

UNA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS DIGITALES: ESTRUCTURA Y SISTEMÁTICA DEL MARCO JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN LÍNEA

Por

JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ ¹
Profesor Titular de Derecho Administrativa
Universidad Carlos III de Madrid

jose.vida@uc3m.es

Revista General de Derecho de los Sectores Regulados 8 (2021)

RESUMEN: Los servicios que se prestan en entornos digitales están siendo objeto de una creciente regulación a nivel europeo. Se trata de normas que van sumándose para conformar el marco jurídico de estos servicios prestados en línea a través de Internet. Sin embargo, resulta difícil identificar la estructura de este marco jurídico ya que estas normas no han sido elaboradas de forma coordinada ni responden a un plan conjunto que permita estructurarlas de forma ordenada. Se hace necesario así identificar y sistematizar toda esta normativa para así poder determinar el régimen jurídico aplicable a cada uno de estos servicios dentro del entorno digital.

PALABRAS CLAVE: Sector digital, servicios de sociedad de la información, servicios digitales, servicios en línea, plataformas digitales, servicios de telecomunicaciones, servicios audiovisuales, servicios OTT.

SUMARIO: I. El problema de la determinación del régimen jurídico aplicable a los servicios digitales. II. La normativa horizontal básica de los servicios prestados en el entorno digital: El régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información. 1. Origen de la definición de los servicios de la sociedad de la información: Directiva 98/34/CE; 2. El marco normativo básico los servicios de la sociedad de la información: Directiva 2000/31/CE. III. La nueva normativa horizontal de los principales servicios prestados en el entorno digital: El régimen de los servicios intermediarios (servicios digitales). 1. El problema de la identificación de los servicios digitales. 2. La nueva regulación de los servicios intermediarios: Propuesta de Ley de Servicios Digitales. IV. Normas específicas sobre determinados aspectos de los servicios prestados en el entorno digital: Contratación de servicios digitales, servicios de intermediación para profesionales y servicios de plataformas básicas. 1. La contratación de contenidos y servicios digitales: Directiva (UE) 2019/770. 2 Los servicios de intermediación en línea para usuarios profesionales: Reglamento (UE) 2019/1150. 3. Los servicios de plataformas básicas: Propuesta de Ley de Mercados Digitales. V. La normativa sectorial aplicable a determinados servicios prestados en el entorno digital. 1. El desarrollo de servicios digitales que desborda los regímenes jurídicos sectoriales: Servicios over the top (OTT) y el problema del playing level field. 2. Servicios digitales que son servicios de comunicaciones

¹ El presente trabajo se ha realizado como parte del proyecto de investigación “El impacto de la inteligencia artificial en los servicios públicos: Un análisis jurídico de su alcance y consecuencias en la asistencia sanitaria” (PGC2018-098243-B-I00) que se desarrolla bajo la dirección del profesor José Vida Fernández dentro de la convocatoria 2018 de «Proyectos de I+D de Generación de Conocimiento» del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación.

electrónicas: Directiva (UE) 2018/1808, de Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas. 3. Servicios de comunicación audiovisual: Directiva (UE) 2018/1808 de servicios de comunicación audiovisual. 4. Servicios digitales de intermediación que son parte integrante de otros servicios sometidos a normas sectoriales (servicios de alojamiento, transporte y otros). VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

ABSTRACT: Services provided in digital environments are increasingly being regulated in the European Union. Different acts and regulations are adopted and constitute the legal framework for the Internet online services. However, it is difficult to identify the structure of this legal framework as these rules have not been adopted jointly and do not follow a plan that would allow to sort them. It is therefore necessary to identify and systematize all these acts and regulations in order to determine the legal regime applicable to each of these digital services.

KEYWORDS: Digital sector, information society services, digital services, online services, digital platforms, telecommunications services, audiovisual services.

I. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS SERVICIOS DIGITALES

El tránsito a una realidad digital en línea no ha venido acompañado de una regulación global, sistemática y acabada de este nuevo contexto. Este fenómeno no es (sólo) consecuencia del desfase estructural que sufre el Derecho con respecto a los cambios socio-económicos –que se acentúa cuando se trata innovaciones tecnológicas–, sino que se debe a la imposibilidad de abarcar en un régimen jurídico único y homogéneo todas las manifestaciones del nuevo entorno digital².

En este sentido las actividades y servicios desarrollados en línea y que se pueden identificar genéricamente como servicios digitales –por más que no existan como categoría legal– no se encuentran sometidos a un régimen jurídico único, sino que, en función de sus características quedan sometidos a diferentes normativas en cuanto servicios de la sociedad de la información –que pueden estar a su vez sometidos a medidas específicas en cuanto servicios intermediarios, guardianes de acceso, etc.– pero, también, pueden ser calificados como otro tipo de servicios –de telecomunicaciones, audiovisuales, transportes, alojamiento, etc.– y quedar sometidos a todo un régimen diferenciado de carácter especial.

De este modo, los servicios digitales, en cuanto categoría que se utiliza aquí de forma convencional para identificar a los servicios prestado en línea a través de Internet, se ven sometidos a una multiplicidad de regímenes jurídicos que coexisten solapados y

² Los problemas estructurales de la regulación de las actividades desarrolladas en línea a través de Internet fueron identificados de forma temprana por Santiago MUÑOZ MACHADO (2000) y más recientemente se hace eco de esta cuestión Moisés BARRIO ANDRÉS (2020: 147 a 167).

yuxtapuestos, tal y como ocurre en el entorno analógico, sin que la realidad digital haya quedado sometida a un régimen jurídico uniforme. Esto es así tanto por lo que respecta a la Unión Europea, como para el resto de ordenamientos jurídicos ya que resulta inevitable disponer regímenes jurídicos específicos para las distintas actividades y servicios que se prestan en línea en función de su naturaleza específica.

A partir de esta constatación surgen las dificultades para determinar el régimen jurídico aplicable en cada caso a los servicios digitales ya que se han ido incrementando las normas que les afectan, sin que éstas se hayan adoptado de forma conjunta y ordenada, y sin que cada éstas ofrezcan unos criterios claros y definitivos que permitan concretar su aplicación. Esta circunstancia se aprecia en la distinta clasificación de estos servicios digitales entre los que se puede distinguir servicios de la sociedad de la información, servicios intermediarios, servicios de plataformas básicas, además de servicios de comunicaciones electrónicas, servicios audiovisuales y otros servicios que también se prestan en línea a través de Internet.

Este trabajo trata de aportar algo de luz sobre esta cuestión al ofrecer una visión panorámica y ordenada del marco normativo que la Unión Europea ha dispuesto para todos estos servicios, tratando de sistematizar y concretar el régimen jurídico aplicable a los distintos servicios digitales en atención a sus características. Debe tenerse en cuenta que la finalidad del trabajo no es el análisis detallado del contenido del marco jurídico aplicable a los servicios digitales a nivel europeo o nacional, sino que se limita a identificar su estructura y sistemática para concretar la normativa a la que quedan sometidos cada uno de estos servicios.

Este recorrido por la normativa aplicable a los servicios digitales a nivel europeo se lleva a cabo conforme a un criterio sistemático, a partir de la estructura en que quedan dispuestas las distintas normas que responde al siguiente esquema:

- a) Una normativa horizontal de contenido mínimo que se recoge en el régimen de los servicios de la sociedad de la información (apartado 2).
- b) Unas nuevas normas horizontales de intervención ex ante que lo completan por lo que se refiere a los servicios intermediarios o servicios digitales (apartado 3)
- c) Unas normas específicas sobre ciertos aspectos de los servicios de la sociedad de la información: Contratación de servicios digitales, servicios de intermediación para profesionales y servicios de plataformas básicas (apartado 4)
- d) Unas normas verticales de carácter especial que desplazan a la normativa horizontal: Servicios de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicación audiovisual y otros servicios sectoriales (apartado 5).

Quedan al margen las normas transversales que pueden afectar a dimensiones concretas de los servicios digitales y forman parte del marco jurídico que les resulta aplicable, pero que no tienen como finalidad y objeto específicos regular de manera explícita y determinada estos servicios. Se trata de todas aquellas normas que inciden sobre los servicios digitales, pero no los tienen por objeto, como es el caso de la normativa sobre protección de datos personales, sobre ciberseguridad, sobre protección de consumidores, salud pública, defensa de la competencia, propiedad intelectual, entre otras.

Como se puede comprobar, el régimen jurídico de los servicios prestados en un entorno digital es un verdadero puzzle compuesto por normas que no se ajustan perfectamente entre ellas ya que se han ido dictando de forma desordenada y sin responder a un planteamiento común que tuviese en cuenta el marco jurídico resultante. A través de este trabajo se trata de identificar y sistematizar las distintas normas que componen este complejo marco jurídico para tratar dotarlo de estructura y así facilitar la determinación del régimen jurídico de cada de los distintos servicios digitales que se prestan en línea.

