

Plataformas digitales: Ejes de su regulación en favor de la defensa de los derechos de los ciudadanos¹

MABEL LÓPEZ GARCÍA

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Málaga

Mabel@uma.es

SUMARIO: I. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y SU MARCO REGULATORIO EN LA UE. II. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMA. 1. En atención al sujeto que participa en la prestación del servicio A. Operadores de redes B. Prestadores de servicios de intermediarios. Especial referencia al prestador de servicios de plataformas en línea. C. Destinatarios de los servicios de plataforma en línea 2. En atención a los riesgos por el uso de infraestructuras técnicas en la prestación del servicio. III. CUESTIONES REGULATORIAS ESPECÍFICAS EN ATENCIÓN AL SERVICIO OFRECIDO. PARTICULARIDADES DEL SECTOR AUDIOVISUAL. 1. Los servicios de comunicación audiovisual que se ofrecen a través de plataforma. 2. Los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El desarrollo de las plataformas digitales ha supuesto una revolución en la prestación de los servicios. La reflexión sobre la necesidad de trasladar los valores y principios de una sociedad democrática al contexto de la convergencia digital ha tomado fuerza en los últimos años. Este trabajo pretende ser una aproximación a las respuestas que ofrece el ordenamiento para desplegar las estrategias administrativas en el nuevo modelo de prestación de servicios que nos ofrece internet y generar una reflexión con la que encontrar posibles soluciones a las quiebras en la salvaguarda del orden público y la vulneración de los derechos fundamentales.

¹ El trabajo es resultado de la investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia PID2021-124031NB-C42 “La digitalización al servicio de la descarbonización de la actividad económica: desafíos jurídico-administrativos”, Ministerio de Ciencia e Innovación..

PALABRAS CLAVES: Plataformas en línea, límites y obligaciones, protección de derechos

ABSTRACT: The development of digital platforms to has revolutioniza the provision of services. many people have reflected on the need to translate the values of democratic society to context of digital convergence in recent years . This work aims to be an approach to the responses offered by the legal system to deploy administrative strategies in the new model of service provision offered by the Internet and generate a reflection with which to find possible solutions to bankruptcies in the safeguard of public order and the violation of fundamental rights

KEYWORDS: On line platforms, limits and obligations, protection of rights

I. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y SU MARCO REGULATORIO EN LA UE

“Nada grande entra en la vida de mortales sin una maldición” pronunciaba Sófocles y de lo que se hace eco Jeff Orlowski en su película documental “El dilema de las redes sociales” (2020), una obra de docuficción que ha sido elogiada por detallar con un lenguaje sencillo las consecuencias del consumo a través de redes sociales y los instrumentos que aseguran a los propietarios de las redes el control sobre el usuario; aunque igualmente criticada por ofrecer un mensaje sensacionalista en el que se obvia por completo opiniones contrarias y sin ofrecer respuestas al gran problema del nuevo modelo socioeconómico actual² en el que la provisión de prácticamente cualquier bien o servicio físico depende de una u otra forma de plataformas digitales, ya sean plataformas que facilitan el intercambio de opiniones, contenidos educativos, servicios audiovisuales u otro tipo de productos...

El concepto de plataformas digitales es ambiguo y engloba desde un punto de vista técnico múltiples posibilidades, que requieren de una ordenación jurídica que garantice la seguridad y confianza en ellas. Instagram, Facebook, Twitter, WhatsApp, Genially, Spotify, Netflix, Amazon, Bizum... son comunes en nuestro día a día, pero no todas las plataformas ofrecen los mismos servicios, cada una traslada a un nuevo contexto realidades y fenómenos jurídicos que existían antes de la revolución digital: las reuniones en la plaza del barrio, las comunicaciones por carta, los trabajos para el colegio, escuchar música, el visionado de películas, las compras y la entrega de dinero en metálico... entre muchos otros.

² Sobre el debate que en ella se plantea realiza una interesante reflexión GONZÁLEZ-MENESSES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “El lado oscuro de las redes sociales” en *El notario del s.XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n° 95, 2021, p.78-83.

El término plataforma proviene del francés *plate-forme*, se refiere a un plano de tierra que se encuentra elevado del suelo y que funciona de soporte de personas o cosas. Sobre esa idea se fundamenta el significado que damos actualmente al término. En líneas generales podemos entender que una plataforma es una entidad que conecta individuos y organizaciones para un propósito común o para compartir un recurso común, su actividad requiere de operadores de redes y prestadores de servicios de intermediación, a los que luego nos referiremos; el valor de la plataforma reside en su capacidad para gestionar datos (información) en las interacciones entre usuarios al ofrecer bienes o servicios³.

Resulta esencial distinguir entre los grupos que las utilizan y a los que se dirigen las plataformas (empresa, consumidor, trabajador, usuario, menores), a su objeto y a si la configuración de la plataforma es de código abierto o cerrado, por ejemplo. Todo ello afecta al tipo de relación que se establecen entre los sujetos, así como a la seguridad en la prestación del servicio y justifican la imposición de determinados estándares de control que reduzcan el riesgo y salvaguarden los derechos⁴. Sin embargo, y con independencia de dichas particularidades, las plataformas digitales tienen unos elementos comunes que requieren de una estructuración jurídica uniforme y segura.

Esto exige delimitar conceptos, entender las infraestructuras y trasladar con las modificaciones necesarias para su eficacia los preceptos normativos que garantizan la satisfacción de los derechos fundamentales en una sociedad democrática⁵.

³ Atendemos aquí a la síntesis realizada sobre el concepto por CANALS, A. Y HULSKAMP, I “Plataformas digitales: fundamentos y una propuesta de clasificación”, *Revista de Economía, empresa y sociedad Oikonomics*, n°14, 2020, p.4.

⁴ Con un enfoque diferente al que aborda este estudio, pero como particular ejemplo del impacto del uso de las plataformas en las relaciones cabe citar, entre otros, CASTILLO RAMOS-BOSSINI, SUSANA, E.: “Puntos de acceso electrónico, registro electrónico y carpeta ciudadana”, en CASTILLO BLANCO, F.A.; CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S.A.; FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J.M.: *Las políticas de buen gobierno en Andalucía II: Digitalización y Transparencia*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022, p. 79-115; CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “El ejercicio de los poderes empresariales mediante algoritmos”, *Revista Jurídica de Asturias*, n°45,2022, p.125-155; MIRANZO DÍAZ, J.: “El régimen jurídico de las plataformas de contratación pública en España. Especial referencia a los conflictos competenciales y a su incidencia en el Derecho de la Competencia” en *Revista catalana de Dret Públic*, núm.64, 2022, p.140-157; RUIZ HIDALGO, C Y SIOTA ÁLVAREZ, M.: “La colaboración de las plataformas digitales en la aplicación y en la recaudación de los tributos” en *THEMIS: Revista de Derecho*, n°79, 2021, p. 175-192.

