

Nº 44
Cuarto trimestre 2025

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**



Número 44. Diciembre 2025

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

Dª Mª Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dª. Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha(exc)



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "Luis Ortega Álvarez".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Dª Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local

D. Jordi Gimeno Beviá

Prof. Derecho Procesal de la UNED

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

OBSTÁCULOS A LA TRANSPARENCIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: REFLEXIONES DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Dª Anabelen Casares Marcos.....17

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA POR EL COVID-19.

Dª Lucía López Ortega113

DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS Y CONSUMIDORES DE SERVICIOS DIGITALES A LA LUZ DEL REGLAMENTO 2022/2065 DE 19 DE OCTUBRE

Dª María Jesús García García197

LA FISCALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Dª Lena Carazo Sánchez.....273

DIFICULTADES, RETOS Y OPORTUNIDADES ACTUALES
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

Dª Patricia Cervera Valencia371

RECENSIÓN

EL ACTO DE CERTIFICACIÓN: ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN
CERTIFICANTE DEL SECRETARIO DE LOS ÓRGANOS
COLEGIADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

D. José Joaquín Jiménez Vacas.....418

SECCIÓN INTERNACIONAL

EL DIÁLOGO COMPETITIVO EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA

D. Rodolfo Cancino Gómez433

BASES DE PUBLICACIÓN469



EDITORIAL

En el número 44 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional y una recensión, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de Dña. Anabelen Casares Marcos ganadora de la categoría general de los premios Gabilex 2025 con el trabajo “Obstáculos a la transparencia y el derecho de acceso a la información pública: reflexiones desde el ordenamiento jurídico español”.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a Dña Lucía López Ortega, ganadora de la categoría TFG, TFM y Másteres de los premios Gabilex 2025 con el trabajo “La responsabilidad patrimonial del estado legislador en la gestión de la pandemia por el Covid 19”.

A continuación, Dña María Jesús García García realiza un estudio brillante sobre “Derechos y garantías de los ciudadanos como usuarios y consumidores de servicios digitales a la luz del Reglamento 2022/2065 de 19 de octubre”. Como destinatarios de servicios digitales, los



usuarios de los mismos pueden ver afectados no solo sus derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos derivados de la condición de ciudadanos de un sistema democrático.

Dª Lena Carazo Sánchez aborda bajo el título “La fiscalidad del comercio electrónico” las principales problemáticas fiscales derivadas de la digitalización, como el fraude fiscal, la evasión de impuestos y la dificultad de aplicar conceptos tradicionales como residencia fiscal o establecimiento permanente.

La sección nacional se cierra con la obra de Dª. Patricia Cervera Valencia sobre “Dificultades, retos y oportunidades actuales en la contratación pública estratégica”. A pesar del compromiso político y normativo, los datos muestran una escasa presencia de cláusulas estratégicas en los contratos públicos. Esta brecha entre discurso y práctica evidencia la necesidad de reforzar la gobernanza de la contratación pública estratégica, dotando al sistema de estructuras sólidas, coordinación interinstitucional y mecanismos de supervisión eficaces.

D. José Joaquín Jiménez Vacas realiza la recensión de la obra “El acto de certificación: análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las administraciones públicas”.



La sección internacional cuenta con el excelente trabajo de D. Rodolfo Cancino Gómez que hará las delicias de los lectores sobre “El diálogo competitivo en la contratación pública”.

El 16 de abril del 2025 entró en vigor en México la nueva Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP), cuyas novedades son sustanciales y trascendentales para la Contratación Pública de las entidades y dependencias en los tres niveles de gobierno. Analiza el procedimiento de diálogo competitivo y sus implicaciones con otras figuras similares que se encuentran en normativas de carácter internacional, fuente de inspiración para su incorporación en la legislación mexicana.

El Consejo de Redacción

Gabilex

Nº 44

Diciembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



Castilla-La Mancha

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS Y USUARIOS DE SERVICIOS DIGITALES A LA LUZ DEL REGLAMENTO EUROPEO 2022/2065 DE 19 DE OCTUBRE

Dª. María Jesús García García¹

Catedrática de Derecho Administrativo de la
Universidad de Valencia

¹ El presente trabajo forma parte de las actividades realizadas en el marco de la Cátedra Jean Monnet “Services of General Economic Interest in the framework of Social and Territorial Cohesion”, dirigida por la Profesora María Jesús García García y financiada por la Comisión Europea en el marco del Programa Erasmus+ en su convocatoria de 2021. Project 101047166 — SGEI-EU.

This paper is part of the activities carried out within the framework of the Jean Monnet Chair “Services of General Economic Interest in the framework of Social and Territorial Cohesion”, chaired by Professor María Jesús García García and funded by the European Commission within the framework of the Erasmus + Program, call 2021. Project 101047166 — SGEI-EU.



Resumen: Como destinatarios de servicios digitales, los usuarios de los mismos pueden ver afectados no solo sus derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos derivados de la condición de ciudadanos de un sistema democrático. De esta manera, la legislación de consumo es insuficiente para tutelar todos los derechos implicados en la relación jurídica establecida entre el prestador de estos servicios y el destinatario de los mismos en su condición de usuario-consumidor. Es necesaria por tanto una legislación adicional que proteja esos derechos fundamentales y al mismo tiempo someta a todos los prestadores de servicios digitales a unas mismas obligaciones y a un régimen jurídico uniforme que ponga los cimientos para la consecución de un mercado único digital. El Reglamento de Servicios Digitales, de reciente aplicación, pretende conseguir estos objetivos.

Palabras clave: consumidores, servicios digitales, mercado único, comercio electrónico, derechos fundamentales.

Abstract: As recipients of digital services, users of the same may see not only their rights as consumers affected, that is, their rights of patrimonial and economic content, but also their fundamental rights, which endangers their civic and political rights derived from the condition of citizens of a democratic system. In this way, consumer legislation is insufficient to protect all the rights involved in the legal relationship established between the provider of these services and the recipient

of the same in their condition of user-consumer. There is therefore a need for additional legislation that protects these fundamental rights and at the same time subjects all digital service providers to the same obligations and to a uniform legal regime that lays the foundations for the achievement of a digital single market. The recently implemented Digital Services Regulation aims to achieve these objectives.

Key words: consumers, digital services, single market, e-commerce, fundamental rights.



Sumario:

- 1.- El marco normativo: del comercio electrónico al mercado único de los servicios digitales.
2. Los servicios digitales en la normativa europea.
 - 2.1. El concepto de servicios digitales en la normativa de consumo.
 - 2.2. El concepto de servicios digitales en el Reglamento de Servicios Digitales.
3. Las distintas dimensiones del usuario de servicios digitales: de consumidor a destinatario de servicios digitales.
 - 3.1. El usuario de servicios digitales como consumidor: la contratación de servicios digitales.
 - 3.2 El usuario de servicios digitales como ciudadano.
4. La contratación de servicios digitales y la protección de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.
 - 4.1. El derecho a la información y la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.
 - 4.2. La lucha contra el contenido ilícito y la defensa de los derechos fundamentales.
 - 4.2.1 La responsabilidad de los prestadores de servicios ante los contenidos ilícitos.
 - 4.2.2 Los usuarios como detectores de contenidos ilícitos: el mecanismo de notificación-acción.
 - 4.3. Restricciones en el uso de los servicios digitales que pueden afectar a los derechos fundamentales: garantías de la actividad de moderación de contenido.
 - 4.3.1. La motivación de las decisiones restrictivas.
 - 4.3.2. La publicidad de la actividad de moderación.
 - 4.4. Las garantías de la publicidad en el entorno digital.

-
- 4.5. Las garantías en el sistema de recomendaciones.
 - 4.6. Las garantías adicionales de protección de derechos fundamentales en el uso de las grandes plataformas y motores de búsqueda.
 - 5. Los servicios digitales como servicios intermediarios de la sociedad de la información: las plataformas digitales como instrumentos de contratación electrónica a distancia.
 - 5.1. Los consumidores online y las garantías formales de la contratación electrónica.
 - 5.2. Obligaciones de las plataformas digitales que permiten la contratación con terceros.
 - 5.2.1. El derecho a la información y la seguridad: el derecho a conocer al vendedor y la trazabilidad de los productos.
 - 5.2.2. La prohibición de los patrones oscuros.
 - 6.- El sistema de reclamaciones.
 - 6.1. La contratación de servicios digitales y el sistema de reclamaciones.
 - 6. 1.1. Reclamaciones contra el prestador del servicio.
 - 6.1.2. Resolución extrajudicial de litigios.
 - 6.2. El sistema de reclamaciones en el caso de los contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales.
 - BIBLIOGRAFÍA.



1.- El marco normativo: del comercio electrónico al mercado único de los servicios digitales.

Los servicios digitales están presentes en nuestro día a día y constituyen una nueva forma de interactuar en y con el mundo, no solo desde el punto de vista social, sino también desde el punto de vista económico, comercial, mercantil y empresarial. Las empresas y usuarios profesionales se valen de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para incrementar su presencia y volumen de negocio, pero esto también potencia, en el otro lado de la ecuación, que los ciudadanos utilicen la tecnología digital para muy distintos fines, convirtiéndose en usuarios de servicios digitales, que, en ocasiones, son además el medio instrumental para contratar otros bienes y servicios como consumidores online.

La compleja y variedad problemática que la regulación de los servicios digitales presenta ha sido abordada progresivamente por la legislación europea, siempre desde una perspectiva limitada y sectorial, dada la complejidad de la materia.

Así, la Directiva sobre protección de los consumidores², ya aludió al concepto de contenidos digitales, como

² Utilizamos la terminología europea que designa como consumidores a aquellas personas que sin perseguir una actividad comercial o profesional adquieren bienes, o contratan la prestación de servicios. No seguimos por tanto la terminología española de consumo que diferencia entre consumidores (aquellos que adquieren bienes) y usuarios

actividad protegida por la legislación de consumo y diferenciada de la adquisición de bienes y de la prestación de servicios cuando el suministro de contenido digital no iba acompañado de un soporte material. Se evidenciaba así la necesidad de ampliar el ámbito objetivo de la protección de los consumidores para dar cobertura a nuevos negocios jurídicos que el desarrollo de la tecnología propiciaba en aquel momento. Anteriormente, la evolución de estas tecnologías de la información y su carácter instrumental y propiciatorio de las transacciones comerciales había obligado a Europa a adoptar la Directiva de Comercio Electrónico³, transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Comercio Electrónico⁴. Esta Directiva acometerá la normación de las nuevas tecnologías al someter a una tímida regulación a los proveedores de servicios digitales, centrándose en la contratación electrónica y las plataformas digitales como

(aquellos que contratan servicios). A esto respecto, nos remitimos a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

³ Directiva 2000/31/CE de 8 de junio sobre determinados aspectos de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.



instrumentos al servicio de las transacciones comerciales.

Sin embargo, el empleo de los servicios digitales ha planteado y sigue planteando muchos problemas desde el punto de vista de su influencia en el mercado único y su incidencia en los derechos democráticos de los ciudadanos. De esta manera, el Reglamento de Servicios Digitales⁵ acomete su regulación desde una perspectiva más amplia, centrándose no tanto en la contratación electrónica, como había hecho la Directiva sobre

⁵ El Reglamento de Servicios Digitales entró en vigor el 16 de noviembre de 2022. Las plataformas digitales disponían de un plazo de 3 meses para comunicar el número de usuarios finales activos (17 de febrero de 2023). La Comisión determina las plataformas que deben ser consideradas como plataformas o motores de búsqueda de gran tamaño. Tomada la decisión, las plataformas disponían de 4 meses para cumplir sus obligaciones, incluida la realización de la evaluación de riesgos. 17 de febrero de 2024, fecha de aplicación del Reglamento. Los estados deberán facultar a sus coordinadores de servicios digitales.

El Reglamento de Servicios digitales se aplica en el territorio de la Unión Europea, con independencia del lugar de establecimiento del prestador del servicio. El criterio determinante es el lugar de establecimiento o residencia del destinario del servicio intermediario. Se imponen a las grandes tecnológicas estadounidenses las mismas obligaciones que a los operadores económicos europeos.

comercio electrónico⁶, sino en el correcto funcionamiento de los servicios intermediarios y su impacto e incidencia sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos en tanto que usuarios y consumidores de servicios digitales⁷.

Para ello la norma regula por primera vez de manera más extensa las obligaciones de los prestadores de servicios digitales, haciendo especial hincapié en las grandes plataformas digitales⁸ y motores de búsqueda de gran tamaño. Desde esta perspectiva, centrada en el control de estos prestadores de servicios, la norma pretende proteger los derechos de los destinatarios de servicios digitales, entre los cuales se incluyen tres categorías: los usuarios profesionales, los consumidores y otros destinatarios. De esta manera, una parte de la norma protege los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como sus derechos patrimoniales e intereses económicos en su condición de usuarios y consumidores. El Reglamento converge así con otras normas jurídicas que protegen igualmente a los consumidores, aunque tiene la peculiaridad de tutelar tales derechos cuando

⁶ Que básicamente consideraba los servicios digitales intermediarios como meros instrumentos al servicio de la contratación electrónica).

⁷ BARRIO ANDRES, M., "El nuevo Reglamento europeo de servicios digitales", *Anuario de Derecho Administrativo 2023*, págs. 153-168

⁸ Una plataforma digital es un entorno en el que los usuarios pueden llevar a cabo tareas, gestionar actividades, colaborar con otros usuarios e interactuar por medio de las herramientas y funcionalidades que se ofrecen en la plataforma.



estos se ven vulnerados por prestadores de servicios digitales, y, por tanto, a través del empleo de la tecnología digital. Supone por tanto convalidar la protección del consumidor desde una nueva perspectiva que es aquella relacionada con las amenazas producidas a través de medios digitales, aunque la norma es tibia con los prestadores de servicios y claramente insuficiente.

Es innegable que las tecnologías de la información y la comunicación desempeñan un papel fundamental en el desarrollo del mercado único, en cuanto instrumento para potenciar las transacciones económicas entre todos los agentes implicados, entre ellos desde luego, también los consumidores, pero también como objeto de contratación y transacción. Pero su potencial trasciende las fronteras del comercio para terminar afectando derechos fundamentales que los usuarios de esos servicios ostentan en su condición de ciudadanos. De alguna manera es necesario encontrar un equilibrio entre la utilización de los servicios digitales como objeto e instrumento al servicio del mercado único y su impacto sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El Reglamento de Servicios Digitales persigue un correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios, así como establecer unas normas uniformes para crear un entorno en línea seguro, predecible y confiable en el que los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales estén protegidos. A tal efecto, el Reglamento busca establecer unas normas que regulen las obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a



determinadas categorías específicas de proveedores de servicios de intermediación⁹, consolidar unas normas sobre la aplicación y cumplimiento del Reglamento en lo que respecta a la cooperación y coordinación entre las autoridades competentes y establecer un ámbito sancionador.

Desde la perspectiva anterior, el usuario de servicios digitales debe ser protegido en su dimensión como consumidor¹⁰ y en su consideración como ciudadano, ya que la utilización de estos servicios digitales puede afectar también los derechos fundamentales que convergen en la esfera jurídico-pública de la ciudadanía. El estatuto jurídico del consumidor de servicios digitales se construye así sobre la base de las aportaciones de la normativa de consumo¹¹ y de la normativa sectorial

⁹ MIGUEL ASENSIO, A., "Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales", *La Ley Unión Europea*, número 109, 2022, pág. 65-77.

¹⁰ Utilizamos el término consumidor adoptando la terminología comunitaria, conforme a la cual se establece una categoría única que engloba a aquellos que adquieren bienes (consumidores, de acuerdo con la terminología interna), o contratan la prestación de servicios (usuarios, según nuestra normativa interna). El Derecho europeo no establece tal distinción, aludiendo únicamente a los consumidores.

¹¹ En este sentido, cabe hacer referencia a la Directiva sobre protección de los consumidores y específicamente a la Directiva 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Ambas normas han sido objeto de trasposición a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto Legislativo.... De protección de los consumidores y usuarios.



sobre servicios digitales de reciente aprobación, que busca establecer la base de un mercado único digital, al tiempo que garantizar a los usuarios de tales servicios un cierto grado de protección frente al potencial dañino de los servicios de la sociedad de la información. Estas normas protegen la esfera jurídica del consumidor de servicios digitales desde las distintas dimensiones desde las que puede resultar afectada.

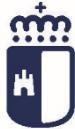
2. Los servicios digitales en la normativa europea.

2.1. El concepto de servicios digitales en la normativa de consumo.

La propia evolución de las tecnologías ha venido motivando la necesidad de una regulación de los servicios y contenidos digitales, a medida que los mismos han venido instalándose en nuestra cotidianeidad y siendo objeto de uso y utilización generalizada.

La Directiva de comercio electrónico en el mercado interior efectuó una definición de los servicios de la sociedad de la información¹², acometiendo

¹² Conforme a esta normativa, se incluiría, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia



específicamente la contratación electrónica de bienes y servicios y la Directiva 2011/83 sobre protección de los consumidores incluyó en su ámbito de aplicación el contrato de contenido digital, para incluir el suministro de contenidos no ligados a un soporte material¹³.

temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador, esto es, una actividad remunerada. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico. La legislación de protección de consumidores y usuarios había hecho alguna referencia breve a los contenidos digitales al trasponer el contenido de la citada directiva.

¹³ La Directiva de Protección de los consumidores establece en su apartado 2 la definición de contenido digital, considerando como tal los datos producidos y suministrados en formato digital. En el considerando número 19 de la citada Directiva se establece que los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en su ámbito de aplicación, señalando que cuando dicho contenido digital no se suministre en soporte material, el negocio jurídico no será un contrato de compraventa, ni de servicios. La Directiva alude expresamente a unos contratos específicos, diferentes de los contratos de compraventa de bienes o servicios y que dan cabida a aquellos contenidos digitales que no requieren soporte material. Nos encontramos ante el contrato de suministro de contenidos digitales propiamente dichos, cuyos consumidores ya eran



Sin embargo, será la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenido y servicios digitales la que venga a establecer una regulación específica sobre los contratos que tengan por objeto las anteriores prestaciones, con el fin de dotar de la protección jurídica necesaria a los consumidores¹⁴ que celebren tales negocios jurídicos. De acuerdo con la Directiva 2019/770, servicios digitales son todos aquellos que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales¹⁵. Dichos servicios permiten al usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital; compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios

objeto de protección por parte de la Directiva de Consumo y cuya regulación y régimen jurídico ha ampliado ahora la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenido y servicios digitales.

¹⁴ ESPÍN ALBA, I., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital", *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, pp. 3 ss.

¹⁵ MARINEZ DE OLIVEIRA, X., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: la protección del consumidor en Portugal", *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pág. 605



de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.

La Directiva no predetermina la naturaleza jurídica del contrato, pero la normativa española de protección de los consumidores y usuarios si le ha conferido la naturaleza de un contrato de suministro. La norma ampara a los usuarios y consumidores que contraten contenidos y servicios digitales y que a partir de esta nueva regulación gozarán de garantías adicionales similares a las que ostentaban los adquirentes de bienes, o usuarios de otro tipo de servicios. Se establecen así normas específicas sobre la conformidad de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento en el suministro y un régimen de garantías específico que se adapta a las peculiaridades de dichos contratos. Se trata así de proteger los intereses económicos y patrimoniales de los usuarios de tales servicios en tanto que consumidores, y así lo demuestra el hecho de que la transposición¹⁶ de la Directiva al derecho español haya supuesto la modificación del Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de

¹⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., "Primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021,



noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁷.

Sin embargo, la celebración de un contrato de suministro de servicios digitales implica una interacción con el prestador del servicio y con el resto de los usuarios que no solo pone en peligro los intereses económicos de los consumidores digitales y su seguridad (como básicamente tutelaba la legislación de consumo hasta el momento), sino que, además, puede afectar a sus derechos fundamentales, dada la potencialidad de esos recursos digitales. Por esta razón, la protección de los usuarios de servicios digitales no puede ceñirse exclusivamente a la normativa que hasta la fecha regulaba sus derechos y garantías, sino que ha de ampliarse hacia esferas que contemplen también la tutela de los derechos y garantías constitucionales y los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión Europea. Y este es precisamente el sentido del nuevo Reglamento sobre servicios digitales.

Ha de tenerse en cuenta además que la Unión Europea puede tutelar esos derechos fundamentales cuando son lesionados en el marco de las competencias atribuidas a

¹⁷ Junto a la anterior Directiva, es objeto de trasposición también la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y que incluye la compraventa de bienes con elementos digitales. La regulación anterior pretende establecer garantías para los consumidores que adquieren o contratan bienes, contenidos y servicios digitales, que no aparecían regulados en la legislación anterior.

la Unión Europea, y qué duda cabe que las materias relativas al mercado interior y el consumo son aspectos que integran el ámbito competencial comunitario. Pocas veces ha quedado tan patente la capacidad de la Unión Europea para regular y controlar jurisdiccionalmente la vulneración de los derechos reconocidos a los ciudadanos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2.2. El concepto de servicios digitales en el Reglamento de Servicios Digitales.

Como hemos señalado, los usuarios de servicios digitales ven afectados no solo sus derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos como ciudadanos de un sistema democrático. De esta manera, la legislación de consumo es insuficiente para tutelar todos los derechos implicados en la relación jurídica entablada entre el prestador de los servicios y el destinatario de los mismos en su condición de usuario-consumidor de servicios digitales. Es necesaria por tanto una legislación adicional que proteja esos derechos fundamentales frente a las posibles violaciones o vulneraciones de los mismos desde la posición de usuario de servicios digitales y al mismo tiempo someta a todos los prestadores de servicios digitales a unas mismas obligaciones y a un régimen jurídico uniforme que ponga los cimientos para la consecución de un mercado único digital.



A estos efectos, el Reglamento de Servicios Digitales¹⁸ cataloga esos servicios de la sociedad de la información como servicios intermediarios, distinguiendo entre servicios de mera transmisión, servicios de memoria caché y servicios de alojamiento de datos, incluyendo dentro de estos últimos la subcategoría de las plataformas en línea, que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público. Este tratamiento destacado de las plataformas digitales se debe a la potencialidad de las mismas para facilitar las interacciones entre usuarios, fomentar el consumo y la contratación online de bienes y servicios, así como por su capacidad para vulnerar derechos fundamentales de los usuarios de tales servicios. La mayoría de servicios digitales que utilizamos los consumidores se instrumentaliza a través de plataformas digitales. Por su gran potencial, el Reglamento se centra sobre todo en las plataformas digitales, y concretamente en las de gran tamaño. Se estima en 10.000 el número de plataformas en línea que operan en la UE. Más del 90% son pequeñas y medianas empresas (pymes).