II. LA NORMATIVA HORIZONTAL BÁSICA DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL ENTORNO DIGITAL: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

1. Origen de la definición de los servicios de la sociedad de la información: Directiva 98/34/CE

Dentro del creciente número de normas aplicables a los servicios que se prestan en línea en el entorno digital se puede identificar un bloque normativo que se proyecta de forma transversal y que constituye un verdadero régimen jurídico común que se aplica por defecto a todos ellos en cuanto servicios de la sociedad de la información junto a normas adicionales para algunas categorías de estos servicios (servicios intermediarios constituidos por grandes plataformas). Por lo tanto, esta normativa sobre los servicios de la sociedad de la información actúa como un verdadero bajo continuo que está presente en la prestación de todos los servicios digitales, y solamente resulta desplazada de forma puntual por normas especiales sectoriales cuando responden a las características de otro tipo de servicios como las telecomunicaciones, los audiovisuales, los financieros, de transporte, de alojamiento, etc.

A nivel europeo, la regulación de los servicios prestados en línea se inició a finales de la década de los años noventa del siglo pasado con una normativa dirigida a la supervisión de las normativas nacionales que se estaban empezando a dictar para regular el creciente número de actividades desarrolladas a través de un incipiente Internet, y que se contenía

en la Directiva 98/34/CE sobre reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información³.

En efecto, con esta primera iniciativa se estableció un mecanismo de control de las medidas adoptadas por los Estados sobre las actividades en línea obligándoles a informar de las mismas para poder así actuar al respecto. Con esta finalidad se introdujo el concepto de “servicios de la sociedad de la información” cuya definición va a servir en adelante para fijar el ámbito de aplicación de las normas destinadas a los servicios prestados en línea que se van a ir multiplicando y sofisticando con el desarrollo de Internet.

Estos “servicios de la sociedad de la información” son los que se denominan comúnmente como servicios en línea, servicios prestados a través de Internet o, genéricamente, servicios digitales. Como puede comprobarse la expresión original que se emplea para denominarlos es muy propia de una época en la que se hablaba de la “era del conocimiento y de la información” en términos económicos y sociológicos, si bien ha quedado algo desfasada en la actualidad. De hecho, en el ámbito de la Unión Europea, se está desplazando el término de servicios de la sociedad de la información por el de servicios digitales, que se utilizan de una forma algo confusa a pesar de que se ha incorporado a la normativa reguladora de estos servicios, como se podrá comprobar más adelante.

Desde su introducción en esta normativa, la definición de los servicios de la sociedad de la información se ha mantenido sin modificaciones como aquellos servicios prestados normalmente a título oneroso⁴ a distancia⁵, por vía electrónica⁶, y a petición individual de

³ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, que resultó profundamente modificada por la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.

⁴ Se trata, por tanto, de servicios a cambio de una remuneración, sea directa o indirecta.

⁵ Sin que las partes estén presentes simultáneamente. De hecho, el Anexo I indica que no pueden considerarse servicios prestados a distancia aquellos prestados en presencia física del prestador y del destinatario, aunque impliquen la utilización de dispositivos electrónicos (como una revisión médica con aparatos electrónicos, la consulta de un catálogo electrónico, la reserva de un billete en una red de ordenadores, o juegos de un salón recreativo, siempre que se concurra la presencia física del cliente).

⁶ Es decir, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y el almacenamiento de datos. Igualmente, en el Anexo I hace una enumeración servicios que se consideran como no ofrecidos «por vía electrónica», como son aquellos cuyo contenido es material aunque se presten utilizando dispositivos electrónicos (expendedoría de dinero por cajeros o de billetes de tren, acceso a redes de carretera, aparcamientos, etc.), servicios fuera de línea (distribución de soportes con programas informáticos en disquetes), servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos (servicios de telefonía vocal, de fax y télex); servicios prestados por medio de telefonía vocal o fax (consulta médica, jurídica, marketing).

un destinatario de servicios⁷, requisitos que deben cumplirse con carácter acumulativo, tal y como se contiene en el artículo 1.2 y en el Anexo I de la Directiva 98/34/CE y de la Directiva (UE) 2015/1535⁸ (que la sustituye) y se recoge en la normativa interna de los Estados Miembros⁹.

Como se ha indicado, esta es la primera normativa a nivel europeo sobre esa nueva realidad que eran los servicios en línea digitales prestados a través de Internet, que no contenía ninguna medida de contenido prescriptivo positivo y se limitó a establecer un sistema de información para supervisar y controlar la regulación de los Estados en este ámbito, que actualmente se recoge en la Directiva (UE) 2015/1535 y que se mantiene en términos muy similares a los originales.

Resulta significativo, sin embargo, que en esta primera normativa que apenas tenía contenido se plantease ya la problemática del ámbito de aplicación y se tuviese que llevar a cabo una definición tan detallada de los servicios de la sociedad de la información, y también se procediese a una detallada distinción con respecto a otros servicios como son los audiovisuales (art. 1.2 in fine), las telecomunicaciones, los financieros y los mercados de valores (art. 1.5).

2. El marco normativo básico los servicios de la sociedad de la información: Directiva 2000/31/CE

El verdadero punto de partida de la normativa europea en materia de servicios de sociedad de la información fue la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico¹⁰, ya que es la que dispone un régimen jurídico específico para este tipo de servicios, más allá del sistema de vigilancia establecido por la normativa precedente que introdujo la definición de estos servicios.

En efecto, la Directiva 2000/31/CE se aprobó con el objetivo de suprimir los obstáculos a la prestación de actividades económica en línea coordinando las legislaciones

⁷ Con respecto a la transmisión de datos a petición individual, el Anexo I también enumera servicios que no son prestados a petición individual como son los de transmisión de datos sin petición individual y destinados a la recepción simultánea por un número ilimitado de destinatarios (transmisión punto o multipunto) entre los que se encuentran los servicios de radiodifusión televisiva, sonora o teletexto, en su versión por ondas hertzianas.

⁸ Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

⁹ En el caso de España, en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), apartado a) del Anexo.

¹⁰ 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).

nacionales y aclarando conceptos para un mejor funcionamiento del mercado interior. Con este objetivo se dispone un marco jurídico necesario para garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros.

Es decir, se trata de una regulación de mínimos que no pretende ordenar el mercado de servicios de sociedad de la información –como veremos que se busca en las propuestas de reglamentos sobre los servicios y plataformas digitales en tramitación– ni armonizar las legislaciones nacionales sino que se limita a coordinarlas para garantizar que la prestación de estos servicios se haga con un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y, en especial, del consumidor, salud pública, menores, etc.

Por lo tanto, este régimen jurídico básico de los servicios de la sociedad de la información parte del libre desarrollo de la prestación de estos servicios con respecto a los que no se le puede exigir ningún título habilitante (principio de no autorización previa) y simplemente se imponen unas obligaciones genéricas (de identificación del prestador, información, etc.) para facilitar el ejercicio de los derechos de los usuarios, a la vez que se concretan una serie de responsabilidades para garantizar la protección de dichos derechos.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE viene determinado por la definición que se hace en la misma de los servicios de la sociedad de la información –que es la que se recoge de la Directiva 98/34/CE, a la que se remite el artículo 2 a)–, si bien se lleva a cabo de forma mucho más precisa para determinar su ámbito de aplicación, ya que van apareciendo una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea.

Así, con respecto al carácter oneroso de estos servicios, nada impide que se incluyan servicios no remunerados por sus destinatarios, como ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de dato, en la medida que pueden entenderse remunerados por otros que no sus destinatarios (anunciantes, etc.).

En cuanto a la prestación a distancia de los servicios, cuando se trata del comercio electrónico (venta en línea), no incluye las actividades complementarias como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea. Sin embargo, la exclusión de actividades que, por su naturaleza, no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos se va reduciendo de forma drástica conforme se va extendiendo el proceso de digitalización, ya que actividades como el control legal de la contabilidad de las empresas o el reconocimiento médico que se consideraban entonces presenciales pueden llevarse a cabo ahora a distancia con igual precisión.

Por lo que se refiere a la prestación por vía electrónica, y a petición individual de un destinatario la definición de los servicios de sociedad de la información se vuelve más

compleja. Por una parte, se indica que quedan cubiertos los servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio; pero quedan fuera los servicios de radiodifusión sonora (radio) o televisiva (televisión analógico o digital) en tanto no se prestan a petición individual, aunque sí quedarían incluidos servicios como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico ya que se transmiten entre dos puntos¹¹.

Como puede comprobarse, se trata de una definición legal de los servicios de la sociedad de la información de carácter flexible y expansiva que abarca una enorme cantidad y variedad de servicios en constante transformación, en las que se incluyen tanto servicios que ofrecen funcionalidades de forma directa y final a los usuarios, como servicios de intermediación que facilitan el acceso a otros servicios o a contenidos e información (transmisión de datos, copia temporal de páginas o alojamiento de información en servidores).

Para contener el carácter expansivo de esta definición, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE también queda delimitado mediante la exclusión de determinadas actividades como las propias de los notarios o profesiones equivalentes que implican el ejercicio de la autoridad pública, el ejercicio de la abogacía y las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas (art. 1.5 d).

