

# Las plataformas creadoras de mercado como “falsas plataformas intermediarias” y responsables de los productos o servicios que ofrecen

## Market makers platforms as “false intermediary platforms” and responsible for the products or services they offer

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Navarra*

Recibido: 05.12.2024 / Aceptado: 09.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9351

**Resumen:** Las plataformas digitales de dos lados que facilitan transacciones entre proveedores, de un lado, y clientes, de otro, crean mercados específicos caracterizados porque la plataforma estructura una relación contractual triangular y establece toda una serie de servicios complementarios que hacen necesaria su participación para la celebración del negocio. Esas plataformas a menudo se presentan como simples intermediarias que alojan datos, pero exceden de esa función de intermediarias para ser verdaderas “creadoras de mercado”. En consonancia con eso, no pueden acogerse al sistema de exoneración de responsabilidad de los intermediarios, y debe delimitarse un sistema de responsabilidad específico que responda a esa condición central de la plataforma en la celebración de negocios.

**Palabras clave:** plataformas digitales, plataformas creadoras de mercado, intermediarios de internet.

**Abstract:** Two-sided digital platforms that facilitate transactions between suppliers, on the one hand, and customers, on the other, create specific markets characterized by the fact that the platform structures a triangular contractual relationship and establishes a whole series of complementary services that make their participation necessary for the celebration of the business. These platforms often present themselves as simple intermediaries that host data, but they go beyond that function of intermediaries to be true “market makers”. In line with this, they cannot benefit from the intermediary liability exemption system, and a specific liability system must be defined that responds to this central condition of the platform in conducting business.

**Keywords:** online platforms, platforms market-makers, internet Intermediaries.

**Sumario:** I. La evolución de las plataformas digitales y de los modelos de negocio que crean. 1. La evolución de los modelos de negocio en Internet. 2. La categoría de “plataforma digital”. II. Las plataformas digitales como prestadoras de “servicios intermediarios” de la sociedad de la información. 1. La figura de los “servicios intermediarios” de la sociedad de la información. 2. La exención de responsabilidad de los “alojadores de datos” en la Directiva de Comercio Electrónico y en la *Digital Services Act*. 3. La exención de responsabilidad de los “servicios intermediarios” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. III. Las plataformas que crean mercados como “falsas plataformas intermediarias” y responsables de los productos o servicios que ofrecen. 1. Las plataformas que crean mercados no deben ser consideradas como simples intermediarios. A). La jurisprudencia relativa a los “falsos intermediarios”. B). Las plataformas creadoras de mercado como falsas plataformas intermediarias. C) Indicios de que una plataforma supuestamente intermediaria es creadora

de mercados. 2. Las plataformas que crean mercados como responsables de los productos o servicios que ofrecen. A) Responsabilidad si no se hace constar la condición de servicio intermediario. B) Responsabilidad por ilicitud de los contenidos alojados. C) Responsabilidad contractual solidaria por las faltas de conformidad o incumplimientos del contrato entre proveedor y cliente, y por productos defectuosos. D). Aspectos comunes a la responsabilidad: derecho de reembolso y régimen de protección de los consumidores. F) Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones propias de la plataforma. IV. Conclusiones.

## I. La evolución de las plataformas digitales y de los modelos de negocio que crean

1. Cuando surgió el “comercio electrónico” en los años 80 del siglo pasado pareció un cambio revolucionario respecto de las formas clásicas de comercialización de bienes<sup>1</sup>. El comercio electrónico varió sustancialmente las formas de realizar la contratación, tanto de mostrar las mercancías o servicios como de discutir y cerrar el contrato, facilitando mucho la negociación a costa de complicar la ejecución del contrato. Pronto la facturación del comercio electrónico pasó a ser una parte importante del total de mercancías y servicios contratados en la economía real. Pero el esquema de la forma de negociar se mantenía esencialmente igual a la contratación presencial, simplemente cambiando un escaparate o una tienda presencial por un escaparate virtual fácilmente accesible a distancia. Las páginas web consistían en una forma de exponer las mercancías o servicios, que se contrataban a través de un “click”.

2. Tras la primera década del siglo XXI podemos constatar que la forma de negociarse bienes y servicios en Internet ha cambiado drásticamente respecto del surgimiento de comercio electrónico. Y posiblemente las grandes causantes de ese cambio han sido las llamadas “plataformas”, denominando así a páginas web que ofrecen servicios muy variados de mediación, comparación, agregación, baremación, servicios auxiliares, etc. respecto de los bienes o servicios ofertados. Surge, así, la normalmente denominada “economía de plataformas”, caracterizada porque estos sujetos canalizan información y facilitan la contratación entre empresarios y consumidores con unos nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios. El comercio presencial o el electrónico se basaban en la exposición de la mercancía o servicio en la tienda física o en la página web del vendedor, y en la elección del cliente visitando una u otra. Pero las plataformas cambian la forma de encontrar ese bien o servicio a través de toda una pléyade de sujetos con funciones diversas (*market-places*, comparadores, agregadores, etc.) y también las influencias para tomar la decisión (porque los resultados se muestran según cierto orden, a veces de forma distinta para cada usuario, y porque se añaden opiniones y valoraciones de terceros, entre otros efectos). Posiblemente nos hemos acostumbrado tanto a ellas que no apreciamos la enorme importancia de su existencia en la contratación diaria actual, y cómo han cambiado la forma de negociar, además tanto para los oferentes de bienes y servicios (que ya orientan sus estrategias de negocio en función de la existencia de plataformas) como para los clientes<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El autor de este trabajo conoció al director de esta magnífica revista, el prof. Alfonso Calvo Caravaca, en los años 90 del siglo pasado, y desde entonces se ha lucrado de su amistad y de su valía científica. Alfonso nos mostró a muchos que el derecho del comercio internacional existe y que le dan su sentido los enfoques desde muchas de las ramas del derecho, entre ellas el derecho internacional privado, el civil o el mercantil. Sirva este trabajo como humilde homenaje a su figura y como gratitud por los valores y los conocimientos que nos ha transmitido.

<sup>2</sup> En la Comunicación *Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*, publicada el 25 de mayo de 2016, COM(2016) 288 final, la Comisión comienza afirmando que “Las plataformas en línea han cambiado radicalmente la economía digital en las dos últimas décadas, aportando múltiples beneficios a la sociedad informática actual. Desempeñan un papel fundamental en la creación del «valor digital» en el que se apoya el futuro crecimiento económico de la UE y revisten por tanto capital importancia para el funcionamiento eficaz del mercado único digital” (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288>).

La expresión “economía de plataformas” ya se ha generalizado en la legislación y en la doctrina, véase a modo de ejemplo I. TORRENT – J. SELLENS, “Economía colaborativa o economía de plataforma? Más allá de un debate inacabable”, *Harvard Deusto Business Review*, núm. 289, 2019; M. CUENA CASAS, “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12(2), 2020, pp. 290-294; C. SANCHIS CRESPO, “La Economía de plataforma y la entidad confianza online”, en A. MARTÍNEZ NADAL (Dra.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 435

3. En toda esta economía de plataformas tiene una gran importancia el tratamiento masivo de datos (*big data*) y las técnicas de inteligencia artificial<sup>3</sup>. Muchas de las plataformas (que, como veremos, tienden a la concentración) tienen acceso a un enorme volumen de datos de oferentes y de clientes. En cuanto a los primeros, se trata tanto datos tomados de las fuentes de información accesibles -páginas web de todos los oferentes del sector, estudios de mercado, etc.- como los proporcionados por los oferentes que se promocionan o anuncian en la plataforma. Y por lo que se refiere a los datos de clientes, son tanto los aportados por los propios clientes al darse de alta en los servicios de la plataforma, como los derivados de su tráfico de red, búsquedas, decisiones, etc. Pues bien, la combinación y tratamiento de todos estos datos proporcionan a las plataformas no sólo un gran conocimiento, sino también, si así lo programan, una capacidad de decidir la presentación de los datos a cada cliente para influir en su decisión, y ahí suelen entrar en juego las técnicas de inteligencia artificial. En muchas ocasiones la búsqueda de un mismo tipo de bienes o servicios arrojará distintos resultados para clientes diferentes en función de los “perfiles” que, lícita o ilícitamente, haya formado la plataforma respecto de cada usuario. Por otra parte, toda esa información tratada y combinada supone retroalimentación para los oferentes, que modelan las características de los bienes y servicios o las ofertas, actualizándolas en cada momento en función de las preferencias de los clientes.

4. Las “páginas web” clásicas de los oferentes de comercio electrónico eran “de un solo lado” (*one sided*) y unidireccionales, el titular de la web ofrecía sus productos a los clientes, y éstos no interactuaban con la plataforma ni con otros clientes. Pero las modernas plataformas cambian esa forma de operar, porque en muchos casos son “de dos lados” (*double sided*) y bidireccionales. Son de dos lados porque operan con dos tipos de sujetos: p.ej., en los *marketplaces* se encuentran de un lado los oferentes que alojan sus productos o servicios en la plataforma, y los clientes que lo contratan; o en las redes sociales, los oferentes que quieren publicitar sus productos o servicios, y los usuarios de la red social que “cuelgan” sus comentarios y opiniones<sup>4</sup>. Y a su vez son bidireccionales o dinámicas, porque las opiniones y comentarios de cada cliente a su vez influyen tanto en otros usuarios de ese mismo lado (p.ej., en los comentarios acerca de la calidad de productos o servicios) como en los sujetos del otro lado (que acomodan sus productos o su publicidad a las decisiones y comentarios). Esto, a su vez, suele ocasionar una enorme “concentración” de las plataformas, con los conocidos “efectos de red”, que significan en sentido amplio que el valor del servicio aumenta con el número de usuarios<sup>5</sup>. En muchos sectores hay unas pocas plataformas con una enorme cantidad de usuarios, de forma que cuantos más sujetos hay en uno de los lados, tanto más atraerán a otras personas de ese lado (“efecto de red directo”) y a su vez, también resultará más provechosa esa plataforma para los sujetos del otro lado (“efecto de red indirecto”). En una plataforma que “busca y evalúa” a restaurantes, por ejemplo, cuantos más usuarios de servicios de restauración realicen opiniones y valoraciones, tantos más tendrán interés de entrar como usuarios, y a su vez, tantos más restaurantes querrán incluir sus perfiles y ofertas en el otro lado. Por eso suele ser tan difícil “entrar” en esos sectores, alcanzar un volumen tal de sujetos (en ocasiones “restándolo” a otras plataformas) que la plataforma resulte atractiva. Esta concentración se incrementa, por ende, porque en muchas ocasiones un mismo sujeto es titular de diversas plataformas en varios sectores (redes sociales, oferta de servicios, etc.), que le dan acceso a una mayor cantidad de datos combinados que a su vez, tras tratamientos de *big data* y de inteligencia artificial, le permiten mejorar sus prestaciones o influir más en los sujetos que operan en uno u otro lado<sup>6</sup>.

---

y ss.; o V. JIMÉNEZ SERRANÍA, “Los «mercados» de las plataformas digitales de economía colaborativa: ¿es realmente necesaria una redefinición del concepto de mercado de referencia?”, en la misma obra colectiva *Plataformas digitales...* cit., págs. 135-136.

<sup>3</sup> En este sentido M. KENNEY / J. ZYSMAN, “The Rise of the Platform Economy”, *Issues in Science and Technology*, vol. XXXII, núm. 3, 2016, disponible en <https://issues.org/rise-platform-economy-big-data-work/>; DE ARTIÑANO MARRA, Pastora, *Régimen jurídico de las plataformas de mediación electrónica: nuevas perspectivas para un fenómeno en constante desarrollo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, págs. 115-141.

<sup>4</sup> J. C. ROCHET – J. TIROLE, “Platform competition in two-sided markets”, *Journal of European Economic Association*, 2003, vol. 1, núm. 4, pp. 990 y ss.; A. CANALS / I. HÜLSKAMP, “Plataformas digitales: fundamentos y una propuesta de clasificación”, *Oikonomics*, núm. 14, noviembre 2020, p. 4.

<sup>5</sup> J. J. MONTERO PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa”, en J. J. MONTERO PASCUAL (dr.), *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 26.

<sup>6</sup> Sobre la gran concentración en estos mercados, que operan el llamado efecto *winner takes-it-all*, y las otras características

5. No vamos a entrar a fondo en cada uno de estos aspectos, porque ahora lo que nos interesa resaltar es la novedad de estos modelos de negocio, la enorme diferencia cuantitativa y cualitativa con las técnicas “clásicas” de obtención y fidelización de clientela de hace unas décadas. En muchos sectores ideas que ahora nos parecen relativamente sencillas han supuesto una revolución en la forma de prestar los servicios, y basta pensar para ello en cómo ha cambiado el sector del alquiler turístico vacacional, de la contratación de viajes y estancias, de los servicios de transporte de viajeros, o de los servicios de mensajería o de transporte de comida. También podemos pensar en lo difícil que resultaría para cualquier empresa entrar con ese mismo modelo de negocio en uno de esos sectores. La economía de plataformas tiene unas características propias de innovación, importancia de la “economía de datos” y concentración que configuran una nueva forma de hacer negocio. Y para esa economía las figuras originales de los operadores de la sociedad de la información creadas hace más de dos décadas posiblemente ya no resulten adecuadas, como vamos a defender en ciertos aspectos en este trabajo.

## 2. La categoría de “plataforma digital”

6. Antes de continuar con la parte central de esta aportación nos parece importante intentar aclarar cuál es el concepto de “plataforma”, porque muchas veces se utiliza este término sin especificar a qué se está refiriendo, a cualquier tipo de página web, a las plataformas de la economía colaborativa, a los alojadores de datos, a webs que ofrecen servicios de intermediación, etc. En la legislación comunitaria, que últimamente se ha preocupado mucho de regular ciertos aspectos de actuación de las plataformas, no se ha operado con una terminología única, ni con un concepto concreto, y esto no hace sino introducir más imprecisión en esta materia.

7. En las primeras aproximaciones a esta materia se propuso un concepto próximo a la idea de las plataformas de mediación de dos lados mencionadas en el epígrafe anterior. Así, en una Consulta pública realizada en 2015 se partía de una categoría de *online platform* como “an undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups. Certain platforms also qualify as Intermediary service providers”<sup>7</sup>. Era un concepto muy amplio, que cubría no solo *marketplaces* sino también redes sociales, buscadores, etc., siendo lo relevante el permitir interacción entre dos grupos de agentes y la “creación de valor”.

8. En la reforma operada en el derecho del consumo por la Directiva 2019/2161 se incluyó una definición de “mercado en línea” en el artículo 2.17) de la Directiva 2011/83/UE, conforme al cual: “«mercado en línea»: un servicio que emplea programas («software»), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el comerciante o por cuenta de este, que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores”. Obviamente esta definición se utiliza a efectos de las ventas a distancia a consumidores en mercados en línea, y se refiere a una categoría específica de plataformas, sin usar este término. Una aproximación parecida se realiza en el Reglamento 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, que utiliza el término “servicio de intermediación en línea”<sup>8</sup>.

---

novedosas de estos mercados véanse ROCHET – TIROLE, *op. cit.*, pp. 995 y ss.; E. CRISTINA TUDOR, “Los retos del derecho de la competencia en la economía de plataformas”, en A. MARTÍNEZ NADAL (dra.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 151-156; M. P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, “El reto regulatorio de una economía basada en plataformas digitales”, *La Ley mercantil*, núm. 99, 2023. Específicamente sobre los grandes “conglomerados digitales” véase últimamente C. HERRERO SUÁREZ, “Los nuevos conglomerados digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16 núm. 2, 2024, pp. 958-961.

<sup>7</sup> Véase *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, concretamente el documento alojado en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/consultations/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud-computing>, p. 5.

