

CLÁUSULAS SOBRE MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LAS PLATAFORMAS DE COMUNICACIÓN SOCIAL Y SUS LÍMITES

Esther Arroyo Amayuelas
Catedrática de Derecho Civil
Universitat de Barcelona*

Resumen: Cualquier medida de moderación de contenidos requiere una base legal o contractual. A propósito de los términos y condiciones de los contratos, el art. 14 DSA indica cómo deben actuar los intermediarios para evitar decisiones injustificadas y, a la vez, proporciona a los ciudadanos la clave para obligar a estos últimos a restituir los contenidos indebidamente eliminados. La tarea de moderación de contenidos se desplaza hacia el Derecho privado, que ahora desempeña un papel cuasi constitucional, porque en esa tarea se deben tener en cuenta los derechos fundamentales de todas las partes implicadas. Esto significa reconocer su eficacia en una relación entre privados, que es algo que va más allá del tradicional ámbito de aplicación material de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Palabras clave: condiciones generales, derechos fundamentales, discurso del odio, información, intermediarios, moderación de contenidos, plataformas, transparencia.

* Miembro del Instituto TransJus en la U. Barcelona. La contribución se enmarca en el proyecto de I+D+i PID2024-157907NB-I00, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y el FEDER «Una forma de hacer Europa». Los comentarios al art. 14 DSA contenidos en el libro SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, 2ª ed., Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2025, pp. 768-762, ocasionalmente citados en este trabajo, aparecen publicados con mi nombre. Eso es un error editorial que ha sido enmendado *a posteriori*, con distribución a los autores de separatas corregidas. El autor de los comentarios al art. 14 DSA es Alberto DE FRANCESCHI y su autoría se reflejará en las citas que aquí se hagan al comentario de ese precepto.

Abstract. Any measure to moderate content requires a legal or contractual basis. As regards the intermediaries' contractual terms and conditions, article 14 of the DSA provides guidance on how intermediaries should act to avoid unfair decisions, while also giving individuals the power to claim that the content that has been wrongfully removed be restored. The task of moderation is transferred to private law, which plays a quasi-constitutional role because decisions must take into account fundamental rights of all parties concerned. This implies recognising their impact in a private relationship, which goes beyond the traditional material scope of Directive 93/13.

Keywords: standard terms and conditions, fundamental rights, hate speech, information, intermediaries, content moderation, platform, transparency.

I. INTRODUCCIÓN. II. LO ILÍCITO Y LO LEGAL, PERO INAPROPIADO. III. LOS PROBLEMAS DE LA AUTORREGULACIÓN. IV. LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS PLATAFORMAS. 1. Neutralidad de la plataforma, a pesar de seleccionar contenidos. 2. Selección de contenidos de acuerdo con las condiciones generales de la contratación. 3. ¿Qué libertad de selección? 4. No existe el deber de tolerar todo lo que no es ilegal. 5. Sin embargo, la autonomía privada no es plena. V. LOS LÍMITES A LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES. 1. Información y transparencia. 1.1. Información. 1.1.1. Información sobre la política de moderación de contenidos. 1.1.2. Información sobre la toma de decisiones. 1.1.3. Información sobre medidas y herramientas. A) Medidas. B) Herramientas. 1.1.4. Información adicional. 1.2. Transparencia. 2. Cómo hacer cumplir las restricciones. 2.1. Deber de actuar de forma diligente, objetiva y proporcionada. 2.2. Deber de respetar los derechos e intereses de todas las partes implicadas. VI. ¿CONTROL DE CONTENIDO DE LOS TÉRMINOS DEL SERVICIO? VII. UNA PRETENSIÓN A LA RESTITUCIÓN DE LA CUENTA: LOS ARGUMENTOS DE LA SAP (SECCIÓN 3ª) BALEARES 26 DE MARZO DE 2020. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen tratan de los problemas relacionados con la moderación de los contenidos de los usuarios por parte de las plataformas —por lo general redes sociales—, no porque planteen problemas de licitud, sino porque son indeseables o solo son presuntamente ilegales según la política de la empresa. Se explica cómo aborda el Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre, de Servicios Digitales (en adelante, DSA) el conflicto entre los intereses contrapuestos de los usuarios a defender su libertad de expresión y los de los intermediarios que deciden suprimir contenidos de acuerdo con los términos del servicio y las normas de uso de la comunidad. Se pretende dar respuesta a la cuestión de si y/o cuándo existe un derecho a eliminar contenidos, o más bien un deber de reinstalarlos, de acuerdo con los parámetros que proporciona el art. 14 DSA. A la vez, el

artículo muestra cómo la digitalización de las relaciones contractuales abre nuevas perspectivas en la dogmática del Derecho privado.

II. LO ILÍCITO Y LO LEGAL, PERO INAPROPIADO

Los intermediarios de *hosting* y plataformas *online* deben suprimir los ilícitos de los usuarios con el fin de no perder la exención de responsabilidad por los contenidos de terceros (art. 6 DSA) y/o para evitar ser responsables por la infracción de sus propios deberes de diligencia (art. 54 DSA)¹. Eso les obliga a actuar con rapidez, en el plazo normativamente previsto, o tan pronto como tengan conocimiento de la ilicitud (Cap. III Sección 2 DSA), sin necesidad de que exista una resolución judicial que establezca la ilegalidad del contenido en cuestión (Cdo. 22 DSA)². De acuerdo con el art. 3 h) DSA, lo que sea ilícito deberá juzgarse de conformidad con las normas europeas o nacionales, siempre que estas últimas estén de acuerdo con la normativa europea, y, por eso mismo, cabe asumir que la supresión de contenidos no debería plantear problemas cuando exista amparo legal, e.g. contenido prohibido sobre apología del terrorismo³, sin que esta afirmación pueda ocultar lo difícil que puede llegar a ser determinar la ilegalidad en determinados casos, a la vista de las diferencias que pueden existir en los Estados miembros en ámbitos no armonizados (e.g. promoción del aborto, blasfemia, publicidad de bebidas edulcorantes) y también cuando la califi-

1. Sobre el particular, ARROYO AMAYUELAS, E., «Art. 6 DSA», en SCHULZE/STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law*, cit., pp. 732-759; FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Exención de responsabilidad de los prestadores intermediarios y obligaciones de diligencia debida en el nuevo Reglamento de Servicios digitales ¿dos mundos aparte?», en CÁMARA ÁGUILA, P., AGÜERO ORTIZ, A. (dirs.), *Derecho privado y tecnología*, Aranzadi, Cizur Menor, 2025, pp. 399-459. En Alemania, sobre la responsabilidad como perturbador o *Störer*, por incumplir las obligaciones de conducta que incumben al prestador, vid. SPINDLER, G., «¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el Mercado Único Digital», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2019, [pp. 385-438], pp. 386-387. Para el régimen de exención en materia de propiedad intelectual, en España, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La transposición al derecho español de los arts. 17 y 2.6 de la Directiva de derechos de autor en el mercado único digital», en CÁMARA ÁGUILA, P., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (dirs.), *La transposición en España de la Directiva sobre derechos de autor y mercado único digital*, Tirant lo Blanch, València, 2025, pp. 495-521.

2. Sobre las formas de obtener conocimiento, con anterioridad a la DSA, vid. STJUE 12 julio 2011 (*L'Oréal SA et al.*, C 324/09) (§ 120). En general, ARROYO AMAYUELAS, E., «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?», *CDT*, 12 (1), 2020, pp. 822-827; además, ARROYO AMAYUELAS, «Art. 6 DSA», cit., Rn. 20 ss., pp. 740 ss.

3. A propósito de los proveedores de *hosting*, Reglamento (UE) 2021/784, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea.

cación dependa completamente del contexto (insultos) y/o un mismo comportamiento pueda ser juzgado de distintas maneras⁴.

Aunque un determinado contenido esté permitido por la ley, su distribución puede estar vetada en la plataforma⁵. Por lo general, los moderadores aplican normas más estrictas, que van más allá de las prohibiciones legales, porque la necesidad de preservar la libertad de expresión debe conjugarse con la necesidad de proporcionar un entorno en línea amigable y no abusivo y, por consiguiente, los usuarios que contratan con el intermediario deben cumplir con lo establecido en los términos y condiciones del servicio⁶. Un reciente estudio de la base de datos de transparencia de la DSA demuestra que casi el 100 % de las decisiones de moderación de contenidos se refieren a contenidos que violan las condiciones de uso del servicio de la plataforma y no a contenidos ilegales⁷, aunque es probable que la remoción de estos últimos sea también consecuencia de la infracción de los términos del servicio⁸. Sea como fuere, la distinción entre lo ilegal y el fundamento contractual de la moderación de contenidos es constante a lo largo de la DSA y se aprecia, entre otros muchos preceptos, en los arts. 3 t), 17.3 e), 20.1, 20.4, 21.2, 38.3 DSA. El art. 14 DSA impone por primera vez un régimen regulatorio para esos términos y condiciones y, a través de un control de contenido y transparencia, desplaza la tarea de moderación hacia el Dere-

4. HUSOVEC, M., *Principles of the Digital Services Act*, Oxford University Press, Oxford, 2024, pp. 215-216; BERBERICH, M., «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», en STEINRÖTTER, B., HEINZE, C., DENG, M. (eds.), *EU Platform Law. A Handbook*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2025, Rn. 21, p. 114; KUHLMANN, S./TRUTE, H. H., «Die Regulierung von Desinformationen und rechtswidrigen Inhalten nach dem neuen Digital Services Act», 2022, *GSZ*, p. 119. A propósito de la difamación, HERRERÍAS CASTRO, Laura, «Liability of Online Platforms in Defamation Cases», *JIPITEC*, 16, 2025, Rn. 58, p. 263; sin embargo, considera plausible el combate de ilícitos «parecidos», STJUE 3 octubre 2019 (*Glawischnig-Piesczek*, C 18/18) (§ 41).

5. *Vid.* en particular *infra* IV.4.

6. Por todos, SARTOR, G., «The impact of algorithms for online content filtering or moderation - Upload filters», documento elaborado a petición de la Comisión de Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales del Parlamento Europeo, Documento PE 657.101, Bruselas, 2020, p. 18.

7. KAUSHAL, R./VAN DE KERKHOFF, J./GOANTA, C. /SPANAKIS, G./IAMNITCHI, A., «Automated Transparency: A Legal and Empirical Analysis of the Digital Services Act Transparency Database», en *FACCT '24*, June 03–06, 2024, Rio de Janeiro, Brazil, Proceeding of the 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency: «99.8% of the SoRs are reported as ToS violation and only 0.2% as illegal content» (textos in paginar, la frase pertenece al epígrafe 5.3). Disponible en: <https://facctconference.org/static/papers24/facct24-75.pdf>. Cifras muy similares, a partir de un estudio anterior realizado sobre la base de otros datos, WAGNER, B., «Digital Election Observation: Regulatory Challenges Around Legal Online Content», *The Political Quarterly*, 91 (4), 2020, p. 740: «Within this 10.9 per cent of deleted content, 4.33 per cent was deleted for reasons of legal compliance, while 95.67 per cent was deleted owing to terms of service violations». Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-923X.12903>

8. BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn. 33, p. 122.

cho privado⁹, que ahora debe tener en cuenta la eficacia indirecta de los derechos fundamentales en una relación entre particulares. Por consiguiente, se otorga al Derecho privado un rol cuasiconstitucional¹⁰.

III. LOS PROBLEMAS DE LA AUTORREGULACIÓN

Hace mucho tiempo que las plataformas canalizan masivamente las comunicaciones y, más que facilitar la comunicación, condicionan la práctica social de interacción, porque muchos contenidos no se podrían hacer públicos en otro lugar¹¹. La enorme relevancia de las plataformas como fuente de información y orientación del discurso público y la vida social exige poner límites a la autorregulación, cuyos riesgos aumentan por mor de la

9. No es la primera vez que la UE opta por la técnica de desplazar (en parte) la protección de intereses públicos al ámbito del Derecho privado. A propósito de las condiciones generales del servicio de prestadores de plataformas de intercambio de vídeos, *vid.* art. 28ter 3 de la Directiva 2010/13/UE, de servicios de comunicación audiovisual, tal y como resultó modificado por el art. 1.23 Directiva (UE) 2018/1808, de 14.11.2018; art. 5.1-3 Reglamento (UE) 2021/784, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea. Es preciso, igualmente, informar de las excepciones al *copyright* en las condiciones del servicio que ofrece intercambio de vídeos, art. 17.9 Directiva 2019/790, de 17.4.2019. *Vid.* QUINTAIS, J. P., APPELMANN, N., FATHAIG, R. Ó, «Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation», 24, 2023, *GLJ*, p. 890. También las recomendaciones del Consejo de Europa consideran imprescindible contar con la colaboración de las empresas en el diseño de los contratos. *Vid. La Lucha contra el discurso del odio* (Junio 2022), apartado 31, p. 11. Disponible en: <https://rm.coe.int/cm-recommendation-on-combating-hate-speech-esp-/1680ae4164>.

10. Antes, en general, WIELSCH, D., «Private Law Regulation of Digital Intermediaries», 2, 2019, *ERPL*, Rn. 6, p. 200: [...] private law rules [...] acquire constitutional quality, since they set up the scope for regulation of civil liberties through intermediaries instead of regulation through the state»; Rn. 20, p. 205. Por lo general, la doctrina pone el acento en la interdependencia de las reglas públicas y privadas en la regulación de las plataformas digitales. Así, SCHULZ, W., OLLIG, CH., «Hybrid Speech Governance. New Approaches to govern Social Media Platforms under the European Digital Services Act?», 14, 2023, *JIPITEC*, esp. pp. 573 ss. Desde la perspectiva de Derecho público, se habla de constitucionalismo digital para enfatizar el hecho de que las soluciones generalmente basadas en el Estado de Derecho se trasladan también al orden privado. Así, entre muchos, CELESTE, E., «Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation», 33, 2019, *International Review of Law, Computers & Technology*, pp. 76-99; POLLICINO, O., «The quadrangular shape of the geometry of digital power(s) and the move towards a procedural digital constitutionalism», *ELJ*, 29 (1-2), 2023, pp. 10-30.

