

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena

Gemma Rubio Gimeno (coords.)

ISBN: 979-13-87913-43-4

Madrid, 2025

pp. 441-470

DOI: 10.37417/VSECC/16

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

MODERACIÓN DE CONTENIDOS Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES: HACIA UNA NUEVA ARQUITECTURA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DIGITAL. DOS VÍAS PARA DOS TIPOS DE CONFLICTO: EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO FRENTE AL MODELO DE LA DIRECTIVA ADR.

Rosa BARCELÓ COMPTE

Profesora lectora de Derecho Civil

Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. DEL CONSUMIDOR AL DESTINATARIO DEL SERVICIO: ¿NUEVO SUJETO PROTEGIDO EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES?.— 2. EL CONSUMIDOR DIGITAL Y EL MERCADO DE LAS EMOCIONES.— 3. MODERACIÓN DE CONTENIDO Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS: 3.1. Contenido ilícito y/o contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales: 3.1.1. *El contenido ilícito*; 3.1.2. *El contenido lícito, pero incompatible con las condiciones generales*; 3.1.3. *El art. 14 del Reglamento: de la transparencia procedimental a la garantía ¿sustantiva? de derechos fundamentales*: 3.1.3.1. *El control de incorporación el art. 14.1*; 3.1.3.2. *Control, ¿de contenido?: el respeto de los derechos fundamental de los destinatarios del servicio en la moderación del contenido*; 3.2. La resolución extrajudicial del art. 21: qué y para qué; 3.3. La resolución alternativa de litigios en consumo: ¿hacia una diferenciación por tipo de conflicto?.— 4. REFLEXIONES FINALES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿DE VALOR POLÍTICO A SERVICIO PARA EL CONSUMIDOR?.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. DEL CONSUMIDOR AL DESTINATARIO DEL SERVICIO: ¿NUEVO SUJETO PROTEGIDO EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES?

El concepto de consumidor en el Derecho de la Unión Europea no responde a una noción única y uniforme. No obstante, las Directivas y Reglamentos suelen incorporar una definición que, a sus efectos, siempre es la misma (por ejemplo, véanse las definiciones contenidas en los arts. 2.1 de la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, 2.2 de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de la compraventa de bienes o 2.6 de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales) ¹.

Además, el concepto de consumidor no puede analizarse de forma aislada, sino que debe entenderse en relación con la figura contrapuesta del profesional. La normativa europea exige que la otra parte del vínculo jurídico actúe en el marco de su actividad comercial, empresarial o profesional. Esta exigencia se refleja en las definiciones de «comerciante» (art. 2.2 de la Directiva 2011/83) y de «empresario» (arts. 2.2 de la Directiva 2019/771 y 2.6 de la Directiva 2019/770).

El Reglamento 2022/2065, de 19 de octubre, relativo a un mercado único de servicios digitales (en adelante, el Reglamento), en su artículo primero, señala que su objetivo es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios estableciendo normas armonizadas para crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable que facilite la innovación y en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta, *incluido el principio de protección de los consumidores*. Así, el consumidor ya nos aparece en el primer artículo. Sin embargo, la categoría que predomina en este texto no es la del consumidor, sino la del *destinatario del servicio*.

Nótese que el Reglamento define a este último como *toda persona física o jurídica que utilice un servicio intermediario, en particular para buscar información o para hacerla accesible* (art. 3, letra b). El eje central, por tanto, se sitúa en la información: el intermediario actúa

¹ * Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución de la Cátedra UB-ACC sobre «Estudios de consumo y resolución alternativa de litigios» y del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 i por FEDER (UE).

L. ARNAU RAVENTÓS, «El concepte de consumidor», en L. ARNAU RAVENTÓS (Coord.): *Dret català de consum*, Barcelona, Atelier, 2024, p. 40.

como facilitador de su acceso o como canal a través del cual el destinatario puede expresarse y hacer llegar su mensaje a otros usuarios. En este sentido, el destinatario participa en un discurso mediado por la plataforma, que proporciona la infraestructura necesaria tanto para la expresión como para la circulación de la información.

El considerando segundo del Reglamento, en su parte final, aclara que el término «destinatarios del servicio» incluye tanto a los usuarios profesionales como a los consumidores y a otros usuarios. Por tanto, el concepto de destinatario tiene un alcance más amplio que el de consumidor, aunque este último queda comprendido en él.

El Reglamento adopta así una categoría funcionalmente más inclusiva, si bien dedica una atención específica al consumidor en la sección 4 del capítulo III, titulada «Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes» (arts. 28 a 32). Además, el término «consumidor» aparece en otros preceptos del Reglamento, aunque de forma dispersa y sin una sistematización clara. Cabe destacar, por ejemplo, el art. 90, que modifica el anexo I de la Directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, incluyendo expresamente el Reglamento de Servicios Digitales entre los actos cuya infracción puede dar lugar a este tipo de acciones².

Además, y dentro de la categoría de destinatarios del servicio, siempre que las actividades vayan más allá de la mera búsqueda y provisión de información, los destinatarios pasan a ser considerados «activos» en el sentido que plantean los arts. 3 letras p y q.³

Con relación a la figura del comerciante, el Reglamento lo define como *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o en su representación, con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión* (art. 3, letra f), aunque dicha categoría solo sea relevante en el art. 6.3 y en la sección 4^a. La otra figura principal del Reglamento es la del *prestador del servicio intermediario* (art. 3, letra g) que incluye uno de los tres siguientes servicios de la sociedad de la información: *mera transmisión, memoria caché o alojamiento de*

² En ocasiones, además, el Reglamento se refiere a los consumidores cuando en realidad se está refiriendo a todos los destinatarios del servicio. Así, en el cdo. 59, expone la cuestión relativa a la resolución extrajudicial que plantea el Reglamento y hace referencia a los consumidores cuando no sólo estos pueden acceder a este sistema de resolución alternativa (véase el art. 21.1 del Reglamento).

³ H.-W MICKLITZ, «Dissolution of EU Consumer Law Through Fragmentation and Privatisation», en N. Helberger, B. Kas, H.-W Micklitz, M. Namysłowska, L. Naudts, P. Rott, M. Sax, M.V. Brussels, *Digital Fairness for Consumers*, BEUC: The European Consumer Organization, Bruselas, 2024, p. 77.

datos. Además, si bien el Reglamento no contiene una definición de plataforma⁴, sí que incluye la de *plataforma en línea* (art. 3, letra k) y de *motor de búsqueda en línea* (art. 3, letra i).

La aparición de nuevas categorías jurídicas está desdibujando la tradicional distinción entre consumidor y comerciante o empresario, lo que contribuye a una progresiva erosión del Derecho de consumo. Esta erosión se manifiesta especialmente en la creciente fragmentación normativa, observable no solo en el Reglamento, sino también en el Reglamento 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y el Reglamento 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital⁵, que introducen regímenes jurídicos diferenciados que se alejan del marco protector clásico del consumidor.

2. EL CONSUMIDOR DIGITAL Y EL MERCADO DE LAS EMOCIONES

El paradigma clásico de la protección al consumidor se fundamenta en una concepción del consumidor como un sujeto interesado en la adquisición de bienes y servicios con valor económico directo⁶. Así, el imaginario económico ha constituido un elemento estructural del derecho europeo del consumidor desde sus orígenes, orientando de manera decisiva la configuración de sus principales instrumentos normativos. Por ejemplo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del consejo, de 11 de mayo de 2025, relativas a las prácticas comerciales desleales, hace referencia explícita, en su art. 1, a las prácticas comerciales desleales que perjudiquen los *intereses económicos* de los consumidores⁷.

⁴ *Ibid.*, p. 99.

⁵ Esta idea de erosión del derecho de consumo la plantean F. DE ELIZALDE, «Fragmenting Consumer Law Through Data Protection and Digital Market Regulations: The DMA, the DSA, the GDPR, and EU Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 48, 2025, p. 358; H.-W. MICKLITZ, «Dissolution of EU Consumer Law Through Fragmentation and Privatisation...», *op. cit.*, p. 141 y M. NAMYSŁOWSKA, «The Silent Death of EU Consumer Law and Its Resilient Revival: Reinventing Consumer Protection Against Unfair Digital Commercial Practices», *Journal of Consumer Policy*, vol. 48, 2025, pp. 317-336.

⁶ Véase un resumen del origen del derecho de consumo moderno en M. GROCHOWSKI, «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?», en C. CREA, A. DE FRANCISCHI (Eds.): *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Nomos, Baden-Baden, 2024, p. 204. También H.-W. MICKLITZ, I. DOMURATH, «EU Digital Private Law: Tattering or New Beginning?», *European Review of Contract Law*, vol. 20, núm. 4, p. 316.

⁷ Sin embargo, observamos que la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (2021/C 526/01) lo matiza: *Por el contrario, las normativas nacionales que tengan por objeto proteger los intereses económicos de los consumidores, aun cuando abarquen otros intereses, sí entran en su ámbito de aplicación*, (C-526/7).

Sin embargo, los patrones de consumo contemporáneos desbordan ampliamente este marco. Cada vez con mayor frecuencia, los consumidores acceden al mercado con el propósito de alcanzar fines inmateriales, como experimentar emociones, construir vínculos sociales o expresar su identidad personal⁸. En este contexto, el marco normativo tradicional puede resultar insuficiente para abordar la creciente complejidad que puede resultar de las relaciones con los consumidores en el entorno digital. De esta modo, la digitalización de la economía ha propiciado la mercantilización de activos como las emociones, las interacciones sociales y la autoexpresión, los cuales trascienden el valor económico clásico y desafían los límites del régimen jurídico de protección al consumidor⁹. Así, puede hablarse de una evolución en los intereses de los consumidores, que pasan de un enfoque tradicional en la adquisición de productos o servicios (intereses *clásicos*), a una nueva orientación vinculada a los servicios digitales y al ejercicio de ciertos derechos en el entorno en línea (intereses *emergentes*)¹⁰. La doctrina empieza a cuestionar si estos intereses emergentes deben quedar bajo el ámbito de aplicación del derecho de consumo o si, por el contrario, pertenecen a otros dominios como la libertad de expresión u otros derechos fundamentales¹¹. Como veremos más adelante, el Derecho de consumo empieza a extender su protección, también, a los valores que el consumidor desea comunicar cuando ejerce una opción en el mercado¹².

