

Intermediarios en el Derecho europeo: trazas de su responsabilidad por falta de cumplimiento del contrato intermediado

Intermediaries in European law: traces of their liability for lack of intermediated contract fulfilment

LIDIA ARNAU RAVENTÓS
Profesora Agregada de Derecho civil
Universidad de Barcelona
ORCID ID: 0000-0002-1628-8809

Recibido: 27.10.2024 / Aceptado: 09.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9327

Resumen: La finalidad última del estudio es identificar qué elementos, presentes de algún modo en el derecho privado europeo, permiten concretar lo que, hoy por hoy, establece tal ordenamiento a propósito de la responsabilidad de los intermediarios en caso de incumplimiento del contrato intermediado. La mirada se centra, en especial, en el fundamento y funcionamiento de tal responsabilidad. A falta de normas europeas generales sobre el particular, el trabajo aspira, no tanto a inferir tal régimen general a partir de una normativa europea dispersa y fraccionada, sino a incidir en aquellos espacios en los que precisamente esta falta de respuesta europea pone en entredicho y fuerza esquemas internos.

Palabras clave: Intermediación, responsabilidad, apariencia, influencia, consumidor.

Abstract: This study aims to identify what elements, present in some way in European private law, allow us to specify what, today, such legislation establishes regarding the liability of intermediaries in the event of non-compliance with the intermediary contract. The attention focuses on the foundation and liability rules. In the absence of general European regulations on the matter, the study aspires, not so much to infer such a general principles from a dispersed and fragmented European regulation, but to identify those spaces in which precisely this lack of European response calls into question and forces internal schemes.

Keywords: Intermediation, liability, appearance, influence, consumer.

Sumario: I. Introducción. La lógica entre el fundamento y el funcionamiento de la responsabilidad del intermediario. II. La antesala: derecho privado europeo e intermediación. 1. Sujetos o servicios “intermediarios”. 2. Espacios de intermediación. 3. Flancos de responsabilidad del tercero por hecho ajeno. A) *Quid* cuando la definición de “comerciante” incluye al intermediario: “comerciante” v. parte contratante. B) El (superfluo) Cdo 23, al final, Directiva 2019/771. C) La respon-

*Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto DER 2021-126857NB-I00, del Grupo Consolidado 2021 SGR 00347 “Grup de Dret civil català, UB” y de la Cátedra “UB/ACdC sobre Estudis de Consum i resolució alternativa de litigis”. Su contenido se fraguó durante una estancia de investigación, en verano de 2024, en la Unidade de Investigaçao e Desenvolvimento de la Faculdade de Direito de la Universidade do Porto. La autora agradece muy sinceramente a la Prof. Maria Raquel Guimaraes los ratos y reflexiones compartidos.

sabilidad del fabricante por falta de conformidad del bien. III. En busca de un fundamento: desde la protección de la *apariencia* ... hasta el control o *influencia* ejercida por el intermediario sobre el negocio. 1. Sencillamente: es “vendedor” el intermediario que aparenta vender por cuenta propia. A) La apariencia: acerca de cuándo la hay y cuándo deja de haberla. B) La actuación en nombre o (¿sólo?) por cuenta del vendedor: entre otros, el art. 2.3 Dir. 2019/771. C) *Más vale prevenir* ...: los deberes de información acerca de cómo se actúa. 2. La actuación del proveedor bajo el “control” o “autoridad” del intermediario. A) Desde el conocimiento efectivo del contenido ilícito (¿qué lo es?)... hasta el control o autoridad, reales o aparentes, sobre el destinatario del servicio. B) El parámetro subjetivo de la apariencia jurídicamente relevante: el consumidor medio. Confusión, que no apariencia, y vulnerabilidad. IV. La responsabilidad del intermediario. V. Reflexión final.

I. Introducción. La lógica entre el fundamento y el funcionamiento de la responsabilidad del intermediario

1. La responsabilidad de las plataformas electrónicas intermediarias por razón del (in)cumplimiento del contrato subyacente o *intermediado*¹ (esto es: del contrato cuyo objeto son los productos que se ofrecen, a través de una de ellas, por quien identificamos como *proveedor* y que se contratan por, llamémosle así, el *adquirente*²), es solo uno de los hilos conductores de este comentario. El estudio, subjetivamente, pretende ser más general, alcanzando a *otros* intermediarios. De hecho, la hipótesis de partida es que el régimen de la responsabilidad del intermediario, a falta de una norma que establezca o permita deducir lo contrario, más que acompañar incondicionadamente a un determinado *intermediario*, debe resultar y explicarse por la manera de desarrollar la intermediación o, de otro modo, por la manera de ejecutar la *función intermediadora*. Desde esta perspectiva, ¿por qué, *vgr.*, aquello que pueda predicarse del intermediario *electrónico* (que lo es, básicamente, por la manera electrónica de contratar sus servicios [es decir, de contratarlo *a él*] y por el *medio* en el que se desarrolla aquella función) no podría predicarse también de *otros* intermediarios? O a la inversa: ¿por qué lo que se dice de estos no podría regir, también, para el intermediario *on line*?³

2. Objetivamente, quiere centrarse la atención en dos cuestiones particulares y en el vínculo lógico que debería existir entre ellas. La primera es la razón o el fundamento que podría auspiciar aquella responsabilidad, el porqué de exigirla a quien, *solo* en principio, está llamado a desarrollar una actividad enderezada a alcanzar la conclusión del contrato y a hacerlo situándose en una posición *intermedia* entre quienes, de entrada, aparecen como los principales interesados en la operación (proveedor y adquirente) y entre quienes se trata solo de *intermediar* a fin de concluir el negocio. La segunda cuestión concierne a la naturaleza y contenido de la responsabilidad atribuida y a su ensamblaje con el fundamento que la sustenta; esto es: si la razón por la que se atribuye o declara la responsabilidad de la plataforma encaja después con *lo que sea* que implique tal responsabilidad; puede suscitarse, incluso, la cuestión relativa a la practicidad del tipo y sistema de responsabilidad atribuidos.

3. Y todo ello pretende ser descrito y analizado desde la óptica del derecho privado europeo, sin incursiones en los derechos nacionales. En este sentido, y sin perjuicio de la vocación subjetivamente general del análisis, sí cabe anticipar que, si se cotejan los datos que proporciona el derecho europeo a pro-

¹ También llamado, por otros, contrato *principal* (véase, *vgr.*, F. MAULTZSCH, “Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles”, *European Review of Contract Law*, vol. 14, 3/2018, p.212.

² Se utiliza, así, un concepto amplio de “productos” al estilo del art. 2, letra c Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

³ En este sentido, resulta ilustrativo que, en 2016 y en el contexto de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, la Comisión Europea, al abordar la cuestión de la responsabilidad de las plataformas por incumplimiento del contrato subyacente, se refiera a un asunto que, en aquel momento, está pendiente de decisión ante el TJUE y que, más tarde, desembocará en la STJUE *Wathelet*, relativa a un intermediario *no electrónico* (véase *infra* III); la remisión se explica desde la convencimiento de que hay o pueden haber reglas comunes para todos los intermediarios (véase COMISIÓN EUROPEA, *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales* [COM (2016) 320 final], p. 139).

pósito del fundamento y responsabilidad las plataformas electrónicas, la sensación inicial, quizás en exceso apresurada, es que aquel ordenamiento rezuma una suerte de *puedo pero aún no quiero* (o *no me atrevo del todo*) por parte del legislador europeo⁴. Como se verá, la exención de responsabilidad prevista en el art. 6.1 Reglamento 2022/2065, del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales, no rige en los supuestos descritos en los art. 6.2 y 6.3 del mismo texto; en este ámbito, se cuida mucho el legislador europeo de aclarar que esta *no aplicación* no puede ser vista ni interpretada como una *atribución directa de responsabilidad* (Cdo 17 Reglamento 2022/2065).

II. La antesala: derecho privado europeo e intermediación

4. A fin de contextualizar la materia, se sugiere bosquejar mínimamente entre el derecho privado europeo a fin de detectar la presencia de intermediarios, de espacios explícitos de intermediación y, eventualmente, de asideros desde los que articular reglas de responsabilidad que, para el caso de incumplimiento contractual, salpiquen a quien no actuó como parte contratante.

1. Sujetos o servicios “intermediarios”

5. Por lo pronto, a falta de una definición europea general de *intermediario*, baste considerar algunos exponentes de sujetos a los que, al menos formalmente, se les atribuye aquella condición al actuar en el marco de una determinada actividad; en estos ámbitos, es posible tipificar la función intermediadora. El art.1.2 de la Directiva 86/653, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, califica como “agente comercial” a quien “como intermediario”, de forma permanente pero independiente, se encargue “de negociar por cuenta de otro la venta o compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario”. Por su parte, el art. 3.12 de la Directiva 2023/2225 (UE), del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo, define también al “intermediario de crédito” al amparo de un requisito negativo (o mejor, de un requisito que, por sí solo, resulta insuficiente para tipificar aquella posición o categoría) y de un elenco (aparentemente alternativo y excluyente) de actuaciones en las que se desgrana la función intermediadora en este ámbito; así, intermediario es quien “no se limita a poner el contacto” a las partes sino que, además, “a) presenta u ofrece contratos de crédito a los consumidores; b) asiste a los consumidores realizando trámites previos; c) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista”⁵. Por lo pronto, ambos textos convergen en dos aspectos: el primero es que la interacción a desarrollar por el intermediario debe ir más allá de la mera puesta en contacto de las partes (así lo señala de forma expresa el art. 3.12 Directiva 2023/2225 y resulta implícitamente del art. 1.2 Directiva 86/653, que exige, como mínimo, *negociación*); el segundo es que la conclusión del contrato *en nombre* del profesional (llamémosla, intermediación representativa) forma parte del ámbito de la función de intermediación (o, dicho de otro modo: a efectos de tales normas, se está también *intermediando* cuando se alcanza, con éxito, el hito final del proceso negocial y, además, se interviene materialmente en la conclusión del contrato [aunque sea actuando, jurídicamente, *en nombre* de otro]).

6. Por su parte, el art. 3 del Reglamento 2022/2065, define, en su letra g, el llamado “servicio intermediario” y lo hace desde una perspectiva muy material, muy descriptiva de la actuación solo técnica a desarrollar (y consistente, esencialmente, en transmitir información [en las modalidades des-

⁴ Alude a un “deliberado dejar hacer”, J. MARCO MOLINA, “La contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermedias en línea: “el medio sí es el mensaje””, en M. CUENA CASAS; J. IBÁÑEZ JIMÉNEZ (Coord.), *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, Madrid, La Ley, 2021, pp. 271 y 272.

⁵ El “intermediario de crédito” se definía en términos esencialmente parecidos en el art. 3, letra f Directiva 2008/48, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo. Es la definición que también aparece en el art. 4.5 de la Directiva 2014/17, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

pués desplegadas en los art. 4 y 5 Reglamento 2022/2065] o en alojar datos [véase art. 6 Reglamento 2022/2065]). Esta perspectiva *no negocial* llega hasta el art. 3, letra *i* Reglamento 2022/2065 que define la “plataforma en línea” a base de añadir, al cometido (material) consistente en el alojamiento de datos, las actuaciones de almacenaje y difusión de la información al público. Un enfoque más negocial, en cambio, sí revisten el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 y, en general, el Reglamento 2019/1150, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de los servicios de intermediación en línea. Se trata de textos que hacen un poco más visible aquella dimensión porque sitúan el servicio de intermediación y a quien lo presta en la senda de la contratación de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor; esta idea resulta, *vgr.*, de los Cdos 9 y 10 Reglamento 2019/1150 y de su art. 2.2, letra *b* que, al definir el “servicio de intermediación en línea”, insiste en la idea de tratarse de un servicio que permite ofrecer al proveedor profesional sus bienes y servicios “con el objetivo de facilitar transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de donde aquellas se concluyan en última instancia”⁶. El art. 6.3 Reglamento 2022/2065 comparte esta perspectiva, la de servicio facilitador de la celebración del contrato (“...las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia...o [la plataforma] haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate”)^{7 8}.

2. Espacios de intermediación

7. Por otra parte, al margen de los espacios de intermediación que resultan de los textos ya citados, el derecho europeo, en otros contextos negociales y sin utilizar la voz *intermediario* (o similar), da cabida a la *actuación de otro* (es decir, de alguien distinto a quien es parte contratante) justo en el momento de concluirse el contrato. Probablemente la cuestión que subyace a la identificación de estos espacios es la relativa a dónde *empieza* y donde *acaba* la función de intermediación, es decir, el *a partir de* qué momento y el *hasta cuando* una actuación implica desarrollo de una actividad intermediadora. Y es que la fijación de este abanico temporal resulta imprescindible para después determinar qué conductas, realizadas en este intervalo, pueden eventualmente acarrear la responsabilidad del intermediario (precisamente por tratarse de acciones que implican desarrollo de una función de *intermediación*) por falta de cumplimiento del contrato intermediado. En línea de principios, la intermediación empieza en el momento en el que pueda entenderse que empieza la negociación aludida en el art. 1.2 Directiva 86/653, la puesta en contacto del art. 3.12 Directiva 2023/2225 y la difusión a que se refiere el art.3 letra *i* Reglamento 2022/2065 y que subyace en la definición del art. 2.2, letra *b* Reglamento 2019/1150. En otros contextos negociales, la intermediación empezará allá donde se inicie la fase *precontractual*⁹, quizás prosiga hasta la fase, llamémosla, *pericontractual* (o justo antes de contratar)¹⁰ y alcance el momento mismo de la conclu-

⁶ Desde la perspectiva del proveedor profesional, el recurso a la plataforma entraña un sistema organizado de venta y prestación de servicios a los efectos del art. 2.7 y Cdo 20 Directiva 2011/83, de 8 de octubre, sobre derechos de los consumidores; ambos textos coadyuban a la tipificación del contrato a distancia.

⁷ Véase el art. 2.1.3) Directiva 2016/97, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la distribución de seguros; se define en él al “intermediario de seguros”, que es la persona física o jurídica, distinta de una empresa de seguros, que realiza una actividad de “distribución de seguros”. Esta última categoría se desarrolla, a su vez, en el art. 2.1.1) Directiva 2016/97 y alcanza a “toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos”; nótese que el intermediario de seguros puede actuar en representación del cliente o en nombre y por cuenta de empresa de seguros (arg. art. 18, letra *a*, apartado *v* Directiva 2016/97).

⁸ Véanse el art. 10.3 Directiva 2019/944/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5.6.2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y el Anexo I, 1, letra *a*, *al final*, Directiva 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.7.2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; ambas disposiciones aclaran que, en los supuestos en los que la contratación se realiza “a través de un intermediario”, la información precontractual también debe facilitarse al cliente antes de contratar.

⁹ Véase el Cdo 20 Directiva 2011/83, que niega que la petición de información en un establecimiento implique siempre inicio de la fase precontractual del contrato que eventualmente se acabe celebrando. A efectos de la Directiva 2011/83 (que, en este particular, trata del contrato a distancia), lo relevante es que su “negociación y celebración” se realicen a distancia.

