

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 70/2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced702024>

ESTUDIOS

La diligencia debida de las plataformas en línea dentro del reglamento europeo de servicios digitales

Due diligence of online platforms within the european digital services regulation

Alberto José de Nova Labián

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2991>

Recibido el 21 de noviembre de 2023 • Aceptado el 9 de febrero de 2024 • Publicado en línea: abril de 2024

Derechos de autoría (©)

Los derechos de autor (para la distribución, comunicación pública, reproducción e inclusión en bases de datos de indexación y repositorios institucionales) de esta publicación (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir en cualquier medio sin fines comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o el autor. Así mismo, los trabajos editados en CED pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Copyright (©)

Copyright (for distribution, public communication, reproduction and inclusion in indexation databases and institutional repositories) of this publication (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) belongs to the publisher University of Deusto. Access to the digital content of any Issue of *Cuadernos Europeos de Deusto* is free upon its publication. The content can be read, downloaded, copied, and distributed freely in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author. Thus, the content of CED can be subsequently published in other media or journals, as long as the author clearly indicates in the first footnote that the work was published in CED for the first time, indicating the Issue number, year, pages, and DOI (if applicable). Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

La diligencia debida de las plataformas en línea dentro del reglamento europeo de servicios digitales

Due diligence of online platforms within the european digital services regulation

Alberto José de Nova Labián

Profesor Doctor en la Universidad Internacional de la Rioja
alberto.denova@unir.net

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2991>

Recibido el 21 de noviembre de 2023
Aceptado el 9 de febrero de 2024
Publicado en línea: abril de 2024

Sumario: I. Introducción.—II. Justificación de la aparición del Reglamento.—III. Afectación del Reglamento a la normativa comunitaria vigente.—IV. Interpretación Jurisprudencial.—V. Régimen de Responsabilidad. 1. Responsabilidad bajo la Ley 34/2002. 2. Responsabilidad bajo la Directiva 2000/31/CE y la Directiva (UE) 2019/790. 3. Responsabilidad bajo el Reglamento. 4. Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en Estados Unidos.—VI. Obligaciones.—VII. Conclusiones.

Resumen: El presente trabajo analiza los aspectos más relevantes del Reglamento UE 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales, haciendo especial hincapié en el sistema de diligencia debida vinculado a las plataformas en línea y las principales obligaciones que les resultan de aplicación. De igual modo y relacionado con lo anterior, se ha analizado el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Para ello, se ha acudido a múltiples referencias jurisprudenciales que han ayudado a configurar los criterios hoy vigentes a través del presente Reglamento. Por otro lado, se ha realizado un ejercicio comparativo entre el rumbo legislativo de EE. UU. y la UE en materia de responsabilidad de las plataformas en línea, que nos permite identificar el diferente grado de exigencia en cuanto a las obligaciones y responsabilidad de dichos prestadores de servicios.

Palabras clave: Internet, prestadores de servicios intermediarios, diligencia debida, responsabilidad, obligaciones.

Abstract: *This work analyzes the most relevant aspects of EU Regulation 2022/2065 relating to a single market for digital services, placing special emphasis on the due diligence system linked to online platforms and the main obligations that apply to them. Similarly and related to the above, the liability regime of intermediary service providers has been analyzed. To this end, multiple jurisprudential references have been used that have helped configure the criteria in force today through this*

Regulation. On the other hand, a comparative exercise has been carried out between the legislative direction of the US and the EU regarding the responsibility of online platforms, which allows us to identify the different degree of demand regarding the obligations and responsibility of such service providers.

Keywords: *Internet, intermediary service providers, due diligence, responsibility, obligations.*

I. Introducción

Si existe un tema controvertido en relación con la regulación de las plataformas digitales, es el relativo a la responsabilidad que éstas asumen respecto a los contenidos de terceros.

La problemática que esta cuestión viene suscitando desde hace años, proviene del hecho de que las plataformas son prestadores de determinados servicios de intermediación, pero no son los propietarios de los contenidos ni los controlan, lo cual unido al elevado volumen de contenidos y al hecho de que en muchas ocasiones los clientes de estos servicios no se identifican con datos reales, da lugar a que se publiquen o compartan contenidos ilícitos difícilmente controlables por el prestador de servicios. Esto además, junto a una regulación fragmentada a nivel europeo, ha provocado confusión y dificultad en la persecución de estos comportamientos.

Para tratar de zanjar la cuestión, la Comisión Europea lleva trabajando varios años en un proyecto de Reglamento que finalmente ha culminado en el Reglamento UE 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales, también denominado Ley de Servicios Digitales, Digital Services Act o DSA (en adelante «el Reglamento»), el cual viene a establecer un marco de responsabilidades, así como una serie de obligaciones para los prestadores de servicios, de modo que se configure una regulación uniforme que evite los desajustes que se han venido produciendo y que han generado en el pasado numerosos conflictos judiciales, como más adelante veremos.

Además, el Reglamento viene a abordar las deficiencias del marco normativo previo en lo que respecta a los prestadores de servicios de intermediación, y a reflejar la posición del Tribunal de Justicia Europeo, que venía demandando una mayor responsabilidad por parte de dichos intermediarios. Aunque en la práctica no implica una revolución respecto a los criterios previos de responsabilidad fijados por la Directiva 2000/31/CE¹ sobre el Comercio Electrónico, sí es destacable el desarrollo que hace de éstos.

En esta línea hay dos cuestiones que suponen novedades reseñables respecto al régimen de responsabilidad previo de la Directiva 2000/31/CE. Por un lado, se encuentra el cambio en el ámbito de aplicación. Éste queda ahora desligado del lugar de establecimiento de los prestadores de los servicios, siendo solo relevante que se presten en la Unión Europea, lo cual resulta evidentemente un avance, al facilitar y ampliar el alcance de las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios, evitando así la disparidad de regulaciones nacionales que lo único que favorecían es que los distintos

¹ La Directiva 2000/31/CE fue transpuesta a la legislación española a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Estados miembros cayeran en la tentación de formular normativas lo más beneficiosas posibles para dichos prestadores, con el fin de atraerlos a establecer sus sedes en sus territorios. Ahora con el Reglamento, estarán sometidos al mismo régimen de responsabilidad con independencia del país de establecimiento, siempre que presten sus servicios en la Unión Europea.

Por otro lado, nos encontramos con el nuevo criterio de «conocimiento efectivo» configurado por el Reglamento. Mientras que en el caso español, el conocimiento efectivo venía definido como el obtenido por la comunicación de un tercero «cualificado» y en con base a en un «procedimiento» determinado, el Reglamento lo amplía notablemente, dando cabida por un lado a la iniciativa propia del prestador de servicios y dando validez a las comunicaciones de particulares que estén suficientemente fundamentadas, poniendo por tanto ahora el foco de atención sobre el prestador de servicios y dejando de ser éste un mero sujeto pasivo y convirtiéndose en un sujeto activo que investiga por iniciativa propia y que debe evaluar y tomar medidas frente a las comunicaciones de particulares. Aunque se pueda criticar la falta de concreción en medidas específicas, no deja de ser un avance importante, que es lo suficientemente flexible para permitir a los prestadores adaptar las medidas oportunas en función de sus posibilidades, sin desproteger por ello a los terceros afectados, ya que ahora se da más peso a las comunicaciones o reclamaciones realizadas por éstos.

Otro de los motivos que justifica esta nueva regulación, se debe a que tras la adopción de la Directiva de Comercio Electrónico, hemos visto cómo se desarrollaban nuevos servicios digitales que han calado y transformado la vida de los ciudadanos en muchos aspectos², lo cual no está exento de riesgos y desafíos, por lo que el legislador comunitario ha entendido que existía una necesidad de regulación y ordenación de los mismos.

Por otro lado, cabe también mencionar que los Estados que son miembros de la UE habían adoptado, o estaban planteándose la adopción, de leyes nacionales relativas a las materias que finalmente regula el Reglamento, lo que podría haber provocado diferencias con un efecto divergente entre las distintas leyes nacionales, afectando de manera negativa al mercado interior, en base al artículo 26 y artículos 28 a 37 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el cual debe comprender un espacio sin fronteras interiormente, donde se garantice tanto la circulación libre de bienes y servicios, como la libertad de establecimiento.

De igual modo, la Unión Europea pretende establecer un marco político, económico y legal que sea favorable para el fortalecimiento de su soberanía

² Pedro Jesús Jiménez Vargas, *Comercio electrónico y economía digital: fiscalidad, retos y desafíos* (Cizur Menor: Aranzadi, 2023), 65-74.

tecnológica³ y contrarrestar así el control monopólico que ejercen determinadas corporaciones extracomunitarias. De hecho, la propia Comisión Europea los ha señalado como un riesgo para los derechos fundamentales, la innovación, el desarrollo tecnológico, la pluralidad de medios y los valores democráticos⁴.

Por todas estas razones, la Comisión Europea decidió elaborar una propuesta de Reglamento para garantizar el mismo nivel de protección en toda la Unión, que también evitara desacuerdos que obstaculicen el libre intercambio de los servicios digitales y garantizara la uniformidad de derechos entre empresas y consumidores. Esto sería una necesidad para tratar de garantizar la seguridad jurídica y la transparencia entre los prestadores de servicios y los consumidores.