Resulta llamativo que, a diferencia de la Directiva 98/34/CE, no se lleve a cabo una exclusión de determinados servicios sometidos a un régimen específico como las telecomunicaciones, los audiovisuales, los financieros o los mercados de valores porque precisamente el criterio es distinto. Lo que se pretende en la Directiva 2000/31/CE es una aplicación generalizada a todos los servicios que cumplan con la definición de los servicios de sociedad de la información, sin perjuicio de que estos servicios queden sometidos a una normativa específica, constituyendo así de forma agregada un marco jurídico para la provisión en línea de dichos servicios¹².

Por lo demás, el resto de normas que enmarca las actividades desarrolladas a través de servicios de la sociedad de la información se sigue aplicando normalmente sin perjuicio

¹¹ El uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información.

¹² Así puede comprobarse cuando se refiere a los servicios financieros, al señalar que la Directiva 2000/31/CE, junto con la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, contribuye a la creación de un marco jurídico para la provisión en línea de servicios financieros, sin que impida futuras iniciativas en el campo de los servicios financieros, en particular en relación con la armonización de normas de conducta en este terreno (considerando 27).

del régimen de éstos contenido en la Directiva 2000/31/CE que indica específicamente que la normativa sobre consumidores, salud, seguridad de los productos, publicidad, etc. para confirmar que dicha normativa se seguirá aplicando en su integridad a los servicios de la sociedad de la información (considerandos 11 y 21). Por si hubiera alguna duda, se aclara así que el prestar servicios en línea no permite hacer tabula rasa de todo el ordenamiento, por lo que el régimen de los servicios de la sociedad de la información no puede considerarse como un régimen ni exclusivo ni excluyente del resto de la normativa.

III. LA NUEVA NORMATIVA HORIZONTAL DE LOS PRINCIPALES SERVICIOS PRESTADOS EN EL ENTORNO DIGITAL: EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS INTERMEDIARIOS (SERVICIOS DIGITALES)

1. El problema de la identificación de los servicios digitales

Durante las últimas dos décadas se ha producido un incremento extraordinario de los servicios de la sociedad de la información que se han multiplicado y perfeccionado, ofreciendo cada vez más funcionalidades que son utilizadas de forma continua y relevante en la vida diaria por millones de usuarios. El crecimiento y transformación de estos servicios ha dado lugar a que estén transformando todos los sectores económicos, ya sea porque son capaces de sustituir servicios prestados por otros medios (como ha ocurrido con los servicios de telecomunicaciones –mensajería instantánea– o con los audiovisuales –plataformas de video bajo demanda–) o porque alteran o, incluso, absorben el funcionamiento del mercado como intermediarios (plataformas de transporte o alojamiento).

Este proceso de maduración y desarrollo ha coincidido con un cambio en su denominación en los últimos años ya que, como se ha adelantado, se ha ido abandonando su tradicional referencia a los servicios de la sociedad de información que ha sido sustituida a nivel por la de servicios digitales, aunque de una forma muy confusa por parte de las instituciones de la Unión.

Por una parte, se ha utilizado el término “servicios digitales” como sinónimo de los servicios de la sociedad de la información, como puede comprobarse en la normativa europea sobre ciberseguridad, como es la Directiva (UE) 2016/1148 de seguridad de las redes y sistemas de información (Directiva NIS¹³), ya que se habla de los proveedores de servicios digitales como unos de los obligados a cumplir los requisitos en materia de

¹³ Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.

seguridad y notificación de incidentes, identificando los servicios digitales como servicios de la sociedad de la información¹⁴.

Asimismo, en la Propuesta de Reglamento de la Ley de servicios digitales¹⁵, se utiliza esta expresión como equivalente a los servicios de la sociedad de la información, aunque en realidad no es así, ya que los servicios digitales que la misma regula no abarca a la totalidad de aquellos. En efecto, la propuesta de Ley de servicios digitales no los define y se centra en los servicios de sociedad de la información intermediarios (de mera transmisión, de memoria tampón o de alojamiento de datos).

Pero es que incluso, la propia Unión Europea ha dictado una Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales¹⁶, cuya definición no tiene nada que ver con la de los servicios de la sociedad de la información, aunque pueda coincidir sustancialmente con estos, como veremos más adelante.

En definitiva, y como puede comprobarse, no existe una definición clara de lo que son los servicios digitales, aunque pueden equipararse a los servicios de la sociedad de la información, tal y como se hace en la Propuesta de Reglamento de la Ley de servicios digitales y en diversos documentos de la Unión Europea, como denominación genérica de los servicios prestados en línea a través de Internet.

2. La nueva regulación de los servicios intermediarios: Propuesta de Ley de Servicios Digitales

Más allá de las cuestiones terminológicas, lo que resulta evidente es que el marco jurídico de los servicios prestados en el entorno digital se ha ido ampliando e intensificando conforme se han ido extendiendo y desarrollando dichos servicios.

En efecto, la normativa horizontal aplicable a los servicios de la sociedad información contenida en la Directiva 2000/31/CE ha resistido durante más de dos décadas gracias a que tiene un contenido de mínimos que ha permitido el libre desarrollo de estos servicios. Sin embargo, trascurridos veinte años desde aprobación, se ha comprobado que no se puede seguir manteniendo un régimen tan elemental ya que la evolución del entorno digital y de las actividades económicas que se desarrollan en el mismo exige una intervención más intensa que garantice el buen funcionamiento del mercado y cree un entorno en línea

¹⁴ El artículo 4.5 define los servicios digitales por remisión a la definición de los servicios de sociedad de la información de la Directiva (UE) 2015/1535.

¹⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, presentada el 15.12.2020 COM(2020) 825 final.

¹⁶ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

más seguro, predecible y confiable, en particular por lo que se refiere a determinados actores como son las grandes plataformas digitales¹⁷.

Se plantea así la propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales como una normativa horizontal con la que se viene a completar el régimen de determinados servicios de la sociedad de la información que ya están contenidos en la Directiva 2000/31/CE, en concreto de los prestadores de servicios intermediarios –especialmente las plataformas en línea como los mercados y las redes sociales–, y para los que se establece un marco horizontal específico que sustituye al contenido en la sección 4ª del Capítulo II de dicha norma por razón del crecimiento exponencial que ha experimentado el uso que se hace de dichos servicios (considerando 6 y artículo 2 f) de la Propuesta de Ley de Servicios Digitales).

Por lo tanto, la propuesta de Ley de Servicios Digitales no se aplica a la totalidad de los servicios de la sociedad de la información sino a los servicios intermediarios, que ya habían sido clasificados en la Directiva 2000/31/CE en servicios como de mera transmisión, de memoria tampón y de alojamiento de datos¹⁸. A partir de este objeto, el contenido de la propuesta de la Ley de Servicios Digitales dispone un conjunto de obligaciones básico a los que se van añadiendo otras obligaciones adicionales en función de la relevancia de estos servicios intermediarios que los clasifica como una matrioska o muñeca rusa. Así, dentro de los servicios intermediarios distingue los servicios de alojamiento que incluye otras subcategorías como son los servicios en la nube o los servicios de alojamiento web, para los que prevé obligaciones adicionales específicas. Dentro de esta subcategoría de servicios de alojamiento web se encuentran las plataformas en línea que van desde las redes sociales, a los mercados en línea o las plataformas de mercado colaborativo. Y dentro de estas plataformas en línea distingue una categoría de plataformas en línea de muy gran tamaño que son aquellas que superan los cuarenta y cinco millones de destinatarios (un 10 % de la población de la Unión) para las que añade unas obligaciones más por razón de su impacto que se suman a todas las anteriores.

Por lo tanto, se trata de una norma de geometría variable que se aplica genéricamente a los servicios intermediarios pero que prevé un contenido distinto en función del tipo de

¹⁷ Sobre los desafíos que plantean las plataformas desde una perspectiva jurídica vid. Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (2020)

¹⁸ El servicio de mera transmisión consiste en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones; el servicio de memoria tampón (caching) consiste en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos; y el servicio de «alojamiento de datos» consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este (art. 2 f) Propuesta de Ley de Servicios Digitales). Vid José Juan CASTELLÓ PASTOR (2021).

que se trate sobre un esquema de obligaciones acumulativas que se van intensificando en función de la naturaleza de los riesgos sociales que representan sus servicios según se trata de servicios de alojamiento de datos, y, dentro de estos, de plataformas en línea; y, dentro de estos, plataformas en línea de muy gran tamaño¹⁹. Asimismo, se actualizan, aclaran y armonizan para estos servicios intermediarios las normas de responsabilidad para los prestadores de servicios intermediarios, que pasan de la Directiva 2000/31/CE a esta nueva Ley de Servicios Digitales incorporando la jurisprudencia recaída al respecto. Todo esto se completa con unos mecanismos de cooperación y coordinación para la supervisión de las obligaciones y ejecuten la nueva normativa por parte de los Estados Miembros.

En todo caso debe tenerse en cuenta que la propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales no contiene el marco jurídico global de los servicios digitales como reza en su título ya que, como se ha indicado, ni siquiera se llegan a definir, sino que dispone un régimen específico para los servicios intermediarios que son los más numerosos dentro de los servicios de la sociedad de la información, que sigue siendo la categoría matriz. Esto explica que el ámbito de aplicación de esta propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales se haga depender de la definición de los servicios de sociedad de la información y de los servicios intermediarios contenida en la Directiva 2000/31/CE.

