



PELIGROS PARA EL
CONSUMIDOR EN LA
CONTRATACIÓN A TRAVÉS
DE PLATAFORMAS
INTERMEDIARIAS EN LÍNEA



Matilde Cuenca Casas

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Complutense

Vicepresidenta de la Fundación Hay
Derecho

UN CASO REAL



Una señora compró un reloj de pulsera en una plataforma de comercio electrónico en virtud de un contrato de compraventa a distancia. Al parecer, dicho reloj no respondía a las características indicadas en el anuncio publicado en la página web.

La vendedora del producto se negó a facilitar la devolución
¿Qué puede hacer el adquirente del reloj? ¿Puede exigir la aplicación de la normativa de compraventa de bienes de consumo de los arts. 114 y ss del TRLC?

¿Cómo puede saber el consumidor si la vendedora tiene la condición de comerciante? Si no lo es ¿Qué norma se aplica a ese contrato de compraventa? ¿Y si ese contrato es de adhesión y tiene cláusulas abusivas?

¿Puedo demandar al operador de la Plataforma por falta de conformidad?

¿Qué ocurre si su decisión de adquirir el reloj se ha basado en opiniones falsas de otros usuarios?

Caso resuelto por la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018

Estos interrogantes surgen porque ha emergido un **nuevo modelo de mercado, un mercado horizontal** en el que las plataformas digitales (prestadores de servicios de la sociedad de la información) actúan como **intermediarias** poniendo en contacto a los usuarios que ofrecen algo con los usuarios que lo demandan.

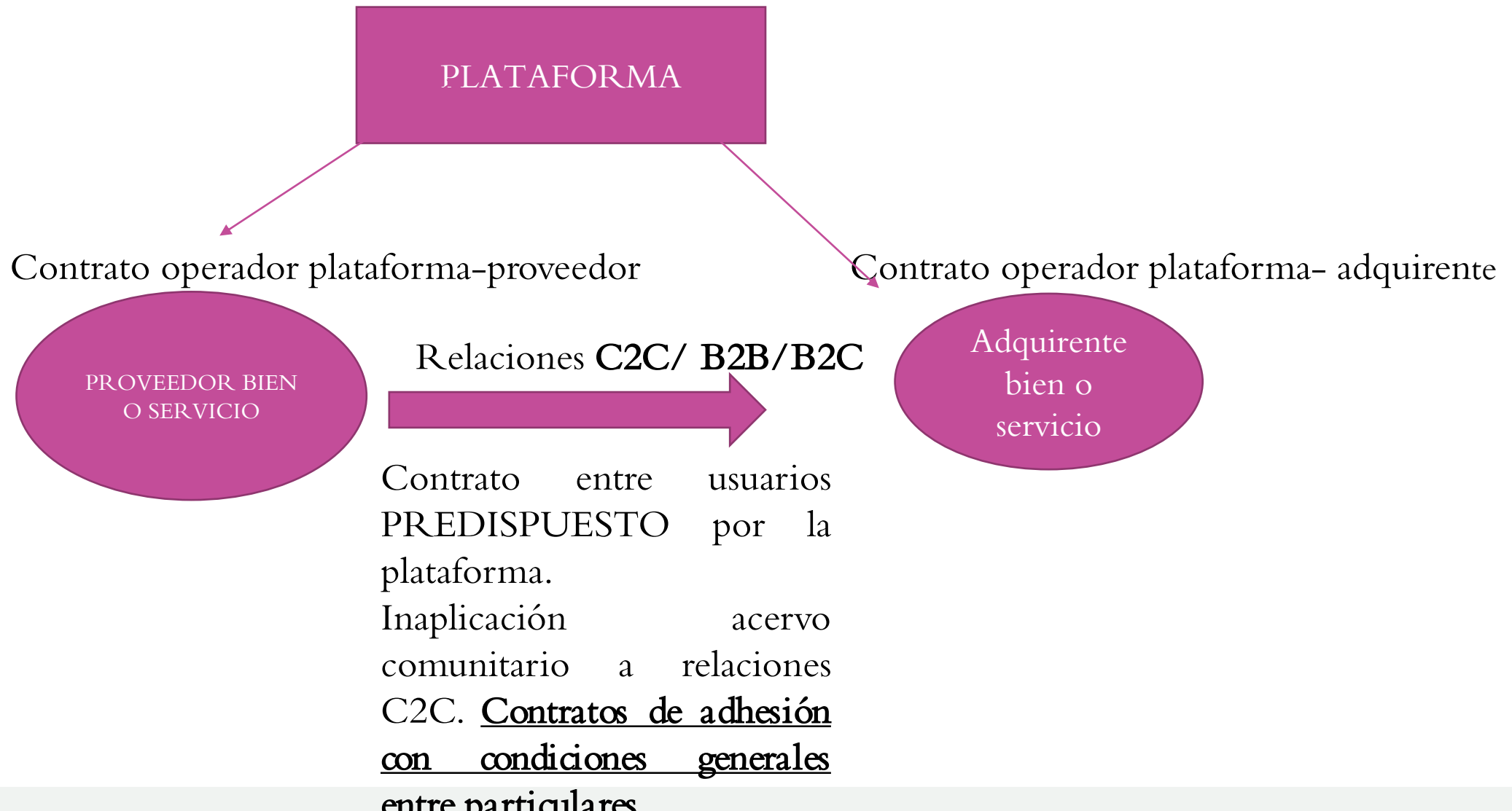
Acervo comunitario protección del consumidor: diseñado para relación vertical entre suministrador (empresario) y demandante del bien o servicio (empresario o consumidor). **NO SE APLICA EN LAS RELACIONES ENTRE PARES (C2C).**

ECONOMÍA DE LA PLATAFORMA VS ECONOMÍA COLABORATIVA

Más que de economía colaborativa, procede hablar de “economía de la plataforma”. Lo relevante no es el bien o servicio que se ofrece, sino el papel de la plataforma como intermediaria. que lleva a cabo una intermediación no solo técnica, sino también material.

UNA PLATAFORMA INTERMEDIARIA EN LÍNEA NO VENDE NI PERMUTA, SINO QUE MEDIA, FAVORECE LA INTERACCIÓN ENTRE LOS USUARIOS. SI PRESTA EL SERVICIO SUBYACENTE, ENTONCES NO ES PLATAFORMA INTERMEDIARIA EN LÍNEA.

Se genera una relación contractual compleja de estructura triangular: contrato celebrado por los usuarios con la plataforma que les permite el acceso para poder lograr la interacción y, posteriormente, el contrato celebrado entre los usuarios.