⁸ M. GROCHOWSKI, «Consumer Law for a Post-Consumer Society», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, número 1, 2023, p. 1.

⁹ M. GROCHOWSKI, «Digitalization», en H-W. MICIKLITZ, M. NAMYSLOWSKA, *Elgar Concise Encyclopedia of Consumer Law*, 2024, p. 3. V. MAK, «Redefining equality in European contract law: protecting consumer interests in a post-consumer society», *European Law Open*, 204, 3, p. 17 y 18. También, M. GROCHOWSKI, «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?...», *op. cit.*, pp. 209 y 210. Este último destaca que los intereses emergentes de los consumidores se inscriben en la sociedad del post-consumismo, un contexto en el que el usuario concibe el mercado como un instrumento para la búsqueda de emociones positivas, el fomento de relaciones sociales y el crecimiento personal, en detrimento de la simple adquisición de bienes.

¹⁰ Con relación a las plataformas en línea, las conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe en el asunto C-401/19, República de Polonia contra Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, subrayan el papel esencial que desempeñan estos servicios para facilitar la expresión en el entorno digital. Así, en el párrafo 103 se indica que: «Lo mismo ocurre, más concretamente, con las grandes plataformas y redes sociales que, al permitir a cualquier persona publicar en línea los contenidos que desee y al público acceder a ellos, constituyen una herramienta «sin precedentes» para el ejercicio de esta libertad. En esa medida, tales plataformas contribuyen a la «democratización» de la producción de información y, a pesar de estar gestionadas por operadores privados, se han convertido, de hecho, en infraestructuras esenciales para la expresión en línea. En el actual estado de los medios de comunicación, el derecho a la libertad de expresión implica, pues, en particular, la libertad de acceder a esas plataformas y manifestar su opinión en ellas, en principio, sin injerencia de autoridades públicas».

¹¹ M. GROCHOWSKI, «Digitalization ...», *op. cit.*, p. 3.

¹² M. GROCHOWSKI, «Freedom of Speech, Consumer Protection and the Duty to Contract», en C. MAK y B. KAS (Eds.), *Civil Courts and the European Polity*, Hart Publishing, Oxford, 2023, p. 132.

En línea con lo señalado, el Derecho contractual de consumo ha incorporado el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales (así, por ejemplo, véase el art. 621-67.1 del Código civil de Cataluña) que se configura como un contrato oneroso en virtud del cual una parte se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales y la otra a pagar un precio en dinero o a facilitar sus datos para finalidades diferentes de las necesarias para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del suministrador o para que este cumpla los requisitos legales exigibles. Así pues, la onerosidad del contrato la podemos observar, también, en el intercambio en base a los datos personales del consumidor¹³. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 25 de enero de 2018 (*Schrems*, C-498/16)¹⁴ ya constató la relación de consumo existente entre el usuario de la red social y la plataforma (en el caso, Facebook), siempre que el consumidor accediera a la plataforma con una finalidad no profesional. Desde un punto de vista de Derecho nacional, y sin ánimos de ser exhaustivos, la sentencia III ZR 3/21 del *Bundesgerichtshof* (BGH) concluyó que la condición general de Facebook que establecía la obligación de usar el nombre real (*Klarnamenspflicht*) en las condiciones generales de uso de la red social causaba un desequilibrio significativo en los derechos de las partes en perjuicio del consumidor, al no superar el control de contenido establecido en el derecho civil alemán¹⁵. El Tribunal realizó una evaluación exhaustiva y un equilibrio de los intereses y posiciones de derechos fundamentales en conflicto de ambas partes, haciendo referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para determinar este desequilibrio, el tribunal no se centró en un perjuicio económico, sino que se remitió directamente a la libertad de

¹³ F. SZILÁGYI, «Personal Data as Consideration for the Facebook Service», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, número 4, 2022, pp. 154-161. También C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, núm. 6, 2015, p. 218.

¹⁴ STJUE de 25.01.2018, *Schrems* (asunto C-498/16 [ECLI:EU:C:2018:37]).

¹⁵ En la sentencia III ZR 3/21 el BGH dictaminó que la cláusula de uso del nombre real era inválida porque no superaba el control de contenido según los §§ 307 y siguientes del Código Civil alemán (BGB). Específicamente, se presumía una desventaja irrazonable del contratante («*unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners*») porque la cláusula se desviaba de la disposición de la ley alemana de Telemedia (§ 13 Abs. 6 Satz 1 TMG en su versión anterior), que exigía que los proveedores de telemedia permitieran el uso anónimo o con seudónimo, siempre que fuera técnicamente posible y razonable. Asimismo, el Tribunal realizó una evaluación exhaustiva y un equilibrio de los intereses y posiciones de derechos fundamentales en conflicto de ambas partes, haciendo referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concluyó que los intereses de la red social en una obligación de utilizar el nombre real cedían ante el interés de los usuarios de no ser fácilmente identificables por terceros. Aunque la Directiva de cláusulas abusivas no fue la base legal directa invocada por el BGH, los principios que subyacen a la decisión del BGH son coherentes con el concepto de «desequilibrio significativo» que define una cláusula abusiva en el derecho de consumo de la UE. En definitiva, la decisión del BGH implicó que la imposición de la obligación de utilizar nombre real limitaba desproporcionadamente los derechos fundamentales de los usuarios y generaba un desequilibrio contractual que resultaba en un perjuicio para el consumidor.

expresión (art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales). A ello volveremos más adelante en este trabajo.

Constatamos, pues, que la normativa de protección de los consumidores, si bien orientada inicialmente a la protección de intereses con una dimensión económica clara, empieza a abrirse a otros intereses, emergentes, tales como la voluntad de participar en el discurso social intermediado por la plataforma que opera como un canal de comunicación *público* y que le ofrece, al consumidor, un servicio digital. Intereses que se relacionan, veremos, con los derechos fundamentales como la libertad de expresión. Así en la sentencia mencionada (en la línea también de las sentencias III ZR 179/20 y III ZR 192/20¹⁶) el BGH subraya la relevancia estructural de las redes sociales como espacios de interacción social y participación en el discurso público¹⁸.

Observamos, pues, que las plataformas digitales han configurado un nuevo paquete de servicios para el consumidor, erigiéndose en intermediarias que no solo facilitan el acceso a la información, sino que también construyen y sostienen las relaciones sociales¹⁹. El reto para el Derecho de consumo consiste en determinar cómo proteger al consumidor frente a estos intereses emergentes: si mediante los instrumentos tradicionales o apostando por enfoques más evolutivos —como el que propone el Reglamento—, en un escenario donde ambos modelos coexisten y parecen responder a distintos tipos de conflicto.

3. MODERACIÓN DE CONTENIDO Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS

Las plataformas digitales adoptan decisiones que inciden directamente en los derechos individuales cada vez que determinan si eliminar un contenido, suspender o cancelar cuentas, o imponer otras restriccio-

¹⁶ Sentencias de 29 de julio de 2021, asuntos III ZR 179/20 y III ZR 192/20. Véase, por todo, T. SPRENGER, «Enforcing Put Backs in German and European Law», *GRUR International Journal of European and International IP Law*, vol. 72, núm. 10, 2023, p. 937. También hace referencia a ellas, M. GROCHOWSKI «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?...», *op. cit.*, p. 213; *Id.*, «Consumer Vulnerability: A Genealogy», en S. GRUNDMANN y P. SIRENA, *European Contract Law and Future Challenges*, Intersentia, Louvain-La-Neuve, 2025, p. 44 y ss. y V. MAK, «Redefining equality in European contract law: protecting consumer interests in a post-consumer society...», *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ R. JANAL, «Impacts of the Digital Services Act on the Facebook “Hate Speech” Decision by the German Federal Court of Justice», en A. VON UNGERN-STERNBERG (ed.): *Content Regulation in the European Union, The Digital Services Act*, Verein für Recht und Digitalisierung e.V. Institute for Digital Law Trier (IRDT), Volume 1, 2023, p. 119 y sig.

¹⁸ M. GROCHOWSKI, «Consumer Law for a Post-Consumer Society», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, número 1, 2023, p. 3 y V. MAK, «Redefining equality in European contract law: protecting consumer interests in a post-consumer society...», *op. cit.*, p. 18.

¹⁹ M. GROCHOWSKI, «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?...», *op. cit.*, p. 211.

nes —como ocurre con prácticas como el *shadow banning*²⁰—. Estas decisiones afectan no solo a los usuarios que publican el contenido, sino también a terceros que buscan mecanismos de reparación cuando sus intereses no son respetados por las plataformas. En este sentido, el art. 16 del Reglamento permite que cualquier persona física o jurídica notifique a la plataforma la presencia de elementos concretos de información que considere ilícitos²¹. Este mecanismo amplía el alcance de la protección al reconocer la legitimación activa de terceros afectados.

La moderación de contenidos, definida en el art. 3, letra *t*, incluye todas las actividades —automatizadas o no— realizadas por los prestadores de servicios intermediarios destinadas a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones generales, que los destinatarios del servicio hayan proporcionado²². El legislador establece así un marco normativo que regula el procedimiento mediante el cual se adoptan decisiones de moderación de contenidos²³.

Sin embargo, en lo que respecta al contenido de dichas condiciones generales, las plataformas conservan un amplio margen de autonomía: pueden definir libremente las cláusulas que rigen la relación contractual con sus usuarios, lo que plantea interrogantes sobre el equilibrio entre libertad empresarial y protección de derechos fundamentales, como veremos más adelante.

El Reglamento señala que las normas sobre moderación de contenidos deben ser claras, sencillas y redactadas con lenguaje claro (art. 14.1) y los prestadores de servicios intermediarios deben actuar de forma diligente, objetiva y proporcionada para aplicar y hacer cumplir las restricciones incorporadas en las condiciones generales (art. 14.4)²⁴. Además, la moderación de contenidos debe ir acompañada por una declaración de motivos. Nótese aquí que el art. 17 indica que esta declaración debe ser clara y específica²⁵. En esta misma línea, los

²⁰ Con relación al *shadow banning*, véase P. LEERSEN, «An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation», *Computer Law & Security Review*, vol. 48, 2023, pp. 1-13.

²¹ P. ORTOLANI, «If You Build It, They Will Come», en J. VAN HOBOKEN, J. P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. FAHY, I. BURI y M. STRAUB: *Putting the DSA into Practice*, Berlin, Verfassungsblog gGmbH, 2023, p. 153.