11. WIELSCH, «Private Law», cit., Rn. 1, p. 198: «[...] it is the medium that creates a distinct form of social interaction. Social practice gets technologically mediated [...]»; *idem* Rn. 4, p. 199. Sobre la influencia de las plataformas en la formación de la opinión pública, ampliamente, KETTEMANN, M. C., TIEDEKE, A. S., «Back up: Can users sue platforms to reinstate deleted content?», *Internet Policy Review*, 9 (2), 2020, Berlin, Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, pp. 1-20; SPINDLER, G., «Funktion und Verantwortung von Plattformen als Informations-Intermediäre», en SPIECKER (DÖHMANN), I., WESTLAND, M., CAMPOS, R. (eds.), *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen*, Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 75 ss.; BASANTA VÁZQUEZ, B., AZURMENDI, A., «Las plataformas digitales y el derecho a la información: de meros alojadores a actores responsables», *Revista de Comunicación*, 24 (1), 2025, pp. 17-33.

inadecuación de la Directiva 93/13 al mundo *online*¹², aunque, paradójicamente, es esa norma precisamente la que en algunos países (señaladamente, en Alemania) ha permitido examinar si los términos del servicio, esto es, las condiciones generales de la contratación, perjudicaban de manera desproporcionada a los usuarios, en contra de las exigencias de la buena fe¹³.

La autorregulación está expuesta al peligro de opacidad de los criterios que hacen servir los prestadores para determinar las razones por las que los contenidos deben ser eliminados y alimenta la censura del intermediario frente al proveedor de contenidos lícitos indebidamente retirados o bloqueados sin, aparentemente, el riesgo de tener que soportar una demanda de responsabilidad por incumplimiento contractual¹⁴. Hasta la fecha, las razones por las que los contenidos debían ser eliminados han sido poco o nada transparentes¹⁵. Proporciona una muestra la SAP (Sección 3ª) Baleares, de 26 de marzo de 2020, a la que luego aludiré con más detalle¹⁶. En particular, el demandante denunciaba las siguientes condiciones de uso de *Twitter*:

«También podremos eliminar o negarnos a distribuir cualquier Contenido que se encuentre en los Servicios, suspender o cancelar a usuarios y reclamar nombres de usuario sin ninguna responsabilidad hacia usted»; «Podremos suspender o cesar a su cuenta, o bien dejar de suministrarle todos o parte de los Servicios, en cualquier

12. DUROVIC, M., POON, J., «Consumer Vulnerability, Digital Fairness, and the European Rules on Unfair Contract Terms: What Can Be Learnt from the Case Law Against TikTok and Meta?», *J. Consum Policy*, 46, 2023, pp. 421-422, 427 ss.

13. En el contexto del respeto por los derechos fundamentales, una muestra de jurisprudencia en BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn. 42 ss., pp. 129 ss. En los Países Bajos, el *Rechtbank Noord-Holland*, en sentencia 6.10.2021, recurre a la razonabilidad y la buena fe para ponderar los intereses en conflicto, sobre la base del art. 6:248.1 BW ante una condición general que permitía cerrar la cuenta del usuario sin previa notificación, sobre la base del derecho recíproco de la plataforma y de la empresa a desistir del contrato. Con carácter más general, en Francia, *vid.* TGI Paris 7.8.2018 (breve comentario, MATO PACÍN, Mª N., «Los contratos de redes sociales como contratos mediante condiciones generales», en ALONSO PÉREZ, Mª T., HERNÁNDEZ SAINZ, E. (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson, Cizur Menor, 2020, pp. 91-100); TGI Paris 9.4.2019; *Cour de Cassation* 14.04.2023. En general, LOOS, M., LUZAK, J., «Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers», *J. Consum Policy*, 39, 2016, pp. 63-90; PONCIBÒ, C., «The UCTD 30 Years Later: Identifying and Blacklisting Unfair Terms in Digital Markets», *ERCL*, 19 (4), 2023, pp. 330 ss; WIELSCH, «Private Law», cit., Rn. 27-30, pp. 208-210.

14. Lo señala, entre muchos, YANNOPOULOS, G. N., «The Immunity of Internet Intermediaries Reconsidered?», en TADDEO, M., FLORIDI, L. (eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer International, Cham (Switzerland), 2017, p. 50.

15. En un pleito que nada tenía que ver con el cumplimiento de un contrato, la STS (Sala 3ª) 28.2.2022 (ROJ: STS 735/2022; ECLI:ES:TS:2022:735), FJ 5º (10), deja constancia de «[...] lo insatisfactorio que, tanto en lo procedimental como en lo material, es el escaso tratamiento legal de ese poder censor que se reservan contractualmente las redes sociales, erigidas hoy en día en medios de difusión masiva de todo tipo de contenidos, también políticos, con un poder e influencia manifiestos en tiempos electorales».

16. ROJ: SAP IB 513/2020; ECLI:ES:APIB:2020:513. *Vid. infra* epígrafe VII.

momento y por cualquier motivo, o sin motivo, como por ejemplo, si estimamos, dentro de lo razonable: (i) que usted ha incumplido estos Términos o las Reglas de Twitter, (ii) que usted nos provoca un riesgo o una posible responsabilidad legal; (iii) que su cuenta debe ser eliminada debido a una conducta ilícita; o (iv) que su cuenta debe ser eliminada debido a su inactividad prolongada; o (v) que suministrarle los servicios ya no resulta viable comercialmente. Realizaremos los esfuerzos razonables para notificarle a través de la dirección de correo electrónico asociada a su cuenta o a la próxima vez que intente acceder a dicha cuenta, dependiendo de las circunstancias».

En España, la doctrina no ha observado especiales problemas de abusividad en esas condiciones generales¹⁷, pero es claro que son conflictivas¹⁸ y, en muchos casos, contrarias a la libertad de expresión. Para empezar, cláusulas que permiten cancelar el servicio, total o parcialmente, por cualquier razón, o que dan a la empresa la discrecionalidad para apreciar cuándo ha habido una infracción de los términos y condiciones, van contra el principio de objetividad en la toma de decisiones¹⁹. Los proveedores de servicios que ofrecen infraestructuras esenciales para el ejercicio de la libertad de comunicación y expresión en línea, en particular, las redes sociales (*Youtube, Facebook, Instagram, TikTok, Twitter*), pero también blogs y, seguramente, aun otros canales (*WhatsApp, Telegram*)²⁰, deben enfrentarse ahora a las nuevas exigencias que impone el art. 14 DSA. La finalidad del precepto es contribuir a la predictibilidad de las decisiones de las empresas, sin distinguir en función de si sus servicios están o no a disposición de todo o el gran público o, lo que es lo mismo, independientemente de que los prestadores ocupen o no una posición dominante en el mercado. Es un

17. MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Las condiciones generales de Twitter», *Revista del Centro de Estudios de Consumo*, de 25 de junio de 2015, esp. p. 3 ss.

18. LEERSEN, P., «Cut Out By The Middle Man», *JIPITEC*, 6 (1), 2015, Rn. 5-10, pp. 100-101; ROTT, P., «Data protection law as consumer law - How consumer organizations can contribute to the enforcement of data protection law», *EuCML*, 6 (3), 2017, p. 115. Esa conflictividad se puso de relieve en la intervención de la Comisión para que Facebook cambiara algunas de esas cláusulas. Vid. la noticia de prensa, Bruselas, 9.4.2019, «Facebook changes its terms and clarify its use of data for consumers following discussions with the European Commission and consumer authorities». Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_19_2048/IP_19_2048_EN.pdf. Entre nosotros, a propósito del *cloud computing*, recientemente, BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y., «Contratos de prestación de Servicios de computación en nube. Condiciones generales usuales», *RDP*, 2, 2025, pp. 78-115.

19. Sobre las infracciones más frecuentes de los derechos fundamentales en las condiciones de uso del Servicio, la libertad de expresión entre ellos, vid. BELLÍ, L., VENTURINI, J., «Private Ordering and the rise of terms and service as cyber-regulation», *Internet Policy Review. Journal of internet regulation*, 5 (4), 2016, pp. 9-10; VENTURINI, J. et al., *Terms of Service and Human Rights: an Analysis of Online Platform Contracts*, Rio de Janeiro, Revan, 2016, pp. 27 ss.

20. Sobre la problemática calificación como plataformas en línea de los servicios de mensajería (servicios de comunicación interpersonal) (Cdo. 14), vid. ARROYO AMAYUELAS, «Art. 6 DSA», cit., Rn. 12, p. 738; KUHLMANN/TRUTE, «Die Regulierung», cit., p. 115.

paso en la buena dirección en la lucha contra la eliminación o bloqueo arbitrario de contenidos que, con todo, plantea retos enormes, no solo a las empresas, sino también a los Estados miembros, que ahora deberán incorporar los derechos fundamentales entre los parámetros de transparencia y abusividad²¹.

IV. LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS PLATAFORMAS

Ya se ha dicho que cuando la información que proporcionan los usuarios es ilegal, las plataformas (utilizo el término genéricamente) tienen nula discreción editorial y están obligadas a eliminarlos si no quieren incurrir en responsabilidad ellas mismas. Sin embargo, si son legales, la cuestión que se plantea, en primer lugar, es si los intermediarios tienen libertad para determinar qué contenidos quieren alojar; y, supuesto que la respuesta a esa cuestión sea afirmativa —que lo es— entonces es preciso analizar cómo deben hacer uso de esa libertad. Es crucial, pues, analizar como las empresas diseñan y ejecutan la política de moderación de contenidos, que son reglas vinculantes que tratan de procurar un entorno seguro, idóneo y de calidad²².

1. Neutralidad de la plataforma, a pesar de seleccionar contenidos

No puede equipararse el papel del intermediario al del director de un diario que recibe cartas de los lectores, a pesar de que ni uno ni otro están obligados a publicar todo lo que reciben, porque los lectores del diario no establecen un contrato con el periódico para publicar en él. Además, los intermediarios no son medios de comunicación²³. Aunque tienen en común que ambos pueden determinar qué contenidos de sus usuarios publican, los prestadores de servicios de intermediación mantienen formalmente la neutralidad, a diferencia del director de un diario en relación con las cartas de sus lectores, porque no hacen suyos los contenidos ni, por tanto, los sumi-

21. Antes de la DSA, LEERSEN, «Cut Out», cit., Rn. 65-66, Rn 72, pp. 112-113, 114.

22. BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn. 33, p. 122.

23. La STS (Sala 3ª) 28.2.2022 (ROJ: STS 735/2022; ECLI:ES:TS:2022:735), FJ 5º (4), descarta que sean medios de comunicación en el sentido tradicional del término: «[...] aun cuando lo fuese, es una plataforma de publicación de conversaciones en abierto que no organiza debates ni entrevistas como tampoco emite información propia, luego falta el presupuesto del citado art. 66.2 LOREG» (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

nistran (Cdo.18). Si, al moderar, no favorecen intencionadamente la difusión de contenidos desagradables o ilegales —promocionándolos o degradando los que se opongan a los mismos— entonces la selección no es más que la puesta en práctica de la responsabilidad social que asumen para crear las condiciones que deben permitir difundir, visibilizar u ocultar la información y reaccionar frente a los abusos de otras personas, según establezcan las normas de la comunidad²⁴.

2. Selección de contenidos de acuerdo con las condiciones generales de la contratación

Las reglas en virtud de las cuales los usuarios interactúan entre ellos y con el intermediario quedan reflejadas en los términos y condiciones del servicio, que no son otra cosa que condiciones generales de la contratación, porque no hay contratos negociados en este ámbito²⁵. Normalmente, el fundamento de la pretensión del usuario y/o la razón de ser de las medidas adoptadas por el prestador, es la infracción del contrato por el que la empresa se comprometía a proporcionar el uso de sus servicios (e.g. para publicar entradas en el propio perfil, comentar o valorar las de los demás, establecer contacto con otros usuarios, intercambiar textos, fotos y vídeos)²⁶. Aun así, no siempre existirá un contrato entre los prestadores de servicios y sus destinatarios²⁷ y, además, con frecuencia también serán terceros dis-

24. Así, HERRERÍAS, «Liability», cit. Rn. 22, p. 256 que, con todo, limita la afirmación a la utilización de medios automáticos en la moderación. Entiende que entonces la actividad consiste en una actividad técnica y puramente automática.

25. El art. 2.8 Reglamento (UE) 2021/784, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, equipara los términos y condiciones que regulan la relación entre el *hosting provider* y los usuarios a las condiciones generales del contrato. De acuerdo con el art. 3 u) DSA, son condiciones generales «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». RAUE, «Art. 14 DSA», en HOFMANN, F., RAUE, B. (eds.), *Digital Services Act*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2025, Rn. 25, p. 284; MAST, T., KETTEMANN, M. C., SCHULZ, W., «Art. 14 DSA», en MAST, T., KETTEMANN, M. C., DREYER, S., SCHULZE, W. (Hrsg.), *DSA-DMA Kommentar*, Beck, München, 2024, Rn. 22, p. 269.

26. La naturaleza jurídica de esta relación contractual se puede considerar de distintas maneras: como un contrato de servicios, un contrato *sui generis* o un contrato mixto. Así, OLG Stuttgart 6.9.2018 - 4 W 63/18; OLG Nürnberg 4.8.2020 - 3 U 4039/19. La OLG Frankfurt 14.05.2018 - 2-03 O 182/18 (§ 15-juris) lo cualifica de contrato obligacional con elementos de contrato de arrendamiento, de obra y de prestación de servicios. Entre nosotros, desde una perspectiva de Derecho internacional privado, opta por la cualificación de contrato de servicios, SÁNCHEZ CANO, M^a J., ROMERO MATUTE, Y., «El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas», *CDT*, 13 (1), 2021, [pp. 1139-1148], pp. 1141-1143.