PRÉSTAMOS A TRAVÉS DE BANCA TRADICIONAL

BANCO

PRÉSTAMOS

ACTIVO

PASIVO

DEPÓSITOS

PRESTATARIOS

CRÉDITOS POR PRÉSTAMOS

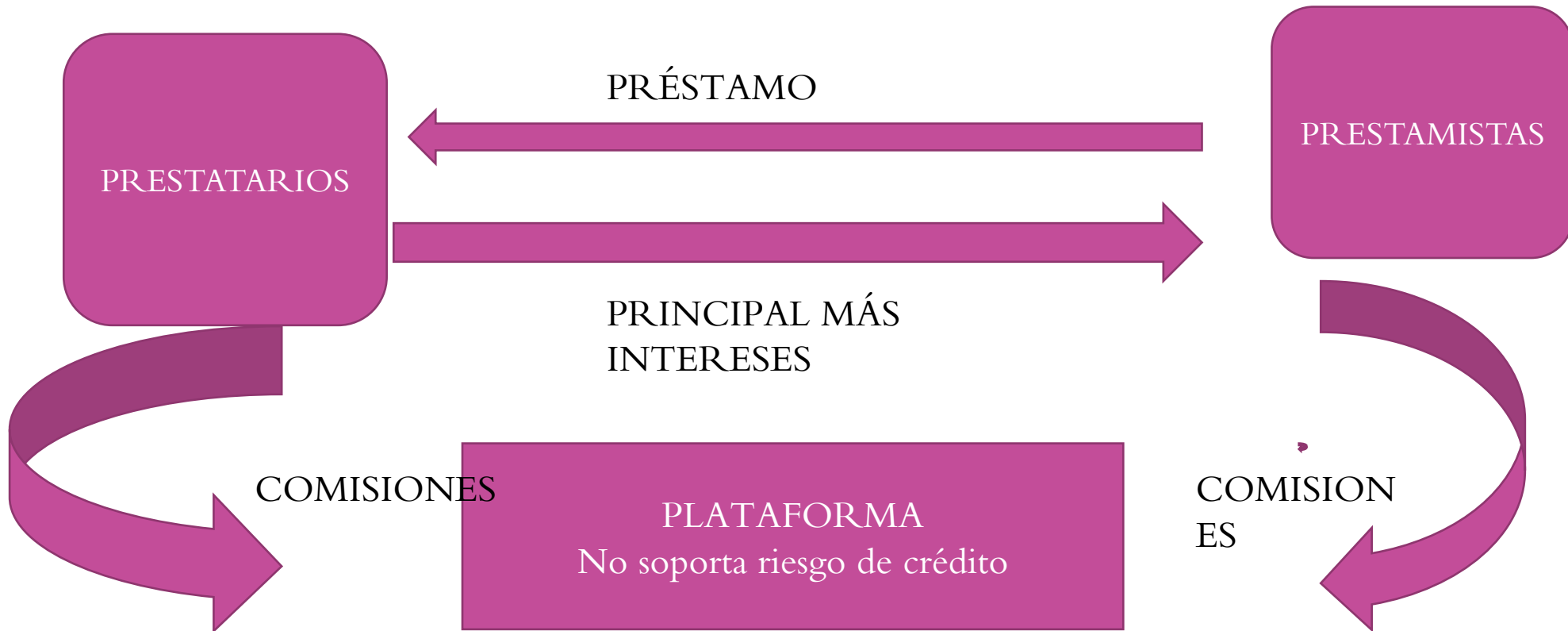
DEPÓSITOS/EQUITY

DEPOSITANTES

INTERESES

SOPORTA EL RIESGO DE CRÉDITO

PRÉSTAMOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS



RASGOS PLATAFORMA INTERMEDIARIA EN LÍNEA

Una genuina plataforma intermediaria en línea:

- es una sociedad de capital.
- El contrato que celebra con los usuarios es un contrato de mediación.
- Sus ingresos proceden de **comisiones** y su devengo se produce cuando se perfecciona el contrato entre los usuarios **AL MARGEN DE SI SE CUMPLE O NO**.
- A tal contrato que vincula a la plataforma con los usuarios le es de aplicación la normativa en materia de CGC, así como el TRTLCU cuando el usuario es consumidor.
- Objetivo: “**efectos en red**”: los usuarios obtienen un beneficio adicional por la existencia de más usuarios en el lado opuesto del mercado.

- El valor de la plataforma NO RADICA TANTO EN LA CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO que se intercambia sino de facilitar la interacción y que los usuarios de la plataforma sean numerosos.

- Son **mercados multilaterales** o a **doble cara** por la presencia de dos o más grupos de usuarios a los que se proporcionan bienes y prestan servicios diferentes y el beneficio deriva de la interacción entre los mismos.

La utilidad de la plataforma para un grupo de usuarios radica en el incremento de usuarios de otro grupo. AL OPERADOR DE LA PLATAFORMA LE INTERESA LA CANTIDAD Y NO LA CALIDAD DEL SERVICIO

INICIATIVA EUROPEA PLATAFORMAS INTERMEDIARIAS EN LÍNEA

Iniciativa europea “Una estrategia para el Mercado Único Digital en Europa” abierta en 2015.

1. 25/05/2016. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. **Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa**

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN>

2. 20 /06/2019 se aprueba el **Reglamento 2010/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea**. Su objetivo es establecer un marco jurídico de los servicios de intermediación en línea, incluyendo los motores de búsqueda. que sirven de medio para el acceso de muchas empresas a sus clientes. La finalidad es, entre otras, garantizar la transparencia de las condiciones generales utilizadas por estos proveedores de servicios de intermediación. **Afecta a relaciones B2B.**

3. **Directiva (UE) 2019/2161** del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. **Afecta a relaciones B2C**

4. 2/6/2016. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones Una Agenda Europea para la economía colaborativa. En este ámbito es en el que se pueden producir más frecuentemente relaciones C2C

5. 15/12/2020. 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. Se aborda el problema de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información. El 23 de abril de 2022 la DSA ha sido aprobada por el Parlamento Europeo y los Estados miembros.

Su objetivo es establecer normas armonizadas sobre la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior. En particular, establece:

- a) un marco para la exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios;
- b) normas sobre obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a determinadas categorías específicas de prestadores de servicios intermediarios;
- c) normas sobre aplicación y ejecución del presente Reglamento, por ejemplo, en relación con la cooperación y coordinación entre autoridades competentes.

PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA A CONSUMIDORES.

- Excluidas del Reglamento Europeo 2020/1503 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 7 de octubre de 2020 relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas.

- Próxima regulación de las plataformas de financiación a consumidores en la Propuesta de Directiva de Crédito al Consumo de 30 de junio de 2021 (COM 2021, 347 FINAL).

CARÁCTER FRAGMENTARIO DE LA INICIATIVA EUROPEA

Regulación fragmentaria y por sector de actividad lo cual genera duplicidades y favorece rompecabezas normativos.

