y provisión de servicios de plataforma en al menos tres Estados miembros; la provisión de un servicio de plataforma con más de 45 millones de usuarios mensuales activos establecidos o situados en la Unión y más de 10000 usuarios profesionales anuales activos establecidos en la Unión en el último ejercicio; y la exigencia de que el requisito anterior se haya verificado en los últimos tres ejercicios. Los prestadores de servicios de plataforma que alcancen todos estos umbrales deberán comunicarlo a la Comisión para que ésta proceda a su designación como guardianes de acceso.

En defecto de comunicación por el prestador de servicio, la Comisión procederá de oficio a la designación como guardián de acceso si el prestador alcanza los referidos umbrales cuantitativos. Además, también se contempla la posibilidad de que la Comisión designe como guardián de acceso a un prestador de servicios que reúne las tres circunstancias previstas en el artículo 3.1 aunque no alcance todos los umbrales establecidos en el artículo 3.2.

Por su parte, el artículo 4 establece la posibilidad de que en cualquier momento la Comisión, de oficio o a instancia de parte, revise o deje sin efecto una decisión de designación como guardián de acceso adoptada con base en el artículo 3, cuando se haya producido un

⁸ COM(2020) 842 final, p. 8, así como los considerandos 9 y 10 de la PRLMD.

cambio sustancial en los hechos en los que se basó o se hubiera fundado en incompleta o incorrecta. Asimismo, establece un mecanismo de revisión periódica por parte de la Comisión de los guardianes de acceso designados para verificar si continúan cumpliendo los requisitos del artículo 3.1 así como para valorar si es preciso ajustar la lista de servicios de plataforma incluidos.

XI. Obligaciones de los guardianes de acceso

Las obligaciones que deberán respetar los guardianes de acceso con respecto a sus servicios de plataforma enumerados en la designación de la Comisión aparecen recogidas básicamente en los artículos 5 y 6 PRLMD y tratan de evitar prácticas no equitativas de los guardianes de acceso que producen consecuencias particularmente negativas sobre los usuarios profesionales y los usuario finales. El artículo 5 contiene un listado de obligaciones que resultarán directamente aplicables, sin que se contemple la posibilidad de ulterior especificación por parte de la Comisión. El artículo 6 contempla obligaciones que también son directamente aplicables a los guardianes de acceso, pero respecto de las que se contempla la posibilidad de que la Comisión adopte decisiones especificando las medidas que el guardián de acceso debe introducir en el marco de un procedimiento con intervención del prestador de servicios de que se trate.

Entre las cuestiones a las que van referidas las obligaciones del guardián de acceso incluidas en el artículo 5 se encuentran la de abstenerse de combinar datos personales procedentes de los servicios de plataforma con los de otros servicios ofrecidos por el guardián de acceso o con los de servicios de terceros; permitir a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros a precios o bajo condiciones distintas de las ofrecidas a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso; permitir a los usuarios profesionales realizar ofertas a usuarios finales conseguidos a través del servicio de plataforma y celebrar contratos con los mismos con independencia de que para ello se use o no los servicios de plataforma del guardián de acceso; abstenerse de impedir u obstaculizar que los usuarios profesionales planteen ante una autoridad pública cuestiones relativas a las prácticas del guardián de acceso; abstenerse de exigir a los usuarios profesionales el empleo de servicios de identificación del guardián de acceso en relación con los servicios ofrecidos por esos usuarios mediante los servicios de plataforma del guardián de acceso; abstenerse de exigir a los usuarios profesionales o los usuarios finales registrarse con otro de sus servicios de plataforma como condición para acceder a un servicio de plataforma del guardián de acceso; y proporcionar a los anunciantes y editores a los que presta servicios publicitarios información acerca del precio pagado por el anunciante y la remuneración del editor.

Más extenso es el listado de obligaciones susceptibles de ser especificadas ulteriormente por la Comisión en caso de que las medidas adoptadas por el guardián de acceso no garanticen su cumplimiento efectivo. Entre otras, el artículo 6 PRLMD incluye las obligaciones por parte de los guardianes de acceso de: abstenerse de utilizar en competencia con sus usuarios profesionales los datos generados por las actividades de tales usuarios a través de la plataforma que no sean públicos; permitir a los usuarios finales la desinstalación de aplicaciones preinstaladas; permitir la instalación de aplicaciones de terceros y el acceso a las mismas a través de servicios de plataforma diferentes a los del guardián de acceso;

