

ECIJA

Digital Services Act (DSA): Eliminación de Contenidos Ilícitos

NOTA INFORMATIVA

Digital Services Act (DSA): Eliminación de Contenidos Ilícitos

Inspirada en la DMCA¹ americana de 1998 y su principio fundamental de puerto seguro ("*safe harbour*"), la Directiva Europea sobre el comercio electrónico², luego traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la LSSI³, introduce la idea que los proveedores de servicios de la sociedad de la información no están sometidos a una obligación general de supervisar los contenidos publicados en sus plataformas.

Esta noción ha sido consolidada a través de dictámenes judiciales destacados, como la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 2020, conocida como el "**Caso Homeaway**".

En esta resolución, el Tribunal Supremo ratifica la naturaleza de la plataforma de alquiler vacacional Homeaway como un intermediario en la prestación de servicios de la sociedad de la información. De esta clasificación se desprende la aplicación del régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 16 de la LSSI.

ENERO 2024

Según este régimen, en ausencia de un conocimiento efectivo sobre la ilicitud de la información almacenada, Homeaway no sería considerado responsable por dicha información ni por su carácter ilícito.

La Ley de Derechos de Autor de la Era Digital (en inglés Digital Millennium Copyright Act o DMCA)

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

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

El Tribunal Supremo remarcaba que eran los usuarios, no el operador, quienes, actuando bajo su propia responsabilidad, suben a la plataforma contenidos potencialmente ilícitos. En este sentido, se subrayaba que, a pesar del papel desempeñado por los operadores, la responsabilidad de estos solo surge cuando actúan de manera deliberada y tienen conocimiento efectivo de la puesta a disposición pública de contenido potencialmente ilícito que los usuarios están compartiendo en sus plataformas. En otras palabras, se requiere un conocimiento efectivo por parte del operador para afirmar que está llevando a cabo un acto de comunicación al público de contenido ilícito.

¹ La Ley de Derechos de Autor de la Era Digital (en inglés Digital Millennium Copyright Act o DMCA)

² 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

³ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

Esta concepción constituye el régimen de exención de responsabilidad, el cual se mantiene en la recién promulgada Ley de Servicios Digitales (“DSA”, por sus siglas en inglés). Esta normativa impone a los intermediarios de servicios de la sociedad de la información mayores obligaciones de transparencia y diligencia en la eliminación de contenidos ilícitos, sin alterar el principio fundamental de exclusión de responsabilidad en ausencia de conocimiento efectivo por parte del operador.

(I) Regulación en la DSA

Dicho régimen general de exención de responsabilidad se encuentra recogido expresamente en el artículo 8 de la DSA, el cual dispone:

“No se impondrá a los prestadores de servicios intermediarios ninguna obligación general de monitorizar la información que transmitan o almacenen, ni de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas.”

Al igual que las obligaciones que hemos abordado en notas anteriores, (véase “La prohibición de los Dark Patterns en la DSA” y “DSA: Límites a la publicidad en línea”), la DSA tiene como fecha de aplicación general el 17 de febrero de 2024. No obstante, en relación con la eliminación de contenidos ilícitos, aspecto ya contemplado en otras normativas, surgen incertidumbres respecto a los cambios o distinciones específicas que entrarán en vigencia a partir de esa fecha.

A continuación, resaltamos los puntos de la DSA con mayor relevancia en este ámbito:

A continuación, resaltamos los puntos de la DSA con mayor relevancia en este ámbito:

- **Sobre el “conocimiento efectivo”:** Para beneficiarse de la exención de responsabilidad, los proveedores de servicios de alojamiento de datos deben actuar de manera diligente al tener conocimiento efectivo o consciencia de actividades o contenidos ilícitos.

El conocimiento efectivo o consciencia de la ilicitud de los contenidos puede surgir a través de investigaciones internas proactivas o notificaciones recibidas de terceros, siempre y cuando estas notificaciones sean suficientemente precisas y bien fundamentadas.

Es esencial que un operador económico diligente pueda razonablemente detectar y evaluar el contenido presuntamente ilícito para tomar acciones apropiadas. Sin embargo, la mera conciencia general de que el servicio puede ser utilizado para almacenar contenidos ilícitos no constituye un conocimiento efectivo.

- **Sobre la “actuación de manera diligente”:** Surgen dudas con respecto al significado de la frase “actuación de manera diligente”, particularmente sobre a qué considera el legislador europeo como un tiempo razonable para retirar contenido ilícito de una debida plataforma.