También debe tenerse en cuenta que el Reglamento, como norma de derecho derivado, también se fundamenta en el respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en aquellos derechos fundamentales que representan principios generales del Derecho Comunitario⁵. Por lo tanto, el Reglamento debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con estos principios fundamentales, dentro de los que se incluye la libertad de expresión e información de los medios de comunicación⁶.

El Reglamento viene de este modo a establecer un control sistemático, tanto de derechos como de obligaciones, y a determinar las sanciones apropiadas en los Estados miembros, de igual modo que una efectiva cooperación entre los diferentes Estados y los reguladores a nivel de la UE.

Además, entre las aspiraciones que pretende alcanzar dicha norma, podemos destacar el favorecimiento de la innovación, así como el crecimiento y la competitividad. De igual modo se pretende facilitar la expansión de las empresas emergentes, de las PYMEs y de las plataformas más pequeñas⁷.

³ Aitor Jiménez González y Ekaitz Cancela, «La economía política del capitalismo digital en España», *Instituto 25M*, (2020), acceso el 02 de febrero de 2024, <https://instituto25m.info/wp-content/uploads/2020/12/Working-Paper-ISTITUTO-25M.pdf>.

⁴ Guillaume Klossa, «Towards European Media Sovereignty an Industrial Media Strategy to leverage Data, Algorithms and Artificial Intelligence». *Report, European Commission*, (2019), acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/info/publications/towards-european-media-sovereignty_en.

⁵ Chiara Amalfitano, *General Principles of Eu Law and the Protection of Fundamental Rights*. Cheltenham, (UK: Edward Elgar Publishing, 2018), 5-18.

⁶ Jonatan Cruz Ángeles, «Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso». *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, n.º 2, (2022): 301.

⁷ Comisión Europea, «Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea seguro y responsable», acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es.

De este modo el Reglamento aspira a convertirse en un referente, como ya ocurrió con el Reglamento General de Protección de Datos, y ser un exponente europeo de una digitalización orientada a las personas, en la que se promuevan la innovación, el desarrollo económico y social, así como el respecto a los derechos de usuarios y empresas⁸. Y para tratar de alcanzar estos objetivos, se configura entre los usuarios, las plataformas y las administraciones públicas un equilibrio de responsabilidades basado en los valores europeos, de modo que se ponga en el centro de la protección, los derechos de los ciudadanos.

Pero el Reglamento no está exento también de críticas. Así nos encontramos autores como JIMENEZ GONZÁLEZ y CANCELA⁹ que consideran que este nuevo modelo arrastra importantes deficiencias del modelo anterior. Por un lado, debido a que, a pesar de los avances de la nueva legislación, el Reglamento sigue haciendo hincapié en el modelo de vigilancia del discurso Online, «sin contemplar que la lógica que subyace en la viralización de determinados contenidos no responde a una intencionalidad ideológica del emisor, sino a la lógica mercantilista que inspiran los algoritmos de las plataformas»¹⁰. Y por otro lado, porque «parece técnicamente imposible controlar el total del contenido Online sin aumentar el ya de por sí vigilado contexto digital, lo que se contrapone con el derecho a los datos, la privacidad y la libertad de expresión, entre otros valores jurídicos».

De igual modo vemos cómo CRUZ ANGELES¹¹ echa en falta en el texto del Reglamento «un pronunciamiento claro acerca de la responsabilidad que asumen los mercados en línea en las obligaciones contraídas por los profesionales que ofrecen bienes, servicios y contenidos a través de dichos entornos virtuales».

Sin embargo, y a pesar de sus carencias, el Reglamento supone un avance en la regulación de las plataformas en línea y la protección de los ciudadanos, tal y como desarrollaremos en los siguientes epígrafes.

⁸ Rafael Pérez Galindo, «La nueva regulación europea de intermediarios digitales: Digital services act». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 925, (2022): 42.

⁹ Aitor Jiménez González y Ekaitz Cancela, «¿Es posible gobernar a las plataformas digitales? Análisis crítico de la Ley Europea de Servicios Digitales». *Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, vol. 20, n.º 1, (2023): 95.

¹⁰ Ori Schwarz, «Facebook rules: Structures of governance in digital capitalism and the control of generalized social capitals». *Theory, Culture & Society*, vol. 36(4), (2019): 117-141, doi: <https://doi.org/10.1177/0263276419826249>.

¹¹ Jonatan Cruz Ángeles, «Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso», 294-318.

II. Justificación de la aparición del Reglamento

De cara a determinar el contexto europeo en el que surge este proyecto de Reglamento, resulta relevante acudir en primer lugar a la Comunicación «Shaping Europe's Digital Future»¹² de febrero de 2020, en la que la propia Comisión ya manifestaba como esencial, que las normas aplicables a la prestación de servicios digitales en la UE fueran fortalecidas y modernizadas, clarificando la posición y responsabilidad de las plataformas Online. Esto, como vemos, implicaba ya de facto un claro reconocimiento de las carencias normativas existentes.

Pero ésta no fue la única manifestación de las instituciones europeas en dicho sentido. Así caben destacar también las conclusiones de algunas resoluciones del Parlamento Europeo, que han venido a sentar las bases para la aparición del Reglamento.

Entre ellas tienen especial relevancia: la Resolución relativa a la Ley de servicios digitales sobre la mejora del funcionamiento del mercado único, de 20 de octubre de 2020¹³, en la que se exigía una reforma del marco jurídico de comercio electrónico en la UE y se abogaba por la prohibición de imponer una obligación general de supervisión; la Resolución en virtud del procedimiento no legislativo sobre la Ley de servicios digitales y cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales¹⁴, en la que se ponía de manifiesto la necesidad de claridad jurídica para las plataformas y los usuarios y se requería una armonización normativa en materia de ilicitud de contenidos en línea y los requisitos de exención de responsabilidad de los prestadores de servicio; y la Resolución relativa a la Ley de servicios digitales sobre la adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea¹⁵, donde se exponía la necesidad de un mecanismo de «notificación y acción» que permitiera actuar contra los contenidos ilícitos, así como normas exhaustivas en materia de publicidad en línea

¹² Comisión Europea, «Shaping Europe's Digital Future», Comunicado de 19 de febrero de 2020, acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eufordigital.eu/library/shaping-europes-digital-future/>

¹³ Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, sobre una mejora del funcionamiento del mercado único [2020/2018(INL)], acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020IP0272>.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 sobre la adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea [2020/2019(INL)], acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020IP0273>.

¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 sobre la Ley de servicios digitales y cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales [2020/2022(INI)], acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020IP0274&qid=1692954505917>.

Cabe de igual modo destacar que el Reglamento ha tenido también en consideración la Recomendación sobre contenidos ilícitos del año 2018¹⁶, la cual parte de la experiencia que ha venido adquiriendo respecto de las medidas de autorregulación que han sido promovidas por parte de la Comisión, como es el compromiso relativo a la seguridad en los productos¹⁷, el memorando de entendimiento sobre productos falsificados¹⁸, el Código de conducta que trata de erradicar los delitos de incitación al odio en Internet¹⁹, y el Foro de Internet de la UE relativo al contenido terrorista en línea.

Por su parte, el Consejo de Europa emitió en el año 2020 un informe de conclusiones sobre la configuración del futuro digital en Europa²⁰, donde acogía positivamente la noticia de una nueva Ley de servicios digitales y hacía mención a «la necesidad de contar con unas normas sobre responsabilidades y rendición de cuentas para los servicios digitales que sean claras, armonizadas y basadas en hechos y que garanticen a los intermediarios de Internet un nivel adecuado de seguridad jurídica». Este mensaje se vería reiterado en las Conclusiones que emitió el Consejo de Europa el 2 de octubre de 2020²¹.

Como puede observarse, existía una fuerte corriente política que abogaba por una serie de cambios sustanciales en la regulación de un sector que resulta absolutamente crítico, y que de manera inevitable va adquiriendo cada vez un peso mayor, por lo que la aparición del Reglamento viene a tratar de dar respuesta a estas demandas y a ofrecer soluciones comunes a todos los Estados miembros para afrontar dichos problemas.

¹⁶ Recomendación de la Comisión Europea, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea [COM (2018) 1177 final], acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32018H0334>.

¹⁷ Comisión Europea, «Product safety pledge», acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety/product-safety-pledge_en.

¹⁸ Comisión Europea, «Memorandum of understanding on the sale of counterfeit goods on the Internet», acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property/enforcement/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet_en.

¹⁹ Comisión Europea, «The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online», acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en.

²⁰ Conclusiones del Consejo de Europa sobre la configuración del futuro digital de Europa, 8711/20 de 9 de junio de 2020, acceso el 02 de febrero de 2024, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8711-2020-INIT/es/pdf>.

²¹ Conclusiones del Consejo de Europa, EUCO 13/20, de 2 de octubre de 2020, acceso el 02 de febrero de 2024, <https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf>.