Ello se evidencia en duplicidades conceptuales:

- Plataformas en línea: «plataformas en línea» como «*empresas que operan en mercados bilaterales o multilaterales, que utilizan internet para permitir la interacción entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes, de forma que se genere valor para al menos uno de los grupos. Ciertas plataformas pueden ser calificadas como proveedoras de servicios de intermediación*» COMISIÓN EUROPEA, “Consultation on Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy”, 24 September 2015

- “Mercado en línea”: “un servicio que emplea programas (“software”), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el comerciante o por cuenta de este, que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores”. Directiva (UE) 2019/2161

-Servicio de intermediación en línea (Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea;

Servicios de **intermediación en línea**»: los servicios que cumplen todos los requisitos siguientes:

- a) constituyen servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽¹³⁾;
- b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia;
- c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores;

Propuesta de Reglamento Mercado Único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) –

«Plataforma en línea»: un prestador de un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones objetivas y técnicas, no pueda utilizarse sin ese otro servicio, y la integración de la característica en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento;

NO HAY UN CONCEPTO ÚNICO DE PLATAFORMA INTERMEDIARIA EN LÍNEA, NI SIQUIERA HAY UNA UNIDAD TERMINOLÓGICA.

RIESGO Nº 1: FALTA DE TRANSPARENCIA SOBRE EL PAPEL DE LA PLATAFORMA ¿QUIÉN PRESTA EL SERVICIO SUBYACENTE?

CONSECUENCIAS

- Si la plataforma vende el bien o servicio directamente al consumidor, al igual que si lo hace el empresario a través de su página web, no hay nada nuevo: Hay relación vertical empresario-consumidor y es aplicable toda la normativa de protección. Volviendo a nuestro ejemplo, si es la plataforma la que vende el reloj, la acción del comprador debe dirigirse contra la plataforma.

- Si la plataforma se limita a intermediar, actuando como estructura de mercado, no presta el servicio subyacente que es prestado por los usuarios. Si es mera intermediaria, no le resulta de aplicación la normativa sectorial específica. Se trata de un prestador de servicio de la sociedad de la información NO SUJETA A AUTORIZACIÓN PREVIA. NO SE APLICARÍA NORMATIVA DE COMPETENCIA DESLEAL PUESTO QUE NO PRESTA EL SERVICIO SUBYACENTE. (Caso UBER La STJUE de 20 de diciembre de 2017 resolvió si la plataforma Uber System Spain se limita a una actividad de intermediación o directamente presta el servicio de transporte).

Las plataformas intermediarias en línea permiten la interacción entre dos grupos de usuarios.

Los sujetos que interactúan pueden ser:

- iguales (peer to peer, P2P, *Consumer to Consumer*, C2C) o entre empresarios (*Business to Business*, B2B),. NUEVO PROTAGONISTA: PROSUMER (proveedor-consumidor).

- o entre empresario y consumidor (*Business to Consumer*, B2C).

- PROBLEMA: ¿Qué responsabilidad asume la plataforma intermediaria en línea?

Remedio: evitar que “se disfrace” de intermediario a quien no lo es generando un mercado paralelo sin garantías eficientes.

Dadas estas características es esencial para el consumidor saber si el proveedor del bien o servicio es el operador de la plataforma o un tercero.

La legitimación pasiva de la acción ejercitada por el consumidor depende de ello, siendo clave para determinar la responsabilidad de la plataforma.

Problema: no todas las plataformas son iguales. Las hay que son meros tableros de anuncios en las que la plataforma no influye ni controla la transacción (Wallapop, Idealista, Fotocasa).

Otras, por el contrario, seleccionan usuarios, diseñan sistemas de reputación en línea, establecen condiciones generales que regirán el contrato entre los usuarios y ejercen el control sobre el cumplimiento de un contrato en el que la plataforma no es parte. La principal característica de este modelo es que **las plataformas limitan la capacidad de los usuarios de decidir entre ellos las cláusulas contractuales** Ejemplo, Amazon, Ebay,

Como los modelos pueden ser diferentes, en cada caso concreto **hay que analizar el grado de participación de la plataforma en la contratación** para valorar si realmente está prestando o no el servicio subyacente y evitar que “se disfrace” de intermediario a quien no lo es generando un mercado paralelo sin garantías eficientes.

¿Cómo se determina el papel de la plataforma?

La litigiosidad que la economía de la plataforma está creando ha hecho que la Comisión Europea establezca una serie de **criterios objetivos** para determinar cuando la plataforma presta o no el servicio subyacente.



En primer lugar, si la plataforma **fija el precio del servicio** o se limita a recomendarlo.

En segundo lugar, si **determina las condiciones del contrato** que vincula a los usuarios entre sí.

En tercer lugar, si **la plataforma tiene propiedad de activos clave** para prestar el servicio subyacente.

A juicio de la Comisión, cuando se cumplen estos tres criterios, hay indicios claros de que la plataforma **ejerce una influencia o control significativos** sobre el prestador del servicio subyacente, **lo que puede indicar a su vez que lo está prestando. Debe, pues, analizarse el caso concreto.**

Estos criterios se han desarrollado en varias sentencias del TJUE

CASO UBER



Sentencia TJUE de 20 de diciembre de 2017

Uber “no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano”. Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores: establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos”.

Caso AIRBNB

Sentencia del TJUE 19 de diciembre de 2019 ¿Presta el servicio de alojamiento?

Airbnb es un prestador del servicio de la sociedad de la información y su actividad es de mera intermediación entre demandantes y oferentes de alojamiento sin que se pueda considerarse que sea la plataforma la prestadora de dicho servicio subyacente. La plataforma proporciona un instrumento que facilita la conclusión de contratos en futuras transacciones.

Argumentos:

La prestación del servicio realizado por Airbnb, no es indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento. Propietarios y arrendadores pueden recurrir a otro tipo de medios (agentes inmobiliarios, anuncios clasificados, etc...).

“El mero hecho de que Airbnb Ireland compita directamente con estos últimos cauces ofreciendo a sus usuarios, tanto arrendadores como arrendatarios, un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento”

A diferencia de lo que sucedió en el caso Uber, en el caso de Airbnb, el servicio de intermediación que presta no forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica. En el caso de Airbnb, su actividad

es perfectamente dissociable de la transacción inmobiliaria de alojamiento que la plataforma no presta Airbnb no ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de Alojamiento a los que está vinculado su servicio de intermediación

La plataforma no determina o limita el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento.

Tampoco selecciona los arrendadores ni los arrendatarios, ni establece condiciones de calidad de los inmuebles.