27. En ese caso, el art. 14 DSA se aplica por analogía, según RAUE, B., «Art. 14 DSA», en HOFMANN, F., RAUE, B. (eds.), *Digital Services Act*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2025, Rn. 27, p. 284, por razón del desequilibrio estructural, que es la razón subyacente en la regulación. También las normas de trans-

tintos de estos últimos los que se verán afectados, esto es, aun sin haberse registrado en la plataforma²⁸. De hecho, el art. 20.4 DSA contiene una obligación legal que genera una pretensión a la restitución de contenidos indebidamente suprimidos —o cuya publicación se hubiera visto de otro modo afectada— que, como tal obligación legal, también sería exigible por terceros perjudicados que no hubieran contratado con la plataforma²⁹.

3. ¿Qué libertad de selección?

Conviene preguntarse si las plataformas tienen completa libertad para determinar en sus condiciones generales qué contenidos quieren alojar. Si se tiene en cuenta que algunas tienen un inmenso poder de mercado (*Facebook* tiene más de 2.110 millones de usuarios activos diarios)³⁰ y que llevan a cabo un rol de comunicación pública similar al del Estado, la tentación sería concluir que tales empresas deben tolerar todo lo que no es ilegal, en aras del respeto a la libertad de expresión de los usuarios, porque es tarea de cualquier Estado minimizar las intervenciones que pongan en cuestión esa libertad. Así, según una interpretación del efecto de los derechos fundamentales frente a terceros, no se debería poder prohibir la expresión de opiniones *admisibles* (no ilícitas). Esa interpretación se aplicó en Alemania a las redes sociales que tienen por objeto proporcionar a los usuarios un espacio público para el intercambio de información y opiniones, en virtud de la doctrina derivada de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerG) de 11.4.2018, relativa a las prohibiciones de acceso a los estadios de fútbol³¹. Según esta doctrina, deben garantizarse las expresiones de opinión comprendidas en el artículo 5.1 de la Constitución alemana

parencia del art. 3 Reglamento (UE) 2019/1150 se aplican con independencia de la conclusión de un contrato. La cuestión de cuándo debe considerarse concluido el contrato en una plataforma es compleja. Una buena síntesis de las distintas aproximaciones, CÁMARA LAPUENTE, S., «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales «gratuitos»)», en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de Derecho contractual europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 331-405.

28. BELLI/VENTURINI, «Private Ordering», cit., p. 10.

29. Sin embargo, BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn. 47, p. 133, considera que el art. 20.4 DSA implica un mero deber de carácter procesal y que la auténtica pretensión a la restitución debe venir reconocida por el derecho contractual nacional y, por consiguiente, solo a las partes contratantes; *idem*, Rn. 48, p. 133. Antes, QUINTAIS/APPELMANN/FATHAIG, «Using Terms», cit. pp. 904-905. Otorgan un mayor alcance al precepto, VAN DUIN, A., TOEPOEL, I., VAN HOBOKEN, J., «Pathways to Private Enforcement of the Digital Services Act (DSA)», Institute for Information Law, IViR, University of Amsterdam, 2025, pp. 18-19.

30. Datos en <https://www.demandsage.com/facebook-statistics/>.

31. BVerfG 11.04.2018 -1 BvR 3080/08 (§ 32), *Stadionverbot*. En España, la STC 132/2024, de 4 de noviembre (BOE n. 294, 6.12.2024), también prohíbe excluir a las mujeres cuando la asociación de la que pretenden formar parte tenga una posición privilegiada o dominante en el campo económico, cultu-

(*Grundgesetz*, GG), por lo que no se permitiría a los proveedores de redes sociales prohibir y sancionar en sus condiciones de uso las expresiones de opinión que no fueran punibles ni vulnerasen los derechos de terceros, por lo menos en relación con las plataformas de comunicación con una determinada penetración en el mercado³². Sin embargo, luego la sentencia del BVerfG 22.5.2019 estableció que no está claro cuáles son los requisitos jurídicos que deben cumplir los operadores de redes sociales en Internet para que puedan triunfar las pretensiones ciudadanas en ese sentido, en función, por ejemplo, del grado de su posición dominante en el mercado, la orientación de la plataforma, el grado de dependencia de dicha plataforma y los intereses afectados de los operadores de la plataforma y de otros terceros³³. Ya antes se había mantenido otra opinión en los tribunales, según la cual la GG no impide a los operadores de redes incluir en sus condiciones generales una prohibición del «discurso del odio» que también abarque expresiones de opinión no punibles o ilícitas, siempre que se garantice que la eliminación de contenidos, en casos concretos, está objetivamente justificada y se realiza teniendo en cuenta los derechos fundamentales del usuario³⁴.

4. No existe el deber de tolerar todo lo que no es ilegal

La BGH 29.7.2021 reconoce que el efecto indirecto de los derechos fundamentales exige llevar a cabo una ponderación de acuerdo con las circunstancias del caso concreto; puede desempeñar un papel decisivo en su reconocimiento la inevitabilidad de las situaciones, el desequilibrio entre las partes enfrentadas, la importancia social de determinadas prestaciones, o el poder social de una de las partes³⁵. La sentencia añade que, dependiendo de las circunstancias, la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales puede aproximarse o incluso equipararse a la vinculación a los mismos por el Estado y, en particular, cuando una de las partes de un contrato privado adquiere una posición de garantía comparable a la garantía de

ral, social o profesional (FJ 4). Sin embargo, no hay voces que prediquen la extrapolación de esa sentencia al ámbito de la libertad de expresión en plataformas.

32. VG München 27.10.2017 - M 26 K 16.5928 (§ 17-juris), que presentaba la particularidad de tratarse de la página de *Facebook* de una entidad de derecho público; LG Frankfurt 14.5.2018 - 2 - 03 O 182/18; LG Karlsruhe 12.6.2018 - 11 O 54/18; OLG München 17.07.2018 - 18 W 858/18.

33. BVerfG 22.05.2019 - 1 BvQ 42/19 (§ 15), *III. Weg*.

34. Entre varias, OLG Karlsruhe 25.06.2018 - 15 W 86/18 (§ 24-juris); LG Dresden 8.8.2018 - 4 W 577/18.

35. Referencias a la jurisprudencia constitucional que precede a esa sentencia, en RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 92, p. 304, nota 163.

un servicio público estatal, como el postal y de telecomunicaciones³⁶. Sin embargo, el BGH no considera que *Facebook*, empresa privada con un enorme poder de mercado, tenga una posición de monopolio equiparable a la de las empresas estatales en el ámbito de los servicios públicos, como fue en su día el caso del servicio postal, y, por consiguiente, entiende que su vinculación a los derechos fundamentales no es equiparable a la del Estado. Efectivamente, aunque con su red ofrece una importante posibilidad de comunicación dentro de Internet, *Facebook* no tiene la obligación de garantizar los servicios de telecomunicaciones; no garantiza el acceso a Internet³⁷. Además, la sentencia observa que el proveedor de servicios también es titular de derechos fundamentales y que estos deben tenerse en cuenta al ponderar los intereses en conflicto.

Lo anterior implica reconocer la libertad de las empresas de decidir, según sus propias preferencias, con quién, cuándo y en qué condiciones desean contratar (art. 2 GG). Es una libertad de contratación que se asienta en el derecho a la libertad profesional (art. 12 GG) y en la garantía de la propiedad (art. 14 GG), supuesto que el operador de la red también sea titular del *hardware* en el que se almacenan las contribuciones de los usuarios. La posibilidad de establecer las normas sobre la forma en que las personas pueden utilizar el servicio se apoya en todos esos derechos³⁸. Por consiguiente, no debe discutirse la libertad de la plataforma para decidir a qué usuarios quiere dirigirse.

La DSA sigue esos mismos postulados. La norma reconoce expresamente la protección del derecho fundamental a la libertad de empresa (art. 16 Carta, Cdo. 3)³⁹ y, como algo derivado, a la libertad de contratación de los proveedores de servicios de intermediación. Lo dice expresamente el Cdo. 45 y, más en particular, el Cdo. 52 al mencionar los derechos fundamentales que deben protegerse:

«[...] incluyen, entre otros [...] en el caso de los prestadores de servicios, la libertad de empresa, incluida la libertad contractual [...]».

36. BGH 29.7.2021 III ZR 179/20 (§ 55) y III ZR 192/20 (§ 67), *Hassrede*.

37. BGH 29.7.2021 III ZR 179/20 (§ 59) y III ZR 192/20 (§ 71), *Hassrede*.

38. OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18 (§ 69); KG Berlin 22.3.2019 - 10 W 172/18 (§ 33); OLG Oldenburg 1.07.2019 - 13 W 16/19; OLG Bamberg 16.6.2020 - 5 U 337/19 (§ 32). Además, OLG Dresden 8.8.2018 - 4 W 577/18, matiza que, si el operador solo ha alquilado el *hardware*, también puede excluir a otros de cualquier influencia en virtud de la posesión y de su derecho a la posesión (§§ 858, 862 BGB). *Vid.* también el reconocimiento de la propiedad y la libertad de empresa de LinkedIn en la sentencia del *Rechtbank Noord-Holland* 6.10.2021 (§ 4.7).

39. STJUE 23 marzo 2014 (*Telekabel*, C-314/12) (§ 49): «[...] incluye en particular el derecho de toda empresa a poder disponer libremente, dentro de los límites de la responsabilidad que asume por sus propios actos, de los recursos económicos, técnicos y financieros de que dispone».

Eso significa que la política de contenidos la pueden decidir las empresas, movidas por sus particulares intereses comerciales o empresariales. Las principales plataformas que permiten a los usuarios compartir contenidos en línea (como *Facebook* o *YouTube*) obtienen sus ingresos a través de la publicidad dirigida a sus potenciales clientes, de manera que es legítimo que quieran incentivar la producción y el acceso a los contenidos que más interesan a estos últimos. Es, pues, lícito que algunas no quieran alojar contenidos tóxicos (*fake news*) o vulgares, que solo sirvan a los intereses de cierto público y, de hecho, la mayoría los excluye. Naturalmente, esa libertad también comporta que plataformas de intercambio de recetas de cocina puedan igualmente rechazar discusiones políticas, que plataformas religiosas no toleren fórums en que se hable de fútbol, o, en fin, que las haya que no admitan opiniones sobre la negación del cambio climático. En eso consiste, precisamente, la posibilidad de disponer de los propios recursos libremente, en ejercicio de la libertad de empresa⁴⁰, aunque también hay que reconocer a la plataforma un derecho a la libertad de expresión⁴¹. Esto último, no porque con la publicación haga suyos los contenidos con los que pueda identificarse, sino porque al facilitar la expresión de los demás ejerce la suya propia, que también se manifiesta a través de la abstención de publicar según qué y/o mediante la adopción de medidas menos agresivas que la eliminación y el bloqueo⁴².

5. Sin embargo, la autonomía privada no es plena

Admitida la libertad de empresa para decidir qué se publica y qué no, incluso cuando existen contenidos que las plataformas desearían borrar, de acuerdo con las condiciones del servicio, esa decisión no siempre estará justificada. Basta referirse al ejemplo de la fotografía que refleja una niña desnuda afectada por el napalm en la guerra del Vietnam, tomada por el fotógrafo Nick Ut: una foto de una niña sin ropa es una violación de las

40. SARTOR, «The impact of algorithms», cit. p. 15; RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 2, p. 274; Rn. 104, p. 308; BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn. 40, p. 128.

41. SARTOR, «The impact of algorithms», cit., p. 15; RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 106, p. 309.

42. BGH 29.07.2021 – III ZR 179/20 *Hassrede* (§ 74): «[A] establecer normas de comunicación en sus normas comunitarias, la demandada expresa qué formas de expresión no tolera en su red. De este modo, hace uso de su propio derecho fundamental a la libertad de expresión. Del mismo modo, la eliminación selectiva de una opinión ajena con el fin de hacer cumplir las normas comunitarias tiene el carácter de una expresión de opinión propia» (traducción del alemán) (*idem*, III ZR 192/20, § 86). La STEDH 8.07.2025, *Google LLC and Others v. Russia* (§§ 63, 90) también reconoce la libertad de expresión de Google, en un asunto que concernía a la censura política, frente a injerencias del Gobierno. Adde, SANDER, B., «Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation», *Fordham Int'l L.J.*, 43 (4), 2020, 2020, p. 976.

normas comunitarias de *Facebook* sobre desnudez infantil; pero esa foto en concreto ocupa un lugar especial en la historia⁴³. Otro buen ejemplo, bien conocido en España, es el del póster en que Almodóvar promocionaba su última película («Madres Paralelas»), en el que aparecía un pezón lactante simulando un ojo llorando y que *Instagram* suprimió porque equiparó el poster a una imagen de pornografía. En ambos casos, los contenidos no se ajustaban a las condiciones generales del prestador de servicios de intermediación y, por eso, se retiraron. Sin embargo, esos son, claramente, supuestos de censura que van contra la protesta política o la expresión artística, respectivamente, y no pueden ser eliminados de forma arbitraria e injustificada y mucho menos si el prestador de servicios se dedica a la difusión general de contenidos, sin restringirlos a una temática concreta⁴⁴. Puede suceder incluso que la plataforma no solo borre la publicación, sino que también suspenda la cuenta. De acuerdo con dos sentencias del BGH de 29.7.2021, el principio fundamental de igualdad de trato influye en la relación jurídica entre las partes y, por consiguiente, el rechazo de una prestación requiere una razón justificativa para garantizar que la decisión se basa en un motivo objetivo suficientemente fundado en las circunstancias fácticas relevantes. Para ello es importante, en particular, dar audiencia al usuario, porque ello ofrece la posibilidad de aclarar de forma rápida y sencilla cualquier malentendido y, en su caso, el restablecimiento del contenido eliminado indebidamente. Se garantiza así la igualdad de trato y el respeto del derecho fundamental a la libertad de expresión del usuario⁴⁵.

V. LOS LÍMITES A LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES

Como se acaba de afirmar, decidir, en ejercicio de la autonomía privada, qué contenidos pueden hacer públicos los usuarios, no permite la restricción indiscriminada de la puesta a disposición de cualquier material. El art. 14 DSA establece ahora los requisitos cualitativos que deben regir la moderación de contenidos e impone las reglas a las que deben ajustarse los términos y condiciones generales del operador del servicio y no solo en plata-

43. KETTEMANN/TIEDEKE, «Back up», cit., p. 5. Otros ejemplos, SARTOR, «The impact of algorithms», cit., p. 46.

44. RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 98, pp. 306-307. Con cita de jurisprudencia del TEDH, QUINTAIS/APPELMANN/FATHAIG, «Using Terms», cit., p. 898: «[...] content moderation decisions should «pursue a legitimate aim» and be «necessary in a democratic society»- measures taken must be ‘proportionate’»; LEERSEN, «Cut Out», cit., Rn. 64: «As SNSn become more popular and influential as quasi-public forums, their removal policies should be held to stricter requirements».