El Reglamento de Servicios Digitales trata de crear un entorno en línea seguro y confiable, estableciendo una serie de obligaciones para los prestadores de servicios digitales capaces de prevenir los riesgos que puede conllevar su utilización, especialmente por lo que se

¹⁸ 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 (Reglamento de Servicios Digitales).

refiere a los derechos fundamentales. Estos riesgos pueden provenir de los contenidos ilícitos proporcionados por los usuarios de tales servicios, pero también de la propia actividad de los prestadores, tanto cuando utilizan datos personales de los usuarios para llevar a cabo actividades de publicidad o recomendación, como cuando realizan funciones restrictivas de retirada de contenido, en cuyo caso pueden afectar a la libertad de expresión. Para conjurar estas amenazas se establece un sistema de obligaciones a los prestadores de servicios digitales, que se van incrementando a medida que aumenta la interacción de los usuarios con el servicio y en función del potencial efecto dañino que su utilización puede plantear.

Así, todos los prestadores de servicios digitales se someten a un conjunto de obligaciones dirigidas a crear un entorno en línea transparente y seguro. Ello incluye la obligación de establecer puntos de contacto nacionales con las autoridades y con los destinatarios; designar representantes legales; y establecer en las condiciones generales de contratación todas aquellas referencias a las restricciones que puedan imponer, así como la publicación de informes sobre la actividad de moderación que hayan realizado.

A los prestadores de servicios de alojamientos de datos (que incluye a las plataformas en línea), se imponen las obligaciones anteriores además de otras adicionales, que tienen que ver con la previsión de mecanismos de



notificación-acción¹⁹; motivación de las decisiones restrictivas²⁰ y notificación de las sospechas de delitos²¹.

Además de lo anterior, las plataformas en línea²² tienen a su vez una serie de obligaciones específicas tales como el establecimiento de un sistema de gestión de reclamaciones²³; el sometimiento a un sistema de resolución extrajudicial de litigios²⁴ y de alertadores fiables²⁵; la obligación de articular mecanismos de protección contra usos indebidos y la obligación de calcular e informar sobre el promedio mensual de los destinatarios del servicio activos²⁶; garantizar la prohibición de los patrones oscuros²⁷; el sometimiento a determinados requisitos de publicidad en sus plataformas y transparencia del sistema de recomendaciones y de los algoritmos utilizados²⁸. En el caso de las plataformas en línea que permitan realizar contratos a distancia con comerciantes, se añaden además obligaciones relativas a la trazabilidad de los comerciantes²⁹; diseño de las plataformas para permitir

¹⁹ Artículo 16 del Reglamento de Servicios.

²⁰ Véase artículo 17 del Reglamento de Servicios.

²¹ Artículo 18 del Reglamento de Servicios.

²² Quedan excluidas las microempresas.

²³ Artículo 20 del Reglamento de Servicios.

²⁴ Artículo 21 del Reglamento de Servicios.

²⁵ Artículo 22 del Reglamento de Servicios.

²⁶ Artículo 23 y 24 del Reglamento de Servicios.

²⁷ Artículo 25 del Reglamento.

²⁸ Artículos 26 y 27 del Reglamento de Servicios.

²⁹ Artículo 30 del Reglamento de Servicios



interfaces que permitan cumplir las obligaciones anteriores³⁰ y garantías respecto a la información³¹.

En el caso de plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño³², se imponen obligaciones adicionales que se acumulan a las anteriores³³. El Reglamento se fija sobre todo en las plataformas digitales de gran tamaño estableciendo obligaciones acumulativas y ello por varias razones: son las que permiten una mayor interacción con los usuarios, permiten el comercio electrónico y tienen un mayor potencial para causar daños. Entre estas obligaciones hay que citar la puesta en práctica de sistemas de evaluación de riesgos y de mecanismos de reducción de tales riesgos y respuesta a las crisis; la realización de auditorías independientes; permitir a los usuarios optar por un sistema de recomendaciones no basado en la elaboración de perfiles³⁴; elaboración de

³⁰ Artículo 31 del Reglamento de Servicios.

³¹ Artículo 32 del Reglamento de servicios.

³² Entendiendo por plataformas de gran tamaño aquellas que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la UE igual o superior a 45 millones (10% de los 450 millones de consumidores en la UE)

³³ El 25 de abril de 2023 la Comisión designa como plataformas de gran tamaño las siguientes: X (Twitter), TikTok, Instagram, Wikipedia, Zalando, AliExpress, Amazon, AppStore de Apple, Booking, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, LinkedIn, Pinterest, Snapchat y YouTube. En diciembre de 2023 se designan otras tres: Pornhub, Stripchat y XVideos. En cuanto a los motores de búsqueda de gran tamaño, estos son Bing y Google Search. Amazon y Zalando han presentado ya recursos ante el Tribunal General de la UE por considerar que no entran en la categoría de grandes plataformas que ha hecho la Comisión.

³⁴ Artículo 38 del Reglamento de Servicios Digitales.



repositorios de anuncios³⁵; permitir el acceso a sus datos y escrutinio³⁶; designar encargados del cumplimiento³⁷; elaboración de informes³⁸; y pago de una tasa de supervisión³⁹.

De esta manera, se establece un sistema acumulativo de obligaciones, en forma de pirámide invertida, en el que los prestadores de servicios de plataformas y los motores de búsqueda de gran tamaño tienen las obligaciones generales exigibles a todos los prestadores de servicios digitales, además de sus propias obligaciones específicas. En definitiva, el Reglamento se propone llevar a cabo un control y supervisión de los prestadores de servicios digitales, y en especial de las plataformas de gran tamaño.

3. Las distintas dimensiones del usuario de servicios digitales: de consumidor a destinatario de servicios digitales.

3.1. El usuario de servicios digitales como consumidor: la contratación de servicios digitales.

Los servicios digitales son servicios prestados a petición individual de un usuario, a título oneroso, a distancia y por vía electrónica, siempre que constituyan una

³⁵³⁵ Artículo 39 del Reglamento de Servicios Digitales.

³⁶ Artículo 40 del Reglamento de Servicios Digitales.

³⁷ Artículo 41 del Reglamento de servicios Digitales.

³⁸ Artículo 42 del Reglamento de Servicios Digitales.

³⁹ Artículo 43 del Reglamento de Servicios Digitales.

actividad económica para el prestador del servicio. Implican la celebración de un contrato a distancia entre el consumidor y el prestador del servicio. Para desentrañar el concepto de consumidor⁴⁰, es necesario remitirse a la Directiva de protección de los consumidores⁴¹ que en su artículo 2 los define como toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, o profesional⁴². Así pues, podemos definir a los consumidores como aquellas

⁴⁰ En este sentido, la normativa europea no distingue entre usuarios y consumidores, como si hace la legislación española de protección de consumidores y usuarios

⁴¹ DIRECTIVA 2011/83/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

⁴² En el ámbito de los servicios digitales, no siempre es sencillo delimitar cuando el empleo que se realiza de ellos tiene una finalidad profesional, o no. Un ejemplo característico sería el caso de los youtubers, quienes deben reunir unos requisitos mínimos de audiencia (1.000 seguidores y 4,000 horas reproducidas de sus vídeos en los últimos 12 meses. Así por ejemplo en los términos y condiciones de Google se distingue entre consumidores y usuarios empresariales y organizaciones. Los términos del servicio de Google especifican que bajo ciertas condiciones el contrato con Google puede conllevar la condición de consumidor. En este caso, es el propio usuario quien decide su perfil al aceptar las condiciones



personas que realizan una transacción económica sin perseguir un ánimo de lucro⁴³, siendo por otro lado necesario también el requisito de ser persona física.⁴⁴.

Para que un sujeto tenga la condición de consumidor, éste debe realizar una actividad que se inscriba en el ámbito de la normativa europea de consumo, esto es, dicha actividad debe consistir en la adquisición de un bien, o en la prestación de un servicio, o en el suministro de datos o servicios en formato digital. De esta manera, por ejemplo, cuando aceptamos los términos del servicio de Google nos estamos convirtiendo en consumidores de un servicio digital, siempre y cuando realicemos esta actividad al margen de un propósito económico, comercial, profesional, quedando de este modo protegidos por la normativa de consumo europea y española.

Así pues, la condición de consumidor de servicios digitales se adquiere tras la celebración de un negocio jurídico o contrato entre un usuario y el prestador del servicio. Tal y como hemos señalado, la Directiva

⁴³ NAVARRO CASTRO, M., "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ/ CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ (coord.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp.321 ss.

⁴⁴ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

2019/770 amplía el ámbito de los negocios jurídicos sometidos a la legislación de consumo, incluyendo los contratos de suministro de servicios digitales, a los que confiere unas garantías específicas en atención a su naturaleza y que tienen que ver con el régimen de la conformidad, las garantías legales y los remedios a disposición de los usuarios de tales servicios.

El objeto del contrato de suministro de servicios digitales incluye así todos aquellos servicios que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales.

La relación contractual implica la existencia de un usuario, o consumidor y un sujeto, normalmente un empresario, que realiza una actividad económica. Los prestadores de servicios digitales pueden ser considerados empresarios a los efectos de esta Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales, cuando actúan como intermediarios para la contratación de otros bienes o servicios⁴⁵.

⁴⁵ MONTERO, J. y RODRIGUEZ MARTINEZ, I., "La tipificación del contrato de intermediación en línea en el reglamento de servicios digitales", en Codes Calatrava, A., (coord.), *Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, 2023.



La Directiva cambia también el concepto de contrato de servicios, pues ya no se requiere que sea a cambio de una contraprestación económica, sino que la contraprestación puede consistir en la cesión de datos. Así, los contratos a través de los cuales el empresario suministra, o se compromete a suministrar servicios digitales a cambio de los datos personales son también contratos incluidos en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios y gozan de las mismas garantías que los contratos de suministros a cambio de una retribución económica⁴⁶. El carácter oneroso del contrato de suministro de servicios digitales, puede consistir en una contraprestación económica, o retribuirse en forma de ingresos generados por la publicidad mediante la inclusión de anuncios publicitarios, y por la cesión de datos personales de los usuarios recabados a través de las cookies. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que incluye entre los servicios de la sociedad de la información las prestaciones efectuadas con carácter gratuito por el intermediario que obtiene su remuneración de los ingresos generados por la publicidad y no por el destinatario del servicio. Igualmente, la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales recoge

⁴⁶ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, I., "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 93 ss.

expresamente la posibilidad de que los contratos de suministro de servicios digitales no tengan como contraprestación el pago de un precio, sino que la remuneración al empresario consista en proporcionar datos personales, y así se ha recogido también en nuestro ordenamiento jurídico en el Real Decreto sobre protección de los consumidores y usuarios.

3.2 El usuario de servicios digitales como ciudadano.

El reciente Reglamento sobre servicios digitales⁴⁷ alude a la categoría de destinatario de servicios digitales⁴⁸. Como posibles destinatarios de tales servicios, el Reglamento menciona a profesionales, consumidores y otros usuarios⁴⁹. La condición de destinatario de

⁴⁷ 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 (Reglamento de Servicios Digitales).

⁴⁸ También la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) alude a los destinatarios de servicios digitales.

⁴⁹ Dentro de estos últimos, podríamos incluir a las organizaciones y personas jurídicas, o aquellos ciudadanos que son receptores o destinatarios pasivos de servicios digitales, entendiendo por tales, aquellos que sin haber aceptado la prestación de estos servicios se ven expuestos a



servicios digitales puede provenir de distintas situaciones jurídicas⁵⁰. Así, el destinatario de servicios digitales puede acceder a esta condición desde la condición de consumidor, es decir porque celebra un contrato de suministro para la prestación de esos servicios. El negocio jurídico que habilita a esta prestación está contemplado, como hemos visto, por la normativa de consumo, pero una vez adquirida esa condición, las prestaciones que conllevan esos servicios digitales hacen que queden comprometidas otras facetas de la esfera jurídica del usuario, como son sus derechos fundamentales. Esto hace que también deba dotarse de protección a estos derechos, cuestión que no acometen las normas de defensa de los consumidores y usuarios, sino la normativa sectorial de los servicios digitales a la que nos referimos.

Los usuarios de servicios digitales con un propósito ajeno a la actividad comercial, mercantil o industrial no son solo consumidores, sino que, para la protección integral de sus derechos, deben ser considerados como

su acción y efectos (ejemplo, yo no estoy suscrito a YouTube, pero se cuelga un vídeo mío comprometido ahí).

⁵⁰ Así, los destinatarios de servicios digitales, que pueden ser, o no consumidores (los usuarios profesionales no lo serían por ejercer una actividad económica que de entrada no entra dentro del concepto de consumidor de acuerdo con la Directiva de protección de los consumidores).

destinatarios de servicios digitales a efectos del Reglamento sobre servicios digitales.

La utilización de los servicios digitales en calidad de consumidor, trasciende el ámbito de la legislación de consumo, ya que no solo resulta comprometida su esfera jurídica privada y sus intereses económicos, sino también pueden resultar comprometidos derechos fundamentales. Por esta razón, el usuario de servicios digitales es ciudadano además de consumidor.

Y es que la contratación de servicios digitales pone en riesgo nuevos derechos e intereses que antes no resultaban afectados por la adquisición o contratación de bienes o servicios distintos de los digitales, y que, por tanto, carecían de protección en la legislación de defensa de los usuarios y consumidores. Se da además otra peculiaridad y esos derechos e intereses ponen en riesgos no solo derechos individuales, sino también globales, o generales. Son los riesgos sistémicos que pueden incluso hacer tambalear los cimientos de una democracia, o los procesos electorales, lo que pone de relieve el potencial de los servicios digitales y la necesidad de regular su actividad de prestación.

Cuando el título jurídico que sirve de base y fundamenta la utilización de servicios digitales es el de consumidor, nos encontramos con que la legislación de consumo no cubre todas las potenciales esferas que pueden resultar afectadas y deben ser protegidas, por lo que se hace necesario articular otras normas jurídicas de protección que junto con la legislación de consumo proporcionaran al usuario una protección integral de sus derechos e intereses. Así, la protección del consumidor digital estará



formada por la legislación de consumo, más la legislación sectorial sobre servicios digitales.

Cuando hablamos de servicios digitales, los intereses y derechos afectados por la celebración de dicho negocio jurídico se extienden a esferas más amplias, abarcando incluso derechos que afectan la esfera jurídica pública y al ejercicio de derechos fundamentales como ciudadanos. Esta esfera debe protegerse, pero no ya desde la legislación de consumo, sino desde una regulación específica de los servicios digitales, ya que los derechos e intereses afectados no solo se proyectan sobre los consumidores, sino sobre cualquiera que utilice esos servicios digitales, con independencia del título desde el que lo haga, ya sea como consumidor, o como profesional, o incluso como sujeto pasivo de dichos servicios. Por esta razón, las garantías y derechos previstos por el Reglamento de servicios digitales no se refieren exclusivamente a los consumidores, sino a cualquier destinatario de servicios digitales, pero cuando esas garantías se aplican a personas que tienen la condición de consumidores se añaden a su estatuto jurídico como consumidor. De esa manera, los consumidores digitales construyen su estatuto jurídico de protección sobre la base de la tradicional normativa de consumo a la que añaden ahora la normativa de servicios digitales.

Por tanto, el ámbito subjetivo del Reglamento de servicios digitales no es exclusivamente el de los consumidores, sino que abarca a todos aquellos sujetos que utilicen los servicios digitales independiente de su título, negocio jurídico o justificación que les lleve a ello.

En el caso de los consumidores digitales, la protección proporcionada por esta norma converge con las normas específicas de protección de los consumidores y conforma su estatuto jurídico.

4. La contratación de servicios digitales y la protección de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.

Los servicios digitales han supuesto un revulsivo desde todos los puntos de vista y han expuesto a sus usuarios y entre ellos también a los que tienen la condición de consumidores a posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales. En efecto, al usar servicios digitales, un consumidor puede verse expuesto a una vulneración de sus derechos fundamentales en base a las relaciones que entabla con el prestador del servicio, o con otros usuarios. Y es que la utilización de servicios digitales puede afectar a derechos fundamentales tales como la libertad, la libertad de expresión⁵¹, el derecho de información, el derecho a la intimidad y a la privacidad, o la dignidad⁵². Obviamente, algo tan trascendente, no puede quedar sujeto exclusivamente a la consideración de las empresas tecnológicas, razón por la cual el Reglamento de Servicios Digitales ha establecido un conjunto de normas que reconocen derechos a los

⁵² Así, por ejemplo, en el apartado Términos y condiciones de Google se hacen referencia a las medidas que se pueden tomar por el gigante tecnológico, entre las que destacan la retirada de contenido, o la suspensión o cancelación del acceso a los servicios de Google.



consumidores digitales e imponen obligaciones a los prestadores.

Ello implica que las garantías de los consumidores deben ampliarse con el establecimiento de limitaciones y controles sobre la actividad de los prestadores de servicios digitales que puedan poner en peligro estos derechos fundamentales.

Así pues, los servicios digitales tienen tal potencial que pueden afectar a los destinatarios de servicios digitales más allá de su esfera patrimonial, incidiendo en derechos que van más allá de su condición como consumidores y que tiene que ver con derechos pertenecientes a su esfera pública como ciudadanos. Desde este punto de vista, puede decirse que el derecho a la protección de los intereses económicos y patrimoniales de los consumidores ha de ampliarse, abarcando también aquellos otros derechos e intereses legítimos que se deriven de su condición como ciudadanos.

Y es que los servicios digitales imponen un precio muy alto por la prosperidad económica y su pago se realiza a través de la reformulación de los derechos fundamentales, que cada vez se quedan más desleídos y vacíos de contenido. Cuando usamos los servicios digitales estamos realizando una interacción con las empresas tecnológicas que nos otorgan el rol de usuarios de servicios digitales y a veces de consumidores. Pero al mismo tiempo, en esa interacción jurídica nuestros derechos fundamentales se pueden ver afectados. Por eso, desde esta posición de usuarios-consumidores de servicios digitales también se puede ver afectada nuestra

esfera jurídica como ciudadanos y nuestros derechos fundamentales. ¿Cuál es el precio que hay que pagar en forma de derechos fundamentales para avanzar en la prosperidad económica en la era digital? ¿La era digital implica la reducción del contenido de los derechos fundamentales?

4.1. El derecho a la información y la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores digitales. El derecho a la información es la piedra angular en la normativa de consumo, al que se supedita el ejercicio de muchos de los derechos de los consumidores. Como regla general, esa información se refiere tanto a los bienes, servicios y suministros que se contratan, como a las condiciones con arreglo a las cuales dichos bienes o servicios se adquieren. Ello significa que el derecho de información es un requisito que debe regir tanto con carácter precontractual, como post contractual, y que dicha información ha de reunir una serie de requisitos, ya que ha de ser correcta, objetiva, cierta, eficaz, comprensible y suficiente.

Esta máxima también es de aplicación en el caso de los servicios digitales y así lo establece el Reglamento europeo de Servicios Digitales, haciendo hincapié en que la información esté disponible para el usuario incluso antes del inicio de la prestación. En este sentido, todos los prestadores de servicios intermediarios deben incluir entre sus condiciones generales información sobre las posibles restricciones que puedan establecer en relación con la información proporcionada por los usuarios. Dicha información debe hacer referencia a las políticas,



procedimientos y herramientas utilizadas para moderar contenidos, así como al sistema de reclamaciones que amparan al usuario del servicio cuando entienda vulnerados sus derechos fundamentales. El Reglamento se refiere a la utilización de algoritmos y decisiones basadas en la inteligencia artificial, así como al sistema de reclamaciones articulado contra esas decisiones y la necesidad de supervisión humana y está directamente relacionado con las previsiones del artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos. Esta regulación implica la toma de decisiones informadas antes de aceptar la prestación de servicios digitales, de ahí que dicha información debe aparecer en los términos y condiciones del servicio y en todo caso, antes de aceptar o consentir su prestación, tal y como establece el artículo 14 del Reglamento del Reglamento de Servicios Digitales.

Al regular el derecho de información de los usuarios el Reglamento se centra en las posibles implicaciones negativas que las restricciones impuestas por los prestadores de servicios, o la actividad de moderación desarrollada por ellos puedan tener en el ejercicio de derechos fundamentales, particularmente los que se refieren a la libertad de expresión, la libertad, el pluralismo de los medios de comunicación, y otros derechos y libertades fundamentales amparados por la Carta de Derechos Fundamentales⁵³. Así pues, la

⁵³ SANTISTEBAN GALARZA, M., "Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento

información que los prestadores de servicios digitales deben proporcionar a los usuarios se circunscribe sobre todo a aquellas restricciones, o limitaciones que pueda afectar a la libertad de expresión, o la libertad de información de los usuarios del servicio. Tales derechos funcionan igualmente como limitaciones que determinarán los parámetros de diligencia debida a la que deben ajustarse los prestadores de servicios digitales.

El Reglamento de Servicios Digitales señala también que las cláusulas de los contratos deben ser concretas, claras y sencillas en la redacción. En el caso de las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño, éstos deben facilitar a los consumidores (aunque no únicamente a ellos, sino en general a cualquier destinatario de sus servicios) un resumen de fácil acceso y en un lenguaje claro e inequívoco de las condiciones generales del servicio que prestan, incluidas las medidas correctivas que puedan establecer y los recursos disponibles, e igualmente, publicaran sus condiciones generales en todas las lenguas oficiales de todos los estados miembros en los que presten su servicios.

En el caso de las plataformas en línea, el artículo 27 del Reglamento establece también la obligación de que en las condiciones generales de la contratación se informe también de los parámetros utilizados para los sistemas de recomendación, así como de las opciones a disposición de los destinatarios del servicio para

Único de Servicios Digitales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, págs. 159-179.



modificar o influir en dichos parámetros, insistiendo igualmente en la necesidad de utilizar un lenguaje claro y comprensible.

4.2. La lucha contra el contenido ilícito y la defensa de los derechos fundamentales.

4.2.1 La responsabilidad de los prestadores de servicios ante los contenidos ilícitos.

Según el artículo 6 del Reglamento de Servicios, los prestadores de servicios digitales no serán responsables de la información almacenada que haya sido proporcionada por los destinatarios del servicio⁵⁴. Esta regla general implica el cumplimiento de una serie de requisitos: que el prestador no tenga conocimiento de la actividad o contenido ilícito y que en cuanto tenga conocimiento retire el contenido ilícito o bloquee el acceso a este. No existe por tanto la obligación general de monitorización o búsqueda activa de hechos, según establece el artículo 8 del Reglamento. Y esta regla no se desvirtúa ni siquiera en el supuesto de que el prestador del servicio haya llevado a cabo actividades de investigación. Se trata de la cláusula del buen samaritano del artículo 9 del Reglamento de Servicios.