FALTA DE TRANSPARENCIA SOBRE EL PAPEL DE LA PLATAFORMA. RIESGO DE CONFUSIÓN. CASO WATHELET

CASO PLANTEADO ANTE EL TJUE: puede derivarse para el intermediario la misma responsabilidad que para el vendedor. La sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2016 Sabrina Wathelet contra Garage Bietheres & FilsSPRL (asunto C149/15) se plantea el problema de si se puede considerar que un intermediario profesional es parte en un contrato de venta entre dos consumidores en virtud de la Directiva 1999/44/CE sobre ventas y garantías de los bienes de consumo si no informa adecuadamente al consumidor-comprador de la identidad y la condición del consumidor-vendedor.

DOCTRINA DEL TJUE:

En virtud de la Directiva 1999/44, la responsabilidad del vendedor debe poder ser exigible al intermediario que crea un riesgo de confusión al dirigirse al consumidor, haciéndole creer que actúa en calidad de propietario del bien objeto de la compraventa. La interpretación contraria, que excluiría en todo caso del ámbito de aplicación del artículo 1, apartado 2, letra c), de la Directiva 1999/44 al profesional que actúa como intermediario, se opone al objetivo global perseguido por la normativa de la Unión en materia de protección de los consumidores y consagrado en el artículo 169 TFUE, que consiste en garantizar un alto nivel de protección de los consumidores y, por tanto, en preservar su confianza”.

RIESGO (II) COMERCIANTES ENCUBIERTOS

RIESGO DE COMERCIANTES ENCUBIERTOS: que contraten a través de estas plataformas solo para evitar la aplicación de la normativa protectora de los consumidores.

¿Cómo sabemos si estamos ante un comerciante? STJUE 4 de octubre de 2018: El número de anuncios no es decisivo.

COMISIÓN EUROPEA
CRITERIOS NO VINCULANTES
DETERMINACIÓN DE
CONDICIÓN DE
COMERCIANTE



Frecuencia de los servicios: los prestadores que ofrecen sus servicios solo de manera ocasional (es decir, de manera marginal y accesorio, y no regularmente) son menos susceptibles de ser considerados comerciantes.

Fin lucrativo: Un fin lucrativo puede ser un indicio de que el prestador puede considerarse un comerciante con respecto a una determinada transacción.

Nivel de volumen de negocio: Cuanto más alto es el volumen de negocio generado por el prestador de servicios (procedente de una o más plataformas colaborativas) más indicios hay de que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante.

OCDE: el nivel de organización y planificación de la actividad del proveedor, el número de transacciones, su valor, la duración de la actividad, la forma en que los consumidores perciben la actividad del proveedor.

Sentencia de TJUE de 4 de octubre de 2018

Una consumidora compró un reloj de pulsera en una plataforma de comercio electrónico en virtud de un contrato de compraventa a distancia. Al parecer, dicho reloj no respondía a las características indicadas en el anuncio publicado en la página web. La vendedora del producto (Sra. Kemenova) se negó a facilitar la devolución y la compradora presentó una reclamación ante la Comisión de protección de los consumidores (CPC) quien impuso sanciones administrativas a la vendedora, por haber omitido facilitar información a los consumidores al publicar anuncios de venta en un sitio de Internet. Concretamente, había omitido indicar en el anuncio el nombre, la dirección postal y la dirección de correo electrónico del comerciante, el derecho de desistimiento del contrato de compraventa que corresponde al consumidor, entre otros extremos.

La vendedora interpuso un recurso contra la resolución de la Comisión de protección de los consumidores que fue estimado por el Tribunal de Distrito de Varna, en sentencia de 22 de marzo de 2016, que consideró que la vendedora no tenía la condición de comerciante a los efectos de la Directiva 2005/29 y la normativa búlgara de transposición de dicha norma comunitaria. La vendedora utilizaba el pseudónimo «Eveto ZZ» y que había publicado en dicha página un total de ocho anuncios de venta de productos diversos.

Doctrina de TJUE:

El sujeto debe actuar con un **propósito relacionado con su actividad comercial**, empresa, oficio o profesión en nombre de un comerciante o por cuenta de éste. Se trata de un concepto «funcional» que exige apreciar si la relación contractual o la práctica comercial forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional. Debe atenderse al caso concreto y es algo que le corresponde examinar al órgano jurisdiccional que ha planteado la cuestión prejudicial.

El TJUE establece una serie de criterios que aclara que no son taxativos ni exclusivos, por lo que el hecho de cumplir uno o varios de esos criterios no determina que el vendedor a través de plataforma en línea deba ser considerado comerciante:

- Si la venta se ha efectuado de forma planificada
- Si dicha venta tiene fines lucrativos,
- Si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que pone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente, de manera que lo coloca en una situación más ventajosa con respecto a dicho consumidor,
- Si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor, si el vendedor está sujeto a IVA.

- si el vendedor, que actúa en nombre de un comerciante determinado o por su cuenta o por medio de otra persona que actúa en su nombre y por su cuenta, ha recibido una retribución o una participación,
- si el vendedor compra bienes nuevos o usados con intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter regular, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad comercial o profesional, si los productos en venta son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos

Conclusión: El ánimo de lucro y el número de anuncios no bastan por sí mismos para calificar a dicha persona como comerciante, sino que debe actuar con un propósito relacionado con su actividad económica, oficio o profesión, extremo que le corresponde examinar al órgano remitente. Por lo tanto, el TJUE no decide si la vendedora tenía la condición de comerciante o no, sino que se limita a establecer una serie de criterios que debe tener en cuenta el juez nacional sin que sea suficiente el ánimo de lucro o el número de anuncios publicados.

Artículo 6 bis Directiva 2011/83 2011/83/UE mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (Modificado por Directiva 2019/2161 sobre mejora aplicación derecho de los consumidores 27/11/2019:
NORMA TRANSPUESTA EN DERECHO ESPAÑOL. ART. 97 bis TRLC reformado RDL 24/2021 de 2 de noviembre

Artículo 6 bis Requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea

1. Antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, **el proveedor del mercado en línea** le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, la siguiente información de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia:

- a) información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación, tal como se define en el artículo 2, apartado 1, letra m), de la Directiva 2005/29/CE, de las ofertas presentadas al consumidor como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros parámetros;
- b) **si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea**;
- c) cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato; (...).

Artículo 97 bis TLCU



1. Antes de que un consumidor o usuario quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de esta norma y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia, con especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles, la siguiente información:
 - b) Si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea.
 - c) Cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un empresario, la mención expresa de que la normativa en materia de protección de los consumidores y usuarios no es de aplicación al contrato.

CRÍTICA: Esta regulación no protege al consumidor, sino que blinda a las plataformas.

Art. 15 de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico que establece que los prestadores de servicios de la sociedad de la información no deben supervisar los datos que transmitan o almacenen.