⁵ A este respecto, en julio de 2021, la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital publicó conforme al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la Carta de Derechos Digitales que sin gozar de carácter normativo actúa como marco de referencia en España. En la Carta se perfilan los derechos fundamentales más relevantes a considerar y se describen derechos instrumentales auxiliares de los primeros remitiendo en todo momento al ordenamiento jurídico vigentes y en particular a lo establecido en la Ley Orgánica del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación, la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la Ley General

A muchas de estas cuestiones ha intentado dar respuesta la UE con la aprobación de la llamada Ley de Servicios Digitales (LSD), es decir, el Reglamento UE 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado de servicios digitales que entró en vigor en noviembre de 2022 y que será de aplicación a partir del 17 de febrero de 2024⁶ sobre la base de la competencia reconocida en el art.114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La LSD, de aplicación directa en España, asienta los pilares que permiten controlar los riesgos que ha supuesto el desarrollo tecnológico y la prestación de servicios en la red Internet. Para ello pone el foco de atención, precisamente, en los servicios de intermediación cuya existencia deriva de la propia estructura de funcionamiento de Internet.

Orientada a la actividad de los prestadores de servicios intermediarios, la LSD es, sin duda alguna, una norma ambiciosa que atiende a fijar los límites generales que garanticen un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza. La LSD delimita el concepto de “contenido ilícito” de manera amplia para abarcar la información (datos) que por sí sola o en relación con una actividad incumple el Derecho de la Unión⁷; refleja a grandes rasgos las normas vigentes fuera del entorno digital, prestando atención a las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos en contextos transfronterizos, que suelen ser los habituales en el entorno digital.

Esta norma se complementa respecto de la actividad específica de los mercados con la Ley de Mercados Digitales (LMD), es decir, el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital que entró en vigor en octubre de 2011 y será de aplicación a partir del 25 de junio de 2013⁸.

de Telecomunicaciones, la Ley General de Comunicación Audiovisual y la Ley de Trabajo a Distancia. Nos remitimos aquí para una profundización mayor sobre el alcance de la Carta de Derechos Digitales a GONZÁLEZ RÍOS, I: “La Carta de Derechos Digitales y su reflejo normativo: hacia la humanización de la digitalización” en GONZÁLEZ RÍOS, I. Y ÁVILA RODRÍGUEZ C.M.: *Estudios jurídicos interdisciplinarios sobre justicia relacional y servicios de interés general (vol. II) Digitalización y protección ambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023; COTINO HUESO, L.: *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, 2022.

⁶ DOUE L 277/102, de 27 de octubre de 2022. En desarrollo del mismo se aprueba el Reglamento de Ejecución (UE) 2023/1201 de la Comisión de 21 de junio de 2023 relativo a las disposiciones detalladas para la tramitación de determinados procedimientos por parte de la Comisión con arreglo al Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Ley de Servicios Digitales”) DOUE L 159/51 de 22 de junio de 2023.

⁷ Vid. CASTELLÓ PASTOR, J.J.: Nuevo régimen de responsabilidades 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, pp. 38-77.

⁸ DOUE L 265/1, de 12 de octubre de 2022.

La LMD que atiende a las peculiaridades de los mercados en la sociedad digital⁹, igualmente se centra en los prestadores de servicios de intermediación pero en cuanto empresas que operan como punto de contacto entre los sujetos que participan en el mercado y las consecuencias que conlleva. Sobre esta premisa la LMD configura jurídicamente la figura del guardián de acceso, haciendo recaer en ellos el cumplimiento de determinadas obligaciones cuyo incumplimiento va a ser controlado por la Comisión Europea¹⁰. La mayoría de estas obligaciones buscan evitar conductas de competencia desleal.

Las normas comunitarias citadas tienen la gran virtud de ofrecer las herramientas para que los límites que garantizan la satisfacción de los derechos se hagan efectivos conforme a la premisa de que la libertad de uno se termina dónde empieza la de los demás. Asume en este punto que la responsabilidad para garantizar un entorno en línea seguro y digno de confianza recae en los prestadores de servicios intermediarios o de intermediación, a quienes podemos definir inicialmente y en términos generales como prestadores de una actividad que se desarrolla en el entorno digital y que consiste en un servicio de mera transmisión, memoria cache o alojamiento de datos¹¹. Precisamente, nos referimos a una concreción específica de esta actividad cuando hablamos de plataformas digitales o plataformas en línea.

La LSD utiliza el término de plataformas en línea y las define como una subcategoría de servicios de intermediación que abarca tanto redes sociales como plataformas que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes¹². Expresamente las define como un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información (datos) al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio (art.3.i LSD).

⁹ Sobre las particularidades de los mercados en la sociedad digital y su necesaria regulación más allá de las cuestiones competenciales se pronuncia con interesantes reflexiones PASCUAL, J.J, Y FINGUER, M.: La regulación de las plataformas digitales como industrias en red, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 9, 2022, pp. 1-27.

¹⁰ En este punto nos remitimos a algunos de los estudios elaborados por la doctrina: OLMEDO PERALTA, E.: Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales ¿a quién?, ¿cómo? Y ¿para qué? En VARIOS: Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III, Comares, 2022, pp.87-116. ORTEGA LOURDES: El nuevo reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, n°10, 2022, pp.72-101.

¹¹ Art. 3.g) LSD. Este concepto de prestadores de servicios de intermediación se matiza en diferentes normas en atención a su actividad dentro de los mercados, de ahí que la LMD remita a la definición dada por el Reglamento (UE) 2019/1150 que modifica y que a su vez remite a la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo en la que se hace referencia expresa al objetivo de los servicios de intermediación de facilitar el inicio de transacciones directas (art. 2.2 LMD).

¹² Vid. Considerando 13 de la LSD.

De este modo, el concepto de “difusión al público” constituye un elemento esencial. Es más, ante una posible duda de los supuestos excepcionados, la norma en su considerando 13 y 14 precisa cuando debemos entender que no hay “difusión al público” y por tanto no serían aplicables las obligaciones establecidas para los prestadores de plataformas en línea. Expresamente y sin que ello sea óbice para incluir otros supuestos, la LSD cita como servicios excluidos de la aplicación de la norma a:

a) Los servicios de comunicaciones interpersonales como los correos electrónicos o los servicios de mensajería privada ya que se utilizan para la comunicación interpersonal entre un número finito de personas determinado por el remitente de la comunicación. Siendo esencial para tal consideración que el remitente sea un ser humano que escoge y decide quién es el destinatario de la información¹³.

b) Los servicios de alojamiento de datos cuando la difusión al público sea meramente accesoria, siempre y cuando no se haya integrado como tal para eludir la aplicación de las disposiciones aplicables a las plataformas en línea¹⁴.

c) Los servicios infraestructurales de almacenamiento y computación para una aplicación basada en internet, un sitio web o una plataforma en línea, en tanto no deben ser considerados en sí mismos servicios de difusión al público de la información almacenada o tratada a petición de un destinatario de la aplicación.

Todo ello sin perjuicio de las consideraciones que al respecto se hacen en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual¹⁵ para la difusión de contenidos audiovisuales, a lo que atenderemos específicamente en el último apartado.

¹³ Definidos en la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (DO L 321 de 17.12.2018).

¹⁴ Tal y como ejemplifica el Reglamento comunitario en su considerando 13: la sección de comentarios de un periódico en línea podría ser una característica de esta índole, cuando no quepa duda de que es auxiliar al servicio principal constituido por la publicación de noticias bajo la responsabilidad editorial del editor. En cambio, el almacenamiento de comentarios en una red social debe ser considerado un servicio de plataforma en línea cuando quede claro que no es una característica menor del servicio ofrecido, aunque sea accesorio a la publicación de las entradas de los destinatarios del servicio.