<sup>8</sup> Art. 2.2) Reglamento 2019/2020: “«servicios de intermediación en línea»: los servicios que cumplen todos los requisitos siguientes: a) constituyen servicios de la sociedad de la información [...]; b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer

9. Esta idea de webs que permiten interacción entre dos grupos de personas o la celebración de contratos se abandona, en cambio, en los dos Reglamentos recientes que conciben las plataformas más bien como alojadores de datos, sin prejuzgar la funcionalidad que tiene ese alojamiento. Así, el Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre, de mercado único de Servicios Digitales (en adelante, DSA por el nombre común en inglés “*Digital Services Act*”), establece el régimen de los servicios intermediarios en la sociedad de la información, y dentro del mismo una materia de especial importancia para nuestro tema, como es la exención de responsabilidad por los contenidos que se difunden a través de o se alojan en esos servicios intermediarios. En su artículo 3.i) caracteriza la “plataforma en línea” como un “servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público”. Por lo tanto, las “plataformas” parecen limitarse a las webs que almacenan y difunden datos, a las que prestan el servicio de “alojamiento de datos”, mientras que otras páginas que también realizan funciones auxiliares o intermediarias como los motores de búsqueda se caracterizan de forma específica<sup>9</sup>. El Reglamento en varias partes del articulado expresa que las plataformas en línea son una especie dentro de la categoría “prestadores de servicios de alojamiento” (p.ej., Sección 2 del Capítulo III, “Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea”, frente a la Sección 3, que establece únicamente disposiciones aplicables a plataformas), pero no aclara cuáles de esos prestadores no son plataformas.

10. Por su parte el Reglamento (UE) 2022/1925, de 24 de septiembre, de mercados disputables y equitativos en el sector digital (en adelante DMA, por las siglas en inglés de *Digital Markets Act*), regula cuestiones de competencia para las grandes plataformas que constituyen “guardianes de acceso” (*gatekeepers*) para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales. Esta norma, curiosamente, no usa el término “plataformas en línea” sino el de “servicio básico de plataforma”, que engloba a servicios de intermediación en línea, motores de búsqueda en línea, servicios de redes sociales en línea, servicios de plataforma de intercambio de vídeos, servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, sistemas operativos, navegadores web, asistentes virtuales, servicios de computación en la nube, y servicios de publicidad en línea (art. 2.2 DMA). Como se aprecia, es un enfoque muy diferente, porque no se refiere únicamente a alojadores de información, sino a todo tipo de servicios intermediarios y a otros servicios auxiliares que, eso sí, son distintos a las páginas web que una empresa utilice para vender o promocionar sus propios productos.

11. Lo que los recientes Reglamentos citados no hacen es establecer qué modelo de negocio caracteriza a las plataformas. La amplitud es más clara aún en la *Digital Markets Act*, pero limitándonos a las plataformas alojadoras de datos de la *Digital Services Act*, éstas pueden tener muy distintas finalidades y estructuras: desde los *marketplaces* que alojan ofertas de terceros dirigidas al público en general, hasta redes sociales que recogen y difunden publicidad de terceros y comentarios y noticias de usuarios, pasando por motores de búsqueda, comparadores o agregadores de información. Esto es muy relevante porque, a menudo, el modelo de negocio de la “plataforma” engloba toda una serie de prestaciones que alejan a ese sujeto de ser un simple, ni siquiera principalmente, “alojador” de datos, para pasar a ser justamente una estructura negocial que incluye, pero únicamente como algo accesorio y necesario para cumplir sus fines, el alojamiento de datos.

12. El enfoque cambia en un instrumento de *soft law* que podemos tomar en cuenta porque ha sido elaborado por expertos en la materia y con referencia específica a la integración legal en el ámbito

---

bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia; c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores”.

<sup>9</sup> Crítico con esta calificación como meros alojadores C. CAMACHO PEREIRA, “Reflexiones a la luz de los requisitos específicos de información exigidos al proveedor del mercado en línea en la contratación con consumidores”, en A. MARTÍNEZ NADAL (dra.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 745, por no hacer referencia al carácter de intermediaria en la contratación.

europeo. Se trata de las *Model Rules on Online Platforms* elaboradas por el *European Law Institute* (en adelante, *Model Rules* del ELI)<sup>10</sup>. Este Instituto ha confeccionado unas Reglas para plataformas que median en la celebración de negocios, y centrándose más en las relaciones entre los operadores de plataformas y los usuarios de las mismas, con especial referencia a la posible responsabilidad de la plataforma ante el usuario<sup>11</sup>. Pues bien, en las *Model Rules* no se caracteriza a las plataformas por su condición de alojadores, sino fijándose en el modelo de negocio o en la función que cumple la plataforma entre proveedores de bienes y servicios y usuarios de la plataforma. Para las *Model Rules* “plataforma” es un servicio de la sociedad de la información que proporciona uno o más de los siguientes servicios: permitir la contratación entre proveedores y usuarios dentro de un entorno digital controlado por el operador de la plataforma; permitir que los proveedores realicen anuncios que luego sean utilizados por los clientes para concluir un contrato fuera de la plataforma; ofrecer comparaciones u otros servicios de asesoramiento para dirigir a los clientes a las web o contactos de los proveedores; y permitir a los usuarios proporcionar reseñas sobre los proveedores, a través de un sistema de reputación. En definitiva, el ámbito de aplicación de las *Model Rules* se ciñe a las webs que permiten o facilitan la contratación de bienes o servicios entre proveedores y clientes, dejando fuera otros modelos operativos de plataformas como los buscadores o las redes sociales. Quizás hubiera sido más preciso calificar de algún modo a estas plataformas mediadoras en la celebración de negocios, y no presentar las reglas como relativas a todas las *Online Platforms*, pero queda claro que es un instrumento de *soft law* para ciertas plataformas, que por otra parte son las que más problemáticas plantean en cuanto a la posible responsabilidad del operador de la plataforma por los bienes o servicios contratados (en los motores de búsqueda o en las redes sociales una posible responsabilidad operaría por unas vías completamente distintas a las aplicadas para estos mediadores de negocio).

**13.** La imprecisión acerca de qué entender por plataforma resulta, por lo tanto, exasperante, porque en ciertos documentos se refieren a las webs de dos lados que facilitan la celebración de negocios, mientras que otros se ciñen a los alojadores de datos (que no siempre tienen esa función facilitadora de la negociación). En este “río revuelto” de conceptos ha venido a añadir aún más confusión el surgimiento de las “plataformas de economía colaborativa”, que para cierta doctrina son el único tipo de web al que denominan plataforma, y que inicialmente se referían a nuevas formas de compartir el uso de bienes o servicios entre consumidores de forma casi altruista, pero luego han derivado a modelos de negocio muy diversos y más próximos a la economía capitalista clásica<sup>12</sup>. No vamos a entrar ahora en estas cuestiones porque no hacen sino oscurecer aún más el panorama, y por lo tanto a lo largo de este trabajo no utilizaremos ni el término ni las categorías de la “economía colaborativa”.

**14.** En cualquier caso, y tras esta breve exposición de cuál pueda ser la categoría “plataforma”, queremos señalar que esta imprecisión no debe afectar demasiado al tema de nuestro estudio, porque vamos a referirnos fundamentalmente a las plataformas que facilitan la negociación entre proveedores de bienes o servicios, por un lado, y clientes, de otro, que son las que más problemas plantean en cuanto al cumplimiento de obligaciones. De esta forma partimos fundamentalmente de una categoría de “platafor-

<sup>10</sup> El documento que recoge las *Model Rules* y los comentarios de los autores de las mismas (en adelante, Documento *Model Rules*) puede consultarse en <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-model-rules-on-online-platforms/>

<sup>11</sup> Como expresa el Documento *Model Rules*, pág. 23, las Reglas buscan mejorar la posición de los usuarios de las plataformas en dos aspectos: mejorar la calidad de la información sobre los bienes y servicios, y hacer responsable en determinados casos al operador de la plataforma de la calidad de tales bienes o servicios; y evitar que la plataforma abuse de la ventaja que tiene debido a su posición central entre proveedores y clientes en detrimento de sus usuarios, en particular de los proveedores.

<sup>12</sup> Sobre la evolución de estos conceptos y la imprecisión actual de los mismos véase M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. (1) Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber”, *La Ley Mercantil*, núm. 50, 2018, pp. 2-4 versión electrónica; I. GONZÁLEZ CABRERA, “La economía colaborativa: del intercambio entre pares a una nueva economía de mercado”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 309, 2018; TORRENT – SELLENS, *op. cit.*, pp. 58-59; y últimamente M. J. MORILLAS JARILLO, «Economía colaborativa y ánimo de lucro: deshojando la margarita», en M. V. PETIT LAVALL – A. PUETZ, Achim (drs.), *Transporte, competencia y nuevas tecnologías*, Marcial Pons, Madrid, 2022, págs. 137-172.

mas” que combina los enfoques de la *Digital Services Act* y de las *Model Rules*, un servicio que consiste en el alojamiento de datos de terceros (enfoque de la *Digital Services Act*) que gracias a una serie de funciones complementarias de alguna forma permite o facilita la contratación de bienes o servicios (enfoque de las *Model Rules*)<sup>13</sup>. Por lo tanto, a partir de ahora nos referimos a ese tipo de plataformas alojadoras que facilitan la negociación, sin presuponer que “plataforma” suponga un concepto jurídico único o preciso. Otras webs que desarrollan modelos distintos quedan fuera de este estudio. Por otra parte, utilizaremos el término para referirnos tanto a la “plataforma” en sí, como sistema tecnológico que combina una serie de contratos y de funciones complementarias, cuanto al “operador de la plataforma”, que será la persona jurídica titular de esa estructura tecnológica. En particular, cuando nos refiramos a la responsabilidad de la plataforma, obviamente queremos significar una responsabilidad del operador de la plataforma.

15. En la regulación inicial del llamado “comercio electrónico”, realizada por la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio (Directiva de aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, en adelante DCE), los actores principales del comercio electrónico eran las páginas web de los oferentes de productos y servicios, y las plataformas eran intermediarios que alojaban sus datos. Pero en la economía actual de plataformas los actores principales son tales plataformas que han creado nuevos modelos de negocio, y que están condicionando las formas de actuación tanto de los profesionales que ofertan productos y servicios *online* como de los usuarios digitales. En algunos sectores los oferentes sí operan buena parte de su negocio de venta *online* a través de sus propias webs, pero en otros muchos tienen que canalizar la información y la contratación a través de esas plataformas que de hecho dominan la contratación masiva en ese ámbito. Ese cambio de forma de operar es el que justifica, igualmente, un cambio en las soluciones jurídicas que se apliquen en cuanto al régimen jurídico de las plataformas. A continuación se expondrá cuál ha sido el planteamiento ante la actuación de esos operadores en las dos primeras décadas de este siglo (*sub II*), y cómo podría cambiar debido a la evolución que venimos señalando (más adelante *sub III*).

## II. Las plataformas digitales como prestadoras de “servicios intermediarios” de la sociedad de la información

### 1. La figura de los “servicios intermediarios” de la sociedad de la información

16. La categoría “servicio de la sociedad de la información” se acuñó inicialmente en la Directiva 98/34/CE, de 22 de junio de 1998, definiéndola por las tres notas de servicio a distancia, por vía electrónica, y a petición individual de un destinatario de servicios<sup>14</sup>. Pues bien, la Directiva de Comercio Electrónico parte de ese concepto, pero dentro de la categoría distingue a los servicios de mera transmisión, de memoria tampón y de alojamiento de datos para establecer un régimen específico de exención de responsabilidad por los contenidos que transmiten o alojan. A estos tres tipos de servicios se les ha denominado comúnmente “servicios intermediarios de la sociedad de la información”: no son “principales” porque el titular ofrece “servicios intermediarios” que permiten la difusión (los de mera transmisión y los de memoria tampón) y el alojamiento de datos, para lograr una puesta a disposición de los datos a los clientes de los servicios principales. En esta función de mera puesta a disposición no influyen en ni modifican los contenidos que transmiten o alojan, y esto corrobora su actuación como simples servicios auxiliares para permitir técnicamente el acceso a los datos. Por eso, aunque los “servicios intermediarios” constituyen, en sí mismos, “servicios de la sociedad de la información”, actúan únicamente como algo intermediario y accesorio para poner a disposición de los usuarios la información de los proveedores que sí ofrecen bienes o servicios principales.

<sup>13</sup> En cambio la *Digital Markets Act* amplía el espectro de sujetos concernidos con la norma porque busca limitar la forma en que ciertas grandes plataformas de gran tamaño e importancia pueden influir en los usuarios de cada uno de los lados de la plataforma. Se trata de una norma pensada en clave de derecho de competencia, de las consecuencias de la posición de dominio de ciertos sujetos, y no en clave de régimen jurídico de esos sujetos.

<sup>14</sup> Actualmente el concepto se recoge en la Directiva 2015/1535, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, art. 1.1.b).

## 2. La exención de responsabilidad de los “alojadores de datos” en la Directiva de Comercio Electrónico y en la *Digital Services Act*

17. Una de las regulaciones más relevantes, y más aplicadas, de la Directiva de Comercio Electrónico ha sido la llamada “exención de responsabilidad” de los servicios alojadores de datos. La idea fundamental era que como el alojador únicamente guarda y da acceso a datos en los que él no influye, no responde de esos contenidos si son ilícitos *per se* o si suponen infracción de derechos de terceros. P.ej., un periódico que publica noticias y, además, permite comentarios de lectores, no responde de posibles comentarios ofensivos, porque no los ha redactado ni influido él; o un *marketplace* que aloja ofertas de bienes de terceros, no responde si esos bienes infringen los derechos del titular de una marca registrada, porque no realiza esa oferta ni modifica en nada los términos que ha introducido el oferente. Para que opere la exoneración, además, es preciso que el alojador no conozca que los datos son ilícitos, o que en cuanto tenga conocimiento de esa infracción de derechos actúe rápidamente para eliminar o impedir el acceso al contenido ilícito<sup>15</sup>. El régimen se completaba con la regla de inexistencia de una obligación general de supervisión de los datos que transmitan o almacenen, de forma que no se imponía a los alojadores una conducta activa para controlar la licitud de los datos a los que daban acceso<sup>16</sup>.

18. Este régimen estaba totalmente justificado porque el alojador de los datos no creaba los datos ilícitos ni modificaba su contenido, constituía un puro custodio instrumental para tener acceso a datos, y además no conocía tal carácter ilícito. Y en el mismo sentido se regulaba esta exención también para los servicios de transmisión o de memoria tampón (arts. 12 y 13 DCE), que de igual manera únicamente transmiten datos ajenos sin conocer su ilicitud ni modificarlos. De hecho el citado artículo 14.1 ha sido objeto de numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia, algunas de las cuales luego se exponen sintéticamente, que exoneraron a muchos alojadores tanto por comentarios ilícitos como por la promoción de mercancías que infringían derechos marcarios, si bien en ocasiones no con base en este precepto sino en otras normas de derecho marcario, de propiedad intelectual o de prestación de servicios.

19. El régimen no ha cambiado en lo central más de veinte años después en la *Digital Services Act*. Los artículos 4 a 6 de esta norma han derogado y sustituido a los 12 a 14 de la Directiva de Comercio Electrónico, pero manteniendo lo esencial de la regla (si bien añadiendo matices importantes). Así, el artículo 6 de este Reglamento establece actualmente que “Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar información facilitada por un destinatario del servicio, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de la información almacenada a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios: a) no tenga conocimiento efectivo de una

---

<sup>15</sup> Así, el apartado primero del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico especifica que “Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

Sobre el contenido y los diversos matices de esta regla pueden verse S. CAVANILLAS MÚGICA, “La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico”, en S. CAVANILLAS MÚGICA (dr.), *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007, pp. 1-39; J. M. BUSTO LAGO, “Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (SPS)”, en J. M. BUSTO LAGO – L. F. REGLERO CAMPOS (COORDS.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 597-747; J. RIORDAN, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford, Oxford University Press, 2016; E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en internet. ¿Puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1-2020, pp. 808-837; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Civitas, 2023, pp. 331-377; Á. GARCÍA VIDAL, “La exención de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico por infracciones de la propiedad industrial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16 núm. 2, 2024, pp. 699-711.

