

DANIEL SARMIENTO
SARA IGLESIAS SÁNCHEZ

LA REGULACIÓN EUROPEA DE LOS CONTENIDOS EN LA RED

El Reglamento de Servicios Digitales

Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo (AEDEUR)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1. EL ESPACIO DIGITAL Y LA UNIÓN EUROPEA	19
1. LOS PRIMEROS PASOS EN LA CONFIGURACIÓN DE UN MARCO JURÍDICO EUROPEO SOBRE EL ESPACIO DIGITAL	20
1.1. La Directiva de comercio electrónico y la primera regulación europea del comercio <i>online</i>	20
1.2. La protección de datos de carácter personal.....	23
2. LA «SOBERANÍA DIGITAL» EUROPEA Y LOS RIESGOS GEOPOLÍTICOS E INTERIORES	25
2.1. Infraestructuras digitales y ciberseguridad.....	26
2.2. Recursos esenciales y estratégicos.....	27
2.3. Los datos personales como <i>commodity</i>	28
2.4. Desinformación y polarización	29
3. LA REGULACIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DIGITALES Y, EN PARTICULAR, DE LAS PLATAFORMAS	32

	Pág.
3.1. Las economías de plataforma y sus efectos	32
3.2. Limitaciones del Derecho de la competencia.....	33
 CAPÍTULO 2. EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES Y SU ENTORNO NORMATIVO	37
1. EL RSD Y EL DERECHO ORIGINARIO	38
2. EL RSD Y EL DERECHO DERIVADO	39
2.1. El RSD y el marco regulador de las plataformas: el Reglamento de Mercados Digitales	40
2.2. El RSD y la Directiva sobre el comercio electrónico	42
2.3. El RSD y el Reglamento de publicidad política	44
2.4. El RSD y el Reglamento sobre la Libertad de los Medios de Comunicación	46
 CAPÍTULO 3. PRINCIPIOS DEL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES	49
1. DILIGENCIA DEBIDA	49
2. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN GENERAL DE MONITORIZACIÓN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS....	50
3. COOPERACIÓN INSTITUCIONAL CENTRALIZADA	52
 CAPÍTULO 4. DESTINATARIOS Y MARCO INSTITUCIONAL DEL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES	55
1. PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS: EN ESPECIAL, EL CASO DE LAS PLATAFORMAS	55
2. DESTINATARIOS DEL SERVICIO.....	57
3. ACTORES PÚBLICOS	58

	Pág.
3.1. Coordinadores nacionales de servicios digitales	59
3.2. Junta Europea de Servicios Digitales.....	60
3.3. Comisión Europea.....	61
4. OTROS ACTORES RELEVANTES	61
4.1. Alertadores fiables.....	61
4.2. Investigadores.....	62
4.3. Organismos de resolución extrajudicial de conflictos.....	63
CAPÍTULO 5. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD: CONTINUIDAD Y REPOSICIONAMIENTO...	65
1. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD COMO UNA NECESIDAD EXISTENCIAL PARA LOS SERVICIOS DIGITALES	66
2. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EUROPEA: LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO	70
3. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL RSD	73
3.1. Continuidad y adaptación.....	74
3.2. Novedades sistemáticas.....	80
4. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN SU CONTEXTO: LA PROHIBICIÓN DE OBLIGACIONES GENERALES DE MONITORIZACIÓN, LA CLÁUSULA DEL «BUEN SAMARITANO», Y LA ARMONIZACIÓN DE ÓRDENES NACIONALES.....	84
4.1. La prohibición de obligaciones de monitorización...	84
4.2. La cláusula del «buen samaritano».....	87
4.3. La armonización mínima de las órdenes nacionales .	90

	Pág.
CAPÍTULO 6. DILIGENCIA DEBIDA Y MITIGACIÓN DE RIESGOS	93
1. OBLIGACIONES UNIVERSALES.....	97
2. OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO DE DATOS	99
3. OBLIGACIONES DE LAS PLATAFORMAS.....	103
4. OBLIGACIONES DE LAS PLATAFORMAS QUE PERMITAN CONTRATOS CON CONSUMIDORES....	106
5. OBLIGACIONES DE LAS PLATAFORMAS Y BUSCADORES DE MUY GRAN TAMAÑO.....	107
CAPÍTULO 7. APLICACIÓN Y EJECUCIÓN	117
1. APLICACIÓN Y EJECUCIÓN A NIVEL NACIONAL.	119
2. COORDINACIÓN Y COHERENCIA TRANSFRONTERIZA.....	121
3. EL CONTROL «FEDERAL» DE PLATAFORMAS Y MOTORES DE MUY GRAN TAMAÑO.....	124

PRESENTACIÓN

Tras encargar a Juan Antonio Mayoral y a Mercedes Pedraz el tercer informe AEDEUR, consagrado a la aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España —que ha cosechado un notable éxito, tanto por su calidad como por el enfoque socio-jurídico adoptado por sus autores—, la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo (AEDEUR) decidió dedicar el siguiente informe al Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (RSD), cuya aplicación se inició en febrero de este año, 2024 (art. 93.2 del RSD).