¹⁵ Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual

II. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMA

1. En atención al sujeto que participa en la prestación del servicio

Tal y como hemos analizado, podemos concluir que las plataformas en línea no son un simple espacio de almacenamiento, sino que el término acota a la red internet para una prestación específica “el almacenamiento y la difusión de datos” que se materializa en la oferta de contenidos, productos, servicios y actividades.

Dicha apreciación exige que, dadas las características propias de la convergencia digital, resulte necesario atender a los diferentes sujetos implicados, sin desmerecer por ello la función específica que llevan a cabo los prestadores de servicios de intermediación. A este respecto, considero que conforme a una clasificación simplificada¹⁶ se distingue entre:

1. Los responsables de la estructura que dan soporte al servicio: los operadores de redes.

2. Quienes ofrecen un servicio específico de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento y difusión de unos datos (información, contenidos...) facilitados por el destinatario y a petición de éste: los prestadores de servicios de intermediación de plataforma.

3. Quienes utilizan una plataforma en línea solicitando que aloje información y se difunda: los destinatarios del servicio de plataforma en línea que comunican.

4. El público individualmente identificable al que se destina la información difundida en la plataforma en línea.

A. Operadores de redes

La LSD no hace referencia a los operadores de redes, no es ese su objeto sino la armonización de la prestación de servicios intermediarios, quedando la regulación de los operadores de redes sujeta a la competencia específica de cada Estado miembro en materia de telecomunicaciones y a las previsiones de la Directiva 2018/1972 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas¹⁷, así como a las distintas normas de armonización técnica.

¹⁶ Sería posible realizar subdivisiones en la clasificación propuesta, pues podríamos diferenciar en función de la específica actividad o sector en el que realiza su actividad, atendiendo a las obligaciones concretas asignadas, tal y como se puede deducir a lo largo del trabajo.

¹⁷ Directiva 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, DOUE L321/36 de 17 de diciembre de 2018.

La regulación de los operadores de redes se establece en España, de conformidad con el art.149.1.21 de nuestra Constitución, en la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel) cuyo objeto es mucho más ambicioso que el previsto en la directiva de comunicaciones electrónicas, la cual incorpora. A este respecto, la LGTel aborda los aspectos vinculados a la habilitación para actuar como operador, sus derechos y obligaciones, el servicio universal; además, el genérico concepto de telecomunicaciones, la instalación de equipos y sistemas, la interceptación legal de las comunicaciones, la conservación de los datos o la evaluación de conformidad de los equipos.

En el concepto de operadores de redes se incluye a la persona física o jurídica que suministra redes públicas¹⁸ de comunicaciones electrónicas (sistemas de transmisión), a quienes prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público (el servicio de acceso a internet, el servicio de comunicaciones interpersonales y los servicios consistentes en el transporte de señales) y quienes ofrecen servicios asociados que permitan o apoyen el suministro, la autoprestación o la prestación de servicios automatizada (los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas, así como otros servicios tales como el servicio de identidad, localización...). Es común en la práctica encontrar operadores que llevan a cabo una de las actividades, dos o todas. La diferenciación en el objeto de la prestación afecta a las diferentes obligaciones de los operadores vinculadas a la específica actividad que realizan.

Con independencias de esas particularidades y las obligaciones concretas que se imponen al llamado operador con peso significativo en el mercado de referencia¹⁹, que no inciden directamente en el objeto de nuestro trabajo²⁰, la LGTel detalla una serie de obligaciones generales para cualquier operador que incluyen tanto la obligación de suministrar información (art.9 LGTel) como la obligación de cumplimiento

¹⁸ Es importante no confundir el término de red pública con la titularidad de la red. Todas las redes se definen como redes públicas en tanto se utiliza, en su totalidad o principalmente para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red. En este sentido los operadores tienen derecho a la ocupación del dominio público en la medida que ello sea necesario para la instalación de una red pública de comunicaciones electrónicas (art. 45 LGTel) y en conformidad con el cumplimiento de los requisitos para la obtención de permisos, autorizaciones o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar la red.

¹⁹ Se define como tal al operador que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas (anexo II 46 LTel).

²⁰ Las obligaciones específicas de estos operadores (art.18 de la LGTel) que se suman a las obligaciones generales establecidas para cualquier operador, podemos clasificarlas en: Obligaciones de acceso a recursos específicos de las redes y su utilización (obligación de compartir la infraestructura); Obligaciones sobre el control de precios; Obligaciones contables; Obligaciones de no discriminación y transparencia.

de las normas técnicas establecidas reglamentariamente que garanticen la seguridad e integridad de las redes (art.10 LGTel), a lo que luego nos referiremos como obligaciones impuestas en atención al uso específico de una arquitectura técnica.

Además de ello, exige que los operadores de redes con carácter previo al inicio de su actividad notifiquen al Registro de operadores la prestación de un determinado servicio²¹, estableciendo como requisito ser nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de otra nacionalidad cuando así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España (art.6 LGTel), lo que facilita el control del cumplimiento normativo.

Sin embargo, la obligación de inscripción sólo nace cuando el servicio a prestar es un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles al público o cuando la red a explotar sea una red pública de comunicaciones electrónicas, es decir cuando sobre la misma se presten servicios de comunicaciones disponibles al público, por lo que se exceptúa a quienes suministren redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación²² y a quienes estén interesados en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, que deberán notificar su actividad a efectos puramente estadísticos y censales (art.6.6. LGTel).

B. Prestadores de servicios de intermediarios. Especial referencia al prestador de servicios de plataformas en línea

Los prestadores de los servicios intermediarios son aquellos sujetos que prestan alguno de los siguientes servicios:

1. El servicio de mera transmisión de la información facilitada por el destinatario del servicio.

2. El servicio de memoria cache consistente en el almacenamiento autonómico, provisional y temporal de la información transmitida facilitada por el destinatario del servicio

3. El servicio de alojamiento de datos, que puede consistir en:

a) El mero almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de éste.

b) Una plataforma en línea, definida como sabemos por el almacenamiento y difusión de información al público facilitada por el destinatario del servicio, salvo que esta característica sea menor y puramente auxiliar de otro servicio.

²¹ Art. 7. LGTel. Registro de operadores. Vid. <https://numeracionyoperadores.cnmc.es/operadores>

²² Con carácter general el concepto tradicional de autoprestación supone la prestación de servicios por una entidad o Administración a sí misma o a sus empleados.

Todos los prestadores de los servicios de intermediación quedan sujetos a LSD, en la que se delimita el régimen de responsabilidades y se concretan una serie de obligaciones, pero además deben cumplir con las previsiones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI), que no ha sido derogada.