Reglas específicas se aplican para la contratación online con terceros a través de estas plataformas. En este caso, se presume también la ausencia de responsabilidad del

⁵⁴ Esta máxima ya se establecía en se establece en la Ley de Comercio Electrónico (artículo 13 y siguientes).



prestador del servicio digital salvo que éste induzca a error al consumidor, haciéndole creer que el bien o servicio objeto de la transacción se proporciona por la propia plataforma, tal y como detallaremos más adelante.

4.2.2 Los usuarios como detectores de contenidos ilícitos: el mecanismo de notificación-acción.

El contenido ilícito tiene una gran potencialidad para vulnerar derechos fundamentales, de modo que el control de dicho contenido se realiza de tres modos: por las propias autoridades, por el propio prestador del servicio por su propia iniciativa, y, en tercer lugar, por los usuarios del servicio, sistema que se aplica fundamentalmente a los servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea. En este sentido, cabe decir que se reserva una mayor capacitación a los usuarios, al habilitar, tal y como establece el artículo 16 del Reglamento de Servicios digitales un mecanismo de notificación de contenido ilícito. Este mecanismo permite a cualquier persona notificar/denunciar que existen, a su parecer, contenidos ilícitos. Dicho mecanismo se basa en la idea de acción-reacción, o lo que es lo mismo, notificación y acción de prestador del servicio, que normalmente consistirá en la retirada del contenido notificado. Dichos mecanismos serán de fácil manejo y permitirán el envío de notificaciones por vía electrónica.

El envío de dichas notificaciones es de gran importancia, ya que implica la presunción de que el prestador del servicio y conoce la existencia de un contenido que el usuario considera ilícito. A este respecto, el usuario al



enviar la motivación debe declarar que está convencido de que proporciona dicha información de buena fe. Se le debe dar un acuse de recibo, así como información sobre los posibles recursos que puede presentar contra la decisión final que adopte el prestador del servicio (artículo 16.5 del Reglamento de Servicios Digitales). Esta previsión se complementa con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento de Servicios. Igualmente, el artículo 23.2 establece un mecanismo de defensa que se aplicará en el caso de que un usuario envíe con frecuencia notificaciones o reclamaciones infundadas, lo que implicará la suspensión del tratamiento de dichas notificaciones o reclamaciones.

El mecanismo de notificación-acción deja en manos de los usuarios y en última instancia, de los prestadores de servicios públicos la apreciación de cuándo un contenido es ilícito, haciendo recaer en el prestador la decisión sobre tal cuestión, con la amenaza de que si no retira pronto ese contenido su exención de responsabilidad por el contenido que alberga la plataforma puede quedar inoperativo⁵⁵.

La intervención de control y fiscalización de los poderes públicos queda reducida a la mínima expresión, ya que los prestadores de servicios digitales quedan sometidos fundamentalmente a códigos de buenas prácticas, que son instrumentos de autorregulación con una dimensión

⁵⁵ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.



eminentemente preventiva, frente al carácter represivo o disuasorio de los marcos jurídicos. La operatividad del sistema descansa en los usuarios del servicio y en las decisiones de los prestadores de eliminar contenidos rápidamente, una vez se hayan denunciado, bajo amenaza de ser responsables de los contenidos vertidos en las plataformas.

4.3. Restricciones en el uso de los servicios digitales que pueden afectar a los derechos fundamentales: garantías de la actividad de moderación de contenido.

Además de informar en las condiciones generales de la contratación sobre los criterios utilizados para la moderación de contenidos y las posibles restricciones a los contenidos suministrados por los usuarios de servicios, el Reglamento potencia la protección de los derechos fundamentales estableciendo una serie de garantías para los usuarios frente a la actividad de moderación llevada a cabo por el prestador del servicio.

Así, según el artículo 14 del Reglamento de Servicios, la actividad de moderación se producirá cuando el prestador de servicios detecte contenidos ilícitos, o contrarios a las condiciones generales de la contratación. En la retirada de contenidos debe de alcanzarse un equilibrio entre los contenidos perniciosos para los derechos fundamentales y el respecto a los derechos a la libertad de expresión, libertad de información, o pluralismo político. Por esta razón, el artículo 14 señala que en el ejercicio de esta función quasi-pública que se atribuye a los prestadores de servicios, estos actuarán de manera diligente, objetiva y proporcionada, con la



finalidad de conseguir un punto de equilibrio entre los distintos derechos fundamentales que puedan resultar afectados. Nos encontramos así ante conceptos jurídicos indeterminados que habrán de concretarse por los prestadores de servicios digitales con base en códigos de buenas prácticas y autorregulación.

Por su parte, el artículo 15 del citado Reglamento obliga a todos los prestadores de servicios intermediarios a publicar anualmente informes fáciles de leer y compresibles sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante dicho periodo. No obstante, dicha información no se aplicará cuando el prestador de servicio intermediario sea una microempresa, o pequeñas empresas en el sentido de la Recomendación 2003/361/CE que no sean plataformas en línea de muy gran tamaño.

Adicionalmente, el artículo 17 del Reglamento establece la necesidad de que estos prestadores dirijan una comunicación motivada de las razones por las que se ha establecido una restricción de sus servicios a los destinatarios de los mismos, lo que incluye lógicamente a los consumidores de servicios digitales. Dicha comunicación motivada será clara, precisa y específica, así como fácil de comprender a los efectos de que los afectados por dichas restricciones puedan, en su caso, ejercer su derecho a reclamar en los términos que especifica el presente Reglamento.

Hay que señalar que la rápida retirada de contenidos notificados, particularmente cuando ello afecta a derechos fundamentales es uno de los sistemas de



reducción de riesgos previsto por el artículo 35 del Reglamento de Servicios Digitales en el caso de las plataformas y los motores de búsqueda de gran tamaño. Ello coloca a tales prestadores de servicios en la tesitura de tener que decidir en el menor periodo de tiempo posible sobre la ilicitud de un contenido notificado o denunciado, y les condena casi exclusivamente a una única solución que es la de la retirada de contenido, ya que en caso contrario pueden incurrir en la responsabilidad a la que se refiere el artículo 6 del Reglamento. De la rápida retirada depende la exención de responsabilidad del prestador del servicio, ya que el artículo 6 del Reglamento exige que el prestador actúe en cuanto tenga conocimiento, actuando con prontitud. El Reglamento busca establecer un equilibrio entre la posible vulneración de derechos fundamentales y la libertad de expresión, aunque el sistema articulado para ello hace que el pretendido equilibrio quiebre siempre del lado de la libertad de expresión. El sistema de responsabilidad de los prestadores del servicio hace previsible pensar que, ante la duda, estos se decantarán por la eliminación de contenidos de sus plataformas a la mayor brevedad, ya que en caso contrario la responsabilidad por esos contenidos y por los daños causados les será directamente atribuible.

4.3.1. La motivación de las decisiones restrictivas.

Los prestadores de servicios incluidos en la categoría de servicios de alojamiento de datos, lo que incluye también a las plataformas digitales, deben motivar cualquier restricción que impongan al usuario basada en el



contenido ilegal o incompatible con las condiciones generales. Así se establece en el artículo 17 del Reglamento de Servicios digitales, que define el ámbito de tales restricciones, señalando que podrán referirse a la eliminación de contenidos, la suspensión o cesación total o parcial de la prestación del servicio, o la suspensión o supresión de la cuenta del destinatario del servicio.

El Reglamento especifica cómo debe estar motivada esta decisión, es decir el contenido de la misma en el artículo 17 b), lo que incluye información sobre la restricción impuesta al afectado y al ámbito concreto al que afecta, los medios automatizados utilizados para adoptar dicha decisión, el fundamento jurídico de la misma, ya sea una norma, en el caso de contenidos ilícitos, o las cláusulas de las condiciones generales que se han vulnerado, así como información sobre los recursos a disposición del usuario afectado por dicha restricción. Se impone además el requisito de que la información facilitada sea clara y fácil de comprender, precisa y tan específica y detallada como sea posible, habilitando además un sistema de recursos contra estas decisiones que analizaremos más adelante.

4.3.2. La publicidad de la actividad de moderación.

Con carácter general, el artículo 16 del Reglamento de Servicios Digitales establece la obligación de emitir



informes de transparencia informativa que afecta a todos los prestadores de servicios intermediarios. De acuerdo con el citado artículo, dichos prestadores publicarán al menos una vez al año informes sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante ese periodo. Tal y como viene siendo habitual en el citado Reglamento, se exige que dichos informes sean claros y fácilmente comprensibles. La publicación de dicha actividad de moderación exige hacer referencia a los medios con arreglo a los cuales se han detectado los contenidos objeto de moderación, ya sea porque provienen de órdenes recibidas de las autoridades de los estados miembros, de notificaciones enviadas por otros usuarios, o alertadores fiables, o si han sido detectadas por iniciativa propia del propio prestador. En este último caso, se deberá especificar si en la detección de estos contenidos se han utilizado sistemas de detección automáticos. Igualmente, se debe hacer referencia a si dicha actividad de moderación se sustenta en la infracción de normas jurídicas, al tratarse de contenidos ilegales, o en la contravención de las condiciones generales de la contratación. En el primer caso, los contenidos presuntamente ilícitos deberán especificarse y clasificarse. Asimismo, debe informarse sobre el número de declaración internas recibidas frente a las actividades de moderación, a efectos de su valoración posterior cuando se realicen auditorías independientes.

En el caso las plataformas en línea, todavía se establecen obligaciones de transparencia informativa más estrictas, puesto que el artículo 24 del Reglamento de Servicios señala que se deberá informar también sobre los litigios sometidos a los órganos de resolución extrajudicial de litigios, el resultado de los mismos y el tiempo medio de



resolución, así como el porcentaje de litigios en que el prestador de la plataforma ha aplicado las decisiones de dichos órganos ya que no son vinculantes.

4.4. Las garantías de la publicidad en el entorno digital.

La legislación en materia de consumo prevé que la publicidad es vinculante y se prohíbe la publicidad engañoso, siendo esta una garantía que los consumidores ostentan con carácter general, y, por tanto, también los usuarios de servicios digitales. Así, la Ley de comercio electrónico ya establecía restricciones respecto de las comunicaciones comerciales por esta vía (art. 19 de la Ley). Conforme a dicha norma, las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, así como la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan. Igualmente, quedan prohibidas las comunicaciones electrónicas en las que se disimule u oculte la identidad del remitente y en todo caso, el envío de comunicaciones comerciales debe ser expresamente solicitado o autorizado por el destinatario, sin que se puedan enviar correos electrónicos comerciales en los que no conste la dirección de correo del remitente. El destinatario puede, desde luego, y en cualquier momento, revocar su consentimiento, siendo obligación del prestador facilitar los medios para el ejercicio de este derecho. La Ley de Comercio electrónico también aclara en su artículo 22 que en el caso de que exista

previamente un contrato, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

Pero además de ello, las características de los medios digitales hacen que tengan que tenerse en cuenta también otras cautelas adaptadas a las peculiaridades de los servicios digitales, si se quiere proteger íntegramente la esfera jurídica de los usuarios de dichos servicios. Y es que, en el entorno digital la publicidad no solo tiene como finalidad inducir a la compra de un bien, o a la contratación de un servicio, sino que es la remuneración que el prestador recibe por facilitar al consumidor sus servicios. La onerosidad del contrato consiste precisamente en la cesión de datos a efectos de publicidad, y esta será la remuneración que reciba el prestador del servicio, con un plus respecto a la publicidad habitual y es que la cesión individual de datos dará lugar a una publicidad personalizada, susceptible de tener un mayor influjo en los sujetos a los que va dirigida.

Por otra parte, estamos hablando de una publicidad basada en perfiles y sustentada y transmitida a través de plataformas digitales cuyos potenciales efectos negativos quedan exacerbados por su carácter personalizado. A ello hay que añadir el empleo de la inteligencia artificial que nos dirige publicidad basada en la elaboración de perfiles, incluyéndonos en categorías generales que nos cosifican y puede terminar afectando de manera determinante a nuestra dignidad como personas, condicionando posiblemente nuestro comportamiento y probablemente también nuestras futuras decisiones.



Pero es que, además, una publicidad basada en perfiles puede ser especialmente dañina en el caso en que dichos perfiles o categorías de consumidores se sustenten en datos obtenidos a partir de circunstancias tan personales como la orientación sexual, la religión, o las ideas políticas⁵⁶. Ello demuestra como la condición de usuario de servicios digitales puede afectar derechos fundamentales como la dignidad, la igualdad, el derecho de no discriminación, el derecho a la privacidad, e incluso nuestra libertad, en la medida en que nuestra capacidad de decisión puede verse afectada por la manipulación que puede generar una publicidad basada en perfiles elaborados a partir de nuestros datos personales. La inteligencia artificial sustentada y transmitida a través de plataformas digitales añade nuevos efectos indeseables y pone de manifiesto una nueva dimensión de manipulación ideológica, lo que responde a una tendencia general según la cual el uso de la tecnología hace a la sociedad más vulnerable a nuevas formas de

⁵⁶ Esta limitación está en línea con el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE), que en su artículo 9 prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.



manipulación y control. Y dado que como resultado de ello se pueden ver afectados derechos fundamentales, este nuevo estado de cosas hace necesaria la existencia de nuevas normas de protección de los usuarios centradas no tanto en sus intereses económicos y patrimoniales, como en la defensa de sus derechos fundamentales.

El Reglamento de Servicios ha venido a colmar esta laguna, y así en el artículo 26 establece una serie de garantías para el destinatario de dicha publicidad. Estas obligaciones son de aplicación exclusivamente a las plataformas digitales, que por definición son los entornos digitales donde cabe una mayor interacción entre el prestador del servicio y el usuario del mismo. De este modo, todas las plataformas digitales deben, permitir distinguir a sus destinatarios que un determinado contenido es un anuncio publicitario, quién lo sufraga y los parámetros o razones en base a los cuales se ha dirigido a un determinado usuario, dándole la oportunidad de cambiar esos parámetros. En consecuencia, el usuario debe saber en todo momento que lo que está viendo es un anuncio y quién publica el anuncio; qué parámetros se han utilizado para determinar el destinario y cómo se pueden cambiar esos parámetros. Al informar sobre los criterios utilizados para la elaboración de perfiles, se trata de proporcionar información al usuario para que sepa por qué se le envía la publicidad. Todo ello tiene como finalidad que el consumidor de estos servicios digitales no sea tan fácilmente manipulable, no solo en las decisiones comerciales que toma con base en la publicidad que recibe, sino también sobre otros mensajes ideológicos asociados con la publicidad.



En cuanto a la elaboración de perfiles, queda prohibida la publicidad basada en el tratamiento de datos sensibles como la orientación sexual, la religión o las ideas políticas. El Reglamento de Servicios Digitales prohíbe la elaboración de perfiles con fines publicitarios basados en estas características.

En el caso de las plataformas digitales y motores de búsqueda de gran tamaño, el artículo 39 del Reglamento establece también obligaciones adicionales sobre la publicidad en línea que tienen que ver con una mayor transparencia y que les obliga a elaborar y hacer público un repositorio en el que debe aparecer una relación de los anuncios publicitarios, el anunciante, así como los parámetros utilizados para elaborar perfiles de destinatarios de tales anuncios, entre otros requisitos. Con ello se trata de fiscalizar mejor la publicidad que dirigen las grandes compañías, al dotarla de transparencia y mecanismos de fiscalización.

En todo caso, hay que señalar también que la publicidad y el sistema de recomendaciones se nutre en gran medida de los datos recopilados por los usuarios en sus interacciones digitales. La normativa sobre protección de datos ha de ser desde luego un complemento del Reglamento de Servicios Digitales. Y en este sentido, las restricciones que recientemente se han impuesto relativas a la protección de datos y el sistema de cookies pueden otorgarnos una mayor privacidad online.



4.5. Las garantías en el sistema de recomendaciones.

Por otra parte, la utilización de datos personales y la creación de perfiles no solo puede tener potenciales efectos negativos cuando se utiliza para generar publicidad sustentada y transmitida a través de plataformas digitales, sino que conlleva además otro riesgo adicional que tiene que ver con el sistema de recomendaciones personalizadas, basadas igualmente en la elaboración de categorías sobre la base de datos personales y la aplicación de algoritmos. Y es que la publicidad se percibe como una estrategia comercial que busca despertar nuestro interés, pero el sistema de recomendaciones puede percibirse como un sistema más objetivo, autorizado y confiable de disuasión para tomar decisiones informadas, de ahí que su regulación haya de ajustarse a parámetros todavía más exigentes. Por otra parte, el sistema de recomendaciones basada en parámetros y en el uso de la inteligencia artificial nos encasilla en un determinado perfil e incluso puede dificultar el acceso a otros contenidos que no se adapten al perfil de un determinado usuario, lo que lógicamente puede tener influencia sobre nuestras futuras decisiones y afectar a aspectos determinantes como nuestro futuro personal o profesional.

Por esta misma razón, el sistema de recomendaciones debe de beneficiarse de las mismas garantías que se aplican a la publicidad, pero, además, debe extremarse la transparencia sobre los contenidos utilizados para recomendar contenidos o productos a los usuarios,



aspecto sobre el que se les debe informar antes incluso de que se inicie la relación jurídica entre el prestador del servicio y el destinatario del servicio digital. Así, el artículo 27 del Reglamento señala que las plataformas digitales deben de informar a sus usuarios a través de las condiciones generales de la contratación y usando un lenguaje claro y comprensible, de los parámetros utilizados en los sistemas de recomendación, y ofrecer igualmente al destinatario de los servicios, cuando esto sea posible, la opción de seleccionar y modificar la opción elegida para el sistema de recomendación. De conformidad con el artículo 38 del Reglamento, en el caso de las plataformas digitales y motores de búsqueda de gran tamaño, será obligatorio que ofrezcan una opción para cada uno de los sistemas de recomendación que no se base en la elaboración de perfiles, lo que está en relación con el artículo 9 del Reglamento General de Protección de datos, que señala en su artículo 22 que todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

4.6. Las garantías adicionales de protección de derechos fundamentales en el uso de las grandes plataformas y motores de búsqueda.

Las grandes plataformas digitales tienen un gran potencial para vulnerar los derechos fundamentales y

generar daños de carácter general en relación con los procesos electorales y la estabilidad de las democracias. Por esta razón, se les impone a éstas y a los motores de búsqueda de gran tamaño la obligación de prevenir esos riesgos y de anticiparse a los mismos. Para ello se establece la obligación de realizar evaluaciones de riesgos y de tomar medidas de reducción de esos riesgos, obligaciones que se detallan en los artículos 34 y 35 del Reglamento de Servicios Digitales.

Estos mecanismos van dirigido a detectar y prevenir efectos negativos reales o previsibles sobre derechos fundamentales, la estabilidad de los sistemas democráticos, especialmente por lo que se refiere a los efectos en los procesos electorales, así como su incidencia sobre situaciones concretas como la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas sobre la salud física y mental de las personas. Por lo que se refiere a los efectos negativos sobre derechos fundamentales, el texto legislativo cita la dignidad humana, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, la no discriminación y los derechos del niño. A través de este mecanismo preventivo, las plataformas tendrán que analizar su papel en la amplificación de contenidos ilícitos y la desinformación, así como las repercusiones en la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación. También habrán de atenderse aspectos relacionados con la violencia de género y la protección de los menores y su salud mental.



Las evaluaciones de riesgo deberán prestar especial atención a la manipulación intencionada por medio del uso no auténtico, o la explotación automatizada del servicio, así como la amplificación y la difusión rápida de contenido ilícito y de información incompatible con sus condiciones generales, intentando evitar la propagación de desinformación.

En cuanto a los mecanismos para la reducción de riesgos las plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño deben adoptar medidas que eviten la generación de tales riesgos, y ello incluye adaptar el diseño de sus interfaces, la adaptación de sus condiciones generales y de ejecución, o la rápida retirada de contenidos notificados, especialmente en el caso de que se trate de contenidos de incitación al odio o la ciberdelincuencia. En este último caso, es necesario referirse a la necesidad de retirar tan rápidamente como sea posible el contenido identificado como ilícito y notificado al prestador del servicio. La rápida retirada será sin duda la consigna de actuación del prestador, ya que, en caso contrario, puede incurrir en responsabilidad, según establece el artículo 6 del Reglamento, lo que, como hemos visto puede tener efectos contraproducentes al atentar contra el derecho a la libertad de expresión⁵⁷.

⁵⁷ MARTINEZ NADAL, A., "Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales", en BLANCO SANCHEZ, M.J., Derecho digital y nuevas tecnologías, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 387-416.

Los litigios se resolverán por los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos. En efecto, según el artículo 21 del Reglamento de Servicios Digitales, la resolución extrajudicial permite que los entes certificados para la resolución extrajudicial de litigios se puedan pronunciar sobre la infracción de derechos fundamentales y no meramente sobre intereses económicos y patrimoniales de los consumidores como había ocurrido hasta ahora, lo que desde luego plantea cuantas menos dudas sobre su pertinencia.

Otras medidas para la reducción de riesgos pasan por la adaptación de los sistemas algorítmicos utilizados en los sistemas de recomendación, la adaptación de los servicios publicitarios, o la necesidad de garantizar que aquellos contenidos generados por medio de la inteligencia artificial que asemejen personas, objeto o lugares y que puedan inducir a error sobre su autenticidad puedan ser fácilmente identificados por las personas.

Todas las medidas anteriores se complementan con un sistema de fiscalización sobre su actividad que puede proceder de los poderes públicos, pero que se residencia sobre todo en las auditorías anuales a las que las grandes plataformas deberán someterse. Igualmente, la elaboración de informes que deben someter a las autoridades, así como la apertura de sus datos a los investigadores, que podrán supervisar su sistema de algoritmos, lo que pone de manifiesto el intento de controlar a los grandes prestadores de servicios, sometiéndoles a los principios de publicidad y transparencia. Todo ello en garantía de una cierta



supervisión de sus actividades, que se proyecta también en el plano interno, ya que deberán designar un responsable que analice el grado de cumplimiento de sus obligaciones.

5. Los servicios digitales como servicios intermediarios de la sociedad de la información: las plataformas digitales como instrumentos de contratación electrónica a distancia.