De este modo, y al igual que sucede con la Directiva 2000/31/CE, el régimen que contiene esta propuesta Reglamento de Ley de Servicios Digitales cede frente a regímenes especiales de determinados servicios intermediarios que se someten a regímenes especiales como son los servicios de telecomunicaciones, audiovisual, transporte o alojamiento. Esta normativa especial se aplicará con carácter preferente y

¹⁹ Las obligaciones acumulativas previstas en la propuesta de reglamento de Ley de Servicios Digitales se estructuran de la siguiente forma:

- Se parte de los servicios de intermediación en general sometidas a unas obligaciones básicas como son la elaboración de informes de transparencia; fijación de requisitos sobre las condiciones de servicio, habida cuenta de los derechos fundamentales; la cooperación con las administraciones nacionales con arreglo a órdenes; y contar con puntos de contacto y, en su caso, representante legal.

- En el caso de los servicios intermediarios de alojamiento de datos se suma a éstas la obligación de notificación y adopción de medidas y obligación de informar a los usuarios.

- Para los servicios intermediarios de alojamiento de datos que sean plataformas en línea, se añade a lo anterior, el contar con mecanismos de reclamación y recurso y de resolución extrajudicial de litigios; así como con alertadores fiables, disponer medidas contra las notificaciones y contranotificaciones abusivas; comprobar las credenciales de terceros proveedores (principio de conocimiento del cliente empresarial); obligaciones de transparencia de la publicidad online para los usuarios; y obligaciones específicas de denuncia de infracciones penales.

- Por último, para los servicios intermediarios de alojamiento de datos que sean plataformas en línea de muy gran tamaño, se añade a todo lo anterior obligaciones sobre gestión de riesgos y responsables del cumplimiento; auditoría externa de riesgos y rendición pública de cuentas; y transparencia de los sistemas de recomendación y posibilidades de elección de los usuarios para el acceso a la información.

desplazará a la normativa sobre intermediarios digitales que se contiene en la propuesta, si bien su contenido seguirá aplicándose –junto al resto de normativa propia de los servicios de la sociedad de la información– en todo aquello no se prevean disposiciones de carácter más específico que les sean aplicables²⁰.

Asimismo, este régimen de los servicios intermediarios no excluye la aplicación de la normativa general relativa a las actividades que se desarrollan a través de estos servicios intermediarios, como es el caso las normas sobre protección de los consumidores, sobre protección de datos personales, sobre ciberseguridad, sobre condiciones laborales, sobre derechos de autor, entre muchas otras (art. 1.5 Propuesta Ley Servicios Digitales). De hecho, toda esta normativa sustantiva en la que se enmarcan las actividades y contenidos que facilitan los servicios intermediarios resulta esencial en tanto es la que va a determinar que puedan ser considerados ilícitos o no y que los intermediarios tengan que actuar contra los mismos que es, precisamente, lo que pretende reforzar y potenciar esta propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales.

IV. NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL ENTORNO DIGITAL: CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DIGITALES, SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN PARA PROFESIONALES Y SERVICIOS DE PLATAFORMAS BÁSICAS

A la normativa horizontal analizada hasta ahora que regula los servicios digitales prestados en línea, se le suma otra normativa que se proyecta sobre aspectos específicos de dichos servicios como son los derechos de los particulares en su contratación (Directiva UE 2019/770), la protección de los usuarios profesionales cuando utilizan grandes plataformas o buscadores como servicios de intermediación (Reglamento UE 2019/1150) o cuando se trata de grandes plataforma (Propuesta de Reglamento de Ley de Mercados Digitales).

Se trata de normas que se focalizan en cuestiones concretas de los servicios digitales, completando así su marco jurídico en tanto se suman a la normativa horizontal analizada hasta ahora aplicándose en esos aspectos, dimensiones o servicios concretos.

²⁰En el considerando 9 se indica que la propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales «(...) no afecta a esos otros actos, que han de tener la consideración de *lex specialis* en relación con el marco de aplicación general establecido en el presente Reglamento. Sin embargo, las disposiciones del presente Reglamento se aplican a problemas que esos otros actos no resuelven, o no por completo, así como a problemas para los que esos otros actos dejan abierta la posibilidad de que los Estados miembros adopten determinadas medidas de ámbito nacional».

1. La contratación de contenidos y servicios digitales: Directiva (UE) 2019/770

El imparable empuje de la económica digital hizo necesaria la aprobación de una nueva regulación sobre la normativa sobre contratación de los contenidos y servicios digitales contenida en la Directiva (UE) 2019/770²¹. Se trata de una normativa que se proyecta sobre los derechos de los consumidores cuando contratan bienes y servicios digital en sí, y no ya cuando contratan servicios a través de medios digitales, por lo que afecta al marco jurídico específico estos servicios digitales.

En efecto, la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tiene como finalidad es armonizar el Derecho contractual a nivel europeo para reforzar la seguridad jurídica de consumidores y empresas para que disfruten de unos derechos comunes en materia de suministro de estos que proporcionen un elevado nivel de protección. Se trata de evitar que los Estados miembros introduzcan diferencias en tres aspectos esenciales como son: la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro, y la modificación de los contenidos o servicios digitales (art. 1).

Por razón de su objeto -los contratos de suministro de servicios digitales²²- la Directiva (UE) 2019/770 tiene una proyección distinta de la normativa identificada hasta ahora, por lo que no se hace una equiparación de los servicios digitales con los servicios de la sociedad de la información, sino que establece una nueva definición propia y específica de los mismos como aquellos que permiten al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o bien que permiten 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 (artículo 2.2 Directiva (UE) 2019/770).

Como puede comprobarse, la definición es radicalmente diferente en su planteamiento a la de los servicios de la sociedad de la información ya que prescinde de todos los elementos con los que se definían aquellos y se centra en las actividades sobre los datos digitales. Por lo tanto, la definición de los servicios digitales es más amplia al ser más abstracta, ya que alcanza a supuestos en los que no se desarrolla en línea (como ocurre cuando el servicio –como es un programa de software– se facilita en un soporte material). En todo caso, la definición abarca a la totalidad de los servicios de la sociedad de la

²¹ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Esta se complementa con la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

²² Sobre el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/770 *vid.* MORAIS CARVALHO (2020: 33-36). También Iratí BASOREDO OTZERINJAUREGI (2020: 652-682).

información, como son los servicios en la nube, las redes sociales, los servicios de mensajería instantánea, que siguen sometidos a su régimen específico.

Dado el carácter expansivo de esta normativa sobre contratación de contenido y servicios digitales contenida en la Directiva (UE) 2019/770 se establecen una serie de disposiciones para ajustarla en su aplicación en el resto del ordenamiento jurídico europeo.

Por una parte, se establece una limitación en su ámbito de aplicación a través de una serie de exclusiones, entre las que se encuentran los servicios de telecomunicaciones (excepto los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración –como la mensajería instantánea–, que se analizarán más adelante), los servicios de juego, los servicios financieros, la asistencia sanitaria (artículo 3.5). Asimismo, tampoco se aplica en los supuestos en que el objeto principal del contrato sea la prestación de servicios profesionales (traducción, arquitectura, abogacía, etc.) y tampoco a los servicios públicos, como los de la seguridad social o los registros públicos cuando se utilicen medios digitales (considerando 27).

Por otra, se le dota de un carácter supletorio ya que se dispone expresamente que, en caso de conflicto de cualquiera de sus disposiciones con una disposición de cualquier otro acto de la Unión que regule un sector u objeto específicos, la disposición de ese otro acto de la Unión prevalecerá sobre la Directiva (UE) 2019/770 (art. 3.7).

2. Los servicios de intermediación en línea para usuarios profesionales: Reglamento (UE) 2019/1150

La creciente capacidad de dominio que en este ámbito vienen ejerciendo las grandes plataformas en línea o los principales motores de búsqueda en tanto que elementos esenciales para llegar a los consumidores, han llevado a introducir una nueva regulación a nivel europeo para proteger a los usuarios profesionales en el uso que hacen de estos grandes instrumentos estratégicos.

Con la finalidad de equilibrar la relación entre estos grandes intermediarios estratégicos y los usuarios profesionales se aprobó el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre equidad y la transparencia para usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea²³ (Reglamento P2B), con el que se introdujo una nueva normativa para determinados servicios de la sociedad de la información que actúan como intermediarios en línea, así como para los motores de búsqueda en línea.

²³ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

La finalidad del Reglamento (UE) 2019/1150 es asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea, con la intención última de equilibrar las condiciones de los operadores y garantizar el funcionamiento equilibrado del mercado. Con este objetivo se interviene sobre las condiciones generales que aplican los proveedores de estos servicios, sobre las decisiones de restricción, suspensión y terminación del servicio, sobre el tratamiento diferenciado y otras medidas que pueden afectar a los usuarios profesionales, asegurándoles sistemas de reclamación, mediación y de acción judicial.

Por lo tanto, se trata de una normativa que se aplica exclusivamente a los servicios de intermediación en línea conformes son definidos dentro de los servicios de la sociedad de la información por la Directiva 2000/31/CE a cuya definición se remite el artículo 2.2 Reglamento (UE) 2019/1150. En concreto son aquellos servicios de la sociedad de la información que permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores (con independencia de si se completan en línea, fuera de línea o no lleguen a completarse –por lo que no es necesaria una relación contractual entre los usuarios profesionales y los consumidores–); a lo que se añade, además, que deben prestarse a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores.