²² La moderación de contenidos también puede entenderse como aquella actividad que prevé los mecanismos de gobernanza que estructuran la participación en una comunidad para facilitar la cooperación y prevenir abuso, J. GRIMMELMANN, «The Virtues of Moderation», *7 Yale Journal of Law & Technology* 42 (2015). p. 47.

²³ M. HUSOVEC, «Rising Above Liability: The Digital Services Act As a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, 2023, p. 118.

²⁴ Por todo, véase *infra* apartado 1.3.

²⁵ Sobre esta cuestión, véase la sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam (Rechtbank Amsterdam), de 5 de julio de 2024, en el asunto *Danny Mekić v. X* (antes Twitter), en la que se declaró que la plataforma había vulnerado el art. 17 del Reglamento al aplicar una restricción

prestadores de servicio intermediario deberán publicar un informe anual sobre la actividad de moderación de contenidos llevada a cabo²⁶.

El Reglamento establece un esquema general en materia de moderación de contenidos que se articula principalmente en torno a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea (arts. 16 y 17). Estos deben implementar mecanismos de notificación y acción que permitan a cualquier persona física o jurídica comunicar la presencia de un contenido que considere ilícito (art. 16). Conviene subrayar que el art. 16 se refiere exclusivamente al contenido ilícito, y no al contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales del servicio, regulado en el art. 14 (véase *infra* apartado 1.2).

Por el contrario, el art. 17 impone a los prestadores de servicios de alojamiento de datos la obligación de proporcionar una declaración de motivos clara y específica a cualquier destinatario del servicio afectado por una restricción derivada de que la información facilitada constituya contenido ilícito o incompatible con las condiciones generales de la plataforma. En el caso de las plataformas en línea, además, deberán contar con un sistema interno de gestión de reclamaciones (art. 20) y garantizar el acceso a un organismo de resolución extrajudicial de litigios (véase *infra* apartado 2).

Como veremos a continuación, cualquier persona —física o jurídica— puede notificar la presencia de contenido ilícito. Los prestadores están obligados a facilitar el envío de dichas notificaciones (arts. 16.1 y 16.2), que deben ser tratadas de forma diligente, no arbitraria y objetiva, y en un plazo razonable (art. 16.6). Finalmente, y como se abordará más adelante, la moderación de contenidos debe respetar los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas (art. 14.4).

3.1. Contenido ilícito y/o contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales

El Reglamento contempla la moderación de contenido ilícito y, también, del contenido que sea lícito pero incompatible con las condiciones generales de las plataformas (lo que se denomina *lawful but harmful content*)²⁷. Vamos a analizar detenidamente cada una de estas categorías en las siguientes líneas.

de visibilidad (*shadow banning*) sin notificación ni explicación al usuario afectado. El tribunal reconoció la infracción del deber de motivación y concedió una indemnización simbólica, además de ordenar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia.

²⁶ Por ejemplo, en el siguiente link se puede observar el informe presentado por *Linkedin* en agosto: <https://content.linkedin.com/content/dam/help/tns/en/August-2025-Digital-Services-Act-Transparency-Report.pdf>

²⁷ M. HUSOVEC, «Rising Above Liability: The Digital Services Act As a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules...», *op. cit.*, p. 906.

3.1.1. *El contenido ilícito*

El art. 3, letra *h*, del Reglamento define el contenido ilícito como *toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho*.

Esta definición, de alcance notablemente amplio, remite al conjunto del ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar qué debe entenderse por contenido ilícito en el marco del Reglamento. Esta remisión genera una fragmentación normativa, ya que lo que se considera ilícito puede variar de forma significativa entre distintas jurisdicciones nacionales²⁸. El considerando 12 del Reglamento justifica esta amplitud conceptual al señalar que el término abarca toda información relacionada con contenidos, productos, servicios y actividades de carácter ilícito. Entre los ejemplos que proporciona se encuentran los delitos de incitación al odio, los contenidos terroristas, los contenidos discriminatorios ilícitos, el intercambio de imágenes que representen abusos sexuales de menores, la difusión no consentida de imágenes privadas, el acoso en línea, la venta de productos falsificados o no conformes, la prestación de servicios que vulneren la normativa de protección de consumidores, el uso no autorizado de obras protegidas por derechos de autor, la oferta ilegal de servicios de alojamiento o la venta ilícita de animales vivos. El considerando 68 añade que también la publicidad en línea puede constituir contenido ilícito.

Cabe destacar que esta definición se refiere exclusivamente al contenido ilícito, sin abarcar el contenido lícito que puede resultar problemático o perjudicial o contrario a las condiciones generales de las plataformas (art. 14). En este contexto, pues, cualquier elemento informativo en línea puede ser considerado contenido ilícito si vulnera el ordenamiento jurídico aplicable, y el Reglamento incorpora referencias explícitas al Derecho de consumo en sus considerandos²⁹. No obstante, la definición presenta cierta indeterminación³⁰, lo que ha generado debate doctrinal sobre su alcance y aplicación³¹.

²⁸ M. HUSOVEC, *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, Oxford University Press, 2024, p. 31.

²⁹ P. ORTOLANI, C. GOANTA, «Unpacking content moderation: The rise of social media platforms as online civil courts», en X. KRAMER, J. HOEVENAARS, B. KAS y E. THEMELI, *Frontiers in Civil Justice: Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Edward Elgar Publishing, 2022, p. 203.

³⁰ P. ORTOLANI, «The resolution of content moderation disputes under the Digital Services Act» (2022) 2 *Giustizia Consensuale*, 2-2002, p. 543. También F.K. MAURITZ, «To Define Is Just to Define. Illegal content according to Article 3 lit. h DSA and the conflict of laws», en *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2024. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/to-define-is-just-to-define/>

³¹ Milós NOVOC, *The EU Digital Services Act (DSA): A Commentary*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2024, (pp. 43 y ss).

3.1.2. *El contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales*

Una categoría especialmente relevante en el marco del Reglamento es la del contenido lícito que resulta incompatible con las condiciones generales de las plataformas. El art. 3, letra *u*, define estas condiciones como todas las cláusulas, sea cual sea su nombre y forma, que rijan la relación contractual entre el prestador de servicios intermediarios y los destinatarios del servicio.

El considerando 45 del Reglamento reconoce expresamente que los prestadores de servicios intermediarios pueden establecer normas sobre el *contenido*, aplicación y ejecución de sus condiciones generales. No obstante, esta habilitación normativa no exime del control sustantivo sobre el contenido de dichas cláusulas si el contrato se celebra con un consumidor, debiendo superar el test de abusividad^{32 33}.

La gobernanza interna de las plataformas se articula, por tanto, a través de la contratación individual con los usuarios, mediante condiciones generales que adoptan diversas denominaciones³⁴. Esta libertad contractual convierte a las plataformas en *private rule-makers*³⁵, es decir, en entidades que ejercen una forma de regulación privada del discurso digital, con implicaciones directas —como veremos más adelante en este texto— para la libertad de expresión de los destinatarios del servicio³⁶. La remoción de contenido, ya sea ilícito o simplemente incompatible con las condiciones generales, puede implicar una intervención excesiva en dicha libertad. Algunos autores sostienen que esta responsabilidad debería corresponder al Estado, y no a las plataformas, que tienden a bloquear de forma preventiva

³² Véase, también, E. ARROYO AMAYUELAS, «Art. 14 DSA. Terms and Conditions», en SCHULZE, STAUDENMAYER, *EU Digital Law*, Nomos, Beck Hart, 2ª ed., 2025, Baden-Baden, München, Oxford, p. 773.

³³ Esta exigencia ya fue confirmada por el TJUE en la sentencia de 28 de julio de 2016 en la que se declaró abusiva una cláusula que fijaba la ley aplicable sin informar al consumidor de que seguiría gozando de la protección de las normas imperativas de su país de residencia habitual, así, STJUE de 28.7.2016, *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl*, (asunto C-191/15 [ECLI:EU:C:2016:612]).

³⁴ Así, *Community Guidelines* (YouTube), *Normas de la comunidad* (Facebook), *Reglas de participación* (LinkedIn), entre otras. Esta diversidad terminológica refleja la autonomía contractual de las plataformas, que se traduce en una capacidad normativa significativa.

³⁵ M. BERBERICH, «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», en B. STEINRÖTTER, C. HEINZE, M.N. DENG, *EU Platform Law. A Handbook*, Beck Hart Nommos, Baden-Baden, München, Oxford, 2025, p. 122.

³⁶ *Ibid.*, p. 122. Esta idea ha sido recogida también por el abogado general Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe en el asunto C-401/19, República de Polonia contra Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, quien en sus conclusiones señala el papel de las plataformas como canales de comunicación esenciales, lo que exige ponderar su poder normativo frente a los derechos fundamentales de los usuarios, §103.

cualquier contenido ante la duda sobre su licitud o adecuación a sus condiciones generales³⁷.

En cierto modo, el Estado delegaría en las plataformas la tarea de controlar la correcta aplicación del Derecho de la Unión en el entorno digital —si atendemos a la definición de contenido ilícito del art. 3—, así como la observancia de sus condiciones generales, que deben tener en cuenta, además, los derechos fundamentales de los usuarios³⁸. El art. 14.4, como veremos, constituye un ejemplo paradigmático de esta delegación de facultades³⁹.

3.1.3. *El art. 14 del Reglamento: de la transparencia procedimental a la garantía ¿sustantiva? de derechos fundamentales*

El objetivo de las siguientes líneas es analizar los apartados primero y cuarto del artículo 14 del Reglamento. En el epígrafe siguiente se examinará cómo el Reglamento dedica varios preceptos al principio de *due process*, con el fin de garantizar que los destinatarios del servicio puedan ejercer sus derechos tanto ante las plataformas como fuera de ellas.

Además de las disposiciones procedimentales contenidas en los arts. 20 y 21, el Reglamento dedica el art. 14 a establecer garantías específicas para los destinatarios del servicio en el contexto de la moderación de contenidos. El primer apartado del art. 14 recoge normas relativas a lo que puede denominarse «justicia procedimental»⁴⁰. De hecho, diversos autores han señalado que el Reglamento se caracteriza por un enfoque marcadamente procedimental, por encima de la protección sustantiva efectiva, como se observa en el propio art. 14⁴¹.