III. Afectación del Reglamento a la normativa comunitaria vigente

Para determinar la manera en que el Reglamento ha afectado a la normativa comunitaria vigente, debemos referirnos en primer lugar a la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico, ya que no en vano, la propia denominación del Reglamento nos remite a ella: «Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE».

Tras la entrada en vigor de la Directiva 2000/31/CE, hace más de 20 años, surgieron nuevos modelos y servicios comerciales innovadores, como serían las redes sociales y también las denominadas plataformas en línea, que entre otras cosas, vinieron a permitir a los consumidores la posibilidad de formalizar contratos a distancia con los comerciantes de dichas plataformas.

Estas plataformas también vinieron a permitir que tanto los usuarios, como los profesionales y los consumidores pudieran comunicarse entre sí, obtener información y realizar transacciones mediante formas novedosas. Esto hizo que la Directiva 2000/31/CE se encontrara en determinados momentos con dificultades para dar encaje legal a comportamientos que no estaban inicialmente previstos en el momento de su redacción.

Por otro lado, la seguridad jurídica proporcionada por la regulación horizontal relativa a la exención de responsabilidad respecto de los proveedores de servicios de intermediación establecida por la Directiva 2000/31/CE, permitió la creación y desarrollo de nuevos servicios en el mercado único, motivo por el cual el legislador europeo determinó que el marco configurado por la Directiva 2000/31/CE debía mantenerse. Sin embargo, dadas las diferencias entre su transposición y la propia aplicación de sus disposiciones a nivel nacional, el legislador consideró que dicho marco también debía incluirse en el Reglamento en aras a la claridad y la coherencia, teniendo además en cuenta cómo habían sido interpretados determinados elementos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia.

En cuanto a la configuración por la Directiva 2000/31/CE de los órdenes, tanto de actuación como de entrega de información en relación con contenidos ilícitos (art. 19), están inicialmente sujetas a las normas de competencia del Estado miembro del establecimiento del prestador de servicios. Y en cuanto a las disposiciones sobre posibles excepciones a la citada competencia, vienen recogidas en el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE, siendo sólo exigibles cuando se cumplan las condiciones previstas en dicho precepto.

Respecto a la publicidad en línea, el Reglamento ha considerado que existen lagunas de la regulación previa que pueden contribuir de manera involuntaria a generar riesgos significativos, que van desde la publicación de anuncios que sean contenidos ilícitos en sí mismos, hasta el incentivo económico de la generación de actividades y contenidos en línea que tengan la consideración de ilícitos, o la propia presentación de anuncios discriminatorios que afecten a la igualdad de trato y de oportunidades de los ciudadanos. Por este motivo, a parte de los propios requisitos exigidos en el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE, con el Reglamento (art. 26) los prestadores de plataformas en línea, deberán tratar que los destinatarios de dichos servicios tengan acceso a la información necesaria que permita conocer el momento en que se realiza y la titularidad del anuncio.

Pero además de la vinculación del Reglamento con la Directiva 2000/31/CE, también conviene señalar que dicha norma ha venido a complementar la legislación sectorial ya existente, en la medida en que dicha legislación sectorial no contengan disposiciones más específicas que sean también de aplicación. Así, conforme apunta MONJAS GONZÁLEZ, esas reglas específicas (como *lex specialis*) «se aplicarán con preferencia a las reglas de horizontales que establece el Reglamento, aunque las reglas generales podrían cubrir cualquier brecha en ese régimen»²².

De este modo podemos reseñar la siguiente normativa específica, vinculada con el Reglamento:

- El Reglamento (UE) 2019/1150²³, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.
- La Directiva (UE) 2019/2161²⁴, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo, y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la moderni-

²² Sonia Monjas González, «Relevancia del reglamento de ley de servicios digitales para las autoridades reguladoras del audiovisual». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 925, (2022): 63.

²³ El Reglamento (UE) 2019/1150, que establece una serie de obligaciones de transparencia a cargo de los proveedores de servicios de intermediación en línea y motores de búsqueda en línea en sus relaciones con las empresas que ofrecen sus bienes y servicios a través de ellos, resulta directamente aplicable desde el 12 de julio de 2020.

²⁴ El 28 de mayo de 2022 entraron en vigor mediante el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, las modificaciones legislativas operadas por la transposición de la Directiva 2019/2161 de mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Esta transposición supuso modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y otras leyes complementarias.

- zación de las normas de protección de los consumidores de la Unión. En este caso las disposiciones del Reglamento suponen un complemento a lo dispuesto en dichas directivas.
- El Reglamento (UE) 2016/679²⁵ 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, así como otras normas relativas la protección de los datos personales y la privacidad de las comunicaciones. En este caso las disposiciones del Reglamento relativas a la publicidad en plataformas en línea vienen a complementar las disposiciones actuales relativas al consentimiento y oposición al procesamiento de datos personales. De este modo se establecen obligaciones relativas a la transparencia con los usuarios de las plataformas en línea, brindándoles información que les permitirá ejercer sus derechos como partes interesadas (art. 26 del Reglamento).

IV. Interpretación jurisprudencial

Como se ha apuntado anteriormente, la interpretación jurisprudencial que ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de ciertos elementos de la normativa precedente, ha sido fundamental en aras de tratar de salvar las diferencias, tanto en la transposición, como en la aplicación de determinadas normas, por lo que dichas sentencias no sólo han sido tenidas en cuenta por el Reglamento, sino que se han incorporado sus criterios de interpretación al propio texto.

Aunque como veremos, existen pronunciamientos judiciales que pueden llegar a ser dudosos o incluso contradictorios con ciertos principios comunitarios, sí hay una serie de sentencias sobre las que no hay cuestionamiento y que marcan determinadas líneas de interpretación que resultan interesantes para comprender el posicionamiento del Reglamento.

Por un lado, en relación con la concreción de la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, nos podemos referir a las siguientes:

- STJUE (Gran Sala), de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial del Asunto *Tietosuojavaluutettu vs Satakunnan Markkinapörssi Oy*

²⁵ El Reglamento (UE) 2016/679 resultó directamente aplicable sin necesidad de una ley de transposición. Sin embargo, dejó obsoleta la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) de 1999, siendo sustituida el 6 de diciembre de 2018 por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, acorde con el Reglamento.

y *Satamedia Oy* C-73/07²⁶. En este caso el TJUE determinó que la libertad de expresión es ejercida por todos aquellos que difunden contenido a través de Internet, exista o no un ánimo de lucro.

- STJUE de 6 de noviembre de 2003, Asunto *Lindqvist* C-101/01²⁷. Aquí el TJUE consideró que el juez nacional tiene la responsabilidad fundamental de aplicar en el ámbito estatal el principio de proporcionalidad a la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, incluida la protección de datos, lo cual afecta también al ámbito de Internet.

Por otro lado, también nos encontramos con resoluciones judiciales en relación con la delimitación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet:

- STJUE de 23 de marzo de 2010 (Asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France y Louis Vuitton*)²⁸. En este caso el TJUE consideró que el prestador de servicios de Internet, así como el mero intermediario, mantienen una exclusión de responsabilidad «cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados».
- STJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto *Scarlet Extended vs. Sabam* C-70/2010²⁹, y STJUE de 16 de febrero de 2012, Asunto *Sabam vs. Netlog* C-360/10³⁰. Aquí el TJUE manifestó que no se debe exigir a los prestadores o intermediarios, que implementen controles o filtros técnicos de contenidos en Internet sin diferenciar entre contenidos lícitos o ilícitos.

Y también resulta de interés la siguiente sentencia relativa a las medidas que se deben adoptar por dichos prestadores de servicios, en relación con eventuales contenidos ilícitos:

²⁶ STJUE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial del Asunto *Tietosuojavaltautettu vs Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy* C-73/07 (ECLI:EU:C:2008:727). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0073&qid=1671099295737>.

²⁷ STJUE de 6 de noviembre de 2003, Asunto *Lindqvist* C-101/01 (ECLI:EU:C:2003:596). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62001CJ0101>.

²⁸ STJUE de 23 de marzo de 2010, Asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France y Louis Vuitton* (ECLI:EU:C:2010:159). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0236>.

²⁹ STJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto *Scarlet Extended vs. sabam* C-70/2010 (ECLI:EU:C:2011:771). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0070&qid=1671101000240>.

³⁰ STJUE de 16 de febrero de 2012, Asunto *sabam vs. Netlog* C-360/10 (ECLI:EU:C:2012:85). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0360&qid=1671101287035>.

- STJUE de 7 de marzo de 2013, Asunto *ITV Broadcasting Ltd. y otros / TVCatchup Ltd*) C-607/11³¹. En dicha sentencia el TJUE estipuló que el titular de derechos de propiedad intelectual afectado por la vulneración de los derechos sobre sus obras, puede requerir la prohibición de la retransmisión de éstas por considerarse una «comunicación al público» en Internet no consentida.

Sin embargo, existe otro precedente judicial más reciente y de relevancia para la materia analizada, que conviene tener en consideración. Se trata de la sentencia de 22 de junio de 2021 del TJUE, en los asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, *YouTube y Cyando/Uploaded.to*³², donde el TJUE se pronunció sobre la responsabilidad de las plataformas digitales antes de la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/790, que analizaremos más adelante.