45. BGH 29.7.2021 - III ZR 179/20 (§ 84) y III ZR 192/20 (§ 96), *Hassrede*.

formas de redes sociales e intercambio de vídeos, aunque estos modelos de negocio no sean precisamente marginales⁴⁶.

Al establecer las propias normas de comunicación, los proveedores del servicio deben actuar de manera transparente y no arbitraria, con pleno respeto por los derechos e intereses de todas las partes implicadas. En esta función, los derechos fundamentales no tienen la misma fuerza vinculante que frente al Estado (eficacia vertical) porque frente a este tienden a asegurar la mayor libertad (lo que se traduciría en un derecho de acceso a los contenidos, salvo ilegalidad) y, en cambio, en una relación entre particulares (eficacia horizontal), el concepto de proporcionalidad exige hacer compatibles los derechos e intereses de todas las partes implicadas a la hora de decidir la pertinencia de la publicación o de la concreta actividad que pretenda llevar a cabo el usuario. Es lo que en Alemania se conoce como conciliación según un «principio de concordancia práctica» (*praktische Konkordanz*)⁴⁷.

1. Información y transparencia

La práctica demuestra que cuando las empresas explican a los usuarios los motivos por los que su cuenta ha sido penalizada, o les comunican que ha sido limitada la visibilidad o el acceso a los contenidos —cosa que, por otra parte, no siempre sucede— a menudo basta una simple referencia a una política supuestamente infringida, sin una justificación suficiente que permita al usuario entender a qué obedece la medida⁴⁸. En Alemania, en sendos casos que tenían que ver con el discurso del odio hacia personas inmigrantes, las ya referidas sentencias del BGH de 29.7.2021⁴⁹ establecieron la no vinculación de las condiciones generales de *Facebook* sobre eliminación de contenidos y bloqueo parcial de cuentas, porque no se informaba a los usuarios, ni previamente, ni con posterioridad, sobre la adopción de

46. En cuanto a su aplicación general a cualquier proveedor de servicios intermediarios, RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 20-23, p. 283.

47. BGH 29.7.2021 - III ZR 179/20 (§ 59) y III ZR 192/20 (§ 71), *Hassrede*; OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18; OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18 (§ 113); OLG Dresden 8.8.2018 - 4 W 577/18; KG Berlin 22.3.2019 - 10 W 172/18 (§ 32); OLG Frankfurt am Main 30.06.2022 - 16 U 229/20 (§§ 89, 90). En la doctrina, entre muchos, MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 62, p. 280; MAST, T., OLLIG, Ch., «The Lazy Legislature: Incorporating and Horizontalising the Charter of Fundamental Rights through Secondary Union Law», *EuCons*, 19(3), 2023, p. 482.

48. Es una de las quejas referidas en el documento, Art. 19, «Content moderation and freedom of expression handbook», August 2023, pp. 28-29.

49. III ZR 179/20 y III ZR 192/20, *Hassrede*. Luego, entre muchas, KG Berlin 20.02.2023 (§ 17) (ECLI:DE:KG:2023:0220.10W85.22.00); OLG Karlsruhe 4.2.2022 - 10 U 17/20 (§§ 118, 120) (ECLI:DE:OLGKARL:2022:0204.10U17.20.00).

esas medidas, ni se explicaba por qué se adoptaban y, en consecuencia, no se les concedía la posibilidad de replicar la decisión. Por tanto, las condiciones generales deben contener dicho procedimiento de oposición. El legislador alemán impuso esa obligación a todos los operadores de redes sociales (art. 3.2 Nr. 5 b) NetzDG)⁵⁰. La DSA exonera a las pequeñas y micro empresas la implantación de un sistema interno de resolución de reclamaciones (art. 20)⁵¹, pero que no deba existir un sistema o procedimiento específico, no exonera a las empresas de proporcionar a los usuarios el derecho a ser oídos y oponerse a la decisión [arts. 14.5, 17.3 f) y 4 DSA]. Como medida de autorregulación, y con el fin de dar a los usuarios la oportunidad de obtener una revisión sobre una decisión tomada sobre algún contenido en particular, *Facebook* ya había creado mucho antes un *Oversightboard*, que fija unos estándares a través de recomendaciones generales⁵².

1.1. Información

El art. 14.1 DSA obliga a los prestadores de servicios de intermediación a advertir en sus condiciones generales de cualquier restricción que estos impongan en el uso del servicio, con respecto a la información que faciliten los usuarios⁵³. Además, los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben facilitar un resumen sucinto de esa información (art. 14.5 DSA).

La información debe mantenerse actualizada y los prestadores del servicio deben proporcionar conocimiento de cualquier cambio significativo (art. 14.2 DSA). Si bien la formulación genérica del precepto abre la puerta a potenciales abusos, esos cambios hay que entenderlos referidos tanto a los contenidos permitidos, como a las restricciones aplicables (Cdo. 45)⁵⁴. Nada impide que puedan ponerse a disposición y anunciarse mediante ventanas emergentes que aparezcan al acceder al servicio, puesto que no se prevé la exigencia de que sean notificados personalmente. La DSA no demanda que

50. Vid. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* de 1.9.2017 (BGBl. I S. 3352), luego modificada mediante el art. 3 de la Ley de 21.7.2022 (BGBl. I S. 1182).

51. Vid. art. 19 DSA, que solo excluye a las pequeñas y micro empresas de la aplicación de la Sección 3 (arts. 20-28, pero no el art. 24.3), salvo que hayan sido designadas como plataformas en línea de muy gran tamaño en el sentido del art. 33 DSA. La definición de microempresas o pequeñas empresas es la de la Recomendación 2003/361/CE. El art. 3.2 NetzDG ha sido derogado por el art. 29.1 b) de la norma que transpone la DSA en Alemania (BGBl. I 13.3.2024).

52. Vid. <https://www.oversightboard.com/> Destaca sus insuficiencias, CETINA PRESUEL, R., «Un estira y afloja: La definición de las reglas para la libre expresión en las plataformas de redes sociales», *Jurídicas CUC*, 17 (1) 2021, pp. 534-537. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.18>.

53. Cfr. Art. 8 Reglamento (UE) 2019/1150.

54. A propósito de los contratos de *cloud computing*, BERGEL, «Contratos», cit., pp. 103-107.

el usuario los tenga que aceptar expresamente (e.g. mediante hacer clic en un botón) porque corresponde al Derecho nacional determinar si esos cambios requieren un nuevo acuerdo.

1.1.1. Información sobre la política de moderación de contenidos

La información sobre las restricciones de uso del servicio debe incluir datos sobre cualesquiera políticas de restricción de contenidos, esto es, temas que no se admiten, lenguaje excluido, o forma de presentación⁵⁵. Se debe explicar cuáles son las razones y en qué condiciones se producen las restricciones, con el fin de comprobar su acomodo legal y, en su caso, permitir la ulterior revisión de acuerdo con los postulados establecidos en el art. 14.4 DSA. Por eso, tan inadecuado es prever que la plataforma se reserva el derecho de eliminar los contenidos que considere «objetable», sin explicar los criterios que hace servir y que, por tanto, solo son relevantes para ella⁵⁶, como establecer un motivo concreto, pero genérico, e.g. que se combatirá el discurso del odio o la desnudez. Además, es preciso establecer definiciones detalladas y comprensibles⁵⁷.

1.1.2. Información sobre la toma de decisiones

El art. 14.1 DSA también obliga a informar sobre las normas de procedimiento, esto es, cómo se desarrolla el proceso de decisión, incluidos los plazos mínimos o máximos para su adopción; que el usuario tiene derecho a conocer con antelación los motivos; y que existe la posibilidad de responder antes y/o reclamar después; o como se procede a la verificación de los datos suministrados por el usuario; también es necesario proporcionar información sobre el sistema interno de gestión de reclamaciones que pueda existir, si la reclamación es frente a una plataforma *online* (art. 20)⁵⁸.

1.1.3. Información sobre medidas y herramientas

La información se extiende a las medidas y herramientas empleadas para moderar los contenidos⁵⁹.

55. MAST/KETTEMANN/SCHULZ, Art. 14 DSA, Rn. 27, p. 270.

56. OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18; OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18.

57. *Vid. infra* epígrafe siguiente.

58. RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 39-40, p. 287; MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 28-29, p. 270.

59. *Vid.* Art. 7.1 Reglamento (UE) 2021/784, de 29 de abril de 2021.

A) Medidas

De acuerdo con los arts. 3 t), 17.3 a) DSA, se trataría de informar de las medidas que afectan a la disponibilidad, visibilidad, y accesibilidad de los contenidos, como la eliminación, la total restricción de visualización, el bloqueo, o su relegación en las clasificaciones o en los sistemas de recomendación [Cdo. 55; art. 3 t), art. 17.1 a), 20.1 a)]; o la suspensión o cesación de la prestación del servicio [Cdo. 64, art. 3 t), art. 17.1 c), art. 20.1 b)]. Otras medidas afectan a la capacidad de los destinatarios del servicio de proporcionar dicha información, como la supresión o suspensión de la cuenta [(art. 3 t), art. 17.1 d), art. 20.1 c)] o la suspensión o cesación de los pagos monetarios relacionados con esa información [(art. 3 t), art. 17.1 b), art. 20.1 d)], el bloqueo al usuario de una comunidad en línea, sin que este sea consciente de ello («exclusión oculta» o *shadow banning*) (Cdo. 55) u otras medidas⁶⁰. Esas otras medidas pueden referirse a la imposibilidad de escribir, pero no, en cambio, de leer *posts*; a la eliminación de cualquier distintivo proporcionado por el servicio que mejore la credibilidad del usuario; a la menor calidad del servicio, por ser limitado el número de veces que se puede leer un *post*⁶¹.

B) Herramientas

Finalmente, es preciso informar acerca de las herramientas que sirven para implementar todas esas medidas. Ello exige, en primer lugar, aclarar si la toma de decisiones es algorítmica o no y, en el primer caso, explicar que el uso de medios automáticos está sujeto a revisión humana (Cdos. 45, 58). Explicar eso exige también describir las respectivas características de esas herramientas, para saber cómo permiten llegar a las decisiones que se adoptan⁶². Así, se deben dar a conocer las tecnologías que se utilizan, con qué fines y cuál es el margen de error posible, pero también qué personal está destinado a la moderación de contenidos, si son empleados o subcontratados, cuál es su capacitación, formación y experiencia local y, eventualmente, en cuánto tiempo deben adoptarse las medidas (Cdo. 71 DSA), aunque esto último también debe poder considerarse parte de la información sobre el procedimiento. A propósito de las medidas automatizadas, el docu-

60. RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 31-36, pp. 285-286; MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 31, p. 271.

61. Con detalle, GOLDMAN, E., «Content Moderation Remedies», *MTLR*, 28, 2021, [pp. 1-63], pp. 23-40. Le siguen, MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 32, p. 271. Sobre el *shadow banning* y la transparencia exigida en la DSA, LEERSSEN, P., «An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation», *CLSR*, 48, 2023, pp. 1-13.

62. MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 35, p. 272.

mento de evaluación de impacto previo a la elaboración de la Propuesta de DSA recuerda algunas tecnologías bien conocidas de filtrado (*hash PhotoDNA* para contenidos relacionados con la explotación infantil; o la tecnología de huellas digitales para archivos de música en proceso de carga, con herramientas propias como *ContentID* de *YouTube*; o soluciones comerciales como *Audible Magic*; y bloqueo, por ejemplo, bloqueo de URL basado en la lista negra de la *Internet Watch Foundation*⁶³.

1.1.4. Información adicional

Las condiciones generales deben contener aun otra información adicional, no explicitada en el art. 14 DSA, como el derecho del intermediario a poner fin al contrato (Cdo. 45: «derecho a poner fin al uso del servicio»), sin perjuicio de la mayor exigencia para las plataformas *online* respecto de los usos indebidos (art. 23.4), o los parámetros del sistema de recomendación (art. 27).

1.2. Transparencia

Para asegurar la general comprensibilidad, cualquier restricción debe expresarse en un lenguaje claro, sencillo, inteligible, accesible al usuario e inequívoco (art. 14.1 DSA)⁶⁴. Es de aplicación aquí lo dispuesto en el Cdo. 15 Reglamento (UE) 2019/1150, que establece que no debe considerarse sencilla y comprensible la redacción vaga o poco específica, porque eso da un gran poder decisorio a la plataforma, o engañosa. Por otro lado, el sentido en que debe interpretarse una declaración se determina, en principio, según la comprensión de un destinatario medio imparcial y razonable⁶⁵.

63. SWD (2020) 348 final, Part 2/2, p. 158. Sobre las fortalezas e inconvenientes de esos sistemas, SINGH, S. (New America Open Technology Institute), «Everything in Moderation», 15 July 2019, pp. 12-15. Disponible en: <https://www.newamerica.org/oti/reports/everything-moderation-analysis-how-internet-platforms-are-using-artificial-intelligence-moderate-user-generated-content/>; además, SARTOR, «The impact of algorithms», cit., pp. 35 ss.

64. Cfr. Art. 3.1 a) Reglamento 2019/1150: «de manera sencilla y comprensible»; art. 7.1 Reglamento (UE) 2021/784, de 29 de abril de 2021: «establecerán claramente»; art. 14.5 DSA: «claro e inequívoco»; art. 27.1 DSA: «claro y comprensible». Antes, art. 5 Directiva 93/13, «de forma clara y comprensible».