<sup>16</sup> Art. 15.1 DCE: “Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14”.

actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, o b) en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este”. Prácticamente con las mismas palabras se repiten las ideas de exoneración si no se conoce la ilicitud del contenido, y si se actúa prontamente cuando se alcance ese conocimiento o consciencia de la ilicitud.

**20.** Sin embargo los matices son importantes. Fundamentalmente, porque si bien se mantiene la inexistencia de una obligación de monitorización, se regulan de forma mucho más detallada diversos aspectos acerca de la diligencia en la retirada de contenidos cuando se advierte su posible ilicitud: actuación pronta cuando se reciban órdenes de actuación contra uno o varios elementos concretos de contenido ilícito, dictadas por las autoridades judiciales o administrativas nacionales pertinentes (art. 9); establecimiento de mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que considere contenidos ilícitos (art. 16.1); sistema interno eficaz de gestión de reclamaciones (art. 20); u otorgamiento de prioridad a las notificaciones enviadas por “alertadores fiables” (art. 22). Se articula así un sistema mucho más completo y complejo que puede facilitar a los terceros la actuación contra contenidos ilícitos. Además, se añaden otras obligaciones de comprobación que exigen un carácter más activo de la plataforma al alojar los datos (fundamentalmente véase la obligación de “trazabilidad” de los proveedores cuando la plataforma permite a consumidores celebrar contratos con comerciantes, de forma que la plataforma debe comprobar la identidad y constitución legal de los proveedores; debe exigir una certificación del propio proveedor por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión; y además la plataforma debe realizar indagaciones acerca de si esa información es veraz y completa, art. 30 DSA)<sup>17</sup>.

**21.** Por ende, si bien se mantiene la idea central de que los alojadores no responden por contenidos ilícitos cuando no conocen tal ilicitud, también se mantiene una regla y se añade otra que son importantes. La que se mantiene es que la exoneración “no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios” (art. 6.2 DSA, regla ya existente en el art. 14.2 DCE). Y la que se añade es que igualmente no opera la exención de responsabilidad en las plataformas B2C que puedan inducir a un consumidor medio a creer que la información, producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporciona por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control<sup>18</sup>. Esto introduce ya la idea de que el régimen sólo se

<sup>17</sup> Sobre este nuevo enfoque véase DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado ... cit.*, p. 374 y, del mismo autor, «Mercados en línea e infracción de marcas: extensión de la responsabilidad de las plataformas», *La Ley Unión Europea*, núm. 111, febrero 2023, p. 6 versión electrónica; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2-2021, pp. 412-415; A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Cambios normativos en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de intermediación”, en A. MARTÍNEZ NADAL (dra), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 31-35; F. CARBAJO CASCÓN, «Las plataformas digitales ante la distribución de mercancías y el suministro de contenidos digitales ilícitos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 30, 2022, p. 17 versión electrónica; M. BARRIO ANDRÉS, “El Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE: su sentido”, en J. J. CASTELLÓ PASTOR (dr.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 31-36; y en esta misma obra colectiva C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “El régimen de responsabilidad de las plataformas *online* en la DSA ante contenidos ilícitos lesivos de derechos fundamentales: evolución de la figura de puerto seguro”, pp. 86-91, y J. J. CASTELLÓ PASTOR, “Interrelación del Reglamento (UE) de servicios digitales con el Reglamento Platform to Business (P2B): el necesario contrapeso de la Unión Europea al poder de las plataformas en línea”, pp. 361-397; GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, pp. 707-711.

<sup>18</sup> Art. 6.3 DSA: “El apartado 1 no se aplicará con respecto a la responsabilidad, en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control”. Sobre esta regla véase CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, p. 755; M. T. RODRÍGUEZ

aplica a “alojadores puros”, a servicios de alojamiento que no controlen a los usuarios (en este caso, a los proveedores de bienes y servicios) o que no añadan otras características que pueden hacer creer al consumidor que en vez de alojadores son -en este caso- comercializadores. Así se está reflejando, en cierta forma, la jurisprudencia de dos décadas que ha ido poniendo de manifiesto que servicios añadidos al puro alojamiento pueden desnaturalizar la posición del alojador de datos como puro intermediario neutro<sup>19</sup>. Con eso ni se matiza ni se contradice la regla general, únicamente se explicita o corrobora que rige para puro alojamiento de datos. Sobre estas reglas volveremos más adelante (*sub* apartado III.2).

### 3. La exención de responsabilidad de los “servicios intermediarios” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

22. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en muchas ocasiones acerca de la actuación de los alojadores de datos cuando comercializan mercancías que son de marca falsa, o bien mercancías cuyo derecho de marca no está agotado (mercancías no comercializadas por primera vez en la Unión Europea). En la mayoría de los supuestos se trata de cuestiones prejudiciales planteadas con base en la normativa de marcas, por lo que si bien resultan de interés para nuestro tema, no se refieren específicamente al supuesto que justifica ahora este trabajo. En algunos casos, junto a la normativa marcaria se plantea la pregunta también con base en las normas de exención de los alojadores de datos de la Directiva de Comercio Electrónico, y a estas decisiones nos vamos a referir concretamente.

23. Como regla general, lo que tiene declarado el Tribunal de Justicia es que para que opere la excepción “es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena”<sup>20</sup>. Si el alojador únicamente recopila datos y los pone a disposición de los usuarios sin añadir absolutamente nada, actúa de forma neutra (y si además no conoce que existe alguna ilicitud, queda exonerado). En la medida en que realice alguna labor más, puede dejar de tener ese papel puramente neutro<sup>21</sup>. Por eso en la misma Sentencia en que formuló esa frase el Tribunal

DE LAS HERAS BALLEL, “La fórmula de la DSA para resolver el «dilema de la responsabilidad de las plataformas: un equilibrio entre continuidad e innovación”, en E. HERNÁNDEZ SÁINZ – L. C. MATE SATUÉ – M. T. ALONSO PÉREZ (dras.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 42-44.

<sup>19</sup> En este mismo sentido, hay que resaltar que la categoría “plataforma en línea” de la DSA se refiere a servicios de alojamiento de datos “salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento” (art. 3.i DSA). Una alojadora de datos en la que tal alojamiento sea una característica menor de otra (como, en nuestro caso, un medio para la celebración de negocios) deja de ser plataforma en línea, y de regirse por el señalado sistema de exención de responsabilidad.

<sup>20</sup> STJUE 23 de marzo de 2010, Google France y Google, C-236/08 a C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (en adelante STJUE Google France y Google), apartado 114. En el supuesto de hecho de esta cuestión prejudicial tres empresas (la de productos de marroquinería Vuitton, una agencia de viajes, y una agencia matrimonial) habían demandado a Google en tres pleitos distintos por permitir que imitadores de productos (en el caso de Vuitton) o competidores (en los otros dos supuestos) utilizaran como “palabras clave” las marcas de los demandantes para aparecer en los resultados de búsqueda de Google. Junto al tema marcario, una tercera pregunta cuestionaba sobre el alcance de la exoneración de responsabilidad del art. 14 DCE. El Tribunal declaró a este respecto que “debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

Este criterio ya se recogía en el Considerando 42 de la Directiva de comercio electrónico. “Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.

<sup>21</sup> Resaltan específicamente esta necesidad de una actuación pasiva o neutra para acogerse a la exención de responsabilidad, remarcando que eso rara vez se produce en la economía actual de plataformas, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *El régimen*

añadió unas precisiones interesantes. La cuestión fundamental se ceñía al sistema de referenciación *Ad-words* del buscador de *Google*, que permitía a los oferentes de productos seleccionar como palabras clave marcas conocidas, de forma que al teclear esa marca concreta en el buscador el primer resultado fuera el de los oferentes de productos falsos o con derechos no agotados. El Tribunal consideró que la mera circunstancia de que el servicio de referenciación fuera remunerado, de que *Google* fijara las formas de remuneración o, incluso, de que diera información general a sus clientes no podía implicar que se excluyera a *Google* de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31. De igual modo, la concordancia de la palabra clave seleccionada y del término de búsqueda introducido por un internauta no bastaba por sí mismo para que se considerara que *Google* tenía conocimiento o control de los datos introducidos en su sistema por los anunciantes y grabados en su servidor. Sin embargo, sí era pertinente “el papel que desempeña *Google* en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave”, debiendo ser el órgano nacional el que determinara si en esa labor mantenía ese carácter neutro señalado<sup>22</sup>. Por lo tanto, obviamente el Tribunal de Justicia no podía dar solución a ese tema de si *Google* desarrollaba en ese caso concreto un comportamiento “meramente técnico, automático y pasivo”, porque eso era competencia de los tribunales que planteaba la cuestión prejudicial, pero sí apuntaba que el mensaje promocional o la forma de seleccionar las palabras clave podía alejar ese carácter neutro, y que no operara la exención de responsabilidad.

24. Algo parecido sucedió en el otro caso en que se planteó directamente la interpretación del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico, el resuelto por la Sentencia *L’Oreal*<sup>23</sup>. El Tribunal de Justicia entendió que si el operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas<sup>24</sup>. Por supuesto la decisión final se remitía igualmente al tribunal nacional, pero es claro el criterio de que algo que exceda del puro almacenamiento mecánico de datos puede alejar la exoneración de responsabilidad.

25. Los artículos 14 de la Directiva de Comercio Electrónico o 6 de la *Digital Services Act* exoneran si el operador no tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos, y respecto de tal conocimiento el Tribunal ha establecido que corresponde al órgano jurisdiccional remitente analizar si la plataforma alojadora ha tenido, en relación con las ofertas de venta en cuestión y en la medida en que éstas han redundado en perjuicio de las marcas de la demandante, “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”. A este último respecto, para

---

*jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 147; P. MÁRQUEZ LOBILLO, “Prestadores de servicios de intermediación. Algunas especialidades de su estatuto jurídico”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 88, 2007, pp. 9 y ss.; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 312-321; FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, *op. cit.*, pp. 39-42; CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pp. 15-16 versión electrónica; R. C. ROSINO CALLE, “La protección de marcas en las plataformas «híbridas» de comercio electrónico”, *Derecho Digital e Innovación*, núm. 15, 2023; I. ANTÓN JUÁREZ, «Louboutin vs. Amazon. ¿Un litigio más sobre la responsabilidad de las plataformas digitales en el uso de una marca? Comentario de la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2002, asuntos C-148/21 y C-184/21», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2-2023, pp. 1024-1028; P. DE ARTIÑANO MARRA, “El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno”, *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, núm. 276, enero 2024, p. 45.

<sup>22</sup> STJUE *Google France y Google*, apartados 115 a 119.

<sup>23</sup> STJUE 12 de julio de 2011, *L’Oreal y otros*, C-324/09, ECLI:EU:2011:474 (en adelante, *STJUE L’Oreal*). La cuestión se planteó porque varios empresarios ofertaban en la plataforma *eBay* bien “muestras” de productos de *L’Oreal* no destinadas a la venta, bien productos de *L’Oreal* no comercializados por la marca en el Espacio Económico Europeo, bien productos falsos con marcas de *L’Oreal*, bien productos de *L’Oreal* sin embalaje.

<sup>24</sup> STJUE *L’Oreal*, apartados 114 a 117: «114. Del expediente y de la descripción contenida en los anteriores apartados 28 a 31 se desprende que *eBay* realiza un tratamiento de los datos introducidos por sus clientes vendedores. Las ventas a las que pueden dar lugar estas ofertas se ajustan a las condiciones establecidas por *eBay*. En su caso, *eBay* también presta asistencia para optimizar o promover determinadas ofertas de venta. [...] 116. Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas».

que se le niegue al prestador de un servicio de la sociedad de la información la posibilidad de acogerse a la exención de responsabilidad basta con que haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito y actuar de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico<sup>25</sup>. Por lo tanto, la conducta mecánica o neutra en cierta forma hace presumir la falta de conocimiento; pero no es suficiente, porque si bien no existe una obligación de control previo absoluto, es preciso que no haya hechos o circunstancias que puedan hacer deducir el carácter ilícito (como podrían ser denuncias de terceros afectados, circunstancias del anunciante que puedan hacer desconfiar de la licitud del género, etc.).

**26.** Por último, cabe hacer referencia a una última decisión del Tribunal de Justicia, la recaída en el caso *Louboutin vs. Amazon*<sup>26</sup>. El supuesto de hecho consistía en la presencia en la web de Amazon de ofertas de zapatos de la marca Louboutin vendidos por proveedores ajenos a Amazon, y comercializados sin el consentimiento de Louboutin. En este litigio, fundamentalmente, el Tribunal de Justicia consideró que ciertas actuaciones de Amazon al reflejar las ofertas en su web, tales como “combinar” las ofertas de otros proveedores y las de productos propios con rótulos como “los diez más vendidos”, realizar una presentación uniforme de todos los productos (los de su titularidad, y los de proveedores que ofertaban en el *marketplace*), ocuparse del envío, etc., podía hacer que un usuario normalmente informado y razonablemente atento estableciera un vínculo entre los servicios de Amazon y la marca de los productos vendidos por otros<sup>27</sup>. Aunque la cuestión prejudicial se planteó con base en preceptos de Derecho marcario, el propio Tribunal de Justicia citó el artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico como norma dentro del “Marco jurídico”, y señaló en el Apartado 37 que el papel de la plataforma también podría examinarse con arreglo a esa norma o a la Directiva 2004/48 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual<sup>28</sup>. Como se aprecia, se trataría de una aplicación de la idea de la “actuación neutra”, Amazon no respondería si únicamente hubiera alojado la oferta de zapatos falsos, pero al tratar los datos y conjuntarlos con los suyos no podría acogerse a la exención de responsabilidad.

**27.** La regla de los artículos 14 de la Directiva de Comercio Electrónico y 6 de la *Digital Services Act* únicamente supone una exoneración de posibles contenidos ilícitos mostrados en una web de alojamiento (comentarios ofensivos ilícitos, comercialización de productos falsos, etc.). Aunque el hecho ilícito lo realiza un tercero, el alojador puede ser corresponsable si conocía tal ilicitud y no ha actuado con prontitud para eliminar el acceso. La jurisprudencia ha remarcado la idea de la actuación neutra, técnica, automática y pasiva para explicar que únicamente el intermediario que no añada nada relevante

<sup>25</sup> STJUE L’Oreal, apartado 120.

<sup>26</sup> STJUE 22 de diciembre de 2022, *Louboutin*, C-148/21 y C-184/21, ECLI:EU:C:2022:1016 (en adelante, STJUE *Louboutin*).

<sup>27</sup> Parte dispositiva STJUE *Louboutin*, “puede considerarse que el operador de un sitio de Internet de venta en línea que integra, además de sus propias ofertas de venta, un mercado electrónico utiliza él mismo un signo idéntico a una marca de la Unión ajena, para productos idénticos a aquellos para los que está registrada la marca, cuando terceros vendedores ofrecen para su venta en dicho mercado, sin el consentimiento del titular de la marca, tales productos provistos de ese signo, si un usuario normalmente informado y razonablemente atento de ese sitio establece un vínculo entre los servicios de ese operador y el signo en cuestión, lo que ocurre, en particular, cuando, habida cuenta de todos los elementos que caracterizan la situación, ese usuario podría tener la impresión de que es ese operador quien comercializa, él mismo, en su propio nombre y por cuenta propia, los productos provistos de ese signo. Es pertinente a este respecto que dicho operador utilice un modo de presentación uniforme de las ofertas publicadas en su sitio de Internet, mostrando al mismo tiempo los anuncios de los productos que vende en su nombre y por cuenta propia y los de los productos ofrecidos por terceros vendedores en dicho mercado, que incluya su propio logotipo de distribuidor de renombre en todos esos anuncios y que ofrezca a los terceros vendedores, en el marco de la comercialización de los productos provistos del signo en cuestión, servicios complementarios consistentes, en particular, en el almacenamiento y el envío de dichos productos”.