Conforme a la LSSI, la prestación del servicio no está sujeta a autorización previa, aunque ello no impide que se puedan establecer restricciones a la prestación del servicio²³ cuando se vulneren los principios de:

- a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.
- b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.
- c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y
- d) La protección de la juventud y de la infancia.
- e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

La LSD persigue alcanzar un entorno seguro en la sociedad digital. En este sentido, exige a los prestadores de servicios intermediarios establecer un punto de contacto único que permita las comunicaciones con las autoridades estatales y europeas, así como con los destinatarios de los servicios (art.11 y 12 LSD); e incluir en sus condiciones generales restricciones en relación al uso de su servicio, considerando cualesquiera políticas, procedimientos, medidas y herramientas empleadas para moderar los contenidos, incluidas la toma de decisiones mediante algoritmos y la revisión humana; así como restricciones sobre las normas de procedimiento de su sistema interno de gestión de reclamaciones (art.14 LSD); e incluso suspender durante un período razonable y después de una advertencia previa la prestación de servicios a los destinatarios que proporcionen con frecuencia contenido ilícito (art.23 LSD); junto a otras específicas relacionadas con la contratación a distancia (art.29 y ss LSD)

Además de todo ello, y sin perjuicio del fomento de la elaboración de códigos de conducta voluntarios (art.45 LSD), la norma establece una serie de obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos derivadas del diseño y funcionamiento

²³ Conforme a lo establecido en la propia ley y la normativa comunitaria Art. 8 de la LSSI y 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.

de los servicios, a la que nos referiremos en el siguiente apartado, que son exigibles a los prestadores de servicios de plataforma en línea de muy gran tamaño. A estos efectos, la designación como plataforma en línea de muy gran tamaño se llevará a cabo mediante decisión de la Comisión, previa consulta del Estado miembro de establecimiento, cuando tenga un promedio mensual de destinatarios del servicio activo igual o superior a cuarenta y cinco millones (art 33 y ss LSD)²⁴.

La designación de plataforma en línea de muy gran tamaño no debemos confundirla con la designación, conforme a lo prevista en la LMD, de “guardián de acceso”. La designación prevista en la LMD añade obligaciones adicionales a las referidas hasta ahora, con el fin de asegurar un correcto funcionamiento del mercado, a aquellas empresas que con una gran influencia en el mercado interior ofrecen “servicio básico de plataforma”²⁵ y tienen una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo.

En cuanto al régimen de responsabilidad, se parte de la premisa de que el prestador de servicios de intermediación no es responsable de la información transmitida siempre y cuando: a) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito o no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o b) cuando tenga conocimiento o sea consciente de ello, pero actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este. Aunque la LSD, en su art.6, incluye una importante excepcionalidad para los supuestos en los que:

- El destinatario del servicio de alojamiento de datos actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicio de alojamiento de datos.

- El servicio de alojamiento de datos se identifique con una plataforma en línea que permita que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.

²⁴ El 25 de abril de 2023, la Comisión Europea designó el primer conjunto de plataformas en línea de muy gran tamaño. Vid. Comunicado de prensa Comisión Europa, Bruselas, 25 de abril de 2023. En línea, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_2413

²⁵ a) servicios de intermediación en línea; b) motores de búsqueda en línea; c) servicios de redes sociales en línea; d) servicios de plataforma de intercambio de videos; e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; f) sistemas operativos; g) navegadores web; h) asistentes virtuales; i) servicios de computación en nube; j) servicios de publicidad en línea, , incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria.

La norma comunitaria no impone ninguna obligación general de monitorizar la información ni de buscar activamente contenido ilícito considerándose que el conocimiento efectivo se produce cuando se recibe una orden de actuación por la autoridad judicial o administrativa nacional pertinente (art.8 y ss LSD); cuando se notifica por parte de un usuario la presencia de un contenido ilícito mediante un mecanismo previamente establecido por el propio prestador de alojamiento de datos (art.15 LSD) o, de acuerdo a lo que acabamos de exponer; cuando el destinatario del servicio actúa bajo la autoridad o el control del prestador de servicios de alojamiento de datos (art.6 LSD).

Además de lo expuesto, será necesario atender en cada caso a la regulación específica del sector que presta servicios a través de las plataformas en línea. Así, por ejemplo, si el servicio prestado es uno de los servicios que ofrecen contenidos audiovisuales se deberá cumplir con la LSSI y la LSD, pero además con la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual que establece la obligación de inscripción en el registro correspondiente y una serie de obligaciones concretas a fin de asegurar los derechos fundamentales y la protección de los menores.

Un claro ejemplo de este supuesto, sobre los que volveremos en el apartado III dada su singularidad, es la actividad realizada en Youtube, Twitch, Instagram, Tik-Tok... y a los que la normativa audiovisual se refiere como servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Pero también la actividad realizada en la plataforma Netflix, HBO o tantas otras a los que la Ley General de Comunicación Audiovisual acoge en el concepto de servicios de comunicación audiovisual a petición. En ellos se da la particularidad de que el prestador del servicio intermediario que es quien ofrece el servicio de plataforma digital en línea es a su vez el destinatario que aloja el contenido específico, ya sea contenido de producción propia o adquirido mediante la compra de derechos de autor de producciones ajenas.

C. Destinatarios de los servicios de plataforma en línea.

Al referirnos a los destinatarios de los servicios de plataforma en línea resulta necesario retomar la distinción que puntualizamos al comienzo del apartado II entre:

- los destinatarios del servicio de plataforma en línea que realiza la acción de comunicar.
- el público individualmente identificable que se expone a la información alojada y difundida.

Y ello porque las obligaciones y régimen de responsabilidad difieren considerablemente entre uno y otro.

La LSD define conforme al concepto de destinatarios de los servicios de plataforma en línea a todos los sujetos que han utilizado una plataforma en línea, ya sea solicitando que aloje información o exponiéndose a la información alojada y difundida a través de su interfaz en línea (programa informático, incluidos los sitios web o partes de sitios web y las aplicaciones móviles), sin precisar nada más a excepción de los recordatorios de sujeción al Derecho de la Unión y al Derecho nacional²⁶. Sin embargo, de la interpretación de la norma se desprende claramente que la responsabilidad sobre el contenido ilícito difundido a través de plataformas digitales en línea es responsabilidad del destinatario del servicio de plataforma en línea que realiza la acción de comunicar, es decir quien solicita que se aloje la información y se difunda, realizando implícitamente una diferenciación entre los destinatarios.

En el mismo sentido se ha manifestado la legislación sectorial. Así, en atención a la regulación que se recoge en la Ley General de Comunicación Audiovisual tan sólo los destinatarios (usuarios) del servicio de plataforma en línea que realizan la acción de comunicar quedan sujetos a un régimen específico de obligaciones.

B. En atención a los riesgos por el uso de infraestructuras técnicas en la prestación del servicio

“La transformación digital no justifica ninguna excepción a los derechos y libertades... debería más bien aspirar a reforzar esos derechos y libertades”²⁷. Un punto de partida que tanto la UE como España se han preocupado de reforzar a través de medidas concretas por las que se establecen obligaciones vinculadas a la propia arquitectura técnica necesaria en la prestación de los servicios.

Es este sentido, la nueva LSD concreta la obligación para los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (todos ellos prestadores de servicios de intermediación) de detectar, analizar y evaluar con diligencia cualquier riesgo sistémico en la Unión que se derive del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios (art.34 LSD)²⁸. En esta evaluación se tendrán en cuenta los riesgos sistémicos por:

²⁶ Art. 3.p. en relación con el 3.n. y las previsiones del art.9 y 21 respecto de las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos y la resolución extrajudicial de litigios en la LSD.

²⁷ COMISION EUROPEA, COM2022 27 final. Comunicación para la formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y los Principios Digitales para la Década Digital la necesidad de llevar a cabo una transición digital centrada en el ser humano. Bruselas, 26 de enero de 2022.

²⁸ La LSD especifica en el art. 34.2 que cuando se realicen evaluaciones de riesgos, los prestadores tendrán en cuenta: a) el diseño de sus sistemas de recomendación y de cualquier otro sistema algorítmico pertinente; b) sus sistemas de moderación de contenidos; c) las condiciones generales aplicables y su ejecución; d) los sistemas de selección y presentación de anuncios; e) las prácticas del prestador relacionadas con los datos.