³⁷ *Ibid.*, §142.

³⁸ *Ibid.*, §84.

³⁹ Sobre el delegated enforcement véase L. FIALA, M. HUSOVEC, «Using experimental evidence to improve delegated enforcement», *International Review of Law & Economics*, vol. 71, 2022, p. 1.

⁴⁰ A. VAN DUIN, *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation*. Article 47 in practice, Louvain-La-Neuve, Intersentia, 2022, p. 5.

⁴¹ Entre otros, destacan: P. ORTOLANI, «If you Build It, They Will Come: The DSA's "Procedure Before Substance" Approach», *VerfBlog*, 2022/11/07, pp. 1-7. También R. GRIFFIN, «Procedural Fetishism in the Digital Services Act», *European Journal of Legal Studies LT Special Issue*, 2025, p. 22 y M. BERBERICH, «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness...», *op. cit.*, p. 133. Y así lo señala M. WENDEL, «Taking or Escaping Legislative Responsibility? EU Fundamental Rights and Content Regulation under the DSA», en A. VON UNGERN-STERNBERG, *Content Regulation in the European Union*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V., 2023, p. 81, «[...] there are procedural safeguards such as detailed obligations to give reasons, and to provide for transparency as well as the provisions on notices, complaint-handling and dispute settlement. In this respect, the DSA is certainly a step in the right direction. However, there are practically no specifications as to how the conflicting fundamental rights should be protected in substantive terms. Instead, the EU legislature grants

3.1.3.1. El control de incorporación del art. 14.1

El art. 14 del Reglamento establece un conjunto de obligaciones orientadas a garantizar la transparencia en la moderación de contenidos por parte de los prestadores de servicios intermediarios. En su apartado primero, se exige que las condiciones generales incluyan información detallada sobre cualquier restricción relativa al uso del servicio con relación a los contenidos proporcionados por los destinatarios. Esta información debe abarcar las políticas, procedimientos y herramientas utilizadas para la moderación de contenidos, incluyendo tanto la toma de decisiones automatizada mediante algoritmos como la revisión humana, así como las normas procedimentales del sistema interno de gestión de reclamaciones.

El Reglamento introduce aquí un control de incorporación, al exigir que dicha información se presente en un lenguaje claro, sencillo, inteligible y accesible para el usuario, y que esté disponible en un formato fácilmente legible por máquina. Este tipo de exigencia constituye un control de transparencia formal, sin perjuicio de que, en cuanto al contenido de las condiciones generales, se respete el principio de libertad contractual de los prestadores de servicios intermediarios, quienes conservan la facultad de decidir qué tipo de contenido desean permitir en sus plataformas (así, art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Sin embargo, el margen de actuación normativa de los proveedores se ve indirectamente limitado por las exigencias procedimentales impuestas por el texto, que buscan equilibrar la autonomía contractual con la protección de los derechos fundamentales de los usuarios⁴².

Aun así, este control puede considerarse relativamente limitado. En este sentido, resulta ilustrativo el contraste con el considerando 15 del Reglamento 2019/1150, 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, que establece criterios más exigentes sobre la redacción de las condiciones generales, al señalar que no se considerarán claras y comprensibles aquellas cláusulas que resulten vagas, poco específicas o imprecisas respecto de aspectos comerciales

providers an astonishingly broad discretion». En un sentido similar, destaca E. DOUEK («Content moderation as systems thinking», *Harvard Law Review*, 2022, vol. 136, numero 2, p. 532) quien señala que para el Estado es más sencillo centrar la regulación en los aspectos procedimentales que en los sustantivos ya que es más fácil delegar la tarea de moderar el contenido que ejercerla *motu proprio*, [...] *the state simply does not have the capacity to usurp platforms as the frontline of content moderation* [...]. También F. G'SELL, «The Digital Services Act: a General assessment», en A. von Ungern-Sternberg, *Content Regulation in the European Union*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V., 2023, p. 11.

⁴² La norma no especifica las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del control de transparencia. En este sentido, E. ARROYO AMAYUELAS, «Art. 14...», *op. cit.*, p. 774.

relevantes, o que empleen formulaciones engañosas. Esta formulación más rigurosa, orientada a garantizar una comprensión efectiva por parte de los usuarios, podría haber servido de modelo para reforzar el control de incorporación en el Reglamento, especialmente en lo que respecta a la transparencia de las normas internas de moderación.

3.1.3.2. Control, ¿de contenido?: el respeto de los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio en la moderación del contenido

La cuestión que se plantea en las siguientes líneas es si el art. 14, en su apartado cuarto, introduce algún tipo de control de contenido o de transparencia material en el momento de la moderación. Este precepto impone a las plataformas la obligación de tener en cuenta — en el momento de aplicar y hacer cumplir las restricciones— los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, incluidos los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, como la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, entre otros. En relación con ello, el considerando 47 añade una dimensión interpretativa relevante al señalar que, no sólo al aplicar y hacer cumplir las restricciones, sino también al *definirlas*, las plataformas deben actuar con diligencia y tener en cuenta los derechos fundamentales reconocidos por la Carta, así como las normas internacionales pertinentes en materia de derechos humanos, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Aunque el art. 14.4 no incluye expresamente el verbo «definir», lo que podría sugerir una limitación en su alcance, excluir esta fase previa resultaría sistemáticamente incoherente. La definición de las condiciones generales constituye precisamente el momento en que se establecen los criterios que posteriormente serán aplicados y exigidos. Ignorar esta fase implicaría vaciar de contenido la exigencia de diligencia y respeto a los derechos fundamentales, reduciendo su eficacia a un control meramente formal⁴³. Ahora bien, el Reglamento tampoco detalla cómo deben las plataformas garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los usuarios, ni en el momento de la definición de sus condiciones generales ni durante la moderación de contenidos. Esta falta de concreción normativa deja un margen de discrecionalidad que puede afectar a la efectividad del control previsto en el art. 14.4⁴⁴.

⁴³ J.P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. Ó FATHAIGH, «Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation», *German Law Journal*, vol. 24, 2023, p. 894 y M. HUSOVEC, *Principles...*, *op. cit.*, p. 254.

⁴⁴ Ahora bien, desde otra perspectiva, al menos en relación con la libertad de expresión, los prestadores de servicios intermediarios ocupan una posición muy distinta a la del legislador, cfr. M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER Y G. WAGNER, «Taming the giants: The DMA/DSA Package», *Common Market Law Review*, vol. 58, número 4, 2021, p. 1013. Por ello, estos

De la lectura del precepto podemos destacar, pues, que el destinatario del servicio afectado puede alegar que la decisión tomada por la plataforma no respeta los derechos fundamentales, o no se ha aplicado de forma diligente, objetiva y proporcionada⁴⁵. Queda por ver, en consecuencia, cómo el órgano de resolución extrajudicial —o el judicial— encargado de revisar la moderación de contenidos incorpora también la referencia a los derechos fundamentales en sus decisiones. En este punto, resulta evidente la falta de claridad del Reglamento respecto a los criterios concretos que deben guiar la aplicación práctica de dichos derechos⁴⁶. El art. 14.4, al referirse a los derechos fundamentales sin concretar cómo deben aplicarse, plantea dudas sobre si el legislador ha delimitado suficientemente el margen de actuación de las plataformas, de los órganos jurisdiccionales y de los extrajudiciales.

Más allá de lo anterior, este precepto plantea pues, una cuestión de especial relevancia jurídica: ¿están las plataformas obligadas a considerar los derechos fundamentales en el momento de definir qué tipo de contenido puede ser publicado en sus servicios? Y, en caso afirmativo, ¿cuáles son los derechos que deben tenerse en cuenta en esa determinación?^{47, 48}.

mismos autores señalan que el art. 14.4 no impone a las plataformas la obligación de tener en cuenta los derechos fundamentales en el momento de la definición de sus condiciones generales —aunque el considerando 47 sí lo sugiere, como hemos visto— sino únicamente al aplicar y hacer cumplir las restricciones de contenido: «*the promise of Article 1(2)(b) DSA to effectively protect the fundamental rights enshrined in the Charter could only be vindicated if the platform was under a duty to take these entitlements into account in drafting its terms and conditions*» (p. 1013).

⁴⁵ Por ejemplo, esto podría ocurrir cuando una condición general se aplica de manera discriminatoria (así, al aplicarse sistemáticamente contra determinados grupos protegidos pero no contra otros), sin tener en cuenta posibles justificaciones basadas en el interés público o sin realizar una ponderación adecuada de los intereses en juego (incluidos los derechos fundamentales), como podría suceder en el caso de una cita periodística de contenido potencialmente problemático. También se da esta situación cuando se imponen sanciones desproporcionadas (por ejemplo, los casos de suspensión o terminación de la cuenta del usuario, en lugar de una mera eliminación del contenido publicado). En todos estos casos, las decisiones de moderación pueden vulnerar el art. 14 del Reglamento, cfr. P. LEERSSEN, A. VAN DUIN, I. TOEPOEL y J. VAN HOBOKEN, *Pathways to Private Enforcement of the Digital Services Act (DSA)*, Institute for Information Law (IViR, University of Amsterdam), 2025, p. 17.

⁴⁶ El enfoque más coherente sería aquel que defiende la necesidad de revisar la moderación de contenidos atendiendo al respeto efectivo de los derechos fundamentales, incluso si dicha revisión debe realizarse caso por caso. Esta perspectiva reconoce que la protección de derechos como la libertad de expresión no puede depender únicamente de criterios formales o automatizados, sino que exige una valoración sustantiva en cada situación concreta. En este sentido, resulta especialmente relevante el análisis del Academic Advisory Board sobre el art. 21 del DSA, que subraya el papel de los derechos fundamentales en los mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios: *Article 21: Academic Advisory Board Discussion Report. The role of fundamental rights in out-of-court dispute settlement under Art. 21 DSA*, 2024, pp. 1-9 (<https://www.user-rights.org/en/advisory-board>).

⁴⁷ N. MAAMAR, «Chapter 4. Due diligence obligations of providers of intermediary services», en T. KRAUL: *New Digital Services Act. A practitioner's Guide*, Beck Hart Nommos, Baden-Baden, Oxford München, 2024, p. 72.

⁴⁸ J.P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. Ó FATHAIGH, «*Using Terms...*», *op. cit.*, p. 897.