Dentro de estos servicios de intermediación interesan exclusivamente aquellos que son contratados por los usuarios profesionales para desarrollar sus actividades económicas y llegar y contratar con los clientes, lo que abarca un creciente catálogo de plataformas en línea como son los mercados de comercio electrónico o los servicios de aplicación de software en línea (tiendas de aplicaciones). En la medida en que la finalidad de estos servicios no sea la de propiciar el inicio de transacciones directas y contratar con los consumidores, quedarán excluidos, como ocurre con los servicios de pagos en línea, las herramientas de publicidad en línea o las plataformas de intercambios publicitarios en línea [art. 1.3 Reglamento (UE) 2019/1150].

Por otra parte, se añaden los motores de búsqueda en línea que se definen como servicios digitales que permiten a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta oral, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicita [art. 2.5 Reglamento (UE) 2019/1150].

A partir de estas definiciones de los servicios de intermediación en línea y de los motores de búsqueda en línea se determina el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2019/1150, a los que se aplica un régimen específico para garantizar que los usuarios profesionales dispongan de opciones adecuadas de transparencia, de equidad y de reclamación.

Esta normativa constituye un régimen especial y específico que se aplica preferentemente frente a la normativa horizontal ya sea la propuesta de Reglamento de Ley de Mercados y Servicios Digitales o la Directiva 2000/31/CE, que seguirán aplicándose en todo lo que no disponga de una forma más específica este Reglamento (UE) 2019/1150. Por lo demás, y en tanto que normativa especial, su contenido se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de carácter general sobre libre competencia, competencia desleal, protección de consumidores, comercio electrónico, protección de datos, secreto comercial que seguirá aplicándose en la medida que no se establezcan previsiones específicas en la misma [art. 1.4 y 5 Reglamento (UE) 2019/1150].

3. Los servicios de plataformas básicas: Propuesta de Ley de Mercados Digitales

De forma paralela a la propuesta de Reglamento de Ley de los Servicios Digitales, y como complemento al Reglamento (UE) 2019/1150 se plantea la propuesta de Ley de Mercados Digitales²⁴ que se centra en grandes plataformas digitales actúan como puertas de acceso o guardianes de acceso entre los usuarios profesionales y los usuarios finales. En concreto su finalidad es hacer frente a los desequilibrios económicos que generan estas grandes plataformas, las prácticas comerciales desleales de los guardianes de acceso y sus consecuencias negativas, como la reducida disputabilidad de los mercados de plataformas.

Por lo tanto, la propuesta de Reglamento de Ley de Mercados Digitales se centra en determinados servicios digitales, las grandes plataformas en línea de carácter sistémico, que son los que más utilizan los usuarios profesionales y los usuarios finales, para las que establece unas normas armonizadas para garantizar unos mercados disputables y equitativos, en definitiva, más equilibrados y justos. Se trata de los denominados “servicios de plataformas básicas” que son polifuncionales y altamente concentrados por lo que establecen las condiciones comerciales con una autonomía considerable, constituyéndose en puertas de acceso para que los usuarios profesionales lleguen a sus clientes y actúan

²⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), presentada el 15.12.2020 COM/2020/842 final. Vid. Apol·lònia MARTÍNEZ NADAL (2021)

como guardianes de acceso utiliza indebidamente su poder dando lugar a que los usuarios profesionales y clientes reciban un tratamiento injusto.

Entre los servicios de plataformas básicas se encuentran las siguientes (art. 2.2 propuesta de Ley de Mercados Digitales): i) servicios de intermediación en línea (incluidos, por ejemplo, mercados, tiendas de aplicaciones y servicios de intermediación en línea en otros sectores como la movilidad, el transporte o la energía), ii) motores de búsqueda en línea, iii) redes sociales iv) servicios de plataformas de intercambio de vídeos, v) servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, vi) sistemas operativos, vii) servicios en la nube y viii) servicios de publicidad, incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, en los que estos servicios de publicidad estén relacionados con uno o más de los demás servicios de plataformas básicas mencionados anteriormente.

Dentro de los proveedores de servicios de plataformas básicas solamente son relevantes aquellas que constituyen una gran puerta de acceso, constituyéndose así en guardianes de acceso al cumplir los siguientes requisitos (art. 2.1 y 3 propuesta de Ley de Mercados Digitales): i) tienen una posición económica fuerte, un impacto significativo en el mercado interior y actividades en muchos países de la UE; ii) tienen una sólida posición de intermediadora, lo que le permite poner en contacto a una amplia base de usuarios con un gran número de empresas; iii) tienen (o está a punto de tener) una posición arraigada y duradera en el mercado, lo que significa que es estable a lo largo del tiempo. Estos tres criterios se objetivan fijando cuantías concretas de volumen de negocio.

Las obligaciones y prohibiciones que deberán cumplir las grandes plataformas guardianes de acceso se dirigen a garantizar la apertura del mercado. Así se les obliga, en determinados casos, a permitir a terceros a que puedan interactuar con los servicios que prestan; permitir que sus empresas usuarias accedan a los datos que generan al utilizar la plataforma, ofrecer las herramientas y la información necesarias para que los anunciantes y editores de su plataforma lleven a cabo su propia verificación independiente de los anuncios alojados por el guardián de acceso; y permitir que sus empresas usuarias promocionen sus ofertas y celebren contratos con sus clientes fuera de la plataforma del guardián de acceso. Por otra parte, a las plataformas del guardián de acceso se les impide que clasifiquen de forma más favorablemente sus propios servicios y productos que productos o servicios similares ofrecidos por terceros a través de la plataforma; no podrán impedir que los consumidores se pongan en contacto con las empresas fuera de la plataforma del guardián de acceso; y tampoco podrán impedir que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones preinstaladas.

De este modo la Propuesta de Ley de Mercados Digitales constituye una normativa especial que establece unas obligaciones adicionales a las ya previstas en el Reglamento

(UE) 2019/1150 específicamente para los servicios de plataformas básicas que tienen la capacidad de afectar a un gran número de usuarios finales y empresas con el consiguiente riesgo de competencia desleal. También se suma a lo dispuesto para los servicios intermediarios en la propuesta de Reglamento de Ley de Servicios Digitales que es una normativa horizontal que trata aspectos generales, mientras que la Ley de Mercados Digitales se ocupa de aspectos específicos como los desequilibrios económicos, las prácticas comerciales desleales de los guardianes de acceso y sus consecuencias. Por lo demás, la Propuesta de Ley de Mercados Digitales constituye una normativa especial que se aplica a los servicios de plataformas básicas, sin perjuicio del resto de la normativa general aplicable como es el caso de la normativa en materia de defensa de la competencia (art. 1.6 propuesta de Ley de Mercados Digitales).

V. LA NORMATIVA SECTORIAL APLICABLE A DETERMINADOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL ENTORNO DIGITAL

1. El desarrollo de servicios digitales que desborda los regímenes jurídicos sectoriales: Servicios *over the top* (OTT) y el problema del *playing level field*

La articulación del entorno digital se ha basado en la configuración de distintos sectores –como son las telecomunicaciones (o comunicaciones electrónicas), el audiovisual y los servicios de la sociedad de la información–, que quedan sometidos a unos regímenes jurídicos diferenciados con importantes asimetrías en la intensidad y características de la intervención administrativa desplegada en cada uno de ellos. Se establece así, desde principios de siglo, una ordenación estanca para cada uno de estos sectores que, en un principio, se podían distinguir con claridad, pero cuyas fronteras quedaron rápidamente superadas por los avances tecnológicos que desbordaban las definiciones legales en que se basaba la delimitación de estos sectores.

En efecto, el desarrollo vertiginoso de los servicios digitales en línea prestados a través de Internet durante las dos últimas décadas, impulsados por la mejora en la capacidad y velocidad de conexión y por los avances en la programación informática, ha dado lugar a la aparición de nuevos servicios que dejaron obsoletas las definiciones en que se basaba la delimitación de los distintos sectores en que se articulaba el entorno digital. El alcance de estos cambios se refleja en los denominados servicios *over the top* (OTT), que son servicios prestados sobre Internet directamente a usuarios finales por terceros que utilizan las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, sin necesidad de ningún hardware

específico²⁵. Pero lo verdaderamente característico de los servicios OTTs es que son servicios que no encajaban en la tradicional definición de los servicios de comunicaciones electrónicas o los audiovisuales, pero prestaban las mismas funcionalidades, compitiendo en el mercado con éstos desde un régimen jurídico distinto y mucho menos exigente como es el propio de los servicios de la sociedad de la información.