¹⁰ Sobre la expresión, L. ARNAU RAVENTÓS, “Derecho de desistimiento y faltas informativas relativas al precio”, *Revista Electrónica de Derecho*, vol. 34, núm. 2, 2024, pp. 61-63.

sión del contrato (tal y como avalan los art. 1.2 Directiva 86/653 y 3.12 Directiva 2023/2225, relativos a la celebración del contrato en nombre del profesional)¹¹. Por mucho que el intermediario pueda continuar desarrollando alguna función tras la perfección del contrato (y, en particular, relacionada con su ejecución o cumplimiento), en lo que aquí concierne (a saber: la eventual responsabilidad del intermediario por incumplimiento del contrato principal), el fundamento de su eventual exigibilidad ha de reconducirse a la conducta por él desempeñada, ya sea antes, ya sea en el momento mismo de la conclusión del contrato; ello parte de entender que es precisamente la actividad enderezada a perfeccionarlo lo que, al menos, permite plantear si el intermediario es o debería ser *de algún modo* responsable del contrato finalmente celebrado. No hay, pues, *intermediación* en el sentido señalado si la primera aparición o toma en consideración del supuesto intermediario se sitúa tras la celebración del contrato¹².

8. La siguiente cuestión es si cualquier intervención en este espacio comercial implica considerar intermediario a quien interviene¹³. Y ya se ha visto, *vgr.*, de qué modo se modula la intensidad de tal actuación a efectos de etiquetarse como intermediadora, en las Directivas 86/653 y 2023/2225.

9. También se ha dicho que es atendiendo al momento de la *conclusión* del contrato que se han detectado, sin ánimo alguno de exhaustividad, espacios de intervención que, materialmente, cabe entender que pueden ser de intermediación porque, en una aproximación muy elemental, se sitúan *entre* las partes contratantes *en* el momento de celebrar el contrato materializando su perfección; sería tanto como decir que, en estos casos, se llega a favorecer o a auspiciar tanto la conclusión del contrato entre las partes contratantes que incluso se interviene en ella.

10. Es el caso, *vgr.*, del espacio ocupado por quien actúa en nombre o por cuenta del vendedor en el art. 2.3 Directiva 2019/771. La norma se preocupa solo de tipificar al “vendedor” (o al “empresario” en el caso del art. 2.5 Directiva 2019/770) a partir de su manera de actuar (“incluso a través...”), pero sin detenerse en quienes intervienen en su nombre o por su cuenta. El esquema es el mismo que el implementado en los art. 2.2 Directiva 2011/83 y 3.7 Directiva 2015/2302, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados; en ellos, se califica como “comerciante” o “empresario”, respectivamente, a quien eventualmente se sirva de otro que obra en nombre de aquellos o (solo) siguiendo sus instrucciones¹⁴; tales textos rehúyen ocuparse, al

¹¹ Véase A. PINTO MONTEIRO; M. MIRANDA BARBOSA, “A imposicao das obrigações decorrentes do DL nº 67/2003, de 8 de abril, ao intermediario na venda”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, año 147, nº 4011, 2028, p.380. Los autores aluden a la distinción entre quien *media* o *aproxima* a las partes, pero sin participar en el negocio, y quien se limita a disponer de un espacio de representación del bien en el mercado a fin de facilitar su contratación, pero sin asumir ninguna obligación en términos de búsqueda de interesados en contratar; no habría “mediación” en este caso.

¹² Se rehúye hablar de intermediación en el caso de intervención de un tercero en fase postcontractual o tras la conclusión del contrato (y, ello, prescindiendo del expediente que jurídicamente la ampare [*vgr.*, contrato a cargo de tercero; subcontratación...]). Se tratará de un tercero cuya actividad eventualmente ya se habrá contemplado al contratar pero que *no habrá intermediado* a estos efectos. Sencillamente proclamando la *irrelevancia* de quien materialmente acabe suministrando los contenidos o servicios digitales a efectos de determinar el régimen aplicable al contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, véanse Cdo. 16 y art. 3.3 Directiva 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes; en el mismo sentido, art. 3.4 Directiva 2019/770, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

¹³ Tampoco todo tercero que actúa en las “fases previas de las cadenas de transacciones” (art. 7.1, letra *d* Dir. 2019/771) será intermediario en el sentido y contexto aquí tratados; que su actividad se desarrolle o proyecte *antes* de la conclusión del contrato no implica, necesariamente, que lo haga situándose *entre* vendedor y consumidor y que se dirija a *propiciar* la celebración del contrato. La norma (también lo hace el art. 8.1, letra *b* Directiva 2019/770) ya se ocupa de reconducir la posible incidencia *contractual* de la actuación de tal tercero (y, en concreto, de sus declaraciones públicas) hacia la falta de conformidad del producto y la responsabilidad exigible al vendedor o suministrador. Se hacía un uso más laxo del término, *vgr.*, en el art. 4 Directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (“[C]uando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor perteneciente a una misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario...”).

¹⁴ Probablemente, la dicción de ambos textos a propósito de la manera de intervenir en el negocio de aquél *a través* de quien actúa el profesional influyó en la redacción del art. 2, letra *c*, de la Propuesta de Directiva, del Parlamento europeo y del

menos de *forma expresa*, de este *intermediario*. No puede desconocerse, sin embargo, que al amparo del art. 2.2 Directiva 2011/83 y a los efectos de lo dispuesto en este texto, en la sentencia *Tiketa*, el TJUE calificó como “comerciante” al intermediario que, al intermediar, actuó con un propósito relacionado con su actividad profesional y sin que en tal consideración influyera el hecho de haber informado o no al consumidor acerca de su intervención como intermediario^{15 16}. Por su parte, el art. 3, letra *f* Reglamento 2022/2065, relativo a la definición de “comerciante”, también extiende esta calificación a quien actúa a través de otro, que obra “en ... nombre o representación” de aquél¹⁷.

11. Cabe advertir que no hay, en este particular, mimetismo desde la perspectiva del consumidor, es decir, la definición que recurrentemente se proporciona de él (véase, *vgr.*: art. 2.1 Directiva 2011/83; art. 2.6 Directiva 2019/770; art. 2.2 Directiva 2019/771; art. 3, letra *c* Reglamento 2022/2065; art. 3.1 Directiva 2023/2225...) no explícita de qué *modo* debe actuarse para revestir tal condición. ¿Acaso no se es consumidor si se actúa a través de otro? O, dado que nada precisan aquellos textos, ¿*da igual* si se interviene personalmente o de otro modo?^{18 19}

12. Que, en los supuestos anteriores, se contemple expresamente la actuación del profesional a través de otro en el momento de la conclusión del contrato no precluye que, en estos mismos escenarios

Consejo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (COM [2015] 0635 final), que ya calificaba como “vendedor” a quien recurría a “otra persona que actúe en su nombre o *siguiendo sus instrucciones*” (en el texto definitivo, el destacado se reemplaza por la expresión “por su cuenta”). El art. 2.3 Directiva 2019/771 deja atrás, en cualquier caso, la definición del art. 1.1, letra *c* Directiva 1999/44, que quizás era menos precisa, pero, por ello mismo, quizás resultaba también más amplia, ya que, si por “vendedor” debía entenderse quien “mediante un contrato, vende en el marco de su actividad profesional”, sin duda lo era todo aquél que vendía *de cualquier manera* (así, en nombre propio o ajeno, por cuenta propia o ajena, por sí mismo o a través de otro...).

¹⁵ STJUE, de 24 de febrero de 2022, *Tiketa*, as. C536/20 (ECLI:EU:C:2022:112). Véanse, en especial, § 31 y 34.

¹⁶ En el contexto de la Dir. 2015/2302 y, en particular, de sus art. 3, 7, 8, y 9 resulta, desde la óptica que aquí interesa, que la función intermediadora *típica* está reservada al minorista (Cdo 23 “...Solo en aquellos casos en que otro empresario actúe como organizador de un viaje combinado, un empresario, normalmente un agente de viajes que atiende a sus clientes de manera presencial o en línea, debe poder intervenir como mero minorista o intermediario, sin asumir responsabilidad como organizador”). Pero cabe también la (atípica) que puedan desarrollar todos aquellos que actúen en nombre o siguiendo las instrucciones del empresario, sea organizador, sea minorista. Nótese, además, que la función intermediadora del minorista no aflora (o no lo hace muy claramente) en la definición del art. 3.9 Dir. 2015/2302; resulta de ella que minorista es quien “vende” o (¿solo?) “ofrece” productos compuestos por otro, el organizador. Parece que la intermediación se explica, en este contexto, *por el simple* hecho o circunstancia de proyectar la actividad de venta sobre un producto *creado por otro*, pero nótese que, aun siendo así, si el contrato aparece celebrado con la agencia (y no con el organizador) no hay, estrictamente, intermediación jurídica (esto es: el minorista no intermedia entre nadie sino que, en nombre propio, vende un producto).

¹⁷ Si se tipifica la figura del “agente” en el art. 3, apartado 44, de la Propuesta de Reglamento, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior (COM [2023]367, final). El texto sigue la estela de la definición, hoy vigente en este particular, del art. 4, apartado 38, de la Directiva 2015/2366, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de noviembre: primero, porque, a diferencia de la presentación que la Directiva 86/653 hace del agente comercial como *intermediario*, en aquellos textos se elude recurrir a esta categoría; segundo, porque en el primero se arrastra esa manera de definir, presente en el segundo, basada más en la ejecución de un servicio (“persona física o jurídica *que presta* servicios de pago” -la cursiva es nuestra-) que en su contratación; ciertamente, quizás la expresión “en nombre de un entidad de pago”, del art. 4, apartado 38, Directiva 2015/2366 (reformulada en el art. 4, apartado 38, de la Directiva 2015/2366 [“por cuenta de una entidad de pago”]) *pueda* dar la impresión de que el agente, no sólo ejecuta el contrato, sino que también participa en su conclusión, ya sea actuando en nombre de la entidad de pago, ya sea haciéndolo por su cuenta.

¹⁸ Véase Anne DE VRIES, “Liability of independent intermediaries in EU Consumer Law”, *Tilburg Private Law, Working Paper*, nº2/2019, p. 4, nota 17. Según la autora, la razón de la falta de paralelismo, en este particular, entre las definiciones recurrentes de *profesional*, *comerciante* o equivalente y las de *consumidor* es que la finalidad que albergan los textos europeos es la de proteger al consumidor y, de ahí, que lo que interese sea delimitar el hasta dónde llega (o a qué casos alcanza) la responsabilidad del primero y, de ahí, que el texto se preocupe más en las posibles maneras de actuar del profesional. La réplica sería que aquella finalidad (y las medidas tendentes a su implementación) solo tienen sentido si concurren circunstancias que revelan la *necesidad* de protección; desde esta perspectiva, no parece inoportuno plantearse también, como mínimo, hasta qué punto la actuación de un *consumidor* a través de un profesional *rebaja* o *relaja* aquella necesidad de protección. Sobre el particular, véase STJUE, de 9 de marzo de 2023, *Wurth Automotive*, as. C177/22 (ECLI:EU:C:2023:185); de la sentencia resulta que la intervención de un profesional en la fase negociadora no impide necesariamente que se califique como consumidor a quien recurre a él a fin de negociar con otro profesional (§32).

¹⁹ La actuación del intermediario *en representación* del cliente está presente en el art. 18, letra *a*, apart. *v* Directiva 2016/97 y en el Cdo 22º, al final, Directiva 2015/2302.

contractuales y en fases negociales previas (*vgr.* durante la fase *precontractual*), también haya intervenido un intermediario (ya sea en nombre propio, ya sea en nombre y por cuenta del profesional) o en fin, que se detecte una actividad de intermediación en contextos negociales distintos a los expresamente contemplados en una u otra directiva²⁰.

3. Flancos de responsabilidad del tercero por incumplimiento ajeno

13. Aquel bosquejo prosigue ahora a propósito de posibles anclajes desde los que amarrar, en el derecho europeo, la posible responsabilidad de quien no ha intervenido como parte (y, si solo, *vgr.*, como intermediario) por causa de incumplimiento del contratante deudor.

A) *Quid* cuando la definición de “comerciante” incluye al intermediario: “comerciante”*v.* parte contratante

14. El derecho europeo, a propósito de la definición de comerciante, profesional o similar, no siempre ha seguido ni sigue el esquema de calificar como tal sólo a quien actúa profesionalmente, ya sea de forma personal, ya sea *través de otro*, eludiendo ocuparse de este *otro*. En otras ocasiones, aquél de quien se sirve el profesional para contratar queda embebido *expresamente* en la definición misma.

15. Es un exponente de esto último el art. 2, letra *e* Directiva 2008/122, del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de enero, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; según el precepto la definición de “comerciante” alcanza a “toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocios, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre y por cuenta de un comerciante”²¹ ²². Las implicaciones de una definición similar tienen distinto alcance. En lo que aquí interesa²³, la cuestión

²⁰ En este particular, sin embargo, merece destacarse la *generalidad* de la Directiva 2011/83. A pesar de que la expresión “[A] efectos de la presente Directiva...” del art. 2 del texto pueda dar a entender que las definiciones que proporciona dicho precepto tienen un ámbito de aplicación limitado (así: solo en cuanto a lo regulado por la propia Directiva), resulta de que se trata de una Directiva aplicable siempre a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, salvo que se trate de un contrato expresamente excluido (art. 2.3 Dir. 2011/83) o que cuente con una regulación específica a nivel europeo (art. 2.2 Directiva 2011/83).

²¹ Hacía lo mismo, y con las mismas palabras, el art. 2 de la Directiva 85/577, del Consejo, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Las palabras eran otras en el art. 2, letra *c* de la Propuesta de Directiva, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (*DOCE*, 11.12.98, pp.10-18); la definición de “proveedor” incluía a “la persona física o jurídica que, en el marco de sus actividades comerciales y profesionales...se sirva de intermediario en el suministro de estos servicios o para la celebración a distancia de un contrato entre las partes”. La voluntad, sin embargo, sí era la misma: incluir al intermediario en la categoría de “proveedor” a fin de que, según rezaba el Cdo 15 de la Propuesta, “habida cuenta de la naturaleza y del grado de esta participación, deben aplicarse a este intermediario las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, con independencia de su situación jurídica”. La referencia *expresa* al intermediario desapareció en el texto finalmente aprobado, que calificaba de “proveedor” a quien, *sin distinguir*, “presta los servicios contractuales a que hacen referencia los contratos a distancia” (art. 2, letra *c*); curiosamente, el Cdo 19 Directiva 2002/65, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, reproducía el Cdo 15 de la Propuesta. Actualmente, a raíz de la derogación de la Directiva 2002/65 en virtud del art. 3 Directiva 2023/2673, del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2011/83 en lo relativo a los contratos a distancia de servicios financieros, rige, para estos, la definición del art. 2.2 Directiva 2011/83; luego, en principio, el intermediario puede ser considerado “comerciante” en los términos señalados por la STJUE *Tiketa*, si se generalizan (véase *supra* nota 15).