Si en los apartados anteriores hemos considerado los servicios digitales como objeto específico de un tipo de negocio jurídico regulado por la legislación de consumo y también por el reciente Reglamento de Servicios digitales, en este apartado, nos vamos a referir a los servicios digitales como instrumento de contratación de otros bienes y servicios, y particularmente a las plataformas digitales que permiten la celebración de contratos con terceros.

5.1. Los consumidores online y las garantías formales de la contratación electrónica.

La contratación online, o utilizando una plataforma digital es un supuesto de contratación a distancia⁵⁸ que

⁵⁸ El concepto de contrato a distancia se regula en la Directiva de protección de los consumidores, que establece que la definición de contrato a distancia debe abarcar todos los casos

implica la adquisición de bienes, productos, servicios o contenidos digitales. La celebración de estos contratos se regula en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, en la Ley de defensa de consumidores y

en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. Por otra parte, un contrato que se negocie en el establecimiento mercantil del comerciante y acabe celebrándose a través de un medio de telecomunicación no debe considerarse un contrato a distancia. Tampoco debe considerarse un contrato a distancia el contrato que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia, pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante. Asimismo, el concepto de contrato a distancia no debe incluir las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como puede ser el caso de un consumidor que llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería. El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia debe incluir los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante, pero utilizado por este, como una plataforma en línea. No obstante, no debe cubrir los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.



usuarios y recientemente, también en el Reglamento de Servicios Digitales, que en este aspecto se centra más en la protección y defensa de los intereses económicos y patrimoniales de los consumidores que en la defensa de sus derechos fundamentales, como hemos visto que ocurría al regular los servicios digitales como objeto del contrato de suministros

Según el artículo 23 de la Ley de Comercio Electrónico, estos contratos serán válidos cuando concurra el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Para su válida celebración no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos y si una Ley exige que el contrato se celebre por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico que además será admisible en juicio como prueba documental.

Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en el que éste tenga su residencia habitual. Igualmente, las disputas legales se dirimen ante los órganos y tribunales del país de residencia del consumidor. Los consumidores residentes en uno de los países del Espacio Económico Europeo y Suiza se rigen por lo establecido en la legislación europea y por la legislación del país de residencia del consumidor.

El artículo 27 de la Ley de Comercio electrónico establece, además de los requisitos generales de información a los consumidores, otras obligaciones adicionales que se aplican en el caso de los contratos

online. Así, el prestador del servicio debe informar si va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible. Igualmente, antes de celebrar el contrato, el prestador de servicios debe poner a disposición del destinatario las condiciones generales de la contratación, obligación que se entiende cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de internet. Por su parte, la Directiva de protección de los consumidores, y en consecuencia en Ley de Protección de los consumidores que la traspone establecen que, en los contratos a distancia celebrados a través de sitios web, se debe asegurar que el consumidor está en condiciones de leer y de comprender los elementos más importantes del contrato debidamente antes de efectuar el pedido. A tal efecto, esos elementos deben aparecer junto al lugar donde se solicita la confirmación requerida para efectuar el pedido. También es importante asegurar que, en dichas situaciones, el consumidor está en condiciones de determinar el momento en el que asume la obligación de pagar al comerciante. Por consiguiente, es necesario llamar específicamente la atención del consumidor, a través de una formulación inequívoca, sobre el hecho de que efectuar el pedido implica la obligación de pagar al comerciante.

El prestador del servicio debe confirmar al consumidor la recepción de la aceptación por medio de acuse de recibo por correo electrónico, o medio equivalente en el plazo de 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación, tal y como establece el artículo 28 de la Ley de comercio electrónico.

La celebración de contratos a distancia a través de plataformas digitales otorga al consumidor el derecho a desistir del contrato en el plazo de 14 días sin necesidad



de justificación. Dicho plazo expira a los 14 días naturales desde la celebración del contrato, salvo que el empresario haya eludido su obligación de informar al consumidor sobre tal derecho. Este derecho de desistimiento aplica sin necesidad de indicar motivo y sin incurrir en penalización, desde el día de la celebración del contrato en el caso de contratos de servicios (también de contenidos y servicios digitales), o desde el día de la entrega de los bienes (también bienes con elementos digitales).

La empresa debe facilitar información sobre las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer este derecho, así como el formulario de desistimiento. Si no se facilita esta información, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento será de 12 meses desde la fecha de expiración del plazo de desistimiento.

Para ejercer el derecho de desistimiento se ha de notificar la decisión de desistir del contrato a través de una declaración inequívoca que ha de ser enviada antes de que venza el plazo de dicho desistimiento. Ejercido el derecho de desistimiento, se retornan las cantidades recibidas del consumidor en el plazo de 14 días. Se excepcionan de la devolución aquellos gastos adicionales resultantes de la elección por parte del consumidor de una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria elegida por el comerciante⁵⁹.

⁵⁹ Existen ciertas excepciones al derecho de desistimiento, que aplicadas específicamente a los contenidos digitales



Los productos o servicios contratados a través de la plataforma digital están cubiertos por el régimen de garantías de bienes de consumo, siendo de 3 años para la adquisición de bienes nuevos y de 2 años para contenidos y servicios digitales. Si se trata de un contrato de suministro en un acto único (ejemplo, descarga de un libro), o en actos individuales (descarga de un libro electrónico cada semana) el plazo de garantía será de 2 años desde el suministro. Si se trata de un contrato de suministro continuo (ejemplo, almacenamiento en la nube, o un programa antivirus) la garantía se extenderá a todo el periodo durante el que dure el suministro. Y si se trata de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales con un suministro continuo inferior a 3 años, la garantía será igualmente de 3 años desde la entrega del bien⁶⁰. El

excepciona los suministros de grabaciones sonoras, o de vídeos, precintadas que hayan sido desprecintados por las personas consumidoras y en el caso de suministro de contenido digital que no se preste en soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo conocimiento expreso de la persona consumidora.

⁶⁰ También se amplían los plazos de presunción de falta de conformidad en beneficio de los consumidores y usuarios. Así, salvo prueba en contrario por parte del empresario, los plazos son los siguientes:

- Si se trata de un contrato de suministro en un acto único, o en actos individuales: 1 año desde el suministro.
- Si se trata de contrato de suministro continuo, todo el plazo que dure el suministro.
- Si se trata de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, 3 años desde la entrega del bien.



plazo para el ejercicio de acciones relativas a la falta de conformidad es de 5 años desde que se produce la manifestación de esta falta de conformidad.

5.2. Obligaciones de las plataformas digitales que permiten la contratación con terceros.

5.2.1. El derecho a la información y la seguridad: el derecho a conocer al vendedor y la trazabilidad de los productos.

Como regla general, el artículo 6.1 del Reglamento de Servicios Digitales exime de responsabilidad al prestador de servicios digitales respecto de la información almacenada a petición de dicho destinatario, siempre y cuando, dicho prestador no tenga conocimiento de la actividad o contenido ilícito y actúe con prontitud para retirar dicha información en cuanto tenga conocimiento de ello. No obstante, esta exención de responsabilidad se desvirtúa, en el caso de plataformas intermedias que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con terceros, cuando la información que se presenta en dicha plataforma pueda inducir a error al consumidor haciéndole creer que la información, o el producto o servicio que va a ser objeto de transacción se proporciona por la propia plataforma, o por medio de un

-
- Si se prevé el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un tiempo superior a tres años, todo el tiempo que se haya pactado el suministro.

destinatario del servicio que actúa bajo su autoridad o control⁶¹. Así, por ejemplo, si una plataforma como Amazon contiene información sobre productos o servicios haciendo creer a los potenciales consumidores online que ese producto, o servicio es proporcionado por Amazon y no por un tercero independiente. Es evidente que, en este caso, la confianza legítima del consumidor se ha visto quebrantada por una información sobre el objeto de la transacción que en realidad está induciendo a error.

Así, el Reglamento de Servicios digitales establece que los prestadores de servicios intermediarios, es decir plataformas en línea que permitan celebrar contratos a distancia, deben ofrecer información sobre el producto que venden y la trazabilidad del comerciante. Así lo recoge el artículo 29 del Reglamento, que, sin embargo, no se aplicará a plataformas en línea que permitan celebrar contratos con microempresas o empresas pequeñas. De esta manera, el criterio para determinar si se aplican esta obligación de información sobre la trazabilidad de los comerciantes y los productos vendidos tiene en cuenta el tamaño de la empresa con la que se va a celebrar el contrato, y no el tamaño de la plataforma que ofrece el servicio de intermediación, que estará sujeta a estas obligaciones, ya sea plataforma de

⁶¹ CASTELLÓ PASTOR, J.J., Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales", en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.



gran tamaño, o microempresa, siempre que sus servicios de mediación permitan la contratación final de un producto, servicio o contenido digital con un comerciante que haya sido designado como plataforma de gran tamaño. Lo que se tiene en cuenta por tanto es el tamaño de la empresa con la que el consumidor online celebra el contrato para adquirir el bien, o servicio del que se trate, es decir, el tamaño de la empresa o negocio que tiene la condición de comerciante según el Reglamento de Servicios Digitales.

Por lo que se refiere a la trazabilidad del comerciante, el artículo 30 señala que será obligación de las plataformas que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, asegurarse que dichos comerciantes solo pueden utilizar las plataformas si previamente han proporcionado datos referentes a su identificación legal y registral⁶². No obstante, la obligación de la plataforma intermediaria no se ceñirá únicamente a esto, sino que deberá evaluar si la información suministrada por el comerciante es, o no fiable y completa, teniendo facultades para dirigirse al mismo y solicitarle que subsane esa información, cuando el prestador del servicio considere que esa información es inexacta o incompleta. Igualmente, y caso de que el

⁶² Así, el nombre, dirección, teléfono, correo electrónico; copia del documento de identificación del comerciante, o cualquier otra identificación electrónica, datos de la cuenta de pago del comerciante; registro mercantil en el que esté inscrito y certificación del propio comerciante por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del derecho de la Unión.

comerciante no atienda dicho requerimiento, la plataforma podrá suspender la prestación de su servicio a dicho comerciante hasta que haya atendido la solicitud. En todo caso, se reconoce al comerciante el derecho de presentar una reclamación dirigida a la plataforma, como veremos posteriormente.

La plataforma pondrá a disposiciones de los usuarios de dicha plataforma (consumidores online) la información suministrada por el comerciante en la interfaz de la plataforma en la que se presente la información del producto o servicio. Y en este sentido, el artículo 31 del Reglamento establece también una obligación para las plataformas digitales que se refiere al diseño de las mismas, que debe ser tal que permita que los comerciantes puedan cumplir con sus obligaciones en relación con la información precontractual, la conformidad y la información de seguridad del producto. Ello implica facilitar al comerciante la posibilidad de informar desde el diseño de la plataforma sobre la identificación de los productos o servicios promocionados u ofrecidos a los consumidores, así como información relativa al etiquetado de los productos a los efectos de facilitar información al potencial consumidor online sobre la seguridad y conformidad de los mismos.

Si pese a todas estas garantías y cautelas, el prestador de una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia tuviera conocimiento de que se ha producido la venta o prestación de un servicio ilícito, notificará esta circunstancia a los consumidores online, si tuviera sus datos de contacto, o en caso contrario pondrá esta información a disposición del público en la plataforma electrónica, trasmitiendo información sobre el producto



o servicio ilícito, la identidad del comerciante y las vías de recurso a su alcance.

Todas estas previsiones se complementan con lo dispuesto en los artículos 33 y siguientes del Reglamento, que contiene obligaciones específicas para las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño, que deben llevar a cabo anualmente evaluaciones de riesgos y someterse a auditorías independientes.

5.2.2. La prohibición de los patrones oscuros.

Se entiende por patrones oscuros aquellas estrategias y prácticas utilizadas a través de la interfaz de una plataforma para inducir al consumidor a adquirir un producto, o contratar un servicio de manera precipitada y sin reflexión. La prohibición de estas prácticas se regula en el artículo 25 del Reglamento de Servicios Digitales, que contiene una obligación más general, según la cual el diseño, organización y gestión de las plataformas en línea no debe favorecer el engaño o manipulación de los destinatarios del servicio al distorsionar u obstaculizar su capacidad de tomar decisiones libres e informadas.



6. El sistema de reclamaciones.

Como hemos visto, los servicios digitales pueden considerarse desde dos puntos de vista: como objeto principal del contrato, o como instrumento para la celebración de contratos de adquisición o suministro de bienes o servicios.

Los usuarios de servicios digitales pueden optar a un doble sistema de reclamaciones dependiendo de cuál sea el objeto de su reclamación y a quién se dirija. Así, cuando la reclamación tiene por objeto la propia prestación del servicio digital y vaya dirigida contra el prestador, será necesario acudir al sistema de reclamaciones previsto en el Reglamento de Servicios Digitales.

En cambio, cuando la reclamación tenga por objeto cuestiones relacionadas con el contrato celebrado a través de una plataforma digital, el sistema de reclamaciones será aquel previsto a través de la normativa de consumo.

6.1. La contratación de servicios digitales y el sistema de reclamaciones.

6. 1.1. Reclamaciones contra el prestador del servicio. Conforme al artículo 53 del Reglamento de Servicios digitales, los destinatarios del servicio podrán presentar una reclamación contra los prestadores de servicios intermediarios en los que se alegue una infracción las obligaciones que les incumben. La reclamación se presentará ante el coordinador de servicios digitales del estado miembro en que el destinatario del servicio esté situado, o establecido. La legitimación se reconoce a



todos los destinatarios del servicio, y también a las asociaciones autorizadas a ejercer en su nombre tales derechos, lo que incluye a las asociaciones de consumidores y usuarios. Como complemento de lo anterior, el artículo 54 del Reglamento establece el derecho de indemnización de los destinatarios del servicio, con cargo a los prestadores de servicios intermedios por cualquier daño o perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento de este Reglamento por parte de los prestadores de servicios digitales.

Además de ello, en el caso de las plataformas digitales el Reglamento prevé también un sistema de reclamación específico cuando el prestador del servicio adopte decisiones restrictivas que tengan su base en el carácter ilícito de la información facilitada o por no adaptarse a las condiciones generales. Con este sistema de reclamaciones se trata de alcanzar un justo equilibrio entre la retirada de contenidos, el derecho a la información y la libertad de expresión. Este sistema de reclamación será compatible con la reclamación ante el coordinador de servicios digitales.

Este sistema de reclamaciones parte de la base de lo establecido en los artículos 16 y 17 del mismo reglamento. Conforme al artículo 16, cualquier persona física, o jurídica puede notificar a un prestador de servicios digitales de alojamiento de datos que sus plataformas contienen información que a juicio de esa persona física o jurídica constituye un contenido ilícito. Es obligación del prestador de servicios de alojamiento de datos establecer mecanismos que permitan dicha notificación, que además deberán ser de fácil acceso y

manejo y que permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica. Conforme al artículo 16.5 del Reglamento, el prestador notificará a esa persona o entidad su decisión respecto a la notificación recibida, informando así mismo de las vías de recurso que caben frente a esta decisión.

Por otra parte, el artículo 17 del Reglamento, establece también la posibilidad de que los prestadores de servicios de alojamiento de datos se dirijan a un usuario del servicio para comunicarle su decisión de adoptar una medida de carácter restrictivo basado en el contenido ilícito o la incompatibilidad con las condiciones generales. En este caso, la decisión debe ser motivada, conteniendo al menos la información que se detalla en el artículo 17.3 del Reglamento. Dicha norma no especifica si dicha decisión se adopta de motu proprio por el prestador del servicio, o a consecuencia de la notificación presentada por otro usuario del servicio. Dado el silencio de la norma, entendemos que caben ambas posibilidades.

Las controversias entre prestadores y receptores de servicios, ya sean creadores de contenido, ya sean usuarios que denuncian ese contenido, deben resolverse primeramente en el ámbito interno. En todo caso, origen de la reclamación viene dada por una decisión del prestador del servicio comunicada al destinatario del mismo y de carácter restrictivo. Este carácter restrictivo tiene que ver con la retirada, bloqueo o restricción de visibilidad de determinada información, la suspensión o



cesación del servicio a los usuarios, la suspensión o supresión de la cuenta de los destinatarios⁶³.

Como hemos señalado, la decisión del prestador de servicios que origina la reclamación puede ser consecuencia de la notificación de otro usuario del servicio que denuncia un contenido ilícito o incompatible con sus condiciones generales, o bien con consecuencia de la notificación que el prestador del servicio dirige a un creador de contenido comunicando medidas restrictivas relacionadas con la información proporcionada por dicho usuario.

El Reglamento de Servicios digitales articula en su artículo 20 un sistema interno de resolución de controversias o litigios que pueden plantear con los destinatarios de los servicios digitales con base en las anteriores actuaciones del prestador de servicios digitales que les afectan.

En cualquier caso, el plazo para presentar la reclamación será como mínimo de 6 meses a partir del momento en que el destinatario del servicio sea informado de la decisión adoptada por el prestador del servicio. Sin embargo, no se establece un plazo de resolución de reclamaciones por parte de los prestadores. Simplemente se establece que la gestión de las reclamaciones se realizará en tiempo oportuno y de

⁶³ Y en el caso de usuarios profesionales, las medidas de carácter restrictivo se refieren a la suspensión, cesión o restricción de la capacidad de monetizar la información proporcionada por los destinatarios.

manera no discriminatoria, diligente y no arbitraria, con lo que nos encontramos nuevamente con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados. La resolución de la reclamación deberá ser motivada, informando también sobre la posibilidad de resolución extrajudicial de litigios. Además se establecen otros mecanismos de garantía para la resolución de las reclamaciones, entre ellos, que no se adopten exclusivamente a través de medios automatizados, es decir, utilizando la inteligencia artificial y garantizando la supervisión humana⁶⁴. El resultado de la estimación de la reclamación, será revertir la decisión reclamada sin dilación indebida, pero nuevamente el Reglamento omite plazos a los que deban someterse los prestadores de servicios.

⁶⁴ Téngase en cuenta que el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679 DEL Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) establece en su apartado primero el derecho de todo interesado derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Y en el apartado segundo, se pone de manifiesto que en los casos en que el precepto anterior se excepcione, se ha de garantizar como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. Y en todo caso, las decisiones automatizadas no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1.



6.1.2. Resolución extrajudicial de litigios.

Si el asunto no se resuelve a través de este sistema interno de reclamación, procede el recurso a los mecanismos alternativos de resolución de litigios. El prestador del servicio ha de dar acceso a través de su interfaz a esta opción, en cuyo caso, el litigio se resuelve por órganos de resolución extrajudicial de litigios debidamente acreditados.

De esta manera, el artículo 21 del Reglamento establece un sistema de resolución extrajudicial de litigios, cuyo acceso se configura como un derecho de los usuarios del servicio, incluidas aquellas personas que hayan enviado notificaciones previas. De esta configuración como derecho se puede inferir el carácter preceptivo del sistema. La resolución extrajudicial se encomienda a entidades que hayan sido certificadas como tales de conformidad con el apartado 3 del artículo 21, y es un sistema que se habilita sin perjuicio del derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales. La certificación concedida tiene un periodo de validez de cinco años.

Será opcional para el usuario del servicio acudir a la resolución extrajudicial del conflicto, pudiendo acudir a la vía judicial en su lugar. El sistema de resolución extrajudicial será preceptivo para el prestador del servicio si el usuario afectado por una decisión restrictiva decide acudir a él.

En todo caso, la eficacia de este sistema de resolución de litigios es muy limitada, ya que el resultado de dicha resolución no es vinculante para las partes. Además, los

prestadores de servicios de plataformas en línea podrán negarse a colaborar con el órgano de resolución extrajudicial si ya se ha resuelto un litigio relativo a la misma información y los mismos motivos de ilegalidad o incompatibilidad de los contenidos. La norma no aclara cuando estamos frente a un litigio en el que se recurre la misma información, es decir, si se trata del mismo sujeto que vuelve a introducir esa información, o de un supuesto parecido cuya coincidencia con la presente queda a la apreciación del prestador de servicios.

El Reglamento tampoco especifica el sistema de resolución extrajudicial de conflictos que articula, pero traducido a los sistemas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, es razonable pensar que se trata de un sistema de mediación, dado el carácter no vinculante de la decisión. En todo caso, este sistema de reclamación es diferente a los mecanismos de resolución de litigios que se articulan en materia de consumo, puesto que se trata de entidades acreditadas específicamente con la finalidad de mediar o resolver litigios relacionados con el carácter ilícito de la información, o de incompatibilidad de los contenidos con los términos y las condiciones generales de uso del servicio digital. Por tanto, estos mecanismos de resolución extrajudicial deben distinguirse de los que se aplican en el caso de contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales y que se dirimen en el ámbito de consumo por afectar a cuestiones relacionadas con el contrato principal celebrado a través de un procedimiento electrónico. A ellos nos referimos a continuación.



6.2. El sistema de reclamaciones en el caso de los contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales.

En el caso de que el uso de las plataformas digitales sea un instrumento para la adquisición de productos, o la contratación de servicios online, los litigios que se planteen entre el comerciante que vende el producto o presta el servicio y el consumidor se resolverán conforme al sistema de reclamaciones que rige en materia de consumo, y en particular, por la Ley de consumidores y usuarios. Los conflictos aquí no se establecen entre el prestador de servicios digitales y el consumidor que adquiere un bien o contrata la prestación de un servicio, o contenido digital, sino entre el consumidor y el comerciante que suministra el bien, o servicio contratado. Puede tratarse del mismo prestador del servicio digital que además vende productos, o presta servicios a través de la plataforma digital, pero normalmente serán contratos celebrados con terceros distintos al prestador del servicio digital que pone a disposición del usuario la plataforma.

Téngase en cuenta que el prestador de servicios digitales no es responsable de la información facilitada por un destinatario del servicio si no tiene conocimiento de la actividad ilícita o del contenido ilícito de dicha información, a menos que, conforme al artículo 6.3, induzca a error al consumidor haciéndole creer que la información o el producto o servicio se proporciona por la propia plataforma en línea, o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control. Por esta razón, las reclamaciones irán dirigidas principalmente al

tercero, comerciante y usuario de la plataforma que ofrece sus productos o servicios a través de la misma.