Aunque no corresponde a este capítulo resolver de forma definitiva estas cuestiones, sí resulta pertinente identificar los derechos potencialmente implicados. Los derechos mencionados expresamente el art. 14.4 se recogen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular la libertad de expresión y de información (art. 11.1), y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación (art. 11.2). No obstante, la moderación de contenidos puede afectar también otros derechos, como el derecho a la intimidad (art. 7), la protección de datos personales (art. 8), o el derecho a la no discriminación (art. 21). En relación con este último, la doctrina ha sostenido ampliamente su eficacia indirecta en el plano horizontal, en virtud de su carácter de principio-valor, lo que permite sostener su aplicación directa en las relaciones entre particulares⁴⁹.

La duda más significativa, sin embargo, se plantea respecto a otro derecho fundamental expresamente mencionado por el artículo: el derecho a la libertad de expresión. ¿Cabe sostener que este precepto abre la puerta a una posible eficacia horizontal de dicho derecho en el contexto de la moderación de contenidos por parte de plataformas privadas? Aunque esta cuestión excede el objeto central del presente capítulo, su formulación resulta pertinente para delimitar el alcance normativo del art. 14 y valorar si, más allá del control formal, se está configurando un deber sustantivo de respeto a los derechos fundamentales en el ejercicio privado del poder de moderación.

Algunos autores se muestran partidarios de reconocer una eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales en el contexto del art. 14.4 del Reglamento⁵⁰. Otros, sin embargo, adoptan una posición más restrictiva^{51,52}.

⁴⁹ V. BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 1-216, I.V. Aronstein: *Remedies for infringements of Eu law in legal relationships between private parties*, Wolters Kluwer, 2019, Deventer. Véase, también, T. WISCHMEYER, «Fundamental Rights Obligations of Private Platforms Operators Under the EU Digital Services Act», Legal opinion commissioned by the Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. 2023, pp. 10-13. Con relación a este derecho, por ejemplo, puede sostenerse que la operación de sistemas automatizados de moderación que reproducen sesgos algorítmicos en perjuicio de personas racializadas resulta incompatible con las exigencias de este art. 14, en la medida en que compromete el respeto efectivo de los derechos fundamentales en el entorno digital, véase R. GRIFFIN, «Procedural Fetishism...», *op. cit.*, p. 50.

⁵⁰ N. MAAMAR... *op.cit.loc.cit.*

⁵¹ T. WISCHMEYER, «Fundamental Rights...», *op. cit.*, p. 8, sostiene que el precepto tiene un efecto meramente declarativo, más que constitutivo. En cambio, Husovec y Quintais *et al.* defienden expresamente la existencia de una eficacia horizontal directa (así, M. HUSOVEC, *Principles...op. cit.*, p. 254, y J.P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. Ó. FATHAIGH, «Using Terms...», *op. cit.*, p. 894), lo que implicaría que las plataformas estarían jurídicamente obligadas a respetar los derechos fundamentales en sus decisiones de moderación). Por su parte, M. WENDEL, «Taking or Escaping Legislative Responsibility?...», *op. cit.*, p. 76, se muestra crítico ante esta postura: «[...] it follows from the architecture of the European constitutional order that EU legislation

Nota 52 en página siguiente

Precisamente, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales recogidos por la Carta en las relaciones privadas, el art. 51 establece que sus disposiciones se dirigen a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión, y ello refuerza la idea de que su aplicación directa a actores privados es limitada. No obstante, el considerando 47 del Reglamento también menciona los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁵³, introduciendo una dimensión de responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos que puede abrir nuevas vías interpretativas⁵⁴.

cannot determine the effects of EU fundamental rights and in particular not the question of who is bound by the Charter [...]». Para este autor, la cuestión de quién está vinculado por los derechos fundamentales remite a los efectos normativos de un elemento estructural del orden constitucional europeo, y debe resolverse exclusivamente a partir del derecho primario. En coherencia con esta posición, advierte que si el Reglamento pretendiera consagrar una eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales —cuestión que plantea dudas desde el punto de vista constitucional— debería establecer de forma explícita los límites que impone el artículo 16 de la Carta (libertad de empresa), lo que no ocurre en el art. 14.4 (p. 82). El autor concluye que una cuestión de derecho constitucional. Sobre la distinción entre eficacia directa e indirecta sostiene que es un «*quarrel about nothing*» (p. 69).

⁵² Aunque todavía no existe jurisprudencia específica sobre el Reglamento, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ofrece algunas líneas de razonamiento relevantes con relación a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En la STJUE de 26 de abril de 2022 *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (asunto C-401/19 [ECLI:EU:C:2022:297] sobre la nueva responsabilidad de los prestadores de servicios en materia de derechos de autor en el marco de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, el TJUE consolidó su jurisprudencia previa al afirmar que toda norma de la Unión que implique una injerencia en los derechos fundamentales debe establecer reglas claras y precisas sobre el alcance y la aplicación de la medida en cuestión, e imponer garantías mínimas que protejan eficazmente a las personas afectadas frente al riesgo de abuso. En particular, dicha legislación debe indicar en qué circunstancias y bajo qué condiciones puede adoptarse la medida, asegurando que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. En la sentencia, Polonia impugnó el art. 17 de la citada directiva, alegando que las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea (como YouTube o Facebook) vulneraban el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que protege la libertad de expresión e información. Polonia argumentó que estas obligaciones implicaban el uso de filtros automáticos para revisar previamente los contenidos subidos por los usuarios, lo que podría llevar a bloqueos excesivos y afectar la libertad de expresión. El Tribunal rechazó la demanda de Polonia, concluyendo que, aunque el régimen de responsabilidad implica una limitación de la libertad de expresión, esta no era desproporcionada ya que el propio art. 17 incluía salvaguardas adecuadas para proteger los derechos fundamentales. Si trasladamos esta doctrina al art. 14 del Reglamento, observamos que su redacción no permite alcanzar una conclusión equivalente a la que el TJUE establece respecto del art. 17 de la Directiva 2019/790. En efecto, el art. 14 carece del grado de detalle y precisión normativa que el Tribunal considera necesario para que las garantías sean efectivas, especialmente en contextos de moderación automatizada de contenidos.

⁵³ G. FROSIO y C. GEIGER, («Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime» *European Law Journal*, vol. 29, número 1-2, 2023, p. 64) ponen de relieve que el Reglamento hubiera podido ser más explícito con todo el procedimiento de moderación de contenidos, señalando, por ejemplo, que el uso de medios automatizados debería limitarse al contenido que es manifiestamente ilegal o que ha sido declarado ilegal por alguna autoridad.

⁵⁴ J.P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. Ó FATHAIGH, «Using Terms...», *op. cit.* p. 896 señalan que la clave está en cómo deben aplicar las empresas estas obligaciones: si se entiende que

En definitiva, el art. 14.4, si bien impone una obligación a las plataformas de considerar los derechos e intereses legítimos de las partes, especialmente los derechos fundamentales, cuando aplican y hacen cumplir las restricciones de contenido definidas en sus condiciones generales, su aplicabilidad práctica y la cuestión de si esta obligación comporta una eficacia horizontal directa o indirecta de los derechos fundamentales sigue siendo objeto de debate doctrinal. Con todo, el Reglamento introduce una exigencia de diligencia que, más allá de su formulación normativa, puede dar lugar a nuevas formas de protección jurídica en el entorno digital.

Ahora bien, el tenor literal del art. 14.4 no determina, como hemos dicho, cómo deben respetarse esos derechos. La norma establece garantías procedimentales, pero no fija criterios materiales sobre el contenido de los derechos ni sobre los límites que deben observarse en su aplicación⁵⁵. De hecho, únicamente en el artículo dedicado a la protección de los menores se observa una concreción sustantiva de los derechos fundamentales, lo que refuerza la idea de que el enfoque del Reglamento en esta materia es, en general, más formal que material⁵⁶.

En conclusión, si bien se puede sostener que es razonable que el legislador tenga que proteger los derechos fundamentales de los usuarios al establecer normas para el entorno digital, observamos que esta obligación, a través del art. 14, se traslada a las grandes plataformas digitales. Esta delegación de facultades⁵⁷ plantea problemas ante la discrecionalidad de las plataformas para definir sus condiciones generales. Dado la función que ejercen las plataformas de moderadoras del discurso público es razonable sostener que las reglas que las mismas incorporen deban respetar los derechos fundamentales de los usuarios, especialmente la libertad de expresión. De lo contrario, se corre el riesgo de una disminución sustancial del nivel de protección de los derechos fundamentales, lo cual sería contrario a las aspiraciones del art. 1 del Reglamento (« el objetivo del presente Reglamento es contri-

deben integrar los derechos fundamentales en sus decisiones operativas, entonces el art. 14.4 podría ser interpretado como una vía para reforzar la protección jurídica en el entorno digital, aunque sea de forma indirecta.

⁵⁵ En este sentido, puede afirmarse que el art. 14.4 privilegia el *procedure over substance*, lo que limita su capacidad para imponer una protección efectiva de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, *supra*, nota de pie de página 41.

⁵⁶ Con relación a la protección de los menores en el Reglamento, véase G. RUBIO GIMENO, «Vulnerabilidad del consumidor en la contratación intermediada por prestadores de plataformas en línea», en L. Arnau Raventós, *Contratación en plataformas*, Barcelona, Atelier, 2025, pp. 151-153.

⁵⁷ Sobre la delegación de facultades, véase L. FIALA, M. HUSOVEC, «Using experimental evidence to improve delegated enforcement...», *op. cit.*, p. 1. También, M. HUSOVEC, «(Ir) Responsable Legislature? Speech Risks under the EU's Rules on Delegated Enforcement», (September 17, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3784149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3784149>.

buir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios estableciendo normas armonizadas para crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable que facilite la innovación y *en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta*, incluido el principio de protección de los consumidores»⁵⁸.

3.2. La resolución extrajudicial del art. 21: qué y para qué

El art. 21 del Reglamento confiere a los destinatarios del servicio el derecho a elegir cualquier órgano de solución extrajudicial de controversias (en adelante, OSC) que haya sido certificado por el Coordinador de Servicios Digitales para resolver litigios relacionados con las decisiones de moderación de contenido adoptadas por las plataformas en línea. Este derecho incluye las controversias que no se hayan resuelto a través del mecanismo interno de gestión de reclamaciones (art. 20). Además, de la lectura de este precepto podemos afirmar que el destinatario del servicio puede pedir al organismo del art. 21 no solo revisar la decisión de moderación de contenidos, sino también si en el proceso que condujo a esta decisión las plataformas consideraron los derechos fundamentales relevantes de conformidad con el art. 14.4⁵⁹.