La decisión se adoptó por amplio consenso, como resulta fácil de imaginar. Por una parte, se trata, como es sabido, de uno de los principales instrumentos normativos aprobados por la Unión Europea en el marco de la «Estrategia Europea de Datos», diseñada por la Comisión Europea para avanzar en el camino hacia la plena digitalización europea (objetivo prioritario de la Unión). Por otra parte, en su elaboración, el legislador europeo debía hacer frente a desafíos diversos —a los que luego haré referencia—, que explican que el contenido de la norma resulte de extraordinario interés para cualquier estudioso del Derecho europeo, con independencia de su grado de *expertise* (mínimo en mi caso) en materia digital.

Pero si el interés y la enjundia jurídica del tema no suscitaban duda alguna, no resultaba fácil la elección de su posible autor. En este punto, sin embargo, la Asociación tuvo, a mi juicio, el acierto de dirigirse a Daniel Sarmiento y a Sara Iglesias, reputados ius-europeístas —ambos con amplia trayectoria académica (ambos acreditados como catedráticos de Derecho administrativo) y experiencia práctica— y buenos conocedores del RSD, como así lo acredita el excelente estu-

dio que tengo el honor de presentar. Un estudio en el que se desentrañan los entresijos de una regulación compleja, facilitando con ello su lectura y comprensión, y en el que, en particular, se explican los difíciles equilibrios que la norma persigue.

Baste con señalar, a este respecto, que la *Digital Services Act* pretende hacer frente al desafío de impulsar el desarrollo de servicios digitales innovadores —aproximando al tiempo las disposiciones nacionales aplicables a los prestadores de servicios intermediarios (plataformas digitales, redes sociales) a fin de evitar la fragmentación del mercado interior y reducir la incertidumbre jurídica— y, a la vez, al objetivo de garantizar un entorno digital seguro y transparente para los destinatarios del servicio (incluidos no solo los consumidores sino todos los usuarios), especialmente los más vulnerables de ser víctimas de conductas contrarias a los valores y principios en los que se funda la Unión.

El RSD responde, por otra parte, al desafío que supone ofrecer una regulación que sea no solo eficiente en aras de los objetivos señalados, sino igualmente acorde con las exigencias de los principios de subsidiariedad (estando su fundamento en el art. 114 del TFUE) y de proporcionalidad, consagrados en el art. 5 del TUE, reservando el correspondiente espacio de acción a los Estados miembros y evitando cargas excesivas a los prestadores de servicios. De especial interés resulta en este sentido, en mi opinión, el modelo de *enforcement* que articula el Reglamento. Un modelo que, como explican Daniel Sarmiento y Sara Iglesias, se caracteriza por su carácter mixto (público-privado) y por el equilibrio que en él se persigue entre la descentralización en favor de autoridades nacionales (los coordinadores de servicios digitales del Estado de establecimiento) y la configuración de una autoridad federal (la Comisión Europea) en la supervisión y ejecución de las disposiciones contenidas en la norma.

El cuarto informe AEDEUR, que el lector tiene en sus manos, fue presentado en un seminario celebrado el pasado 14 de octubre, en el que intervinieron como *discussants* otros tres reconocidos expertos en Derecho europeo y especialistas en la materia objeto del informe: Cani Fernández (Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, organismo designado como Coordinador de Servicios Digitales de España a los efectos del RSD), Alberto de Gregorio (Director en el Servicio Jurídico de la Comisión Europea) y Antonio Segura (Catedrático de Derecho internacional público de la

Universidad de Granada). De los atinados e interesantes comentarios formulados por todos ellos durante el seminario, por los que les doy las gracias en nombre de la AEDEUR, da cuenta la versión final del informe. Gracias también a Carmen Martínez Capdevila, miembro de la Junta Directiva de la Asociación responsable de los informes AEDEUR, por su labor de impulso de este cuarto informe y del seminario anteriormente referido, que ella misma moderó.