abstenerse de dar trato preferente en sus servicios de clasificación a los productos ofrecidos por el propio guardián de acceso u otra empresa de su grupo; abstenerse de restringir la capacidad de los usuarios finales para cambiar de aplicaciones y servicios a través del sistema operativo del guardián de acceso; permitir el acceso y la interoperabilidad en relación con la prestación de servicios accesorios –como los de identificación o pago- por parte de terceros; proporcionar a los anunciantes y editores acceso a la información del guardián de acceso acerca de la eficacia de la publicidad; proporcionar tanto a los usuarios profesionales como a los finales acceso inmediato a los datos que han facilitado o generado como consecuencia del uso de la plataforma para permitir su portabilidad con respeto en su caso de lo previsto en el RGPD; proporcionar a los usuarios profesionales el acceso y la utilización de los datos facilitados o generados en el contexto del uso de los servicios de plataforma por los usuarios profesionales y los usuarios finales interesados en sus productos o servicios; y aplicar condiciones generales justas y no discriminatorias respecto del acceso por los usuarios profesionales a su tienda de aplicaciones.

El carácter particularmente dinámico de los modelos de negocio y la evolución tecnológica en este sector, unidos al limitado número de actores destinatarios de esta normativa, se corresponden con ciertos elementos condicionantes de su aplicación, como la previsión en la PRLMD de un posible diálogo entre la Comisión y el guardián de acceso implicado de cara a especificar las medidas que éste debe aplicar de cara a cumplir con las obligaciones previstas en el artículo 6. Asimismo, se contempla la posibilidad de que la Comisión, a petición del guardián de acceso, excepcionalmente suspenda, en todo o en parte, alguna de las obligaciones de los artículos 5 y 6 respecto de algún servicio de plataforma o incluso que le exima de su cumplimiento (arts. 8 y 9). Destaca también la singular relevancia de las competencias atribuidas a la Comisión para adoptar actos delegados en relación, por ejemplo, con los umbrales para la designación como guardián de acceso (art. 3) o para actualizar las listas de obligaciones de los artículos 5 y 6, que de este modo no resultan listas cerradas de cara al futuro al contemplarse la posibilidad de que la Comisión identifique la necesidad de nuevas obligaciones y exija su cumplimiento mediante la adopción de actos delegados en los términos del artículo 10 PRLMD. Por su parte, el artículo 12 impone a los guardianes de acceso la obligación de notificar a la Comisión cualquier concentración en el ámbito de la prestación de servicios digitales incluso aunque no esté sometida a notificación en virtud del Reglamento (CE) 139/2004 de concentraciones. Tales concentraciones pueden resultar determinantes de que nuevos servicios de plataforma superen los umbrales previstos en el artículo 3 PRLMD.

XII. Aplicación de la normativa sobre mercados digitales

La PRLMD se limita a establecer mecanismos de tutela jurídico-pública atribuidos a la Comisión, con un marco procedimental y sancionatorio semejante al que es propio del Derecho de la competencia de la Unión. Su Capítulo IV está dedicado a las normas relativas a la tramitación de investigaciones de mercado por parte de la Comisión en relación con la designación de guardianes de acceso, la sistemática infracción por alguno de ellos de las obligaciones impuestas en los artículos 5 y 6 o la inclusión de nuevos servicios digitales a la lista de servicios de plataforma o de nuevas prácticas que puedan dar lugar a la modificación de esas obligaciones. El Capítulo V atribuye amplios poderes de investigación y de adopción

de medidas por parte de la Comisión destinadas a garantizar la efectividad práctica de las obligaciones impuestas en los artículos 5 y 6. Además de elevadas sanciones económicas (arts. 26 y 27), cabe destacar que contempla la posibilidad de que la Comisión imponga medidas provisionales frente a la vulneración por un guardián de acceso de tales obligaciones cuando exista riesgo de daño grave e irreversible para los usuarios profesionales o finales de sus servicios (art. 22).

XIII. Epílogo

No cabe desconocer que la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico a las grandes plataformas de Internet ha presentado significativas carencias en la Unión Europea y sus Estados miembros. Estas dos iniciativas, de muy distinto alcance, contemplan la imposición de un conjunto elaborado de obligaciones a los prestadores de servicios de Internet y ciertas plataformas digitales, junto a la introducción de mecanismos de tutela jurídico-pública específicos. Su tramitación dará la oportunidad de incluir mejoras en su contenido, caracterizado por el elevado nivel de detalle de ciertas obligaciones y la posibilidad de adaptación a la evolución de las circunstancias, en un entorno especialmente dinámico como el de las plataformas, como se refleja particularmente en la PRLMD. Si bien la plasmación expresa de esas obligaciones en instrumentos directamente aplicables en toda la Unión y el reforzamiento de los mecanismos jurídico-públicos de tutela constituirá una importante novedad y aportará seguridad jurídica, durante la previsiblemente larga tramitación de estas iniciativas resultará de gran relevancia tener presente que algunas de esas obligaciones –como ciertos deberes de diligencia debida en la proyectada ley de servicios digitales- pueden encontrar ya fundamento en el marco actualmente vigente del Derecho de la UE.