Vamos a ver cuáles son las principales características que resultan de la lectura este artículo.

a) *Ámbito de aplicación*

El art. 21 del Reglamento establece el marco para la solución extrajudicial de controversias. Este mecanismo constituye una vía de reparación externa e independiente para los destinatarios del servicio, siendo una solución novedosa en la regulación de la moderación de contenidos.

El ámbito de aplicación de este sistema abarca las disputas relacionadas con las decisiones de moderación de contenido tomadas por las plataformas en línea, incluyendo las controversias que no se hayan resuelto a través del sistema interno de gestión de reclamaciones previsto en el art. 20. Pueden ser objeto de reclamación ante un OSC tanto las decisiones directamente adoptadas por el prestador como aquellas que

⁵⁸ Según M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER y G. WAGNER («Taming the giants...», *op. cit.*, p. 1014) para que el Reglamento sea plenamente coherente con la Carta, será necesario incluir una disposición que autorice explícitamente a los Estados miembros a revisar las condiciones generales de las plataformas a la luz de los derechos fundamentales consagrados en la Carta o en sus respectivos ordenamientos constitucionales.

⁵⁹ El órgano del art. 21 no se configura como una segunda instancia (ello sugiere el considerando 59) y así lo sostiene M. BERBERICH, «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», en B. STEINRÖTTER, C. HEINZE, M.N. DENG, *EU Platform Law. A Handbook*, 2025, Beck Hart Nommos, Baden-Baden, München Oxford, p. 141.

hayan sido previamente canalizadas por el sistema interno (art. 20). Asimismo, se incluyen las decisiones relacionadas con la declaración de motivos (art. 17) que debe acompañar a cualquier restricción del servicio, como la eliminación o retirada de contenido, el bloqueo o la relegación de la información, la restricción de pagos monetarios, o la suspensión o supresión de la cuenta del destinatario. Finalmente, también pueden someterse a revisión aquellas actuaciones en las que se alegue que, durante el proceso de moderación, no se han respetado los derechos fundamentales de los usuarios o no se ha actuado con la diligencia, objetividad y proporcionalidad exigida por el art. 14.

La vía del OSC es una forma de reparación privada que complementa a los recursos judiciales. Puesto que la relación entre la plataforma y el usuario se basa en un contrato de servicio digital, las controversias pueden, en muchos casos, situarse en el ámbito de las relaciones de consumo. El art. 21, apartado 9, aclara la relación con la normativa de consumo, al señalar que «el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la Directiva 2013/11/UE y de los procedimientos de solución alternativa de litigios para los consumidores establecidos en virtud de dicha Directiva». A ello volveremos en el último epígrafe.

b) Garantías procedimentales y certificación por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro

El art. 21.1 establece que el órgano de resolución extrajudicial de litigios debe estar certificado por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro correspondiente, conforme al procedimiento previsto en el art. 21.3. En el momento de redactar estas líneas, hay siete órganos certificados⁶⁰. A continuación, se analizan brevemente las garantías procedimentales derivadas del art. 21.3. Cabe destacar que el art. 21.6 también permite a los Estados miembros establecer sus propios órganos de resolución extrajudicial o colaborar con uno o varios de los ya certificados⁶¹.

Los estándares de calidad exigidos por el art. 21.3, que constituyen requisitos *ex ante*, son los siguientes —lo que plantea interrogantes sobre cómo se verifica, por ejemplo, la imparcialidad o la independencia antes de que el órgano entre en funcionamiento—:

— Imparcialidad e independencia financiera respecto de las partes implicadas (letra a).

⁶⁰ Véanse las entidades acreditadas aquí: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/dsa-out-court-dispute-settlement>

⁶¹ En este contexto, surge una cuestión relevante: ¿pueden las juntas arbitrales de consumo solicitar la certificación como órganos de resolución extrajudicial en el marco del Reglamento? A tenor de lo establecido por el art. 21.6, la respuesta sería que sí, siempre que cumplieren con los requisitos el art. 21.3.

— Conocimiento especializado en las materias objeto de disputa, ya sea en relación con contenidos ilícitos o con la aplicación de condiciones generales de plataformas en línea. Dado el alcance de la definición de contenido ilícito, cabe preguntarse si estos órganos deberán ser necesariamente sectoriales (letra *b*).

— Remuneración de los miembros desvinculada del resultado del procedimiento (letra *c*).

— Accesibilidad electrónica, que permita iniciar el procedimiento y presentar documentación en línea de forma sencilla (letra *d*).

— Resolución ágil, en al menos una de las lenguas oficiales de la Unión Europea (letra *e*).

— Normas de procedimiento claras y justas, fácilmente accesibles y conformes al Derecho aplicable, incluido el propio art. 21 (letra *f*). A diferencia del arbitraje de consumo, que tiene una regulación completa en el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, Real Decreto 713/2024), el Reglamento deja esta cuestión más abierta, lo que puede generar diversidad en los modelos procedimentales adoptados.

c) Sobre la cuestión de la eficacia de cosa juzgada

El art. 21.2.III del Reglamento establece expresamente que las soluciones impuestas por el OSC no serán vinculantes, lo que excluye su eficacia como cosa juzgada. Por el contrario, el art. 1.2 del Real Decreto 713/2024, sí reconoce expresamente la *res judicata* de las decisiones arbitrales. En consecuencia, en el marco del Reglamento, el destinatario del servicio conserva el derecho a acudir a la vía judicial, incluso después de haber recurrido a un procedimiento extrajudicial ante un OSC certificado⁶².

Con relación al plazo para resolver, el del Reglamento coincide con el establecido por la 2013/11, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, Directiva ADR): noventa días, contados desde la recepción del expediente por la entidad (art. 8 letra *e* Directiva ADR) o desde la presentación de la reclamación (art. 21.4 Reglamento).

d) Sobre la ley aplicable

El Reglamento no hace ninguna referencia a la ley aplicable al litigio, a diferencia de la Directiva ADR que, y en el marco de un procedimiento que imponga una solución vinculante (así, el arbitraje de consumo), incorpora el principio de legalidad en el art. 11, que establece que, ante un conflicto de consumo, el consumidor siempre se verá

⁶² M. HUSOVEC, *Principles of the Digital Services Act. op. cit.*, p. 240.

protegido por las normas imperativas en materia de consumo del país donde tenga la residencia habitual. La mayoría de las normas de consumo destacan por su carácter imperativo⁶³. En cambio, el Reglamento no prevé una disposición equivalente, si bien la letra *f* del apartado 3 del art. 21 exige que la resolución se lleve a cabo con arreglo a unas normas de procedimiento claras y justas que sean fácilmente accesibles al público y conformes al *Derecho aplicable*. Si el contrato fuera de consumo y existiera un conflicto de leyes, la determinación de la ley aplicable correspondería al Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Reglamento Roma I). En virtud de su art. 6, y tratándose de un consumidor pasivo, se aplicarían las normas del país de su residencia habitual. De este modo, los órganos de resolución extrajudicial del art. 21 podrían alinearse con el art. 11 de la Directiva ADR⁶⁴, aunque, como veremos, no está del todo claro qué normativa aplicarán efectivamente los OSC al determinar el marco jurídico aplicable.

La doctrina ha identificado tres posibles vías que podrían seguir los OSC a este respecto. En primer lugar, podrían optar por aplicar exclusivamente las condiciones generales de las plataformas, limitándose a verificar si la decisión impugnada se ajusta a las obligaciones contractuales asumidas por la propia plataforma, sin entrar a valorar la ley aplicable ni realizar un análisis normativo más amplio. En segundo lugar, podrían aplicar la legislación contractual pertinente, determinada conforme a las reglas de conflicto de leyes, como las del Reglamento Roma I. Finalmente, podrían adoptar un enfoque basado en los derechos fundamentales, fundamentando sus decisiones —principal o exclusivamente— en estándares derivados del Derecho de los derechos humanos. En esta línea, ya se ha analizado el art. 14 del Reglamento. En consecuencia, el OSC debería contrastar las condiciones generales con las garantías previstas en dicho precepto⁶⁵.

⁶³ R. BARCELÓ COMPTE e Y. MORENO CASTRO, «El principi de legalitat en vista de l'arbitratge de consum: música celestial?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 28, 2023, pp. 119-172. También M.B.M. LOOS, «Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law», *European Review of Private Law*, 1-2016, pp. 75-76.

⁶⁴ Como señalan P. ORTOLANI y G.I. GRADONI, («Applicable Law in Out-of-Court Dispute Settlement: Three Vertigos under Article 21 of the DSA», DSA Observatory, 2025 [última consulta realizada el 24 de octubre de 2025]), las disputas que se plantean en torno a las decisiones de moderación de contenidos se alejan de las típicas controversias contractuales vinculadas a la adquisición de bienes o la contratación de servicios. En lugar de ello, se sitúan en un terreno híbrido, donde el contrato —sus condiciones generales— se entrelaza con derechos fundamentales como la libertad de expresión. Ya hemos visto que algunos tribunales nacionales, como los alemanes, han recurrido a la Directiva sobre cláusulas abusivas para evaluar la legalidad de las condiciones generales de las plataformas. Ahora bien, cabe preguntarse si los OSC están facultados para aplicar este mismo tipo de control, propio del poder judicial. En caso afirmativo, ello implicaría que los OSC deberían navegar por normativas nacionales diversas, lo que plantea desafíos tanto de competencia como de coherencia regulatoria.

⁶⁵ *Íd.*

Como se ha señalado *supra*, persisten dudas sobre la eficacia horizontal del art. 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, para reforzar esta tercera vía, puede invocarse el artículo 1 del Reglamento, que consagra la protección de los derechos fundamentales como uno de sus objetivos. En consecuencia, el OSC debería tener en cuenta estos derechos al resolver los litigios, aplicando estándares que trascienden el mero cumplimiento contractual. De hecho, algunos organismos ya aplican estos estándares al resolver controversias⁶⁶.