Así, frente a los servicios de comunicaciones electrónicas, van surgiendo servicios OTT de mensajería instantánea que permite el envío de texto, imágenes y videos (WhatsApp, Telegram, Line, etc.) que sustituyen servicio de telecomunicaciones similares (como los mensajes de SMS o MMS). También van extendiéndose servicios de audio o videollamada (como el propio WhatsApp, Skype, Zoom, etc.) que, cada vez más, sustituyen a los tradicionales servicios de telefonía vocal. En la medida en que todos estos servicios dependen del servicio de acceso a Internet, los demás servicios de telecomunicaciones van siendo abandonados progresivamente a favor del servicio de banda ancha fija o móvil, que es lo único y fundamental que necesitan los usuarios en esa convergencia al todo IP.

Por otra parte, respecto a los servicios de comunicación audiovisual, estos servicios OTT van concentrando cada vez una mayor audiencia en las nuevas formas de consumo de contenidos audiovisuales que superan a los tradicionales canales difusión a través de los servicios de radio y televisión. Se trata de plataformas de video bajo demanda en *streaming* como Netflix, HBO, Amazon Prime que no son meros difusores sino creadores de contenidos y, por tanto, actores plenos del sector audiovisual, así como plataformas de intercambios de videos o de retransmisión en directo o en diferido como Youtube, Vimeo o Twitch.

Por último, aunque no suele identificarse como servicios OTT, también han surgido innumerables servicios prestados a través de Internet (servicios de la sociedad de la información) que están alterando todos los sectores económicos ya que surgen como instrumentos que modifican el esquema de los mercados de bienes y de servicios. Estos aparecen ofreciendo funcionalidades complementarias a los actores de esos mercados (como los comparadores de productos o las plataformas de prestadores de servicios) o como actores alternativos (distribución de productos -como supermercados- o de prestación de servicios -apps de seguros-). Esta incidencia tiene un mayor alcance en aquellos sectores que se encuentran sometidos a una mayor intervención pública, pues los nuevos servicios ofrecidos en línea son sustitutivos de los ya existentes, pero no están sometidos a las limitaciones y exigencias propias de la regulación de ese sector –por lo

²⁵ Al respecto se puede consultar el “Report on OTT Services” del BEREC [BoR (16) 35] de 29 de enero de y, asimismo, “Caracterización del uso de algunos servicios over the top en España (servicios de comunicaciones y servicios audiovisuales)”, Documento de Trabajo nº 4 de la CNMC, diciembre 2014. Por extenso *vid.* VIDA FERNÁNDEZ (2021)

que operan en la misma lógica “*over the top*” que los servicios OTT–, como se ha puesto de manifiesto en el caso del sector del transporte de pasajeros (con iniciativas como Uber, Cabify) o en el de los alojamientos (como AirBnB, Booking).

Como se puede comprobar, el desafío de los nuevos servicios digitales es común para la articulación jurídica de los sectores del entorno digital como para el resto de sectores económicos, en tanto desbordan las definiciones legales de modo que no les resulta aplicable el régimen jurídico específico previsto para cada sector, a pesar de que actúan como actores relevantes de los mismos. Este desequilibrio ha sido denunciado por los operadores tradicionales de los correspondientes sectores (comunicaciones electrónicas, audiovisual, transportes, alojamiento, etc.) que ha venido reclamando el denominado *level playing field* para competir en pie de igualdad con estos servicios digitales que se benefician de las insuficiencias en la articulación del régimen jurídico, eludiendo las obligaciones, exigencias y cargas previstas en el mismo.

A pesar del desafío que suponía la aparición de estos nuevos servicios OTT para la articulación jurídica de los distintos sectores, las definiciones legales sobre las que establecía la delimitación de cada uno de estos sectores han permanecido sorprendentemente inalteradas durante casi dos décadas, desde los inicios de siglo²⁶. Ante la renuncia por parte del legislador europeo de abordar la cuestión, fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que ha venido a concretar y aclarar las dudas en una serie de sentencias que han sido tenidas en cuenta posteriormente por el legislador europeo a la hora de definir los distintos tipos de servicios del ámbito digital.

Sin embargo, se trata de un problema complejo que carece de una solución única y definitiva, y que se ha abordado eludiendo las alternativas binarias que llevan a aplicar uno u otro régimen jurídico. Por el contrario, en sectores como las comunicaciones electrónicas y el audiovisual se ha optado por ampliar el ámbito de aplicación de los mismos para abarcar los servicios que operaban fuera de los mismos, aunque quedan sometidos a unas obligaciones específicas y más flexibles que las propias de los operadores tradicionales del sector para permitir su desarrollo a la vez que se garantizan los objetivos de interés general.

²⁶ En efecto, si bien la Directiva Marco y el resto del Paquete Telecom de 2002 fue modificada por la Directiva 2009/140, sin embargo, no se modificaron las definiciones de los servicios de comunicación electrónica. Otro tanto sucedió con los servicios de comunicación audiovisual una vez que fueron introducidos en la Directiva 2007/65/CE y a la que sustituyó la Directiva 2010/13/UE sobre servicios de comunicación audiovisual. Tampoco se modificó la definición de los servicios de la sociedad de la información asentada en la Directiva 98/34/CE que fue sustituida por la Directiva 2015/1535.

2. Servicios digitales que son servicios de comunicaciones electrónicas: Directiva (UE) 2018/1808, de Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas

El sector de las telecomunicaciones, en tanto que se encuentra sometido a una intensa regulación, ha sido el más afectado por el impacto de los servicios digitales en línea que prestan funcionalidades sustitutivas a las de los operadores tradicionales, acuñándose el concepto de operadores *over the top* (OTT). Estos OTTs han creado un importante desequilibrio al concurrir en un mismo mercado operadores que se encuentran sometido a regímenes jurídicos asimétricos, por lo que se ha procurado equilibrar la situación entre estos operadores, extendiendo la condición de operadores de telecomunicaciones a estos servicios OTT, a los que se aplica un régimen menos exigente.

Para comprender mejor este problema y las soluciones que se están arbitrando, se debe tener en cuenta la evolución que se ha producido en el ámbito de aplicación de la normativa de telecomunicaciones y cómo ha sido modulado por el empuje de los servicios digitales prestados por Internet que operan como OTTs²⁷.

Así debe tenerse en cuenta que, originariamente, cada servicio de telecomunicaciones se prestaba a través de una red concreta hasta que la irrupción de la digitalización y la conmutación por paquetes, que dio paso a la liberalización, permitió que los servicios de telecomunicaciones se pudiesen ofrecer a través de distintas redes. Se proyecta así una regulación convergente en cuanto a los medios de transmisión –ya que habían estado sometidos a regímenes dispares (telefonía, cable, satélite, etc.)–, sometiéndose a un mismo régimen jurídico a las actividades de transmisión de señales independientemente de los contenidos transmitido.

Este cambio se acompañó, a nivel europeo, de una nueva denominación en las directivas del Paquete Telecom de 2002, ya que se abandona el término telecomunicaciones y se pasa a hacer referencia a las comunicaciones electrónica, que se componen de redes, servicios y recursos asociados. En concreto, los servicios de comunicaciones electrónicas se definieron en aquel momento como aquellos servicios prestados, por lo general a cambio de una remuneración que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas (artículo 2 a) Directiva 2002/21/CE, Directiva Marco²⁸).

²⁷ Un análisis en profundidad sobre esta cuestión puede encontrarse en VIDA FERNÁNDEZ (2021).

²⁸ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

La convergencia sobre las comunicaciones electrónicas²⁹ afectó sólo al régimen de las transmisiones y no de los contenidos transmitidos que siguieron sometidos a regímenes diferenciados como servicios audiovisuales o servicios de sociedad de la información. Se mantiene así un sistema de regímenes jurídicos estancos, basados en unas definiciones que se han mantenido inalteradas durante casi dos décadas, por lo que ha sido el TJUE el que vino a aclarar, por una parte, que el servicio de correo electrónico no es un servicio de comunicaciones electrónicas sino un servicio sociedad de la información, y que determinado servicio en línea de llamadas directas a teléfonos convencionales es un servicio de comunicaciones electrónicas³⁰.

Esta jurisprudencia ha sido tenida en cuenta en la configuración del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas aprobado por la Directiva (UE) 2018/1972³¹, que amplía la definición de los servicios de comunicaciones electrónicas para incluir servicios de la sociedad de la información que habían quedado fuera de dicha consideración. Sin embargo, no incorporan en pie de igualdad ya que se establecen tres categorías con regímenes específicos y asimétricos: servicios de acceso a internet, los servicios de comunicaciones interpersonales, y los servicios que consisten total o principalmente en el transporte de señales.

Dentro de los servicios de comunicaciones interpersonales³² se distinguen entre aquellos basados en numeración, entre los que se encuentran los servicios de comunicación vocal, y los independientes de la numeración, que son la verdadera novedad, ya que supone la inclusión de un gran número de servicios de la sociedad de la información. Lo relevante de esta nueva categoría es que quedan sometidas a un tratamiento jurídico diferenciado mucho menos exigente, ya que estos últimos sólo deben estar sujetos a obligaciones cuando el interés público exija la aplicación de obligaciones reglamentarias.

²⁹ Vid. Belén ANDRÉS SEGOVIA (2020).

³⁰ En la STJUE de 13 de septiembre de 2019, C-193/18, se pronuncia sobre con respecto al servicio de correo electrónico de Google confirmando que no se trata de un servicio de comunicaciones electrónicas, y en la STJUE de 5 de junio de 2019, C-142/18, se refiere a un servicio de llamadas de Skype Out directamente a teléfonos fijos o móviles, es considerado parte de los servicios de comunicaciones electrónicas.