Pero si el prestador de una plataforma que permite transacciones entre comerciantes y consumidores online tiene conocimiento de que un producto o servicio ilícito ha sido vendido a los consumidores a través de la plataforma, tiene la obligación de informar a dichos consumidores en la medida en que tenga sus datos de contacto (artículo 32). Esta información debe hacer referencia a los datos del comerciante y a los recursos que resulten pertinentes. Si la plataforma digital que permite las transacciones comerciales con terceros incumple las obligaciones anteriores, ello podrá dar lugar a una reclamación ante el coordinador de servicios digitales, pudiéndose igualmente reclamar una indemnización por incumplimiento del Reglamento de Servicios Digitales.

BIBLIOGRAFÍA.

BARRIO ANDRES, M., "El nuevo Reglamento europeo de servicios digitales", *Anuario de Derecho Administrativo 2023*, págs. 153-168

CÁMARA LAPUENTE, S., "Primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021.

CÁMARA LAPUENTE, S., "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", en ARROYO



AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pag.141-189.

CASTELLÓ PASTOR, J.J., Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales”, en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, I., “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario”, *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 93 ss.

ESPÍN ALBA, I., “Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, pp. 3 ss.

GARCÍA PÉREZ, R., “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”, en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 175 ss.

MARINEZ DE OLIVEIRA, X., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: la protección del consumidor en Portugal", *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pág. 599-616.

MARTINEZ NADAL, A., "Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales", en BLANCO SANCHEZ, M.J., Derecho digital y nuevas tecnologías, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 387-416.

MIGUEL ASENSIO, A., "Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales", *La Ley Unión Europea*, número 109, 2022, pág. 65-77.

MONTERO PASCUAL, J.J. "Los servicios digitales" en MONTERO PASCUAL, J.J (coord.) La regulación de los servicios digitales, Tirant lo Blanch, 2024, págs. 21-50.

MONTERO, J. y RODRIGUEZ MARTINEZ, I., "La tipificación del contrato de intermediación en línea en el reglamento de servicios digitales", en Codes Calatrava, A., (coord.), *Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, 2023.

NAVARRO CASTRO, M., "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ/ CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp.321 ss.



PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.

SANCHEZ LERÍA, R., "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *InDret*, núm. 4, 2021, pág. 33-87.

SANTISTEBAN GALARZA, M., "Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, págs. 159-179.

**DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS
CIUDADANOS COMO USUARIOS Y
CONSUMIDORES DE SERVICIOS
DIGITALES A LA LUZ DEL REGLAMENTO
2022/2065 DE 19 DE OCTUBRE
(REGLAMENTO DE SERVICIOS
DIGITALES)**

Dña. María Jesús García García
Catedrática de Derecho Administrativo de la
Universidad de Valencia

Resumen: Como destinatarios de servicios digitales, los usuarios de los mismos pueden ver afectados no solo sus derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos derivados de la condición de ciudadanos de un sistema democrático. De esta manera, la legislación de consumo es insuficiente para tutelar todos los derechos implicados en la relación jurídica establecida entre el prestador de estos servicios y el destinatario de los mismos en su condición de usuario-consumidor. Es necesaria por tanto una legislación adicional que proteja esos derechos fundamentales y al mismo tiempo someta a todos los prestadores de servicios digitales a unas mismas obligaciones y a un régimen jurídico uniforme que ponga los cimientos para la consecución de un mercado único digital. El Reglamento de Servicios Digitales, de reciente aplicación, pretende conseguir estos objetivos.

Palabras clave: consumidores, servicios digitales, mercado único, comercio electrónico, derechos fundamentales.

Abstract: As recipients of digital services, users of the same may see not only their rights as consumers affected, that is, their rights of patrimonial and economic content, but also their fundamental rights, which endangers their civic and political rights derived from the condition of citizens of a democratic system. In this way, consumer legislation is insufficient to protect all the rights involved in the legal relationship established between the provider of these services and the recipient of the same in their condition of user-consumer. There is therefore a need for additional legislation that protects



these fundamental rights and at the same time subjects all digital service providers to the same obligations and to a uniform legal regime that lays the foundations for the achievement of a digital single market. The recently implemented Digital Services Regulation aims to achieve these objectives.

Key words: consumers, digital services, single market, e-commerce, fundamental rights.



Sumario:

- 1.- El marco normativo: del comercio electrónico al mercado único de los servicios digitales.
2. Los servicios digitales en la normativa europea.
 - 2.1. El concepto de servicios digitales en la normativa de consumo.
 - 2.2. El concepto de servicios digitales en el Reglamento de Servicios Digitales.
3. Las distintas dimensiones del usuario de servicios digitales: de consumidor a destinatario de servicios digitales.
 - 3.1. El usuario de servicios digitales como consumidor: la contratación de servicios digitales.
 - 3.2. El usuario de servicios digitales como ciudadano.
4. La contratación de servicios digitales y la protección de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.
 - 4.1. El derecho a la información y la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.
 - 4.2. La lucha contra el contenido ilícito y la defensa de los derechos fundamentales.
 - 4.2.1 La responsabilidad de los prestadores de servicios ante los contenidos ilícitos.
 - 4.2.2 Los usuarios como detectores de contenidos ilícitos: el mecanismo de notificación-acción.
 - 4.3. Restricciones en el uso de los servicios digitales que pueden afectar a los derechos fundamentales: garantías de la actividad de moderación de contenido.
 - 4.3.1. La motivación de las decisiones restrictivas.
 - 4.3.2. La publicidad de la actividad de moderación.
 - 4.4. Las garantías de la publicidad en el entorno digital.
 - 4.5. Las garantías en el sistema de recomendaciones.



4.6. Las garantías adicionales de protección de derechos fundamentales en el uso de las grandes plataformas y motores de búsqueda.

5. Los servicios digitales como servicios intermediarios de la sociedad de la información: las plataformas digitales como instrumentos de contratación electrónica a distancia.

5.1. Los consumidores online y las garantías formales de la contratación electrónica.

5.2. Obligaciones de las plataformas digitales que permiten la contratación con terceros.

5.2.1. El derecho a la información y la seguridad: el derecho a conocer al vendedor y la trazabilidad de los productos.

5.2.2. La prohibición de los patrones oscuros.

6.- El sistema de reclamaciones.

6.1. La contratación de servicios digitales y el sistema de reclamaciones.

6. 1.1. Reclamaciones contra el prestador del servicio.

6.1.2. Resolución extrajudicial de litigios.

6.2. El sistema de reclamaciones en el caso de los contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales.

BIBLIOGRAFÍA.



1.- El marco normativo: del comercio electrónico al mercado único de los servicios digitales.

Los servicios digitales están presentes en nuestro día a día y constituyen una nueva forma de interactuar en y con el mundo, no solo desde el punto de vista social, sino también desde el punto de vista económico, comercial, mercantil y empresarial. Las empresas y usuarios profesionales se valen de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para incrementar su presencia y volumen de negocio, pero esto también potencia, en el otro lado de la ecuación, que los ciudadanos utilicen la tecnología digital para muy distintos fines, convirtiéndose en usuarios de servicios digitales, que, en ocasiones, son además el medio instrumental para contratar otros bienes y servicios como consumidores online.

La compleja y variedad problemática que la regulación de los servicios digitales presenta ha sido abordada progresivamente por la legislación europea, siempre desde una perspectiva limitada y sectorial, dada la complejidad de la materia.

Así, la Directiva sobre protección de los consumidores⁶⁵, ya aludió al concepto de contenidos digitales, como

⁶⁵ Utilizamos la terminología europea que designa como consumidores a aquellas personas que sin perseguir una actividad comercial o profesional adquieren bienes, o contratan la prestación de servicios. No seguimos por tanto la terminología española de consumo que diferencia entre consumidores (aquellos que adquieren bienes) y usuarios (aquellos que contratan servicios). A esto respecto, nos remitimos a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo



actividad protegida por la legislación de consumo y diferenciada de la adquisición de bienes y de la prestación de servicios cuando el suministro de contenido digital no iba acompañado de un soporte material. Se evidenciaba así la necesidad de ampliar el ámbito objetivo de la protección de los consumidores para dar cobertura a nuevos negocios jurídicos que el desarrollo de la tecnología propiciaba en aquel momento. Anteriormente, la evolución de estas tecnologías de la información y su carácter instrumental y propiciatorio de las transacciones comerciales había obligado a Europa a adoptar la Directiva de Comercio Electrónico⁶⁶, transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Comercio Electrónico⁶⁷. Esta Directiva acometerá la normación de las nuevas tecnologías al someter a una tímida regulación a los proveedores de servicios digitales, centrándose en la contratación electrónica y las plataformas digitales como

y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁶⁶ Directiva 2000/31/CE de 8 de junio sobre determinados aspectos de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

⁶⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.



instrumentos al servicio de las transacciones comerciales.

Sin embargo, el empleo de los servicios digitales ha planteado y sigue planteando muchos problemas desde el punto de vista de su influencia en el mercado único y su incidencia en los derechos democráticos de los ciudadanos. De esta manera, el Reglamento de Servicios Digitales⁶⁸ acomete su regulación desde una perspectiva más amplia, centrándose no tanto en la contratación electrónica, como había hecho la Directiva sobre comercio electrónico⁶⁹, sino en el correcto

⁶⁸ El Reglamento de Servicios Digitales entró en vigor el 16 de noviembre de 2022. Las plataformas digitales disponían de un plazo de 3 meses para comunicar el número de usuarios finales activos (17 de febrero de 2023). La Comisión determina las plataformas que deben ser consideradas como plataformas o motores de búsqueda de gran tamaño. Tomada la decisión, las plataformas disponían de 4 meses para cumplir sus obligaciones, incluida la realización de la evaluación de riesgos. 17 de febrero de 2024, fecha de aplicación del Reglamento. Los estados deberán facultar a sus coordinadores de servicios digitales.

El Reglamento de Servicios digitales se aplica en el territorio de la Unión Europea, con independencia del lugar de establecimiento del prestador del servicio. El criterio determinante es el lugar de establecimiento o residencia del destinario del servicio intermediario. Se imponen a las grandes tecnológicas estadounidenses las mismas obligaciones que a los operadores económicos europeos.

⁶⁹ Que básicamente consideraba los servicios digitales intermediarios como meros instrumentos al servicio de la contratación electrónica).



funcionamiento de los servicios intermediarios y su impacto e incidencia sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos en tanto que usuarios y consumidores de servicios digitales⁷⁰.

Para ello la norma regula por primera vez de manera más extensa las obligaciones de los prestadores de servicios digitales, haciendo especial hincapié en las grandes plataformas digitales⁷¹ y motores de búsqueda de gran tamaño. Desde esta perspectiva, centrada en el control de estos prestadores de servicios, la norma pretende proteger los derechos de los destinatarios de servicios digitales, entre los cuales se incluyen tres categorías: los usuarios profesionales, los consumidores y otros destinatarios. De esta manera, una parte de la norma protege los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como sus derechos patrimoniales e intereses económicos en su condición de usuarios y consumidores. El Reglamento converge así con otras normas jurídicas que protegen igualmente a los consumidores, aunque tiene la peculiaridad de tutelar tales derechos cuando estos se ven vulnerados por prestadores de servicios digitales, y, por tanto, a través del empleo de la tecnología digital. Supone por tanto convalidar la

⁷⁰ BARRIO ANDRES, M., "El nuevo Reglamento europeo de servicios digitales", *Anuario de Derecho Administrativo 2023*, págs. 153-168

⁷¹ Una plataforma digital es un entorno en el que los usuarios pueden llevar a cabo tareas, gestionar actividades, colaborar con otros usuarios e interactuar por medio de las herramientas y funcionalidades que se ofrecen en la plataforma.

protección del consumidor desde una nueva perspectiva que es aquella relacionada con las amenazas producidas a través de medios digitales, aunque la norma es tibia con los prestadores de servicios y claramente insuficiente.

Es innegable que las tecnologías de la información y la comunicación desempeñan un papel fundamental en el desarrollo del mercado único, en cuanto instrumento para potenciar las transacciones económicas entre todos los agentes implicados, entre ellos desde luego, también los consumidores. pero también como objeto de contratación y transacción. Pero su potencial trasciende las fronteras del comercio para terminar afectando derechos fundamentales que los usuarios de esos servicios ostentan en su condición de ciudadanos. De alguna manera es necesario encontrar un equilibrio entre la utilización de los servicios digitales como objeto e instrumento al servicio del mercado único y su impacto sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El Reglamento de Servicios Digitales persigue un correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios, así como establecer unas normas uniformes para crear un entorno en línea seguro, predecible y confiable en el que los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales estén protegidos. A tal efecto, el Reglamento busca establecer unas normas que regulen las obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a determinadas categorías específicas de proveedores de servicios de intermediación⁷², consolidar unas normas

⁷² MIGUEL ASENCIO, A., "Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de



sobre la aplicación y cumplimiento del Reglamento en lo que respecta a la cooperación y coordinación entre las autoridades competentes y establecer un ámbito sancionador.

Desde la perspectiva anterior, el usuario de servicios digitales debe ser protegido en su dimensión como consumidor⁷³ y en su consideración como ciudadano, ya que la utilización de estos servicios digitales puede afectar también los derechos fundamentales que convergen en la esfera jurídico-pública de la ciudadanía. El estatuto jurídico del consumidor de servicios digitales se construye así sobre la base de las aportaciones de la normativa de consumo⁷⁴ y de la normativa sectorial sobre servicios digitales de reciente aprobación, que busca establecer la base de un mercado único digital, al

Servicios Digitales", *La Ley Unión Europea*, número 109, 2022, pág. 65-77.

⁷³ Utilizamos el término consumidor adoptando la terminología comunitaria, conforme a la cual se establece una categoría única que engloba a aquellos que adquieren bienes (consumidores, de acuerdo con la terminología interna), o contratan la prestación de servicios (usuarios, según nuestra normativa interna). El Derecho europeo no establece tal distinción, aludiendo únicamente a los consumidores.

⁷⁴ En este sentido, cabe hacer referencia a la Directiva sobre protección de los consumidores y específicamente a la Directiva 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Ambas normas han sido objeto de trasposición a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto Legislativo.... De protección de los consumidores y usuarios.



tiempo que garantizar a los usuarios de tales servicios un cierto grado de protección frente al potencial dañino de los servicios de la sociedad de la información. Estas normas protegen la esfera jurídica del consumidor de servicios digitales desde las distintas dimensiones desde las que puede resultar afectada.

2. Los servicios digitales en la normativa europea.

2.1. El concepto de servicios digitales en la normativa de consumo.

La propia evolución de las tecnologías ha venido motivando la necesidad de una regulación de los servicios y contenidos digitales, a medida que los mismos han venido instalándose en nuestra cotidianeidad y siendo objeto de uso y utilización generalizada.

La Directiva de comercio electrónico en el mercado interior efectuó una definición de los servicios de la sociedad de la información⁷⁵, acometiendo

⁷⁵ Conforme a esta normativa, se incluiría, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros



específicamente la contratación electrónica de bienes y servicios y la Directiva 2011/83 sobre protección de los consumidores incluyó en su ámbito de aplicación el contrato de contenido digital, para incluir el suministro de contenidos no ligados a un soporte material⁷⁶.

sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador, esto es, una actividad remunerada. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico. La legislación de protección de consumidores y usuarios había hecho alguna referencia breve a los contenidos digitales al trasponer el contenido de la citada directiva.

⁷⁶ La Directiva de Protección de los consumidores establece en su apartado 2 la definición de contenido digital, considerando como tal los datos producidos y suministrados en formato digital. En el considerando número 19 de la citada Directiva se establece que los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en su ámbito de aplicación, señalando que cuando dicho contenido digital no se suministre en soporte material, el negocio jurídico no será un contrato de compraventa, ni de servicios. La Directiva alude expresamente a unos contratos específicos, diferentes de los contratos de compraventa de bienes o servicios y que dan cabida a aquellos contenidos digitales que no requieren soporte material. Nos encontramos ante el contrato de suministro de contenidos digitales propiamente dichos, cuyos consumidores ya eran objeto de protección por parte de la Directiva de Consumo y cuya regulación y régimen jurídico ha ampliado ahora la

Sin embargo, será la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenido y servicios digitales la que venga a establecer una regulación específica sobre los contratos que tengan por objeto las anteriores prestaciones, con el fin de dotar de la protección jurídica necesaria a los consumidores⁷⁷ que celebren tales negocios jurídicos. De acuerdo con la Directiva 2019/770, servicios digitales son todos aquellos que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales⁷⁸. Dichos servicios permiten al usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital; compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.

La Directiva no predetermina la naturaleza jurídica del contrato, pero la normativa española de protección de

Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenido y servicios digitales.

⁷⁷ ESPÍN ALBA, I., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital", *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, pp. 3 ss.

⁷⁸ MARINEZ DE OLIVEIRA, X., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: la protección del consumidor en Portugal", *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pág. 605



los consumidores y usuarios si le ha conferido la naturaleza de un contrato de suministro. La norma ampara a los usuarios y consumidores que contraten contenidos y servicios digitales y que a partir de esta nueva regulación gozarán de garantías adicionales similares a las que ostentaban los adquirentes de bienes, o usuarios de otro tipo de servicios. Se establecen así normas específicas sobre la conformidad de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento en el suministro y un régimen de garantías específico que se adapta a las peculiaridades de dichos contratos. Se trata así de proteger los intereses económicos y patrimoniales de los usuarios de tales servicios en tanto que consumidores, y así lo demuestra el hecho de que la transposición⁷⁹ de la Directiva al derecho español haya supuesto la modificación del Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios⁸⁰.

⁷⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., "Primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021,

⁸⁰ Junto a la anterior Directiva, es objeto de trasposición también la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y que incluye la compraventa de bienes con elementos digitales. La

Sin embargo, la celebración de un contrato de suministro de servicios digitales implica una interacción con el prestador del servicio y con el resto de los usuarios que no solo pone en peligro los intereses económicos de los consumidores digitales y su seguridad (como básicamente tutelaba la legislación de consumo hasta el momento), sino que, además, puede afectar a sus derechos fundamentales, dada la potencialidad de esos recursos digitales. Por esta razón, la protección de los usuarios de servicios digitales no puede ceñirse exclusivamente a la normativa que hasta la fecha regulaba sus derechos y garantías, sino que ha de ampliarse hacia esferas que contemplen también la tutela de los derechos y garantías constitucionales y los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión Europea. Y este es precisamente el sentido del nuevo Reglamento sobre servicios digitales.

Ha de tenerse en cuenta además que la Unión Europea puede tutelar esos derechos fundamentales cuando son lesionados en el marco de las competencias atribuidas a la Unión Europea, y qué duda cabe que las materias relativas al mercado interior y el consumo son aspectos que integran el ámbito competencial comunitario. Pocas veces ha quedado tan patente la capacidad de la Unión Europea para regular y controlar jurisdiccionalmente la vulneración de los derechos reconocidos a los ciudadanos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

regulación anterior pretende establecer garantías para los consumidores que adquieren o contratan bienes, contenidos y servicios digitales, que no aparecían regulados en la legislación anterior.



2.2. El concepto de servicios digitales en el Reglamento de Servicios Digitales.

Como hemos señalado, los usuarios de servicios digitales ven afectados no solo sus derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos como ciudadanos de un sistema democrático. De esta manera, la legislación de consumo es insuficiente para tutelar todos los derechos implicados en la relación jurídica entablada entre el prestador de los servicios y el destinatario de los mismos en su condición de usuario-consumidor de servicios digitales. Es necesaria por tanto una legislación adicional que proteja esos derechos fundamentales frente a las posibles violaciones o vulneraciones de los mismos desde la posición de usuario de servicios digitales y al mismo tiempo someta a todos los prestadores de servicios digitales a unas mismas obligaciones y a un régimen jurídico uniforme que ponga los cimientos para la consecución de un mercado único digital.

A estos efectos, el Reglamento de Servicios Digitales⁸¹ cataloga esos servicios de la sociedad de la información

⁸¹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único

como servicios intermediarios, distinguiendo entre servicios de mera transmisión, servicios de memoria caché y servicios de alojamiento de datos, incluyendo dentro de estos últimos la subcategoría de las plataformas en línea, que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público. Este tratamiento destacado de las plataformas digitales se debe a la potencialidad de las mismas para facilitar las interacciones entre usuarios, fomentar el consumo y la contratación online de bienes y servicios, así como por su capacidad para vulnerar derechos fundamentales de los usuarios de tales servicios. La mayoría de servicios digitales que utilizamos los consumidores se instrumentaliza a través de plataformas digitales. Por su gran potencial, el Reglamento se centra sobre todo en las plataformas digitales, y concretamente en las de gran tamaño. Se estima en 10.000 el número de plataformas en línea que operan en la UE. Más del 90% son pequeñas y medianas empresas (pymes).

El Reglamento de Servicios Digitales trata de crear un entorno en línea seguro y confiable, estableciendo una serie de obligaciones para los prestadores de servicios digitales capaces de prevenir los riesgos que puede conllevar su utilización, especialmente por lo que se refiere a los derechos fundamentales. Estos riesgos pueden provenir de los contenidos ilícitos proporcionados por los usuarios de tales servicios, pero también de la propia actividad de los prestadores, tanto cuando utilizan datos personales de los usuarios para llevar a cabo

de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).



actividades de publicidad o recomendación, como cuando realizan funciones restrictivas de retirada de contenido, en cuyo caso pueden afectar a la libertad de expresión. Para conjurar estas amenazas se establece un sistema de obligaciones a los prestadores de servicios digitales, que se van incrementando a medida que aumenta la interacción de los usuarios con el servicio y en función del potencial efecto dañino que su utilización puede plantear.

Así, todos los prestadores de servicios digitales se someten a un conjunto de obligaciones dirigidas a crear un entorno en línea transparente y seguro. Ello incluye la obligación de establecer puntos de contacto nacionales con las autoridades y con los destinatarios; designar representantes legales; y establecer en las condiciones generales de contratación todas aquellas referencias a las restricciones que puedan imponer, así como la publicación de informes sobre la actividad de moderación que hayan realizado.

A los prestadores de servicios de alojamientos de datos (que incluye a las plataformas en línea), se imponen las obligaciones anteriores además de otras adicionales, que tienen que ver con la previsión de mecanismos de notificación-acción⁸²; motivación de las decisiones restrictivas⁸³ y notificación de las sospechas de delitos⁸⁴.

⁸² Artículo 16 del Reglamento de Servicios.

⁸³ Véase artículo 17 del Reglamento de Servicios.

⁸⁴ Artículo 18 del Reglamento de Servicios.