La norma propuesta se basa en la declaración del propio usuario que puede decir la verdad o no. El riesgo de que comerciantes se «disfracen» de prosumidores para evitar la aplicación de la regulación de protección de consumidores subsiste y la plataforma no responde de ello.

La regulación propuesta blinda a las plataformas más que proteger al consumidor. Lo razonable habría sido que tuvieran algunos deberes legales de comprobación de la veracidad de la declaración del usuario acerca de su consideración o no como comerciante.

EL RIESGO PARA EL CONSUMIDOR SUBSISTE.

Art 22 Propuesta Reglamento de Servicios Digitales : El operador de la plataforma está obligado a verificar la identidad del comerciante y el cumplimiento de las obligaciones con respecto a los consumidores y trasladar dicha información a los usuarios finales a través de su página web.



Artículo 22 Propuesta Reglamento Servicios Digitales

Cuando una plataforma en línea permita a los consumidores formalizar contratos a distancia con comerciantes, se asegurará de que los comerciantes solo puedan utilizar sus servicios para promocionar mensajes o realizar ofertas sobre productos o servicios a los consumidores localizados en la Unión si, previamente al uso de sus servicios, la plataforma en línea ha obtenido la siguiente información:

- a) el nombre, la dirección, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del comerciante;
- b) una copia del documento de identificación del comerciante o cualquier otra identificación electrónica con arreglo a la definición del artículo 3 del Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁰;
- c) los datos bancarios del comerciante, cuando el comerciante sea una persona física;
- d) el nombre, el domicilio, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del operador económico, en el sentido del artículo 3, apartado 13, y el artículo 4 del Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo⁵¹ o cualquier acto pertinente del Derecho de la Unión;
- e) cuando el comerciante esté inscrito en un registro mercantil o registro público análogo, el registro mercantil en el que dicho comerciante esté inscrito y su número de registro o medio equivalente de identificación en ese registro;
- f) una certificación del propio comerciante por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión.

2. Una vez recibida esa información, la plataforma en línea hará esfuerzos razonables para evaluar si la información a que se refieren las letras a), d) y e) del apartado 1 es fiable mediante el uso de cualquier base de datos en línea o interfaz en línea oficial de libre acceso puesta a disposición por un Estado miembro o por la Unión o solicitando al comerciante que aporte documentos justificativos de fuentes fiables.

3. Cuando la plataforma en línea obtenga indicaciones de que alguno de los elementos de información a que se refiere el apartado 1 obtenido del comerciante en cuestión es inexacto o incompleto, dicha plataforma solicitará al comerciante que corrija la información en la medida en que sea necesario para garantizar que toda la información sea exacta y completa, sin dilación o en el plazo marcado por el Derecho de la Unión y nacional.

Cuando el comerciante no corrija o complete dicha información, la plataforma en línea suspenderá la prestación de su servicio al comerciante hasta que se atienda la solicitud.

4. La plataforma en línea conservará la información obtenida con arreglo a los apartados 1 y 2 de manera segura durante todo el tiempo que mantenga su relación contractual con el comerciante en cuestión. Posteriormente suprimirá la información.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, la plataforma solo revelará la información a terceros cuando así lo requiera la legislación aplicable, incluidas las órdenes a que se refiere el artículo 9 y cualquier orden dictada por las autoridades competentes de los Estados miembros o la Comisión para el desempeño de sus funciones en virtud del presente Reglamento.

6. La plataforma en línea pondrá la información a que se refieren las letras a), d), e) y f) del apartado 1 a disposición de los destinatarios del servicio, de manera clara, fácilmente accesible y comprensible.

La plataforma en línea diseñará y organizará su interfaz en línea de manera que los comerciantes puedan cumplir con sus obligaciones en relación con la información precontractual y la información de seguridad del producto en virtud del Derecho de la Unión aplicable.

RIESGO III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A CONTRATOS DE ADHESIÓN ENTRE USUARIOS

Especiales problemas plantean:

- entre consumidores entre sí (C2C),
- entre consumidor (proveedor) y empresario (C2B)

Ojo: se trata de sujetos que no se conocen físicamente, no negocian, sino que se trata de **contratos de adhesión, con condiciones generales muchas veces son impuestas por la propia plataforma.**

Francia ha sido pionera en la adaptación del Código Civil en este punto. La reciente reforma llevada a cabo en 2016 ha modificado el art. 1171 CC **trasladando la regulación en materia de cláusulas abusivas a los contratos de adhesión celebrados entre particulares**, algo que sucede precisamente cuando contratan a través de plataformas intermediarias en línea.

OJO: el proveedor que proporciona el bien o servicio **NO** tiene la condición de prestador de servicio de la sociedad de la información. La contratación se realiza a través de la plataforma que es la que tiene tal consideración y su funcionalidad radica precisamente en favorecer el comercio electrónico

Será la plataforma la encargada de que se cumplan, por ejemplo, los deberes precontractuales de información que prevé el art. 27 LSSICE, ya que el proveedor no tiene tal carácter cuando actúa a través de una plataforma intermediaria

Las condiciones de uso de la plataforma están conformadas por un clausulado de condiciones generales de la contratación predispuesto por la plataforma que la vincula con cada uno de los usuarios. El operador impone las condiciones contractuales que rigen sus relaciones con cada uno de los usuarios y, así mismo, predispone las condiciones contractuales que vinculan a los usuarios entre sí.

Esta modalidad de contratación favorece contrato de adhesión entre particulares a los que no es de aplicación las normas sobre cláusulas abusivas.

Ninguna de las partes contractuales predispone las condiciones generales presentes en el contrato de préstamo, sino que ambos se adhieren a un contrato predispuesto por un tercero que no es parte.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), son los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—. Una de las partes debe ser predisponente, aunque hayan sido redactadas por un tercero.

Es preciso “ensanchar” la normativa de protección del consumidor y ampliar la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas a los contratos de adhesión entre particulares.

¿Cabe considerar relación de consumo la relación C2B? EL PROSUMER

El Derecho de consumo parte de la necesidad de corregir los desequilibrios e información asimétrica que tienen lugar entre prestadores profesionalizados que imponen sus condiciones contractuales y consumidores con escasos conocimientos que carecen de margen en la contratación. La protección del consumidor es una protección frente al empresario, frente a quien se dedica a comercializar en el mercado los bienes y servicios que él adquiere y/o utiliza o disfruta. Se trata de compensar esta desventaja del consumidor frente al empresario.

La definición de consumidor contemplada en el art. 3 TRLCU no atiende a la posición que este tiene en la relación jurídica si es o no proveedor del bien o servicio. Tal precepto se limita a señalar que son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Un criterio de interpretación literal no permite privar al consumidor de su condición de tal por el mero hecho de que sea proveedor del bien o servicio.