²² Ninguna alusión se hacía al intermediario ni a la actuación a través de otro en la definición de “vendedor” prevista en el art. 2 Directiva 94/47/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

²³ Acerca de si la finalidad de la norma era la de responsabilizar al comerciante por los hechos llevados a cabo por quien actuaba en su nombre o interés o, sencillamente, como intermediario, nótese que el art. 2.2 de la Propuesta de Directiva sobre

es si deviene un posible anclaje al que aferrar la posible responsabilidad de quien actuó en nombre y por cuenta de otro en caso de incumplimiento del contrato subyacente por aquel en cuyo nombre o interés se actuó. Parece, por lo pronto, que es necesario distinguir, en el marco de una determinada regulación (luego, *a sus efectos*), entre etiquetar de un determinado modo a un partícipe en la transacción de que se trate (así, *vgr.* como “comerciante”) y convertirlo, por ello, en *parte* del contrato subyacente (que, como tal, debe y responde). De procederse de este modo, se pasaría absolutamente por alto, al menos, el significado y efectos de la actuación *en nombre/por cuenta de otro*. Nótese que el derecho europeo rehúye abordar directamente estas maneras de actuar. Esta resistencia se colige, *vgr.*, del Cdo 16 Directiva 2011/83 (“[L]a presente Directiva no debe afectar al derecho nacional en materia de representación legal, por ejemplo, a las disposiciones sobre la persona que actúa en nombre del comerciante o por cuenta de este tales como un agente o un fideicomisario...”) y del art. 1.2, letra g Reglamento 593/2008, del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en cuya virtud se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento “la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende obligar...”. El derecho europeo rehúye abordar estas maneras de actuar pero, al mismo tiempo, las tiene presentes y, aun sin regularlas, las contempla; de ahí que, por lógica, lo procedente, pueda pensarse, es permitir que la eficacia de la actuación en nombre de otro se desbroce desde el derecho interno y que sea desde este ordenamiento que se determine quién es parte contratante. Pero ¿qué interés tiene entonces calificar como también como “comerciante” a quien no es parte en el contrato subyacente? Este interés, ya se ha dicho²⁴, puede consistir en imponer, también a *ese* comerciante, obligaciones legales, que serían *propias* y de las que no cabría escudarse alegando que la actuación (eventualmente, infractora o incumplidora) se realizó a nombre de otro; en este sentido, el actuar *en nombre de otro* no bastaría para vincular (y responsabilizar) *solo a ese otro* a raíz del incumplimiento de tales obligaciones legales. Considerando “comerciante” también al intermediario, acaso se pudiera igualmente permitir al consumidor ejercer, frente a él, el derecho a desistir (dado que es “comerciante” [art. 7 Directiva 2008/122]). En este contexto, habida cuenta la remisión del texto, en cuanto a lo no previsto en él, a la legislación interna en materia contractual (art. 1.2 Directiva 2008/122), la conclusión provisional es que debe ser desde este derecho interno que se argumente la posible responsabilidad del intermediario por incumplimiento del contrato subyacente sin que baste, a tal fin, la generosidad de la definición europea de “comerciante”²⁵. Sin embargo, procediendo así ¿no se protege menos de lo que impone proteger la Directiva que, al no distinguir, califica como comerciante al intermediario a todos los efectos (luego, también a los de un eventual incumplimiento contractual del contrato intermediado)? Se puede fácilmente replicar que, ciertamente, en la Directiva 2008/122 nada se establece en términos de responsabilidad por falta de cumplimiento.

16. Un comentario añadido merece el art. 2, letra *b* Directiva 2005/29, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus rela-

los derechos de los consumidores (COM [2008] 614 final) seguía la estela, *vgr.*, del art. 2 Dir. 577/85 (véase *supra*, nota 21), en el sentido de considerar “comerciante”, *también*, a quien actuaba, profesionalmente o no, en nombre o por cuenta de un comerciante. Durante la tramitación parlamentaria, el texto se modificó en el sentido de considerar “comerciante” a quien actúa incluso *a través* de otro que obra en su nombre o en su interés, abandonándose la calificación de *comerciante* también de este último. Véase *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on consumer right (First reading). Preparation for the next informal trilogue*, 1048/11, CONSOM 80 JUSTCIV 138 CODEC 859, Bruselas 30.5.2011, p. 3 (“[T]he use of this phrase in the definition –“including through someone acting in his name or on his behalf- would make sure that the trader is covered by the provisions of the directive every time he acts through his representative. At the same time, the wording of the phrase avoids making the representative of the trader personally liable for the fulfilment of the trader’s obligations”). Sobre el particular, véase Anne DE VRIES, “Travel intermediaries and responsibility for compliance with EU travel law: a scattered legal picture”, *EuCML*, 3/2016, p. 121; Anne DE VRIES, “Liability of independent...”, p.12. Nuevamente debe traerse a colación la STJUE *Tiketa* (véase *supra* nota 15) de la que, ciertamente, no deriva estrictamente la responsabilidad del intermediario por el incumplimiento del principal sino la configuración de las obligaciones previstas en la Directiva 2011/83 como obligaciones *propias* del intermediario, si lo hay.

²⁴ Véase *supra* nota 23, al final.

²⁵ Véase § 33 STJUE *Tiketa*. El argumento del que se sirve el TJUE a fin de argumentar que la consideración del intermediario como “comerciante” no lo convierte, por ello, en parte contractual es que la Directiva 2011/83 “no determina la identidad de las partes del contrato celebrado con el consumidor en el supuesto de que el comerciante principal recurra a un intermediario, como tampoco regula el reparto de responsabilidades entre estos en caso de incumplimiento de las obligaciones que establece”.

ciones con los consumidores. La definición de “comerciante” alcanza también a “cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”. La norma permite sustentar, por tanto, una responsabilidad por acto propio, esto es, por la práctica comercial desleal perpetrada por el intermediario²⁶. Sin embargo, la cuestión que aquí puede interesar debe plantearse desde otra perspectiva, a saber: la de si la práctica comercial desleal perpetrada (u ocasionada) por el comerciante en cuyo nombre o por cuenta se actúa, legitima pasivamente al intermediario en el ejercicio de acciones contractuales; en este sentido, el art. 11 bis (“[R]eparación”) Directiva 2005/29 da acceso al perjudicado “a medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por daños y perjuicios y, cuando proceda, una reducción del precio o una resolución del contrato”²⁷.

B) El (superfluo) Cdo 23, al final, Directiva 2019/771

17. El Cdo 23 Directiva 2019/771, por una parte, afirma que: “[L]os prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor”; por otra, legitima a los Estados miembros a “ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva”²⁸. Resulta caso ocioso señalar que “a los efectos” de la Directiva 2019/771 es tanto como decir en materia de conformidad del bien al contrato de compraventa.

18. Los términos empleados en la primera parte del Cdo 23 Directiva 2019/771 habrían podido ser más claros. Si los prestadores de plataforma *son* y *actúan* como vendedores sin más, es decir, si les resulta aplicable *sin problema* la definición del art. 2.3 Directiva 2019/771, aquel Cdo es superfluo por innecesario; de hecho, podría resultar incluso perturbador por el tono solo *posibilista*, eventual, que denota la expresión “pueden ser considerados”; de otro modo, ¿por qué las plataformas solo *pueden* ser tratadas como vendedoras si lo *son*? Sin duda infringiría la protección mínima de la Directiva 2019/771 permitir, internamente, que determinados vendedores *ex art. 2.3* Directiva 2019/771 escapen de la disciplina que recoge el texto. El sentido de la norma, por tanto, debe pasar por aclarar que es posible tratar como vendedor (luego, como parte contractual) a quien realmente no lo es. Esta asimilación se supedita a que concurran dos circunstancias relativas a su actuación (“si actúan”): la primera es que se sitúe en el marco de su actividad profesional y la segunda que lo haga “en calidad de socio contractual del consumidor”. La expresión, que obedece a una poco acertada traducción de la versión en inglés de “contractual partner”, sugiere entender que la exigencia pasa por actuar *como parte contratante*; evidentemente, ni el texto precisa cuando debe considerarse que se está actuando así ni qué añade el “directo”²⁹.

19. A propósito de la legitimación que también parece reconocer el Cdo 23, al final, Directiva 2019/771, se diría que la ampliación interna el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas que resulten

²⁶ Véase COMISIÓN EUROPEA, *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* (2021/C 526/01) (DOUE, 29.12.2021). Según la Comisión, aquella responsabilidad por hecho propio puede desencadenar la responsabilidad *solidaria* del comerciante en cuyo nombre se ha actuado (p. 26); si el intermediario no es profesional, pero ha actuado en nombre de un “comerciante”, será este el infractor (p.26).

²⁷ Véase J. MARCO MOLINA, “La contratación de bienes y servicios...”, cit, pp. 279 a 282. La autora se pregunta sobre aquella legitimación (en especial, a propósito de acciones contractuales) en el marco de un contrato en el que no ha intervenido, como contratante, el intermediario pero en cuya celebración sí haya podido *influir* hasta tal punto de poder calificarse, dicha influencia, como práctica comercial desleal.

²⁸ El Cdo 18 de la Directiva 2019/770 se pronuncia en los mismos términos y, por ello, sirve también para él lo que se dice en el texto. Nótese, sin embargo, que la Directiva 2019/770 no regula solo la conformidad del producto digital (art. 7 y 8) sino también la obligación de suministrarlo (art. 5) y su régimen de modificación (art. 19).

²⁹ Véase J. CAMPOS CARVALHO, *Os contratos celebrados Atraves de Plataformas Digitais*. Almedina, Coimbra, 2023, p. 317; M. R. GUIMARAES, *Contratação eletrónica e a intermediação das plataformas digitais nos contratos celebrados com consumidores*, (pendiente de publicación), p.18, nota 45.

de la transposición de este texto (y, de hecho, de cualquier Directiva, sea cual sea su nivel de armonización) se explica porque aquella medida se sitúa fuera del ámbito uniformizado y, fuera de él, la libertad del legislador interno es plena. En este sentido, el Cdo 23 Directiva 2019/771 nada añade al Cdo 21 del mismo texto, que explicita esta idea.

20. A pesar de que el Cdo 23 Directiva 2019/771 no proclama abiertamente la responsabilidad de tales *terceros* por el incumplimiento del contrato de compraventa, se diría que resulta implícitamente de su trato *como vendedor*. En cualquier caso, si implementar o no dicha asimilación y, en su caso, *modularla* o *calibrarla* o hacer lo propio con la responsabilidad subsiguiente de la plataforma, se deja a criterio y decisión del legislador interno³⁰.

C) La responsabilidad del fabricante por falta de conformidad del bien

21. Incidiendo en la delimitación del ámbito que la Directiva 2019/771 uniformiza plenamente (art. 4 Directiva 2019/771), su Cdo 18, al final, aclara que el texto “no debe afectar a las normas nacionales que establezcan medidas correctoras de naturaleza extracontractual de que dispone el consumidor en caso de falta de conformidad de los bienes, frente a las personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones, por ejemplo los fabricantes...”. Parece que la alusión a “medidas correctoras” es omnicomprendensiva y, por ello, técnicamente poco rigurosa. La omnicompreensión la avala la rúbrica del art. 13 Directiva 2019/771 (“[M]edidas correctoras”), que se ocupa no sólo de los remedios destinados a *corregir* o subsanar la falta de conformidad (de forma que lo que acabe recibiendo el consumidor sea un producto conforme al contrato), sino también de la reducción del precio, la resolución del contrato y la suspensión del pago. A su vez, la falta de rigor técnico se explica porque con estos últimos remedios realmente *no se corrige* nada, sino que se altera (o sacrifica) la dinámica, llamémosla, ordinaria o deseada del contrato (y, así, acaba modificándose uno de sus elementos esenciales, deviene inexigible el pago del precio o, en fin, se extingue el negocio por una causa que no es, precisamente, el cumplimiento de las obligaciones generadas). Sea como sea, el Cdo 18 Directiva 2019/771 *parece* que toma partido ante la indecisión momentánea que mostró el legislador europeo, en el marco de la Directiva 1999/44, a propósito de la necesidad de imponer, en determinados casos y circunstancias, la responsabilidad del fabricante por falta de conformidad. Dos datos revelan ese paso al frente: el primero es que se abandonan los titubeos que revelaba el Cdo 23 Directiva 1999/94 y se hace claramente dejación de la cuestión al derecho interno, que es tanto como no creer necesario que sea el europeo el que la imponga o declare³¹; el segundo es que la idea de responsabilidad *directa* presente en la mente del legislador europeo

³⁰ A propósito de la responsabilidad del minorista, el art. 13.1, II Directiva 2015/2302 legitima a los Estados para “mantener o establecer en su Derecho nacional disposiciones que estipulen que también el minorista es responsable de la ejecución del viaje combinado”. El precepto, que declara la responsabilidad del organizador permitiendo que el legislador interno *añada* la del minorista, deja atrás el art. 5.1 Directiva 90/314, del Consejo, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. La norma remitía al derecho interno la fijación del sujeto responsable por incumplimiento contractual; luego podía optarse por declarar responsable sólo al organizador o solo al detallista u optar por la responsabilidad de ambos (“...la responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución del contrato recaiga en el organizador y/o en el detallista...”); el añadido “que sean parte de dicho contrato” exigía ser interpretado como *participación* y no, estrictamente, como parte contractual; solo así cabría declarar, en su caso, la responsabilidad del detallista que había actuado *solo* como intermediario.

Véase Anne DE VRIES, “Travel intermediaries...”, cit, p. 125 (nota 67), en cuya opinión el modelo que proporciona la Directiva 2015/2302 podría emularse a propósito de la responsabilidad de las plataformas electrónicas o de cualquier otro intermediario. En cierto sentido, el Cdo 23 Directiva 2019/771 ya sigue este modelo que, en el fondo, *poco hace*: presupuesta la responsabilidad contractual de quien intervino como parte contratante (sea vendedor, sea el organizador), el derecho europeo nada impone a propósito de la responsabilidad de la plataforma: que sean los legisladores internos los que, si quieren, tomen partido.

³¹ Véase, acerca de si resultaría acertado o no abordar (y, en su caso en qué términos) la responsabilidad del fabricante por falta de conformidad del producto, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa*, COM (93) 509 final, Bruselas, 15 de noviembre de 1993, pp. 90-93. Véase, acerca de la Propuesta de Directiva sobre ventas a distancia (COM /2015/0635 final), destacando que en ella nada se decía sobre el particular, luego que no se abordaba una cuestión que el Cdo 23 Directiva 1999/44 reservó para una reflexión futura, E. ARROYO

de 1999³², transita hasta la de responsabilidad *extracontractual*, generándose la duda de si, dado que la responsabilidad de *otros* sujetos distintos al vendedor queda al margen de la Directiva 2019/771, el legislador nacional sigue conservando plena libertad a la hora de determinar su naturaleza contractual o extracontractual³³. Y, nótese, que tal libertad puede desplegarse frente a *cualquier* interviniente en las “fases previas en la cadena de transacciones” (Cdo 18 Directiva 2019/779)³⁴ y, ¿por qué no?, también debería tenerse a propósito de la *intervención* de alguien distinto al vendedor a propósito o con motivo de la transacción *última* o contrato finalmente concluido con el consumidor.

III. Los fundamentos: desde la protección de la *apariencia* ... hasta el control o *influencia* ejercida por el intermediario sobre el negocio

22. A falta de anclaje europeo, legal y expreso, del que derivar la responsabilidad del intermediario por incumplimiento del contrato intermediado (o, de otro modo, por incumplimiento *ajeno* de un contrato en el que *tampoco* se es parte), se pretende incidir en las ideas de *apariencia* y *control* que, *colateralmente*, sí están presentes en aquella regulación.