Hasta ese momento, en el ámbito del Derecho digital europeo, se consideraba que las plataformas en línea no tenían una responsabilidad directa por la carga ilegal de obras protegidas por parte de sus usuarios, aunque los titulares de derechos de autor podían obtener medidas cautelares en virtud del Derecho de la UE contra estas plataformas, e incluso medidas dirigidas también a evitar nuevas lesiones³³.

En esta sentencia, el TJUE confirmó este criterio, de modo que el operador de una plataforma en la que los usuarios pudieran publicar ilegalmente contenidos en línea no realizaba una comunicación al público «a menos que, más allá de la mera puesta a disposición de la plataforma, contribuya a proporcionar al público acceso a tales contenidos vulnerando los derechos de autor» (FJ 102). Esto sucede, en particular, cuando el operador tiene «conocimiento efectivo» de la puesta a disposición ilícita de un contenido protegido en su plataforma (a diferencia de las sospechas o el conocimiento general de que algún contenido puede ser ilegal) y se abstiene de eliminarlo o de bloquear el acceso a él con prontitud.

El TJUE confirmó también en esta sentencia que el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE era aplicable siempre que el operador «no desempeñe un papel activo que pueda conferirle un conocimiento y un control de los contenidos subidos a su plataforma» (FJ 117).

³¹ STJUE de 7 de marzo de 2013, Asunto C-607/11 (*ITV Broadcasting Ltd. y otros / TV-Catchup Ltd*) (ECLI:EU:C:2013:147). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0607&qid=1671101416816>.

³² STJUE de 22 de junio de 2021, en los asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, *YouTube y Cyando/Uploaded.to* (ECLI:EU:C:2021:503). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0682>.

³³ Véase, en este sentido, la STJUE de 16 de febrero de 2012, *SABAM*, C-360/10 (ECLI:EU:C:2012:85), apartado 29 y jurisprudencia allí citada. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119512&doclang=ES>.

De este modo, la diligencia que le resultaría exigible a este tipo de prestadores para beneficiarse de la exención de responsabilidad iría en relación con los riesgos asociados al servicio que prestan y la implementación de controles sobre la actividad de sus clientes. Por ello, en Europa y a diferencia de lo que ocurre en otras regiones, el legislador terminó apostando por potenciar la protección, por ejemplo, de los derechos de propiedad intelectual, asumiendo su tutela frente al desarrollo sin freno de los servicios de compartición de contenidos en Internet³⁴.

Por otro lado, también resulta relevante referirnos a determinadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han ayudado a delimitar aquellos aspectos que pudieran entrar en conflicto con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁵ y que han permitido armonizar ciertos principios en materia de responsabilidad de los alojadores de contenidos en Internet.

Así nos encontramos con el Asunto Delfi AS c Estonia 64569/09 de 10 de octubre de 2013³⁶, cuyo recurso fue admitido ante la Gran Sala del TEDH, que la vino a ratificar en su sentencia de 16 de junio de 2015³⁷. En este caso el asunto en cuestión trataba sobre Delfi, que era un medio digital estonio que permitía a sus usuarios comentar las noticias publicadas. Y precisamente, un comentario resultó ser un insulto al honor de un destacado empresario, de modo que la responsabilidad de este daño recayó en el medio digital.

El TEDH determinó que el hecho de que los intermediarios de Internet sean responsables de los contenidos ilícitos que transmiten era una restricción a la libertad de expresión del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁸, aunque admitía que esta restricción podría ser admisible

³⁴ Moisés Barrio Andrés, «La sentencia del TJUE YouTube y la responsabilidad de los operadores de plataformas digitales», *Diario La Ley* (2021), acceso el 02 de febrero de 2024, <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/07/19/la-sentencia-del-tjue-youtube-y-la-responsabilidad-de-los-operadores-de-plataformas-digitales>.

³⁵ Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos nos. 11, 14 y 15 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16 (BOE 243, de 10 de octubre de 1979).

³⁶ STEDH de 10 de octubre de 2013, Asunto Delfi AS c Estonia (ECLI:CE:ECHR:2013:1010JUD006456909). <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-126635>.

³⁷ STEDH de 16 de junio de 2015, Asunto Delfi AS c Estonia (ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909). <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-213698&filename=CASE%20OF%20DELFI%20AS%20v.%20ESTONIA%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf>.

³⁸ Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos nos. 11, 14 y 15 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16. Acceso el 24 de agosto de 2023. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

en el caso de que esté prevista por la ley, tenga una finalidad legítima y sea necesaria en una sociedad democrática.

De este modo el TEDH, seguramente en aras de evitar un eventual conflicto con el derecho de la Unión Europea, consideró que la atribución de responsabilidad por los contenidos en Internet era un asunto cuya decisión final es básicamente de nivel nacional. De ahí la importancia de las regulaciones legales internas de cada Estado miembro y de la interpretación por los tribunales nacionales, a quienes concede un margen importante de discrecionalidad (aps. 71 y ss.).

El TEDH vino por tanto a admitir, en base a la regulación normativa estona, que se otorgara al editor, la responsabilidad por los contenidos del medio digital, cuando consistiera en comentarios de usuarios. Pero, por otro lado, no hizo extensible esta consideración al conjunto de Internet o a otros países.

Además, consideraba que el hecho de aplicar medidas que traten de evitar contenidos ilícitos, no es en sí mismo suficiente como para suponer una exención de responsabilidad.

De hecho, tampoco resultó suficiente la implantación de un filtro destinado a detectar palabras malsonantes por parte del medio digital; ni el hecho de que tuviera operativo un sistema que permitía la denuncia de aquellos contenidos que se pudieran considerar como impropios, el cual daba acceso a que con un solo clic fueran revisados y en su caso retirados; ni que el denunciante no hubiera hecho uso de dicho sistema. Además, tampoco sirvió la circunstancia de que fuera habitual la retirada de oficio por el medio digital, de determinados contenidos (ap. 87, 2013); ni que el medio digital retirara los comentarios tan pronto como se lo comunicó la persona afectada.

El TEDH incluso consideró que el denunciado podría haber implantado un sistema más robusto para la correcta identificación de los usuarios o un control inmediato de cada comentario, ya fuera previo o inmediatamente posterior a su publicación (ap. 91, 2013).

V. Régimen de responsabilidad

1. *Responsabilidad bajo la Ley 34/2002*

En cuanto a la regulación española de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, debemos acudir a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), la cual establece el marco jurídico para los servicios de la sociedad de la información y la contratación por medios electrónicos, con-

cretando las obligaciones de los proveedores de servicios y su régimen de responsabilidad³⁹.

Una primera cuestión que se nos plantea al respecto es si estos criterios de responsabilidad aplican exclusivamente a los prestadores de servicios establecidos en España o si también son aplicables a los establecidos en otros países. Esto resulta relevante dado que los principales proveedores de servicios se encuentran localizados fuera de España e incluso de la UE y eso podría dificultar la ejecución de la responsabilidad en su caso. Pues bien, el criterio general de aplicación de la LSSI es que afecta a los prestadores de servicios establecidos en España, y resulta del mismo modo aplicable a aquellos que aun sin residir en España, realizan una prestación de servicios de la sociedad de la información mediante un establecimiento situado de manera permanente en España.

De igual modo, la LSSI resulta de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que se hallen establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea cuando el receptor de los servicios esté radicado en España y dichos servicios afecten, entre otras materias, a Derechos de propiedad intelectual o industrial. Sin embargo, respecto a los prestadores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea, habrá que atender a los acuerdos internacionales que resulten de aplicación.

Pues bien, aunque los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, existe un régimen particular en la LSSI para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, en función del tipo de servicio que realizan. Entre ellos, el art. 16 LSSI incluye a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

Respecto a éstos, la LSSI determina que los prestadores de un servicio de intermediación que consista en albergar datos que han sido proporcionados por el destinatario de dicho servicio, no serán responsables por dicha información, siempre que:

- a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

³⁹ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Propiedad Intelectual*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023), 461-469.

Según esto, podríamos simplificar el asunto afirmando que las plataformas digitales no serían responsables por los contenidos que sean compartidos por sus usuarios, en tanto que no tengan dicho conocimiento efectivo o en su caso no actúen con diligencia para retirar estos contenidos. Por lo tanto, la norma española no obligaría a un determinado deber de vigilancia.

De hecho, el propio art. 16 LSSI, al definir el conocimiento efectivo, establece que éste aplicará sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. Responsabilidad bajo la Directiva 2000/31/CE y la Directiva (UE) 2019/790

Por su parte la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico también introdujo un régimen de exención de responsabilidad de los proveedores e intermediarios, condicionado al conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos (artículos 12 a 15). En términos generales, esta directiva establece que los proveedores de servicios de internet no están obligados a vigilar los contenidos que transmiten (art. 15), ni son responsables de éstos si son ilícitos, pero sí tienen el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando tengan «conocimiento efectivo» de la ilicitud, de lo contrario no gozarían de la exención de responsabilidad.