Sobre lo que supone esta Sentencia al fijar criterios más exigentes y más protectores tanto respecto de los titulares de marcas como respecto de los consumidores véase ANTÓN JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 1016-1027

<sup>28</sup> Señalan también esta posible aplicación del criterio del Tribunal al ámbito de la regla del art. 14 DCE DE MIGUEL ASENSIO, «Mercados en línea ... cit.», p. 5 versión electrónica; A. ASENSI MERÁS, “Los asuntos *Louboutin* contra Amazon (c-148/21 y c-184/21) y la responsabilidad directa de los intermediarios de internet por infracción del derecho de marcas en la Unión Europea”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 43, 2023, p. 401.

al simple alojamiento puede acogerse a la exoneración. Como regla de exoneración, no regula de qué y cómo se responde cuando no opera tal exoneración, porque dependerá del ilícito concreto cometido en cada caso y, como luego veremos, de cada derecho nacional. La aplicación práctica de este régimen muestra que en realidad el intermediario alojador que añade un tratamiento relevante de los datos deja de ser intermediario y de beneficiarse del régimen lógico de los mismos, para convertirse en una web de otro tipo que se registrará por sus reglas específicas.

### III. Las plataformas que crean mercados como “falsas plataformas intermediarias” y responsables de los productos o servicios que ofrecen

#### 1. Las plataformas que crean mercados no deben ser consideradas como simples intermediarios

##### A) *La jurisprudencia relativa a los “falsos intermediarios”*

28. Aparte del tema de los “puertos seguros” de la exención de responsabilidad, la figura de los “servicios intermediarios” en Internet ha sido objeto de muchas resoluciones judiciales por una cuestión que guarda gran paralelismo con aquella. Se trata de en qué medida un intermediario que aloja datos y los pone a disposición de los usuarios, si además añade otras prestaciones al usuario desnaturaliza su condición y deja de ser un simple intermediario. El problema tratado en estos casos no es su posible responsabilidad por alojar contenidos ilícitos, sino el estatus de esa página web a efectos administrativos o laborales. En los casos de *Uber*, *TaxiApp* o *Airbnb*, por ejemplo, la cuestión es si la plataforma era un simple intermediario entre proveedores y usuarios, o más bien un prestador del servicio principal (de transporte de viajeros, o de alojamiento de personas), que por ello debería cumplir los requisitos administrativos correspondientes (licencias de taxi, licencias de alojamiento, etc.). En cambio en los casos de *Glovo* o *Yodel*, por tomar otro ejemplo, la problemática era laboral, si la plataforma únicamente alojaba de datos de transportistas de mercancías a los que ponía en contacto con sus clientes, o si la plataforma actuaba realmente como empleador de los transportistas porque determinaba la forma de realizar el transporte. Lo importante en cada supuesto concreto es, de forma parecida a lo expuesto en el epígrafe anterior, determinar si el alojador de datos únicamente realiza la función de guardar datos y ponerlos a disposición del público, o si añade otras funciones que modifican ese simple carácter de intermediario, y hacen que en realidad esté prestando un servicio material de suministro de bienes o de servicios<sup>29</sup>. La cuestión se han planteado desde los inicios del comercio electrónico, y ya la Comisión Europea había propuesto criterios al respecto<sup>30</sup>. No es casualidad que en todos los litigios las plataformas alegaran que actuaban únicamente como alojadores, para así evitar la aplicación de normas administrativas o laborales concretas, de forma que podríamos calificar que cuando no se les dio la razón, se les vino a calificar de “falsas plataformas intermediarias”, porque se autocalificaban como plataformas alojadoras, pero respondían a otra figura.

<sup>29</sup> Como se afirmó en la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (STJUE Airbnb Ireland, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112, en adelante STJUE Airbnb), apartado 50, “el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien un servicio de intermediación que cumpla todos esos requisitos constituye, en principio, un servicio distinto del servicio subsiguiente al que está vinculado y, por consiguiente, debe calificarse de «servicio de la sociedad de la información», no ocurre así en el supuesto de que ese servicio de intermediación forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica”.

<sup>30</sup> En efecto, la Comisión en su Comunicación *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* de 2 de junio 2016, COM(2016) 356 final, ya había establecido tres criterios para considerar que una plataforma prestaba el servicio subyacente, y no actuaba como intermediaria: fijación del precio, fijación de otros términos y condiciones que determinen la relación contractual con el usuario, y propiedad de activos clave. Además consideraba otras circunstancias que podían indicar una influencia, como el dato de que la plataforma sufragara los gastos de prestación de los servicios subyacentes, o de que existiera una relación laboral entre los prestadores de los servicios subyacentes y la plataforma digital. En cambio, valoraba que ofrecer ciertos servicios complementarios, como medios de pago, o servicios de reseña, no suponía tal influencia. Como enseguida se verá, en parte estos criterios han sido asumidos por el Tribunal de Justicia y por la doctrina. Sobre los criterios de la Comunicación véase MIRANDA SERRANO, *op. cit.*, pp. 7-8 versión electrónica.

**29.** En el primer grupo de casos cada supuesto de hecho generó soluciones distintas, porque todo depende de qué servicios se añaden al alojamiento y de su relevancia funcional dentro del sistema que se crea. En el supuesto de *Uber* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó dos Sentencias de signo coincidente<sup>31</sup>. *Uber* alegaba que únicamente ponía en contacto a chóferes de vehículos privados con usuarios del transporte de viajeros, de forma que la plataforma era una simple mediadora entre proveedores de servicios y clientes, y quedaba cubierta por la libre prestación de servicios<sup>32</sup>. En los hechos dados por acreditados por los tribunales que plantearon la cuestión prejudicial los más relevantes eran que *Uber* establecía al menos el precio máximo de la carrera, que recibía este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo, y que ejercía cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores. Esto llevó al Tribunal de Justicia a considerar que *Uber* no solo intermediaba, sino que creaba al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, proporcionaba una aplicación sin la cual los conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte, y además ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación. Por todo ello determinó que el servicio de intermediación de *Uber* estaba indisolublemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, había de calificarse de “servicio en el ámbito de los transportes”<sup>33</sup>. En cambio, en el supuesto de *TaxiApp* quedó acreditado que la plataforma cobraba una tarifa mensual a los taxistas, pero únicamente mostraba al cliente una lista de posibles taxistas, y era el cliente el que los contrataba directamente, basándose en su caso en los comentarios y calificaciones atribuidos anteriormente por otros clientes. La plataforma *Star Taxi App* no transmitía las solicitudes de taxi, no fijaba el precio de la carrera ni lo percibía de los clientes, que lo pagaban directamente al conductor del taxi, y tampoco ejercía control sobre la calidad de los vehículos o de sus conductores, ni sobre el comportamiento de estos últimos<sup>34</sup>. Por eso dicha plataforma únicamente ofertaba un servicio intermediario de la sociedad de la información, y no un servicio de transporte.

**30.** Pasando al ámbito del alojamiento, la plataforma *Airbnb* ponía en contacto a arrendadores que ofrecían servicios de alojamiento de corta duración con potenciales arrendatarios. La plataforma ofrecía a los arrendadores una plantilla que definía el contenido de la oferta, un servicio opcional de fotografía del inmueble que se arrienda, un sistema de evaluación de los arrendadores y los arrendatarios accesible para los futuros arrendadores y arrendatarios, una garantía por daños, y con carácter opcional

<sup>31</sup> SSTJUE de 20 de diciembre de 2017 (STJUE Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981, en adelante STJUE *Uber I*) y 10 de abril de 2018 (STJUE *Uber France*, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221, en adelante STJUE *Uber II*).

<sup>32</sup> Concretamente, el art. 56 TFUE establece la libre prestación de servicios como regla general, pero el art. 58 TFUE establece que en materia de transportes, la prestación de los servicios se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes.

<sup>33</sup> STJUE *Uber I*, apartados 38 a 40: “38. En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano.

39. A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de *Uber* se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, *Uber* ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. [...].

40. Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», [...].”

<sup>34</sup> STJUE de 3 de diciembre de 2020, *Star Taxi App*, C-62/19, ECLI:EU:C:2020:980 (en adelante STJUE *Taxi APP*), parte dispositiva: “El artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, [...], debe interpretarse en el sentido de que constituye un «servicio de la sociedad de la información», con arreglo a dichas disposiciones, un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes y a cambio de una remuneración, a personas que desean efectuar un desplazamiento urbano y a conductores de taxi autorizados, cuyo prestador ha celebrado al efecto contratos de prestación de servicios con esos conductores a cambio del pago de un abono mensual, pero no les transmite las solicitudes de taxi, no fija el precio de la carrera ni lo percibe de esas personas, que lo pagan directamente al conductor del taxi, y tampoco ejerce control sobre la calidad de los vehículos o de sus conductores, ni sobre el comportamiento de estos últimos”.

un seguro de responsabilidad civil. Además, la plataforma instrumentaba el pago, de forma que el arrendatario pagaba el precio a Airbnb Payments, más una comisión; y ésta transfería el precio al arrendador una vez que el arrendatario había entrado en el piso y daba su conformidad a la recepción. Con estos mimbres, el Tribunal de Justicia estimó que el servicio de mediación de Airbnb era un servicio de la sociedad de la información, y no consistía en un servicio de alojamiento<sup>35</sup>. Además, para justificar esta decisión respecto del caso Uber argumentó que, a diferencia de aquel supuesto, Airbnb no ejercía una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento, y porque no determinaba ni directa ni indirectamente el precio de los arrendamientos, ni seleccionaba a los arrendadores ni los alojamientos que estos ofrecen en su plataforma<sup>36</sup>.

**31.** Por último, en cuanto al ámbito laboral es fundamental la resolución del Tribunal de Justicia en el caso *Yodel*. El supuesto de hecho era el de un mensajero de paquetería de Reino Unido que realizaba servicios de transporte para la empresa Yodel, que le indicaba los servicios disponibles. El mensajero alegaba su condición de trabajador, y el tribunal inglés planteó la cuestión prejudicial. En este caso el Tribunal de Justicia estimó que, en principio, la posibilidad de subcontratar el servicio o utilizar suplentes, de aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por Yodel, de ofrecer servicios a terceros, y de organizar sus horarios libremente, se oponía a considerarlo un trabajador, siempre que la independencia de esa persona no parezca ficticia, y que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> STJUE Airbnb, apartados 54 a 58: “54 Sobre este particular, la presentación organizada del conjunto de las ofertas, junto con las herramientas de búsqueda, de localización y de comparación entre ellas, constituye, por su importancia, un servicio que no puede considerarse meramente accesorio de un servicio global al que corresponde una calificación jurídica diferente, a saber, la prestación de alojamiento.

55. Por otra parte, un servicio como el prestado por Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles. A este respecto, el mero hecho de que Airbnb Ireland compita directamente con estos últimos cauces ofreciendo a sus usuarios, tanto arrendadores como arrendatarios, un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento.

56. Por último, ni de la resolución de remisión, ni de la información que figura en los autos resulta que Airbnb Ireland determine o limite el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento.

57. De ello se deduce que, en cuanto tal, un servicio de intermediación como el prestado por Airbnb Ireland no se puede considerar parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento.

58. Ninguna de las otras prestaciones que se mencionan en el apartado 19 de la presente sentencia, consideradas en su conjunto o de forma aislada, pone en tela de juicio esta constatación. Por el contrario, tales prestaciones presentan un carácter accesorio, dado que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo, sino el medio de disfrutar del servicio de intermediación prestado por Airbnb Ireland o de ofrecer prestaciones de alojamiento en las mejores condiciones [...].

<sup>36</sup> Sobre la STJUE Airbnb, y considerando acertado el criterio de la falta de influencia de la plataforma en la actuación de los arrendadores, M. BUSTILLO SAIZ, «Plataformas digitales de alojamiento: ¿ofrecen prestaciones constitutivas de servicios de la sociedad de la información o del servicio subyacente de alojamiento?», en A. MARTÍNEZ NADAL (dra.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 225-243.

<sup>37</sup> ATJUE de 22 de abril de 2020, B contra Yodel Delivery Network, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (en adelante ATJUE *Yodel*), parte dispositiva: “La Directiva 2003/88/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo debe ser interpretada como oponiéndose a que una persona contratada por su presunto empleador en virtud de un contrato de servicios que estipula que es un prestador de servicios autónomo, sea calificada como un “trabajador” a los efectos de dicha Directiva, cuando esa persona dispone de la facultad discrecional de:

- subcontratar o utilizar suplentes para prestar el servicio al que se ha comprometido realizar;
- aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por su presunto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas;
- proporcionar sus servicios a terceros, incluidos los competidores directos del presunto empleador, y
- establecer su propio horario de “trabajo” dentro de ciertos parámetros y organizar su tiempo a su propia conveniencia en vez de únicamente a la conveniencia del presunto empleador,

siempre que, en primer lugar, la independencia de esa persona no parezca ficticia y, en segundo lugar, no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre dicha persona y su presunto empleador. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, considerando todos los factores relativos a esa persona y a la actividad económica que ejerce, calificar la condición profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88”.

En un supuesto también de mensajeros de paquetería el Tribunal Supremo español en cambio consideró que los “repartidores” de la empresa Glovo sí eran trabajadores de la misma, porque no disponían de esa libertad de rechazar pedidos sin consecuencias o de decidir libremente sobre su horario y trayectos<sup>38</sup>. En definitiva, los hechos concretos de cómo se realiza la prestación, y la existencia de una subordinación real o no, determinará si la plataforma que ofrece servicios de transporte a los mensajeros es empleadora de éstos, o simple mediadora en un servicio de la sociedad de la información.

**32.** Reasumiendo todos estos criterios la doctrina, en general, ha propuesto como determinante el criterio de la “influencia decisiva” para concluir si una plataforma es intermediaria entre proveedores de servicio y clientes, o ella misma es una proveedora del servicio. Si la plataforma se limita a alojar datos y ponerlos a disposición de los usuarios para que éstos contraten con los proveedores de servicio, sin influir en tal servicio, será un “prestador de servicios intermediarios de la sociedad de la información”, que podrá beneficiarse de la libertad de prestación de servicios del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento, o de la exoneración de responsabilidad de la *Digital Services Act*. Si, en cambio, la plataforma supuestamente “mediadora”, “intermediaria” o simple “alojadora” de datos influye de manera determinante en la forma en que los proveedores realizan su prestación dejaría de ser un simple “servicio intermediario” para prestar un servicio principal distinto, sea de transportista, alojador o empleador. Por supuesto todo depende de las circunstancias concretas y de las relaciones tal y como se pacten entre las partes (fundamentalmente entre la plataforma y entre el proveedor de los bienes o servicios), porque como hemos visto una plataforma de mediación para contratar servicios de taxi puede actuar de una u otra forma en función de diversos aspectos.