1. Sencillamente: es “vendedor” el intermediario que *aparenta* vender por cuenta propia

23. La STJUE de 9 de noviembre de 2016, *Wathelet*, as. C149/15³⁵ dilucida si debe ser considerado “vendedor”, a efectos del art. 2, letra *c* Directiva 1999/44, de 25 de mayo, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de las ventas y las garantías de los bienes de consumo, el intermediario que “crea un riesgo de confusión al dirigirse al consumidor haciéndole creer que actúa en calidad de vendedor titular del bien” (§ 34 y 41). Según el TJUE, la apariencia generada por el intermediario justifica etiquetarlo o posicionarlo como “vendedor” a los efectos del precepto. Interesa apuntar: qué circunstancias conformaron esa apariencia o, de otro modo, de qué datos o informaciones debería haber sido informado el consumidor a fin de evitarla; qué sugiere, ante todo ello, la definición de vendedor del art. 2.3 Directiva 2019/771 y qué evolución ulterior experimenta la *apariencia* (*rectius*: su protección) en este contexto.

A) La *apariencia*: acerca de cuándo la hay y cuándo deja de haberla

24. El art. 2, letra *c*, Directiva 1999/44 definía al “vendedor” como aquél que, mediante contrato, vendía un bien de consumo en el marco de su actividad profesional. El precepto no distinguía y, por ello, una interpretación amplia y generosísima del mismo habría podido propiciar su aplicación a todo aquel que actuara profesionalmente *de cualquier modo* (así, en nombre propio o ajeno, por cuenta

AMAYUELAS, “La Propuesta de directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia”, *Indret*, 3/2016, p. 6.

³² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre las garantías...*, cit, p. 90. Se divaga a propósito de una posible responsabilidad *directa* y *conjunta* del vendedor y del fabricante si bien, a propósito de la de este último, se sugiere concentrarla en las acciones de reparación y sustitución dado que, al no haber intervenido en el contrato, se estima técnicamente inapropiado que el consumidor pueda esgrimir frente a él las de reducción del precio y resolución.

³³ En este particular, las cosas no han cambiado a raíz de la aprobación de la Directiva 2024/1799, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de junio, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes. El texto se sitúa al margen de la responsabilidad del vendedor en virtud de la Directiva 2019/771 (art. 2.2 Directiva 2024/1799), que en ningún caso se modifica a efectos de introducir (luego, de imponer) alguna variante de responsabilidad del fabricante durante el plazo de garantía.

³⁴ Piénsese, *vgr.*, en el *tercero* cuya declaración pública deviene criterio objetivo de conformidad y determina la responsabilidad del *vendedor* (art. 7.1, letra *d* Directiva 2019/771).

³⁵ ECLI:EU:C:2016:840

propia o ajena, como intermediario...)³⁶, ocupando la posición vendedora³⁷. Sin embargo, se desprende de la STJUE que hubiese desmerecido aquella calificación el conocimiento, por la compradora, de la actuación del establecimiento “por cuenta” de otro (§ 45); de hecho, en el caso, es precisamente el desconocimiento de tal circunstancia el argumento en el que el TJUE basa la calificación del intermediario como vendedor. En este contexto, se desprende de la STJUE que a fin de saberse que el establecimiento estaba actuando por cuenta de otro hubiera bastado con trasladar a la compradora que la titularidad del vehículo era ajena (§39 y 44); tal revelación, sumada a la *falta* de datos que indicaran que el establecimiento *no* disponía autorización para vender, habrían permitido a la consumidora saber que la venta se llevaba a cabo por cuenta de otro y no del propio establecimiento. Pero, si basta con actuar “por cuenta” de otro, y que ello sea conocido por quien compra, para no merecer la condición de “vendedor”, entonces ¿es que no importa *en nombre* de quien se actúa? Interesa trascender del caso para ahondar en cómo, en la resolución, se vinculan la idea de *apariencia*, la manera de actuar del establecimiento y la titularidad del bien.

25. En el caso resuelto por la STJUE *Wathelet*, el establecimiento aparentó vender él (luego, en nombre e interés propio) un bien propio. La apariencia la habría generado (y con ello habría bastado) su simple actuación *sin revelar* a la compradora ningún dato con suficiente potencial como para romper aquella apariencia razonable. Ciertamente, del relato que resulta de la sentencia parece que el contrato se concluye sin explicitarse este extremo, luego era del todo excusable que la compradora creyera que el *vendedor* era quien actuaba y se mostraba como tal³⁸.

26. Es cierto que cabría replicar al TJUE que cabe vender *por cuenta propia* un bien *no propio* o, de otro modo, que la titularidad ajena del objeto debido no implica, inexorablemente, estar actuando por cuenta de quien sea su titular. La eficacia obligacional del contrato (que técnicamente explica su posible proyección sobre un bien futuro [art. 1.4 Directiva 99/44 y art. 3.2 Directiva 2019/771] luego, en definitiva, sobre un bien cuya titularidad no ostente el vendedor al tiempo de la conclusión del negocio)

³⁶ En aquel momento, al definir al “proveedor”, tampoco hacía distinción alguna el art. 2.3 Directiva 97/7/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; igualmente, al definir al “vendedor”, nada distinguía el art. 2 Directiva 94/47/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Ni matizaba ni matiza nada el art. 2, letra c Directiva 93/3.

³⁷ La réplica a esta interpretación podía venir dada por aquellos preceptos que, en cambio, en aquel momento sí incluían expresamente al intermediario en la definición de empresario o profesional (*vgr.* art. 2 Dir. 85/577) y que avalaban argüir que, si tal referencia no aparecía en otros textos, es porque, en ellos, no se les consideraba profesional o comerciante. Sin embargo, la STJUE *Tiketa* (véase *supra* 15) revelaría el desacierto del argumento.

³⁸ La apariencia también puede proyectarse sobre la condición o calidad de consumidor. Véase, en este sentido, la STJUE de 9 de marzo de 2023, *Wurth Automotive*, as. C177/22 (ECLI: EU:C:2023:185). El caso resulta especialmente interesante dado que la controversia versaba acerca de la condición o no de consumidor de quien compró un vehículo a un vendedor profesional siendo así que en la negociación previa había intervenido la pareja de hecho del comprador, profesionalmente dedicada también a la compraventa de automóviles y que “intermedió en la compraventa como concesionario de automóviles” (§19). Entre otras circunstancias del caso, el comprador había firmado un modelo estandarizado de compraventa en el que se le designaba como “empresa” y se hablaba en términos de “[O]peración comercial”. Se suscitaba entonces la cuestión de si todo ello había podido dar la impresión al vendedor de estar contratando con un *no* consumidor. Según el TJUE, a falta de elementos objetivos que permitan saber con qué propósito o finalidad actuó el comprador, cabe valorar “si, por su propio comportamiento respecto de su cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales, de modo que el cocontratante podía legítimamente ignorar la finalidad privada de la operación en cuestión” (§32); en tales casos, *dar la impresión de actuar como profesional* equivale a *renunciar* a la protección dispensada como consumidor (§35). En particular, a propósito de la intervención de un intermediario *profesional*, considera el TJUE que se trata solo de *un dato más* a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional remitente a fin de valorar si se dio o no aquella impresión de actuación profesional (§ 39). El TJCE ya había equiparado la apariencia de contratar como profesional a la renuncia a ser protegido como consumidor en los § 51, 52 y 53 STJCE de 20 de enero de 2005, *Gruber*, as. C464/01 (ECLI: EU:U:2005:32). Otra proyección de la apariencia es la que se insinúa en el § 25 STJUE *Wathelet*, a propósito de la legitimación, por parte del intermediario, para poder vender un bien perteneciente al autorizante. La apariencia se genera, en el caso, a raíz de no existir “indicios en los autos que permitan llegar a la conclusión de que el taller Biethers no había recibido autorización por parte de la propietaria del vehículo para proceder a su venta”. Acerca de la actuación aparentemente realizada bajo el control de una plataforma de intermediación, véase *infra* III, 2, A).

facilita la hipótesis³⁹. En cualquier caso, la viabilidad jurídica de esto último (esto es, la compatibilidad, en este espacio, entre la actuación por cuenta propia y la titularidad ajena del bien comprometido) quizás no está reñida con el hecho de entender que basta con señalar que el bien es de otro para romper de tal modo la apariencia generada al comprador que ya no quepa pretender, por parte de éste y al amparo de la protección que merece quien razonablemente confía en ella, que el establecimiento responda como vendedor; sería tanto como decir que el conocimiento de aquella titularidad resquebraja, quizás no del todo, pero sí lo suficiente, la apariencia necesaria para, con base solo en ella, etiquetar al intermediario como vendedor. Ciertamente, según los § 37 y 38 STJUE *Wathelet*, tal información no habría bastado, siendo necesario, además, haber añadido que el propietario no era profesional. Pero ¿de verdad que tales informaciones hubiesen determinado un fallo distinto al que recayó?; ¿no habría sido necesario analizar *en nombre* de quien se actuaba *a pesar* de colegirse que se hacía *por cuenta ajena* por el simple hecho de que el vehículo era de *otro*?⁴⁰

27. Sin duda que, al menos desde el derecho español, lo que determina a quien vincula el contrato no es tanto *por cuenta de quien se actúa*, sino *en nombre de quien se hace* (arg. art. 1717, a contrario, Código civil). Desde el derecho europeo, que ya se ha dicho que rehúye abordar el instituto de la representación⁴¹, quizás algo más sí puede añadirse a la luz de la definición de “vendedor” del art. 2.3 Directiva 2019/771.

B) La actuación en nombre o (¿solo?) por cuenta del vendedor: entre otros, el art. 2.3 Dir. 2019/771

28. Jurídicamente, la actuación *en nombre* de otro (o *contemplándolo*) permite *poner* lo hecho *en cabeza* de aquél a cuyo nombre se ha actuado; así, *vgr.*, si de la conclusión de un contrato se trata, parte contratante será el representado y, en consecuencia, será también él quien quede vinculado contractualmente y quien asuma el contenido obligacional que resulte del negocio celebrado⁴². *De alguna manera*, esta idea está presente en el art. 2.3 Directiva 2019/771; así, si es “vendedor” quien vende “incluso a través de otra persona que actúe en su nombre” (es decir, en la del vendedor) es porque esta manera de actuar mantiene en aquella posición contractual a aquel en cuyo nombre se contrata, como si hubiese actuado por sí mismo y en su propio nombre. Pero el precepto establece que las cosas también suceden así si el intermediario se limita a actuar “por ...cuenta” del vendedor. La disyuntiva aparece igualmente en el art. 2.2 Directiva 2011/83, si bien a propósito de las instrucciones dadas por el “comerciante” (“... en su nombre o siguiendo sus instrucciones...”). Contrariamente, no se concibe actuación en nombre

³⁹ Nótese que, de alguna forma, el TJUE vincula la posición de vendedor a la de titular del bien y lo hace a propósito de una directiva que, formalmente, *no* imponía la obligación de transmitir la propiedad (sí lo hará, más tarde, el art. 2.5 Directiva 2011/83) y sí, solo, la de garantizar la conformidad del bien al contrato. Desde esta perspectiva, no ser propietario al tiempo de la conclusión del contrato no tendría por qué verse como un indicio de actuación a cuenta de otro toda vez que la conformidad, entendida materialmente, no exige, estrictamente, haber transmitido la titularidad (véase OLIVEIRO, FRANCESCO, “Intermediary and concept as “seller” in the Sale of goods”, *European Review of Contract Law*, vol. 13 (2), 2017, pp. 2019-237). A fin de argumentar que la Dir. 99/44 solo exigía garantizar la conformidad material del bien, cabe aducir el talante (material) de los criterios de conformidad del art. 2.2 Directiva 99/44 (léase, las cualidades del bien, su calidad, sus prestaciones y aptitud para determinados usos...) y la irrupción de la conformidad jurídica en la Directiva 2019/771 (véanse Cdo 35 y art. 9); nótese que, en esta, la definición de “compraventa” recoge la obligación de transmitir la propiedad y, en cambio, elude toda referencia a la de garantizar la conformidad del bien al contrato (art. 2.1 y Cdo 23).

⁴⁰ A propósito de la esencia de la representación, acerca del tránsito de la actuación *en nombre* del representado a (solo) la actuación *por su cuenta*, B. FERNÁNDEZ GREGORACI, “Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y a los PECL”, *Indret*, 4/2008, p.5.

⁴¹ Véase *supra* 2.3.A).

⁴² Resulta incluso ocioso añadir que, si se actúa frente a terceros en nombre de otro, no cabe apariencia razonable de estar haciéndolo en nombre propio y es que, propiamente, solo es actuación en nombre ajeno aquella que trasluce, revela o exterioriza esta manera de hacer y no la que se realiza *queriendo* actuar en nombre de otro pero *sin declararlo*. Cuestión distinta es qué implica realmente actuar en nombre de otro; más allá del conocimiento por el tercero de la existencia de un *negotio domini*, la eficacia de esta manera de actuar debería abarcar un acuerdo de heteroeficacia negocial y en virtud del cual dicho tercero y el representante convengan en que los efectos del negocio vincularán a aquel *domini* y no al representante (véase B. FERNÁNDEZ GREGORACI, “Representación directa...”, cit, pp. 6-7).

de otro sin que, *además*, se realice por su cuenta (“en nombre y por cuenta”) en los art. 1.2 Directiva 86/653⁴³, art. 18, letra *a*, apart. v Directiva 2016/97 y art. 2, letra *e* Directiva 2008/122⁴⁴. Se constata, en fin, una disparidad de criterios en cuanto a cómo debe proceder aquél a través de quien actúa el vendedor o empresario a fin de, en estos casos, seguir considerando como tal a este último. En lo que aquí interesa, se observa que, en determinados contextos (en concreto, allí donde se completa un actuar “en nombre o por cuenta del comerciante”), basta la actuación *por cuenta de* alguien, pese a no actuar en *su nombre*, a fin de que quien se sirve de otro quepa en la definición de vendedor, comerciante o proveedor⁴⁵.

29. ¿Qué más sugiere la sucesión en las definiciones de “vendedor”? La STJUE *Wathelet*, que aplica el art. 2 Directiva 99/44, solo indirectamente coincide con lo que, después, explicita el art. 2.3 Directiva 2019/771. Y decimos indirectamente porque de la resolución se deduce que si el establecimiento hubiese actuado por cuenta del titular del bien (se entiende, a sabiendas de la compradora), el establecimiento no hubiese recibido el trato de “vendedor” y, de ahí, que tal condición hubiese recaído (solo) en el propietario⁴⁶. En la Directiva 2019/771, también es “vendedor” quien se sirve de otro que actúa por cuenta de aquél. Ni en una ni en otra directiva se exige que este *otro* actúe profesionalmente: ni el art. 2.3 Directiva 2019/771 lo impone ni la STJUE *Wathelet* apostó por este requisito a la luz del art. 2, letra *c* Directiva 99/44; cuestión distinta es que, a fin de generar la apariencia de estar vendiendo por cuenta propia a un *consumidor*, sea precisa una actuación profesional como vendedor. Sea como fuere, conocida la naturaleza de la Directiva 99/44 como de protección mínima (art. 8) y la armonización plena de la Directiva 2019/771, lo que en cualquier caso hubiese resultado o sería no conforme al derecho europeo sería descartar la condición de vendedor de quien se sirve de otro que actúa *por cuenta de* dicho vendedor pero *en nombre propio*; es decir, no es posible (dado que ello determinaría aquella falta de conformidad) que el régimen interno de la representación implique atribuir la condición de “vendedor” a quien *vende en nombre propio* (precisamente porque actúa así) y negarla a aquél por *cuenta de quien* actúa este *representante indirecto*; desconocer a este “vendedor” implicaría claramente proteger menos y estaría por ver si considerar “vendedor” a ambos (a uno porque actúa *en nombre propio* [y tal es el efecto según el derecho interno] y al otro porque se contrata *por su cuenta* [tal como contempla la Directiva 2019/771]) podría implicar vulneración de la protección plena de este último texto.