- La difusión de contenido ilícito a través de sus servicios;
- Cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular los relativos a la dignidad humana, al respeto de la vida privada y familiar, a la protección de los datos de carácter personal, a la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, a la no discriminación, a los derechos del niño y a un nivel elevado de protección de los consumidores. Todos ellos amparados por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE²⁹;
- Cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública;
- Cualquier efecto negativo real o previsible en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona.

A su vez, la LSD refiere la posibilidad de que la Comisión Europea publique directrices sobre buenas prácticas a fin de facilitar y asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, dotando a la Comisión de funciones de órgano supervisor ³⁰(art. 35 y 36 LSD) y ello con independencia del fomento de la elaboración de códigos de conductas voluntarios y la obligación de los prestadores de plataforma de someterse, a su propia costa, a auditorías independientes (art. 37, 44, 45 LSD).

Todo ello se complementa en España con la regulación específica del derecho a la intimidad y protección de datos personales, así como con las obligaciones que se recogen en la Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales ante los posibles riesgos.

En este sentido, la LGTel prevé expresamente en su art.58 que los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, adoptando las medidas técnicas necesarias.

Especial atención merecen los algoritmos predictivos, sobre su alcance e incidencia vid. BERNING PRIETO, A.D. “La naturaleza jurídica de los algoritmos” en GAMERO CASADO (Dir.): *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, 2022, p.99 y ss.

²⁹ 2000/C 364/01. DOUE C 346/1 de 18 de diciembre de 2000.

³⁰ La LSD crea la figura del coordinador de servicios digitales al que se refiere en diferentes preceptos. El coordinador de servicios digitales será la autoridad competente en cada Estado para supervisar la aplicación de la norma actuando como el único punto de contacto con la Comisión y otros Estados miembro, siendo necesaria su coordinación y cooperación con el resto de las autoridades que en conformidad con el Derecho nacional tenga funciones específicas, como es el caso en España de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia, pero también de la Agencia Estatal de Protección de Datos.

Únicamente en el supuesto de las interceptaciones dispuestas en el art.588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) se podrá producir una excepción. Previa autorización judicial³¹ se facilitará al agente facultado para ello determinados datos, debiendo el operador poner todos los medios necesario para impedir la manipulación de los mecanismos de interceptación y garantizar la autenticidad, confidencialidad e integridad de la información obtenida³².

Directamente relacionado con esta cuestión se establece un plazo máximo de conservación de los datos³³ de doce meses, que reglamentariamente, y consultados los operadores, se pueda ampliar o reducir hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses, tomando en consideración el coste del almacenamiento y conservación de los datos, así como el interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave³⁴.

³¹ Las interceptaciones podrán realizarse siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; 3.º Delitos de terrorismo o 4.º Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación o servicio de comunicación (art. 588 ter a y 579 .1 LECr). Pudiendo afirmarse como ya apunto la Fiscalía General del Estado que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento son de las más estrictas en el ámbito del derecho comparado por la exigencia de autorización judicial que además debe estar motivada. (vid. Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones electrónicas).

³² Los requisitos y especificaciones técnicas respecto de la interceptación legal de las comunicaciones se fijan en la Orden ITC/110/2009 de 28 de enero, por la que se determinan los requisitos y las especificaciones técnicas que resultan necesarios para el desarrollo del capítulo II del título V del reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Sobre las garantías en la interceptación de comunicaciones vid. LÓPEZ BARAJA *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, 2011, p.203.

³³ Conforme a la regulación prevista en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

³⁴ Esta es una cuestión bastante conflictiva sobre la que el TJUE se ha pronunciado con ocasión de la interpretación de la Directiva 2006/24/CE (vid. STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros / STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, Tele2 Sverige y Watson y otros) que establecía la obligación de los operadores de telecomunicaciones de «conservación generalizada e indiferenciada» de todos los datos de comunicaciones electrónicas de todos los usuarios, lo que en opinión del Tribunal suponía sobrepasar los límites que exige el respeto del principio de proporcionalidad, por lo que invalidó la Directiva que dejó de estar vigente en 2014. Tras la anulación de la Directiva los Estados mantienen la vigencia de sus normas, pero siempre que no suponga una conservación generalizada e indiferenciada sin limitación pues ello es contrario al Derecho Europeo. Sobre esta problemática se detiene la Sentencia del Tribunal Supremo 1519/2017, de 18 de abril, considerando que la exigencia de autorización judicial previa para la obtención de los datos, así como la limitación en el tiempo para la conservación prevista por nuestra normativa no conlleva la vulneración del derecho europeo (fojco 2º, ap. 2.6. Ponente: Juan Saavedra Ruiz) Vid. POLO ROCA, A.: La regulación sobre la conservación de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones: estado de la cuestión, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33 (octubre). UOC, 2021 [Fecha de consulta: marzo de 2023] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i33.373811>

Junto a la posible interceptaciones de comunicaciones el art.59 de la LGTel establece que la Administración de las telecomunicaciones deberá, para la realización de tareas de control del dominio público radioeléctrico³⁵, diseñar y establecer sus sistemas técnicos de interceptación de señales de forma que se reduzca al mínimo el riesgo de afectar a los contenidos de las comunicaciones. Los contenidos de los que quede constancia por la interceptación técnica deberán ser destruidos inmediatamente o en el caso de que hubiera un expediente sancionador abierto mantenerse hasta la finalización del procedimiento, no pudiendo ser objeto de divulgación bajo ninguna circunstancia.

Continuando con las exigencias técnicas para garantizar la protección de los datos personales, la LGTel concreta en su artículo 60 la obligación para los operadores que den soporte a dispositivos de identificación y recopilación de datos de adoptar medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en el suministro de su red o en la prestación de sus servicios. Estas medidas podrán ser supervisadas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) quien además formulará recomendaciones³⁶. Será necesario a su vez atender a las previsiones del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RPDP) y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos (LOPD)³⁷.

Continuando con la necesidad de garantizar la integridad y la seguridad de los servicios de comunicaciones electrónicas la LGTel recoge con carácter general que cualquier tipo de información que se transmita por redes de comunicaciones electrónicas podrá ser protegida mediante procedimientos de cifrado. No se establece aquí una obligación de cifrado con carácter general sino la posibilidad de que así se haga como medida para garantizar la seguridad e integridad de los servicios. La importancia del precepto radica en el reconocimiento del cifrado como instrumento de seguridad al convertir una información legible (texto plano) en un mensaje ininteligible para quien no posee la “clave” (el algoritmo) que permite descifrar el mensaje. En base a ello el Centro Criptológico Nacional promueve la elaboración y difusión

³⁵ Comprobación técnica de las emisiones, detección y eliminación de interferencias, inspección técnica de instalaciones, equipos y aparatos radioeléctricos, así como el control de la puesta en el mercado de éstos últimos (art.60 LTel).

³⁶ En la guía para la notificación de brechas de datos personales elaborada por AEPDA (2021) se informa de las directrices generales a efectos de facilitar a los responsables el cumplimiento de sus obligaciones. (consultada en marzo de 2023) <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-brechas-seguridad.pdf>. En ella se facilita también el acceso a diferentes recursos de ayuda elaborados por el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE).