65. A propósito de la publicidad, Cdo. 68 DSA («destinatario medio del servicio») y, en el contexto económico de las prácticas comerciales desleales, recientemente, STJUE 14 noviembre 2024 (*Compass Banca*, C-646/22) (§§ 47-48, 57, 59). Más precisamente, en el contexto del discurso del odio, OLG Frankfurt am Main 30.06.2022 - 16 U 229/20 (§ 100). Se trata de que el usuario pueda comprender la información y le resulte evidente su contenido, OLG Dresden 8.8.2018 - 4 W 577/18. En este sentido, Cdo. 63 DSA: «Una información debe tener la consideración de contenido manifiestamente ilícito [...] cuando sea evidente para una persona lego en la materia, sin un análisis de fondo, que dicho contenido es ilícito o que las notificaciones o reclamaciones son infundados» (la cursiva es mía). Lo dicho respecto de la ilicitud se aplica también a lo evidente que debe resultar la contravención de las condiciones generales del contrato.

Aparentemente, la comprensibilidad no tiene que ver con la lengua, más que si la plataforma o el motor de búsqueda son de muy gran tamaño (art. 14.6)⁶⁶. Si el servicio intermediario está dirigido principalmente a menores o es utilizado predominantemente por ellos (Cdos. 46, 71), el prestador de dicho servicio intermediario debe explicar las condiciones y cualesquiera restricciones del uso del servicio de manera que estos lo puedan comprender (art. 14.3 DSA)⁶⁷. Probablemente, se trata de proporcionar una información al margen y complementaria de las condiciones generales de la contratación⁶⁸. La previsión es independiente de cuál sea la edad legal para contratar en los Estados miembros, porque no necesariamente es preciso registrarse para poder ser destinatario del servicio⁶⁹. Efectivamente, que la información deba ser accesible al público significa que se debe poder obtener antes de que el usuario se registre; además, debe de ser fácil de encontrar en la página web, sin tener que ir clicando a través de varias páginas; y debe ofrecer un formato que sea de fácil lectura y legible por máquina (art. 14.1 DSA), esto es, debe ser accesible por algoritmos de minería de datos, de forma que no basta con escanear o fotografiar los términos y condiciones generales en formato papel⁷⁰. En las condiciones dichas, los prestadores de servicios intermediarios también pueden utilizar elementos gráficos, como símbolos o iconos o imágenes (Cdo. 45).

2. Cómo hacer cumplir las restricciones

La libertad contractual atribuida a las empresas permite restringir el uso del servicio, aunque los usuarios lleven a cabo actividades legales y/o su discurso no vulnere norma alguna. Sin embargo, las empresas cuentan con

66. Crítico, DE FRANCESCHI, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 35, p. 774.

67. Ejemplos, HUSOVEC, *Principles*, cit., p. 251.

68. MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 47, p. 275.

69. Pero *vid.* MAAMAR, N., «Due Diligence Obligations of Providers of Intermediary Services», en KRAUL, T. (ed.), *New Digital Services Act. A Practitioner's Guide*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2024, Rn. 44, p. 71. Sobre la capacidad de los menores para la contratación con redes sociales, GARCÍA-MICÓ, T. G., «Els menors i el contracte amb les xarxes socials», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UDG (ed.), *El dret civil català davant la transformació digital i les exigències de la sostenibilitat*, Documenta Universitària, Girona, pp. 183-207.

70. RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 59, p. 293; MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 44, p. 274. La DSA no define lo que es el formato legible por máquina (expresión que también utiliza el Cdo. 34 DCC 2023), pero *vid.* Cdo. 35 y art. 2.13 Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, que lo define como «Un formato de archivo estructurado que permita a las aplicaciones informáticas identificar, reconocer y extraer con facilidad datos específicos, incluidas las declaraciones fácticas y su estructura interna». Crítico con el alcance limitado de la norma a solo estas empresas, DE FRANCESCHI, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 80, p. 782.

millones de clientes que diariamente cuestionan sus decisiones y eso puede lastrar la eficacia de las que adoptan. El art. 14.4 DSA trata de conjurar el riesgo de errores al imponer una actuación diligente, objetiva y proporcionada (*idem*, a propósito de las garantías de equidad procesal, arts. 16.6, 20.4 DSA) (cfr. Cdos. 45, 47) que, además, debe equilibrar derechos que se consideran equivalentes: los de los usuarios del servicio, los del propio proveedor, los de terceros afectados y los del público en general. No existe, pues, un poder absoluto para decidir lo que no se publica, por más que la norma tampoco explica cómo debe traducirse todo ello en las políticas de moderación de contenidos y deja en manos de las empresas actuar como juez privado para analizar qué es razonable.

2.1. Deber de actuar de forma diligente, objetiva y proporcionada

El deber de diligencia sugiere que las empresas deben tener en cuenta toda la información disponible antes de tomar una decisión y tomarse para ello el tiempo necesario, lo cual estará en función de la importancia y complejidad de la materia (art. 20.4 DSA «tiempo oportuno»). Una actuación objetiva es una actuación no arbitraria y no discriminatoria (Cdos. 26, 45, 47), no basada en las meras preferencias de la empresa, quizás por razón de política o religión⁷¹, que tendrá que manifestarse en la motivación que la plataforma notifique al usuario [art. 17.1 a) y 3 e)]. Que tenga que ser proporcionada significa, en lo que aquí interesa, que la medida que se adopte esté en función de la gravedad, frecuencia y número de infracciones⁷².

Todo ello supone que las empresas deberán establecer durante cuánto tiempo suspenden las cuentas, por ejemplo, si bien la DSA no impone el número de días; o cuánto tiempo se tarda en tomar una decisión sobre los contenidos notificados, que es algo que tampoco regula la DSA⁷³; deberán explicar igualmente si aplican *shadow banning* y también si eso incluye las cuentas de políticos o periodistas. La DSA no impone tampoco que las reglas de moderación no puedan cambiarse por lo menos antes de «x» días desde el último cambio⁷⁴, ni exige expresamente que se expliquen esos cambios.

71. BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20 (§§ 81, 82) y III ZR 192/20 (§§ 93-94), *Hassrede*; OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18: «criterios objetivables», «verificables» y no «ideas subjetivas de la demandada» o «temores de la demandada»; OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18 (§ 136); KG Berlin 22.3.2019 - 10 W 172/18 (§ 34); OLG Karlsruhe 4.2.2022 - 10 U 17/20 (§§ 110, 111) (ECLI:DE:OLGKA RL:2022:0204.10U17.20.00).

72. Sentencia del *Rechtbank Noord-Holland* 6.10.2021 (§ 4.8): «[...] La imposición de sanciones también está sujeta al requisito de proporcionalidad en las relaciones de derecho privado.» *Vid.* todavía epígrafe siguiente.

73. Sobre el particular, ARROYO AMAYUELAS, «Art. 6 DSA», cit., Rn. 49-50, pp. 749-750.

74. *Vid.* art. 3.2 y 3.3 Reglamento (UE) 2019/1150.

2.2. Deber de respetar los derechos e intereses de todas las partes implicadas

La proporcionalidad es también un requisito de ponderación entre los derechos de los afectados⁷⁵. En particular, el art. 14.4 (y Cdo. 22) alude a la libertad de expresión y de información (art. 11.1 Carta), incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación (art. 11.2 Carta), aunque en relación con esto último el Cdo. 47 parece referirse solo a las plataformas de gran tamaño. El precepto apunta genéricamente a otros derechos y libertades fundamentales amparados por la Carta (e.g. dignidad humana, art. 1; privacidad, art. 7; protección de datos, art. 8; propiedad intelectual, art. 17.2; no discriminación, art. 21), que tanto pueden referirse a los usuarios del servicio como a terceros que puedan verse afectados por los contenidos y/o las medidas que se adopten⁷⁶. Llama la atención que, sin embargo, los Cdos. 45, 47, específicamente referidos a la ejecución de las condiciones generales, solo tengan en cuenta los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio⁷⁷. En cambio, la necesidad de tener debidamente en cuenta los derechos fundamentales de todas las partes afectadas sí que se afirma con mayor vigor a propósito de las acciones del prestador de servicios que deben seguir a una notificación (Cdo. 52).

Se discute si es correcta la técnica empleada por el art. 14.4 DSA, según el cual son los particulares quienes deben hacer cumplir a otros particulares los derechos fundamentales reconocidos en la Carta⁷⁸. Lejos de querer entrar aquí en una discusión que tiene mucho que ver con cuestiones de jerarquía normativa y técnica legislativa, sí que importa destacar el efecto horizontal indirecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares que impone el precepto⁷⁹. El art. 14.4 DSA exige a las empresas encontrar el correcto equilibrio, a la hora de establecer estándares de moderación entre los derechos e intereses de las personas que alojan contenidos, los de las que los leen, y los de los terceros afectados por ellas. No deja

75. RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 84, p. 301, Rn. 92 ss., pp. 304 ss.

76. WENDEL, M., «Taking or Escaping Legislative Responsibility? EU Fundamental Rights and Content Regulation under the DSA», en VON UNGEN-STENBERG, A. (ed.), *Content Regulation in the European Union The Digital Services Act*, Vol 1, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V. Institute for Digital Law, 2023, pp. 74-75.

77. Críticos, QUINTAIS/APPELMANN/FATHAIG, «Using Terms», cit., p. 898: «[...] non-recipients of a service's fundamental rights must also be taken into consideration as per ECtHR case law». Por el contrario, SCHULZ/OLLIG, «Hybrid Speech», cit., Rn. 55, p. 575: «Article 14(4) is clearly centered on the protection of fundamental rights by, not for platforms».

78. Para la discusión, WENDEL, «Taking», cit., pp. 75 ss. MAST/OLLIG, «The Lazy Legislature», cit., pp. 471 ss.

79. Entre otros, QUINTAIS/APPELMANN/FATHAIG, «Using Terms», cit., p. 910; HUSOVEC, *Principles*, cit., p. 254; MAAMAR, «Due Diligence», cit., Rn. 46, p. 72.

de sorprender, sin embargo, que, más allá de proporcionar reglas sobre información, procedimiento y transparencia, no exista guía alguna que ilustre cómo las empresas deben llevar a cabo esa previsión⁸⁰. El juicio de proporcionalidad entre los derechos en liza se antoja complicado y, en cualquier caso, muy difícil de llevar a cabo de forma diligente y sin riesgo de arbitrariedad por las propias empresas. Sin duda, la última palabra la tendrán los tribunales nacionales —a los que, dada su orientación hacia la protección de los derechos fundamentales, en absoluto cierra las puertas la DSA (Cdo. 54)⁸¹— y, en última instancia, corresponderá juzgar al TJUE, que ya ha reconocido en numerosas ocasiones la eficacia horizontal indirecta de esos derechos⁸². Es precisamente esa jurisprudencia la que, a su vez, puede ofrecer una guía a las empresas, cuya actuación diligente exige que la tengan debidamente en cuenta⁸³.

VI. ¿CONTROL DE CONTENIDO DE LOS TÉRMINOS DEL SERVICIO?

Es discutido si el art. 14.4 DSA solo se refiere a la aplicación de las condiciones generales al caso concreto (lo cual exige una previa labor de interpretación) y a la ejecución de las medidas de restricción en ellas contenidas (e.g. posibilidad de réplica y rectificación de la decisión); o si también se extiende a la redacción e inclusión de las cláusulas en los contratos. Se discute, en definitiva, si el art. 14.4 DSA incorpora o no un control de contenido de los términos y condiciones contractuales⁸⁴. La discusión es pertinente, precisamente porque el art. 14.4 DSA omite cualquier referencia a esto últi-

80. Críticos, WENDEL, «Taking», cit., pp. 81-82; SCHULZ/OLLIG, «Hybrid Speech», cit., Rn. 61, p. 576; QUINTAIS/APPELMANN/FATHAIG, «Using Terms», cit., p. 905.

81. LEGNER, S., «Der Digital Services Act - Eine neuer Grundstein der Digitalregulierung», *ZUM*, 2024, p. 110.

82. STJUE 24 noviembre 2011 (*Scarlet Extended*, C-70/10) (§§ 43, 52); STJUE 27 marzo 2014 (*Telekabel*, C-314/12) (§§ 46, 50, 55 ss.); STJUE 29 enero 2008 (*Promusicae*, C-275/06) (§ 68); STJUE 15 septiembre 2016 (*McFadden*, C-484/14); STJUE 26 abril 2021 (*Polonia v Parlamento y Consejo*, C-401/19) (§§ 66, 89). Ulteriores ejemplos, BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn. 39, p. 127 nota 177.

83. QUINTAIS/APPELMANN/FATHAIG, «Using Terms», cit., pp. 894, 896, defienden tener en cuenta también otros textos internacionales y, en particular el CEDH, de manera que la jurisprudencia del TEDH juega un papel importante, aun cuando se refiera a la eficacia vertical de los derechos fundamentales. Además, la doctrina trae a colación el documento United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf), lo cual es conforme con el Cdo. 47 DSA. También, DE FRANCESCHI, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 5, p. 770, Rn. 75, p. 781; MAAMAR, «Due Diligence», cit., Rn. 47, p. 72 nota 32; SCHULZ/OLLIG, «Hybrid Speech», cit., Rn. 61, p. 576.

84. Consideran que no, MAAMAR, «Due Diligence», cit., Rn. 48, p. 72; MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 19, p. 268, Rn. 56, p. 277, Rn. 57, p. 278; BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn.

mo. Es más, se rechazó la enmienda del Parlamento que proponía incorporar la exigencia de que las condiciones de los prestadores de servicios intermediarios respetaran los principios esenciales de los derechos fundamentales consagrados en la Carta⁸⁵. Con todo, no puede descartarse una interpretación conforme con el Cdo. 45 («[...] es oportuno establecer determinadas normas sobre el *contenido*, la aplicación y la ejecución de las condiciones generales de dichos prestadores [...] para evitar resultados injustos o arbitrarios [...]») y, sobre todo, el Cdo. 47 («[A]l *definir*, aplicar y hacer cumplir esas restricciones [...]») (la cursiva es mía). Eso sería coherente, además, con la idea expresada en otras normas de que para poner en práctica determinadas medidas es preciso contemplarlas previamente⁸⁶, o, dicho de otro modo, solo pueden aplicarse de acuerdo con los derechos fundamentales las condiciones contractuales que ellas mismas sean a su vez conformes con ellos⁸⁷.