30. Pero, más allá de si mantiene la condición de “vendedor” quien recurre a otro para actuar, interesa aquí incidir en la apariencia generada por el intermediario de estar vendiendo, como mínimo, por su propia cuenta. ¿*Quid* si actúa *simpliciter*, es decir, aludiendo solo a su condición de *intermediario* pero sin expresar, además, estar actuando en nombre y por cuenta de nadie? De hecho, ¿revelar tal condición bastaría para desvelar, como mínimo, que se está actuando *por cuenta de* alguien (una cosa

⁴³ El precepto sugiere preguntarse por qué no se contempla, además de la conclusión, la negociación *a nombre de otro*. La sola negociación (que, según la norma, el agente realiza “por cuenta de otro”) puede acarrear también efectos jurídicos (*vgr.* a propósito de su ruptura, a propósito de alguna actuación realizada en esta fase precontractual que, después, pueda hacerse valer como acto propio...) y, desde esta perspectiva, también podría tener cabida en ella la actuación *en nombre de otro* a fin de desviar hacia él los efectos de lo realizado en esta etapa.

⁴⁴ En el art. 3, letra *f* Reglamento 2022/2065, la razón última o significado de la alternativa “en su nombre o representación” es poco claro; la expresión suscita la duda de si los términos se emplean como sinónimos o equivalentes o de si cabe representación más allá de la actuación en nombre del representado (así, *vgr.*, solo por su cuenta).

⁴⁵ No se cree, sin embargo, que de la expresión se colija que, en el derecho europeo, quepa actuar *en nombre de alguien* sin que, a la vez, se actúe también *por cuenta* suya. Lo segundo acompañará a lo primero. Cuestión distinta es si la actuación *por cuenta de* alguien puede coexistir o implicar actuación *en interés de* alguien distinto (como si, *vgr.*, un intermediario cumple con su encargo no sólo porque ello interesa a quien se lo ha encomendado [y, por tanto, intermedia *en interés de* su principal], sino también porque, cumpliendo, resulta exigible la remuneración pactada a su favor; el intermediario estará actuando también en *interés suyo*). Y también es cuestión distinta la de valorar si cabe actuar *en interés de alguien* pero *sin seguir sus instrucciones*, bien porque no las haya, bien porque no se atiendan; nótese, en este sentido, que a los efectos de las definiciones de los art. 2.2 Directiva 2011/83 y 3.7 Directiva 2015/2302, no basta con la actuación *por cuenta de* sino que, en concreto, se exige o bien la actuación *en nombre* del empresario, o bien la actuación *siguiendo sus instrucciones* (que es tanto como decir que no cabe *actuar de cualquier manera siempre que sea por su cuenta*, sino que, en concreto, debe hacerse cumpliendo aquellas indicaciones).

⁴⁶ Lo que la STJUE tampoco aborda (sencillamente porque las circunstancias del caso no dan pie a ello) es si, dada la apariencia de vendedor del establecimiento, el propietario del vehículo había asumido o no en algún momento esta misma condición contractual. Véase, acerca de si la compradora habría podido elegir a quien reclamar, F. OLIVIERO, “Intermediary...”, cit, p. 236.

llevaría necesariamente a la otra) y que es a ese alguien a quien debe considerársele “vendedor” y no al propio intermediario? No parece descabellado concluir que, si según la STJUE *Wathelet* hubiese bastado, para levantar el velo de una aparente contratación por cuenta propia, con informar a la compradora que el bien era de otro, también debería tener ese mismo efecto enervante la actuación en concepto o a título de intermediario; no habría, como mínimo, apariencia *suficiente* de contratación por cuenta propia. En este esquema, sin embargo, no puede descuidarse de qué manera ha evolucionado el particular, precisamente, a fin de evitar situaciones solo aparentes que deban protegerse⁴⁷.

C) *Más vale prevenir...: los deberes de información acerca de cómo se actúa*

31. Revelar que se actúa solo como intermediario o por cuenta de otro (luego, *no* como vendedor) puede estimarse como suficiente para quebrar la apariencia de actuación por cuenta propia, pero sin duda no basta ni equivale a indicar *quien vende*⁴⁸; esto significa que, a pesar de destruirse toda apariencia, la situación puede ser o devenir igualmente *confusa, por falta de claridad acerca de con quién se contrata*. En la STJUE *Wathelet* ya se esboza, al menos, la idea según la cual tan relevante es conocer que se actúa por cuenta de otro como la condición (profesional o no) de este último (§ 37). La sentencia, sin embargo, no explicita si informar de lo primero omitiendo lo segundo acarrea también considerar “vendedor” al intermediario, es decir, a alguien que, a fin de cuentas, sí ha revelado que no actúa por cuenta propia; una respuesta positiva deberá basarse en algo distinto a la apariencia; en la sentencia, se alude al llamado efecto útil de la Dir. 99/44 (§39).

32. En la línea apuntada, un fundamento legal incontestable lo hubiese proporcionado el art. 7.1 de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores⁴⁹. Imponía al intermediario “antes de la celebración del contrato”, el deber de informar a la contraparte acerca de la condición no profesional de aquél en cuyo nombre y por cuya cuenta se estaba actuando y, por tanto, acerca de la no sujeción del negocio finalmente otorgado a las reglas dimanantes del texto europeo⁵⁰. Pero si por algo era especialmente aplaudible del precepto era porque anudaba una consecuencia al incumplimiento del deber informativo⁵¹, que pasaba por *considerar* que el intermediario había celebrado el contrato en nombre propio⁵². Esto último *implícitamente* permitía deducir que el precepto contemplaba la intervención de un intermediario *profesional* y, de ahí (y de su actuación *considerada* hecha en nombre propio), la sujeción del contrato a las reglas de la directiva por tratarse de un contrato celebrado entre profesional

⁴⁷ Si se cotejan las enseñanzas que resultan de la STJUE *Wathelet* con las de la STJUE *Tiketa* resulta que: primero, a los efectos de la Directiva 2011/83, *también* es “comerciante” el intermediario, aun cuando no exprese que actúa como tal, en nombre o por cuenta de otro; segundo, que esta manera de actuar erradica el riesgo de apariencia de contratación en nombre o por cuenta propia y, de ahí, que dicho intermediario no sea vendedor, ni a la luz del art. 2 Directiva 99/44, ni a la del art. 2.3 Directiva 2019/771.

⁴⁸ DODSWORTH, T.J., “Intermediaries as sellers- a Commentary on *Wathelet*”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2/2017, p. 214.

⁴⁹ COM (2008) 614 final. Nótese que el documento, de fecha 8.10.2008, es claramente posterior a la Dir. 99/44, pero anterior tanto a los hechos de los que deriva la STJUE *Wathelet* como a la propia sentencia.

⁵⁰ A propósito de la categoría de “intermediario” del art. 7.3 de la Propuesta, el Cdo 20 del texto dejaba al margen “las plataformas en línea que no celebran el contrato en nombre o por cuenta de cualquier otra parte”. El precepto, por tanto, solo aspiraba a imponer aquel deber informativo específico al intermediario que llegaba a intervenir en la conclusión del negocio, luego dejaba al margen a las plataformas (y, cabe entender, a cualquier otro intermediario) cuya función intermediadora no alcanzaba dicho momento.

⁵¹ Previsión inexistente para el caso de omitirse otras informaciones, salvo en lo relativo a gastos adicionales (que, de no ser informados, devenían inexigibles [art. 6.2 Propuesta]), a la facultad de desistir (cuyo plazo de ejercicio se ampliaba [art. 6.2 y 13 Propuesta]) y a la tipificación del incumplimiento como infracción administrativa (art. 6.2 y 42 Propuesta).

⁵² Véase BUSCH, C, SCHULTE-NÖLKE, H., WIEWIÓROWSKA- DOMAGALSKA, A., ZOLL, F., “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 1/2016, p.6. Los autores recelaban hacer depender la determinación de una de las partes contratantes *solo* de la infracción, por su parte, de un deber de información precontractual como el contemplado en el art. 7.1 de la Propuesta y apostaban, desde la prudencia, por tener en cuenta, *además*, otros criterios o circunstancias; sí admitían abiertamente la posibilidad de exigir al intermediario, si no informó, una indemnización por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento.

y consumidor. En aquella propuesta, nótese: primero, que la imposición al intermediario, a raíz y por causa de su infracción, de la condición de parte contractual se expresaba de forma *indirecta* por la vía de considerar, ficticiamente, que había actuado *en nombre propio* (y no solo, por cierto, *por cuenta propia*); segundo, que el precepto no contemplaba ninguna salvedad al estilo del art. 5 del mismo texto, relativo a los deberes *generales* de información precontractual (“salvo que resulte evidente por el contexto”); tercero, que se trataba de un deber informativo cualificado, en el sentido que no solo debía informarse de la condición no profesional de aquél por cuya cuenta y nombre se actuaba sino, también, de la consecuencia más inmediata anudada a su condición de “particular”, a saber: la no aplicación de la directiva al contrato celebrado⁵³. Por lo demás, el art. 7.3 de la Propuesta podía dar a entender que considerar que la actuación del intermediario se había realizado en nombre propio solo procedía si no se había facilitado la información relativa a la condición de “particular” de la contraparte y a su más inmediato efecto. Sin embargo, según el art. 5.1, letra *b*, al final, de la Propuesta, también debía informarse al consumidor, antes de contratar, acerca de “la identidad del comerciante por cuya cuenta” se estaba actuando. Es cierto que, en este caso, no se contemplaba ningún efecto específico para el caso de omitirse esta información (que concernía, nótese, no solo a la actuación por cuenta de otro, sino también a su identidad), pero tal ausencia no se cree que hubiera impedido acabar concluyendo, al menos, que la actuación *aparentemente* realizada por cuenta propia (aunque lo fuera, en realidad, por cuenta de otro comerciante) debería considerarse, a todos los efectos, como realizada de este modo: por cuenta propia del intermediario.

33. El art. 5 Directiva 2011/83, relativo a los requisitos de información de los contratos que no son ni a distancia ni fuera de establecimiento mercantil, omite toda referencia a la contratación por cuenta de otro; el art. 6.1, letra *c* Directiva 2011/83 sí alude, pero solo a propósito de aquellas maneras de contratar, a la “identidad del comerciante por cuya cuenta se actúa”⁵⁴. A raíz de la reforma de 2019⁵⁵, el art. 6.1, letra *c* Directiva 2011/83, en lo que aquí interesa, sigue diciendo lo mismo y el art. 6 bis Directiva 2011/83, que rige *solo* (¿por qué?) para los “mercados en línea” (art. 3.17 Directiva 2011/83), impone a su proveedor el deber precontractual de informar al consumidor: primero, “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”; segundo, cuando no lo sea, “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” (art. 6 bis, letra *c*); tercero, “cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose dicha información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero comerciante tenga en relación con el contrato” (art. 6 bis letra *d*). Más allá de la (injustificada) limitación subjetiva de tales deberes informativos (que se imponen

⁵³ El efecto de la infracción del deber informativo, sin embargo, no se desarrollaba tanto como el contenido del propio deber, es decir, afectaba solo al modo en que se consideraría que el intermediario había actuado (“en nombre propio”), pero sin añadir que el contrato celebrado se sujetaría, entonces, a las reglas del texto europeo.

⁵⁴ Nótese, en este sentido, la distinta perspectiva de los art. 2.2 y 6.1, letra *c* Directiva 2011/83; según el primero, literalmente, es “comerciante” (luego, el obligado a informar [art. 6.1 Directiva 2011/83]) aquél que se sirve de otro a fin de actuar; a raíz de la STJUE *Tiketa*, también lo es el intermediario profesional. En el art. 6.1, letra *c* Directiva 2011/83, el “comerciante” que debe informar es el intermediario; solo así tiene sentido que se imponga el deber de informar acerca de “la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa”. Véase C. WENDEHORST, “Platform Intermediary Services and Duties under the E- Commerce Directive and the Consumer Rights Directive”, *EuCML*, 1/2016, p.33.

⁵⁵ Véase art. 4.5 Directiva 2016/2019, del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13/CE 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 en la Unión. Nótese que el punto de partida del legislador europeo, no es tanto evitar situaciones de *clara apariencia* de contratación con la plataforma (es decir, situaciones en las que clarísimamente un consumidor razonable habría pensado que se estaba contratando directamente con la plataforma), sino situaciones de *confusión*, es decir, situaciones en las que no aparece de forma clara (aparente o no) con quien sea está contratando (véase Cdo 24 Directiva 2016/2019 “los consumidores...no entiendan claramente quienes son sus contrapartes contractuales y como se ven a afectados sus derechos y obligaciones”).

sólo a los proveedores profesionales de aquel tipo de mercados⁵⁶), nada se contempla, en concreto, a propósito de su infracción^{57 58}.

34. Nótese que las letras *b* y *c* del art. 6. bis Directiva 2011/83 no imponen informar acerca de si la contratación se realiza por cuenta o/y nombre propios o por cuenta/nombre de tercero. La manera o modo de actuar no es una mención informativa. Puede pensarse que las letras *d* y *c* del art. 6. bis Directiva 2011/83 se sitúan, por decirlo de algún modo, *antes* y *después* del momento de la conclusión del contrato porque la situación que se contempla es la de un intermediario que *no participa* en tal conclusión; de ahí que, en vistas del contrato futuro a celebrar *entre* oferente y destinatario, se imponga a la plataforma la obligación de informar al consumidor de la condición profesional o no de aquél con quien contratará y, a resultas de ello, del régimen jurídico del contrato principal subsiguiente. La participación de un intermediario en la conclusión queda embebida en el art. 6.1, letra *c* Directiva 2011/83 pero solo para el caso de actuación *por cuenta de un comerciante*. En cuanto al reparto de las “obligaciones derivadas del contrato” (art. 6 bis, letra *d* Directiva 2011/83), ¿se puede repartir como se quiera y, ello, hasta el punto (que sería extremo) de asumir el intermediario todas las obligaciones contractuales pese a que el contrato se concluyó entre el consumidor y el proveedor, comerciante o particular?⁵⁹ O, a la inversa: pese a que sea la propia plataforma la que ha contratado (así, actuando en nombre propio), ¿puede ser el proveedor aquél a cuyo cargo *queden repartidas* las obligaciones contractuales? El reparto a cargo de quien no es parte contractual ¿excluye toda responsabilidad de quien sí lo es? Y, en fin, más allá de aquel reparto (que, debe insistirse, se proyecta sobre las obligaciones *repartibles* entre tercero oferente y plataforma), ¿no debería informarse también al consumidor acerca de *con quien*, exactamente, *va a celebrarse el contrato*, luego, frente a quien asume, *vgr.*, la obligación de pago del precio? Y es que, en el fondo, la cuestión principal que se suscita es si basta con proporcionar los datos del art. 6 bis Dir. 2011/83 a fin de que el consumidor

⁵⁶ En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, se entiende que, en tales preceptos, la referencia a los “servicios” (“bienes, servicios o contenido digital”) no se limita a los digitales.