³¹ 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.

³² Se definen como los prestados por lo general a cambio de una remuneración que permite un intercambio de información directo, interpersonal e interactivo a través de redes de comunicaciones electrónicas entre un número finito de personas, en el que el iniciador de la comunicación o participante en ella determina el receptor o receptores y no incluye servicios que permiten la comunicación interpersonal e interactiva como una mera posibilidad secundaria que va intrínsecamente unida a otro servicio (artículo 2.5 CECE).

En todo caso, estos nuevos servicios de comunicaciones interpersonales no basadas en numeración no abandonan el régimen de los servicios de la sociedad de la información y el resto de la normativa de los servicios de intermediación y plataformas básicas, que se les seguirá aplicando en la medida que no quede desplazado por la normativa de las comunicaciones electrónicas que actuará como *lex specialis*.

3. Servicios de comunicación audiovisual: Directiva (UE) 2018/1808 de servicios de comunicación audiovisual

Por lo que respecta a los servicios audiovisuales, estos han contado con una normativa propia que, a nivel europeo, se remonta a la Directiva 89/552/CEE (de televisión sin fronteras)³³, en la que se parte de la identificación de la actividad de radiodifusión por razón de la tecnología de transmisión analógica que era en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios (punto-multipunto), por lo que denominaban como “medios de difusión” y los convertía en medios de comunicación de masas, lo que justificaba que estuvieran sometidos a un régimen jurídico específico y distinto del régimen de las telecomunicaciones, ya que estas permitían una comunicación interactiva punto a punto como ocurría con la telefonía vocal o el telégrafo.

La convergencia derivada del avance tecnológico llevó a que los contenidos audiovisuales pudiesen transmitirse a través de distintos tipos redes y que esas mismas redes pudiesen transmitir cualquier tipo de contenidos, haciendo que fuese cada vez más difícil la distinción de los servicios audiovisuales –como la emisión en directo en tiempo real por Internet (*live streaming*), la difusión web (*webcasting*) y el vídeo casi bajo demanda– de los servicios de comunicaciones electrónicas y de los servicios de la sociedad de la información. Esto es lo que condujo a la integración de las redes de radiodifusión sonora y televisiva, en cuanto sistemas de transmisión, en las redes de comunicaciones electrónicas conforme a la regulación convergente, aunque se mantuvo la regulación de los contenidos transmitidos en la normativa audiovisual bajo la nueva definición de los “servicios de comunicación audiovisual” que introdujo la Directiva 2007/65/CE de modificación de la Directiva de televisión sin fronteras.

Los servicios de comunicación audiovisual pasan a definirse como aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación y cuya principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar

³³ En la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, se definía la radiodifusión televisiva como la emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público (art. 1 a).

al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, independientemente de si es o no bajo demanda, e incluyendo comunicaciones comerciales³⁴. Esta definición se centra en la consideración de que estos servicios de comunicación audiovisual son medios de comunicación de masas, es decir, que están destinados a una parte significativa del público en general y que puedan tener un claro impacto sobre él en el ejercicio de su función de informar, entretener y educar al público general, así como de emitir comunicaciones audiovisuales comerciales³⁵

Por lo tanto, y tal y como ha confirmado la jurisprudencia del TJUE³⁶, quedan excluidos de los servicios de comunicación audiovisual aquellos que impliquen actividades que no sean fundamentalmente económicas, ni entren en competencia con la radiodifusión televisiva, ni los servicios cuyo principal objeto no sea proporcionar programas, es decir, aquellos cuyo contenido audiovisual sea meramente incidental y no constituya la finalidad principal, situación en la que encajan multitud de servicios de sociedad de la información. Asimismo, quedan excluidas las redes y servicios de comunicaciones electrónicas utilizados para el transporte y difusión de la señal de los servicios de comunicación audiovisual, sus recursos asociados y los equipos técnicos necesarios para la recepción de la comunicación audiovisual, en tanto su régimen es el propio de las telecomunicaciones.

La Directiva (UE) 2018/1808³⁷ de servicios de comunicación audiovisual ha venido ha modificar el alcance de esta normativa por razón de la convergencia de la televisión y los servicios de internet gracias a los avances técnicos que ofrecen nuevos servicios que modifican los hábitos de los ciudadanos, que van abandonando los contenidos televisivos tradicionales a través de la pantalla de televisión por nuevos tipos de contenidos, como los vídeos cortos o el contenido generado por los usuarios, al margen de los servicios de vídeo a petición.

³⁴ Artículo 1 a) de la Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 2007/65/CE.

³⁵ Directiva 2007/65/CE, Considerandos 16 y 18. Vid sobre la evolución G. AGUADO-GUADALUPE; I. BERNAOLA, I. (2019: 13-34).

³⁶ La STJUE de 13 de diciembre de 2018, C-298/17, deja fuera de la consideración de servicios de comunicación electrónica la oferta de contenidos audiovisuales a través de Internet, similar a la que llevan a cabo multitud de plataforma de video bajo demanda, ya que una cosa es la transmisión y otra el contenido de los servicios prestados a través de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Por otra parte, la STJUE de 7 de noviembre de 2013, C-518/11 y en la STJUE de 30 de abril de 2014, C-475/12 calificó como operador de comunicaciones electrónicas a un operador de cable que facturaba tanto por los costes de transmisión como por los derechos de autor y un servicio de conexión vía satélite que ofrecía esencialmente contenidos televisivos de acceso condicional.

³⁷ 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 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

Así se ajusta la definición de los servicios de comunicación audiovisual, ya que se parte de la tradicional identificación de estos servicios como aquellos cuya finalidad consiste en ofrecer programas al público en general, bajo la responsabilidad editorial de un prestador de servicios de comunicación, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, pero se especifica que debe ser su finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables³⁸.

No obstante, lo verdaderamente novedoso es la inclusión en la normativa audiovisual de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma o plataformas de intercambio de vídeos que son definidos como aquellos cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación³⁹.

Estos servicios y plataformas de intercambios de videos quedan sometidos a un régimen jurídico específico que se construye sobre el régimen propio de los servicios de comunicación audiovisual, aunque limitando y modulando el alcance de muchas de las obligaciones, requisitos y exigencias dispuestos para estos últimos, sometiéndolos así un marco jurídico mucho más flexible.

En todo caso, la normativa sobre servicios de la sociedad de la información, servicios intermediarios y plataformas básicas seguirá aplicándose a estos servicios audiovisuales ya que la Directiva (UE) 2018/1808 funge también como *lex specialis* en lo que respecta a contenidos audiovisuales y comunicación comercial audiovisual, y no desplazará a la normativa común horizontal en tanto no contengan disposiciones de carácter más específico que les sean aplicables.

³⁸ Conforme a la nueva redacción del artículo 1.1 a) de la Directiva 2010/13/UE. Se cumple el requisito del objetivo principal si el servicio tiene una forma y contenido audiovisuales dissociables de la actividad principal del prestador de servicios, como las partes autónomas de los periódicos en línea que ofrecen programas audiovisuales o vídeos generados por usuarios, cuando dichas partes puedan considerarse dissociables de su actividad principal. Por el contrario, se trata de un mero complemento indisoluble de la actividad principal cuando exista una conexión importante entre la oferta audiovisual y la actividad principal, como facilitar noticias por escrito [considerando 3 de la Directiva (UE) 2018/1808]

³⁹ Conforme a la nueva redacción del artículo 1.1 a) bis de la Directiva 2010/13/UE. Lo que se justifica en tanto se ponen a disposición contenidos audiovisuales y se han convertido en un importante medio para compartir información, entretener y educar, y compiten por la misma audiencia e ingresos que los servicios de comunicación audiovisual, además de tener un impacto considerable, ya que ofrecen a los usuarios la posibilidad de conformar las opiniones de otros usuarios e influir en ellas.

4. Servicios digitales de intermediación que son parte integrante de otros servicios sometidos a normas sectoriales (servicios de alojamiento, transporte y otros)

Los servicios digitales en línea han impactado sobre la totalidad de las actividades económicas, si bien han afectado más a aquellos sectores sometidos a una intervención más intensa ya que se los prestadores de estos servicios se han incorporado a estos sectores eludiendo el cumplimiento de las exigencias impuestas a sus operadores, lo que les ha permitido como verdaderos operadores OTT⁴⁰.

Uno de los sectores que más se ha visto afectado por estos servicios digitales ha sido el transporte, tanto de personas como de mercancías, sobre el que precisamente se ha pronunciado el TJUE para determinar si estos servicios digitales que actúan como intermediarios en la prestación de estos servicios deben considerarse o no servicios de transporte⁴¹.

En este sentido, el TJUE ha interpretado que estos servicios dejan de ser simples servicios de sociedad de la información, y pasan a ser considerado otro tipo de servicio (de transporte, alojamiento, etc.) sometiéndose a su régimen jurídico, cuando en función de las características del servicio de intermediación que cumplen y de cómo se insertan y afecta a la estructura de prestación del servicio final para el que realizan la intermediación, ese servicio de intermediación forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica (servicio de transporte, de alojamiento, etc.)