Además de lo anterior, las plataformas en línea⁸⁵ tienen a su vez una serie de obligaciones específicas tales como el establecimiento de un sistema de gestión de reclamaciones⁸⁶; el sometimiento a un sistema de resolución extrajudicial de litigios⁸⁷ y de alertadores fiables⁸⁸; la obligación de articular mecanismos de protección contra usos indebidos y la obligación de calcular e informar sobre el promedio mensual de los destinatarios del servicio activos⁸⁹; garantizar la prohibición de los patrones oscuros⁹⁰; el sometimiento a determinados requisitos de publicidad en sus plataformas y transparencia del sistema de recomendaciones y de los algoritmos utilizados⁹¹. En el caso de las plataformas en línea que permitan realizar contratos a distancia con comerciantes, se añaden además obligaciones relativas a la trazabilidad de los comerciantes⁹²; diseño de las plataformas para permitir interfaces que permitan cumplir las obligaciones anteriores⁹³ y garantías respecto a la información⁹⁴.

En el caso de plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño⁹⁵, se imponen obligaciones adicionales que

⁸⁵ Quedan excluidas las microempresas.

⁸⁶ Artículo 20 del Reglamento de Servicios.

⁸⁷ Artículo 21 del Reglamento de Servicios.

⁸⁸ Artículo 22 del Reglamento de Servicios.

⁸⁹ Artículo 23 y 24 del Reglamento de Servicios.

⁹⁰ Artículo 25 del Reglamento.

⁹¹ Artículos 26 y 27 del Reglamento de Servicios.

⁹² Artículo 30 del Reglamento de Servicios

⁹³ Artículo 31 del Reglamento de Servicios.

⁹⁴ Artículo 32 del Reglamento de servicios.

⁹⁵ Entendiendo por plataformas de gran tamaño aquellas que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio



se acumulan a las anteriores⁹⁶. El Reglamento se fija sobre todo en las plataformas digitales de gran tamaño estableciendo obligaciones acumulativas y ello por varias razones: son las que permiten una mayor interacción con los usuarios, permiten el comercio electrónico y tienen un mayor potencial para causar daños. Entre estas obligaciones hay que citar la puesta en práctica de sistemas de evaluación de riesgos y de mecanismos de reducción de tales riesgos y respuesta a las crisis; la realización de auditorías independientes; permitir a los usuarios optar por un sistema de recomendaciones no basad en la elaboración de perfiles⁹⁷; elaboración de repositorios de anuncios⁹⁸; permitir el acceso a sus datos y escrutinio⁹⁹; designar encargados del cumplimiento¹⁰⁰;

activos en la UE igual o superior a 45 millones (10% de los 450 millones de consumidores en la UE)

⁹⁶ El 25 de abril de 2023 la Comisión designa como plataformas de gran tamaño las siguientes: X (Twitter), TikTok, Instagram, Wikipedia, Zalando, AliExpress, Amazon, AppStore de Apple, Booking, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, LinkedIn, Pinterest, Snapchat y YouTube. En diciembre de 2023 se designan otras tres: Pornhub, Stripchat y XVideos. En cuanto a los motores de búsqueda de gran tamaño, estos son Bing y Google Search. Amazon y Zalando han presentado ya recursos ante el Tribunal General de la UE por considerar que no entran en la categoría de grandes plataformas que ha hecho la Comisión.

⁹⁷ Artículo 38 del Reglamento de Servicios Digitales.

⁹⁸⁹⁹ Artículo 39 del Reglamento de Servicios Digitales.

⁹⁹ Artículo 40 del Reglamento de Servicios Digitales.

¹⁰⁰ Artículo 41 del Reglamento de servicios Digitales.

elaboración de informes¹⁰¹; y pago de una tasa de supervisión¹⁰².

De esta manera, se establece un sistema acumulativo de obligaciones, en forma de pirámide invertida, en el que los prestadores de servicios de plataformas y los motores de búsqueda de gran tamaño tienen las obligaciones generales exigibles a todos los prestadores de servicios digitales, además de sus propias obligaciones específicas. En definitiva, el Reglamento se propone llevar a cabo un control y supervisión de los prestadores de servicios digitales, y en especial de las plataformas de gran tamaño.

3. Las distintas dimensiones del usuario de servicios digitales: de consumidor a destinatario de servicios digitales.

3.1. El usuario de servicios digitales como consumidor: la contratación de servicios digitales.

Los servicios digitales son servicios prestados a petición individual de un usuario, a título oneroso, a distancia y por vía electrónica, siempre que constituyan una actividad económica para el prestador del servicio. Implican la celebración de un contrato a distancia entre el consumidor y el prestador del servicio. Para desentrañar el concepto de consumidor¹⁰³, es necesario

¹⁰¹ Artículo 42 del Reglamento de Servicios Digitales.

¹⁰² Artículo 43 del Reglamento de Servicios Digitales.

¹⁰³ En este sentido, la normativa europea no distingue entre usuarios y consumidores, como si hace la legislación española de protección de consumidores y usuarios



remitirse a la Directiva de protección de los consumidores¹⁰⁴ que en su artículo 2 los define como toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, o profesional¹⁰⁵. Así pues, podemos definir a los consumidores como aquellas personas que realizan una transacción económica sin

¹⁰⁴ DIRECTIVA 2011/83/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

¹⁰⁵ En el ámbito de los servicios digitales, no siempre es sencillo delimitar cuando el empleo que se realiza de ellos tiene una finalidad profesional, o no. Un ejemplo característico sería el caso de los youtubers, quienes deben reunir unos requisitos mínimos de audiencia (1.000 seguidores y 4,000 horas reproducidas de sus vídeos en los últimos 12 meses. Así por ejemplo en los términos y condiciones de Google se distingue entre consumidores y usuarios empresariales y organizaciones. Los términos del servicio de Google especifican que bajo ciertas condiciones el contrato con Google puede conllevar la condición de consumidor. En este caso, es el propio usuario quien decide su perfil al aceptar las condiciones

perseguir un ánimo de lucro¹⁰⁶, siendo por otro lado necesario también el requisito de ser persona física.¹⁰⁷.

Para que un sujeto tenga la condición de consumidor, éste debe realizar una actividad que se inscriba en el ámbito de la normativa europea de consumo, esto es, dicha actividad debe consistir en la adquisición de un bien, o en la prestación de un servicio, o en el suministro de datos o servicios en formato digital. De esta manera, por ejemplo, cuando aceptamos los términos del servicio de Google nos estamos convirtiendo en consumidores de un servicio digital, siempre y cuando realicemos esta actividad al margen de un propósito económico, comercial, profesional, quedando de este modo protegidos por la normativa de consumo europea y española.

Así pues, la condición de consumidor de servicios digitales se adquiere tras la celebración de un negocio jurídico o contrato entre un usuario y el prestador del servicio. Tal y como hemos señalado, la Directiva 2019/770 amplía el ámbito de los negocios jurídicos sometidos a la legislación de consumo, incluyendo los contratos de suministro de servicios digitales, a los que

¹⁰⁶ NAVARRO CASTRO, M., "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ/ CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ (coord.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp.321 ss.

¹⁰⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.



confiere unas garantías específicas en atención a su naturaleza y que tienen que ver con el régimen de la conformidad, las garantías legales y los remedios a disposición de los usuarios de tales servicios.

El objeto del contrato de suministro de servicios digitales incluye así todos aquellos servicios que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales.

La relación contractual implica la existencia de un usuario, o consumidor y un sujeto, normalmente un empresario, que realiza una actividad económica. Los prestadores de servicios digitales pueden ser considerados empresarios a los efectos de esta Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales, cuando actúan como intermediarios para la contratación de otros bienes o servicios¹⁰⁸.

La Directiva cambia también el concepto de contrato de servicios, pues ya no se requiere que sea a cambio de una contraprestación económica, sino que la

¹⁰⁸ MONTERO, J. y RODRIGUEZ MARTINEZ, I., "La tipificación del contrato de intermediación en línea en el reglamento de servicios digitales", en Codes Calatrava, A., (coord.), *Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, 2023.

contraprestación puede consistir en la cesión de datos. Así, los contratos a través de los cuales el empresario suministra, o se compromete a suministrar servicios digitales a cambio de los datos personales son también contratos incluidos en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios y gozan de las mismas garantías que los contratos de suministros a cambio de una retribución económica¹⁰⁹. El carácter oneroso del contrato de suministro de servicios digitales, puede consistir en una contraprestación económica, o retribuirse en forma de ingresos generados por la publicidad mediante la inclusión de anuncios publicitarios, y por la cesión de datos personales de los usuarios recabados a través de las cookies. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que incluye entre los servicios de la sociedad de la información las prestaciones efectuadas con carácter gratuito por el intermediario que obtiene su remuneración de los ingresos generados por la publicidad y no por el destinatario del servicio. Igualmente, la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales recoge expresamente la posibilidad de que los contratos de suministro de servicios digitales no tengan como contraprestación el pago de un precio, sino que la remuneración al empresario consista en proporcionar datos personales, y así se ha recogido también en

¹⁰⁹ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, I., "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 93 ss.



nuestro ordenamiento jurídico en el Real Decreto sobre protección de los consumidores y usuarios.

3.2 El usuario de servicios digitales como ciudadano.

El reciente Reglamento sobre servicios digitales¹¹⁰ alude a la categoría de destinatario de servicios digitales¹¹¹. Como posibles destinatarios de tales servicios, el Reglamento menciona a profesionales, consumidores y otros usuarios¹¹². La condición de destinatario de servicios digitales puede provenir de distintas

¹¹⁰ 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 (Reglamento de Servicios Digitales).

¹¹¹ También la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) alude a los destinatarios de servicios digitales.

¹¹² Dentro de estos últimos, podríamos incluir a las organizaciones y personas jurídicas, o aquellos ciudadanos que son receptores o destinatarios pasivos de servicios digitales, entendiendo por tales, aquellos que sin haber aceptado la prestación de estos servicios se ven expuestos a su acción y efectos (ejemplo, yo no estoy suscrito a YouTube, pero se cuelga un vídeo mío comprometido ahí).

situaciones jurídicas¹¹³. Así, el destinatario de servicios digitales puede acceder a esta condición desde la condición de consumidor, es decir porque celebra un contrato de suministro para la prestación de esos servicios. El negocio jurídico que habilita a esta prestación está contemplado, como hemos visto, por la normativa de consumo, pero una vez adquirida esa condición, las prestaciones que conllevan esos servicios digitales hacen que queden comprometidas otras facetas de la esfera jurídica del usuario, como son sus derechos fundamentales. Esto hace que también deba dotarse de protección a estos derechos, cuestión que no acometen las normas de defensa de los consumidores y usuarios, sino la normativa sectorial de los servicios digitales a la que nos referimos.

Los usuarios de servicios digitales con un propósito ajeno a la actividad comercial, mercantil o industrial no son solo consumidores, sino que, para la protección integral de sus derechos, deben ser considerados como destinatarios de servicios digitales a efectos del Reglamento sobre servicios digitales.

La utilización de los servicios digitales en calidad de consumidor, trasciende el ámbito de la legislación de consumo, ya que no solo resulta comprometida su esfera jurídica privada y sus intereses económicos, sino

¹¹³ Así, los destinatarios de servicios digitales, que pueden ser, o no consumidores (los usuarios profesionales no lo serían por ejercer una actividad económica que de entrada no entra dentro del concepto de consumidor de acuerdo con la Directiva de protección de los consumidores).



también pueden resultar comprometidos derechos fundamentales. Por esta razón, el usuario de servicios digitales es ciudadano además de consumidor.

Y es que la contratación de servicios digitales pone en riesgo nuevos derechos e intereses que antes no resultaban afectados por la adquisición o contratación de bienes o servicios distintos de los digitales, y que, por tanto, carecían de protección en la legislación de defensa de los usuarios y consumidores. Se da además otra peculiaridad y esos derechos e intereses ponen en riesgos no solo derechos individuales, sino también globales, o generales. Son los riesgos sistémicos que pueden incluso hacer tambalear los cimientos de una democracia, o los procesos electorales, lo que pone de relieve el potencial de los servicios digitales y la necesidad de regular su actividad de prestación.

Cuando el título jurídico que sirve de base y fundamenta la utilización de servicios digitales es el de consumidor, nos encontramos con que la legislación de consumo no cubre todas las potenciales esferas que pueden resultar afectadas y deben ser protegidas, por lo que se hace necesario articular otras normas jurídicas de protección que junto con la legislación de consumo proporcionaran al usuario una protección integral de sus derechos e intereses. Así, la protección del consumidor digital estará formada por la legislación de consumo, más la legislación sectorial sobre servicios digitales.

Cuando hablamos de servicios digitales, los intereses y derechos afectados por la celebración de dicho negocio jurídico se extienden a esferas más amplias, abarcando

incluso derechos que afectan la esfera jurídica pública y al ejercicio de derechos fundamentales como ciudadanos. Esta esfera debe protegerse, pero no ya desde la legislación de consumo, sino desde una regulación específica de los servicios digitales, ya que los derechos e intereses afectados no solo se proyectan sobre los consumidores, sino sobre cualquiera que utilice esos servicios digitales, con independencia del título desde el que lo haga, ya sea como consumidor, o como profesional, o incluso como sujeto pasivo de dichos servicios. Por esta razón, las garantías y derechos previstos por el Reglamento de servicios digitales no se refieren exclusivamente a los consumidores, sino a cualquier destinatario de servicios digitales, pero cuando esas garantías se aplican a personas que tienen la condición de consumidores se añaden a su estatuto jurídico como consumidor. De esa manera, los consumidores digitales construyen su estatuto jurídico de protección sobre la base de la tradicional normativa de consumo a la que añaden ahora la normativa de servicios digitales.

Por tanto, el ámbito subjetivo del Reglamento de servicios digitales no es exclusivamente el de los consumidores, sino que abarca a todos aquellos sujetos que utilicen los servicios digitales independiente de del título, negocio jurídico o justificación que les lleve a ello. En el caso de los consumidores digitales, la protección proporcionada por esta norma converge con las normas específicas de protección de los consumidores y conforma su estatuto jurídico.



4. La contratación de servicios digitales y la protección de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.

Los servicios digitales han supuesto un revulsivo desde todos los puntos de vista y han expuesto a sus usuarios y entre ellos también a los que tienen la condición de consumidores a posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales. En efecto, al usar servicios digitales, un consumidor puede verse expuesto a una vulneración de sus derechos fundamentales en base a las relaciones que entabla con el prestador del servicio, o con otros usuarios. Y es que la utilización de servicios digitales puede afectar a derechos fundamentales tales como la libertad, la libertad de expresión¹¹⁴, el derecho de información, el derecho a la intimidad y a la privacidad, o la dignidad¹¹⁵. Obviamente, algo tan trascendente, no puede quedar sujeto exclusivamente a la consideración de las empresas tecnológicas, razón por la cual el Reglamento de Servicios Digitales ha establecido un conjunto de normas que reconocen derechos a los consumidores digitales e imponen obligaciones a los prestadores.

¹¹⁵ Así, por ejemplo, en el apartado Términos y condiciones de Google se hacen referencia a las medidas que se pueden tomar por el gigante tecnológico, entre las que destacan la retirada de contenido, o la suspensión o cancelación del acceso a los servicios de Google.

Ello implica que las garantías de los consumidores deben ampliarse con el establecimiento de limitaciones y controles sobre la actividad de los prestadores de servicios digitales que puedan poner en peligro estos derechos fundamentales.

Así pues, los servicios digitales tienen tal potencial que pueden afectar a los destinatarios de servicios digitales más allá de su esfera patrimonial, incidiendo en derechos que van más allá de su condición como consumidores y que tiene que ver con derechos pertenecientes a su esfera pública como ciudadanos. Desde este punto de vista, puede decirse que el derecho a la protección de los intereses económicos y patrimoniales de los consumidores ha de ampliarse, abarcando también aquellos otros derechos e intereses legítimos que se deriven de su condición como ciudadanos.

Y es que los servicios digitales imponen un precio muy alto por la prosperidad económica y su pago se realiza a través de la reformulación de los derechos fundamentales, que cada vez se quedan más desleídos y vacíos de contenido. Cuando usamos los servicios digitales estamos realizando una interacción con las empresas tecnológicas que nos otorgan el rol de usuarios de servicios digitales y a veces de consumidores. Pero al mismo tiempo, en esa interacción jurídica nuestros derechos fundamentales se pueden ver afectados. Por eso, desde esta posición de usuarios-consumidores de servicios digitales también se puede ver afectada nuestra esfera jurídica como ciudadanos y nuestros derechos fundamentales. ¿Cuál es el precio que hay que pagar en forma de derechos fundamentales para avanzar en la prosperidad económica en la era digital? ¿La era digital



implica la reducción del contenido de los derechos fundamentales?

4.1. El derecho a la información y la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores digitales. El derecho a la información es la piedra angular en la normativa de consumo, al que se supedita el ejercicio de muchos de los derechos de los consumidores. Como regla general, esa información se refiere tanto a los bienes, servicios y suministros que se contratan, como a las condiciones con arreglo a las cuales dichos bienes o servicios se adquieren. Ello significa que el derecho de información es un requisito que debe regir tanto con carácter precontractual, como post contractual, y que dicha información ha de reunir una serie de requisitos, ya que ha de ser correcta, objetiva, cierta, eficaz, comprensible y suficiente.

Esta máxima también es de aplicación en el caso de los servicios digitales y así lo establece el Reglamento europeo de Servicios Digitales, haciendo hincapié en que la información esté disponible para el usuario incluso antes del inicio de la prestación. En este sentido, todos los prestadores de servicios intermediarios deben incluir entre sus condiciones generales información sobre las posibles restricciones que puedan establecer en relación con la información proporcionada por los usuarios. Dicha información debe hacer referencia a las políticas, procedimientos y herramientas utilizadas para moderar contenidos, así como al sistema de reclamaciones que

amparan al usuario del servicio cuando entienda vulnerados sus derechos fundamentales. El Reglamento se refiere a la utilización de algoritmos y decisiones basadas en la inteligencia artificial, así como al sistema de reclamaciones articulado contra esas decisiones y la necesidad de supervisión humana y está directamente relacionado con las previsiones del artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos. Esta regulación implica la toma de decisiones informadas antes de aceptar la prestación de servicios digitales, de ahí que dicha información debe aparecer en los términos y condiciones del servicio y en todo caso, antes de aceptar o consentir su prestación, tal y como establece el artículo 14 del Reglamento del Reglamento de Servicios Digitales.

Al regular el derecho de información de los usuarios el Reglamento se centra en las posibles implicaciones negativas que las restricciones impuestas por los prestadores de servicios, o la actividad de moderación desarrollada por ellos puedan tener en el ejercicio de derechos fundamentales, particularmente los que se refieren a la libertad de expresión, la libertad, el pluralismo de los medios de comunicación, y otros derechos y libertades fundamentales amparados por la Carta de Derechos Fundamentales¹¹⁶. Así pues, la información que los prestadores de servicios digitales deben proporcionar a los usuarios se circunscribe sobre

¹¹⁶ SANTISTEBAN GALARZA, M., "Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, págs. 159-179.



todo a aquellas restricciones, o limitaciones que pueda afectar a la libertad de expresión, o la libertad de información de los usuarios del servicio. Tales derechos funcionan igualmente como limitaciones que determinarán los parámetros de diligencia debida a la que deben ajustarse los prestadores de servicios digitales.

El Reglamento de Servicios Digitales señala también que las cláusulas de los contratos deben ser concretas, claras y sencillas en la redacción. En el caso de las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño, éstos deben facilitar a los consumidores (aunque no únicamente a ellos, sino en general a cualquier destinatario de sus servicios) un resumen de fácil acceso y en un lenguaje claro e inequívoco de las condiciones generales del servicio que prestan, incluidas las medidas correctivas que puedan establecer y los recursos disponibles, e igualmente, publicaran sus condiciones generales en todas las lenguas oficiales de todos los estados miembros en los que presten su servicios.

En el caso de las plataformas en línea, el artículo 27 del Reglamento establece también la obligación de que en las condiciones generales de la contratación se informe también de los parámetros utilizados para los sistemas de recomendación, así como de las opciones a disposición de los destinatarios del servicio para modificar o influir en dichos parámetros, insistiendo igualmente en la necesidad de utilizar un lenguaje claro y comprensible.

4.2. La lucha contra el contenido ilícito y la defensa de los derechos fundamentales.

4.2.1 La responsabilidad de los prestadores de servicios ante los contenidos ilícitos.

Según el artículo 6 del Reglamento de Servicios, los prestadores de servicios digitales no serán responsables de la información almacenada que haya sido proporcionada por los destinatarios del servicio¹¹⁷. Esta regla general implica el cumplimiento de una serie de requisitos: que el prestador no tenga conocimiento de la actividad o contenido ilícito y que en cuanto tenga conocimiento retire el contenido ilícito o bloquee el acceso a este. No existe por tanto la obligación general de monitorización o búsqueda activa de hechos, según establece el artículo 8 del Reglamento. Y esta regla no se desvirtúa ni siquiera en el supuesto de que el prestador del servicio haya llevado a cabo actividades de investigación. Se trata de la cláusula del buen samaritano del artículo 9 del Reglamento de Servicios.

Reglas específicas se aplican para la contratación online con terceros a través de estas plataformas. En este caso, se presume también la ausencia de responsabilidad del prestador del servicio digital salvo que éste induzca a error al consumidor, haciéndole creer que el bien o servicio objeto de la transacción se proporciona por la propia plataforma, tal y como detallaremos más adelante.

¹¹⁷ Esta máxima ya se establecía en se establece en la Ley de Comercio Electrónico (artículo 13 y siguientes).



4.2.2 Los usuarios como detectores de contenidos ilícitos: el mecanismo de notificación-acción.

El contenido ilícito tiene una gran potencialidad para vulnerar derechos fundamentales, de modo que el control de dicho contenido se realiza de tres modos: por las propias autoridades, por el propio prestador del servicio por su propia iniciativa, y, en tercer lugar, por los usuarios del servicio, sistema que se aplica fundamentalmente a los servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea. En este sentido, cabe decir que se reserva una mayor capacitación a los usuarios, al habilitar, tal y como establece el artículo 16 del Reglamento de Servicios digitales un mecanismo de notificación de contenido ilícito. Este mecanismo permite a cualquier persona notificar/denunciar que existen, a su parecer, contenidos ilícitos. Dicho mecanismo se basa en la idea de acción-reacción, o lo que es lo mismo, notificación y acción de prestador del servicio, que normalmente consistirá en la retirada del contenido notificado. Dichos mecanismos serán de fácil manejo y permitirán el envío de notificaciones por vía electrónica.