⁵⁷ Hay quien, a la luz de la Propuesta de la que trae causa la Directiva 2161/2019 (véase art. 2.4 de aquel texto [COM/2018/185 final]), se consolaba afirmando que, en cualquier caso, aun a falta de despliegue de los términos y extensión de la responsabilidad de la plataforma que no informa debidamente, “the immunity veil” is pierced” (véase, P. IAICELI, “Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) veil of digital Immunity”, *European Review of Contract Law*, 4/2015, p. 418). El incumplimiento de deberes informativos impuestos a la plataforma sí acarrea responsabilidad en las ELI *Model Rules on Online Platforms* (véase en EUROPEAN LAW INSTITUT, *Model Rules on Online Platforms*, Viena, 2019). El art. 13 impone a la plataforma el deber de informar al cliente (sea o no consumidor) que el contrato se celebra con el proveedor, y no con ella; según el art.15 del mismo texto, el incumplimiento de tal deber conlleva poder interponer, *también contra la plataforma*, los derechos y acciones derivados del contrato celebrado entre el proveedor y el cliente. Nótese que la omisión informativa no impide que el contrato acabe celebrándose entre estos últimos. Las ELI *Model Rules* resultan, sin duda, al menos más explícitas que el art. 16 *Discussion Draft of a directive on online intermediary platforms* que, a la luz del art. 11 del mismo borrador (que obligaba a la plataforma a informar al consumidor que el contrato se celebraría con el proveedor), declaraba la *no responsabilidad* de la plataforma por la falta de cumplimiento del contrato celebrado siempre que se hubiera mostrado “as intermediary in a prominent way” (véase el texto de la propuesta en C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, “Discussion Draft of a directive on online intermediary platforms”, *EcCML*, 4/2006, p.5; acerca del significado [dudoso] de la responsabilidad de la plataforma que no había actuado claramente como intermediaria, véase F. MAULTZSCH, “Contractual liability...”, cit, p. 6).

⁵⁸ Según el art. 7, letra *f* Directiva 2005/29 (introducida en virtud del art. 3.4 Directiva 2161/2019), no informar acerca de la condición de comerciante o no de quien ofrece el producto, constituye una omisión engañosa. Estaría por ver qué medidas correctoras “proporcionadas y eficaces” (art. 11 bis Directiva 2005/29) casan bien con este tipo de práctica comercial desleal. No parece que lo hagan ni la reparación, ni la sustitución (Cdo 16 Directiva 2161/2019), más adecuadas para corregir una falta de conformidad del producto. ¿Reducir el precio? Tampoco encaja dado que la omisión informativa no desmerece el valor del producto contratado. ¿Resolver el contrato por incumplimiento de una obligación legal impuesta a quien no interviene como parte contratante? Ciertamente, el art. 11 bis Directiva 2005/29 no atribuye directamente tal facultad al consumidor en todo caso, sino que lo hace: primero, “cuando proceda”; segundo, remitiendo al derecho interno la fijación de las condiciones de aplicación; sea como fuere, el legislador europeo *allana* el camino a fin de que una opción interna sea ésta (véase, *supra* nota 27). No plantea tantos reparos la indemnización de daños y perjuicios, también aludida en el art. 11 bis Directiva 2005/29.

⁵⁹ Véase Cdo 27, al final, Directiva 2161/2019, aludiendo a la asunción, por parte de la plataforma, *vgr.*, de la obligación de entregar el bien; también lo hace a la posibilidad de ejercerse, frente o ante ella, la facultad de desistimiento, si bien, como es sabido, no se trata en este caso de una *obligación* a repartir entre la plataforma y el proveedor, sino de una facultad del consumidor. En el texto de la Propuesta de Directiva (véase art. 2.4 [COM/2018/185 final]) esta mención informativa se imponía solo en caso de contratación entre consumidor y un proveedor comerciante.

siempre sepa con quien va a contratar⁶⁰; si aquellas informaciones le son efectivamente proporcionadas, difícilmente podrá servirse del argumento de la *apariencia* a fin de considerar que fue la plataforma quien contrató; cosa distinta es que ello erradique todo riesgo de confusión.

2. La actuación del proveedor bajo el “control” o “autoridad” del intermediario

35. En los art. 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065 las ideas de “control” o “autoridad” aparecen, *en cierto modo*, vinculadas a la responsabilidad del intermediario por razón del contenido ilícito facilitado o proporcionado por el destinatario del servicio de intermediación. Esta vinculación ya aparece, y de forma más clara y concreta, en el *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* y, después, en las *ELI Model Rules on Online Platforms*⁶¹. En ambos textos: primero, la responsabilidad de la plataforma se proclama a propósito de la falta de cumplimiento del contrato celebrado entre el cliente y el proveedor; segundo, aquello que determina tal consecuencia es la posibilidad de creer, de forma razonable y desde la perspectiva del cliente, que el proveedor actúa bajo la influencia predominante de la plataforma; *a fortiori*, si para tal efecto basta aquella creencia, en el marco de ambos textos es lógico derivar la misma consecuencia (en términos de responsabilidad) en caso de influencia predominante realmente ejercida⁶². Esta responsabilidad se describe en términos sensiblemente no coincidentes: mientras que el art. 18 *Discussion Draft* proclama la responsabilidad solidaria de la plataforma y el proveedor (“the platform operator is jointly liable with the supplier”), el art. 20 *ELI Model Rules* legitima pasivamente a la plataforma a fin de que los derechos y remedios que, para el caso de incumplimiento, resulten del contrato celebrado entre proveedor y cliente, puedan ejercerse o interponerse *también* contra aquella. A fin de valorar aquella apariencia razonable, ambos textos casi coinciden al tiempo de facilitar elementos, criterios o indicios en los que basar aquella percepción⁶³; se trata, en fin, de circunstancias apreciables en fase precontractual (art. 18.2, letra *f* *Discussion Draft* y

⁶⁰ A propósito de la necesidad de imponer a la plataforma el deber de informar, sin ambages, acerca de su *rol* en el proceso contractual, C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?”, *EuCML*, 1/2006, p.5.

⁶¹ Véase *supra* nota 57. La “autoridad o control” también aparecen en el art. 14.2 Directiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Igualmente, antes de publicarse el *Discussion Draft*, en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, la Comisión también hizo aflorar el “control e influencia” ejercido por las plataformas de economía colaborativa a modo de elemento determinante del ejercicio, por ellas, del servicio subyacente (COM [2016] 356 final). Alude al usuario profesional que está “bajo el control” de la plataforma, el Cdo 30 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. Desde otra perspectiva, para una definición de “control”, puede consultarse el art. 2.9 Reglamento 2019/1150, que alude a la titularidad de una empresa o a la capacidad de influir en ella según el art. 3.2 Reglamento 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, de concentraciones; este precepto se refiere a la “influencia decisiva” que puede ejercer una empresa sobre otra a fin de valorar el control que se tiene sobre ella. En otro contexto, pero en este mismo sentido, se hace uso del concepto “influencia dominante” en el art. 2, letra *b*, Directiva 2006/111/CE, de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. El precepto define la “empresa pública” como aquella en la que los poderes públicos puedan ejercer, de manera directa o indirecta, una influencia dominante por razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

⁶² La idea de *control* de algún modo también está presente, *vgr.*, en las definiciones de “comerciante” (o similar) que califican como tal a quien se sirve de otros que actúan siguiendo sus instrucciones o por su cuenta. Nótese, sin embargo, que en estos casos *parece* que en el derecho europeo no es preciso recurrir a la noción de “control” y argumentar, a partir de ella, la responsabilidad exigible a quien actúa a través de otro, sino que la propia *manera de actuar* de la persona intermedia (así, por cuenta o siguiendo las instrucciones del principal), ya acarrea un efecto representativo del que *directamente* deriva la vinculación de quien no llegó a actuar personalmente. Acerca del principio “liability follows control”, véase M. I. OLIVEIRA MARTINS, “Liability of Online Marketplace Providers for Non-conformity”, vol. 13, *EuCML*, 2024, p.73.

⁶³ No aparecen, sin embargo, en la lista de art. 18.2 *Discussion Draft*, los elementos descritos en las letras *b* y *e* de las *ELI Model Rules* (esto es: que el precio se determine por la plataforma y que la identidad del proveedor no se facilite hasta después de celebrado el contrato).

art. 20.2, letra *f* ELI Model Rules), relativas al momento/manera de celebrar el contrato y de determinar su contenido (art.18.2, letras *a* y *c* Discussion Draft; art. 20.2., letras *a*, *d* y *e* ELI Model Rules) o, en fin, concernientes o próximas a la fase postcontractual o ejecutiva (art. 18.2, letra *b* Discussion Draft y art. 20, letras *b* y *c* ELI Model Rules)⁶⁴. De estos criterios, que no son ni excluyentes ni exclusivos, se infiere que, de hecho, la influencia ejercida por la plataforma se proyecta *especial y directamente* sobre el contrato (así, sobre sus términos, su ejecución...), y no tanto sobre el proveedor, salvo que se entienda que, dado que es él quien, en el fondo, autoriza o consiente aquel control, también hay influencia ejercida (*indirectamente*) sobre él (“predominant influence over the supplier” [art. 18.1 Discussion Draft; art. 20 ELI Model Rules])⁶⁵ ⁶⁶.

36. La vinculación entre la influencia predominante (*rectius*, “control” y “autoridad”) ejercida por la plataforma y su responsabilidad es mucho más difusa e indirecta en los art. 6.1, 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065. A los efectos que aquí interesan (que son solo los de la posible responsabilidad del intermediario por incumplimiento del contrato intermediado), el punto de partida, en aquellos preceptos, es doble: es preciso, en primer lugar, que la información almacenada en la plataforma y facilitada por el destinatario del servicio sea una “actividad ilícita o ... contenido ilícito” (arg. art. 6.1, letra *a* Reglamento 2022/2065⁶⁷); en segundo lugar, se requiere que la plataforma no haya actuado *en nombre y/o por cuenta propia*, convirtiéndose *sin duda* (y no solo *aparentándolo*) en parte contratante y, por tanto, asumiendo la correspondiente responsabilidad por incumplimiento⁶⁸. A propósito de lo primero, el Cdo 12 y el art. 3, letra *h* Reglamento 2022/2065 dan pie a pensar que la categoría incluye, en cualquier caso, “la venta de productos no conformes” (Cdo 12 Reglamento 2022/2065)⁶⁹; la expresión tiene como trasfondo una de las obligaciones del vendedor⁷⁰, en el bien entendido que garantizar la conformidad también se

⁶⁴ Véase, destacando la dificultad que puede entrañar la prueba de alguna de estas circunstancias, sea cual sea la fase a la que se refieran, P. TERESZKIEWICZ, “Digital Platforms: Regulation and Liability in the EU Law”, *European Review of Private Law*, núm. 6, 2018, pp. 12 y 13.

⁶⁵ No hay, en cambio, *influencia* (en el sentido de implicación o participación) sobre el producto (como puede tenerla el organizador del viaje combinado o el fabricante del producto). Véase *supra* II. 3 acerca de los datos que proporciona el derecho europeo a propósito de la responsabilidad de uno y otro.

⁶⁶ Advierte que la idea de control o autoridad *sobre el proveedor* puede dar a entender, de entrada, que existe algún tipo de ensamblaje estructural, asociativo, entre aquél y la plataforma, J. CAMPOS, *Os contratos...*, cit, p. 321 (véase, desde una perspectiva similar, *supra* nota 61, al final).

⁶⁷ Véase M.R. GUIMARAES, *Contratação eletrônica...*, p. 112, que también induce aquel punto de partida a pesar de que el art. 6.1 Reglamento 2022/2065 se refiere, *tout court*, a “información” y el art. 3, letra *h* del mismo texto solo define los “contenidos” ilícitos.

⁶⁸ Es en este sentido que se discrepa de lo señalado en el Cdo 24 Reglamento 2022/2065 que, a modo de ejemplo de “prácticas” que puedan dar a entender al consumidor que la plataforma proporciona directamente al información o lo hace otro bajo su control (en alusión a los supuestos del art. 6.3 Reglamento 2022/2065) se alude al “de una plataforma en línea cuando comercialice el producto o servicio *en su propio nombre* en lugar de en nombre del comerciante que suministrará el producto o servicio” (la cursiva es nuestra). No se cree que en tal caso exista solo una apariencia que discrepe de la realidad: si la plataforma ha contratado en nombre propio, *es* parte contratante. Véase, excluyendo del art. 6 Reglamento 2022/2065, las plataformas que participan en el contrato subyacente como parte contratante, E. ARROYO AMAYUELAS, “La conclusió de contractes amb consumidors en la Digital Services Act”, *Revista Catalana de Dret Privat*, 27, 2023, p.16.

⁶⁹ La definición del art. 3, letra *h* Reglamento 2022/2065 solo de forma bienintencionada alcanza los supuestos de venta de productos no conformes. Así, se alude a la información que, “incluida la venta de productos o la prestación de servicios, *incumpla* el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión”. La venta de productos no conformes vulnera, en este sentido, el art. 5 Directiva 2019/771, que impone al vendedor la obligación de entregar bienes conformes. Pero nótese que una cosa es la información almacenada (esto es, la oferta contractual relativa a un bien con unas determinadas características, prestaciones...) y otra, distinta, las características que reporte el bien, concreto, que llegue a entregarse al consumidor; la falta de conformidad, estrictamente, no puede valorarse *antes* de la entrega porque la conformidad se proyecta, precisamente, sobre lo entregado. Por ello, solo cabría hablar de contenido ilícito si el bien ofertado, ya tal y como se ofrece en la plataforma, aboca necesariamente a la falta de conformidad del que será después entregado porque se trata de bienes que no cumplen con los requisitos, prestaciones o utilidades anunciadas.

⁷⁰ Curiosamente no aludida *en toda su amplitud* en el art. 2.1 Directiva 2019/771 que, al tipificar el contrato, sólo se refiere a la obligación de transmitir “la propiedad de los bienes”, que es una manifestación de la *conformidad jurídica* del bien. Queda al margen de esta definición la conformidad *material* y la obligación de entrega (pasa lo mismo a la luz de la definición de “compraventa” que también recoge el art. 2.5 Directiva 2011/83).

impone a quien a través de un contrato, sea o no de compraventa, se obliga a suministrar contenidos y/o servicios digitales⁷¹ y, también, al organizador de un viaje combinado, que responde por la falta de conformidad del servicio (arg. art. 13.2 Directiva 2015/2302). Con todo, una interpretación amplia y generosa del art. 3, letra *h* Reglamento 2022/2065 (alusivo, no solo al contenido -o, estrictamente, a la información almacenada- sino también a su relación con “una actividad”), acaso permita sostener que la responsabilidad *solo presupuesta* en el art. 6 Reglamento 2022/2065, puede ser de cualquier tipo⁷² y, siendo contractual, puede alcanzar a *cualquier incumplimiento* o al incumplimiento de cualquier obligación (*vgr.*, la de entregar la cosa vendida [art. 18 Directiva 2011/83])⁷³.