- **Artículo 3 h) - Definición de “contenido ilícito”:** La DSA, aunque de manera abstracta, define el contenido ilícito como “toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho”.

Este enfoque implica una definición **“abierta”** por parte del legislador europeo, permitiendo que cada Estado miembro interprete y determine lo que considera como contenido ilícito. En consecuencia, si un contenido es ilegal en un país específico, la restricción se aplicará únicamente en ese territorio. Esta particularidad adquiere especial importancia cuando el contenido ilícito viola alguna normativa sectorial.

Es crucial destacar que estos matices brindan flexibilidad a los Estados miembros para adaptar la definición de contenido ilícito según sus respectivos marcos legales y necesidades específicas, estableciendo así un marco normativo más adaptable a la diversidad legal dentro de la Unión Europea.

- **Artículo 7 – Doctrina del buen samaritano:** Los proveedores de servicios intermediarios no perderán los beneficios de las exenciones de responsabilidad establecidas por la normativa solo porque, de manera voluntaria y diligente, realicen investigaciones por iniciativa propia para detectar y eliminar contenido ilegal.

- **Artículo 9 – Procedimiento para la ejecución de órdenes contra contenido ilícito:** Se establece la responsabilidad de los proveedores de servicios intermediarios cuando reciben una orden para actuar contra contenido ilícito.

En este contexto, estos proveedores deben **informar de manera inmediata a la autoridad que emitió la orden**, o a otra autoridad designada en la misma, sobre cualquier acción que hayan tomado en relación con dicha orden. Esto incluye proporcionar detalles específicos acerca de si la orden fue ejecutada y cuándo se llevó a cabo dicha ejecución.

Asimismo, se establecen las condiciones esenciales que deben cumplir las órdenes al ser transmitidas a los proveedores de servicios intermediarios. **Estas condiciones incluyen:**

- i) Fundamento jurídico;
- ii) La motivación explicativa sobre la naturaleza ilícita del contenido;
- iii) La identificación precisa de la autoridad emisora;
- iv) Información clara para la localización del contenido ilícito (por ejemplo, URL);
- v) Detalles sobre los mecanismos de recurso disponibles; y
- vi) Especificaciones acerca de la autoridad receptora de la información sobre las acciones tomadas.

Las autoridades judiciales o administrativas nacionales emisoras transmitirán estas órdenes al coordinador de servicios digitales del Estado miembro, quien las compartirá con otros coordinadores. Los proveedores de servicios intermediarios informarán al destinatario afectado sobre la orden recibida, incluyendo la motivación, las vías de recurso y la descripción del alcance territorial de la orden. Este proceso se lleva a cabo sin perjuicio del derecho procesal penal y civil nacional.

• **Artículo 16 – Mecanismos de notificación y acción:** Los proveedores de servicios de alojamiento de datos deben establecer sistemas que permitan a cualquier persona o entidad informar sobre la presencia de información específica que consideren ilícita. Estos mecanismos deben ser accesibles y fáciles de usar, permitiendo a los usuarios enviar notificaciones precisas con el fin que estas sirvan para dar conocimiento efectivo a las plataformas sobre el contenido ilícito, sin la necesidad de un análisis legal detallado.

Para garantizar notificaciones precisas, los proveedores de servicios deberán asegurarse de que los mecanismos contengan apartados donde el usuario o la entidad explique, de manera motivada, por qué se considera que la información es ilícita, la ubicación exacta de la información, incluyendo URL y otra información identificativa, así como los datos de contacto del remitente. Además, se espera que la notificación incluya una declaración de buena fe por parte del usuario, confirmando la precisión y la integridad de la información proporcionada.

Una vez recibida la notificación, los proveedores de servicios de alojamiento de datos deben enviar un acuse de recibo sin demora indebida. Asimismo, deben comunicar su decisión sobre la información notificada y proporcionar información sobre los recursos disponibles en caso de desacuerdo. El tratamiento de las notificaciones debe realizarse de manera oportuna, diligente y objetiva, incluso cuando se utilicen medios automatizados, informando sobre dicho uso en las respuestas a las notificaciones.

(II) Aplicabilidad a las microempresas y pequeñas empresas

El artículo 19 de la DSA excluye de las obligaciones recogidas en la sección tres del capítulo III (a excepción del artículo 24, apartado 3) a todos aquellos prestadores de plataformas en línea que se consideren microempresas o pequeñas empresas, según la definición de la Recomendación⁴ 2003/361/CE ("la Recomendación"). También se excluirán todas aquellas empresas que fueron consideradas como microempresas o pequeñas empresas durante los doce meses siguientes a la pérdida de esa condición, excepto cuando sea plataformas en línea de muy gran tamaño ("VLOP").