Se ha destacado que la mayoría de las decisiones relativas a la moderación de contenidos que las plataformas han compartido⁶⁷ no versan sobre la ilicitud del contenido en sí, sino sobre la aplicación de las condiciones generales de uso de las plataformas⁶⁸. En última instancia, pues, es previsible que surjan OSC especializados en determinados tipos de condiciones generales, como aquellas relativas al discurso de odio, lo que permitiría una mayor especialización y coherencia en la resolución de controversias.

3.3. La resolución alternativa de litigios en consumo: ¿hacia una diferenciación por tipo de conflicto?

El art. 21.9 del Reglamento señala que lo establecido por el artículo debe entenderse sin perjuicio de la Directiva ADR y de los procedimientos y entidades de resolución alternativa de litigios para los consumidores establecidos en virtud de esta.

Interesa valorar, pues, si a la luz de este apartado, existen distintas vías de resolución de conflicto (es decir, la señalada por la Directiva ADR y la contemplada en el art. Reglamento en el art. 21) para los distintos tipos de conflictos de consumo previamente identificados (*clásicos y emergentes*).

La duda surge a propósito de lo que señala el considerando 60 del Reglamento, que sugiere que los litigios contractuales entre consumidores y empresas relativos a la adquisición de productos o servicios deben canalizarse a través de entidades homologadas conforme a la Directiva ADR. En este sentido, se aclara que las disposiciones del Reglamento

⁶⁶ Así, el Oversight Board de Meta. Véase un ejemplo de cómo resuelve aquí: <https://www.oversightboard.com/decision/bun-r5mzuwzm/> (última consulta 25 de octubre de 2025).

⁶⁷ El art. 21.4 del Reglamento obliga a los órganos certificados a informar anualmente del número de litigios resueltos, del tiempo medio necesario para resolverlos y de las dificultades encontradas.

⁶⁸ R. KAUSHAL, J. Van de KERKHOFF, C. GOANTA, «Automated Transparency: A Legal and Empirical Analysis of the Digital Services Act Transparency Debate», *FAccT '24: Proceedings of the 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, Association for Computing Machinery 2024*, p. 1126.

sobre resolución extrajudicial de litigios deben interpretarse sin perjuicio de dicha Directiva.

Así pues, y según lo expuesto, tanto el considerando como el artículo parecen apuntar a una distinción funcional: los conflictos derivados de intereses *clásicos* se resolverían mediante el mecanismo previsto en la Directiva ADR, mientras que los conflictos *emergentes* se canalizarían a través del procedimiento del art. 21 del Reglamento.

Veamos un ejemplo. El contrato que celebra un usuario al abrir una cuenta en una red social que permite compartir fotos y contenidos constituye, según el art. 621-67.1 del CCCat, un contrato de suministro de servicios digitales. Se trata de un contrato oneroso, en el que el consumidor autoriza el uso de sus datos personales como contraprestación por el servicio recibido (compartir contenidos, interactuar socialmente, consumir publicidad, etcétera)⁶⁹.

Supongamos que un consumidor sube un contenido que es retirado por la plataforma. En este caso, la plataforma está obligada a proporcionar una declaración clara y específica de los motivos (art. 17.1), y a moderar el contenido de forma diligente, objetiva y proporcionada, respetando los derechos fundamentales del destinatario del servicio (art. 14.4). Además, las condiciones generales deben describir cualquier restricción impuesta al uso del servicio (art. 14.1).

El consumidor podría alegar la vulneración de un derecho fundamental (como la libertad de expresión), pero también una posible falta de conformidad del servicio digital, en términos de funcionalidad (art. 621-20.1, letra *a* y art. 621-20.2, letra *b*), por remisión del art. 621-71 CCCat). En una lectura elemental, también podría esperarse que la plataforma garantice un cierto nivel de calidad (art. 621-20.2, letra *b*), lo que incluye tanto protección frente a otros usuarios (por ejemplo, discursos de odio) como una moderación proporcionada y diligente por parte de la plataforma⁷⁰.

Si analizamos las condiciones generales de una plataforma que presta un servicio como el descrito, vemos que las mismas indican que el servicio ofrece oportunidades personalizadas para *crear, conectar, comunicar, descubrir y compartir*. Si el consumidor ve impedido poder comunicar y compartir con otros usuarios del servicio, puede alegar, también una falta de conformidad con relación a la calidad del servicio prestado⁷¹.

⁶⁹ Véase *supra* nota a pie de página núm. 13.

⁷⁰ M. GROCHOWSKI, *From Contract Law to Online Speech Governance*, *VerfBlog*, 2023/5/18, <https://verfassungsblog.de/contract-speech/>, DOI: [10.17176/20230518-140256-0](https://doi.org/10.17176/20230518-140256-0), p. 5.

⁷¹ Nótese aquí que la *Consumer Rights Act* del 2015 del Reino Unido, en su S.9, señala la obligatoriedad para los bienes de presentar una calidad satisfactoria (*satisfactory quality*) refiriéndose a aquella que una persona razonable pueda esperar en atención a la descripción de los bienes, el precio y cualquier otra circunstancia relevante. Sobre el concepto de calidad en

¿Es el contrato de suministro de servicios digitales un contrato de prestación de servicios? La Directiva 2019/770, de 20 de mayo, crea una categoría *ad hoc* específica para el contenido y servicio digital⁷², dejando a los Estados miembros la decisión sobre si estos contratos deben considerarse de compraventa o de servicios (considerando 12). Si analizamos el art. 2 de la Directiva ADR, y con relación a la definición de contrato de servicios, el mismo señala que es *todo contrato, con excepción de un contrato de compraventa, en virtud del cual el comerciante presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio*. Con relación al carácter oneroso del contrato de suministro de servicios digitales, ya hemos apuntado *supra* el carácter oneroso de aquellos contratos en los que los datos son el precio o la contraprestación del servicio digital prestado^{73 74}.

En este contexto, resulta difícil comprender por qué la propuesta de Directiva que modifica la Directiva ADR [COM (2023) 649 final] insiste, en su considerando 4, en la necesidad de aclarar que los litigios contractuales derivados de la venta de bienes o la prestación de servicios incluyen el contenido y los servicios digitales. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 1 de la propuesta. Además, el informe de impacto de dicha propuesta parece reforzar la diferenciación entre el ámbito de aplicación de la entidad de la Directiva ADR y el OSC del Reglamento⁷⁵.

Sin embargo, como muestra el ejemplo propuesto, el consumidor podría optar por una doble vía de resolución alternativa: el arbitraje de consumo (con la limitación de la voluntariedad de adhesión por parte del empresario, art. 23 del Real Decreto 713/2024 y art. 9.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) o el procedimiento previsto en el art. 21 del Reglamento, que, aunque no produce efectos vinculantes, obliga a las plataformas a someterse al procedimiento si el destinatario del servicio elige un órgano certificado por el coordinador de servicios digitales⁷⁶.

los contenidos o servicios digitales, véase M. GARCÍA GOLDAR, «La calidad en los contenidos o servicios digitales prestados por Inteligencia Artificial desde el derecho de consumo: un breve ensayo», *Ius et Scientia*, vol. 7, núm. 2, 2021, pp. 357-369.

⁷² R. BARCELÓ COMPTE, G. RUBIO GIMENO, «Supply of Goods With Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 3, 2022, p. 82.

⁷³ Véase, también, E. ARROYO AMAYUELAS, «Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 86, p. 71, 2025.

⁷⁴ Los informes de impacto que acompañan la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva ADR también van en esta misma línea de señalar la necesidad de incluir en el ámbito de aplicación la Directiva ADR la referencia a los contratos en los que la contraprestación no sea dinero, sino datos personales. (SWD (2023) 335 final Part 1/2, p. 31.

⁷⁵ SWD 2023 335 final, p. 26.

⁷⁶ Nótese que el informe también pone de relieve la posibilidad de que los órganos de resolución alternativa de consumo (así, las juntas arbitrales de consumo) puedan ser certificados, también, como órganos alternativos a la luz del art. 21, SWD (2023) 335 final Part 2/2, p. 26.

Desde nuestro punto de vista, el ámbito de aplicación de ambos procedimientos no está tan claramente diferenciado, y las reclamaciones vinculadas tanto a intereses *clásicos* como *emergentes* pueden resolverse a través del procedimiento de la Directiva ADR, aunque, en el caso del arbitraje de consumo, con la limitación de la voluntariedad del procedimiento⁷⁷.

4. REFLEXIONES FINALES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿DE VALOR POLÍTICO A SERVICIO PARA EL CONSUMIDOR?

Hemos señalado que las plataformas digitales están asumiendo un rol que tradicionalmente ha correspondido al Estado, especialmente cuando se les exige que, en sus actividades de moderación de contenidos, respeten los derechos fundamentales de los usuarios, en particular el derecho a la libertad de expresión.

La aparición de estos intereses *emergentes* interpela al legislador, que responde mediante el Reglamento. No obstante, los conflictos derivados de esta nueva configuración no se limitan al ámbito público: también presentan una dimensión privada, en tanto que afectan a relaciones de consumo. Las redes sociales han generado patrones inéditos de consumo, en los que las plataformas operan como infraestructuras esenciales para el ejercicio de derechos fundamentales. En este contexto, la libertad de expresión deja de concebirse exclusivamente como un valor político y pasa a configurarse como un servicio ofrecido al consumidor⁷⁸.

La respuesta jurídica adecuada a esta transformación debe provenir del Derecho contractual de consumo. El art. 14 del Reglamento proporciona un conjunto de herramientas contractuales que permiten trasladar los estándares de los derechos fundamentales al plano horizontal, habilitando a los usuarios para invocarlos directamente frente a las plataformas —o al menos eso se desprende del apartado 4 del citado artículo—. Difícilmente podría alcanzarse un resultado equivalente sin recurrir al canal contractual. La incorporación de estándares de libertad de expresión y otros derechos fundamentales en las prácticas de moderación de contenidos exigiría, en ausencia de este canal, una intervención pública de carácter vertical, menos flexible y menos adaptada a la diversidad de situaciones concretas que pueden abordarse desde el Derecho contractual⁷⁹.

⁷⁷ Sobre el arbitraje de consumo obligatorio, véase M. GRAMUNT FOMBUENA, «¿Arbitraje de consumo obligatorio?», en M. GRAMUNT FOMBUENA y G. RUBIO GIMENO (Coord.), *La conformidad de los bienes y los servicios y contenidos digitales tras la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 771*, Barcelona, Marcial Pons, Col·legi Notarial de Catalunya, 2023, pp. 317-331.