A) Desde el conocimiento efectivo del contenido ilícito (¿qué lo es?) ... hasta el control o autoridad, reales o aparentes, sobre el destinatario del servicio

37. El art. 6 Reglamento 2022/2065 no impone, ni declara, ni de él solo cabe inferir la responsabilidad de las plataformas por causa de los contenidos ilícitos almacenados (Cdo 17)⁷⁴. Sin embargo, la norma *pende* o cobra sentido en el marco de la responsabilidad del intermediario, sea tal responsabilidad del tipo que sea, la imponga quien la imponga (sea el Derecho europeo, sea el nacional [Cdo 17º Reglamento 2022/2065]). Ciertamente, no llega a declararse ninguna responsabilidad pero el precepto, *contemplándola como posible*, desencadena, a partir de ella, un circuito de ida (hasta la exención del art. 6.1 Reglamento 2022/2065), y vuelta (hasta, de nuevo, aquella responsabilidad *presupuesta*, si el supuesto encaja en las situaciones descritas en los art. 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065, en las que no rige la exención del art. 6.1)⁷⁵. En cuanto a tal exención, nótese que del art. 6.1 Reglamento 2022/2065 se desprenden, de hecho, dos reglas: la primera, directa, es la de la no responsabilidad, basada en la falta de “conocimiento efectivo” de la ilicitud por parte de la plataforma y en su proactivismo al conocerla o ser consciente de ella (art. 6.1, letras *a* y *b* Reglamento 2022/2065); la segunda, indirecta, es que la plataforma que *sí* “tenga conocimiento efectivo” de la *ilicitud* (art. 6.1, letra *a* Reglamento 2022/2065), no es que necesariamente se convierta en responsable por el simple hecho de conocer pero, si tal res-

⁷¹ Acerca de la tipificación como compraventa del contrato por el que se transmiten contenidos digitales con licencia permanente de uso, véase STJUE, de 16 de septiembre de 2021, *Usedsoft*, as. C410/19 (ECLI:EU:C:2021:742).

⁷² C. POLAT, S. BARIS ÖZÇELİK, “Locating Online Platforms in the right place: between the Digital Services Act and the Liability Law”, *EuCML*, núm. 4, 2023, p. 169. Véase, también, Cdo 17 Reglamento 2022/2065 (“...las exenciones de responsabilidad establecidas en el presente Reglamento deben aplicarse a cualquier tipo de responsabilidad respecto de cualquier tipo de contenido ilícito...”). Véase Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (COM [2022] 492 final); según el texto, “[C]uando las plataformas en línea desempeñan un mero papel de intermediaria en la venta de productos entre comerciantes y consumidores, están cubiertas por una exención de responsabilidad condicional en virtud del Reglamento sobre servicios digitales. *Ninguna de estas medidas se refiere a responsabilidad por productos defectuosos*” (EM, 1.2; la cursiva es nuestra).

⁷³ En cambio, se refieren solo a la responsabilidad por “Unsafe Products”, C. BUSCH; V. MAK, “Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation”, *EuCML*, vol. 10, 2021, p. 111.

⁷⁴ Véase, sin embargo, recomendando que el (entonces) futuro Reglamento en materia de servicios digitales sancionase con la responsabilidad contractual de la plataforma (“thus making the marketplace contractually liable vis-à-vis de consumer”) la infracción del deber de informar al adquirente acerca de entre quienes iba a celebrarse el contrato (así, entre el propio consumidor y el proveedor de los bienes y servicios), EUROPEAN PARLIAMENT, *Recommendations to the Commission on the Digital Services Act: Improving the functioning of the Single Market* (2020/2018 (INL)) (véase Anexo apart. VI).

⁷⁵ Contrastando modelos, la responsabilidad tampoco se impone en el art. 14 Directiva 2000/31. Coherentemente con la naturaleza del instrumento normativo empleado, el art. 14 Directiva 2000/31 se limita a imponer a “[L]os Estados miembros” el deber de establecer las medidas necesarias a fin de que, en determinadas circunstancias, el prestador del servicio de almacenamiento de datos “no pueda ser considerado responsable”. Por el contrario, a fin de dar cumplimiento al art. 6.1 Reglamento 2022/2065, *no hay que hacer nada*: las plataformas pueden derivar directamente de él su irresponsabilidad a fin de neutralizar, si la hay, una norma que sí las declare responsables. Afirmando, en relación a la propuesta de Reglamento, que el art. 5.1 (correspondiente al art. 6.1 Reglamento 2022/2065)) “contains more or less a verbatim copy of the Article 14(1) E-Commerce Directive”, C. BUSCH; V. MAK, “Putting the Digital Services Act in Context...”, *cit.*, p. 111; en parecidos términos, P. VAN CLEYNENBREUGEL, “The Commission’s digital services and Markets act proposals: First step towards tougher and more directly enforce EU rules?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 28, 2021, pp. 672-673.

ponsabilidad llega a imponérsele, entonces no puede recurrir al art. 6.1 Reglamento 2022/2065 a fin de exonerarse⁷⁶ 77.

38. El art. 6.2 Reglamento 2022/2065 impide aplicar el art. 6.1 “cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios”⁷⁸. No se explicita en qué casos debe estimarse que, efectivamente, se ha actuado de esta manera o qué criterios o elementos deben concurrir a fin de apreciar una actividad realizada bajo el control o autoridad de otro. El art. 6.3 Reglamento 2022/2065 tampoco permite, en la práctica, rebajar la importancia de la cuestión por la vía de señalar, *vgr.*, que, a los mismos fines de exoneración, basta la apariencia de control; es posible que, ciertamente, sea más sencillo acreditar que aparentemente se ha ejercido un determinado control que aportar prueba sobre su ejercicio efectivo; sin embargo, sucede que el ámbito del art. 6.3 Reglamento 2022/2065 no coincide con el del art. 6.2 del mismo texto, de forma que si el adquirente no es consumidor o lo es pero no ha acabado contratando a distancia, entonces la no exención de responsabilidad exigirá probar la realidad de aquel control o autoridad, sin que baste facilitar prueba de su simple apariencia. Siendo, en este sentido, clara la relación entre los art. 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065, no parece que lo sea tanto la que deba colegirse entre los art. 6.1 y 6.2; y es que la cuestión que queda abierta es en qué casos podrá alegarse y acreditarse desconocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos facilitados por el destinatario del servicio (art. 6.1) si, de hecho, este está o estaba actuando bajo el control o autoridad de la plataforma⁷⁹.

39. El art. 6.3 Reglamento 2022/2065 tampoco permite hacer uso de la exención de responsabilidad si, tratándose de un consumidor que ha celebrado el contrato a distancia con un proveedor a través de la plataforma, la actuación de la plataforma “pueda inducir a un consumidor medio a creer” que la información facilitada por la plataforma “o el producto o servicio de la transacción se proporcione por el propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control”. Vaya por delante que aquella responsabilidad *presupuesta* debe derivarse del “[D]erecho en materia de

⁷⁶ No deja de detectarse una cierta *cautela*, favorecedora de la aplicación de la exención de responsabilidad, en la descripción de las circunstancias del art. 6.1, letras *a* y *b* Reglamento 2022/2065; así, la plataforma puede recurrir a ella mientras albergue solo una sospecha o indicio de la ilicitud...pero no tenga, aún, un conocimiento efectivo (art. 6.1, letra *a* Reglamento 2022/2065); igualmente, *parece* que puede tenerse aquel conocimiento efectivo pero aún no ser realmente consciente de él (“en cuanto tenga conocimiento *o sea consciente de ello*”), a efectos de poder seguir beneficiándose de la exención, pese a no haber tomado, por falta de aquella consciencia, medidas dirigidas a retirar o a bloquear el contenido ilícito. Acerca de la pérdida de la exención de responsabilidad en los supuestos en los que la falta de conocimiento efectivo obedece al incumplimiento del deber de diligencia de la plataforma, véase, abogando por ello, E. ARROYO AMAYUELAS, “La conclusión...”, cit, p. 19.

⁷⁷ Más claro: en la determinación o fijación de la responsabilidad de la plataforma sencillamente no entrará en juego el art. 6 Reglamento 2022/2065. La plataforma deberá lidiar entonces con el resto del ordenamiento a fin de salvarse de la responsabilidad que, en su caso, se le exija. Por el contrario, cuando sí rige el art. 6 Reglamento 2022/2065, no cabe recurrir al resto del ordenamiento jurídico a fin enervar, neutralizar o desplazar la exención de responsabilidad ni, tampoco, hacer lo propio a fin de que sí rija en las circunstancias de los art. 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065.

⁷⁸ Señala su coincidencia con el art. 14.2 Directiva 2000/31, J.M. BECH SERRAT, “La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes”, *Indret*, 2/2024, p. 56.

⁷⁹ La lectura de los Cdos 18 y 23 Reglamento 2022/2065 ayuda algo, pero sin llegar a convencer. Mientras el primero excluye del supuesto de hecho del art. 6.1 (porque no habría información proporcionada *por* el destinatario del servicio) los casos en los que la plataforma tiene “control” sobre dicha información, el segundo, a efectos del art. 6.2, alude al ejemplo de fijación del precio por la propia plataforma a fin de ilustrar qué significa control o autoridad. Al margen de poner en duda la lógica de esto último (nótese que, *vgr.*, en el *Discussion Draft* y en las *ELI Model Rules* la fijación del precio es solo un criterio, entre otros, a fin de valorar la *apariencia* de estar ejerciendo control), da la sensación que el control aludido en el Cdo 18 es mucho más intenso y amplio que el mencionado en el Cdo 23. Sea como fuere, el resultado acabará siendo el mismo: supuesta la responsabilidad de la plataforma, el control, si no impide directamente aplicar la exención (art. 6.1 Reglamento 2022/2065), impedirá hacerla valer (art. 6.2 Reglamento 2022/2065).

protección de los consumidores” (art. 6.3, al principio, Reglamento 2022/2065)^{80 81}. La expresión “esa información, o el producto o servicio de la transacción, *se proporcione por*” se ha interpretado en el sentido de aludir a aquél con quien se contrata; a partir de aquí, sin embargo, la apariencia se bifurca en el sentido que la excepción alcanza dos supuestos: el primero es el de *aparente contratación* con la propia plataforma; el segundo es el caso de (indudable y cierta) contratación con el proveedor de los bienes y servicios y de *aparente actuación de éste bajo el control y autoridad de la plataforma*. En su caso, podría apuntarse que la *creencia* prevista en el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 sencillamente no existe en aquellos casos en los que, para ese consumidor medio, lo que hay es confusión acerca de con quien contrata, sin que exista una clara apariencia de hacerlo con el intermediario, el proveedor o con ambos^{82 83}.

40. A propósito aún de la *aparente contratación* con la propia plataforma, nótese que mientras que en el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 funciona a modo de enervante de su exención de responsabilidad, en la sentencia *Wathelet* resultó ser el argumento que propició la consideración del intermediario como “vendedor”. La apariencia, pues, fue vista en este último caso como algo *suficiente* para, en principio, atribuir al intermediario la responsabilidad propia del vendedor, mientras que en el primero solo sirve para que rija plenamente (sin exención), la norma (si la hay) que le imponga alguna responsabilidad. De lo anterior puede colegirse que el derecho europeo da un paso atrás (o, si se quiere, al lado), pero sin avanzar, esto es: relega a una función *doblemente no autónoma* (dado que la aplicación del art. 6.3 requiere: primero, que la plataforma sea declarada responsable; segundo, que pretenda escudarse de su responsabilidad acreditando las circunstancias del art. 6.1), aquello que, en *Wathelet*, sirvió, *directamente*, para atribuir la condición de vendedor al intermediario.

B) El parámetro subjetivo de la apariencia jurídicamente relevante: el consumidor medio (art. 6.3 Reglamento 2022/2065). Confusión, que no apariencia, y vulnerabilidad

41. La apariencia del art. 6.3 Reglamento 2022/2065 debe juzgarse desde la perspectiva del “consumidor medio”, expresión que deja atrás la de “consumidor medio y razonablemente bien informado” del art. 5.3 de la Propuesta de Reglamento⁸⁴, probablemente redundante⁸⁵. En el art. 6.3 Regla-

⁸⁰ Véase M. I. OLIVEIRA MARTINS, “Liability of Online Marketplace...”, cit, pp. 72 y 77. La autora advierte que el precepto deja incólume la legitimación que el Cdo 23 Directiva 2029/771 reconoce a los Estados a fin de ampliar (se entiende, *cuando y como* quieran) la aplicación de las reglas procedentes de dicho texto a las plataformas que no sean “vendedoras”. A resultados de ello, puede concluirse que si el precepto nacional declara la responsabilidad de la plataforma *sin* que concurra la apariencia contemplada en el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 (ni, *a fortiori*, el control o autoridad reales del art. 6.2 Reglamento 2022/2065), entonces la plataforma podrá hacer uso de la exención de responsabilidad del art. 6.1 Reglamento 2022/2065, aun cuando el contrato se haya celebrado a distancia.

⁸¹ La responsabilidad *presupuesta* puede derivar, según el Cdo 17º Reglamento 2022/2065, tanto del “Derecho de la Unión” como del “nacional”; no se matiza más. La expresión “Derecho en materia de protección de los consumidores” (art. 6.3 Reglamento 2022/2065) no debería impedir la aplicación de la excepción prevista en este texto en aquellos supuestos en los que la responsabilidad de la plataforma deriva de normas internas generales aplicables, también, a personas consumidoras.

⁸² Véase B. DUIVENROORDE, “The Liability of Online Market places under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-Commerce Directive and the Digital Service Act”, vol. 11, *EuCML*, 2022, p.50. El autor destaca que el consumidor debe confiar en contratar con la plataforma o con un profesional bajo su control y sin que, a estos efectos, sea suficiente con que la intermediaria asuma un papel relevante en la ejecución del contrato (p. 50, nota 89). Concluye señalando que no rige la exención “if it is unclear to the consumer” quien es su contraparte. *Confusión y confianza*, sin embargo, se nos antojan situaciones diferentes.

⁸³ Véase, aludiendo a la posibilidad de que lo que resulte *aparente*, a los ojos del consumidor, sea una suerte de “partnership” entre plataforma y proveedor de los bienes y servicios, C. POLAT, S. BARIS ÖZÇELİK, “Locating Online...”, cit, p.170.

⁸⁴ Véase Enmienda número 135 del Parlamento Europeo al texto de la Propuesta de Reglamento (P9 TA (2022) 0014). La enmienda, que no llegó al texto final, abogaba por suprimir el añadido “medio y razonablemente bien informado”.

⁸⁵ El consumidor “medio” como consumidor “de referencia” es el “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (véanse § 54 y 55 STJUE de 11 de septiembre de 2019, *Romano*, as. 143/18, ECLI:EU:C:2019:701). En la STJUE de 7 de agosto de 2018, *Verbrancherzentrale*, as. C/485/17 (ECLI:EU:C:2018:642), la categoría de consumidor *medio* se utiliza también para valorar si un stand en una feria revestía, frente a él, la *apariencia* de establecimiento mercantil a los efectos del art. 2.9 Directiva 2011/83 y si, en consecuencia, el consumidor podía razonablemente confiar en que el profesional ejercía allí su actividad empresarial y si podía recibir, desde dicho stand, ofertas contractuales. En la STJUE de 20 de abril de 2014, *Kásler*, as.

mento 2022/2065, la categoría ni se define, ni se matiza al estilo, *vgr.* del art. 5.3 Directiva 2005/29/CE que, en determinados supuestos⁸⁶, ordena estar al consumidor medio *vulnerable*⁸⁷. De hecho, es a propósito de este último texto que, especialmente en entornos digitales, se aboga por reenfocar la idea de vulnerabilidad en el sentido de atender, no sólo a las circunstancias estáticas del grupo de consumidores considerados vulnerables (*vgr.* el sexo, la edad...), sino a las circunstancias en las que se desenvuelve la actuación del consumidor en el mercado; así, se señala, es el propio entorno digital el que propicia y genera vulnerabilidades⁸⁸; la idea de grupo identificable, desde esta perspectiva, se desvanece.