**33.** Este criterio de la “influencia decisiva”, que ya estaba formulado en la Comunicación *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* de 2016 antes citada, se ha recogido, además, en las *Model Rules* propuestas por el ELI. En efecto, dichas reglas proponen –como luego se verá– una responsabilidad contractual de los operadores de las plataformas cuando el cliente puede confiar razonablemente en que el operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el proveedor. Y a estos efectos considera como relevantes varios criterios, que son los siguientes: a) que el contrato entre proveedor y cliente se concluya exclusivamente a través de las facilidades proporcionadas en la plataforma; b) que operador de la plataforma retenga la identidad del proveedor o los datos de contacto hasta después de la celebración del contrato entre proveedor y cliente; c) que el operador de la plataforma utilice exclusivamente sistemas de pago que le permiten retener los pagos realizados por el cliente al proveedor; d) que los términos del contrato entre proveedor y cliente sean fijados fundamentalmente por el operador de la plataforma; e) que el precio que deba pagar el cliente sea fijado por el operador de la plataforma; f) que la comercialización se centre en el operador de la plataforma y no en los proveedores; o g) que el operador de la plataforma se comprometa a supervisar la conducta de los proveedores y a hacer cumplir sus estándares más allá de lo exigido por la ley (art. 20). Se trata de criterios puramente indicativos, que deben ser apreciados caso-por-caso en la operativa de cada plataforma concreta<sup>39</sup>. Des-

---

<sup>38</sup> STS (Social) de 25 de septiembre de 2020: “Para prestar estos servicios Glovo se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos. Además Glovo disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador. A través de la plataforma digital, Glovo lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Debido a ello, el repartidor goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto, por lo que este Tribunal debe concluir que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre el actor y la empresa demandada previstas en el art. 1.1 del ET, estimando el primer motivo del recurso de casación unificadora”. Este criterio dio lugar a la introducción de una disposición adicional vigesimotercera en el Estatuto de los Trabajadores, que establece una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

<sup>39</sup> *Model Rules*, pág. 40: “In paragraph (2), some indicative criteria are given that should be taken into consideration when assessing the predominant role of the platform operator. This is, however, not a conclusive check-list of criteria that can be applied mechanically. The criteria are only indicative and part of a case-by-case weighing. The more comprehensively the criteria were fulfilled, the more apparent a pre-dominant influence was. Ultimately, however, a court (or a neutral evaluator in an alternative dispute resolution procedure) must decide on a case-by-case basis whether there was a predominant influence”.

de luego son elementos tomados de la práctica real de muchas de las plataformas que son dominantes en cada mercado, y que muestran que la plataforma incide en la forma de negociar de los proveedores (controla su actuación y el cumplimiento de ciertos estándares, retiene el precio, fija fundamentalmente los términos de los contratos entre proveedor y cliente, etc.). De esta forma cada proveedor ya no actúa conforme a su iniciativa, sino mediatizado por las condiciones “negociadas” (o en la mayoría de los casos “impuestas”) con la plataforma. Posiblemente las plataformas justifican esta forma de actuación para “uniformizar” el servicio a los clientes, pero ciertamente de esta manera condicionan la actuación de los proveedores. Como queda señalado, las *Model Rules* van mucho más allá de las consecuencias fijadas por el Tribunal de Justicia, que en cada caso consideró que la influencia decisiva podría ocasionar que el operador de la plataforma debiera cumplir ciertas normas de ordenación administrativa o laborales. En cambio el ELI determina que cuando existe tal influencia, el operador será responsable del cumplimiento del contrato entre proveedor y cliente (véase más adelante epígrafe III.2).

## B) Las plataformas creadoras de mercado como falsas plataformas intermediarias

34. Los nuevos modelos de negocios que ha generado la actual economía de plataformas hacen que, a nuestro juicio, debamos también modificar los criterios jurídicos con los que venimos operando a este respecto. La muy reciente *Digital Services Act* es heredera de los planteamientos de la Directiva de Comercio Electrónico, como antes hemos señalado, y sigue pensando en un tipo de “intermediarios alojadores de datos” que ya pocas veces se dan. Eso no está mal en sí, pero entonces simplemente hay que constatar que no todas las plataformas alojadoras de datos caen bajo su ámbito de regulación. Las plataformas han evolucionado mucho en estas dos décadas, y de ser simples mediadores entre proveedores y clientes, como las contempladas en la *Digital Services Act* o en las *Model Rules*, muchas se han transformado en verdaderas “creadores de mercados” y de modelos de negocio, en nuevas formas de ofrecer y contratar bienes o servicios.

35. La doctrina ya ha puesto de relieve que la actuación de estas plataformas crea una estructura triangular, en la que operan como sujetos la plataforma, los proveedores y los clientes, y existen tres relaciones contractuales distintas: la relación proveedor-plataforma y la relación plataforma-cliente, y gracias a la operativa que genera, el contrato final que normalmente es proveedor-cliente<sup>40</sup>. Todo funciona porque, primero, la plataforma ha cerrado relaciones con muchos proveedores, normalmente estandarizadas, que le permiten recoger una enorme cantidad de ofertas y servicios en la plataforma; a su vez, esa cantidad de ofertas resulta muy atractiva para un alto número de clientes, lo que genera muchos usuarios bien con relaciones de suscripción bien con situaciones de “alta” en la plataforma; y todo ese magma de muchos proveedores oferentes relacionados con muchos clientes se ve facilitado por todos los servicios complementarios (pago del precio, reseñas, servicios de entrega, etc.) que ofrece la plataforma, y que forman parte también de los contratos con una u otra parte. Es toda esa “superestructura” de relaciones negociales la que hace que el modelo comercial funcione, y a mucha mayor escala y con más éxito que las formas de negocio tradicionales. Y es la plataforma la que genera ese nuevo mercado, y la

---

<sup>40</sup> La frase “From «bipolar» to «triangular» relationships” (BUSCH, Christoph – SCHULTE NÖLKE, Hans – WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Anete – ZOLL, Fryderyk, «The Rise of the Platform Economy: a New Challenge for EU Consumer Law?», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5-2016, pág. 5), y el desarrollo posterior en ese trabajo, escenifica perfectamente este cambio de relaciones bilaterales a una estructura de relaciones triangulares. En este sentido de enfatizar el cambio que supone estas relaciones a tres bandas R. TEIXEIRA PEDRO, “¿Tres es una multitud? La contratación a través de plataformas *online* y los desafíos a la ortodoxia contractual”, en M. T. ÁLVAREZ MORENO (coord.), *Innovación tecnológica, mercado y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, 2018, pp. 118-119 (“Se generan entonces dos relaciones jurídicas (contractuales) –cada una por su parte– que son instrumentales para la creación, subsecuente, de otra (tercera) relación jurídica destinada a la prestación del servicio o atribución del bien objeto de la transacción. Lo que pretendemos destacar en este estudio es que hay siempre un conjunto de contratos que son celebrados para que la operación económica subyacente se concrete”); M. D. GRAMUNT FOMBUENA, “Contratación de consumo mediante plataformas digitales”, en G. GARCÍA GONZÁLEZ – M. R. REDINHA – M. R. GUIMARÃES – B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 202-204; DE ARTIÑANO MARRA, *Régimen jurídico ... cit.*, pp. 90-94.

que por lo tanto debe responder como parte necesaria de todas las relaciones negociales (contratante con proveedores y clientes, y mediadora en su caso en el contrato entre éstos).

**36.** En este ámbito tanto la legislación como la doctrina reconocen que la economía de plataformas genera sus propios mercados, y esa generación tiene un “valor añadido” respecto de las formas de contratación tradicionales<sup>41</sup>. Pues bien, ese particular ecosistema debe tener también sus propias reglas, ajenas y alejadas de los estrechos cauces que la actual legislación brinda a los servicios intermediarios, y también a los cauces del simple negocio de mediación. Con esto no criticamos a la legislación actual, simplemente constatamos que esa legislación se refiere a otros actores distintos a las plataformas creadoras de mercados. Es lógico, por otra parte, que con tantos intereses en conflicto y con la prudencia que se le exige a una legislación ponderada, no exista por ahora una regulación adecuada de esas plataformas.

**37.** Basta para ello con pensar en cómo ha cambiado la realidad del transporte de viajeros en ciudades, la contratación de viajes y estancias a través de comparadores, o los servicios de comida rápida a domicilio, o cómo las plataformas han llevado a una eclosión de los alquileres turísticos. Técnicas digitales relativamente sencillas combinadas entre sí han supuesto un cambio total del negocio, al permitir a distancia visionar ofertas, compararlas, ver opiniones sobre ellas, contratarlas, pagarlas, contratar el transporte, etc., todo a la simple distancia de un *click* en el ratón del ordenador o en la *app* del teléfono móvil. Esos “nuevos mercados” caracterizados por las plataformas de dos lados, por la concentración, por los efectos de red, por la utilización del *big data* y de la inteligencia artificial para modificar las ofertas y optimizar los servicios, suponen una verdadera disrupción respecto de las formas clásicas de negociación. ¿Cómo podemos afirmar que todas esas plataformas que guardan y dan acceso a datos y facilitan y optimizan la contratación, creadoras de mercado, son simples alojadores de datos?

**38.** La contraposición entre las soluciones adoptadas por el Tribunal de Justicia en los casos *Uber* y *Airbnb* constituyen un ejemplo claro de lo que queremos decir. En la Sentencia *Uber* el Tribunal de Justicia consideró acertadamente que “en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, *el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano*, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas” (la cursiva es nuestra)<sup>42</sup>. Y, sin embargo, en la Sentencia *Airbnb* se afirma que “un servicio como el prestado por *Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable* para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos *disponen de otros muchos cauces*, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles. A este respecto, el mero hecho de que *Airbnb Ireland compita directamente con estos últimos cauces* ofreciendo a sus usuarios, tanto arrendadores como arrendatarios, un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento”<sup>43</sup>. Esta misma frase se podría haber aplicado, punto por punto, al servicio de taxi de

<sup>41</sup> La Comunicación de la Comisión Europea *Las plataformas en línea y el mercado único* de 2016, ya citada, enfatizó estos cambios en la estructura de mercado y el valor añadido que genera la actuación de las plataformas. En la doctrina véanse, entre otros muchos, RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, «Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 4-2016, págs. 164-169; KENNEY – ZYSMAN, *op. cit.*, versión electrónica; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 304 o 318; RODRÍGUEZ BALLEL, “Las plataformas ... cit., pp. 405-406; CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, pp. 738-739; J. M. BECH SERRAT, «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», *InDret*, núm. 2.2024, p. 48. Acerca de las grandes eficiencias y ahorro de costes que provoca la economía de plataformas, pero también la necesidad de regularlas, véanse B. G. EDELMAN – D. GERADIN, «Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How should we regulate Companies like Airbnb and Uber?», *Stanford Technology Law Review*, núm. 19, 2016, pp. 293-328; O. LOBEL, «The Law of the Platform», *Minnesota Law Review*, vol. 101, núm. 1-2016, pp. 88-166, y del mismo autor «Coase & the Platform Economy», *Legal Studies Research Paper Series*, núm. 17-318, 2017, pp. 1-14.

<sup>42</sup> STJUE *Uber*, apartado 38.

<sup>43</sup> STJUE *Airbnb*, apartado 55.

plataformas como Uber: la plataforma no es indispensable porque hay otros cauces de contratación de taxis que han funcionado perfectamente hasta ahora, y además la plataforma compite con ellos con un servicio innovador. Por supuesto, pero es que el modelo de negocio de la plataforma es muy diferente, mucho más atractivo, fácil de usar, permite el acceso a muchas más posibilidades, otorga mayor transparencia en la contratación al existir valoraciones previas, etc. En ambos casos el servicio de la plataforma no solo es una alternativa, sino una nueva forma de concertar el negocio más interesante en muchos aspectos. La prueba es que han surgido otras plataformas con el mismo modelo, y que las clásicas formas de contratación se han modificado para adoptar elementos de las plataformas digitales (contratación por Internet, pago del precio por cuentas de empresa, etc.). Uber ha cambiado el modelo de contratar los taxis, al igual que Airbnb y otras plataformas han cambiado la forma de contratar los alojamientos de todo tipo<sup>44</sup>. Todas esas plataformas han creado nuevos modelos de negocio mucho más complejos. También podemos ver otros ejemplos, como las plataformas híbridas que combinan *marketplaces* con la venta de productos propios y una gran cantidad de servicios accesorios, y que constituyen una nueva forma de venta mucho más completa que las simples alojadoras de ofertas de hace décadas<sup>45</sup>.

**39.** Desde otro punto de vista, la cantidad de servicios accesorios que proporcionan buena parte de las plataformas digitales actuales es indicativo de que exceden con mucho del simple alojador de datos en el que piensan las normas actuales<sup>46</sup>. Volviendo al ejemplo de la Sentencia Airbnb, en la misma se acreditó que la plataforma ofrecía numerosos servicios complementarios a arrendadores y arrendatarios: fotografía de los alojamientos, garantía de daños al arrendador, posible seguro de responsabilidad civil,

<sup>44</sup> En igual sentido crítico con el criterio del TJUE acerca de la “falta de influencia” de Airbnb en el mercado de los alojamientos V. MAK, “Private Law Perspectives on Platform Services (Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY)”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1/2016, p. 20; P. HACKER, “UberPop, UberBlack and the regulation of digital platforms after the Asociación Profesional Elite Taxi Judgment of the CJEU”, *European Review of Contract Law*, vol. 14, issue 1, 2018, pp. 80-96; P. IAMICELI, «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* 4/2019, p. 417. Expresamente considera que Airbnb sí ejerce una influencia indirecta en la fijación de los precios de los alojamientos P. M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La utilidad del poder de mercado en la determinación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2-2023, pp. 511-512. Sin embargo, considera fundamentalmente acertado el criterio de la STJUE Airbnb T. ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, Reus, Madrid, 2021, p. 243; R. LÓPEZ ORTEGA, “Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿intermediarias o prestadores del servicio subyacente?”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 321, 2021, págs. 59-62.

En este sentido, parte de la doctrina considera que si bien Airbnb es una plataforma “creadora de mercado”, no tiene una influencia decisiva sobre los proveedores de alojamiento (o, al menos, no tan decisiva como la del caso Uber), y que por eso constituye un *tertium genus* de plataforma creadora de mercado, pero sin influencia decisiva y no suministradora del servicio subyacente, véanse N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 214-226; M. C. MAYORGA TOLEDANO, “La intermediación en línea de las plataformas. El caso de Airbnb”, en I. GONZÁLEZ CABRERA – M. P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (dirs.) - B. FONTICIELLA HERNÁNDEZ (coord.), *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 63-64; L. VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, «Un nuevo desafío normativo: las plataformas digitales ¿de intermediación?», *Actualidad Civil*, núm. 6-2021.

<sup>45</sup> Sobre las plataformas híbridas, que actúan como “mediadoras” en la venta de ciertos productos, y como vendedoras de productos propios, véase fundamentalmente J. PADILLA, «Trademark liability in hybrid marketplaces», disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4074076](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4074076), p. 9. El frecuente equívoco que crean al “mezclar” productos ajenos y propios ha dado lugar a la STJUE Louboutin antes reseñada.

<sup>46</sup> Como ha señalado T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, “La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea”, en P. CASTAÑOS CASTRO – J. A. CASTILLO PARRILLA (dirs.) – A. M. PASTOR GARCÍA – I. L. MARTENS JIMÉNEZ (coords.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2017, pág. 96, “la capacidad de crear valor del operador de una plataforma excede de la mera prestación de servicios de intermediación [...] o la provisión de contenidos”. Precisamente esa “creación de valor” hace que las plataformas hagan surgir nuevas formas de contratación.

En general en la doctrina está generalizado este criterio de que las actuales plataformas exceden del modelo legal de la web simplemente alojadora de datos, véase entre otros muchos C. HERRERO SUÁREZ, “La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico. Reflexiones desde la óptica de la competencia desleal”, en L. MIRANDA SERRANO – J. PAGADOR LÓPEZ (drs.), *Retos y tendencias del derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 156; FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, *op. cit.*, pp. 35-37; I. FERNÁNDEZ CHACÓN, “Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los *e-marketplaces*”, en F. GÓMEZ POMAR – I. FERNÁNDEZ CHACÓN (drs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 694-695; BECH SERRAT, *op. cit.*, p. 50; DE ARTIÑANO MARRA, *Régimen jurídico ... cit.*, p. 170.

reseñas sobre la calidad del servicio, realización del pago, bloqueo del pago hasta comprobar el acceso al alojamiento, etc. Incluso, al parecer, ya para cuando se dictó la Sentencia la panoplia era más amplia (aunque lógicamente el Tribunal solo pudo operar con los datos suministrados por el tribunal nacional), como asesoramiento a los alojadores para optimizar sus ofertas. Ante un paquete tan completo de prestaciones, ¿cómo puede afirmarse que Airbnb era un mediador que realizaba una simple puesta en contacto de arrendadores y arrendatarios? Airbnb creó una nueva forma de instrumentar el arrendamiento, y añadió muchos aspectos de los que no se ocupa un mediador, como la garantía de que el precio solo se transfiere al arrendador cuando se ha entrado en la vivienda.