Termino felicitando a Daniel Sarmiento y a Sara Iglesias por este excelente nuevo informe AEDEUR, que viene a enriquecer una colección de trabajos monográficos sobre cuestiones de actualidad en el ámbito del Derecho de la Unión Europea que cuenta ya con cuatro títulos. Como ya señalé anteriormente, el tercer informe AEDUR corrió a cargo de Juan Antonio Mayoral y de Mercedes Pedraz y fue publicado bajo el título *La judicatura española frente al espejo de la Unión Europea. Un análisis socio-jurídico de la aplicación judicial del Derecho de la UE* (2023). El segundo informe, *España y Gibraltar tras el Brexit, nuevo marco de relación en la Unión Europea* (2022), se debe a Alejandro del Valle e Inmaculada González y el primero, *Estado de Derecho en Europa* (2021), a Pablo Martín.

La AEDEUR persigue la promoción del estudio y del conocimiento del Derecho europeo. Confío en que, tras su lectura, el lector comparta conmigo que su cuarto Informe responde a este fin.

Javier Díez-Hochleitner
Presidente de la Asociación Española
para el Estudio del Derecho Europeo

INTRODUCCIÓN

La economía digital ha irrumpido en nuestras vidas con una virulencia inesperada, hasta el punto de modificar las formas de vida, los medios tradicionales de comunicación pública y social, o la vida laboral. La economía digital se ha convertido en la fuente de transformación de una sociedad digitalizada y cada vez más canalizada a través de medios tecnológicos y soportes de información y comunicación desmaterializados. Este cambio profundo en la vida social ha tenido su impacto en la esfera política, educativa, familiar y económica de nuestras sociedades, algo que inevitablemente ha tenido sus efectos en el ámbito jurídico.

Los primeros signos de regulación de la actividad digital vinieron principalmente de la normativa contractual. La regulación de los contratos a distancia actuó como premisa para articular, en un primer momento, un marco jurídico aplicable al comercio electrónico. La aparición de normativas sobre protección de datos en los años noventa, como respuesta a algunos retos derivados de la informática, se anticiparon al desarrollo de la economía de datos y el *big data* como *commodity* de la economía digital. Sin embargo, la regulación del principal soporte en el que operaba y sigue operando la actividad digital, Internet, se encontró desde sus orígenes en manos privadas y sujeta a disposiciones propias de la autorregulación asociativa. La operativa de ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) y sus derivaciones son un ejemplo de cómo la regulación de la red surgió en la esfera estrictamente privada, a pesar de los intereses públicos claramente vinculados a la actividad en Internet. Esta tensión entre la regulación privada y una incipiente intervención normativa de carácter sectorial, caracterizó los primeros pasos de la regulación de la actividad digital.

Era una cuestión de tiempo que la actividad digital y su interacción con el Derecho terminara nutriendo la práctica constitucional. La actividad digital incluye aspectos íntimamente ligados a los derechos fundamentales, como la libertad de expresión o de información, o la protección de minorías y personas vulnerables. Del mismo modo, la aparición de la inteligencia artificial y los modelos de inteligencia generativa comienzan a cuestionar la naturaleza misma de la identidad humana, incluso la noción de dignidad, un concepto que se encuentra en el fundamento mismo de la protección de los derechos humanos tutelados por las constituciones modernas. La gradual desaparición de los medios tradicionales de comunicación y su sustitución por medios digitales en red de tamaño masivo han reemplazado a los canales que informaban a una sociedad plural, cuyas preferencias se nutrían de esas fuentes ahora cambiantes, con el fin de adoptar decisiones mayoritarias que informaban el debate y la toma de decisiones en una democracia pluralista.

El constitucionalismo digital es una realidad y tiene por objeto aproximar las categorías constitucionales a la praxis de la actividad digital. Una tarea no exenta de dificultades como lo demuestra el presente trabajo.

El Reglamento de Servicios Digitales es el mayor esfuerzo desplegado hasta la fecha por introducir un marco general y eficiente que permita regular la actividad de las plataformas digitales, especialmente de aquellas con mayor impacto social. La Unión Europea, fiel a su trayectoria como organización reguladora y creadora de marcos jurídicos novedosos, no se arredró a la hora de abordar la actividad de las plataformas digitales, un tipo de intermediario en el que se desarrolla la mayor parte de la comunicación social con impacto directo en las personas, la economía y el debate político. Sin embargo, la regulación de estas plataformas no podía suponer una merma a la innovación o a la actividad de las plataformas como intermediarias. A fin de cuentas, estos soportes han aportado enormes beneficios a la sociedad, cuya materialización se debe al importante esfuerzo inversor de sus promotores, así como a su papel como intermediarios y no como editores o productores de contenidos en la red. Esta tensión anticipaba las dificultades a las que se enfrentaría el Reglamento de Servicios Digitales, necesitado de encontrar un difícil equilibrio entre la determinación de estándares de conducta en las plataformas y la promoción de la inversión e innovación.