⁷⁸ M. GROCHOWSKI, *From Contract Law to Online Speech Governance...*, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁹ Señala Grochowski que la economía de consumo ha abrazado, hoy en día, la libertad de expresión como uno de sus valores fundamentales, cfr. M. GROCHOWSKI, «Freedom of Speech, Consumer Protection and the Duty to Contract...», *op. cit.*, p. 132.

La premisa de que el uso de redes sociales constituye, en sí mismo, una forma de consumo abre nuevas vías para que los individuos reclamen protección frente a una «infraestructura del discurso» monopolizada por las plataformas. En un contexto de creciente atención regulatoria sobre la moderación de contenidos en línea, y de consolidación de normas europeas y nacionales en la materia, será necesario observar con atención el impacto que esta evolución tiene sobre el cuerpo normativo del Derecho de consumo⁸⁰.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU RAVENTÓS, L., «El concepte de consumidor», en ARNAU RAVENTÓS, L., *Dret català de consum*, Barcelona, Atelier Llibres Jurídics, 2024, 39-67.
- ARONSTEIN, I. V., *Remedies for infringements of Eu law in legal relationships between private parties*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «Art. 14 DSA. Terms and Conditions», en SCHULZE, R., Staudenmayer, D, *EU Digital Law*, Baden-Baden, München, Oxford, Nomos, Beck Hart, 2ª edición, 2025.
- «Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», *Rev. Fac.Direito UFMG*, Belo Horizonte, núm. 86, 65-84.
- BARBA, V., *Principio de no discriminación y contrato*, A Coruña, Colex, 2023.
- BARCELÓ COMPTE, R. y MORENO CASTRO, Y., «El principi de legalitat en vista de l'arbitratge de consum: música celestial?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 28, 2023, 119-172.
- BARCELÓ COMPTE, R. y RUBIO GIMENO, G., «Supply of Goods With Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, número 3, 2022, 106-112.
- BERBERICH, M., «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», en STEINRÖTTER, B, HEINZE, C, DENG, M.N, *EU Platform Law. A Handbook*, Baden-Baden, München, Oxford, Beck Hart Nommos, 2025, 145-164.
- DE ELIZALDE, F., «Fragmenting Consumer Law Through Data Protection and Digital Market Regulations: The DMA, the DSA, the GDPR, and EU Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 48, 2025, 355-389.
- DOUEK, E., «Content moderation as systems thinking», *Harvard Law Review*, vol. 136, núm. 2, 2022, 526-607.
- EIFERT, M., METZGER, A., SCHWEITZER, H. y WAGNER, G., «Taming the giants: The DMA/DSA Package», *Common Market Law Review*, vol. 58, número 4, 2021, 987-1028.
- FIALA, L. y HUSOVEC, M., «Using experimental evidence to improve delegated enforcement», *International Review of Law & Economics*, vol. 71, 2022, 1-18.
- GARCÍA GOLDAR, M., «La calidad en los contenidos o servicios digitales prestados por Inteligencia Artificial desde el derecho de consumo: un breve ensayo», *Ius et Scientia*, vol. 7, núm. 2, 2021, 145-162.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 136.

- FROSIO, G. y GEIGER, C., «Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime», *European Law Journal*, vol. 29, núm. 1-2, 2023, 1-27.31-77.
- GRAMUNT FOMBUENA, M., «¿Arbitraje de consumo obligatorio?», en M. GRAMUNT FOMBUENA Y G. RUBIO GIMENO (Coord.), *La conformidad de los bienes y los servicios y contenidos digitales tras la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 771*, Barcelona, Marcial Pons, Col·legi Notarial de Catalunya, 2023.
- GRIFFIN, R., «Procedural Fetichism in the Digital Services Act», *European Journal of Legal Studies LT Special Issue*, 2025, 11-59.
- GRIMMELMANN, J., «The Virtues of Moderation», *Yale Journal of Law & Technology*, 2015, 42-109.
- G'SELL, F., «The Digital Services Act: a General assessment», en A. VON UNGERN-STERNBERG, *Content Regulation in the European Union*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V., 2023, 85-117.
- GROCHOWSKI, M., *From Contract Law to Online Speech Governance*, *VerfBlog*, 2023/5/18, <https://verfassungsblog.de/contract-Speech/>, DOI: 10.17176/20230518-140256-0.
- «Consumer Law for a Post-Consumer Society», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, núm. 1, 2023, 1-3.
- «Freedom of Speech, Consumer Protection and the Duty to Contract», en C. MAK & B. KAS (Eds.), *Civil Courts and the European Polity*, Oxford, Hart Publishing, 2023, 124-137.
- «Digitalization», en H-W. MICIKLITZ, M. NAMYSLOWSKA, *Elgar Concise Encyclopedia of Consumer Law*, 2024, 109-113.
- «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?», en CREA, C. A. DE FRANCESCHI, A., (Eds.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, 201-225.
- «Consumer Vulnerability: A Genealogy», en S. GRUNDMANN Y P. SIRENA: *European Contract Law and Future Challenges*, Intersentia, Louvain-La-Neuve, 2025, 117-138.
- HUSOVEC, M. «(Ir) Responsable Legislature? Speech Risks under the EU's Rules on Delegated Enforcement», (September 17, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3784149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3784149>.
- «Rising above liability: the digital services act as a blueprint for the second generation of global internet rules», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, 2023, 883-920.
- *Principles of the digital services act*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- JANAL, R., «Impacts of the Digital Services Act on the Facebook "Hate Speech" Decision by the German Federal Court of Justice», en A. VON UNGERN-STERNBERG (ed.), *Content Regulation in the European Union, The Digital Services Act*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V. Institute for Digital Law Trier (IRDT), 2023, 119-138.
- KAUSHAL, R., VAN DE KERKHOF, GOANTA, C., «Automated Transparency: A Legal and Empirical Analysis of the Digital Services Act Transparency Debate», *FaccT '24: Proceedings of the 2024 ACM Conference on Fairness*,

- Accountability, and Transparency, Association for Computing Machinery* 2024, 1121-1132.
- LANGHANKE, C. y M. SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, núm. 6, 2015, 218-223.
- LEERSSEN, P., VAN DUIN, A., TOEPOEL, I. y VAN HOBOKEN, J., *Pathways to Private Enforcement of the Digital Services Act* (DSA), Amsterdam, Institute for Information Law (IViR, University of Amsterdam), 2025, 1-52.
- LEERSSEN, P., «An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation», *Computer Law & Security Review*, vol. 48, 2023, 1-13.
- LOOS, M.B.M «Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law», *European Review of Private Law*, vol. 4, núm. 1, 2016, 61-79.
- MAAMAR, N., «Chapter 4. Due diligence obligations of providers of intermediary services», en TORSTEN, K., *New Digital Services Act. A practitioner's Guide*, Baden-Baden, München, Oxford, Beck Hart Nommos, 2024, 89-112.
- MAK, V., «Redefining equality in European contract law: protecting consumer interests in a post-consumer society», *European Law Open*, vol. 3, 561-586.
- MAURITZ, F.K., «To Define Is Just to Define. Illegal content according to Article 3 lit. h DSA and the conflict of laws», en *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2024.
- MICKLITZ, H. W., DOMURATH, I., «EU Digital Private Law: Tattering or New Beginning?», *European Review of Contract Law*, vol. 20, núm. 4, 2024, 263-319.
- MICKLITZ, H.-W., «Dissolution of EU Consumer Law Through Fragmentation and Privatisation», en N. HELBERGER, B. KAS, H.-W MICKLITZ, M. NAMYSŁOWSKA, L. NAUDTS, P. ROTT, M. SAX, M.V. BRUSSELS, *Digital Fairness for Consumers*, BEUC: The European Consumer Organization, Bruselas, 2024, 25-69.
- NAMYSŁOWSKA, M., «The Silent Death of EU Consumer Law and Its Resilient Revival: Reinventing Consumer Protection Against Unfair Digital Commercial Practices», *Journal of Consumer Policy*, vol. 48, 2025, 317-336.
- NOVOVIC, M., *The EU Digital Services Act (DSA): A Commentary*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2024.
- ORTOLANI, P., «If you Build It, They Will Come: The DSA's "Procedure Before Substance" Approach», *VerfBlog*, 2022/11/07.
- «The resolution of content moderation disputes under the Digital Services Act» (2022) 2 *Giustizia Consensuale*, 2-2002.
- «If You Build It, They Will Come», en VAN HOBOKEN, J., QUINTAIS, J.P, APPELMAN, N., FAHY, R., BURI, I. y STRAUB, M., *Putting the DSA into Practice*, Berlin, Verfassungsblog gGmbH, 2023, 151-166.
- ORTOLANI, P. y GRADONI, G.L., «Applicable Law in Out-of- Court Dispute Settlement: Three Vertigos under Article 21 of the DSA», *DSA Observatory*, 2025.
- ORTOLANI, P., GOANTA, C., «Unpacking content moderation: The rise of social media platforms as online civil courts», en X. KRAMER, J. HOEVENAARS, B.

- KAS y E. THEMELI, *Frontiers in Civil Justice: Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Edward Elger Publishing, 2022, 192-216.
- QUINTAIS, J. P., APPELMAN, N., Ó FATHAIGH, R., «Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation», *German Law Journal*, vol. 24, núm. 5, 2023, 881-911.
- RUBIO GIMENO, G., «Vulnerabilidad del consumidor en la contratación intermediada por prestadores de plataformas en línea», en L. Arnau Raventós, *Contratación en plataformas*, Barcelona, Atelier, 2025, 139-160.
- SPRENGER, T., «Enforcing Put Backs in German and European Law», *GRUR International Journal of European and International IP Law*, vol. 72, núm. 10, 2023, 933-938.
- SZILÁGYI, F., «Personal Data as Consideration for the Facebook Service», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, núm.4, 2022, 154-161.
- VAN DUIN, A., *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation*. Article 47 in practice, Louvain-La-Neuve, Intersentia, 2022.
- WENDEL, M., «Taking or Escaping Legislative Responsibility? EU Fundamental Rights and Content Regulation under the DSA», en A. VON UNGERN-STERNBERG, *Content Regulation in the European Union*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V., 2023, 59-85.
- WISCHMEYER, T., «Fundamental Rights Obligations of Private Platforms Operators Under the EU Digital Services Act», Legal opinion commissioned by the Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. 2023, 1-25.