**40.** Podemos pensar, incluso, en la importancia actual que tiene para muchas plataformas funciones complementarias muy concretas. Una de ellas es el sistema de reseñas, de los propios clientes para informar o asesorar a otros clientes, o de los proveedores en ciertos casos. Ese aspecto, que puede parecer tan sencillo de implementar, ha cambiado en muchos aspectos la forma de contratar y ha creado incluso plataformas cuyo principal atractivo es ofrecer reseñas de los establecimientos de sectores concretos. Ya solo ese aspecto añade una funcionalidad importante que supone un cambio respecto de los viejos sistemas de contratación, y en la actualidad muchos clientes solo contratan tras comprobar la valoración de los establecimientos. Incluso el cúmulo de problemas jurídicos que presenta ese fenómeno de las reseñas, de posibles reseñas falsas o tendenciosas, etc. pone de manifiesto que cada una de estas características complementarias suponen cambios de modelo de negocio<sup>47</sup>.

**41.** En definitiva, no podemos estar de acuerdo (de nuevo) con la Sentencia Airbnb cuando afirma que “Aun cuando se consideren en su conjunto, las prestaciones, opcionales o no, de Airbnb Ireland que se han mencionado en los apartados 59 a 63 de la presente sentencia *no ponen en entredicho el carácter dissociable del servicio de intermediación* prestado por esta sociedad y, por consiguiente, su calificación como «servicio de la sociedad de la información», puesto que *no modifican de forma sustancial las características específicas de dicho servicio*. A este respecto, resultaría además paradójico que tales prestaciones accesorias que *aportan valor añadido*, ofrecidas por una plataforma electrónica a sus clientes esencialmente a fin de *distinguirse de sus competidores*, pudieran, a falta de elementos complementarios, conducir a que se modificara la naturaleza y, por consiguiente, la calificación jurídica de la actividad de esta última<sup>48</sup>. En fin, una “intermediación” a la que se añaden multitud de aspectos deja de ser una simple intermediación, y además no se puede despedazar en varios servicios complementarios. El régimen jurídico propio de los intermediarios sólo se puede aplicar a intermediarios puros, verdaderos, netos, que únicamente median o alojan, no a los que crean una nueva forma de negociar. Que se crea un modelo de negocio nuevo se deriva de las propias palabras del Tribunal de Justicia, se añaden características que “aportan un valor añadido”, y que permiten “distinguirse” de los competidores. Nada que ver con el modelo de “servicios intermediarios de la sociedad de la información” en que piensa el legislador.

**42.** El criterio de que un intermediario deja de serlo únicamente cuando tenga una “influencia decisiva” en el lado de los proveedores de bienes o servicios también oscurece el problema<sup>49</sup>. Es verdad que Uber o Glovo, en los casos antes expuestos, influían en la forma de prestar el servicio de taxi o el de reparto de paquetes, pero eso constituye únicamente un aspecto más que corrobora que no son inter-

<sup>47</sup> Sobre el sistema de reseñas y los muchos problemas jurídicos que estas plantean pueden verse, entre otros, P. BELLE-FLAMME – M. PEITZ, “La sala de máquinas de las plataformas digitales: opiniones, evaluaciones y recomendaciones”, *Papeles de economía española*, núm. 157, 2018, pp. 42-67; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 321-327; M. FARINHA – J. MORAIS CARVALHO, «Tecnología, plataformas digitales y derecho del consume: evolución legislativa reciente en la Unión Europea», en A. MARTÍNEZ NADAL (dra.), *Aportaciones jurídicas a la economía de plataformas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 46-48, L. M. MIRANDA SERRANO, «Contratos de consumo, reseñas online de bienes y servicios y libertad de expresión: a propósito de las cláusulas mordaza o antirreseñas», en G. A. GARCÍA ESCOBAR – A. GÁLVEZ JIMÉNEZ (drs.), *Derecho de la publicidad en Internet: redes sociales y plataformas digitales*, Aranzadi, 2023, págs. 157-198; también en L. M. MIRANDA SERRANO – J. PAGADOR LÓPEZ (drs.), *Contratación mercantil: digitalización y protección del cliente-consumidor*, Marcial Pons, 2023, pp. 203-234.

<sup>48</sup> STJUE Airbnb, apartado 64.

<sup>49</sup> En el mismo sentido BECH SERRAT, *op. cit.*, pp. 87, 92 o 95, para quien el criterio de la influencia predominante no debe ser el que justifique una posible responsabilidad contractual de la plataforma.

mediarios puros. Pero es que aunque no haya esa influencia decisiva, como en cierta forma ocurría en el caso Airbnb, el intermediario deja de serlo si las funciones que añade le confieren una posición central de creador de un mercado concreto de servicios prestados de una forma digital eficiente. Puede que Airbnb no influya en el precio que ponen los arrendadores, pero esa plataforma y las demás creadas en ese ámbito, han cambiado por completo la forma de lograr los alojamientos turísticos<sup>50</sup>.

43. En definitiva, la idea que queremos defender aquí es que todas las plataformas que han creado nuevos mercados, nuevos modelos de negocio, aunque cumplan también una función de alojadores de datos, no pueden ser consideradas “plataformas intermediarias”, o “prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información”. Es verdad que cumplen una función de alojamiento, pero el resto de funciones que añaden a la forma de prestar un servicio más completo y totalmente distinto. El alojamiento de datos es imprescindible para cumplir las demás funciones, pero existen otras muchas funcionalidades inescindibles entre sí que hacen que el modelo de negocio final sea otro mucho más complejo.

### C. Indicios de que una plataforma supuestamente intermediaria es creadora de mercados

44. No existe un criterio decisivo para saber cuándo una plataforma es creadora de mercado, y por eso deberá avanzarse caso por caso teniendo en cuenta las características de cada plataforma concreta (como se ha hecho en los supuestos de Uber, Star Taxi App, Airbnb, Yodel, Glovo, Amazon, etc.). En todo caso la idea fundamental es clara en cuanto a que creen (y normalmente luego participen en) nuevos modelos de negocio digital caracterizados por las plataformas de dos lados con diversas funcionalidades que cambian la forma clásica de contratación. Por ejemplo, si Amazon se hubiera limitado a ser un “escaparate” de productos de terceros, y a facilitar la contratación entre los proveedores y los clientes, no estaría creando un mercado distinto, una nueva forma de contratación, sino manteniendo las características fundamentales de la contratación tradicional y aprovechando las posibilidades y facilidades que brinda la contratación digital (posibilidad de albergar miles de ofertas distintas, facilidad de contratar, etc.). Pero si, en cambio, normaliza de alguna manera las ofertas de los proveedores; añade oferta de bienes propios; compara y combina las ofertas de bienes propios y ajenos; confiere bonos por las compras, o de alguna forma fideliza o abarata las compras de clientes habituales o de suscriptores de servicios específicos; permite guardar elecciones como “Favoritos” para seguir los cambios de precio; adiciona un servicio de reseñas; establece medios de pago propios; añade medios de transporte baratos debido a su posición de dominio en el mercado; facilita devoluciones sin coste, también gracias a su posibilidad de influir en los transportistas; etc., está creando un mercado mucho más complejo y también atractivo. Esto es evidente cuando se observa cómo ese modelo se ha replicado por otras plataformas, y además ha cambiado los hábitos de consumo y de compras, incrementando notablemente la operativa del comercio electrónico.

45. Y esta categoría de “creadoras de mercado” es conceptualmente distinta, y va más allá, de la “influencia decisiva” que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado como criterio para determinar si una plataforma deja de ser pura intermediaria y debe cumplir los requisitos del servicio principal (véase apartado III.1.1). Normalmente cuando se crea mercado es a costa de influir decisivamente en la actuación de los proveedores, pero no es algo que deba concurrir necesariamente.

## 2. Las plataformas que crean mercados como responsables de los productos o servicios que ofrecen

46. Teniendo en cuenta que las plataformas que crean mercados no pueden ser consideradas simples servicios intermediarios de la sociedad de la información, debe estudiarse cómo responden frente

---

<sup>50</sup> La citada Comunicación *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* afirma que la existencia de servicios complementarios no supone, *per se*, una influencia decisiva en los proveedores, y eso puede ser correcto. Pero sí es un medio para crear el mercado y para que los clientes contraten con ese proveedor no de forma directa (si es que esto fuera posible) sino a través de la plataforma.

al cliente por los servicios que prestan como plataformas, y por los contratos que se celebran a través de ella. El régimen de exención de responsabilidad por contenidos ilícitos de la *Digital Services Act* no se aplica, pero es que aparte de los posibles contenidos ilícitos debe dilucidarse si de alguna forma el cliente que contrata a través de la plataforma puede dirigirse contra el operador de ésta por ciertos incumplimientos, y específicamente si existe alguna falta de conformidad en el contrato celebrado entre proveedor y cliente. A estos efectos podemos señalar diversos supuestos con un régimen específico.

### A) Responsabilidad si no se hace constar la condición de servicio intermediario

47. Como queda señalado, si la plataforma realmente actúa solo como servicio intermediario, como mero alojador de datos que tiene una conducta neutra y pasiva, no responde por los contenidos ilícitos que pueda alojar siempre que cumpla una serie de requisitos (art. 6 DSA), ni tampoco por los contratos que se celebren por su mediación entre proveedor y cliente, ya que no ha tenido una intervención relevante en los mismos. Ahora bien, para que opere esta falta de responsabilidad sí sería preciso advertir claramente esta condición de pura intermediaria, de forma que el cliente no pueda tener duda alguna de que el contrato se celebra con el tercero que aloja datos en la plataforma. A nuestro juicio quizás no haría falta una “cláusula” expresa de falta de responsabilidad si por la forma de presentación de los bienes o servicios quedara claro que la plataforma actúa exclusivamente como intermediario. Pero, desde luego, será mejor en todo caso incluir una advertencia expresa, para evitar cualquier equívoco, más aún si el posible cliente fuese un consumidor.

48. Una propuesta de regulación de este tipo se incluye en las *Model Rules* con dos mandatos concretos: por un lado, el artículo 13 establece un deber de informar al cliente a la mayor brevedad, y en todo caso antes de celebrarse el contrato, de que el contrato se celebra con el proveedor, y no con la plataforma; y por otro el artículo 19 determina que el incumplimiento de ese deber hace que el cliente pueda ejercer contra el operador de la plataforma los derechos que tuviera contra el proveedor<sup>51</sup>. La verdad es que la consecuencia que proponen las *Rules* nos resulta excesiva, sobre todo por su automatismo, porque consideramos que el operador de la plataforma intermediario solo debería responder si ha creado la apariencia de que él es el prestador del servicio. La justificación que presentan las propias *Rules* resulta poco convincente, porque hasta ahora el Derecho comunitario no ha ido tan lejos como para defender esta vinculación “contractual” por el mero hecho de no introducir una cláusula de actuación como mediador, menos aún para todo tipo de contratantes (consumidores o no)<sup>52</sup>. El operador de

<sup>51</sup> “Article 13: Duty to Inform About the Role of the Platform.

At the earliest opportunity and directly before the conclusion of the supplier-customer contract, the platform operator must inform the customer, in a prominent manner, that the customer will be entering into a contract with a supplier and not with the platform operator”.

“Article 19: Liability of the Platform Operator for Lack of Transparency.

In the case of a violation of Article 13, the customer can exercise the rights and remedies available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator”.

<sup>52</sup> Los comentarios de las *Model Rules* alegan como “fuentes” de la regla el art. 13.1 de la Directiva 2015/2302 de viajes combinados, y el caso *Wathelet*: “This Article partially corresponds with Article 13 (1) Package Travel Directive (EU) 2015/2302 in providing remedies to the customer in relation to a third party. However, the platform operator (as a third party) will not become part of the supplier-customer contract. In contrast to the Directive, the responsibility is justified by the fact that the platform operator did not fulfil its own duty to inform. The CJEU case C-149/15 (*Wathelet*) shows that in certain circumstances in which the consumer can easily be misled in light of the conditions in which the sale is carried out, eg leading the consumer to believe that the platform operator is the owner of the good, liability can be imposed on an intermediary”.

Sin embargo, el art. 13.1 de la citada Directiva no propone esta solución, es mucho menos radical, y desde luego no exige para nada una cláusula expresa de no responsabilidad por actuar como intermediario (en definitiva, como reconocen los propios redactores de las *Rules*, es una fuente o precedente muy parcial): “1. Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje. Los Estados miembros podrán mantener o establecer en su Derecho nacional disposiciones que estipulen que también el minorista es responsable de la ejecución del viaje combinado. En ese caso, las disposiciones del artículo 7 y del capítulo III, del presente capítulo y del capítulo V que sean aplicables al organizador se aplicarán también, *mutatis mutandis*, al minorista”.

la plataforma debería responder bien porque no es un verdadero intermediario, bien porque siéndolo ha creado el equívoco de que actúa como proveedor del cliente. Pero si es un simple intermediario que no crea equívoco alguno, consideramos que no se le puede imputar una responsabilidad aunque no incluya una cláusula expresa en ese sentido.

49. Por otra parte, una “cláusula de no responsabilidad” por ser simple intermediario únicamente será efectiva, y supondrá esa falta de responsabilidad, si la plataforma realmente actúa como intermediaria. Si actúa como creadora de mercado responderá de contenidos ilícitos o del cumplimiento del contrato aunque esa citada cláusula haya sido aceptada por el cliente<sup>53</sup>.

50. Obviamente, si la plataforma no indica que actúa como mediadora, y se presenta ella como prestadora del bien o servicio, respondería por ser la que figura contractualmente como contraparte<sup>54</sup>. Es lo que ocurría en el supuesto de la Sentencia del Tribunal de Justicia del caso *Wathelet*, el vendedor actuaba por cuenta un tercero, pero ocultó tal situación y actuó como si fuera vendedor<sup>55</sup>. No es lo más común que una plataforma que opera por cuenta del proveedor se presente, ella misma, como la comercializadora, pero no habría ningún problema por esta actuación como representante que actúa en nombre propio. En la normativa de consumo actualmente el art. 6 bis Directiva 2011/83 exige la identificación del proveedor y de su carácter de consumidor o de empresario, lo cual implica también que la plataforma se identifique como intermediaria. Se ha defendido que si el proveedor es consumidor y la plataforma no hace constar esa condición, esta plataforma debería responder como proveedora y además como empresaria (véase un criterio semejante más adelante, en el epígrafe 2.5)<sup>56</sup>.

## B) Responsabilidad por ilicitud de los contenidos alojados

51. En los casos que ahora se tratan es claro que no se aplica la regla de exoneración por los contenidos ilícitos del artículo 6 de la *Digital Services Act*, dado que la plataforma no tiene el papel neutro y mecánico que exige para ello la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Lo que no aclara el precepto es de qué responde, entonces, y con qué alcance, en cuanto a contenidos ilícitos alojados. La doctrina ha interpretado, conforme a los documentos previos a la Directiva, que no cabe realizar una interpretación *a contrario*, de forma que si no se exonera, responde de los contenidos. Para ello haría falta que la Directiva fijara una regla general de responsabilidad de los intermediarios, algo que no hace. Por eso se concluye que en caso de no regir la regla de exoneración, la posible responsabilidad se determinará conforme al derecho nacional que resulte aplicable<sup>57</sup>.

---

En cuanto al caso *Wathelet*, véase lo dicho más adelante en el texto y en nota a pie de página. Es una fuente también muy remota como para justificar una regla de tanta radicalidad como la propuesta en las *Model Rules*, pues se basa en normativa de consumidores y no trata de plataformas.