³⁷ A este respecto, el art. 83 del RGPD prevé multas administrativas de hasta 10.000.000 € o hasta el 2% del volumen de negocio total global anual del ejercicio financiero anterior para responsables y encargados por el incumplimiento de medidas de seguridad en el tratamiento de los datos, así como por el incumplimiento del procedimiento establecido para la notificación de brechas de seguridad.

de guías de seguridad de las tecnologías de la información y las comunicaciones de acuerdo a lo reflejado en el Esquema Nacional de Seguridad que establece la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la Administración Electrónica³⁸.

Todas las medidas de seguridad se intensifican en el supuesto de las infraestructuras sobre las que descansa el funcionamiento de los servicios esenciales (infraestructuras estratégicas) así como de las infraestructuras cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales (infraestructuras críticas).

De una parte, la Ley 8/2011, de 28 de abril por el que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas vinculadas a sectores estratégicos³⁹ exige la necesaria adopción y aplicación de diferentes planes de actuación: a) Plan Nacional de Protección de las Infraestructuras Críticas; b) Planes Estratégicos Sectoriales; c) Planes de Seguridad del Operador; d) Planes de Protección Específicos; e) Planes de Apoyo Operativo. Pero, además, el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, así como el Real Decreto 43/2021, de 26 de enero, por el que se desarrolla, concreta para los operadores de redes la obligación de aprobar unas políticas de seguridad de las redes y sistemas de información que deberán tomar como referencia el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, en la medida en que sean aplicables⁴⁰, y se basarán, cuando sea posible, en otros esquemas nacionales de seguridad existentes, atendiendo a los principios de seguridad integral, gestión de riesgos, prevención, respuesta y recuperación, líneas de defensa, reevaluación periódica y segregación de tareas.

Específicamente para la instalación, el despliegue y la explotación de comunicaciones electrónicas de quinta generación, el Real Decreto-ley 7/2022, de 29 de marzo, sobre requisitos para garantizar la seguridad de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas de quinta generación precisa normas especiales o adicionales a las existentes en otras leyes aplicables en materia de seguridad, atendiendo a la

³⁸ Vid. Real Decreto 311/2022 de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

³⁹ Administración, Espacio, Industria nuclear, Industria química, Instalaciones de investigación, Agua, Energía, Salud, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Transportes, Alimentación y Sistema financiero y Tributario (Anexo. Ley 8/2011, de 28 de abril).

⁴⁰ Anexo II del Real Decreto 311/2022 de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad. BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2022.

Recomendación (UE) 2019/534 de la Comisión de 26 de marzo de 2019 de Ciberseguridad de las redes 5G⁴¹.

Una de las novedades más llamativas de la norma sobre seguridad en redes y servicios de comunicaciones electrónicas de quinta generación es la potestad reconocida al gobierno para calificar a determinados suministradores 5G⁴² de alto riesgo, estando prohibido el uso de equipos, productos o servicios de suministradores de alto riesgo en elementos críticos de la red. Además, impone a los operadores la obligación de controlar su cadena de suministro, a quienes exige recabar de sus suministradores las prácticas y medidas de seguridad que han adoptado en los productos y servicios suministrados.

La calificación de un suministrador como suministrador de alto riesgo vendrá determinada por las garantías técnicas de funcionamiento y operatividad de sus equipos, productos y servicios. Para ello, se valorarán aspectos relativos al cumplimiento de normas o especificaciones técnicas, su verificación mediante esquemas de certificación, o la superación de pruebas o auditorías de seguridad realizadas por entidades independientes. Pero además para la calificación de alto riesgo se considerará la exposición a injerencias externas atendiendo a las relaciones o presión de terceros países en cuyo caso se valoran los acuerdos de cooperación en materia de seguridad, ciberseguridad, delitos cibernéticos o protección de datos firmados con el país tercero de que se trate, así como los tratados internacionales en esas materias de que sea parte dicho Estado, y el grado de adecuación de la normativa del tercer Estado sobre protección de datos personales a la normativa de España y la UE.

III. CUESTIONES REGULATORIAS ESPECÍFICAS EN ATENCIÓN AL SERVICIO OFRECIDO. PARTICULARIDADES DEL SECTOR AUDIOVISUAL

Hasta aquí hemos referido con carácter general el marco regulatorio de la prestación de servicios a través de plataforma y hemos puntualizado la necesidad de referir la regulación específica cuando el servicio prestado a través de plataforma es un servicio audiovisual. Ello no se debe al mero capricho de quien escribe sino al hecho de que en la prestación de estos servicios es donde más fácilmente se producen riesgos sistémicos por la difusión de contenido ilícito; la vulneración de derechos relativos a

⁴¹ DOUE L88/42 de 29 de marzo de 2019.

⁴² “Fabricante, el representante autorizado, el importador, el distribuidor, el prestador de servicios logísticos o cualquier otra persona física o jurídica sujeta a obligaciones en relación con la fabricación de productos, su comercialización o su puesta en servicio en materia de equipos de telecomunicación, los suministradores de *hardware* y *software* y los proveedores de servicios auxiliares que intervengan en el funcionamiento u operación de redes 5G o en la prestación de servicios 5G” (art.3.f del Real Decreto-Ley 7/2022).

la dignidad humana, el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de expresión e información, los derechos de los menores; el control del discurso cívico y los procesos electorales, entre otros.

Precisamente son estos mismos riesgos los que en parte justifican que originariamente el sector audiovisual se definiera en España como un servicio público de titularidad estatal y que el cambio de paradigma que impulsó la aparición de Internet⁴³ se tradujera en un nuevo régimen liberalizado en el que los servicios de contenidos audiovisuales son considerados servicios de interés general que podrán ser de titularidad pública o privada pero con una regulación exhaustiva de los límites en el ejercicio de la libertad de expresión e información conforme a la CE, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Sin duda alguna, la regulación en este sector es muestra evidente de la relevancia de la actuación de las Administraciones para garantizar las libertades y el respeto de los derechos, así como la salvaguarda de colectivos vulnerables, pudiendo considerarse la antesala del modelo regulatorio en la sociedad digital.

La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual de 2018 (DSCA)⁴⁴ al igual que la Ley General de Comunicación Audiovisual 2022⁴⁵ (LGCA), en la transposición que hace de ésta, consideran que es necesario establecer las "mismas reglas del juego para los diferentes actores que compiten en el sector" fijando una diferenciación en las obligaciones de acuerdo a la capacidad de control por parte de los prestadores. Un criterio básico que podríamos trasladar con los matices oportunos a cualquier otro ámbito.

De acuerdo con este criterio y conforme a las previsiones de la LGCA podemos establecer la siguiente clasificación en los servicios del sector audiovisual:

a) Los servicios de comunicación audiovisuales que se ofrecen conforme a un horario de programación y que se identifican con los medios de comunicación tradicionales en los que el control del prestador de servicios es prácticamente total⁴⁶, sin que sea oportuno añadir aquí nada más al respecto al no identificarse con la prestación de servicios objeto de esta investigación;

⁴³ Vid. LÓPEZ GARCÍA, M: El régimen de Internet como medio audiovisual: su incidencia en la evolución del régimen de los medios audiovisuales, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 311, 2009. pp. 9-50.

⁴⁴ Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018. L 303/69 de 28 de noviembre de 2018.