Un ejemplo de la aplicación de este criterio lo encontramos en la Sentencia del 12 de julio de 2012 del TJUE sobre el denominado caso L'Oréal contra eBay⁴⁰, en el que entre otras cuestiones, se decidía sobre la responsabilidad de eBay por el contenido ilícito publicado por sus usuarios. En este caso el Tribunal determinó que eBay no puede invocar la exención de responsabilidad prevista en la Directiva 2000/31/CE si «ha tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), de dicho artículo 14 de la Directiva 2000/31»⁴¹. Este criterio de aplicación ha supuesto que autores como

⁴⁰ STJUE de 12 de julio de 2012, Asunto L'Oréal contra eBay (ECLI:EU:C:2011:474). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=107261&doclang=ES>.

⁴¹ Thomas Hoffmann y Sander Sagar. «Intermediary Liability in the EU Digital Common Market-from the E-Commerce Directive to the Digital Services Act». *IDP: revista de Internet, derecho y política*, n.º extra 34, (2021): 4.

CLARK y SCHUBERT⁴² interpreten que la exención de responsabilidad de los operadores de mercados en línea pasa entonces por que aumenten sus costes para impedir la circulación de contenidos ilegales e infracciones de propiedad intelectual o, por el contrario, opten por ser «lo suficientemente inactivos» para evitar la responsabilidad y mantenerse dentro del alcance de la exención prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE.

En cualquier caso, si se cumplían los requisitos para la exclusión, no era necesario analizar el tipo de responsabilidad, ya fuera civil, penal o administrativa (tal como se establece en los considerandos 42 a 44 de la Directiva 2000/31/CE). Simplemente, no habría responsabilidad por parte del prestador o intermediario.

No obstante, si no se cumplían los requisitos para aplicar la exclusión, esto no conllevaba automáticamente la responsabilidad del prestador o intermediario. El hecho de no cumplir dichos requisitos, sólo implicaba la no aplicación de la exención, pero no suponía una atribución de responsabilidad. Por lo tanto, en el caso de no aplicar la exclusión, se debía pasar al examen de eventuales responsabilidades en el ámbito civil, penal o administrativo.

Otro aspecto relevante de la Directiva 2000/31/CE, es que no concreta lo que ocurre con aquellos que realizan actividades meramente gratuitas, careciendo incluso de ingresos indirectos, como serían por ejemplo los «banners publicitarios». En este caso, si se considerara que no se ajustan a la definición legal de «servicios de la sociedad de la información», no les aplicaría la exención de responsabilidad contemplada en la Directiva 2000/31/CE, ya que esta directiva se aplica exclusivamente a los «prestadores de servicios» que realizan actividades económicas. Por tanto, las entidades que brindan servicios sin contraprestación económica y no generan ingresos, no estarían protegidas por la Directiva 2000/31/CE, ya que no se les consideraría solventes desde una perspectiva económica⁴³.

La Directiva 2000/31/CE también plantea el problema de no determinar claramente si esta exclusión de «responsabilidad» relativa a los intermediarios resulta de aplicación a los prestadores de servicio de intermediación que además de prestar un servicio de hosting, permiten que sus usuarios creen contenido propio.

⁴² Birgit Clark, Maximilian Schubert, «Odysseus between Scylla and Charybdis? The ECJ rules in L'Oréal v eBay». *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 6, n.º 12, (2011): 880-888, doi: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpr143>.

⁴³ Esto carece de sentido para un sector doctrinal, ya que la misión final de los intermediarios sería la de facilitar la comunicación entre usuarios. Véase al respecto Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*. (Madrid: Civitas, 2015), 258.

Una interpretación doctrinal que trató de dar solución a esta cuestión, la encontramos en CAVANILLAS MÚGICA⁴⁴ o PEGUERA POCH⁴⁵. Estos autores consideraron, que si se califican como «ilegales» los contenidos alojados en el servidor de una página web perteneciente a un prestador que, a su vez, ofrece servicios a sus clientes, entonces esta figura de «intermediario» también debería beneficiarse de la «exención de responsabilidad», siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos.

Pues bien, este sistema de asunción de responsabilidad configurado en la Directiva 2000/31/CE se vio afectado por la aparición de la Directiva (UE) 2019/790⁴⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Dicha Directiva, entre otras cuestiones, modifica el régimen de responsabilidad de los proveedores de alojamiento con respecto a los contenidos generados por sus usuarios, relacionados con las posibles infracciones de derechos de autor que puedan surgir a raíz de dichos contenidos almacenados y compartidos⁴⁷. El objetivo principal de la regulación contenida en dicha Directiva es suprimir el desequilibrio que existe entre el valor añadido que los prestadores de alojamiento de contenidos ajenos obtienen de obras protegidas y el retorno que reciben los titulares de los derechos, denominado «value gap»⁴⁸.

Como el propio BARRERO ORTEGA⁴⁹ manifiesta, «ante el imparable menoscabo de los derechos de autor en el ciberespacio, la reciente Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril

⁴⁴ Santiago José Cavanillas Múgica, «La responsabilidad de los proveedores de la información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico», en *Responsabilidades de los proveedores de la información en Internet*, dir. por Santiago José Cavanillas Múgica (Granada: Comares, 2007), 38-39.

⁴⁵ Miquel Peguera Poch, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. (Granada: Comares, 2007), 274-277.

⁴⁶ La Directiva (UE) 2019/790 se incorporó a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre. Una parte quedó contenida en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) y otra parte permaneció en el articulado del propio Real Decreto-ley, concretamente en sus artículos 65 a 79.

⁴⁷ Reyes Sánchez Lería. «Plataformas de alojamiento y contenidos ilícitos en Internet. Reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital». *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, n.º 3, (2020): 183.

⁴⁸ Eduardo Serrano Gómez, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», en *Medios de comunicación, contenidos digitales y derecho de autor*, dir. por Eduardo Serrano Gómez (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2019), 60-61.

⁴⁹ Abraham Barrero Ortega, «Responsabilidad de los intermediarios de Internet en el derecho de la UE». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 123, (2021): 122.

de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, exige que los servicios de almacenamiento y puesta en común de contenidos en línea hagan los «mayores esfuerzos» (art. 17.4) para garantizar que las subidas de contenidos por los usuarios de sus sistemas no supongan una infracción de copyright».

Un aspecto crucial en este nuevo artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 fue la ruptura parcial con el criterio anteriormente seguido por la UE, que establecía que las limitaciones de responsabilidad se aplicaban sin importar la materia o el tipo de responsabilidad involucrado. Con el art. 17, esta situación cambia y se pasa a un régimen de exención de responsabilidad específico para los prestadores de servicio de alojamiento respecto a la tutela de derechos de autor y otras prestaciones protegidas, desplazando así la normativa de carácter horizontal establecida previamente por la Directiva 2000/31/CE⁵⁰.

Para ello, la Directiva (UE) 2019/790 crea un régimen específico de exención de responsabilidad para los prestadores a los que denomina «prestadores de servicios para compartir contenidos en línea»⁵¹, que ostenten una posición «dominante» en el mercado, en relación con la tutela de los derechos de autor y otras prestaciones protegidas, en cuanto a contenidos compartidos ilícitamente por los usuarios. Esto supone de facto la asunción de un régimen especial, respecto al general establecido en el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE⁵².

Y por si quedara alguna duda, el apartado 3 del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 establece respecto a dicho artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE, que no será de aplicación a los casos previstos en el art. 17, en los que los prestadores sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público, conforme a las condiciones establecidas en la propia Directiva (UE) 2019/790.

Además, resulta reseñable que la nueva categoría de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea», figura definida dentro del artículo 2.6) de la Directiva (UE) 2019/790 como: «prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines prin-

⁵⁰ Pedro Alberto de Miguel Asensio, «Mercado único digital y Propiedad Intelectual: las Directivas 2019/789 y 2019/790». *La Ley Unión Europea*, n.º 71, (2019): 1-6.

⁵¹ Lo más razonable, en cuanto a la aproximación conceptual del término «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» es entenderlo como una subcategoría del término más amplio de «prestador de servicios de alojamiento de datos» del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE. Véase Pedro Alberto de Miguel Asensio, «Artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor: delimitación de los prestadores de servicios». *Blog de Pedro Miguel Asensio*. 26 de julio de 2021, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2021/07/articulo-17-de-la-directiva-2019790.html>.

⁵² Cabe entender que la «especialidad» de la regulación de la Directiva respecto a la Directiva 2000/31/CE se infiere del art. 2.6. y «Considerando 62» de la «Directiva 2019/790».

cipales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos». Se configuraría de este modo como una subcategoría dentro de los prestadores de servicios de alojamiento que vienen establecidos en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE.

Por otro lado, el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 trata de facilitar un enfoque más detallado y específico, adaptado a las características particulares de las plataformas que difunden contenidos cargados por usuarios. De manera concreta, establece que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de aquellos actos de comunicación pública que tengan lugar a través de sus servicios, siempre que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos, a menos que se demuestre la concurrencia de los tres elementos establecidos en el artículo 17.4:

- a) que hayan hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización.
- b) que hayan hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria.
- c) que hayan actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y hayan hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b).