Este es el criterio que se fijó en la conocida STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, SL*. consideró que un servicio de intermediación para la prestación de servicio de transporte de vehículos de turismo con conductor (VTC) como Uber no era un simple servicio de la sociedad de la información, en tanto el prestador crea una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, y organiza el funcionamiento general de la misma en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta, por lo que el servicio de intermediación prestado debe considerarse parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, pasa a ser considerado un servicio de transporte y a someterse a la normativa de los mismos.

⁴⁰ Sobre esta cuestión vid. Ana María DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL; Andrés BOIX PALOP (2018), y, asimismo, Lucía VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ (2021)

⁴¹ Sobre las plataformas de transporte colaborativo y los VTC vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2021). Desde una perspectiva general vid. Ana María TOBÍO RIVAS (2021).

Este mismo criterio ha sido aplicado en otros ámbitos, como ha sido el caso de los servicios de intermediación de alojamiento en la STJUE de 19 de diciembre de 2019, C-390/18, *Airbnb Ireland UC*,⁴². en la que se llega a la conclusión de que la actividad de intermediación de Airbnb, es un simple servicio de la sociedad de la información, en la medida en que el arrendador y el arrendatario son puestos en contacto a través de una plataforma electrónica en la que no se requiere la presencia simultánea del prestador del servicio de intermediación, por un lado, y del arrendador o el arrendatario, por otro, a lo que se añade que el servicio de Airbnb no es indispensable para la realización de prestaciones de alojamiento al existir otros cauces alternativos, por lo que sometida al principio de libre prestación y no se le puede exigir los requisitos propios de los agentes inmobiliarios.

Este planteamiento puede proyectarse en cualquier otro sector en el que exista una normativa completa y acabada que contenga una intervención intensa disponiendo requisitos y obligaciones relevantes, y en el que los servicios de la sociedad de la información operen como servicios intermediarios incidiendo de forma determinante en la actividad desarrollada dentro del mismo, como ocurre en caso de los servicios financiero, de seguros, del juego, farmacéuticos, de seguridad, entre otros. En la medida que los servicios intermediarios puedan considerarse parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es el servicio regulado, pasará a ser considerado como el servicio de que se trate y sometido a su regulación.

Se puede apreciar así la existencia de una frontera muy difusa entre los servicios digitales y los servicios regulados y que obliga a realizar una operación de distinción muy compleja y casuística ya que depende del sector de que se trate y de la definición que se haga del servicio regulado en cuestión, así como de la configuración del servicio intermediario que opera en el mismo.

VI. CONCLUSIONES

La imparable expansión y desarrollo de los servicios digitales prestados a través de Internet está dando lugar a un incremento de la normativa que los regula, con la que se trata de hacer frente a los novedosos y complejos problemas que van surgiendo. Sin embargo, toda esta normativa que se esta aprobando a nivel europeo tiene un carácter específico y aborda cuestiones concretas, aunque se apliquen de forma generalizada.

El resultado es que los servicios digitales se encuentran sometidos a una amalgama de normas que no se encuentran ajustadas, sino que se aplican “sin perjuicio de las

⁴² Un comentario a la misma se encuentra en José Ignacio CUBERO MARCOS (2020) y Ricardo PAZOS CASTRO (2020)

demás” –tal y como suelen indicar en su articulado– lo que puede interpretarse en el sentido más pleno de la expresión, ya que se adoptan unas a espaldas de las otras.

Este desajuste entre las normas que componen el marco jurídico de los servicios digitales se manifiesta en la propia terminología ya que, se parte de los servicios de sociedad de la información y, a partir de ahí surgen un sinnúmero de conceptos como servicios intermediarios, servicios de plataformas básicas, y esto al margen de que ni siquiera se definen legalmente los servicios digitales.

La falta de una definición común y sistemática de los servicios implicados da lugar a una dificultad en la determinación del ámbito de aplicación de las normas que se refiere a estos servicios. Asimismo, estas normas se disponen conforme a dos modalidades que no siempre están claramente definidas, ya que, unas veces las normas se disponen por capas por lo que se van sumando desde las normas más genéricas a las más específicas sobre servicios o aspectos concretos de éstos. Mientras que en otros supuestos se introducen como normas especiales que desplazan al resto de la normativa constituyéndose en la única normativa aplicable para ciertos servicios.

A todo esto se añade que los contornos de estas normas y su respectivo encaje no están bien definidos, a lo que se suma la difusa distinción entre algunos de los servicios implicados lo que provoca que no se sepa a qué régimen jurídico queda sometido.

El resultado es que los operadores jurídicos encuentran verdaderas dificultades para concretar el régimen jurídico aplicable para un servicio concreto, por lo que resulta imprescindible identificar toda la normativa relevante para los servicios digitales y sistematizarla para conocer la relación que existen entre las distintas normas y cómo interactúan, tal y como se lleva a cabo a lo largo del presente trabajo.

Por lo tanto, resulta urgente que se lleve a cabo una labor de codificación de toda la normativa reguladora de los servicios digitales, pero no para dar lugar a una norma única y homogénea sino para que la normativa que compone su régimen jurídico tenga mayor coherencia y sistemática que aporte una mayor eficacia y seguridad jurídica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO-GUADALUPE, G. y BERNAOLA, I. (2019). «El nuevo marco regulador europeo de los servicios audiovisuales bajo petición y de intercambio de vídeo. Su repercusión en el mercado español de plataformas», *Index.Comunicación*, 9(3), 13-34.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa (2020): *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Reus.

ANDRÉS SEGOVIA, Belén: *La convergencia de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la Información*, Aranzadi, 2020.

BASOREDO OTZERINJAUREGI, Irati (2021): «Derecho aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», en Pilar JIMÉNEZ; Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ (dirs.), *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, págs. 652-682.

CASTELLÓ PASTOR, José Juan (2021): «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, José Juan (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, págs. 37-76.

CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel (2021), «Plataformas digitales: nuevos retos conceptuales para el Derecho internacional privado europeo de consumo», en CASTELLÓ PASTOR, José Juan (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, págs. 77-108.

CUBERO MARCOS, José Ignacio (2020): «¿Plataformas de intermediación, arrendadores de viviendas o agentes inmobiliarios?, Comentario a la sentencia del tribunal de justicia de la Union Europea de 19 de diciembre de 2019 (gran sala)», *Revista española de derecho administrativo*, Nº 209, págs. 255-276.

CUENA CASAS, Matilde (2020), «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Nº. 2.

DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, Ana María (dir.); BOIX PALOP Andrés (coord.) (2018), *La regulación del alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, Aranzadi Thomson Reuters.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2019), «Penalty y expulsión. La economía de las plataformas digitales en el sector de los taxis y los VTC», en Gemma RUBIO GIMENO (dir.), Antonio ORTI VALLEJO (dir.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectiva general y sectoriales*, págs. 293-310, Nº. 15

ECHEBARRÍA SÁENZ, Marina (2021). «Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo», *Revista de Estudios Europeos*, No 78, julio-diciembre, 2021,154-182.

FERNÁNDEZ, Lionel. «El Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas: Una auténtica reforma de la regulación de las telecomunicaciones», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 2-9.

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (2020), «El ámbito material de la aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales aspectos clave», en Luis Antonio FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, 2020, págs. 559-586.

GARCÍA GOLDAR, Mónica (2020) «Plataformas para el suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (UE) 770/2019», en Apol·lònia Martínez Nadal (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Aranzadi, págs. 83-113.

MALARET GARCÍA, Elisenda. (2015). «Los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de telecomunicaciones: Los servicios de la Sociedad de la Información y los Servicios de Comunicación Audiovisual», en T. QUADRA-SALCEDO (Dir.), J. VIDA (coordinador), *Derecho de las telecomunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor,, págs. 104-137.

MARTÍNEZ CALVO, Javier (2021): «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4.

MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia (2021), «La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales ("Digital Markets Act"): una aproximación jurídica», en Apol·lònia Martínez Nadal (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Aranzadi.

MORAIS CARVALHO, Paulo (2020) «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en Esther ARROYO AMAYUELAS; Sergio CÁMARA LAPUENTE (dirs), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, págs. 31-47

PAZOS CASTRO, Ricardo (2020): «Uber, Airbnb y la llamada «influencia decisiva» de las plataformas digitales», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, Nº. 31.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Ballell, Teresa (2021), «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. Extra 3, 2021 (Ejemplar dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado), págs. 403-417.

TOBÍO RIVAS, Ana María (2021) *Las plataformas electrónicas de transporte terrestre de personas y su configuración jurídica*, Reus.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía (2021), «La disrupción de la economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico: el caso AIRBNB. Comentario a la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 302)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 53.

VIDA FERNÁNDEZ, José (2021), «La articulación jurídica del entorno digital: Insuficiencias y soluciones en la delimitación de los sectores de referencia ante el desafío de los servicios over the top (OTT)», *Revista de Derecho Administrativo – CDA*, núm. 20.

ZURIMENDI, Aitor; FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, Ainhoa (2020), «Naturaleza jurídica de las plataformas digitales», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*: Nº. 6.