42. El art. 6.3 Reglamento 2022/2265 no distingue *entre consumidores medios* y solo a efectos dialécticos cabe plantear si tendría sentido utilizar (varios) raseros distintos a la hora de apreciar *las apariencias* del art. 6.3 Reglamento 2019/2265 (léase, el del consumidor medio *tout court* y el del consumidor medio vulnerable). De hecho, este planteamiento podría suscitarse a raíz de *cualquier otra apariencia* (es decir, a propósito de la apariencia *de cualquier otra circunstancia* distinta a la que concierne a la identidad de aquél con quien se contrata o a la que se proyecta sobre la relación que media entre plataforma y proveedor) o de *la apariencia* de todo ello pero *en un entorno no digital*. Sea como sea, no parece, de entrada, que aquellas apariencias dependan de la mayor o menor pericia digital del consumidor⁸⁹ sino de la capacidad de identificar, valorar y procesar todos aquellos datos conducentes a la determinación del *otro contratante* o a la existencia y ejercicio, por parte de la plataforma, de un determinado *control o autoridad* sobre el contrato. Dada la contundencia del art. 6.3 Reglamento 2022/2265 (que, insistimos: no distingue), basten dos reflexiones. La primera es que, ciertamente, quizás es más sencillo que para determinados grupos o para un determinado consumidor⁹⁰ las cosas *aparenten ser* de una determinada manera, siendo así que, en esas mismas circunstancias, para un consumidor medio no vulnerable: o bien no hay tal apariencia o, sencillamente, lo que hay es *confusión* acerca de con quien se está realmente contratando. Nótese que, en este último escenario, el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 no regirá en ningún caso: tratándose del consumidor medio, el precepto no regirá por falta de apariencia frente a él; tratándose del consumidor vulnerable, tampoco podrá operar la excepción por falta de apariencia para un consumidor medio no vulnerable. La norma se nos antoja insuficiente porque, con-

C26/13, § 74 (ECLI:EU:C:2014:282), se valora si una cláusula relativa a la conversión en divisa extranjera, inserta en un contrato de préstamo, era lo suficientemente transparente para el consumidor medio (en el mismo sentido, pero a propósito del coste del préstamo, véase STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, as. C186/16, §47 [ECLI:EU:C:2017:703]). El TJUE precisa, en la sentencia de 26 de octubre de 2016 (*Canal Digital Danmark*, as. 611/14, § 29 [ECLI:EU:2016:800]), que la referencia al consumidor medio “no es una referencia estadística y para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto, los tribunales y autoridades deben aplicar su propio criterio” y, sin acabar de desarrollar la idea, añade que a fin de valorar si una práctica es desleal frente a un consumidor medio deben considerarse los “factores sociales, culturales y lingüísticos”.

⁸⁶ Véanse Cdo 19º y art. 5.3 Directiva 2005/29. El Cdo 19 argumenta desde la *especial sensibilidad* que a una práctica comercial o a un producto pueden mostrar ciertos grupos de consumidores, de tal manera que “*únicamente* el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente”; en estos casos, la capacidad de distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio deberá valorarse atendiendo al consumidor medio de aquel grupo (la cursiva es nuestra). En el art. 5.3 Directiva 2005/29 aquella idea: primero, se matiza en el sentido de exigir que la práctica del comerciante pueda distorsionar de manera “sustancial” el comportamiento económico únicamente de un grupo “claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas...”; segundo, se alude a algunos ejemplos (“por padecer estos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credibilidad...”).

⁸⁷ Destacan la ausencia, ya en la Propuesta de Reglamento (COM [2020] 825 final, 15.12.2020), de una norma similar al art. 5.3 Directiva 2005/29/CE, relativa al consumidor vulnerable, C. CAUFFMAN; C. GOANTA, “A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection”, *European Journal of Risk Regulation*, núm. 758, 2021, nota 38, p. 767.

⁸⁸ Véase COMISIÓN EUROPEA, *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE* ..., cit., p. 35 (“[E]l concepto de vulnerabilidad no se limita a las características enumeradas en el artículo 5, apartado 3, sino que engloba asimismo las vulnerabilidades dependientes del contexto”) y p.100. Véase, sobre este reenfoque, EUROPEAN COMMISSION, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, Final Report, 2016, pp. 45-47.

⁸⁹ Lo que llevaría a pensar que las personas mayores son vulnerables porque, *por lo común*, tienen menor pericia que otros grupos de la población (véase, desmintiéndolo, E. KAPROU, “Aggressive commercial practices 2.0: Is the UCPD fit for the digital age?”, *EuCML*, 2/2023, p. 78).

⁹⁰ Acerca de la apreciación de la vulnerabilidad *caso por caso*, L. WADDINGTON, “Vulnerable and confused: the protection of “vulnerable” consumers under EU law”, *European Law Review*, núm. 38, 2013, p. 9.

sabidos los deberes informativos impuestos por la Directiva 2011/83⁹¹, la exención de responsabilidad *no* debería regir, en ningún caso, *si no se ha dejado claro* que el contrato se entabla con el proveedor y no con la propia plataforma y, ello, al margen de la percepción que resulte, para el consumidor, de esta falta de claridad (ya sea la de *creer* que está contratando con la plataforma, ya sea la de experimentar *confusión* y duda acerca de con quién se contrata). La segunda observación se formula en términos de interrogante, abierto: si la apariencia debe generarse *al contratar*, ¿en qué datos, accesibles y perceptibles *en este momento* para el consumidor medio, puede uno basarse para especular acerca de si la plataforma ejerce control sobre el proveedor?

IV. La responsabilidad

43. ¿Qué pretende significarse al tratar de la responsabilidad del intermediario por razón del contrato intermediado? El interrogante omite, conscientemente, una cuestión técnica: la general relativa a la viabilidad dogmática de la eficacia que, en sus distintas vertientes (en especial, vinculante y obligatoria), pueda desplegar un contrato frente a quien no interviene *concentradamente* en él como *parte contratante* (aunque sí lo ha haya hecho, como intermediario, en el proceso negocial previo). No se desconocen, pero tampoco quieren situarse en primer plano, las dificultades de igual encaje dogmático que pueda arrastrar el ejercicio, por quien es *parte contratante* frente a quien *no* lo es (*vgr.*, el consumidor o adquirente frente al intermediario), de facultades o acciones contractuales (y cuya *contractualidad* se explica, no solo porque derivan de un negocio de este tipo, sino también porque se dirigen a alterar la eficacia contractual *ordinaria* [como si, *vgr.*, se resuelve, rescinde o desiste de un contrato] o porque inciden en alguno de sus elementos esenciales [como se pretende, *vgr.*, con la acción de reducción del precio]). Las razones de esta falta de protagonismo inmediato son dos. La primera, y principal, es porque el derecho europeo carece de un sistema jurídico contractual general y completo que haga preciso indagar en qué términos se contempla en él, *vgr.*, el principio de relatividad contractual y sus eventuales desviaciones⁹². La segunda, y colateral, es porque, situados ya en un ámbito doméstico, aquella dificultad dogmática fácilmente deja de serlo, desaparece, tan pronto una norma interna jerárquicamente adecuada para ello excepciona la eficacia relativa del contrato, convirtiendo en técnicamente posible algo que, de entrada, sin duda chirriaría a la luz de aquel principio. Baste citar, en el ámbito interno, el art. 44 Decreto-Lei núm. 85/2021, de 18 de octubre⁹³ (por el que se incorporan al derecho portugués las Directivas 2019/770 y 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativas a determinados aspectos del contrato del suministro de contenidos y servicios digitales y a determinados aspectos del contrato de compraventa de bienes); el precepto proclama, frente al consumidor, la responsabilidad solidaria de la plataforma intermediaria por la falta de conformidad de los bienes o productos digitales adquiridos. Eficacia contractual, por tanto, frente a quien no ha intervenido como parte contratante; eficacia que se resuelve en términos de “responsabilidad” contractual y objetiva de la plataforma⁹⁴, no directa y general, sino solo para el caso de entrega de bienes no conformes o suministro de producto digital aquejado, también, de falta de conformidad⁹⁵.

44. Desde una perspectiva amplia, la responsabilidad puede seguirse de la consideración del intermediario como parte contratante (que, como tal, debe y responde) o puede igualmente exigirse (con un alcance u otro) pero sin llegar a comportar ni presuponer aquella posición⁹⁶. En la STJUE *Wathelet*,

⁹¹ Véase *supra* III, C.

⁹² El efecto vinculante del contrato se predica solo a propósito de “the parties” en el art. II.-1:103 (1) DCFR. Acerca de la estipulación a favor de tercero, véase II.-9:301 DCFR.

⁹³ *Diário da República*, n° 202/2021, Série I, 18.10.2021, pp. 4-29.

⁹⁴ J. CAMPOS CARVALHO, *Os Contratos...*, cit, p. 313.

⁹⁵ El precepto irrumpe en el derecho luso excepcionando el principio de relatividad contractual, pero lo hace con el camino ya algo aderezado por el art. 406.2 Código civil portugués que, tras proclamar la eficacia vinculante del contrato para los contratantes, admite también efectos frente a terceros en los casos “previstos na lei”.

⁹⁶ Véase, con carácter general, F. MAULTZSCH, “Contractual liability...”, pp. 5 y 10.

la consideración del establecimiento como “vendedor” se alinea con lo primero; también facilita la hipótesis los Cdo 18 y 23 Directivas 2019/770 y 2019/771, respectivamente. En la sentencia *Wathelet*, el TJUE no aclara si, en el caso *a quo*, el contrato también debía entenderse celebrado con la vendedora no profesional⁹⁷; se trata de un silencio lógico dado que lo que interesaba esclarecer era, en particular, la posición y responsabilidad del establecimiento; sobre la vinculación contractual de quien encomendó la venta al establecimiento, debe razonablemente entenderse que es cuestión dejada al derecho interno y que, en tales supuestos, debe ser éste el que determine si, vinculando la compraventa también al vendedor no profesional, el comprador puede elegir contra quien reclamar y cómo hacerlo. En aquella sentencia, la consideración del intermediario como “vendedor” avala, en cualquier caso, su legitimación pasiva en los remedios que, por falta de conformidad, contemplaba la Directiva 1999/44; aquella misma consideración debería haber bastado, en su caso, para reclamar la entrega del bien y hacer valer, eventualmente, toda posible responsabilidad por incumplimiento de tal obligación, inclusive por la falta de transmisión de la propiedad (art. 2.5 y 18 Directiva 2011/83). La STJUE *Wathelet* tampoco discrimina entre remedios⁹⁸.

45. Tampoco hay discriminación entre remedios, sino todo lo contrario (“the rights and remedies”), en el art. 20 ELI *Model Rules on Online Platforms*. En este caso, sin embargo, el precepto se sitúa en el marco de una suerte de responsabilidad *conjunta* (sin definir, ni concretar [“also against”]) de intermediario y proveedor para el caso de *falta de cumplimiento contractual* de este último; la responsabilidad del primero no es inmediata, sino que se supedita al incumplimiento previo del deudor; se trata, además, de una responsabilidad que se concreta en la oponibilidad, frente al intermediario, de cuantos remedios y acciones deriven de aquel previo incumplimiento, sea cual sea la obligación incumplida⁹⁹. La falta de cumplimiento del proveedor también se erige en el presupuesto de los art. 16 y 18 *Discussion Draft*; este último aclara que la responsabilidad entre plataforma y proveedor será solidaria (“the platform operator is jointly liable with the supplier”). No hay tal precisión en el art. 16 *Discussion Draft*¹⁰⁰, ni en el art. 13.1, II Directiva 2015/2302, que se limita a establecer que, en caso de responsabilidad interna también del minorista, le serán aplicables “*mutatis mutandis*” las reglas previstas para el organizador en el art. 7 y Capítulos III y IV del texto.

V. Reflexión final

46. No deberían sorprender las dificultades halladas a la hora de *intentar* siquiera esbozar una aproximación a la figura del intermediario en el derecho europeo. La regulación es sectorial y parcial, y ello dificulta y entorpece la extrapolación de categorías o su generalización. Nada de ello debería sorprender porque no es función, finalidad ni cometido de aquel derecho conseguir que el *todo* sea coherente; basta con que las reglas contenidas en cada texto normativo sean idóneas a fin de alcanzar los objetivos que perseguidos con cada instrumento. En determinados casos, sin embargo, ello puede situar al legislador interno en una encrucijada jurídica, técnicamente compleja; resolverla, ni siquiera pensar en ella, tampoco es función del legislador europeo pero, quizás, tampoco debería escapársele que son precisamente estas dificultades últimas las que pueden ensombrecer la aplicación de un derecho inter-

⁹⁷ Véase *supra* nota 46.

⁹⁸ Véase F. OLIVEIRO, “Intermediary...”, cit, p. 236. El autor pone de relieve las dificultades (internas) de compaginar los remedios de la sustitución y la resolución del contrato con la devolución de la titularidad del bien sustituido o restituido. Enlaza ello con lo dicho en el texto a propósito de la obligación del establecimiento, en tanto que vendedor, de transmitir la propiedad (art. 2.5 Directiva 2011/83).

⁹⁹ En general, a propósito de la legitimación pasiva de las plataformas y dudando de la *eficiencia* de las acciones que, frente a ella, pueda interponerse a fin de reparar o sustituir el bien y dudando también de la viabilidad *técnica* de las acciones resolutoria y de rebaja del precio, J. CAMPOS CARVALHO, *Os Contratos...*, cit, p. 327; también desde la eficiencia, apostando, frente a cualesquiera otros, por los llamados “financial o economic remedies” (léase, indemnización de daños y perjuicios y rebaja del precio), K. OSTERGAARD; S. SANDFELD, “Platform Intermediaries in the Sharing Economy: Questions of Liability and Remedy”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, 2019, pp. 38-39.

¹⁰⁰ P. TERESZKIEWICZ, “Digital Platforms”, en L. A., DIMATTEO; M. CANNARSA; C. PONGIBÒ, *Smarts contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge University Press, 2019, p. 155.

no conforme al europeo y, a raíz de ello, entorpecer la consecución de aquellos objetivos. Desde esta perspectiva, aclarar *al menos* de qué modo, *en el derecho europeo*, debe actuar el intermediario a fin de vincular al principal (¿basta hacerlo *por su cuenta*?) sin duda facilitaría las cosas al legislador interno a fin de, si procede, modificar su propio derecho a efectos de garantizar aquella conformidad. La oportunidad y conveniencia jurídicas de esclarecer la cuestión se nos antoja tan clara como evidente es que, hoy por hoy, el legislador europeo se resiste a imputar responsabilidades por incumplimiento contractual del principal a quien *solo intermedió*.