A este respecto BARRERO ORTEGA⁵³ indica que, aunque el artículo 17 no impone explícitamente el uso de tecnologías especiales de supervisión y filtrado, sí se podría entender que aplica dicha exigencia de manera razonable, «en el sentido de que tiene la intención de lograr dicho resultado». Esto sería así, ya que, si los prestadores de este tipo de servicios pretenden tener un control sobre las prácticas de sus usuarios, para evitar que se almacene en sus sistemas algún contenido susceptible de constituir una infracción, no le quedará más remedio que hacer uso de tecnologías de supervisión y filtrado.

Por su parte, SÁNCHEZ LERÍA⁵⁴ considera que la regulación establecida en el art. 17 Directiva (UE) 2019/790 se percibe como excesivamente

⁵³ Barrero Ortega, «Responsabilidad de los intermediarios de Internet en el derecho de la UE», 122.

⁵⁴ Sánchez Lería, «Plataformas de alojamiento y contenidos ilícitos en Internet. Reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital», 186.

amplia y carente de precisión, por basar las exenciones de responsabilidad en «haber hecho mayores esfuerzos» y en «actuar de modo expeditivo», conceptos que según el autor, dejan un margen de interpretación excesivamente amplio y que generan, por tanto, inseguridad jurídica⁵⁵. Esto sería así, a pesar de que el considerando 66 de la Directiva y el apartado 5 del art. 17 proporcionen criterios para determinar cuándo un prestador ha realizado sus mayores esfuerzos para prevenir la infracción, ya que no serían suficientes para determinar con precisión la diligencia que se exige a los prestadores.

3. Responsabilidad bajo el Reglamento

Por su parte, el Reglamento no trae ninguna revolución en materia de responsabilidad, sino que mantiene los criterios ya establecidos por la Directiva de Comercio Electrónico, suprimiendo los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE y trasladándolos al Reglamento.

Sin embargo, como ya hemos visto, con el transcurso del tiempo se han producido diversas aclaraciones y orientaciones principalmente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁶, que han hecho necesario que se realice una consolidación a través de esta nueva norma, de modo que se evite la fragmentación y se tienda a una armonización.

De este modo, teniendo en cuenta tanto la Directiva 2000/31/CE como las resoluciones judiciales precedentes, el Reglamento ha configurado un sistema de responsabilidad mediante la enumeración de circunstancias exi-

⁵⁵ Serrano Gómez, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», 73.

⁵⁶ Por ejemplo, STJUE de 15 de septiembre de 2016, Tobias Mc Fadden, C-484/14 (ECLI:EU:C:2016:689) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0484>, STJUE de 23 de marzo de 2010, Google France y Google, C-236/8 a C-238/8 (ECLI:EU:C:2010:159) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0236>, STJUE de 12 de julio de 2011, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal [UK] Ltd, C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0324&qid=1692959501491>, STJUE de 7 de agosto de 2018, Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. y Deepak Mehta, C-521/17 (ECLI:EU:C:2018:639) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0521&qid=1692959622062>, STJUE de 8 de septiembre de 2016, GS Media BV, C-160/15 (ECLI:EU:C:2016:644) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0160&qid=1692959934157>, STJUE de 27 de marzo de 2014, UPC Telekabel, C-314/12 (ECLI:EU:C:2014:192) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CA0314&qid=1692960043552> y STJUE de 11 de septiembre de 2014, Sotiris Papasavvas, C-291/13 (ECLI:EU:C:2014:2209) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CA0291&qid=1692960118517>.

mentos, en función del tipo de servicio de que se trate: servicios de mera transmisión, de memoria caché y de alojamiento de datos.

En cuanto a los servicios de mera transmisión, el art. 4.1 ha establecido como condiciones de exoneración de responsabilidad, que el prestador del servicio no haya originado él mismo la transmisión, no seleccione al receptor de la transmisión y no seleccione ni modifique la información transmitida.

En el caso del servicio de memoria caché, recogido en el art. 5.1, los requisitos exigidos serían que no modifique la información, cumpla las condiciones de acceso a la información, cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de una manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, no interfiera en la utilización lícita de tecnología, ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y actúe con prontitud para eliminar la información que ha almacenado o deshabilitar el acceso a la misma tan pronto como tenga conocimiento efectivo de que la información proveniente de la fuente original de la transmisión ha sido retirada de la red, o que el acceso a dicha información ha sido inhabilitado por orden de un tribunal o una autoridad administrativa.

Por último, en cuanto al servicio de alojamiento de datos recogido en el art. 6.1, los requisitos serían que no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y en caso de acciones por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias que indiquen la naturaleza ilícita de dicha actividad o contenido, y que en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o inhabilitar el acceso al mismo.

Como se puede observar, el legislador europeo lo que ha tratado es de concretar, dentro de las particularidades de estos servicios, una serie de principios comunes que podríamos resumir en la neutralidad y no intervención en la actividad ilícita, la falta de conocimiento efectivo y la actuación diligente cuando se tenga conocimiento de la actividad ilícita.

Además, otro de los aspectos que resulta interesante, es la delimitación que realiza el Reglamento del concepto de «conocimiento efectivo» en su exposición de motivos (considerando 22), al determinar que el prestador puede obtener dicho conocimiento, a través de dos vías:

- investigaciones realizadas por iniciativa propia.
- avisos recibidos de personas físicas o entidades, siempre y cuando estos avisos cumplan con los requisitos establecidos en el Reglamento, siendo suficientemente precisos y debidamente fundamentados, de manera que permitan a un operador económico detectar, evaluar y, en caso necesario, tomar medidas contra el contenido presuntamente ilícito de manera razonable.

Frente a esta definición amplia, cabe recordar que la legislación española, a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, había optado por un concepto más restringido y limitado del «conocimiento efectivo», pudiendo obtenerse por cualquiera de estos tres medios:

- conocimiento de una resolución emitida por un órgano competente que declare la ilicitud del contenido y ordene su retirada o la imposibilidad de acceder al mismo.
- recepción de una notificación enviada de acuerdo con un procedimiento de detección y retirada de contenidos, al que el proveedor de servicios se haya adherido.
- otros medios que puedan establecerse por normas jurídicas o acuerdo entre las partes.

Si comparamos ambas definiciones, podemos extraer como conclusión, que mientras que la LSSI basaba el conocimiento efectivo en el obtenido por la comunicación de un tercero «cualificado» y en base a un «procedimiento» determinado, el Reglamento lo amplía notablemente, dando cabida por un lado a la iniciativa propia del prestador de servicios y dando validez a las comunicaciones de particulares que estén suficientemente fundamentadas.

Hay por tanto un cambio de paradigma que pone ahora el foco de atención sobre el prestador de servicios, dejando de ser éste un mero sujeto pasivo y convirtiéndose ahora en un sujeto activo que investiga por iniciativa propia y que debe evaluar y tomar medidas frente a las comunicaciones de particulares.

Pero volviendo a las exenciones de responsabilidad establecidas por el Reglamento, es importante también señalar que no son absolutas y existen ciertas circunstancias que las excluyen, como por ejemplo cuando el destinatario del servicio actúa bajo la autoridad o control del prestador de servicios (considerando 23 de la exposición de motivos del Reglamento).

Asimismo, en virtud de la legislación de protección al consumidor, las plataformas en línea que permiten a los consumidores formalizar contratos a distancia con comerciantes también pueden ser responsables si presentan información que podría inducir a un consumidor promedio, debidamente informado, a pensar que la información, producto o servicio es proporcionado por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúa bajo su autoridad o control (considerando 24 de la exposición de motivos del Reglamento).

Y si el prestador de servicios intermediarios no se limita a la prestación neutral de los servicios, sino que desempeña un papel activo que le otorga conocimiento o control sobre la información proporcionada por el destinatario del servicio, entonces también puede ser considerado responsable (considerando 18 de la exposición de motivos del Reglamento).

Además, conviene aclarar que las exenciones de responsabilidad recogidas en el Reglamento no impiden que se puedan dictar requerimientos contra los prestadores de servicios intermediarios, incluso si cumplen con los requisitos necesarios para tales exenciones (considerando 25 de la exposición de motivos del Reglamento). Estos requerimientos podrán consistir por ejemplo en órdenes emitidas por tribunales o autoridades administrativas:

- que exijan poner fin a una infracción.
- que se retiren contenidos ilícitos para evitar su difusión.

Dichas órdenes deberán ser dictadas en cualquier caso, de conformidad con el Derecho de la Unión.

Conviene destacar también que, a pesar del papel que juegan los prestadores de estos servicios, el propio Reglamento (considerando 27 de la exposición de motivos) nos recuerda que el problema relativo a contenidos y actividades ilícitas en línea, no debería tratarse únicamente desde el punto de vista de la responsabilidad del prestador, y siempre que sea posible, los afectados por este tipo de contenidos deberían tratar de resolver los conflictos sin involucrar a los prestadores de servicios intermediarios. Además, hay que tener presente que los propios destinatarios del servicio pueden ser responsables de los contenidos ilícitos que difundan, en los términos que establezcan las normas aplicables del Derecho de la Unión Europea y nacional que regulen dichas responsabilidades.