De ahí que se haya estimado “sigue existiendo una relación entre un consumidor y un profesional, donde el fundamento de la desigualdad jurídica, negociadora y económica seguirá vigente y no existe exclusión legal de este tipo de relaciones” y normalmente la contratación se realizará a través de un contrato de adhesión.

La conceptualización de consumidor no atiende a la vulnerabilidad, sino a la extraprofesionalidad.

¿QUÉ RESPONSABILIDAD ASUME UNA PLATAFORMA INTERMEDIARIA QUE NO PRESTA SERVICIO SUBYACENTE?

DOS PROBLEMAS QUE NO DEBEN CONFUNDIRSE

- Valorar es si presta o no el servicio subyacente y debe o no serle exigida la autorización correspondiente a la actividad que desarrolle.

- Si las plataformas pueden considerarse o no un servicio de intermediación definido en el Anexo de la LSSICE. Ello tiene consecuencias no en la necesidad o no de autorización previa, sino en si las plataformas se benefician o no de determinadas exenciones de responsabilidad.

¿Responde Ebay, por ejemplo, de que en su plataforma se vendan productos falsificados?

Partimos de la base de que no es la plataforma la que vende, sino sólo intermedia. El problema es si la plataforma asume una potestad de control sobre lo que se ofrece y comercia en ella.

Volviendo al caso de los relojes, siendo claro que la plataforma no es la vendedora del reloj y por tanto no es responsable de su falta de conformidad, **cabe preguntarse si asume alguna responsabilidad en su carácter de intermediaria.** Por ejemplo, comprobar que el vendedor es o no comerciante e informar acerca de su naturaleza

Si observamos las condiciones de uso, **las plataformas tienen derecho a todo y no responden de nada**. Se pretenden colocar en un **limbo jurídico** que las hace inmunes a cualquier acción de responsabilidad civil. Y ello porque las plataformas pretenden incluirse dentro de la categoría de **prestadoras de servicios de intermediación de la sociedad de la información**, acogiéndose a las exenciones de responsabilidad previstas los arts. 13-17 LCE, particularmente en el art. 16 LCE:

Estas plataformas pretenden ser tratadas como **proveedores de acceso a la red**, es decir, aquellos que facilitan **los medios técnicos requeridos para la transmisión y acceso de datos** sin intervenir en su elaboración. Por ejemplo, proveedores de alojamiento (*hosting*), proveedores de copia temporal (*catching*). Su intermediación es meramente **técnica, pasiva y neutral**. A estos reserva la Ley de Comercio electrónico la consideración de prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información.

Si tales intermediarios fueran responsables de los daños que ocasionen contenidos y actividades **ilícitas realizadas por terceros**, ello supondría un obstáculo jurídico que entorpecería el buen funcionamiento de la red. De ahí las exenciones de responsabilidad (Esos puertos seguros o safe harbours) previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LCE).

PUERTO SEGURO Art. 16 LSSICE Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico:

Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o*
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.*

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

SERVICIO DE INTERMEDIACIÓN DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (ANEXO LEY Ley 34/2002 LSSICE)

Servicio de intermediación: “*Servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.*”

Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet”.

se trata de las actividades de acceso, memoria tampón (caching) y almacenamiento (hosting).

¿Puede considerarse que Amazon, Ebay prestan servicio de hosting o de almacenamiento de datos y que no responden de nada de lo que se trafique en su portal?

Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 (L'Oreal contra eBay) que aborda la posible responsabilidad de la plataforma eBay por las infracciones del derecho de marcas realizada por los usuarios de la plataforma que vendían productos falsificados.

Según el tribunal europeo, la plataforma Ebay no se limita a alojar datos, sino que intermedia entre los usuarios con herramientas avanzadas de adecuación de la oferta y la demanda, impone reglas de comportamiento a sus usuarios, diseña sistemas de reputación y tienen cierta capacidad de control. Por lo tanto, la actuación de la plataforma **no es ni meramente técnica, ni pasiva ni neutral**. **NO PRESTAN EL SERVICIO SUBYACENTE, PERO TAMPOCO SON MEROS INTERMEDIARIOS.**

Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2010 Google France y Google vs. Louis Vuitton

Resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo francés en relación con la demanda presentada por Louis Vuitton contra Google por violación de sus derechos de marca la cual fue estimada por el tribunal de instancia. El litigio se centra en el servicio prestado por la plataforma Google Adwords que permite, mediante la inclusión de varias palabras clave, enlaces promocionales que, en el caso enjuiciado, llevaban a páginas web que vendían productos Louis Vuitton falsificados.

El tribunal pregunta si Google presta un servicio de intermediación de la sociedad de la información y le resulta de aplicación la exención de responsabilidad prevista en el art. 14 DCE (equivalente al art. 16 LSSICE).

“Para comprobar si es aplicable tal exención de responsabilidad “es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena”. Estas son las características que determinan que la actividad de la plataforma sea un servicio de intermediación de la sociedad de la información: carácter técnico, automático y pasivo. Lo decisivo no es que la plataforma realice actividad de alojamiento de datos (hosting), sino que, caso por caso, habrá que determinar si tiene naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que aquél no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada (en el mismo sentido, la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13, Caso Papasavvas, párrafo 45) En este caso declaró que sí operaba la exención de responsabilidad.

CONCLUSIÓN:

La plataforma responde:

- Cuando presta el servicio subyacente o
- Cuando siendo intermediaria, su rol no es meramente técnico o pasivo.

Hay que analizar el caso concreto y hay que saber qué criterios aplicar. El hecho de que la plataforma no preste el servicio subyacente, no necesariamente implica que se pueda considerar que presta un servicio de alojamiento de datos y que se le apliquen las exenciones de responsabilidad: LAS PLATAFORMAS INTERMEDIARIAS EN LÍNEA SON UNA NUEVA CATEGORÍA DE PRESTADORES DEL SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN QUE DEBERÍA MERECER UN TRATAMIENTO JURÍDICO **ESPECÍFICO y que respondieran por la actividad real que desempeñan.**

No se trata de hacerles responder como si prestaran el servicio subyacente, sino por el servicio que realmente presta y sobre todo de los servicios accesorios.

CAMBIO REGULATORIO A LA VISTA . DIGITAL SERVICES ACT

Artículo 5 Alojamiento de datos Propuesta de Reglamento Servicios Digitales (Digital Services Act) de 15 de diciembre de 2020. NUEVA REGULACIÓN PUERTOS SEGUROS

Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar información facilitada por un destinatario del servicio, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios: no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o el contenido revele su carácter ilícito, o de que en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o inhabilitar el acceso al mismo.

El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios.