Entender lo contrario llevaría a afirmar que es posible el establecimiento de términos y condiciones abstractas o, en el peor escenario, desproporcionadamente restrictivas de los derechos fundamentales, que, de todos modos, no deberían poder ejecutarse. Si hubiera que admitir eso, entonces resultaría que la DSA no interfiere en la inclusión de términos que prohíban contenidos cuando «los usuarios se puedan sentir ofendidos o molestos», aunque quizás esa vaguedad podría tratarse como un problema de transparencia; y habría que concluir también que la DSA no pone cortapisas a estándares de comunicación que prohíben la crítica política en una plataforma de comunicación abierta a todo el público en general⁸⁸. Si así fuera, el resultado no guardaría lógica con otras normas en la DSA, que tienen en cuenta cómo influyen en

35, p. 124, Rn. 37, p. 125, Rn. 42, p. 129. Señalan la ambigüedad, sin tomar partido, SCHULZ/OLLIG, «Hybrid Speech», Rn. 58, pp. 575-576.

85. Enmienda 538 - Art. 12.2 *sexies* (nuevo). *Vid.* Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 20 de enero de 2022 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (COM(2020)0825 – C9-0418/2020 – 2020/0361(COD)), Jueves 20 de enero de 2022. Aprobación en primera lectura.

86. Así, en relación con los prestadores de plataformas de intercambio de vídeo, art. 28 *ter* 3 (a) y (b) de la Directiva 2010/13/UE, tras la reforma efectuada por el art. 1.23 de la Directiva 2018/1808, de 14.11.2018, sobre servicios de comunicación audiovisual: «*Incluir* y poner en práctica en las cláusulas de condiciones del servicio de las plataformas de intercambio de vídeos los requisitos [...]»; art. 5.1 Reglamento (UE) 2021/784, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea: «[...] un prestador de servicios de alojamiento de datos expuestos a contenidos terroristas de los referidos en el apartado 4 *incluirá* en sus términos y condiciones disposiciones destinadas a luchar contra el uso indebido de sus servicios para la difusión de contenidos terroristas, y las aplicará [...]».

87. DENG, M., «Verträge über digitale Produkte zwischen Untenehmern», *ZfPW*, 2024, p. 450.

88. En favor de considerar que el art. 14.4 DSA sí que se aplica al diseño de las condiciones, RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 75, pp. 297-298, Rn. 76, p. 298, con argumentos que hago míos en el texto. Conforme, LEGNER, «Der Digital Services Act», cit., pp. 104-105.

los riesgos sistémicos las condiciones generales (y su ejecución) [art. 34.2(c)] y como la adaptación de esas condiciones generales (y su ejecución) puede contribuir a reducirlos [art. 35.1.1 b)]⁸⁹. El propio art. 17.3 b) DSA exige explicar por qué la decisión adoptada por la plataforma se basa en la presunta incompatibilidad de la información con las condiciones generales del prestador de servicios de alojamiento de datos y, precisamente, es esa referencia al fundamento contractual utilizado lo que impide que las explicaciones que deben proporcionarse al usuario puedan basarse en una genérica previsión en los términos y condiciones. Además, de acuerdo con el art. 1.1 DSA, no es la Carta de Derechos fundamentales la que obliga a observar esos derechos en una relación entre privados —eficacia directa cuyo alcance no está claro⁹⁰— sino que es el propio Reglamento el que lo impone a las empresas («[E]l objetivo del presente Reglamento es [...] crear un entorno en línea [...] en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta»)⁹¹. Por consiguiente, no sería coherente que estas fueran libres de imponer restricciones indebidas a los derechos fundamentales⁹². Al hacerlo así, se correría el riesgo de que, una vez ejecutadas esas restricciones, la infracción de la libertad de información y expresión de los usuarios del servicio no fuera motivo suficiente para restablecer los contenidos eliminados, supuesto que la plataforma podría considerar que esos términos y condiciones reflejan correctamente la libertad de contratación de la empresa y/o que la imposición de la obligación de restaurar el contenido va contra de su propia libertad de expresión, que es un argumento que, por cierto, también podría encontrar acomodo en el art. 7 DSA (regla del buen samaritano)⁹³. Desde luego, la empresa debería poder demostrar eso mismo ante el juez, si el usuario acabara recurriendo la decisión, pero eso solo demostraría la ineficacia del sistema, incapaz de responsabilizar a las empresas desde el comienzo.

Ahora bien, si resulta que los criterios previstos en el art. 14.4 DSA se aplican a la redacción de los términos y condiciones y a su incorporación en

89. El argumento es de MAST/KETTEMANN/SCHULZ, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 56, p. 277, que, sin embargo, no ven motivo para apartarse de la literalidad de la norma (Rn. 57, p. 278-279). A pesar de lo dicho en el texto y en su favor, *vid.* art. 21.3 b) DSA.

90. STJUE 6 noviembre 2018 (*Stadt Wuppertal*, C-569/16 y C-570/16) (§ 87).

91. EIFERT, M., METZGER, A., SCHWEITZER, H., WAGNER, G., «Taming the Giants: The DMA/DSA Package», *CMLR*, 58, 2021, p. 1013; RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 75, p. 297.

92. RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 75, p. 297, Rn. 76, p. 298; HUSOVEC, *Principles*, cit., p. 254; QUINTAIS/APPELMANN/FATHAIG, «Using Terms», cit., p. 894, 910.

93. En el contexto americano, la supresión de contenidos es una manifestación de la libertad de expresión, de acuerdo con la Section 230(e)(2)(A) Communications Decency Act. *Vid.* JANAL, R., «Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Act», *ZEUP*, 2, 2021, p. 232; SÁENZ ROYO, E., «Libertad de expresión, odio y redes sociales: las opciones del legislador democrático español», *REDC*, 132, 2024, p. 79.

el contrato, como creo que debe ser, ese control coexiste y, eventualmente, se superpone con el que deriva de la Directiva 93/13 [Cdo. 10; art. 2.4 (f)]⁹⁴. Quizás es precisamente la subsistencia de esa norma lo que permita explicar que el art. 14.4 DSA no se refiera para nada al diseño o contenido de las condiciones⁹⁵ y que, de forma coherente con ello, tampoco imponga consecuencia alguna sobre la validez de las cláusulas o condiciones que violen el art. 14 DSA⁹⁶. El problema entonces sería el ámbito parcial de aplicación de esa norma a solo los contratos B2C, frente a la aplicación más general de la DSA, que se extiende a cualquier usuario del servicio, esto es, también a personas jurídicas, y, por tanto, independientemente de la condición de consumidor [art. 3.1 b)]. Sea como fuere, en la aplicación de la Directiva 93/13, el control de transparencia y abusividad de las cláusulas del contrato no podrá dejar de examinar si se produce un apartamiento de los criterios que ahora impone la DSA. Y, por otra parte, como se ha dicho, la DSA se aplica a los términos y condiciones, incluso sin necesidad de que preceda un contrato. Es verosímil, pues, que los casos que ya se hayan ventilado al amparo de la Directiva 93/13, sirvan igualmente para inspirar las decisiones que haya que tomar bajo la DSA, mucho más si resulta que el litigio decidido con arreglo a la primera de las normas se resuelve teniendo en cuenta el respeto por los derechos fundamentales⁹⁷.

VII. UNA PRETENSIÓN A LA RESTITUCIÓN DE LA CUENTA: LOS ARGUMENTOS DE LA SAP BALEARES (SECCIÓN 3ª) 26 DE MARZO DE 2020

Son escasas en España las decisiones relativas a las condiciones generales de los operadores de plataformas en línea y, seguramente, la SAP Baleares (Sección 3ª), de 26 de marzo de 2020⁹⁸, que ahora se trae a colación porque es la única que conozco, no es la que mayores y/o mejores enseñan-

94. RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 14, p. 279.

95. JANAL, «Impacts of the Digital Services Act on the Facebook ‘Hate Speech’ Decision», en VON UNGEN-STENBERG (ed.), *Content Regulation*, cit., p. 126.

96. Cfr. Art 6.1 Directiva 93/13 y art. 3.3 Reglamento (UE) 2019/1150.

97. A propósito del art. 47 Carta, vid. STJUE 17 julio 2014 (C-169/14, *Sánchez Morcillo*) (§ 50); STJUE 3 abril 2019 (C-266/18, *Aqua Med*) (§ 47); STJUE 22 septiembre 2022 (C-335/21, *Vicente*) (§ 70); STJUE C-598/21 de 12.1.2023, *S.P. & C.I. v. Všeobecná úverová banka a.s.*, ECLI:EU:C:2023:22 (§ 90). Vid. BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn. 39 p. 127; VAN DUIN, A., «¿Metamorfosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13», *EuCML*, 6 (5), 2017, pp. 190-198. Además, con referencia al art. 8 CEDH, vid. PADRAIC, K., MORENO SIMÓN, H., «Towards a common standard of protection of the right to housing in Europe through the charter of fundamental rights», *ELJ*, 25 (6), 2019, pp. 608-622.

98. ROJ: SAP IB 513/2020; ECLI:ES:APIB:2020:513.

zas reporta, por lo menos si se compara con lo que sucede en otros países, señaladamente en Alemania, pero también en Francia o los Países Bajos. Sin embargo, merece la pena analizar el razonamiento que ofrece, a veces inexistente, otras confuso y, en general, poco esmerado. Aquí no se juzga el despropósito del comentario vertido por el usuario, que mereció censura, ni se cuestiona que se deba privar de altavoces a los usuarios indeseables. Lo único que interesa aquí es mostrar como razona el juez en esta sentencia. Aclaro ahora también que el análisis de la eficacia de las condiciones generales se refiere a las incluidas en el contrato con el usuario en el momento en que este se concluyó, sin prejuzgar que actualmente se mantenga la misma redacción.

A tenor del relato que ofrece la propia sentencia, *Twitter* ordenó el cerrado de la cuenta de un usuario porque incitaba al odio contra el colectivo homosexual (se decía que el 67% de los casos de pederastia los cometen los homosexuales). La Sección 3ª de la Audiencia de Baleares confirmó la sentencia del juez de primera instancia de Ibiza y consideró que el cerrado era correcto porque el comentario es degradante para un colectivo. Sin embargo, es discutible como la Audiencia llega a esa conclusión.

Al argumento del demandado según el cual la suspensión de la cuenta (@verdadesofenden) constituye incumplimiento del contrato y una intromisión en el derecho a la libertad de expresión, la sentencia replica que el cerrado de la cuenta:

«[...] en ningún caso supone que el actor se vea privado de su libertad de expresión, sino de la posibilidad de utilizar un medio concreto para ejercerla, en este caso, una red social de titularidad privada, pero que de ninguna forma impide que pueda seguir ejercitándolo a través del mismo medio utilizado (internet) si bien por otros canales o redes sociales distintas, o de otros medios de comunicación.»

A pesar de la aparente ilicitud de los comentarios, parece que se afirma que cada plataforma es libre de decidir cómo se ejerce la libertad de expresión, como si insultar formara parte de la misma⁹⁹. Es claro que cuando las expresiones despectivas constituyen una ofensa o un insulto, la libertad de expresión no debe prevalecer, como la propia sentencia reconoce con cita de innumerables sentencias que juzgan casos sobre prevalencia del derecho al honor. Lo hace en un contexto, por cierto, en el que no se discute el honor de ninguna persona en concreto¹⁰⁰, sino que se juzga lo que se ha dado en

99. Destaca lo improcedente de ese razonamiento, HERRERA DE LAS HERAS, R., «La suspensión de cuentas de políticos por *Twitter* y los bloqueos de usuarios por parte de las Administraciones y cargos públicos», *Revista Española de Derecho, Empresa y Sociedad*, 18-19, 2021, pp. 151-167, p. 162.

100. Sin perjuicio de que sí que se reconozca el derecho al honor a un colectivo, e.g. el pueblo judío o el pueblo catalán. Así, STC 214/1991, de 11 de noviembre y STS 3.4.2019 (ROJ: STS 1142/2019;

llamar discurso del odio contra un colectivo. De todos modos, no queda claro si el reproche civil que merece el comentario va en la línea de considerar ilícitos los contenidos, tal y como sugiere el juez *a quo* al aludir a la eventual responsabilidad en que el prestador podría incurrir por alojarlos —descartando, así, una mala actuación por hacer desaparecer contenido tan solo «potencialmente» ilegal— y confirmaría la propia Audiencia al constatar que, con la retirada de los contenidos, la plataforma no infringe el art. 16 L. 24/2002; o si, todo lo contrario, se juzga la adecuación del comentario a los términos y condiciones del servicio. Tendría sentido en ese caso la afirmación genérica antes referida, según la cual la eliminación de un comentario no impide al usuario tener una opinión, ni expresarla en otro lugar, de manera que lo único que haría *Twitter* sería impedir —correctamente, de acuerdo con las reglas de la casa— que esa publicación tuviera lugar en sus instalaciones. Me inclino por creer que es eso lo que quería decir la Audiencia, porque ella misma admite que la manifestación que vincula la pederastia con la homosexualidad es una humillación para un grupo de personas con una determinada sexualidad, con independencia de que tal manifestación sea o no susceptible de un reproche penal, «porque lo que resulta palmario es que es un comentario reprochable desde el punto de vista civil». Es decir, la Audiencia admite que los contenidos no se eliminan por obligación legal (porque constituyan delito de injurias o de odio)¹⁰¹, sino de acuerdo con las normas propias de *Twitter*, más estrictas, establecidas en sus condiciones de uso. Además, en otro pasaje de la sentencia, la Audiencia confirma que la cancelación de la cuenta obedeció a un motivo: «incumplir las reglas del Acuerdo de usuario sobrepasando los límites de la libertad de expresión con el *tweet* tantas veces referido».