4. *La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en Estados Unidos*

Para poder hacer una valoración del rumbo legislativo de la UE, resulta interesante fijar la vista en la regulación que se ha realizado en EE. UU. de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

Para ello debemos remitirnos a la Sección 230 de la Communications Decency Act de 1996⁵⁷ (Ley de Decencia en las Comunicaciones), donde se recoge el régimen general de responsabilidad de los prestadores e intermediarios, brindando un «puerto seguro» (safe harbour) a favor de los proveedores de los denominados «servicios interactivos», frente a las opiniones y contenidos ilícitos generados por sus usuarios.

Sin embargo y teniendo en cuenta el sistema legal que rige en EE. UU., hay que remitirse en este caso también a las interpretaciones que de la norma han hecho los tribunales y para ello hay que partir del caso *Zeran* vs.

⁵⁷ Section 230 of the Communications Decency Act of 1996. <https://www.congress.gov/104/plaws/publ104/PLAW-104publ104.htm>.

AOL, 129 F.3d 327, 328 (4th Cir. 1997)⁵⁸, donde se realizó una interpretación amplia de la exclusión de responsabilidad, blindando de esta manera a los grandes operadores y prestadores, respecto a los contenidos que intermediaban y que pudieran resultar ilícitos, incluso en los casos en los que se hubieran negado a retirar dicho contenido tras la solicitud del afectado.

De hecho, esta interpretación fue más lejos al considerarlos como no responsables, incluso en situaciones en las que no demostraran diligencia al identificar a los usuarios o en el caso de que generaran espacios que facilitarían la aparición de contenidos controvertidos (*Carafano v. Metrosplash.com* 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003)⁵⁹).

Pero ésta no es una posición doctrinal unánime en EE. UU. y así encontramos corrientes contrarias a este tipo de excepciones, y favorables al desarrollo de vías para poder responsabilizar al prestador o intermediario⁶⁰.

Sin embargo y a pesar de ello, la jurisprudencia norteamericana ha venido siendo prácticamente unánime al respecto (*Fair Housing Council v. Roommates.com* 521 F.3d 1157, (9th Cir. 2008))⁶¹ y el motivo de tal posicionamiento lo encontramos en la búsqueda del desarrollo de Internet, así como en la protección de las principales empresas prestadoras de servicios, que son de capital norteamericano. Aunque tampoco hay que obviar que este sistema de responsabilidad tiene también su origen y justificación en la protección de la libertad de expresión en Internet. De este modo, protegiendo a los prestadores e intermediarios, con el propósito de evitar la denominada censura colateral (*collateral censorship*), se estaría favoreciendo la libre difusión de ideas frente a la eventual restricción de contenidos, a pesar de los errores que inevitablemente pueda suponer⁶².

En caso contrario, si se obligara a los prestadores intermediarios a realizar un control y edición masiva de los contenidos, esto podría implicar que sólo unos pocos tuvieran capacidad para hacerlo, lo que a su vez supondría que sólo unos pocos podrían divulgar información y opinión en Internet, siendo esto contrario a la propia naturaleza de la red.

Pero este tipo de cuestiones no son exclusivas de EE.UU. De hecho, el propio TJUE ya ha tenido en cuenta los efectos indirectos o colatera-

⁵⁸ Kenneth M. Zerán, *Plaintiff-appellant, v. America Online, Incorporated, Defendant-appellee*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/129/327/621462/>.

⁵⁹ *Carafano v. Metrosplash.com, Inc.*, 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/339/1119/603481/>.

⁶⁰ Felix T. Wu, «Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity». *Notre Dame Law Review*, vol. 87, (2011): 293-349.

⁶¹ *Fair Housing Council v. Roommates.com* 521 F.3d 1157, (9th Cir. 2008). <https://www.eff.org/files/filenode/effroommateamicus.pdf>.

⁶² Wu, «Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity», 298.

les negativos para la libertad de expresión que se pueden provocar al imponer sistemas técnicos de filtrado o un control previo de contenidos que no discriminen entre los lícitos y los ilícitos (sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended vs. Sabam*⁶³ y Asunto C-360/10 *Sabam vs. Netlog*⁶⁴, de 16 de febrero de 2012). Por ese motivo el TJUE hace especial hincapié señalando el papel vital de los órganos jurisdiccionales en la ponderación de los derechos fundamentales de las personas físicas y jurídicas afectadas por dichas medidas.

Es importante resaltar también, que en los EE.UU. existen otros sistemas de responsabilidad penal aplicables a proveedores e intermediarios digitales, como el sistema de responsabilidad por violaciones de derechos de autor establecido en la Ley de Derechos de Autor de la Digital Millennium Copyright Act⁶⁵ (DMCA, por sus siglas en inglés) de octubre de 1998. Este sistema se caracteriza por su agilidad y la posibilidad de retirar contenidos claramente ilícitos, que han sido integrados de manera anónima y por los cuales nadie quiere asumir responsabilidad ni defender su legalidad. En estos casos, el afectado se comunica con el proveedor o intermediario responsable de dichos contenidos, quien debe dejar de hacerlos accesibles si nadie se hace responsable de ellos, para evitar ser considerado responsable del contenido. En cambio, si se identifica al autor y se defiende el contenido polémico, prevalece la libertad de expresión y la cuestión se somete a la decisión cautelar de la autoridad judicial (sección 512 DMCA). Sin embargo, hay que señalar que existen algunos autores estadounidenses como SELTZER⁶⁶, que advierten que en la práctica este sistema puede afectar y coartar el ejercicio de la libertad de expresión.

VI. Obligaciones

Con el fin de cumplir con los objetivos del Reglamento y mejorar el funcionamiento del mercado interior, la norma también ha establecido para

⁶³ STJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended vs. Sabam* (ECLI:EU:C:2011:771). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0070>.

⁶⁴ STJUE de 16 de febrero de 2012, Asunto C-360/10 *Sabam vs. Netlog* (ECLI:EU:C:2012:85). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0360&qid=1671097143188>.

⁶⁵ The Digital Millennium Copyright Act, December 1998. <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.

⁶⁶ Wendy Seltzer, «Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects if the dmca on The First Amendment». *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 24, (2010): 171-232.

los prestadores de servicios intermediarios una serie de obligaciones armonizadas de diligencia debida.

Podemos entender por diligencia debida el proceso mediante el cual las empresas tecnológicas toman las medidas necesarias y eficaces para identificar, prevenir, mitigar, rendir cuentas y responder por los impactos negativos, reales o potenciales de sus propias actividades o las de su cadena de valor⁶⁷. En el caso de las empresas proveedoras de servicios de intermediación en línea, tal y como indica CRUZ ÁNGELES⁶⁸, el legislador comunitario justifica la necesidad de implementar un conjunto claro y equilibrado de obligaciones de diligencia debida armonizadas, para todos los proveedores de servicios de intermediación, con el propósito de mejorar el funcionamiento del mercado interior y garantizar un entorno en línea seguro y transparente.

Estas obligaciones tendrían por tanto como propósito, garantizar una serie de objetivos, que incluyen la promoción de la seguridad y la confianza de los destinatarios de los servicios, incluyendo a menores y usuarios vulnerables. Además, tienen el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales, asegurar una rendición de cuentas significativa de los prestadores y empoderar a los usuarios y otras partes afectadas, del mismo modo que permitir una supervisión adecuada por las autoridades competentes.

Resulta interesante destacar cómo el Reglamento hace hincapié en la moderación de contenidos y la mencionada diligencia debida, lo cual ha sido visto por parte de la doctrina⁶⁹ como un gesto del Reglamento al desafío planteado por la desinformación y la propagación de contenidos ilícitos o noticias falsas, el cual resulta sumamente complejo, ya que no solo involucra la difusión de noticias falsas, sino también la presencia de cuentas falsas y bots que amplifican «la actividad e intensidad de los servicios»⁷⁰. El motivo es que las empresas responsables de estos contenidos buscan obtener beneficios a corto plazo para obtener el mayor número de «clics» y persiguen la viralización de la noticia para aumentar el tráfico en la red «porque eso es lo que impulsa la influencia y los ingresos por publicidad»⁷¹. Es

⁶⁷ Ludovica Chiussi Curzi y Camille Malafosse. «A Public International Law Outlook on Business and Human Rights». *International Community Law Review*, vol. 24, n.º 1/2, (2022): 11-35.

⁶⁸ Jonatan Cruz Ángeles, «Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso», 303.

⁶⁹ Ana Garriga Domínguez, «Las exigencias de transparencia para los sistemas algorítmicos de recomendación, selección de contenidos y publicidad en línea en el nuevo Reglamento Europeo de Servicios Digitales». *Revista española de la transparencia*, n.º extra 17, (2023): 153.

⁷⁰ Jaron Lanier, *Diez razones para borrar tus redes sociales de inmediato*. (Barcelona: Editorial Debate, 2018), 77.

⁷¹ Ryan Holiday, *Confía en mí, estoy mintiendo. Confesiones de un manipulador de los medios*. (Barcelona: Empresa Activa, 2013), 290-291.

por ello que para paliar estos riesgos se refuerzan las obligaciones de diligencia, que implican la implementación de medidas correctivas apropiadas, que supongan mejoras en el diseño y funcionamiento de los sistemas de moderación.