⁴⁵ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

⁴⁶ La norma se refiere a ellos como servicios de comunicación audiovisual lineales.

b) Los servicios que ofrecen contenidos audiovisuales a través de plataforma, en los que el usuario dispone de mayor capacidad de decisión sobre el contenido al que accede. A ellos y sus particularidades nos referimos a continuación distinguiendo entre:

b1. Servicios de comunicación audiovisual a petición para los que resulta necesario el uso de una plataforma digital que permite ofrecer el catálogo de programas.

b2. Servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, el nuevo modelo de comunicación que tiene su origen en las posibilidades que ofrece el desarrollo de internet a los "medios o redes sociales".

1. Los servicios de comunicación audiovisual que se ofrecen a través de plataforma

Los servicios de comunicación audiovisual a través de plataforma son todo servicio ofrecido por un prestador, definido como prestador de servicios de comunicación audiovisual, que es quien ejerce el control efectivo sobre la selección de los contenidos y su organización en un catálogo de programas puesto a disposición del público que elige el momento de su visionado o su audición y cuya finalidad principal es informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.⁴⁷

Así, por ejemplo, son servicios de comunicación audiovisual a través de plataforma, los servicios ofrecidos por RTVEPlay, ATRESPlayer, Movistar +... que ofrecen un catálogo de programas con los contenidos que pueden haber sido difundidos conforme a un horario de programación en sus canales tradicionales o contenidos emitidos exclusivamente a través de la plataforma. Igualmente son servicios de comunicación audiovisual los contenidos de las nuevas plataformas digitales que únicamente emiten conforme a un catálogo de programas como Netflix, HBO, ... Tanto unos como otros, siempre que estén establecidos en España (art.3 LGCA), están sujetos:

- al cumplimiento de los principios generales de la comunicación audiovisual: dignidad humana, pluralismo, igualdad, veracidad de la información, respeto a los derechos en materia de propiedad intelectual... (art. 4 a 15 LGCA)

- a la obligación de inscripción en el registro de prestadores (art.37 LGCA)

⁴⁷ Interpretación conforme a los diferentes apartados del art.2 de la LGCA.

- a los límites en la emisión de contenidos previstos en la Ley aunque en ocasiones con ciertos matices diferenciadores dada las propias características técnicas de la difusión⁴⁸.

Para finalizar en este punto es importante precisar que, como hemos dicho, para que un servicio esté sujeto a la Ley es necesario que el prestador de servicios de comunicación audiovisual se encuentre establecido en España (art.3 LGCA) aunque se prevé la posibilidad de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia limite la recepción de servicios de comunicación audiovisual ofrecidos por un prestador establecido fuera de España cuando se produzcan determinadas infracciones que impliquen : incitaciones al odio; perjuicio en el desarrollo físico, mental o moral de los menores; detrimento de la salud pública; comisión de un delito de terrorismo; o perjuicio a la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional (art.44 y ss.). Así mismo y en tanto la LGCA supone la transposición de la normativa europea hay que tener en cuenta que todos los países miembros de la UE mantienen un régimen de obligaciones similar.

2. Los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma

La Ley toma la definición de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma de la Directiva comunitaria de 2018 (DSCAV) pudiendo identificarse un servicio de intercambio de video a través de plataforma porque el prestador de la plataforma no tiene responsabilidad editorial y cumplen con los criterios siguientes, sin que sea necesariamente excluyentes entre sí:

- Servicios cuya finalidad principal consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas

- Servicios de carácter más amplio que ofrecen, entre otras cosas, una parte disociable cuya finalidad principal consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas

- Servicios cuya funcionalidad esencial⁴⁹ consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sin que pueda ser

⁴⁸ Por ejemplo, la prohibición de emitir determinados contenidos en una específica franja horaria carece de sentido en los servicios de comunicación audiovisual a los que se puede acceder conforme a un catálogo de programas.

⁴⁹ Dada la subjetividad que pudiera tener la aplicación del concepto de "funcionalidad esencial" en la transposición de la DSCA, la UE elaboró en su Comunicación de la Comisión UE de 7 de julio de 2020 las "Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de "servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma" en la que se establece una serie de indicadores que deberán tener en cuenta las autoridades nacionales al aplicar el criterio de funcionalidad esencial :

- La relación entre el contenido audiovisual y la actividad o actividades económicas principales del servicio.

meramente accesorio o constituir una parte mínima de las actividades del servicio en cuestión.

Sin duda el legislador europeo es buen conocedor de la evolución de las plataformas digitales y la transposición de la Directiva comunitaria por la LGCA se ha llevado a cabo intentando que nada que pudiera presumirse que está dentro de su objeto se mantuviera al margen, pues poco o ningún sentido tendría la protección de derechos que se establece en la LGA si quedara fuera de regulación la actividad de los usuarios que a través de las plataformas digitales han pasado a ofrecer contenidos audiovisuales con un impacto considerable en el conjunto de la sociedad - principalmente en los jóvenes-, y que además compiten por la misma audiencia que programas ofrecidos a través de servicios de comunicación audiovisual, con una considerable repercusión económica, y una finalidad similar a la de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual⁵⁰.

Tal y como se recoge en la exposición de motivos de la LGCA, el objetivo no es regular los servicios de medios o redes sociales como tales que estarían actualmente bajo el paraguas normativo de la LSSI a lo hay que añadir las previsiones de la llamada LSD junto a todo lo expuesto hasta ahora en relación con los prestadores de intermediación. Sin embargo, las prestaciones de estos servicios están sometidas al cumplimiento de lo previsto en LGCA en la medida en que se puedan subsumir en la definición de “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma”, entre otros los servicios ofrecidos a través de YouTube, Twitch, Instagram, TikTok...

Todos los prestadores del servicio de intercambio de video a través de plataforma deberán adoptar medidas para proteger a los destinatarios de los vídeos generados por otros usuarios y de las comunicaciones comerciales que inciten a la violencia, al odio, a la discriminación o supongan una provocación pública a la comisión de un delito. Además, deberán adoptar medidas para proteger a los menores de los contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral.

La previsión de la norma no queda en una mera declaración de intenciones. El art.89 precisa un listado de las medidas a tomar cuyo incumplimiento se tipifica

-
- La pertinencia cuantitativa y cualitativa del contenido audiovisual disponible en el servicio.
 - La monetización del contenido audiovisual o la generación de ingresos a partir de este.
 - La disponibilidad de herramientas destinadas a mejorar la visibilidad o el atractivo del contenido audiovisual.

⁵⁰ A modo de ejemplo, los 3.3 millones de visualizaciones concurrentes a los que llegó la “Velada del año 2” en 2022, retransmitida en directo a través de la plataforma Twitch y que consistía en un evento de combates de boxeo entre creadores de contenidos organizado por Ibai Llanos como si se tratara de una competición deportiva profesional en el pabellón olímpico de Badalona con más de 10.000 localidades que salieron a la venta por precios que iban desde los 24€ las más económicas a los 250€ según la zona, y en la que se disfrutó de los combates, de entrevistas con los participantes y música en directo.

como infracción grave, a excepción del incumplimiento de la adopción de medidas que impidan el acceso a menores de escenas que contengan violencia gratuita o pornográfica que se tipifica como infracción muy grave.