Si, por tanto, con esta afirmación la Audiencia solo quería destacar que lo legal y lo indeseable no necesariamente van de la mano y que por eso puede haber plataformas que no censuren afirmaciones como las vertidas por el autor, hay que tener en cuenta que esto podría ser así si las empresas tuvieran condiciones distintas, de forma que cada usuario pudiera decidir qué foro se adecuaba mejor a sus intereses. Pero la realidad, por lo general, no es así. No es realista pensar que es posible abandonar una red social con unos determinados términos y condiciones, para pasar a formar parte de otra red social de las mismas características, con unos términos y condiciones distintas¹⁰². Lo demuestra la medida que llevó al cerrado de cuentas de

ECLI:ES:TS:2019:1142). El colectivo homosexual es uno dentro del más amplio LGTBI+.

101. Para un caso que también relaciona homosexualidad y pederastia, que la Audiencia califica como delito de odio, con afirmaciones mucho más contundentes, publicadas en un vídeo en *Youtube*, vid. SAP Madrid (Sección 23ª) 29.12.2017 (ROJ: SAP M 17599/2017; ECLI:ES:APM:2017:17599).

102. RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 97, p. 306; LEERSEN, «Cut Out», cit., Rn. 10, p. 101.

Trump en *Facebook*, como consecuencia de sus declaraciones incitadoras de la violencia, que fue seguida por otras plataformas como *YouTube*, *Snapchat*, *Twitch* y *TikTok*¹⁰³. En general, si todas las plataformas se esfuerzan por combatir el mismo tipo de declaraciones y las personas no modifican el tono de las que realizan, es clara la generalización de la restricción a la libertad de expresión¹⁰⁴. Por otra parte, algunas plataformas se centran en la creación de redes profesionales (*LinkedIn*); otras son utilizadas por usuarios más jóvenes (*Instagram*, *TikTok*); y las hay que son más generalistas (*Facebook*, *Twitter*). Por consiguiente, no siempre es fácil sustituir un servicio por otro y, aunque lo fuera, no todas las personas de la cuenta del usuario estarían dispuestas a seguirla en otros medios de contacto¹⁰⁵. Por eso mismo, las restricciones a la libertad de expresión deben ser objetivas y necesitadas de justificación.

Es comprensible que *Twitter* combata el lenguaje soez, ofensivo y grosero y el discurso del odio y que no permita la difusión de opiniones como las del actor. La Audiencia llega a la conclusión de que el usuario no estaba bromeando ni realizando una afirmación que tuviera por objeto sensibilizar sobre un tema concreto o informar al respecto, por lo que es de suponer que tenía a la vista las condiciones del servicio y las normas de la comunidad que prohibían tal tipo de declaraciones. Sin embargo, no explica cómo llega a esa conclusión y se echa en falta que detalle cómo las condiciones y reglas de la comunidad definían ese comportamiento, o cómo se establecía el nivel de gravedad, antes de dar por bueno que las declaraciones vertidas por el usuario suponían un incumplimiento grave de su obligación de no fomentar la violencia contra otras personas (e.g. ¿se trataba de ataques mediante un lenguaje violento y deshumanizador? ¿declaraciones sobre inferioridad? ¿llamadas a excluir y aislar a personas? ¿expresión de un prejuicio arraigado contra un grupo marginalizado, no contrastado con evidencias científicas, que contribuye directamente a la discriminación y la violencia?). Si nada de todo eso estuviera correctamente justificado en las condiciones del

103. Señala el impacto positivo que eso tendría en la cesación de la difusión de contenido ilícito (terrorista, en el caso en estudio), HU, Y., «Platform Liability for Terrorist Activities», en DAVIES, P. S., CHENG-HAN SC, T. (eds.), *Intermediaries in Commercial Law*, Hart, Oxford, 2022, p. 126.

104. Sentencia del *Rechtbank Noord-Holland* 6.10.2021 (§ 4:38).

105. BGH 29.07.2021 – III ZR 179/20, *Hassrede* (§ 67): «[...] dado que no puede dar por sentado que encontrará a sus amigos y conocidos en una red alternativa, la posibilidad de expresarse allí no es de la misma calidad [...]. Por lo tanto, el cambio a otra red conlleva grandes obstáculos [...]. Dado que a un usuario le resultará muy difícil convencer a la mayoría de sus contactos para que también cambien, esto supondría para él la pérdida de al menos una gran parte de los contactos sociales que ha establecido en la red que ha utilizado hasta ahora [...]» (traducción del alemán). *Idem*, BGH 29.07.2021 – III ZR 192/20 *Hassrede* (§ 79); WIELSCH, «Private Law», cit., Rn. 3, p. 199; LEERSEN, «Cut Out», cit., Rn. 10, p. 101. Compara el ejemplo de *Twitter* e *Instagram*, HU, «Platform Liability», cit., p. 126.

servicio, la prohibición de expresar contenidos lícitos atentaría contra la libertad de expresar discursos intolerantes y ofensivos y el principio de igualdad de trato¹⁰⁶.

Por otro lado, la sentencia desvincula el incumplimiento del usuario de la posible abusividad de las condiciones del servicio. Como se ha dicho, al usuario se le cerró definitivamente la cuenta. Frente a la alegación del carácter abusivo de la cláusula del contrato, que establecía que era posible el cerrado unilateral de cuentas sin ninguna responsabilidad de la empresa, y en cualquier momento, y por cualquier motivo, o sin motivo, la Audiencia considera que eso no plantea problemas siempre que se contemple igualmente la posibilidad de que el usuario pueda cancelar su cuenta en cualquier momento, como si esa reciprocidad pudiera justificar un comportamiento arbitrario de la plataforma¹⁰⁷. En Francia, los tribunales han observado que cuando *Twitter* o *Facebook* se atribuye la facultad discrecional de suprimir o cancelar en cualquier momento, sin previo aviso ni justificación, las cuentas que los usuarios utilicen de forma indebida, la cláusula es abusiva (art. L. R. 212-1 del Código de Consumo)¹⁰⁸. Ya se ha dicho al comienzo que esas cláusulas que dan poder a la empresa para apreciar cuándo ha habido una infracción de los términos y condiciones, van contra el principio de objetividad en la toma de decisiones.

Las condiciones generales de *Twitter* se comprometían a hacer «esfuerzos razonables» para comunicar la medida —en este caso, sobre la suspensión definitiva de cuentas—, pero parece que la única posibilidad que tuvo

106. Vid. BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20 (§ 74) y III ZR 192/20 (§ 86), *Hassrede*; OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18 (§ 113). RAUE, «Art. 14 DSA», cit., Rn. 96, p. 305; BERBERICH, «Due diligence», cit., Rn. 43, p. 130. A idéntica conclusión llega el *Rechtbank Noord-Holland* en la sentencia 6.10.2021, en un caso sobre desinformación (§ 4.11): «LinkedIn apenas ha detallado su política en este ámbito. Se ha limitado a incluir una breve nota en su política en la que indica que los usuarios no pueden compartir contenidos que contravengan totalmente las directrices de las principales organizaciones sanitarias mundiales y organismos públicos de salud pública. Esta declaración es poco informativa. No aclara dónde traza LinkedIn la línea divisoria entre los mensajes que contravienen totalmente esas directrices y los que formulan observaciones críticas al respecto.» (traducción del neerlandés).

107. MARTÍNEZ ESPÍN, «Las condiciones», cit. p. 5: «Esta igualdad radical entre ambos sujetos parece más que suficiente para descartar ningún tipo de abusividad en la relación contractual establecida por Twitter». Contra, HERRERA, «La suspensión», cit., p. 161.

108. TGI Paris 7.8.2018 (*Twitter*); TGI Paris 9.4.2019 (*Facebook*); *Cour de Cassation* 14.04.2023: «[...] en la última parte de la cláusula en su versión más reciente presentada al tribunal, es decir «[T]ambién podemos retirar o negarnos a distribuir cualquier Contenido en los Servicios, o suspender o cancelar a un usuario y recuperar nombres de usuario, sin incurrir en ninguna responsabilidad hacia usted», no hay transparencia sobre los motivos de la suspensión y/o eliminación decidida de forma discrecional y unilateral por Twitter, no se prevé ningún derecho de réplica por parte del usuario, ni se le envía una notificación previa para recabar sus observaciones. Las cláusulas litigiosas no distinguen entre los motivos «dejados a la entera discreción de Twitter» para modificar o suprimir los servicios prestados [...] Estas cláusulas son abusivas a la luz de los artículos R. 132-1 3° y R. 132-1 6°, que se han convertido en el artículo R. 212-1 del Código de Consumo» (traducción del francés).

el usuario fue la de oponerse, una vez que ya se hubo adoptado. Es decir, la medida se adoptó *inaudita parte*. En España, los tribunales han criticado ese proceder, especialmente grave cuando la libertad de expresión se ejerce en un contexto de campaña electoral¹⁰⁹. En los Países Bajos, los jueces han juzgado con cautela este tipo de cláusulas y, con arreglo al art. 6:248.1 BW, han admitido que debe tenerse en cuenta la razonabilidad y la equidad en relación con la naturaleza y el contenido del contrato y las circunstancias del caso. Así, atendido el carácter esencial del acceso a las plataformas de redes sociales como medio para ejercer efectivamente la libertad de expresión, consideran que puede ser exigible una notificación al usuario antes de llevarse a cabo la medida consistente en la resolución del contrato. Actualmente, el art. 17 DSA no lo exige, porque basta con comunicar la adopción de la medida (art. 17.1 DSA) y motivarla adecuadamente (art. 17.3 DSA). Y debe ser posible oponerse a la misma (art. 20 DSA) sea cual sea esta, pero con mayor motivo cuando pueda cuestionarse que la medida se ha adoptado de forma desproporcionada. En Alemania los jueces remarcan que la libertad de expresión no solo se manifiesta en la libertad de opinión, sino también a través de la posibilidad de un uso continuo y constante del servicio, de manera que el bloqueo o la suspensión de cuentas debe contemplarse con precaución, al inicio debe ser necesariamente temporal y, además, siempre se debe adoptar a la vista de la necesidad de evitar un perjuicio para el resto de usuarios¹¹⁰. Un equilibrio justo entre los derechos fundamentales en conflicto exige tomar medidas para garantizar que los contenidos no se eliminen de forma irreversible hasta que se haya llevado a cabo el procedimiento de contraargumentación¹¹¹.

Parece que, en el litigio del que ahora se trata, las escuetas razones que *Twitter* alegó tras la apelación del usuario, que se opuso al cerrado permanente de la cuenta, fueron, además de la gravedad, la reiterada infracción de las reglas sobre incitación a la violencia. La reiteración es algo que ahora prevé y permite tener en cuenta expresamente el art. 23.1 DSA antes de proceder a la suspensión, aunque no queda claro en el caso en estudio si se adoptaron las garantías establecidas en el art. 23.3 DSA, ni si las condiciones generales del servicio explicaban, de manera clara y detallada, su polí-

109. STS (Sala 3ª) 28.2.2022 (ECLI:ES:TS:2022:735), FJ 5º (10): «[...] la limitación de la cuenta se acordó por *Twitter* *inaudita parte*, sin escuchar a *Vox* sobre la inexistencia de intencionalidad incitadora al odio, omisión relevante tratándose de un tuit publicado en un proceso electoral marcado por la fugacidad de los plazos»

110. A propósito de la necesidad de adoptar medidas cautelares que imponen la anulación del bloqueo de una cuenta de usuario, imponen la activación de una publicación eliminada, y prohíben volver a bloquearlo, KG Berlín 20.2.2023 (ECLI:DE:KG:2023:0220.10W85.22.00) (§ 34).

111. BGH 29.07.2021– III ZR 179/20 (§ 85) y III ZR 192/20 (§ 97), *Hassrede*.

tica respecto de los usos indebidos. Es verdad que el caso que se analiza, la suspensión definitiva de la cuenta del usuario vino precedida de otras suspensiones temporales y se diría que es esa acumulación de suspensiones provisionales lo que acaba agravando la conducta infractora, sin que la Audiencia subraye la importancia de que *Twitter* hubiera ofrecido una explicación clara de los motivos que subyacían en la adopción de la última de las medidas. Sí que se habían notificado las suspensiones temporales anteriores, pero con argumentos poco o nada explicativos: «[...] múltiples y reiterados incumplimientos de las reglas de Twitter»; «[...] has incumplido las reglas de Twitter, en particular, nuestras reglas sobre participación en abuso dirigido [...]»; «[...] específicamente las reglas de Twitter que prohíben los comportamientos de incitación al odio. Nuestras reglas prohíben fomentar la violencia contra otras personas, o atacarlas, o amenazarlas directamente por motivo de su raza, origen étnico, nacionalidad, orientación sexual, género, identidad de género, afiliación religiosa, edad, discapacidad o enfermedad [...]».

Al hilo de la sentencia, alguien dijo en *Twitter* que la sentencia estaba bien fundamentada por aquello de que «en mi bar, mando yo». Y otro usuario, con razón, le replicó: «sí, pero cuando tu bar es la *Oktoberfest*, entonces la cosa cambia». Y, efectivamente, a la vista de la amplia audiencia y el número de usuarios de la empresa, se diría que *Twitter* es la *Oktoberfest* y que, por eso mismo, aun siendo un medio de titularidad privada, el derecho de admisión virtual debe tener límites, porque las reglas sociales de comunicación en ese amplísimo foro público no pueden dejarse exclusivamente en sus manos. Sin embargo, la posición dominante de la red social no debe ser el criterio que determine como ejercen los usuarios la libertad de expresión y por eso, con razón, las exigencias de información, transparencia y ponderación de derechos se aplican a cualquier empresa, ya sea de tamaño micro o pequeño, ya sea una gran tecnológica, ya una plataforma o cualquier otro intermediario de *hosting*, acceso o *caching*, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en el art. 14.5 y 6 DSA. Puede pensarse que eso impone cargas desproporcionadas a algunas de esas empresas¹¹², pero el mayor peligro se encuentra en la dificultad de procesar correctamente la enorme cantidad de reclamaciones a las que diariamente se enfrentan las

112. Crítico con semejantes reglas indiferenciadas, PEUKERT, A., «Five Reasons to be Skeptical About the DSA», *Verfassungsblog*, entrada de fecha 31.8.2021, pp. 1-2: «[...] the DSA provisions on point are highly problematic in that they are insufficiently tied to the power of the addressees [...]» Disponible en: <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-04/>; SCHULZ/OLLIG, «Hybrid Speech», cit., Rn. 59, p. 576, propone que con el fin de no limitar indebidamente la libertad de empresa de las más pequeñas, el Cdo. 47 DSA proporcione la pauta de interpretación. Para DENG, «Verträge», cit., p. 450, es dudosa la aplicación de la regla a todas las empresas.

empresas de mayor tamaño¹¹³. Por lo demás, es evidente que la posición privilegiada o dominante en el mercado juega un papel importante en la ponderación de derechos, sobre todo si el proveedor de servicios ofrece un foro público para el intercambio de opiniones y no objetivos particulares más minoritarios. En el primer caso, la supresión de contenidos exige mayor justificación. Las empresas que ofrecen un mercado público para las ideas, deben garantizar que una opinión admisible no sea eliminada y no pueden hacer valer un «derecho virtual de admisión» si la publicación no excede de los límites de la libertad de expresión¹¹⁴. Y, con seguridad, esta debe tener un alto nivel de protección cuando quien la ejerce es un activista, periodista, o representante elegido por la ciudadanía.