Además, el Reglamento ha establecido obligaciones generales para todos los proveedores de servicios intermediarios, así como obligaciones adicionales para las plataformas en línea de gran tamaño. Esto se debe a que estas plataformas pueden representar riesgos para la sociedad que son diferentes tanto en alcance como en su impacto, respecto a los generados por las plataformas más pequeñas, lo que justificaría que las plataformas en línea de gran tamaño estén sujetas a normas de diligencia más rigurosas, proporcionales a su impacto social y recursos.

Sin embargo, hay autores como MONJAS GONZÁLEZ⁷² que consideran que «la estructura piramidal del Reglamento, por la que se asignan las obligaciones dependiendo de la naturaleza y tamaño de los prestadores, puede no reflejar de manera óptima las especificidades que presenta la moderación de contenido». Esto sería así debido a que la experiencia de los organismos reguladores de medios audiovisuales muestra que las plataformas emergentes, que suelen ser de menor tamaño, conllevan riesgos considerables en términos de la dignidad humana y la protección de los menores. Además, existe el peligro de que las plataformas más grandes migren hacia plataformas más pequeñas, por ejemplo, cuando se prohíbe a individuos o grupos de personas el acceso a plataformas en línea de muy gran tamaño debido a la difusión de contenido ilícito o desinformación.

Además hay que destacar que este sistema de obligaciones y de observancia de diligencia debida, se configura bajo un sistema en el que son los países miembros los que tienen la responsabilidad de garantizar que los incumplimientos de este Reglamento sean sancionados de manera efectiva, proporcional y disuasoria (art. 52). Para ello, deben tener en cuenta la naturaleza, gravedad, recurrencia y duración del incumplimiento, considerando el interés público perseguido, el alcance y tipo de actividades realizadas, así como la capacidad económica del infractor. En particular, se establece que las sanciones deben considerar si el prestador de servicios intermediarios infringe sistemáticamente o de manera recurrente las obligaciones establecidas en este Reglamento. Además, se deben tener en cuenta factores como el número de destinatarios del servicio afectados, la intencionalidad o negligencia de la infracción y si el prestador opera en varios Estados miembros.

⁷² Monjas González, «Relevancia del reglamento de ley de servicios digitales para las autoridades reguladoras del audiovisual», 59.

Dicho sistema podría verse como excesivamente abierto, lo que podría derivar en que las sanciones impuestas fueran configuradas de manera diferente en cada Estado miembro, provocando posibles discordancias sancionadoras. Para evitar eso, el legislador europeo ha establecido la obligación a los Estados miembros de comunicar a la Comisión el régimen sancionador establecido, a fin de mantener una supervisión sobre los criterios aplicados, además de establecer un sistema de límites máximos en las sanciones y el criterio de su cuantificación, lo que viene a asegurar una cierta armonización.

VII. Conclusiones

Primera. Desde la aparición de las plataformas digitales, su regulación y ordenación ha supuesto un reto, en momentos inabarcable, por parte del legislador. Los motivos son múltiples y abarcan desde el vertiginoso desarrollo tecnológico que implica un continuo avance y cambio, hasta la propia fragmentación normativa que se ha producido como consecuencia de la dispersión regulatoria y de los «parches» normativos que han tratado de corregir los vacíos legales que se iban produciendo.

Resulta relevante destacar que han sido también los propios tribunales europeos los que han tratado de enmendar la falta de concreción de la legislación vigente, estableciendo unos criterios que permitieran aplicar la normativa con cierta uniformidad, lo cual ha resultado fundamental en la configuración del sistema de responsabilidad y en la fijación de los límites que aplican a ésta.

Segunda. Este cúmulo de factores ha determinado que el legislador europeo finalmente abordara la regulación del mercado único de servicios digitales a través del Reglamento, desde una perspectiva global que incluye no sólo a los proveedores de servicios digitales, sino que tiene también en cuenta a los ciudadanos, las empresas usuarias de dichos servicios y a la propia sociedad en general, lo cual resulta altamente positivo, ya que permite una visión de conjunto que dota de coherencia a la norma y trata de evitar los inevitables vacíos que se producen cuando las normas pecan de un enfoque excesivamente restrictivo.

Esto ha sido visto también por parte de la Comisión Europea como una oportunidad para reforzar la denominada «soberanía tecnológica» comunitaria, frente al control monopólico que en muchos casos ejercen empresas extracomunitarias, lo que ha sido percibido como un riesgo no sólo a la innovación y desarrollo tecnológico de la UE, sino también para la propia salvaguarda de los derechos fundamentales y los valores democráticos.

Tercera. Uno de los aspectos con mayor repercusión del Reglamento es el relativo al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Aunque la nueva regulación no implica una revolución respecto a los criterios previos fijados por la Directiva de Comercio Electrónico, sí es destacable el desarrollo que hace de éstos.

En este sentido una novedad que resulta fundamental es el nuevo criterio de «conocimiento efectivo» configurado por el Reglamento. Mientras que en el caso de la legislación española el conocimiento efectivo venía definido como el obtenido por la comunicación de un tercero «cualificado» y con base en un «procedimiento» determinado, el Reglamento lo amplía notablemente, dando cabida por un lado a la iniciativa propia del prestador de servicios y dando validez a las comunicaciones de particulares que estén suficientemente fundamentadas, poniendo por tanto ahora el foco de atención sobre el prestador de servicios y dejando de ser éste un mero sujeto pasivo y convirtiéndose en un sujeto activo que investiga por iniciativa propia y que debe evaluar y tomar medidas frente a las comunicaciones de particulares. Aunque se pueda criticar la falta de concreción en medidas específicas, no deja de ser un avance importante, que es lo suficientemente flexible para permitir a los prestadores adaptar las medidas oportunas en función de sus posibilidades, sin desproteger por ello a los terceros afectados, ya que ahora se da más peso a las comunicaciones o reclamaciones realizadas por éstos.

Sin embargo, existen corrientes doctrinales⁷³ que consideran que esta nueva regulación de la responsabilidad por parte del Reglamento hereda y deja sin corregir ciertos problemas existentes en la regulación anterior, principalmente en lo relativo al control del contenido Online, el cual se considera técnicamente imposible de controlar y además puede entrar en colisión con la privacidad y la libertad de expresión, entre otros valores jurídicos.

Cuarta. Otro aspecto relevante del Reglamento es el relativo a la regulación de las obligaciones que serán exigibles a los prestadores de servicios intermediarios. Para ello se ha recurrido al enfoque de la «diligencia debida» que ya se está aplicando en otros ámbitos normativos comunitarios y que va a permitir tomar las medidas necesarias y eficaces para identificar, prevenir, mitigar, rendir cuentas y responder frente a los impactos negativos que se puedan producir, lo cual tendrá también impacto en la mejora del funcionamiento del mercado interior y garantizará un entorno en línea más seguro y transparente.

⁷³ Laura Kayali, 2021. «France 's plan to rein in Big Tech (and Ireland and Luxembourg)». *Político*, 27 de mayo, acceso el 02 de febrero de 2023, <https://www.politico.eu/article/france-ireland-luxembourg-big-tech-regulation-apple-amazon-facebook-google-digital-services-act-digital-markets/>.

Quinta. Más polémica resulta sin embargo la creación de la nueva figura del coordinador de servicios digitales, que será el encargado de garantizar la supervisión y el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Reglamento. El motivo es que dichos coordinadores deben ser designados por cada Estado miembro, lo que va a provocar que la jurisdicción de estos coordinadores quede limitada a su propio Estado, produciéndose en la práctica una concentración de las sedes sociales de las grandes corporaciones digitales en unos pocos Estados que ofrecen ciertas «ventajas fiscales», por lo que los usuarios de la mayor parte de la UE quedarían a merced de unas pocas autoridades digitales de Estados con clara estrategia política de atracción de empresas digitales, mediante el ofrecimiento de unas «condiciones más ventajosas».

Sexta. En cualquier caso el Reglamento ha supuesto un gran avance en la regulación de un sector estratégicamente crítico, lo que no implica que todas las polémicas que suscita la materia queden definitivamente cerradas, pero sí supone una ordenación y un punto de partida a partir del cual poder desarrollar un régimen regulatorio que evite la confusión y dificultad de persecución de determinados comportamientos ilícitos, y al mismo tiempo favorezca la protección de los derechos de los ciudadanos.

Sobre el autor

Alberto de Nova Labián es Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Máster en Informática y Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Español de Informática y Derecho y Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Trabaja como Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja y Profesor Asociado de la Universidad Rey Juan Carlos. Es miembro del grupo de investigación DESONT (Derecho, sostenibilidad y nuevas tecnologías) perteneciente a la UNIR y autor de diversas publicaciones (monografías y artículos en revistas especializadas) principalmente en el ámbito del Derecho de las Nuevas Tecnologías.

About the author

Alberto de Nova Labián is Doctor of Law from the Complutense University of Madrid, a Master's degree in Computer Science and Law from the Complutense University of Madrid and the Spanish Institute of Computer Science and Law, and a Law Degree from the Complutense University of

Madrid. He works as a Professor at the International University of La Rioja and Associate Professor at the Rey Juan Carlos University. He is a member of the DESONT research group (Law, sustainability and new technologies) belonging to the UNIR and author of various publications (monographs and articles in specialized journals) mainly in the field of New Technology Law.