⁴ La Recomendación define a las microempresas como aquellas que cuentan con "menos de diez asalariados y un volumen de negocios anual (la cantidad de dinero recibida en un período determinado) o balance general (estado del activo y del pasivo de una empresa) inferior a 2 millones de euros", y a las pequeñas empresas como las que cuentan con "menos de cincuenta asalariados y un volumen de negocios anual o balance general inferior a 10 millones de euros".

Por ende, las microempresas y pequeñas empresas no tendrán que cumplir con la siguiente serie de obligaciones:

- **Facilitar a los destinatarios del servicio el acceso a un sistema interno eficaz de gestión de reclamaciones**, que permita a los usuarios presentar reclamaciones por vía electrónica y de forma gratuita;
- **Ofrecer información de forma accesible**, clara y sencilla en su interfaz en línea acerca de la posibilidad que ostenta el destinatario del servicio de acceder a una resolución extrajudicial de litigios para resolver asuntos relativos a las decisiones que se tomen sobre una debida notificación;
- **Adoptar medidas técnicas y organizativas necesarias** para asegurarse de que se otorgue prioridad a las notificaciones enviadas por los alertadores fiables;
- **Suspender durante un período razonable y después de haber realizado una advertencia previa**, la prestación de sus servicios a los destinatarios del servicio que proporcionen con frecuencia contenidos manifiestamente ilícitos o que envíen con frecuencia notificaciones o reclamaciones que sean manifiestamente infundadas;
- **Cumplir con los deberes de transparencia informativa**;

- **Cumplir con los deberes de diseño y organización de interfaces en línea** (véase “La prohibición de los Dark Patterns en la DSA”), así como demás obligaciones de publicidad;

- **Establecer en sus condiciones generales**, utilizando un lenguaje claro y comprensible, los parámetros principales utilizados en sus sistemas de recomendación;

- **Establecer medidas para garantizar un elevado nivel de privacidad**, seguridad y protección de los menores en su servicio.

(III) Sanciones

La DSA establece en su artículo 52 que cada Estado miembro de la Unión Europea deberá establecer el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción que se encuentre en dicho reglamento.

Sin embargo, el apartado 2 de dicho artículo establece que las multas a imponer por el incumplimiento de obligaciones de la DSA no deberán superar el 6% del volumen de negocios anual en todo el mundo del prestador de servicios sancionado en el ejercicio fiscal anterior.

Asimismo, una multa coercitiva no deberá superar el 5 % del promedio diario del volumen de negocios en todo el mundo o de los ingresos del prestador de servicios intermediarios de que se trate en el ejercicio fiscal anterior por día, calculado a partir de la fecha especificada en la decisión de que se trate.

Conclusiones

La **DSA** marca un hito significativo en la regulación de servicios digitales, especialmente en la eliminación de contenidos ilícitos. A través de su aplicación, se refuerzan las obligaciones de transparencia y diligencia para los proveedores de servicios de la sociedad de la información, sin comprometer el principio fundamental de exclusión de responsabilidad en ausencia de conocimiento efectivo por parte del operador.

La DSA mantiene el régimen de exención de responsabilidad establecido previamente, destacando que los operadores únicamente serían responsables cuando actúan de manera deliberada y tienen un conocimiento efectivo de la presencia de contenido ilícito en sus plataformas. Se refuerza la noción de que la responsabilidad recae en los usuarios que cargan contenido potencialmente ilícito, y el operador solo asume responsabilidad cuando tiene un conocimiento de dicha situación.

En cuanto a los **mecanismos de notificación y acción**, la DSA establece pautas claras para que los proveedores de servicios de alojamiento de datos puedan recibir y gestionar eficientemente notificaciones de contenido ilícito. Se enfatiza la importancia de la diligencia y la buena fe tanto por parte de los usuarios que notifican como de los proveedores en el tratamiento de esta información.

En resumen, la DSA busca equilibrar la protección del usuario y la eliminación de contenido ilícito con el mantenimiento de la libertad de expresión y el respeto a los derechos fundamentales. Este enfoque se logra mediante la imposición de obligaciones claras a los proveedores de servicios digitales, al tiempo que se preserva su capacidad de operar sin una supervisión general y activa de los contenidos en sus plataformas.

Área de TMT de ECIJA
info@ecija.com
Telf: + 34 91.781.61.60

Calle Serrano, 69.
28006 Madrid
www.ecija.com