VIII. CONCLUSIONES

Limitar el poder discrecional de los intermediarios no significa que a estos se les impida establecer cualquier límite *ex ante*. Al contrario, esas empresas son actores privados que pueden legítimamente tener en cuenta sus propios intereses económicos. Para empezar, pueden decidir a qué público destinan sus servicios, o qué restricciones temáticas imponen. Las empresas solo promueven y protegen la libertad de expresión mientras el negocio sea rentable y la DSA no contraviene ese planteamiento. Sin embargo, cualquier medida de moderación, como la supresión de contenidos, la suspensión o bloqueo de la cuenta, o la desmonetización, requiere una base contractual o legal. El art. 14 DSA indica ahora cómo deben actuar los intermediarios para evitar decisiones injustificadas, y, a la vez, proporciona a los ciudadanos la clave para obligarlas a restituir los contenidos indebidamente eliminados. Esos contenidos deben moderarse de conformidad con los derechos fundamentales, lo cual implica reconocer su eficacia en una relación entre particulares, que es algo que va más allá del ámbito de aplicación material tradicional de la Directiva 93/13. A pesar de que el art. 14.4 DSA no impone obligaciones específicas, sino directrices muy genéricas, ni exige que un derecho fundamental se imponga sobre otros, los términos y condiciones del contrato con el usuario no pueden ser demasiado amplios o vagos, porque entonces la aplicación de la norma no iría en la dirección correcta. Debería ser fácil distinguir lo que está permitido y lo que se sanciona. Si las empresas restringen contenido que es expresión del ejercicio de

113. MAAMAR, «Due Diligence», cit. Rn. 47, p. 72; QUINTAIS/APPELMANN/FATHAIG, «Using Terms», cit., p. 905.

114. OLG München 27.8.2018 - 18 W 1294/18; KG Berlin 22.3.2019 - 10 W 172/18 (§§ 31, 33); OLG Oldenburg 1.07.2019 - 13 W 16/19; KG Berlin 22.3.2019 - 10 W 172/18 (§ 19).

un derecho fundamental deben justificar por qué lo hacen. Deben explicar de forma detallada cual es la reacción ante la sátira o la crítica, qué tipo de restricciones aplican a expresiones artísticas o políticas, o en qué circunstancias específicas se prohíben determinadas imágenes, por poner solo algunos ejemplos. Se requiere siempre una justificación objetiva que, desde luego, podrá variar en función de cuál sea tipo de intereses en juego, el alcance o finalidad de la plataforma o la importancia de los contenidos que difunda y, cómo no, también la dependencia de la misma por parte de los usuarios. Si el contenido que no incumple manifiestamente las condiciones del servicio se borra, por error, o por si acaso, existen garantías procedimentales para el usuario.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO AMAYUELAS, E., «Art. 6 DSA», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, 2025, 2ª ed. pp. 732-759.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?», 12 (1), 2020, *CDT*, pp. 808-837.
- BASANTA VÁZQUEZ, B./AZURMENDI, A., «Las plataformas digitales y el derecho a la información: de meros alojadores a actores responsables», 24 (1), 2025, *Revista de Comunicación*, pp. 17-33.
- BELLI, L./VENTURINI, J., «Private Ordering and the rise of terms and service as cyber-regulation», 5 (4), 2016, *Internet Policy Review. Journal of internet regulation*, pp. 1-10.
- BERBERICH, M., «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», en STEINRÖTTER, B., HEINZE, C., DENG, M. (eds.), *EU Platform Law. A Handbook*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2025, pp. 101-155.
- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y., «Contratos de prestación de servicios de computación en nube. Condiciones generales usuales», 2, 2025, *RDP*, pp. 49-123.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales «gratuitos»)?:», en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de Derecho contractual europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 331-405.
- CELESTE, E., «Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation», 33, 2019, *International Review of Law, Computers & Technology*, pp. 76-99.
- CETINA PRESUEL, R., «Un estira y afloja: La definición de las reglas para la libre expresión en las plataformas de redes sociales», 17 (1), 2021, *Jurídicas CUC*, pp. 499-556.
- DE FRANCESCHI, A., Art. 14 DSA, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, 2025, 2ª ed. pp. 768-762.

- DENGA, M., «Verträge über digitale Produkte zwischen Untenehmern», 2024, *ZfPW*, pp. 427-464.
- DUROVIC, M./POON, J., «Consumer Vulnerability, Digital Fairness, and the European Rules on Unfair Contract Terms: What Can Be Learnt from the Case Law Against TikTok and Meta?», 46, 2023, *J. Consum Policy*, pp. 419-443.
- EIFERT, M. /METZGER, A./SCHWEITZER, H./WAGNER, G., «Taming the Giants: The DMA/DSA Package», 58, 2021, *CMLR*, pp. 987-1028.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Exención de responsabilidad de los prestadores intermediarios y obligaciones de diligencia debida en el nuevo Reglamento de Servicios digitales ¿dos mundos aparte?», en CÁMARA ÁGUILA, P., AGÜERO ORTIZ, A. (dirs.), *Derecho privado y tecnología*, Aranzadi, Cizur Menor, 2025, pp. 399-459.
- GARCÍA-MICÓ, T. G., «Els menors i el contracte amb les xarxes socials», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UDG (ed.), *El dret civil català davant la transformació digital i les exigències de la sostenibilitat*, Documenta Universitària, Girona, pp. 183-207.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La transposición al derecho español de los arts. 17 y 2.6 de la Directiva de derechos de autor en el mercado único digital», en CÁMARA ÁGUILA, P., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (dirs.), *La transposición en España de la Directiva sobre derechos de autor y mercado único digital*, Tirant lo Blanch, València, 2025, pp. 435-537.
- GOLDMAN, E., «Content Moderation Remedies», 28, 2021, *MTLR*, pp. 1-63.
- HERRERA DE LAS HERAS, R., «La suspensión de cuentas de políticos por Twitter y los bloqueos de usuarios por parte de las Administraciones y cargos públicos», 18-19, 2021, *Revista Española de Derecho, Empresa y Sociedad*, pp. 151-167.
- HERRERÍAS CASTRO, Laura, «Liability of Online Platforms in Defamation Cases», 16, 2025, *JIPITEC*, pp. 252-269.
- HU, Y., «Platform Liability for Terrorist Activities», en DAVIES, P. S., CHENG-HAN SC, T. (eds.), *Intermediaries in Commercial Law*, Hart, Oxford, 2022, pp. 117-136.
- HUSOVEC, M., *Principles of the Digital Services Act*, Oxford University Press, Oxford, 2024.
- JANAL, «Impacts of the Digital Services Act on the Facebook ‘Hate Speech’ Decision», en VON UNGEN-STENBERG, A. (ed.), *Content Regulation in the European Union The Digital Services Act*, Vol 1, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V. Institute for Digital Law, 2023, pp. 119-136.
- JANAL, R., «Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Act», 2, 2021, *ZEuP*, pp. 227- 274.
- KAUSHAL, R./VAN DE KERKHOF, J./GOANTA, C./SPANAKIS, G./IAMNITCHI, A., «Automated Transparency: A Legal and Empirical Analysis of the Digital Services Act Transparency Database», en FAccT '24, June 03–06, 2024, Rio de Janeiro, Brazil, Proceeding of the 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency.
- KETTEMANN, M. C – TIEDEKE, A. S., «Back up: Can users sue platforms to reinstate deleted content?», 9 (2), 2020, *Internet Policy Review*, Berlin, Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, pp. 1-20.

- KUHLMANN, S./TRUTE, H. H., «Die Regulierung von Desinformationen und rechtswidrigen Inhalten nach dem neuen Digital Services Act», 2022, *GSZ*, pp. 115-122.
- LEERSSEN, P., «An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation», 48, 2023, *CLSR*, pp. 1-13.
- LEERSEN, P., «Cut Out By The Middle Man», 6 (1), 2015, *JIPITEC*, pp. 99-119.
- LEGNER, S., «Der Digital Services Act - Eine neuer Grundstein der Digitalregulierung», 2024, *ZUM*, pp. 99-111.
- LOOS, M./LUZAK, J., «Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers», 39, 2016, *J. Consum Policy*, pp. 63-90.
- MAAMAR, N., «Due Diligence Obligations of Providers of Intermediary Services», en KRAUL, T. (ed.), *New Digital Services Act. A Practitioner's Guide*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2024, pp. 60-129.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Las condiciones generales de Twitter», *Revista del Centro de Estudios de Consumo*, de 25 de junio de 2015, pp. 1-13.
- MAST, T./OLLIG, CH., «The Lazy Legislature: Incorporating and Horizontalising the Charter of Fundamental Rights through Secondary Union Law», 19(3), 2023, *EuCons*, pp. 462-486.
- MAST, T./KETTEMANN, M. C./SCHULZ, W., Art. 14 DSA, en MAST, T., KETTEMANN, M. C., DREYER, S., SCHULZE, W. (Hrsg.), *DSA-DMA Kommentar*, Beck, München, 2024, pp. 261-285.
- MATO PACÍN, M^a N., «Los contratos de redes sociales como contratos mediante condiciones generales», en ALONSO PÉREZ, M^a T., HERNÁNDEZ SAINZ, E. (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson, Cizur Menor, 2020, pp. 87-115.
- PADRAIC, K./MORENO SIMÓN, H., «Towards a common standard of protection of the right to housing in Europe through the charter of fundamental rights», 25 (6), 2019, *ELJ*, pp. 608-622.
- PEUKERT, A., «Five Reasons to be Skeptical About the DSA», *Verfassungsblog* (31.8.2021), pp. 1-7.
- POLICINO, O., «The quadrangular shape of the geometry of digital power(s) and the move towards a procedural digital constitutionalism», 29 (1-2), 2023, *ELJ*, pp. 10-30.
- PONCIBÒ, C., «The UCTD 30 Years Later: Identifying and Blacklisting Unfair Terms in Digital Markets», 19 (4), 2023, *ERCL*, pp. 321-345.
- QUINTAIS, J. P. – APPELMANN, N. – FATHAIG, R. Ó, «Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation», 24, 2023, *GLJ*, pp. 881-911.
- RAUE, B., Art. 14 DSA, en HOFMANN, F., RAUE, B. (eds.), *Digital Services Act*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2025, pp. 270-310.
- ROTT, P., «Data protection law as consumer law - How consumer organizations can contribute to the enforcement of data protection law», 6 (3), 2017, *EuCML*, pp. 113-119.
- SÁENZ ROYO, E., «Libertad de expresión, odio y redes sociales: las opciones del legislador democrático español», 132, 2024, *REDC*, pp. 71-103.

- SÁNCHEZ CANO, M^a J./ROMERO MATUTE, Y., «El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas», 13 (1), 2021, *CDT*, pp. 1139-1148.
- SANDER, B., «Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation», 43 (4), 2020, *Fordham Int'l L.J.*, pp. 939-1006.
- SARTOR, G., «The impact of algorithms for online content filtering or moderation - Upload filters», documento elaborado a petición de la Comisión de Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales del Parlamento Europeo, Documento PE 657.101, Bruselas, 2020.
- SCHULZ, W./OLLIG, CH., «Hybrid Speech Governance. New Approaches to govern Social Media Platforms under the European Digital Services Act?», 14, 2023, *JIPITEC*, pp. 560-579.
- SINGH, S. (New America Open Technology Institute), «Everything in Moderation», 15 July 2019, pp. 12-15.
- SPINDLER, G., «¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el Mercado Único Digital», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (eds.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 385-438.
- SPINDLER, G., «Funktion und Verantwortung von Plattformen als Informations-Intermediäre», en SPIECKER (DÖHMANN), I., WESTLAND, M., CAMPOS, R. (eds.), *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen, Nomos*, Baden-Baden, 2022, pp. 75-126.
- VAN DUIN, A., «¿Metamorfosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13», 6 (5), 2017, *EuCML*, pp. 190-198.
- VAN DUIN, A./TOEPOEL, I./VAN HOBOKEN, J., «Pathways to Private Enforcement of the Digital Services Act (DSA)», Institute for Information Law, IViR, University of Amsterdam, 2025.
- VENTURINI, J. et al, *Terms of Service and Human Rights: an Analysis of Online Platform Contracts*, Rio de Janeiro, Revan, 2016.
- WAGNER, B., «Digital Election Observation: Regulatory Challenges Around Legal Online Content», 91 (4), 2020, *The Political Quarterly*, pp. 739-744.
- WIELSCH, D., «Private Law Regulation of Digital Intermediaries», 2, 2019, *ERPL*, pp. 197-220.
- WENDEL, M., «Taking or Escaping Legislative Responsibility? EU Fundamental Rights and Content Regulation under the DSA», en VON UNGEN-STENBERG, A. (ed.), *Content Regulation in the European Union The Digital Services Act*, Vol 1, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V. Institute for Digital Law, 2023, pp. 59-84.
- YANNOPOULOS, G. N., «The Immunity of Internet Intermediaries Reconsidered?», en TADDEO, M., FLORIDI, L. (eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer International, Cham (Switzerland), 2017, pp. 43-59.