<sup>53</sup> En este sentido defiende A. E. VILALTA NICUESA, “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, enero 2018, p. 314, que aunque la plataforma advierta que actúa como intermediaria, debería responder si existe una influencia predominante sobre el proveedor que la acerque a una relación jurídica de tipo asociativo o si existe dependencia funcional o económica del segundo respecto de la plataforma.

<sup>54</sup> En este sentido CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, p. 752, o FERNÁNDEZ CHACÓN, *op. cit.*, pp. 683-685, basándose en la STJUE *Wathelet*.

<sup>55</sup> El supuesto de hecho de la STJUE de 9 de noviembre de 2016, *Wathelet*, C-149/15, ECLI:EU:3:2016:840, trataba una compraventa de un vehículo entre particulares, C2C, en la que actuó como intermediario un taller de reparación que, al parecer, aparentó actuar como vendedor ante la compradora, sin manifestar su condición de intermediario. Por eso el Tribunal de Justicia declaró que “El concepto de «vendedor» [...] debe interpretarse en el sentido de que comprende también al profesional que actúa como intermediario por cuenta de un particular sin informar debidamente al consumidor adquirente de que el propietario del bien vendido es un particular, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, tomando en consideración el conjunto de las circunstancias del caso”. Es una solución que se adoptó fundamentalmente con base en la normativa de consumidores y en la idea de protección del consumidor, y sin referencia alguna a plataformas.

<sup>56</sup> J. TOMILLO URBINA, “Los consumidores ante las plataformas de intermediación *Online*: algunas reflexiones”, *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas*, núm. 27, 2021-I, pp. 125-126.

<sup>57</sup> M. PEGUERA POCH, “Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad”, en A. LÓPEZ-TA-

**52.** Pues bien, conforme a las normas generales de derecho privado español, consideramos que la plataforma que crea mercado debe responder de los contenidos que aloja, pues está creando los mecanismos que facilitan ese alojamiento y puesta a disposición masiva de contenidos. La plataforma responde como si fuera proveedor, aunque formalmente no lo sea, porque “materialmente” está originando la estructura y las relaciones negociales interconectadas que son necesarias para esta singular forma de la contratación.

**53.** Partamos del supuesto más común, el que normalmente se plantea en la jurisprudencia: plataforma que opera como *marketplace* creador de mercado, y en la cual un proveedor ofrece productos falsos, o cuyos derechos de propiedad industrial no le pertenecen y no están agotados. Es muy posible que el operador de la plataforma no sea consciente de esa falsedad o falta de titularidad, pero al fin y al cabo está contribuyendo de forma decisiva, y masiva, a la infracción de los derechos del titular de la propiedad industrial. A ese operador no se le achaca una falta de diligencia (o, al menos, no se presume esta), simplemente se le hace responsable porque crea un mercado específico (del que se lucra) en el que facilita las ventas de productos falsos. Si fuera un simple alojador de datos que cumple otros requisitos añadidos la Ley le exonera, pero al crear un mercado específico debe responder de las infracciones que se cometen en él. Luego tendrá derecho de repetición frente al proveedor, de forma que esta responsabilidad no constituye una sanción ni una pena, es simplemente un mecanismo de indemnidad para los titulares de derechos defraudados. Además, esta responsabilidad supone un acicate para que la plataforma establezca sistemas de control sobre la titularidad de derechos por parte de los proveedores<sup>58</sup>, u otras medidas que desincentiven las ventas de productos falsos (por ejemplo, cláusulas penales en el contrato entre proveedor y plataforma, si sobre los productos comercializados por aquél no tiene los derechos de comercialización). En definitiva, el titular del derecho de propiedad industrial tendrá frente al operador de la plataforma los mismos derechos de paralización de la actividad infractora, indemnización por el daño causado, etc. que tuviera frente al proveedor infractor.

**54.** Recuérdesse que conforme al apartado tercero del artículo 6 de la *Digital Services Act* la exención de responsabilidad del operador de la plataforma no opera en contratos con consumidores si dicha plataforma en línea presenta el elemento de información concreto, o hace posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que puede inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporciona por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control. Esta regla corrobora lo antes expuesto, la no irresponsabilidad cuando no se actúa de forma neutra, si bien ceñido a un supuesto muy concreto, la creación de una apariencia de que el contenido se proporciona por la plataforma. Lo que se defiende en este trabajo va mucho más allá, se trata de una “no irresponsabilidad por contenidos ilícitos” cuando la plataforma crea nuevos modelos de negocio (uno de cuyas manifestaciones más usuales es precisamente esa de la creación de una apariencia de que es la plataforma la que crea los contenidos y la que celebra los contratos).

---

RUELLA MARTÍNEZ (dr.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 76-77 versión electrónica; M. A. DÍAZ GÓMEZ, “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pp. 39-41. Igualmente en cuanto a la aplicación de las reglas de responsabilidad nacionales J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Función y responsabilidad de las plataformas en línea: una aproximación”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, p. 347; L. C. MATE SATUÉ, “La responsabilidad de las plataformas de intermediación contractual en línea: de la Directiva de comercio electrónico al Reglamento de servicios digitales”, en E. HERNÁNDEZ SÁINZ – L. C. MATE SATUÉ – M. T. ALONSO PÉREZ (dras.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, Madrid, 2023, p. 135. En este sentido la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, establece en su art. 13.1 que “Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”.

<sup>58</sup> Los simples alojadores de datos no tienen una obligación general de monitorización o de búsqueda activa de hechos, art. 8 DSA, pero los alojadores de datos que exceden de ese cometido y crean mercados o influyen en los proveedores no pueden acogerse a esa regla. Tienen una “carga” de controlar, y si no controlan y a través de la plataforma se infringen derechos de terceros, responden por esa infracción. Nótese que en la propia DSA los operadores de plataformas que permitan a los consumidores celebrar contratos con comerciantes si tienen una obligación de trazabilidad (art. 30), a la que hemos hecho referencia, que excepciona de forma relevante la no obligación de monitorización.

### C) Responsabilidad contractual solidaria por las faltas de conformidad o incumplimientos del contrato entre proveedor y cliente, y por productos defectuosos

55. Si la plataforma actúa como proveedora del servicio, obviamente responde contractualmente del cumplimiento por ser la contraparte del cliente<sup>59</sup>. En la Directiva 2019/771, de determinados aspectos de la compraventa de bienes, no se recoge en el articulado ninguna referencia a las plataformas, pero su Considerando 23 sí establece la obviedad de que los prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores “si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en la compraventa de bienes”<sup>60</sup>.

56. El problema más importante se plantea en el caso contrario de plataformas que se presentan como simples intermediarias, identificando al proveedor como contratante del usuario, pero que crean mercados. En estos supuestos, consideramos que, pese a dicha presentación como intermediaria, la plataforma debe responder de los contratos celebrados a través de ella como si fuera la proveedora del bien o servicio, bajo un régimen de responsabilidad contractual, y de forma solidaria con el proveedor. La razón es que aunque el contrato se hubiera celebrado formalmente entre proveedor y cliente, e incluso en el supuesto de que no hubiera equívoco acerca de este aspecto, es la plataforma la que crea el sistema que ha logrado esa contratación, y debe responder por los efectos de la misma. Sin esta “intermediación” (que es mucho más que una simple intermediación) el negocio no se habría celebrado con esas características: posiblemente el cliente no habría encontrado a ese proveedor, o aunque lo hubiera encontrado no habría contratado con él (lo ha hecho debido a las reseñas favorables, a la inclusión del proveedor en la plataforma, a la forma de presentación en la misma, etc.), o aunque hubiera contratado sería con otras cláusulas específicas. La plataforma ha sido un actor necesario para ese contrato, y debe responder como contraparte del cliente. Podríamos decir que si bien formalmente el contrato del usuario es con el proveedor, materialmente se realiza con el proveedor y con la plataforma cuya participación ha sido necesaria para la celebración. Esa plataforma no puede alegar ser un “tercero” respecto del contrato<sup>61</sup>. Tampoco puede presentarse como un simple mediador que ha facilitado la negociación o ha puesto en contacto a las partes, acogiendo al régimen (de no responsabilidad) de los corredores o mediadores<sup>62</sup>. La labor de la plataforma excede con mucho de la de los mediadores (o de la propia de los intermediarios que actúan en nombre ajeno) porque han establecido unos contratos con los proveedores que les confieren una posición privilegiada y les permiten ofrecer muchos bienes o servicios a unos precios muy competitivos, y han creado todo un entramado de servicios complementarios que es el que logra, en la mayoría de los casos, que el cliente haya acudido a contratar a la plataforma. La plataforma es tan contratante como el proveedor<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Por supuesto, la misma regla se aplica si la plataforma actúa en sí como proveedora del servicio, DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 54. Las llamadas “plataformas híbridas” comercializan productos propios y de otros, y respecto de los suyos sí responden como vendedoras, G. MINERO ALEJANDRE, “¿Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su Marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro”, *CESCO*, núm. 37, 2021, pp. 37-38.

<sup>60</sup> El término “socios” es impropio, y como indica ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, pp. 173-174, se refiere a que la plataforma sea la contratante o “parte contractual directa” del consumidor. Este Considerando establece igualmente que los Estados miembros tienen la libertad de ampliar la aplicación de la Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva.

<sup>61</sup> Dentro de nuestra doctrina BECH SERRAT, *op. cit.*, pp. 33-37, argumenta largamente que hacer responsable a la plataforma atentaría contra el principio de relatividad de los contratos (aunque luego defiende que en realidad la plataforma, en ciertos casos, será la contraparte del cliente). A nuestro juicio el principio de relatividad se refiere a terceros ajenos a la relación comercial, pero en este caso difícilmente podemos concebir que la plataforma sea un “tercero”, ya que no solo su intervención ha sido necesaria para contratar, es que además ha creado todo el ecosistema que facilita y encauza esa negociación. Si genera ese sistema luego no puede alegar una ajenidad cuando se trata de responder.

<sup>62</sup> En general, buena parte de la doctrina señala que las plataformas, aun cuando excedan de ser simples “servicios intermediarios” de Internet, actúan como mediadoras en la celebración de los negocios, y responden (o no responden) como tales, DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 34 y ss.; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 334-335.

<sup>63</sup> Ya algunos autores, con diferentes fundamentos, han defendido esta responsabilidad solidaria. Para VILALTA NICUESA, *op. cit.*, p. 310, “cuando el poder de decisión sobre el efectivo cumplimiento de una obligación o precepto corresponde a la plataforma y su ejecución o aplicación al operador proveedor de bienes y/o servicios, la responsabilidad debiera considerarse solidaria”.

**57.** Se trataría además de una responsabilidad solidaria externa<sup>64</sup> con el proveedor, pues el perjudicado tiene acción contra los dos sujetos: contra el proveedor por el contrato en sí, y contra la plataforma por haber sido un sujeto necesario para su celebración. Los dos son parte contratante del cliente desde un punto de vista material: uno provee el bien o servicio, y actúa formalmente como tal, y otro ha establecido la estructura necesaria para la celebración del negocio. No cabe considerar que la responsabilidad de la plataforma excluye la del proveedor<sup>65</sup>. En primer lugar, conceptualmente, porque ambos son contratantes. Y en segundo lugar, porque un criterio contrario además dejaría totalmente desprotegido al cliente, no solo si el operador de la plataforma deviene insolvente, sino sobre todo porque no siempre es fácil demandar con éxito a ese operador (habría que identificarlo, decidir la competencia judicial, ley aplicable, en su caso ejecutar la sentencia sobre bienes que estén en otras jurisdicciones, etc.). La forma de operar de las plataformas no puede suponer un perjuicio para los clientes, que en realidad ha contratado con dos partes.

**58.** Desde luego hubiera sido mejor un mandato legal expreso para evitar este tipo de consideraciones, del tipo del existente, por ejemplo, en el artículo 125.1 de la Ley de protección de consumidores o usuarios, o en la legislación de productos defectuosos para establecer responsabilidades solidarias con las del vendedor. Pero a falta del mismo pensamos que se puede defender con total razonabilidad esta responsabilidad del tipo contractual, que ya se viene aplicando en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>66</sup>.

**59.** No creemos que fuera adecuado articular la responsabilidad de la plataforma como extracontractual. Podríamos pensar que responde por haber causado un daño a un “tercero”, el cliente, con quien no ha cerrado formalmente contrato alguno. Pero desde luego el cliente no es un tercero ajeno a la plataforma, a menudo habrá celebrado un contrato con ella para acceder a sus contenidos (comúnmente, una “suscripción”), o en todo caso conoce a la plataforma y la ha usado a propósito porque confía en sus contenidos o en su forma de facilitar la contratación. Lo típico del acreedor extracontractual es el ser un “acreedor involuntario”, ser un tercero perjudicado por una actuación ilícita del causante del daño. Pero aquí no hay involuntariedad, sino relación entablada de propósito.

**60.** En las *Model Rules* se propone este tipo de responsabilidad contractual, pero únicamente para el supuesto de que exista una “influencia predominante” de la plataforma en la conducta del proveedor<sup>67</sup>, una idea que claramente se inspira en el caso *Uber*<sup>68</sup>. Y este criterio es asumido, con diversos desarrollos y

---

Coincidimos en cierta forma con BECH SERRAT, *op. cit.*, pp. 86-94, que señala que en ciertos supuestos la plataforma deja de ser una simple mediadora para convertirse ella misma en la proveedora del bien o servicio, y que por ello debe “levantarse el velo” para hacerla responder como contraparte contractual. Pero no compartimos buena parte de los presupuestos de su postura, no solo en cuanto a los requisitos (partimos de que la responsabilidad se aplica por ser creadoras de mercado, no por cumplirse unos requisitos cumulativos como los que él señala), sino sobre todo porque considera que esa responsabilidad de la plataforma excluye la del proveedor.

<sup>64</sup> Como luego se defenderá, a efectos internos no se aplicaría el régimen de las obligaciones solidarias, sino el derecho de repetición por la totalidad de lo satisfecho.

<sup>65</sup> En contra, como se ha señalado, BECH SERRAT, *op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>66</sup> Aunque el Tribunal de Justicia no ha formulado una regla general de este tipo, en la STJUE Louboutin antes reflejada sí considera que puede haber una responsabilidad de Amazon por vender productos falsos si se crea un equívoco en el cliente; y en la también reciente STJUE 24 de febrero de 2022, *Tiketa*, C-536/2020, ECLI:EU:C:2022:112, ha considerado que la plataforma que vende tickets para eventos, aunque avise de que actúa como intermediaria, es considerada “comerciante” a efectos de la Directiva 2011/83/UE. Sobre esta última Sentencia véase S. CANALES GUTIÉRREZ, “El intermediario como «comerciante» en el contrato de consumo: comentario a la STJUE *Tiketa*, Asunto: C-536/20 de 24 de febrero de 2022”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 58, 2022.

<sup>67</sup> Art. 20.1 *Model Rules*: “If the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, the customer can exercise the rights and remedies for the non-performance available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator”. Para ver en qué supuestos se entiende que puede existir esta influencia predominante véase apartado segundo de este precepto, reflejado en el epígrafe III.1.A.