El alcance y proporcionalidad de todas las medidas y su exigibilidad se podrán especificar reglamentariamente en función, entre otros, del volumen de usuarios, naturaleza de los contenidos o tipo de servicio ofrecido. A este respecto la propia LGCA establece previsiones concretas para los creadores de contenidos que sean usuarios de especial relevancia en el mercado audiovisual, definidos como tales a la vista de la inversión publicitaria y del consumo (*vlogger, influencers...*). En este supuesto asimila su marco jurídico al de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual respecto del cumplimiento de los principios generales de la comunicación audiovisual, la protección a los menores frente a contenidos perjudiciales, así como la imposición de determinadas obligaciones en relación con las comunicaciones comerciales y la necesaria inscripción en el Registro estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual (art.94 LGCA).

En cuanto al ámbito de aplicación de los límites y obligaciones previstos para los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, la LGCA se remite a las previsiones de la LSSI según la cual, serán de aplicación siempre que los prestadores están establecidos en España. Sin embargo, y precisamente dado que la prestación del servicio de intercambio de videos a través de plataforma se identifica con un servicio sujeto a la LGCA pero a su vez mantiene directa relación con los servicios de intermediación entiendo que sin perjuicio del principio de libre prestación es posible aplicar las restricciones a la prestación del servicio del art.8 LSSI que permite que se interrumpa la prestación o retirar los datos que vulneran los principios de salvaguarda del orden público, seguridad nacional, protección de la salud, respeto a la dignidad de las personas, protección de la juventud y la infancia y salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, tal y como expusimos en el apartado II.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

El concepto de plataformas digitales es ambiguo y engloba desde un punto de vista técnico múltiples posibilidades que acotan la actividad de la red internet en una prestación específica: “el almacenamiento y la difusión de datos”. Lo que exige que de una parte resulte esencial delimitar responsabilidades y concretar quien sea el sujeto concreto que realiza la prestación del servicio de plataforma en línea, pero además dadas las propias características de la convergencia digital y con el fin de realizar una regulación que efectivamente atienda a la defensa de los derechos de los ciudadanos resulta esencial no obviar las obligaciones que debieran imponerse a los operadores de redes en cuanto son los responsables de la estructura que da soporte al

servicio y a los propios destinatarios de los servicios de plataforma en línea que son quienes solicitan que se aloje y se difunda la información (datos).

En un contexto en el que los límites transfronterizos dificultan el ejercicio del poder estatal, la Unión Europea ha asumido un papel esencial en la regulación y homogeneización de los principios jurídicos que marcan el desarrollo normativo en este ámbito creando una estructura administrativa en la que además de los Estados participan autoridades independientes con competencias de supervisión específicas.

En este sentido la LSD asienta los pilares que permiten controlar los riesgos que ha supuesto el desarrollo tecnológico y la prestación de servicios en la red al poner el foco de atención en la necesaria armonización de los servicios que facilitan el funcionamiento de la red internet: los servicios de intermediación, entre los que se identifican como una subcategoría los servicios de plataforma en línea. Como hemos visto la LSD establece medidas que conllevan desde el fomento de la elaboración de códigos de conductas a la obligación de que los prestadores de servicios de intermediación incluyan en sus condiciones generales restricciones al uso del servicio, o tengan un punto de contacto único que le permita establecer comunicaciones con las autoridades estatales y europeas y los destinatarios.

Pero, es más, se reconoce a los Estados y a la propia Comisión un papel importante como supervisores, de modo tal que con independencia de que la prestación del servicio no está sujeta a autorización previa, se puedan establecer restricciones por la vulneración de determinados principios y derechos expresamente reconocidos.

Todo ello sumado a las obligaciones impuestas a los operadores de redes y a los propios destinatarios de los servicios de plataforma en línea, responsables del “contenido ilícito” que pudiera almacenarse y difundirse a través de la plataforma.

Quisiera destacar el foco de atención que ponen los gobiernos y el legislador en las obligaciones específicas vinculadas a la propia arquitectura técnica necesaria en la prestación de los servicios, sin duda es una cuestión sobre la que aún se necesita reflexionar más y mejorar las respuestas del ordenamiento, pero la apuesta por intentar trasladar los valores y principios básicos de las sociedades democráticas al desarrollo tecnológico parece clara. Sin querer reiterar aquí la exposición de las páginas anteriores el otorgamiento de potestades al gobierno para clasificar a determinados suministradores 5G como suministradores de alto riesgo, es un ejemplo evidente de lo que acabo de decir.

A su vez, si tomamos como referencia la regulación del sector audiovisual en la actividad concreta llevada a cabo a través de plataformas digitales, y sin obviar que existen complicaciones en la aplicación efectiva dado el carácter transfronterizo de las actividades en la sociedad digital y que la imposición de obligaciones y límites

debe realizarse asegurándonos de conjugar todas las piezas del complejo puzle que conforman los diferentes derechos afectados, llego a la conclusión de que la apuesta por la regulación en favor de los derechos de los ciudadanos es la base para que a pesar de que “Nada grande entra en la vida de mortales sin una maldición” seamos capaces de sobreponernos a ella y seguir avanzando como sociedad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BERNING PRIETO, A.D. “La naturaleza jurídica de los algoritmos” en GAMERO CASADO (dir.): *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, 2022, p.96-129.

CANALS, A. Y HULSKAMP, I “Plataformas digitales: fundamentos y una propuesta de clasificación”, *Revista de Economía, empresa y sociedad Oikonomics*, nº14, 2020.

CASTELLÓ PASTOR, J.J.: Nuevo régimen de responsabilidades 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, pp. 38-77.

CASTILLO RAMOS-BOSSINI, SUSANA, E.: “Puntos de acceso electrónico, registro electrónico y carpeta ciudadana”, en CASTILLO BLANCO, F.A; CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S.A.; FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J.M: *Las políticas de buen gobierno en Andalucía II: Digitalización y Transparencia*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022, p. 79-115.

CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “El ejercicio de los poderes empresariales mediante algoritmos”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº45,2022, p.125-155.

COTINO HUESO, L.: *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, 2022.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “El lado oscuro de las redes sociales” en *El notario del s.XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº95, 2021, p.78-83.

GONZÁLEZ RÍOS, I: “La Carta de Derechos Digitales y su reflejo normativo: hacia la humanización de la digitalización”. En GONZÁLEZ RÍOS, I. Y ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M.: *Estudios jurídicos interdisciplinarios sobre justicia relacional y servicios de interés general (vol II) Digitalización y protección ambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

LÓPEZ BARAJA: *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, 2011.

LÓPEZ GARCÍA, M: El régimen de Internet como medio audiovisual: su incidencia en la evolución del régimen de los medios audiovisuales, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 311, 2009. pp. 9-50.

MIRANZO DÍAZ, J.: “El régimen jurídico de las plataformas de contratación pública en España. Especial referencia a los conflictos competenciales y a su inciden-

cia en el Derecho de la Competencia” en *Revista catalana de Dret Públic*, núm.64, 2022, p.140-157.

OLMEDO PERALTA, E.: Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales ¿a quién?, ¿cómo? Y ¿para qué? En VARIOS: Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III, Comares, 2022, pp.87-116.

ORTEGA LOURDES: El nuevo reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, nº10, 2022, pp.72-101.

PASCUAL, J.J, Y FINGUER, M.: La regulación de las plataformas digitales como industrias en red, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 9, 2022, pp. 1-27.

POLO ROCA, A.: La regulación sobre la conservación de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones: estado de la cuestión, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33 (octubre). UOC, 2021.

RUIZ HIDALGO, C Y SIOTA ALVAREZ, M.: “La colaboración de las plataformas digitales en la aplicación y en la recaudación de los tributos” en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº79, 2021, p. 175-192.