El apartado 1 no se aplicará con respecto a la responsabilidad, en virtud de la legislación de protección al consumidor, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores formalicen contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control. (texto aprobado en el Parlamento Europeo).

El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.

¿QUÉ APORTA LA PROPUESTA REGLAMENTO SE SERVICIOS DIGITALES? (DSA)

Como regla, se mantiene el mismo criterio que la vigente DCE:

- la ausencia de responsabilidad por los contenidos ilícitos que alojaban o transmitían siempre que no tuviesen conocimiento efectivo de los mismos.

- la inexistencia de una obligación general de monitorización para impedir la publicación o transmisión de estos contenidos.

EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN ES LA NEUTRALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN. Si la plataforma asume un papel activo en el tratamiento de la información, perderá la exención de responsabilidad.

Se priva de la exención de responsabilidad (puerto seguro) a las plataformas intermediarias que tienen influencia decisiva en la prestación del servicio. Ello no significa que la plataforma a la que se aplique el art. 5.3 DSA deje de ser intermediaria y pase a ser la vendedora de los relojes. Tampoco la norma le imputa responsabilidad alguna. **Establece una excepción al puerto seguro** que cada Estado miembro deberá gestionar y desarrollar.

Se mantiene el principio de que la plataforma no está obligada a supervisar los contenidos alojados (art. 7 DSA), equivalente al art. 15 LCE. Ello no impide que las plataformas adopten iniciativas para revisar los contenidos alojados en su web (art. 6 DSA).

Por tanto, la plataforma responde en todo caso:

- Cuando ejerza una influencia dominante sobre el contrato de consumo que se celebra.
- Cuando induzca a creer al consumidor que es la plataforma la que proporciona el bien o servicio objeto del contrato de consumo. -
- Cuando no haya actuado con diligencia, una vez que haya tenido conocimiento de la existencia del contenido ilícito, ya sea por comunicación de un tercero, o por una orden de una autoridad administrativa.

HABLA DSA NO ESTABLECE CRITERIOS OBJETIVOS PARA DETERMINAR CUÁNDO SE PRESTA O NO EL SERVICIO SUBYACENTE Y CUANDO SE TIENE UN ROL ACTIVO. HABRÁ QUE ANALIZAR CADA CASO CONCRETO EL CONCRETO INCUMPLIMIENTO. El papel de los letrados se torna fundamental para construir una doctrina al respecto.

CASO
HOMEAWAY
SENTENCIA
DEL TS
20/12/2020

Hechos:

Homeaway es una plataforma que presta los siguientes servicios:

- Publicitar en su web los alojamientos de terceros;
- Gestionar las reservas que recibe de los locatarios, sometiéndolas al titular del inmueble;
- Percibir el importe del alquiler y un depósito de seguridad mediante una plataforma de pagos;
- Retener temporalmente los depósitos; y
- Contestar a las consultas que le dirigen los clientes.

Por estos servicios percibe de los titulares de los inmuebles una cuota anual fija de 199 euros y un 3% de las reservas que gestiona; y de los arrendatarios un 6% adicional al precio del alquiler.

CASO PLANTEADO:

Resolución del Secretario de Empresa y Competitividad de la Generalitat de Cataluña 28 de mayo de 2015: ordena a Homeaway a bloquear y suprimir de la página web el alojamiento turístico localizado en Cataluña en el que no conste el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña, bajo apercibimiento de multa coercitiva.

Recurrida por Homeaway la resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se dicta sentencia de 5 de octubre de 2018, desestimando el recurso.

Sentencia del TJSC: la plataforma tiene un papel activo, habiendo perdido la neutralidad tecnológica porque el operador presta una asistencia consistente en optimizar la presentación de las ofertas de venta o en promover estas ofertas, cuando interviene en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional”. “No se puede considerar que el papel del operador se limite a empaquetar y transmitir la información desconectada.

La plataforma tiene un papel activo que le impide acogerse a la exención de responsabilidad sobre los contenidos. Como desempeña un papel activo, sea o no una empresa turística, debe cumplir la normativa reseñada.

Obsérvese que se no se discute si presta o no servicio subyacente, sino si siendo intermediaria tiene un papel activo o no que le haga merecedor de las normas de exoneración de responsabilidad previstas en la normativa de Comercio electrónico

Observación: Aunque no se le considerara que tiene un papel activo, la comunicación de la Dirección General de Turismo era suficiente para poner en conocimiento el incumplimiento de los usuarios oferentes. A partir de ese momento tenía la plataforma conocimiento de la ilicitud y debería haber actuado.

Diferencia con el caso UBER: Uber tiene influencia dominante y presta servicio subyacente. En el caso Homeaway no se discute si la plataforma presta o no servicio turístico.

La sentencia del TSJC no entra a valorar si Homeaway es o no empresa turística. Considera que es una intermediaria que juega un papel activo y está sujeta a cumplimiento del requisito de inscripción exigido. porque hace publicidad de alojamientos.

Homeaway recurre ante el TS

Confusión del TS: Confunde el papel activo de la plataforma con lo que el TJUE denomina influencia dominante, en el que ya no se trata de que sea intermediaria la plataforma, sino que responde del servicio subyacente. Esta confusión le lleva a estimar el recurso de Homeaway.

El TSJC no entra en si la plataforma es o no prestadora del servicio subyacente. Por el contrario, el TS se centra en esta cuestión.

El TS se apoya en la reciente sentencia del TJUE en el Caso Airbnb Ireland y tiene en cuenta tres criterios para determinar si la plataforma presta o no el servicio subyacente:

- Si la propuesta de valor de la plataforma es meramente accesoria del servicio subyacente de alojamiento;
- Si los servicios de la plataforma son imprescindibles para la prestación del servicio; y
- Si existe un control efectivo por parte de la plataforma sobre el negocio subyacente de alquiler vacacional.

Y CONCLUYE QUE HOMEAWAY NO PRESTA SERVICIO DE ALOJAMIENTO:

La **actividad de Homeaway es dissociable de la de los usuarios** que ofertan alojamientos vacacionales. Su propuesta de valor no es el alojamiento en sí, sino la creación de la base de datos de alojamientos y de las herramientas que facilitan tanto la búsqueda de información (*e.g.* comparadores, filtros, etc.) como las transacciones entre propietarios y arrendatarios.

La **actividad de Homeaway no es imprescindible**, existiendo otros cauces para la contratación de este tipo de servicios (*e.g.* agencias de viaje tradicionales, anuncios en prensa, etc.).

No existen indicios de que Homeaway controle en modo alguno el importe de los alquileres solicitados por los propietarios.