El envío de dichas notificaciones es de gran importancia, ya que implica la presunción de que el prestador del servicio y conoce la existencia de un contenido que el usuario considera ilícito. A este respecto, el usuario al enviar la motivación debe declarar que está convencido de que proporciona dicha información de buena fe. Se le debe dar un acuse de recibo, así como información sobre los posibles recursos que puede presentar contra la

decisión final que adopte el prestador del servicio (artículo 16.5 del Reglamento de Servicios Digitales). Esta previsión se complementa con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento de Servicios. Igualmente, el artículo 23.2 establece un mecanismo de defensa que se aplicará en el caso de que un usuario envíe con frecuencia notificaciones o reclamaciones infundadas, lo que implicará la suspensión del tratamiento de dichas notificaciones o reclamaciones.

El mecanismo de notificación-acción deja en manos de los usuarios y en última instancia, de los prestadores de servicios públicos la apreciación de cuándo un contenido es ilícito, haciendo recaer en el prestador la decisión sobre tal cuestión, con la amenaza de que si no retira pronto ese contenido su exención de responsabilidad por el contenido que alberga la plataforma puede quedar inoperativo¹¹⁸.

La intervención de control y fiscalización de los poderes públicos queda reducida a la mínima expresión, ya que los prestadores de servicios digitales quedan sometidos fundamentalmente a códigos de buenas prácticas, que son instrumentos de autorregulación con una dimensión eminentemente preventiva, frente al carácter represivo o disuasorio de los marcos jurídicos. La operatividad del sistema descansa en los usuarios del servicio y en las decisiones de los prestadores de eliminar contenidos rápidamente, una vez se hayan denunciado, bajo

¹¹⁸ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.



amenaza de ser responsables de los contenidos vertidos en las plataformas.

4.3. Restricciones en el uso de los servicios digitales que pueden afectar a los derechos fundamentales: garantías de la actividad de moderación de contenido.

Además de informar en las condiciones generales de la contratación sobre los criterios utilizados para la moderación de contenidos y las posibles restricciones a los contenidos suministrados por los usuarios de servicios, el Reglamento potencia la protección de los derechos fundamentales estableciendo una serie de garantías para los usuarios frente a la actividad de moderación llevada a cabo por el prestador del servicio.

Así, según el artículo 14 del Reglamento de Servicios, la actividad de moderación se producirá cuando el prestador de servicios detecte contenidos ilícitos, o contrarios a las condiciones generales de la contratación. En la retirada de contenidos debe de alcanzarse un equilibrio entre los contenidos perniciosos para los derechos fundamentales y el respecto a los derechos a la libertad de expresión, libertad de información, o pluralismo político. Por esta razón, el artículo 14 señala que en el ejercicio de esta función quasi-publica que se atribuye a los prestadores de servicios, estos actuaran de manera diligente, objetiva y proporcionada, con la finalidad de conseguir un punto de equilibrio entre los distintos derechos fundamentales que puedan resultar afectados. Nos encontramos así ante conceptos jurídicos

indeterminados que habrán de concretarse por los prestadores de servicios digitales con base en códigos de buenas prácticas y autorregulación.

Por su parte, el artículo 15 del citado Reglamento obliga a todos los prestadores de servicios intermediarios a publicar anualmente informes fáciles de leer y compresibles sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante dicho periodo. No obstante, dicha información no se aplicará cuando el prestador de servicio intermediario sea una microempresa, o pequeñas empresas en el sentido de la Recomendación 2003/361/CE que no sean plataformas en línea de muy gran tamaño.

Adicionalmente, el artículo 17 del Reglamento establece la necesidad de que estos prestadores dirijan una comunicación motivada de las razones por las que se ha establecido una restricción de sus servicios a los destinatarios de los mismos, lo que incluye lógicamente a los consumidores de servicios digitales. Dicha comunicación motivada será clara, precisa y específica, así como fácil de comprender a los efectos de que los afectados por dichas restricciones puedan, en su caso, ejercer su derecho a reclamar en los términos que especifica el presente Reglamento.

Hay que señalar que la rápida retirada de contenidos notificados, particularmente cuando ello afecta a derechos fundamentales es uno de los sistemas de reducción de riesgos previsto por el artículo 35 del Reglamento de Servicios Digitales en el caso de las plataformas y los motores de búsqueda de gran tamaño. Ello coloca a tales prestadores de servicios en la tesitura de tener que decidir en el menor periodo de tiempo



posible sobre la ilicitud de un contenido notificado o denunciado, y les condena casi exclusivamente a una única solución que es la de la retirada de contenido, ya que en caso contrario pueden incurrir en la responsabilidad a la que se refiere el artículo 6 del Reglamento. De la rápida retirada depende la exención de responsabilidad del prestador del servicio, ya que el artículo 6 del Reglamento exige que el prestador actúe en cuanto tenga conocimiento, actuando con prontitud. El Reglamento busca establecer un equilibrio entre la posible vulneración de derechos fundamentales y la libertad de expresión, aunque el sistema articulado para ello hace que el pretendido equilibrio quiebre siempre del lado de la libertad de expresión. El sistema de responsabilidad de los prestadores del servicio hace previsible pensar que, ante la duda, estos se decantarán por la eliminación de contenidos de sus plataformas a la mayor brevedad, ya que en caso contrario la responsabilidad por esos contenidos y por los daños causados les será directamente atribuible.

4.3.1. La motivación de las decisiones restrictivas.

Los prestadores de servicios incluidos en la categoría de servicios de alojamiento de datos, lo que incluye también a las plataformas digitales, deben motivar cualquier restricción que impongan al usuario basada en el contenido ilegal o incompatible con las condiciones generales. Así se establece en el artículo 17 del Reglamento de Servicios digitales, que define el ámbito

de tales restricciones, señalando que podrán referirse a la eliminación de contenidos, la suspensión o cesación total o parcial de la prestación del servicio, o la suspensión o supresión de la cuenta del destinatario del servicio.

El Reglamento especifica cómo debe estar motivada esta decisión, es decir el contenido de la misma en el artículo 17 b), lo que incluye información sobre la restricción impuesta al afectado y al ámbito concreto al que afecta, los medios automatizados utilizados para adoptar dicha decisión, el fundamento jurídico de la misma, ya sea una norma, en el caso de contenidos ilícitos, o las cláusulas de las condiciones generales que se han vulnerado, así como información sobre los recursos a disposición del usuario afectado por dicha restricción. Se impone además el requisito de que la información facilitada sea clara y fácil de comprender, precisa y tan específica y detallada como sea posible, habilitando además un sistema de recursos contra estas decisiones que analizaremos más adelante.

4.3.2. La publicidad de la actividad de moderación.

Con carácter general, el artículo 16 del Reglamento de Servicios Digitales establece la obligación de emitir informes de transparencia informativa que afecta a todos los prestadores de servicios intermediarios. De acuerdo con el citado artículo, dichos prestadores publicarán al menos una vez al año informes sobre cualquier actividad



de moderación de contenidos que hayan realizado durante ese periodo. Tal y como viene siendo habitual en el citado Reglamento, se exige que dichos informes sean claros y fácilmente comprensibles. La publicación de dicha actividad de moderación exige hacer referencia a los medios con arreglo a los cuales se han detectado los contenidos objeto de moderación, ya sea porque provienen de órdenes recibidas de las autoridades de los estados miembros, de notificaciones enviadas por otros usuarios, o alertadores fiables, o si han sido detectadas por iniciativa propia del propio prestador. En este último caso, se deberá especificar si en la detección de estos contenidos se han utilizado sistemas de detección automáticos. Igualmente, se debe hacer referencia a si dicha actividad de moderación se sustenta en la infracción de normas jurídicas, al tratarse de contenidos ilegales, o en la contravención de las condiciones generales de la contratación. En el primer caso, los contenidos presuntamente ilícitos deberán especificarse y clasificarse. Asimismo, debe informarse sobre el número de declaración internas recibidas frente a las actividades de moderación, a efectos de su valoración posterior cuando se realicen auditorías independientes.

En el caso las plataformas en línea, todavía se establecen obligaciones de transparencia informativa más estrictas, puesto que el artículo 24 del Reglamento de Servicios señala que se deberá informar también sobre los litigios sometidos a los órganos de resolución extrajudicial de litigios, el resultado de los mismos y el tiempo medio de resolución, así como el porcentaje de litigios en que el

prestador de la plataforma ha aplicado las decisiones de dichos órganos ya que no son vinculantes.

4.4. Las garantías de la publicidad en el entorno digital.

La legislación en materia de consumo prevé que la publicidad es vinculante y se prohíbe la publicidad engañoso, siendo esta una garantía que los consumidores ostentan con carácter general, y, por tanto, también los usuarios de servicios digitales. Así, la Ley de comercio electrónico ya establecía restricciones respecto de las comunicaciones comerciales por esta vía (art. 19 de la Ley). Conforme a dicha norma, las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, así como la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan. Igualmente, quedan prohibidas las comunicaciones electrónicas en las que se disimule u oculte la identidad del remitente y en todo caso, el envío de comunicaciones comerciales debe ser expresamente solicitado o autorizado por el destinatario, sin que se puedan enviar correos electrónicos comerciales en los que no conste la dirección de correo del remitente. El destinatario puede, desde luego, y en cualquier momento, revocar su consentimiento, siendo obligación del prestador facilitar los medios para el ejercicio de este derecho. La Ley de Comercio electrónico también aclara en su artículo 22 que en el caso de que exista previamente un contrato, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de



sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

Pero además de ello, las características de los medios digitales hacen que tengan que tenerse en cuenta también otras cautelas adaptadas a las peculiaridades de los servicios digitales, si se quiere proteger íntegramente la esfera jurídica de los usuarios de dichos servicios. Y es que, en el entorno digital la publicidad no solo tiene como finalidad inducir a la compra de un bien, o a la contratación de un servicio, sino que es la remuneración que el prestador recibe por facilitar al consumidor sus servicios. La onerosidad del contrato consiste precisamente en la cesión de datos a efectos de publicidad, y esta será la remuneración que reciba el prestador del servicio, con un plus respecto a la publicidad habitual y es que la cesión individual de datos dará lugar a una publicidad personalizada, susceptible de tener un mayor influjo en los sujetos a los que va dirigida.

Por otra parte, estamos hablando de una publicidad basada en perfiles y sustentada y transmitida a través de plataformas digitales cuyos potenciales efectos negativos quedan exacerbados por su carácter personalizado. A ello hay que añadir el empleo de la inteligencia artificial que nos dirige publicidad basada en la elaboración de perfiles, incluyéndonos en categorías generales que nos cosifican y puede terminar afectando de manera determinante a nuestra dignidad como personas, condicionando posiblemente nuestro comportamiento y probablemente también nuestras futuras decisiones.

Pero es que, además, una publicidad basada en perfiles puede ser especialmente dañina en el caso en que dichos perfiles o categorías de consumidores se sustenten en datos obtenidos a partir de circunstancias tan personales como la orientación sexual, la religión, o las ideas políticas¹¹⁹. Ello demuestra como la condición de usuario de servicios digitales puede afectar derechos fundamentales como la dignidad, la igualdad, el derecho de no discriminación, el derecho a la privacidad, e incluso nuestra libertad, en la medida en que nuestra capacidad de decisión puede verse afectada por la manipulación que puede generar una publicidad basada en perfiles elaborados a partir de nuestros datos personales. La inteligencia artificial sustentada y transmitida a través de plataformas digitales añade nuevos efectos indeseables y pone de manifiesto una nueva dimensión de manipulación ideológica, lo que responde a una tendencia general según la cual el uso de la tecnología hace a la sociedad más vulnerable a nuevas formas de manipulación y control. Y dado que como resultado de ello se pueden ver afectados derechos fundamentales,

¹¹⁹ Esta limitación está en línea con el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE), que en su artículo 9 prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.



este nuevo estado de cosas hace necesaria la existencia de nuevas normas de protección de los usuarios centradas no tanto en sus intereses económicos y patrimoniales, como en la defensa de sus derechos fundamentales.

El Reglamento de Servicios ha venido a colmar esta laguna, y así en el artículo 26 establece una serie de garantías para el destinatario de dicha publicidad. Estas obligaciones son de aplicación exclusivamente a las plataformas digitales, que por definición son los entornos digitales donde cabe una mayor interacción entre el prestador del servicio y el usuario del mismo. De este modo, todas las plataformas digitales deben, permitir distinguir a sus destinatarios que un determinado contenido es un anuncio publicitario, quién lo sufraga y los parámetros o razones en base a los cuales se ha dirigido a un determinado usuario, dándole la oportunidad de cambiar esos parámetros. En consecuencia, el usuario debe saber en todo momento que lo que está viendo es un anuncio y quién publica el anuncio; qué parámetros se han utilizado para determinar el destinario y cómo se pueden cambiar esos parámetros. Al informar sobre los criterios utilizados para la elaboración de perfiles, se trata de proporcionar información al usuario para que sepa por qué se le envía la publicidad. Todo ello tiene como finalidad que el consumidor de estos servicios digitales no sea tan fácilmente manipulable, no solo en las decisiones comerciales que toma con base en la publicidad que recibe, sino también sobre otros mensajes ideológicos asociados con la publicidad.

En cuanto a la elaboración de perfiles, queda prohibida la publicidad basada en el tratamiento de datos sensibles como la orientación sexual, la religión o las ideas políticas. El Reglamento de Servicios Digitales prohíbe la elaboración de perfiles con fines publicitarios basados en estas características.

En el caso de las plataformas digitales y motores de búsqueda de gran tamaño, el artículo 39 del Reglamento establece también obligaciones adicionales sobre la publicidad en línea que tienen que ver con una mayor transparencia y que les obliga a elaborar y hacer público un repositorio en el que debe aparecer una relación de los anuncios publicitarios, el anunciante, así como los parámetros utilizados para elaborar perfiles de destinatarios de tales anuncios, entre otros requisitos. Con ello se trata de fiscalizar mejor la publicidad que dirigen las grandes compañías, al dotarla de transparencia y mecanismos de fiscalización.

En todo caso, hay que señalar también que la publicidad y el sistema de recomendaciones se nutre en gran medida de los datos recopilados por los usuarios en sus interacciones digitales. La normativa sobre protección de datos ha de ser desde luego un complemento del Reglamento de Servicios Digitales. Y en este sentido, las restricciones que recientemente se han impuesto relativas a la protección de datos y el sistema de cookies pueden otorgarnos una mayor privacidad online.

4.5. Las garantías en el sistema de recomendaciones.



Por otra parte, la utilización de datos personales y la creación de perfiles no solo puede tener potenciales efectos negativos cuando se utiliza para generar publicidad sustentada y transmitida a través de plataformas digitales, sino que conlleva además otro riesgo adicional que tiene que ver con el sistema de recomendaciones personalizadas, basadas igualmente en la elaboración de categorías sobre la base de datos personales y la aplicación de algoritmos. Y es que la publicidad se percibe como una estrategia comercial que busca despertar nuestro interés, pero el sistema de recomendaciones puede percibirse como un sistema más objetivo, autorizado y confiable de disuasión para tomar decisiones informadas, de ahí que su regulación haya de ajustarse a parámetros todavía más exigentes. Por otra parte, el sistema de recomendaciones basada en parámetros y en el uso de la inteligencia artificial nos encasilla en un determinado perfil e incluso puede dificultar el acceso a otros contenidos que no se adapten al perfil de un determinado usuario, lo que lógicamente puede tener influencia sobre nuestras futuras decisiones y afectar a aspectos determinantes como nuestro futuro personal o profesional.

Por esta misma razón, el sistema de recomendaciones debe de beneficiarse de las mismas garantías que se aplican a la publicidad, pero, además, debe extremarse la transparencia sobre los contenidos utilizados para recomendar contenidos o productos a los usuarios, aspecto sobre el que se les debe informar antes incluso de que se inicie la relación jurídica entre el prestador del servicio y el destinatario del servicio digital. Así, el

artículo 27 del Reglamento señala que las plataformas digitales deben de informar a sus usuarios a través de las condiciones generales de la contratación y usando un lenguaje claro y comprensible, de los parámetros utilizados en los sistemas de recomendación, y ofrecer igualmente al destinatario de los servicios, cuando esto sea posible, la opción de seleccionar y modificar la opción elegida para el sistema de recomendación. De conformidad con el artículo 38 del Reglamento, en el caso de las plataformas digitales y motores de búsqueda de gran tamaño, será obligatorio que ofrezcan una opción para cada uno de los sistemas de recomendación que no se base en la elaboración de perfiles, lo que está en relación con el artículo 9 del Reglamento General de Protección de datos, que señala en su artículo 22 que todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

4.6. Las garantías adicionales de protección de derechos fundamentales en el uso de las grandes plataformas y motores de búsqueda.

Las grandes plataformas digitales tienen un gran potencial para vulnerar los derechos fundamentales y generar daños de carácter general en relación con los procesos electorales y la estabilidad de las democracias. Por esta razón, se les impone a éstas y a los motores de búsqueda de gran tamaño la obligación de prevenir esos riesgos y de anticiparse a los mismos. Para ello se



establece la obligación de realizar evaluaciones de riesgos y de tomar medidas de reducción de esos riesgos, obligaciones que se detallan en los artículos 34 y 35 del Reglamento de Servicios Digitales.

Estos mecanismos van dirigido a detectar y prevenir efectos negativos reales o previsibles sobre derechos fundamentales, la estabilidad de los sistemas democráticos, especialmente por lo que se refiere a los efectos en los procesos electorales, así como su incidencia sobre situaciones concretas como la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas sobre la salud física y mental de las personas. Por lo que se refiere a los efectos negativos sobre derechos fundamentales, el texto legislativo cita la dignidad humana, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, la no discriminación y los derechos del niño. A través de este mecanismo preventivo, las plataformas tendrán que analizar su papel en la amplificación de contenidos ilícitos y la desinformación, así como las repercusiones en la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación. También habrán de atenderse aspectos relacionados con la violencia de género y la protección de los menores y su salud mental.

Las evaluaciones de riesgo deberán prestar especial atención a la manipulación intencionada por medio del uso no auténtico, o la explotación automatizada de servicio, así como la amplificación y la difusión rápida de



contenido ilícito y de información incompatible con sus condiciones generales, intentando evitar la propagación de desinformación.

En cuanto a los mecanismos para la reducción de riesgos las plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño deben adoptar medidas que eviten la generación de tales riesgos, y ello incluye adaptar el diseño de sus interfaces, la adaptación de sus condiciones generales y de ejecución, o la rápida retirada de contenidos notificados, especialmente en el caso de que se trate de contenidos de incitación al odio o la ciberdelincuencia. En este último caso, es necesario referirse a la necesidad de retirar tan rápidamente como sea posible el contenido identificado como ilícito y notificado al prestador del servicio. La rápida retirada será sin duda la consigna de actuación del prestador, ya que, en caso contrario, puede incurrir en responsabilidad, según establece el artículo 6 del Reglamento, lo que, como hemos visto puede tener efectos contraproducentes al atentar contra el derecho a la libertad de expresión¹²⁰.

Los litigios se resolverán por los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos. En efecto, según el artículo 21 del Reglamento de Servicios Digitales, la resolución extrajudicial permite que los entes certificados para la resolución extrajudicial de litigios se puedan pronunciar

¹²⁰ MARTINEZ NADAL, A., "Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales", en BLANCO SANCHEZ, M.J., Derecho digital y nuevas tecnologías, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 387-416.



sobre la infracción de derechos fundamentales y no meramente sobre intereses económicos y patrimoniales de los consumidores como había ocurrido hasta ahora, lo que desde luego plantea cuantas menos dudas sobre su pertinencia.

Otras medidas para la reducción de riesgos pasan por la adaptación de los sistemas algorítmicos utilizados en los sistemas de recomendación, la adaptación de los servicios publicitarios, o la necesidad de garantizar que aquellos contenidos generados por medio de la inteligencia artificial que asemejen personas, objeto o lugares y que puedan inducir a error sobre su autenticidad puedan ser fácilmente identificados por las personas.

Todas las medidas anteriores se complementan con un sistema de fiscalización sobre su actividad que puede proceder de los poderes públicos, pero que se residencia sobre todo en las auditorías anuales a las que las grandes plataformas deberán someterse. Igualmente, la elaboración de informes que deben someter a las autoridades, así como la apertura de sus datos a los investigadores, que podrán supervisar su sistema de algoritmos, lo que pone de manifiesto el intento de controlar a los grandes prestadores de servicios, sometiéndoles a los principios de publicidad y transparencia. Todo ello en garantía de una cierta supervisión de sus actividades, que se proyecta también en el plano interno, ya que deberán designar un responsable que analice el grado de cumplimiento de sus obligaciones.

5. Los servicios digitales como servicios intermediarios de la sociedad de la información: las plataformas digitales como instrumentos de contratación electrónica a distancia.

Si en los apartados anteriores hemos considerado los servicios digitales como objeto específico de un tipo de negocio jurídico regulado por la legislación de consumo y también por el reciente Reglamento de Servicios digitales, en este apartado, nos vamos a referir a los servicios digitales como instrumento de contratación de otros bienes y servicios, y particularmente a las plataformas digitales que permiten la celebración de contratos con terceros.

5.1. Los consumidores online y las garantías formales de la contratación electrónica.

La contratación online, o utilizando una plataforma digital es un supuesto de contratación a distancia¹²¹ que

¹²¹ El concepto de contrato a distancia se regula en la Directiva de protección de los consumidores, que establece que la definición de contrato a distancia debe abarcar todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición debe cubrir también las situaciones en las que el



implica la adquisición de bienes, productos, servicios o contenidos digitales. La celebración de estos contratos se regula en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, en la Ley de defensa de consumidores y usuarios y recientemente, también en el Reglamento de Servicios Digitales, que en este aspecto se centra más en la protección y defensa de los intereses económicos y patrimoniales de los consumidores que en la defensa de sus derechos fundamentales, como hemos visto que

consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. Por otra parte, un contrato que se negocie en el establecimiento mercantil del comerciante y acabe celebrándose a través de un medio de telecomunicación no debe considerarse un contrato a distancia. Tampoco debe considerarse un contrato a distancia el contrato que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia, pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante. Asimismo, el concepto de contrato a distancia no debe incluir las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como puede ser el caso de un consumidor que llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería. El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia debe incluir los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante, pero utilizado por este, como una plataforma en línea. No obstante, no debe cubrir los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.

ocurría al regular los servicios digitales como objeto del contrato de suministros

Según el artículo 23 de la Ley de Comercio Electrónico, estos contratos serán válidos cuando concurra el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Para su válida celebración no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos y si una Ley exige que el contrato se celebre por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico que además será admisible en juicio como prueba documental.

Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en el que éste tenga su residencia habitual. Igualmente, las disputas legales se dirimen ante los órganos y tribunales del país de residencia del consumidor. Los consumidores residentes en uno de los países del Espacio Económico Europeo y Suiza se rigen por lo establecido en la legislación europea y por la legislación del país de residencia del consumidor.

El artículo 27 de la Ley de Comercio electrónico establece, además de los requisitos generales de información a los consumidores, otras obligaciones adicionales que se aplican en el caso de los contratos online. Así, el prestador del servicio debe informar si va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible. Igualmente, antes de celebrar el contrato, el prestador de servicios debe poner a disposición del destinatario las condiciones generales de la contratación, obligación que se entiende cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de



internet. Por su parte, la Directiva de protección de los consumidores, y en consecuencia en Ley de Protección de los consumidores que la traspone establecen que, en los contratos a distancia celebrados a través de sitios web, se debe asegurar que el consumidor está en condiciones de leer y de comprender los elementos más importantes del contrato debidamente antes de efectuar el pedido. A tal efecto, esos elementos deben aparecer junto al lugar donde se solicita la confirmación requerida para efectuar el pedido. También es importante asegurar que, en dichas situaciones, el consumidor está en condiciones de determinar el momento en el que asume la obligación de pagar al comerciante. Por consiguiente, es necesario llamar específicamente la atención del consumidor, a través de una formulación inequívoca, sobre el hecho de que efectuar el pedido implica la obligación de pagar al comerciante.

El prestador del servicio debe confirmar al consumidor la recepción de la aceptación por medio de acuse de recibo por correo electrónico, o medio equivalente en el plazo de 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación, tal y como establece el artículo 28 de la Ley de comercio electrónico.

La celebración de contratos a distancia a través de plataformas digitales otorga al consumidor el derecho a desistir del contrato en el plazo de 14 días sin necesidad de justificación. Dicho plazo expira a los 14 días naturales desde la celebración del contrato, salvo que el empresario haya eludido su obligación de informar al consumidor sobre tal derecho. Este derecho de desistimiento aplica sin necesidad de indicar motivo y sin

incurrir en penalización, desde el día de la celebración del contrato en el caso de contratos de servicios (también de contenidos y servicios digitales), o desde el día de la entrega de los bienes (también bienes con elementos digitales).

La empresa debe facilitar información sobre las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer este derecho, así como el formulario de desistimiento. Si no se facilita esta información, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento será de 12 meses desde la fecha de expiración del plazo de desistimiento.

Para ejercer el derecho de desistimiento se ha de notificar la decisión de desistir del contrato a través de una declaración inequívoca que ha de ser enviada antes de que venza el plazo de dicho desistimiento. Ejercido el derecho de desistimiento, se retornan las cantidades recibidas del consumidor en el plazo de 14 días. Se excepcionan de la devolución aquellos gastos adicionales resultantes de la elección por parte del consumidor de una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria elegida por el comerciante¹²².

Los productos o servicios contratados a través de la plataforma digital están cubiertos por el régimen de

¹²² Existen ciertas excepciones al derecho de desistimiento, que aplicadas específicamente a los contenidos digitales excepciona los suministros de grabaciones sonoras, o de vídeos, precintadas que hayan sido desprecintados por las personas consumidoras y en el caso de suministro de contenido digital que no se preste en soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo conocimiento expreso de la persona consumidora.



garantías de bienes de consumo, siendo de 3 años para la adquisición de bienes nuevos y de 2 años para contenidos y servicios digitales. Si se trata de un contrato de suministro en un acto único (ejemplo, descarga de un libro), o en actos individuales (descarga de un libro electrónico cada semana) el plazo de garantía será de 2 años desde el suministro. Si se trata de un contrato de suministro continuo (ejemplo, almacenamiento en la nube, o un programa antivirus) la garantía se extenderá a todo el periodo durante el que dure el suministro. Y si se trata de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales con un suministro continuo inferior a 3 años, la garantía será igualmente de 3 años desde la entrega del bien¹²³. El plazo para el ejercicio de acciones relativas a la falta de conformidad es de 5 años desde que se produce la manifestación de esta falta de conformidad.

¹²³ También se amplían los plazos de presunción de falta de conformidad en beneficio de los consumidores y usuarios. Así, salvo prueba en contrario por parte del empresario, los plazos son los siguientes:

- Si se trata de un contrato de suministro en un acto único, o en actos individuales: 1 año desde el suministro.
- Si se trata de contrato de suministro continuo, todo el plazo que dure el suministro.
- Si se trata de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, 3 años desde la entrega del bien.
- Si se prevé el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un tiempo superior a tres años, todo el tiempo que se haya pactado el suministro.

5.2. Obligaciones de las plataformas digitales que permiten la contratación con terceros.

5.2.1. El derecho a la información y la seguridad: el derecho a conocer al vendedor y la trazabilidad de los productos.

Como regla general, el artículo 6.1 del Reglamento de Servicios Digitales exime de responsabilidad al prestador de servicios digitales respecto de la información almacenada a petición de dicho destinatario, siempre y cuando, dicho prestador no tenga conocimiento de la actividad o contenido ilícito y actúe con prontitud para retirar dicha información en cuanto tenga conocimiento de ello. No obstante, esta exención de responsabilidad se desvirtúa, en el caso de plataformas intermedias que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con terceros, cuando la información que se presenta en dicha plataforma pueda inducir a error al consumidor haciéndole creer que la información, o el producto o servicio que va a ser objeto de transacción se proporciona por la propia plataforma, o por medio de un destinatario del servicio que actúa bajo su autoridad o control¹²⁴. Así, por ejemplo, si una plataforma como

¹²⁴ CASTELLÓ PASTOR, J.J., Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales", en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.



Amazon contiene información sobre productos o servicios haciendo creer a los potenciales consumidores online que ese producto, o servicio es proporcionado por Amazon y no por un tercero independiente. Es evidente que, en este caso, la confianza legítima del consumidor se ha visto quebrantada por una información sobre el objeto de la transacción que en realidad está induciendo a error.

Así, el Reglamento de Servicios digitales establece que los prestadores de servicios intermediarios, es decir plataformas en línea que permitan celebrar contratos a distancia, deben ofrecer información sobre el producto que venden y la trazabilidad del comerciante. Así lo recoge el artículo 29 del Reglamento, que, sin embargo, no se aplicará a plataformas en línea que permitan celebrar contratos con microempresas o empresas pequeñas. De esta manera, el criterio para determinar si se aplican esta obligación de información sobre la trazabilidad de los comerciantes y los productos vendidos tiene en cuenta el tamaño de la empresa con la que se va a celebrar el contrato, y no el tamaño de la plataforma que ofrece el servicio de intermediación, que estará sujeta a estas obligaciones, ya sea plataforma de gran tamaño, o microempresa, siempre que sus servicios de mediación permitan la contratación final de un producto, servicio o contenido digital con un comerciante que haya sido designado como plataforma de gran tamaño. Lo que se tiene en cuenta por tanto es el tamaño de la empresa con la que el consumidor online



celebra el contrato para adquirir el bien, o servicio del que se trate, es decir, el tamaño de la empresa o negocio que tiene la condición de comerciante según el Reglamento de Servicios Digitales.

Por lo que se refiere a la trazabilidad del comerciante, el artículo 30 señala que será obligación de las plataformas que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, asegurarse que dichos comerciantes solo pueden utilizar las plataformas si previamente han proporcionado datos referentes a su identificación legal y registral¹²⁵. No obstante, la obligación de la plataforma intermediaria no se ceñirá únicamente a esto, sino que deberá evaluar si la información suministrada por el comerciante es, o no fiable y completa, teniendo facultades para dirigirse al mismo y solicitarle que subsane esa información, cuando el prestador del servicio considere que esa información es inexacta o incompleta. Igualmente, y caso de que el comerciante no atienda dicho requerimiento, la plataforma podrá suspender la prestación de su servicio a dicho comerciante hasta que haya atendido la solicitud. En todo caso, se reconoce al comerciante el derecho de presentar una reclamación dirigida a la plataforma, como veremos posteriormente.

¹²⁵ Así, el nombre, dirección, teléfono, correo electrónico; copia del documento de identificación del comerciante, o cualquier otra identificación electrónica, datos de la cuenta de pago del comerciante; registro mercantil en el que esté inscrito y certificación del propio comerciante por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del derecho de la Unión.



La plataforma pondrá a disposiciones de los usuarios de dicha plataforma (consumidores online) la información suministrada por el comerciante en la interfaz de la plataforma en la que se presente la información del producto o servicio. Y en este sentido, el artículo 31 del Reglamento establece también una obligación para las plataformas digitales que se refiere al diseño de las mismas, que debe ser tal que permita que los comerciantes puedan cumplir con sus obligaciones en relación con la información precontractual, la conformidad y la información de seguridad del producto. Ello implica facilitar al comerciante la posibilidad de informar desde el diseño de la plataforma sobre la identificación de los productos o servicios promocionados u ofrecidos a los consumidores, así como información relativa al etiquetado de los productos a los efectos de facilitar información al potencial consumidor online sobre la seguridad y conformidad de los mismos.

Si pese a todas estas garantías y cautelas, el prestador de una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia tuviera conocimiento de que se ha producido la venta o prestación de un servicio ilícito, notificará esta circunstancia a los consumidores online, si tuviera sus datos de contacto, o en caso contrario pondrá esta información a disposición del público en la plataforma electrónica, trasmitiendo información sobre el producto o servicio ilícito, la identidad del comerciante y las vías de recurso a su alcance.

Todas estas previsiones se complementan con lo dispuesto en los artículos 33 y siguientes del



Reglamento, que contiene obligaciones específicas para las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño, que deben llevar a cabo anualmente evaluaciones de riesgos y someterse a auditorías independientes.

5.2.2. La prohibición de los patrones oscuros.

Se entiende por patrones oscuros aquellas estrategias y prácticas utilizadas a través de la interfaz de una plataforma para inducir al consumidor a adquirir un producto, o contratar un servicio de manera precipitada y sin reflexión. La prohibición de estas prácticas se regula en el artículo 25 del Reglamento de Servicios Digitales, que contiene una obligación más general, según la cual el diseño, organización y gestión de las plataformas en línea no debe favorecer el engaño o manipulación de los destinatarios del servicio al distorsionar u obstaculizar su capacidad de tomar decisiones libres e informadas.

6. El sistema de reclamaciones.

Como hemos visto, los servicios digitales pueden considerarse desde dos puntos de vista: como objeto principal del contrato, o como instrumento para la celebración de contratos de adquisición o suministro de bienes o servicios.



Los usuarios de servicios digitales pueden optar a un doble sistema de reclamaciones dependiendo de cuál sea el objeto de su reclamación y a quién se dirija. Así, cuando la reclamación tiene por objeto la propia prestación del servicio digital y vaya dirigida contra el prestador, será necesario acudir al sistema de reclamaciones previsto en el Reglamento de Servicios Digitales.

En cambio, cuando la reclamación tenga por objeto cuestiones relacionadas con el contrato celebrado a través de una plataforma digital, el sistema de reclamaciones será aquel previsto a través de la normativa de consumo.

6.1. La contratación de servicios digitales y el sistema de reclamaciones.

6. 1.1. Reclamaciones contra el prestador del servicio. Conforme al artículo 53 del Reglamento de Servicios digitales, los destinatarios del servicio podrán presentar una reclamación contra los prestadores de servicios intermediarios en los que se alegue una infracción las obligaciones que les incumben. La reclamación se presentará ante el coordinador de servicios digitales del estado miembro en que el destinatario del servicio esté situado, o establecido. La legitimación se reconoce a todos los destinatarios del servicio, y también a las asociaciones autorizadas a ejercer en su nombre tales derechos, lo que incluye a las asociaciones de consumidores y usuarios. Como complemento de lo anterior, el artículo 54 del Reglamento establece el derecho de indemnización de los destinatarios del

servicio, con cargo a los prestadores de servicios intermedios por cualquier daño o perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento de este Reglamento por parte de los prestadores de servicios digitales.

Además de ello, en el caso de las plataformas digitales el Reglamento prevé también un sistema de reclamación específico cuando el prestador del servicio adopte decisiones restrictivas que tengan su base en el carácter ilícito de la información facilitada o por no adaptarse a las condiciones generales. Con este sistema de reclamaciones se trata de alcanzar un justo equilibrio entre la retirada de contenidos, el derecho a la información y la libertad de expresión. Este sistema de reclamación será compatible con la reclamación ante el coordinador de servicios digitales.

Este sistema de reclamaciones parte de la base de lo establecido en los artículos 16 y 17 del mismo reglamento. Conforme al artículo 16, cualquier persona física, o jurídica puede notificar a un prestador de servicios digitales de alojamiento de datos que sus plataformas contienen información que a juicio de esa persona física o jurídica constituye un contenido ilícito. Es obligación del prestador de servicios de alojamiento de datos establecer mecanismos que permitan dicha notificación, que además deberán ser de fácil acceso y manejo y que permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica. Conforme al artículo 16.5 del Reglamento, el prestador notificará a esa persona o entidad su decisión respecto a la notificación recibida, informando así mismo de las vías de recurso que caben frente a esta decisión.



Por otra parte, el artículo 17 del Reglamento, establece también la posibilidad de que los prestadores de servicios de alojamiento de datos se dirijan a un usuario del servicio para comunicarle su decisión de adoptar una medida de carácter restrictivo basado en el contenido ilícito o la incompatibilidad con las condiciones generales. En este caso, la decisión debe ser motivada, conteniendo al menos la información que se detalla en el artículo 17.3 del Reglamento. Dicha norma no especifica si dicha decisión se adopta de motu proprio por el prestador del servicio, o a consecuencia de la notificación presentada por otro usuario del servicio. Dado el silencio de la norma, entendemos que caben ambas posibilidades.

Las controversias entre prestadores y receptores de servicios, ya sean creadores de contenido, ya sean usuarios que denuncian ese contenido, deben resolverse primeramente en el ámbito interno. En todo caso, origen de la reclamación viene dada por una decisión del prestador del servicio comunicada al destinatario del mismo y de carácter restrictivo. Este carácter restrictivo tiene que ver con la retirada, bloqueo o restricción de visibilidad de determinada información, la suspensión o cesación del servicio a los usuarios, la suspensión o supresión de la cuenta de los destinatarios¹²⁶.

Como hemos señalado, la decisión del prestador de servicios que origina la reclamación puede ser

¹²⁶ Y en el caso de usuarios profesionales, las medidas de carácter restrictivo se refieren a la suspensión, cesión o restricción de la capacidad de monetizar la información proporcionada por los destinatarios.

consecuencia de la notificación de otro usuario del servicio que denuncia un contenido ilícito o incompatible con sus condiciones generales, o bien con consecuencia de la notificación que el prestador del servicio dirige a un creador de contenido comunicando medidas restrictivas relacionadas con la información proporcionada por dicho usuario.

El Reglamento de Servicios digitales articula en su artículo 20 un sistema interno de resolución de controversias o litigios que pueden plantear con los destinatarios de los servicios digitales con base en las anteriores actuaciones del prestador de servicios digitales que les afectan.

En cualquier caso, el plazo para presentar la reclamación será como mínimo de 6 meses a partir del momento en que el destinatario del servicio sea informado de la decisión adoptada por el prestador del servicio. Sin embargo, no se establece un plazo de resolución de reclamaciones por parte de los prestadores. Simplemente se establece que la gestión de las reclamaciones se realizará en tiempo oportuno y de manera no discriminatoria, diligente y no arbitraria, con lo que nos encontramos nuevamente con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados. La resolución de la reclamación deberá ser motivada, informando también sobre la posibilidad de resolución extrajudicial de litigios. Además se establecen otros mecanismos de garantía para la resolución de las reclamaciones, entre ellos, que no se adopten exclusivamente a través de medios automatizados, es decir, utilizando la inteligencia



artificial y garantizando la supervisión humana¹²⁷. El resultado de la estimación de la reclamación, será revertir la decisión reclamada sin dilación indebida, pero nuevamente el Reglamento omite plazos a los que deban someterse los prestadores de servicios.

6.1.2. Resolución extrajudicial de litigios.

Si el asunto no se resuelve a través de este sistema interno de reclamación, procede el recurso a los mecanismos alternativos de resolución de litigios. El prestador del servicio ha de dar acceso a través de su interfaz a esta opción, en cuyo caso, el litigio se resuelve

¹²⁷ Téngase en cuenta que el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679 DEL Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) establece en su apartado primero el derecho de todo interesado derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Y en el apartado segundo, se pone de manifiesto que en los casos en que el precepto anterior se excepcione, se ha de garantizar como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. Y en todo caso, las decisiones automatizadas no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1.

por órganos de resolución extrajudicial de litigios debidamente acreditados.

De esta manera, el artículo 21 del Reglamento establece un sistema de resolución extrajudicial de litigios, cuyo acceso se configura como un derecho de los usuarios del servicio, incluidas aquellas personas que hayan enviado notificaciones previas. De esta configuración como derecho se puede inferir el carácter preceptivo del sistema. La resolución extrajudicial se encomienda a entidades que hayan sido certificadas como tales de conformidad con el apartado 3 del artículo 21, y es un sistema que se habilita sin perjuicio del derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales. La certificación concedida tiene un periodo de validez de cinco años.

Será opcional para el usuario del servicio acudir a la resolución extrajudicial del conflicto, pudiendo acudir a la vía judicial en su lugar. El sistema de resolución extrajudicial será preceptivo para el prestador del servicio si el usuario afectado por una decisión restrictiva decide acudir a él.

En todo caso, la eficacia de este sistema de resolución de litigios es muy limitada, ya que el resultado de dicha resolución no es vinculante para las partes. Además, los prestadores de servicios de plataformas en línea podrán negarse a colaborar con el órgano de resolución extrajudicial si ya se ha resuelto un litigio relativo a la misma información y los mismos motivos de ilegalidad o incompatibilidad de los contenidos. La norma no aclara cuando estamos frente a un litigio en el que se recurre la misma información, es decir, si se trata del mismo sujeto que vuelve a introducir esa información, o de un



supuesto parecido cuya coincidencia con la presente queda a la apreciación del prestador de servicios.

El Reglamento tampoco especifica el sistema de resolución extrajudicial de conflictos que articula, pero traducido a los sistemas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, es razonable pensar que se trata de un sistema de mediación, dado el carácter no vinculante de la decisión. En todo caso, este sistema de reclamación es diferente a los mecanismos de resolución de litigios que se articulan en materia de consumo, puesto que se trata de entidades acreditadas específicamente con la finalidad de mediar o resolver litigios relacionados con el carácter ilícito de la información, o de incompatibilidad de los contenidos con los términos y las condiciones generales de uso del servicio digital. Por tanto, estos mecanismos de resolución extrajudicial deben distinguirse de los que se aplican en el caso de contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales y que se dirimen en el ámbito de consumo por afectar a cuestiones relacionadas con el contrato principal celebrado a través de un procedimiento electrónico. A ellos nos referimos a continuación.

6.2. El sistema de reclamaciones en el caso de los contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales.

En el caso de que el uso de las plataformas digitales sea un instrumento para la adquisición de productos, o la contratación de servicios online, los litigios que se planteen entre el comerciante que vende el producto o presta el servicio y el consumidor se resolverán conforme

al sistema de reclamaciones que rige en materia de consumo, y en particular, por la Ley de consumidores y usuarios. Los conflictos aquí no se establecen entre el prestador de servicios digitales y el consumidor que adquiere un bien o contrata la prestación de un servicio, o contenido digital, sino entre el consumidor y el comerciante que suministra el bien, o servicio contratado. Puede tratarse del mismo prestador del servicio digital que además vende productos, o presta servicios a través de la plataforma digital, pero normalmente serán contratos celebrados con terceros distintos al prestador del servicio digital que pone a disposición del usuario la plataforma.

Téngase en cuenta que el prestador de servicios digitales no es responsable de la información facilitada por un destinatario del servicio si no tiene conocimiento de la actividad ilícita o del contenido ilícito de dicha información, a menos que, conforme al artículo 6.3, induzca a error al consumidor haciéndole creer que la información o el producto o servicio se proporciona por la propia plataforma en línea, o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control. Por esta razón, las reclamaciones irán dirigidas principalmente al tercero, comerciante y usuario de la plataforma que ofrece sus productos o servicios a través de la misma.

Pero si el prestador de una plataforma que permite transacciones entre comerciantes y consumidores online tiene conocimiento de que un producto o servicio ilícito ha sido vendido a los consumidores a través de la plataforma, tiene la obligación de informar a dichos consumidores en la medida en que tenga sus datos de contacto (artículo 32). Esta información debe hacer referencia a los datos del comerciante y a los recursos



que resulten pertinentes. Si la plataforma digital que permite las transacciones comerciales con terceros incumple las obligaciones anteriores, ello podrá dar lugar a una reclamación ante el coordinador de servicios digitales, pudiéndose igualmente reclamar una indemnización por incumplimiento del Reglamento de Servicios Digitales.

BIBLIOGRAFÍA.

BARRIO ANDRES, M., "El nuevo Reglamento europeo de servicios digitales", *Anuario de Derecho Administrativo 2023*, págs. 153-168

CÁMARA LAPUENTE, S., "Primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021.

CÁMARA LAPUENTE, S., "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", en ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pag.141-189.

CASTELLÓ PASTOR, J.J., Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales", en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.), *Desafíos*

jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, I., "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 93 ss.

ESPÍN ALBA, I., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital", *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, pp. 3 ss.

GARCÍA PÉREZ, R., "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 175 ss.

MARINEZ DE OLIVEIRA, X., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: la protección del consumidor en Portugal", *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pág. 599-616.

MARTINEZ NADAL, A., "Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales", en BLANCO SANCHEZ, M.J., *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 387-416.



MIGUEL ASENSIO, A., "Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales", *La Ley Unión Europea*, número 109, 2022, pág. 65-77.

MONTERO, J. y RODRIGUEZ MARTINEZ, I., "La tipificación del contrato de intermediación en línea en el reglamento de servicios digitales", en Codes Calatrava, A., (coord.), *Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, 2023.

NAVARRO CASTRO, M., "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ/ CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp.321 ss.

PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.

SANCHEZ LERÍA, R., "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *InDret*, núm. 4, 2021, pág. 33-87.

SANTISTEBAN GALARZA, M., "Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, págs. 159-179.

Gabilex

Nº 44

Diciembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



Castilla-La Mancha