Ninguna de las prestaciones adicionales que ofrece Homeaway (*e.g.* gestión de reservas, pasarela de pagos, consultas, comisiones...) desvirtúa su rol de mero intermediario, y ello porque no constituyen en sí mismas un fin para arrendadores y arrendatarios, sino que “presentan un carácter accesorio para ofrecer o disfrutar del servicio de intermediación realizado por la plataforma que constituye la esencia de su actividad, que es la de poner en contacto a arrendadores y arrendatarios”. **NADIE CUESTIONABA SU PAPEL DE INTERMEDIARIO. LO QUE SE CUESTIONABA ERA SU PAPEL ACTIVO EN LA INTERMEDIACIÓN.**

¿La obligación de controlar si los oferentes de establecimientos vacacionales cumplen con la normativa sectorial supone una obligación de monitorización contraria al artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico?

Sí. El Tribunal Supremo es tajante al concluir que no cabe imponer una obligación generalizada de monitorización sobre los prestadores intermediarios, obligación expresamente prohibida por el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico que dice lo siguiente: “Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que trasmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”.

El Tribunal Supremo concluye que no cabe exigir a Homeaway que monitorice o filtre las ofertas de sus usuarios para valorar si son lícitas.

El TS casa la sentencia del TSJC

Crítica a la sentencia del TS: Confunde el papel activo de la plataforma con lo que el TJUE denomina influencia dominante, en el que ya no se trata de que sea intermediaria la plataforma, sino que responde del servicio subyacente.

RIESGO IV. SISTEMAS DE REPUTACIÓN ONLINE

La interdependencia de los usuarios es un rasgo característico de esta modalidad de plataformas y clave de su éxito. Su actividad se centra en conseguir el mayor número de usuarios tanto proveedores como adquirentes de bienes y servicios. Para ello es habitual que la propia plataforma u otra que se dedique a esta finalidad diseñe un sistema de reputación que se construye sobre la base de las opiniones de los propios usuarios.

Fundamento: evitar riesgos de información asimétrica de esta modalidad de contratación.

La confianza es el “pegamento social” que facilita el consumo colaborativo y el funcionamiento de la economía de la plataforma

Riesgo: POSIBILIDAD DE FRAUDE Y DAÑO GRAVE A CONSUMIDOR Y PROVEEDOR
DEBE EXISTIR TRANSPARENCIA SOBRE EL SISTEMA DE REPUTACIÓN

Las plataformas pueden tener la consideración de comerciantes a los efectos de la aplicación la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales de 11 de mayo de 2005 y ser de aplicación normas sobre publicidad engañosa.

Consecuencia derivada de incumplimiento serían las establecidas en el art. 32 de Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios causados por parte de la plataforma por una especie de “culpa in vigilando”, por la falta de control de la veracidad de las valoraciones.

Comisión europea: “al publicar reseñas de usuarios, se requiere que el operador de la plataforma proporcione información veraz sobre las principales características de sus servicios. En particular, la plataforma no debe inducir a error a los usuarios en cuanto al origen de las revisiones: debe evitar crear la impresión de que las valoraciones publicadas a través de ella provienen de usuarios reales, cuando no puede garantizarlo adecuadamente. En tal caso, el operador de la plataforma debe informar claramente a los consumidores sobre este hecho. Si, a contrario, un proveedor de herramientas de valoración por usuarios afirma explícitamente que sus revisiones proceden de usuarios, debe tomar medidas razonables y proporcionadas que aumente la probabilidad de que dichas revisiones reflejen las experiencias reales de los usuarios”.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE de 27 de noviembre de 2019

introduce modificaciones en la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Se añade el apartado 6 al art. 7 dedicado a las omisiones engañosas. Se establece en dicho nuevo apartado se señala que *«cuando un comerciante facilite el acceso a las reseñas de los consumidores sobre los productos, se considerará fundamental la información acerca de si el comerciante garantiza que las reseñas publicadas pertenezcan a consumidores que hayan adquirido o utilizado el producto y de qué modo lo hace»*.

Se considera que tal información es sustancial. El considerando 47 dispone que el proveedor habrá que especificar qué procesos de verificación se han usado y si se aplican a todas las reseñas.

CASO TRIPADVISOR SENTENCIA JUZGADO MERCANTIL N°7 DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2019

El litigio se plantea entre la empresa “Recaba inversiones turísticas S.L.” que demanda a Tripadvisor Spain LS.L. y Tripadvisor LLC, ejercitando las acciones declarativas, de cesación, remoción de efectos y resarcimiento (arts. 4, 12, 15 y 32 de la LCD). Precisamente, la demanda se fundamenta en una serie de comentarios vejatorios (no meramente negativos) realizados por los usuarios en dicha plataforma y sobre dos restaurantes de la demandante. Se considera que hay contravención de las exigencias de la buena fe, en el aprovechamiento indebido de la reputación ajena y en la violación de normas.

COMENTARIOS:. Uno de ellos se limitó a poner como título “Estafa a la Seguridad Social, personal enchufado mal cualificado, una chapuza de gestión de negocio”. El segundo se refería a uno de los restaurantes de las demandante al que denominaba “Tóxico Beach” y señalaba: “El tartar de atún nos proporcionó fuertes diarreas a los que lo comimos. Es inconcebible para un restaurante que tiene ínfulas de restaurante elegante”. El tercero llevaba por título: “Es una empresa sin derechos laborales”, y su contenido era el siguiente: “El dueño es un sinvergüenza que no paga horas extra, se queda un 30% de las propinas cuando factura millonadas y no da de alta a los trabajadores las horas que hacen. ES UNA EMPRESA SIN DERECHOS LABORALES. Cómo va a funcionar con los trabajadores malpagados y agotados... Lo mejor de todo es que solo se acerca allí para maltratar y humillar gritando a los empleados delante de toda la gente”.

Los comentarios fueron suprimidos al día siguiente de su publicación.

El tribunal absolvió a Tripadvisor al estimar que no se violaba la normativa de competencia desleal. Lo cierto es que dos de los comentarios fueron removidos por Tripadvisor de la web al día siguiente de su publicación, tras haberlo solicitado la demandante.

¿Qué responsabilidad asume el operador de la plataforma respecto de las barbaridades que puedan llegar a decirse en estos portales que albergan reseñas de los usuarios?

Se declaró probado que Tripadvisor tenía un control de contenido de los comentarios, si bien se trataba de un sistema previo de control mediante algoritmos y un sistema de control posterior llevado a cabo por personal contratado por la compañía, ofreciendo a los establecimientos la posibilidad de responder a las observaciones de los usuarios y denunciar a Tripadvisor la incorrección de un comentario.

La sentencia es criticable entre otras razones por negar la aplicación del art. 12 LCD (aprovechamiento indebido de reputación ajena) con base en que Tripadvisor tiene más reputación que los dos restaurantes afectados lo que parece que a juicio del juez autorizaría a la plataforma a aprovecharse de la reputación ajena.