Una explicación científica de este criterio y de los indicadores de existencia de una influencia predominante la expresan los autores de la propuesta en el trabajo BUSCH – SCHULTE-NÖLKE – WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA – ZOLL, *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>68</sup> En efecto, esta idea se inspira claramente en la doctrina del Tribunal de Justicia expresada en el caso *Uber*, antes expuesta, y concuerda aún más con el criterio que justifica la solución del caso *Amazon* (si bien lógicamente el ELI sí justifica la

matices, por parte de la doctrina<sup>69</sup>. La regla también podría derivarse del actual apartado segundo del artículo 6 de la DSA, que un tanto crípticamente establece que no se aplicará la exención de responsabilidad fijada en el apartado primero “cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios”<sup>70</sup>. A nuestro juicio la responsabilidad de la plataforma no deviene (o, al menos, no necesariamente) de una posible “influencia dominante” en el proveedor, sino del criterio antes señalado de crear una nueva forma de negociar los bienes o servicios. Incluso si la plataforma no incide significativamente en la forma en que el proveedor presta el servicio (como afirmó el Tribunal de Justicia que ocurría en el caso Airbnb), debe responder del cumplimiento de los contratos celebrados porque ha creado esa forma de contratación. Probar que existe una “influencia dominante” es complicado, pese a los diversos criterios fijados por la doctrina, y además sume en la imprecisión de cuándo la influencia es dominante, y favorece a las plataformas que diseñen adecuadamente la estructura contractual para no parecer dominantes<sup>71</sup>. En cambio el criterio de la creación de mercado es más amplio, y se justifica porque aunque pueda no haber una influencia decisiva, la plataforma crea esa nueva estructura y modelo de negocio y debe responder de los negocios que se conciertan gracias a la misma. En cierta forma creemos que la creación de mercado ya supone una influencia predominante, pero no en el sentido que dan a esta expresión ni el artículo 6.2 de la *Digital Services Act*, ni las *Model Rules*, ni la Sentencia Uber, sino en la medida en que si bien puede no influenciarse de manera directa la actuación de los proveedores, sí se está creando el marco adecuado para un mercado mucho más completo y complejo que el tradicional que existiría sin los servicios totales de la plataforma y sin el entramado contractual triangular de esa superestructura.

**61.** Tampoco hay que exigir una equívocidad acerca de con quién se contrata, como la que señala el artículo 6.3 de la *Digital Services Act*. Si bien es verdad que en ocasiones las plataformas que crean mercados plantean las ofertas de manera equívoca que puede inducir a un cliente medio a creer que contrata con la plataforma, aunque así no fuera, incluso aun cuando se advirtiera expresamente que la plataforma es intermediaria (que no lo es), debe responder como creadora de la estructura y contraparte real<sup>72</sup>. Tanto la influencia dominante como la apariencia equívoca son indicios de que la plataforma crea

---

propuesta con base en la STJUE Uber y en casos nacionales que siguen el mismo criterio, y no menciona el caso Amazon, que es posterior a la formulación de las *Rules*). Las Sentencias del caso Uber no se referían a una responsabilidad de la plataforma por el cumplimiento. En la Sentencia de Louboutin, en cambio, sí se justifica una responsabilidad de la plataforma Amazon si por la forma de presentar sus ofertas y de actuar puede crear en un usuario normalmente informado y razonablemente atento un vínculo entre los servicios de Amazon y la marca de los productos vendidos por otros.

<sup>69</sup> Véase QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 339-342; DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 60-64; VILALTA NICUESA, *op. cit.*, p. 314; ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, pp. 225-247; TOMILLO URBINA, *op. cit.*, pp. 127-129; G. RUBIO GIMENO, “Heterogeneidad de relaciones contractuales y responsabilidad de la plataforma digital”, en G. GARCÍA GONZÁLEZ – M. REGINA REDINHA (drs.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 233-235 (si bien esta autora limita esa responsabilidad a los casos en que el proveedor del servicio no sea profesional, y basándose entre otros fundamentos en una *culpa in vigilando* de la plataforma). Para el supuesto de que sea la plataforma quien haya predeterminado el contrato con el proveedor en sus elementos esenciales A. ORTÍ VALLEJO, “Las relaciones contractuales de las plataformas de economía colaborativa”, en A. ORTÍ VALLEJO – G. RUBIO GIMENO (drs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 103-112. Expone el criterio, pero muestra los problemas que puede originar ese reforzamiento de la responsabilidad de las plataformas R. PAZOS CASTRO, «Uber, Airbnb y la llamada “influencia decisiva” de las plataformas digitales», *Revista d’Internet, Dret i Política*, núm. 31, octubre 2020, pp. 8-10. En un sentido similar GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 514-515, defiende que el criterio que determina si una plataforma presta o no el servicio subyacente debe ser más bien el poder de mercado que ostenta, y no tanto la supuesta influencia decisiva.

<sup>70</sup> Esta regla ya estaba contenida en el art. 14.2 DCE, de forma que no es original de la DSA. Considera este precepto como justificativo de la responsabilidad contractual por influencia dominante ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, p. 252

<sup>71</sup> M. WINNER, “La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo”, *Almacén de Derecho*, 26 de febrero de 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo>) se refiere a este criterio de responder del cumplimiento cuando se tiene influencia dominante en el proveedor, y considera precisamente que “Si se introduce una regla como la del borrador, el riesgo de la responsabilidad para el proveedor puede motivarle a *no supervisar a los suministradores para no ejercer una influencia decisiva*”. Y es que, en efecto, la cuestión no es si se influye o no en la actuación del proveedor, sino en que la plataforma crea toda esta estructura de negocio con independencia de dicha influencia.

<sup>72</sup> Como ya se ha señalado por la doctrina (BECH SERRAT, *op. cit.*, p. 73), el criterio contenido en el apartado tercero del artículo 6 de la *Digital Services Act* (no irresponsabilidad por los contenidos si la plataforma presenta los elementos de forma que crea la apariencia de que ella los proporciona) no se refiere a esta responsabilidad contractual, sino a una no responsabilidad

mercado, pero no deben constituir requisitos necesarios para poder articular la demanda por responsabilidad contractual.

**62.** Cabe señalar que en cierta correlación con este tema, la reciente Directiva 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, de responsabilidad por productos defectuosos, también hace responder por tales productos a ciertas plataformas como distribuidoras en un supuesto concreto. Los requisitos cumulativos son: que se trate de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes; que no pueda identificarse a un operador económico establecido en la Unión (básicamente, fabricante o importador, o sus representantes); y que se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 6 de la *Digital Services Act* (al que acabamos de referirnos, que la plataforma presente los elementos de forma que cree la apariencia de que es ella quien los proporciona)<sup>73</sup>. La idea central sigue siendo ese criterio de que en ciertos supuestos la plataforma que no actúa de forma neutral o pasiva puede llegar a responder por los productos que comercializa, en este caso como distribuidor bajo el régimen de productos defectuosos. Al igual que hemos señalado anteriormente, pensamos que esta responsabilidad como distribuidor no debería ceñirse a esos supuestos de crear una apariencia de ser ella la vendedora o suministradora, sino en general de la creación de una forma específica de comercialización de bienes o servicios.

**63.** Aunque ciertamente esta responsabilidad contractual solidaria de las plataformas que crean mercados puede resultar chocante para muchos, de hecho ya varias plataformas asumen “contractualmente” con los clientes una responsabilidad por faltas de conformidad y por incumplimientos de los proveedores<sup>74</sup>. Quizás la razón sea puramente comercial: crean mucha más confianza en el cliente, y dan una mayor reputación a la plataformas. Pero al fin y al cabo, plasman en el contrato algo que muchos clientes creían implícito, y parten de que un incumplimiento siempre perjudica el prestigio de la plataforma (y no, normalmente, el del proveedor). No se trata, por ello, de algo ajeno a la realidad. Creemos que tampoco hay que pensar que un régimen así desincentiva la actuación de las plataformas, primero porque el régimen deriva de la realidad de que son contraparte, y segundo porque al fin y al cabo la plataforma podrá repetir contra el proveedor cuando le sea imputable el incumplimiento<sup>75</sup>.

---

por los contenidos (pese a lo cual, parte de la doctrina mezcla el tema de la responsabilidad contractual con estos criterios de exención por contenidos ilícitos). De todas formas, ese criterio está en línea con lo defendido en este trabajo: si la plataforma excede una labor intermediaria para crear una nueva forma de negociación, responde de los contenidos que aloja (y no solo cuando crea la apariencia señalada) y responde igualmente del cumplimiento de los contratos que se celebran a través de ella (y que en muchas ocasiones el cliente cree que celebra “con” ella, y no con su mediación).

<sup>73</sup> Sobre este nuevo régimen y esta posible responsabilidad como distribuidora de las plataformas en líneas véase P. GONZÁLEZ BELUCHE, “La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2, 2023, págs. 472-473.

<sup>74</sup> En este sentido D. MOZINA, “Retail business, platform services and information duties”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1/2016, pp. 28-30 cita la garantía Amazon “de la A a la Z”, véase <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=GQ37ZCNECJKTIFYQV> (consultada el 22.11.2024). Sobre los términos de esta garantía y la aplicación concreta de la misma MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, pp. 46-48.

<sup>75</sup> PAZOS CASTRO, *op. cit.*, p. 10, opina que establecer una responsabilidad contractual de las plataformas en caso de influencia decisiva no necesariamente beneficiará a los consumidores, pues los grandes beneficiados podrían ser únicamente las grandes empresas que cuentan con recursos para afrontar mayores costes operativos. Pero este criterio no puede empañar la lógica de que estas plataformas creadoras de mercado deben ser responsables de los contratos que origina su intervención, es un criterio de responsabilidad del Derecho privado, siendo injusto que reciban los beneficios de crear esos mercados sin soportar la responsabilidad de los riesgos que genera. De otra parte, no hacerles responsables puede promocionar aceptar a cualquier tipo de proveedores, mientras que aceptar su responsabilidad incentiva la selección de proveedores. Por otra parte, el derecho de repetición, posiblemente bien asegurado contractualmente, es un remedio suficiente.

En relación con esta objeción puede mencionarse el criterio de los que afirman la lógica de las plataformas al controlar a los proveedores porque así aseguran un mejor servicio y una coordinación de los intereses de todos los afectados, véase J. R. RALLO, “Con o sin sentencia, acabemos con las licencias de taxi”, *El Confidencial*, [https://blogs.elconfidencial.com/economia/laissez-faire/2017-12-20/sentencia-tjue-taxi-uber-licencias\\_1496098/](https://blogs.elconfidencial.com/economia/laissez-faire/2017-12-20/sentencia-tjue-taxi-uber-licencias_1496098/) (consultado el 26.11.2024). Estamos de acuerdo con que sea lógico, lo que pasa es que tal lógica económica y jurídica tiene sus contrapartidas.

64. Por último, hay que resaltar que este régimen se propone con independencia de que el cliente sea o no consumidor. Ciertamente el Derecho comunitario se ciñe normalmente a contratación con consumidores por su propia competencia, pero todo lo expuesto hasta ahora se justifica por razones puramente contractuales de correcto funcionamiento del mercado interior, no por un mecanismo de mayor protección a supuestos clientes débiles<sup>76</sup>. En la contratación con las plataformas tanto los proveedores como los clientes necesitamos una aplicación estricta y completa de las reglas de derecho privado que hagan responsable a los creadores de mercado de las obligaciones que se conciertan por medio de las superestructuras que ellos crean.

#### **D) Aspectos comunes a la responsabilidad: derecho de reembolso y régimen de protección de los consumidores**

65. En cualquiera de los tres posibles supuestos de responsabilidad que se acaban de comentar (por falta de transparencia y equívocidad al presentarse como intermediario, por contenidos ilícitos, o por cumplimiento contractual) lógicamente el operador de la plataforma que responda tendrá un derecho de reembolso o repetición frente al proveedor, que es el causante real y último responsable del contrato<sup>77</sup>. Por vía legal o interpretativa el cliente perjudicado puede accionar contra el operador para facilitarle la reclamación, pero en definitiva el que obtuvo la ganancia y el que responde del contenido ilícito o del cumplimiento en última instancia es el proveedor. Las *Model Rules* recogen este derecho, si bien para no comprometer técnicamente ninguna posible traslación en los derechos nacionales lo refiere en general a ser “indemnizado”, sin aclarar qué tipo de derecho de repetición es, o la cuantía que podrá reclamar<sup>78</sup>. El contrato entre proveedor y operador de la plataforma podrá establecer un régimen específico para la cuantía y ejercicio de este reembolso, y en defecto de esta previsión contractual resultarían aplicables en Derecho español las reglas del pago por tercero.

66. Por otra parte, las *Model Rules* establecen también respecto a la posible responsabilidad por falta de transparencia y por cumplimiento una regla específica cuando el cliente es consumidor: podrá ejercitar contra el operador de la plataforma los derechos y remedios que tendría contra el proveedor si éste fuera empresario, aunque el proveedor no lo sea<sup>79</sup>. Este criterio, como expresan los redactores de las *Model Rules*, se toma de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Wathelet*, antes referido. En el mismo una consumidora había comprado un automóvil en un taller de reparación, posiblemente creyendo que el vendedor era el propio taller porque este nunca le notificó otra cosa, pero en realidad la vendedora era otra persona física que también actuaba como consumidora. Al ser un contrato C2C no resultaría aplicable el Derecho de consumo, pero como la compradora creía que había adquirido de un empresario, el Tribunal de Justicia determinó que ese taller actuaba como “vendedor” a efectos de la normativa de compraventa de consumo. Esta doctrina del Tribunal de Justicia se ha formulado respecto de ese supuesto concreto, por lo que extender un criterio así a todo supuesto de responsabilidad de la pla-

<sup>76</sup> En este mismo sentido critican que el art. 6.3 DSA se limite únicamente a la contratación con consumidores P. DE MIGUEL ASENSIO, “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios”, *La Ley Unión Europea*, núm. 88, enero 2021, pp. 8-9, y del mismo autor «Mercados en línea ... cit., p. 6 versión electrónica; CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, nota 47.

<sup>77</sup> ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, pp. 269-271.

<sup>78</sup> Art. 25.1 *Model Rules*: “1. A platform operator who, under Articles 19 or 20, has become liable towards a customer for: a) a supplier’s misleading statements; or b) a supplier’s failure to perform the supplier-customer contract, has the right to be indemnified by the supplier”.

<sup>79</sup> Art. 21.1 *Model Rules*: “1. Where Article 19 or Article 20 (1) apply, a customer who is a consumer can exercise against the platform operator all the rights and remedies that would be available against the supplier if the supplier were a business, irrespective of whether the supplier is a business”.

A esta regla se añade otra formulada en el apartado segundo del mismo precepto: en esos dos supuestos de responsabilidad, si el derecho aplicable exige que el cliente reclame al proveedor para ejercitar un remedio, tal reclamación al proveedor produce efectos igualmente en relación con el operador de la plataforma (art. 21.2 *Model Rules*: “Where Article 19 or Article 20 (1) apply, if, according to the applicable law, a customer needs to notify the supplier in order to exercise a remedy, then notifying the supplier produces all effects also in relation to the platform operator”).

taforma requeriría bien una jurisprudencia consolidada más amplia, o una norma legal expresa en este sentido como la que proponen las *Model Rules*. Por otra parte, no queda claro cómo se podría conjugar esta regla si la plataforma ya avisó (como ahora exige el art. 6 bis Directiva 2011/83/UE<sup>80</sup>) al cliente de que el proveedor era un consumidor (algo muy común en las verdaderas plataformas colaborativas, que promueven contratos C2C).

### e) Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones propias de la plataforma

**67.** Las *Model Rules* añaden tres reglas de responsabilidad que ponen de manifiesto criterios razonables derivados de consideraciones generales de derecho privado. En primer lugar, establecen que si un operador de plataforma realiza declaraciones engañosas acerca de proveedores o de clientes, o sobre bienes, servicios o contenidos digitales ofrecidos por proveedores, o sobre cualquier otro aspecto del contrato entre proveedor y cliente, será responsable del daño que esta información engañosa cause a clientes o proveedores<sup>81</sup>. La regla, como resaltan los redactores de las *Model Rules*, constituye una aplicación del artículo 11 bis de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales<sup>82</sup>, de forma que si bien resulta innecesaria, recalca la posibilidad de solicitar indemnización por los perjuicios sufridos por la práctica engañosa. La norma, por otra parte, supone un incentivo para que el operador de la plataforma revise las afirmaciones que se realizan en la misma, que abarcan tanto las realizadas por los proveedores (y que él aloja en la plataforma) como las incluidas por él mismo<sup>83</sup>.

**68.** En segundo lugar, conforme al artículo 23 de las *Model Rules* el operador de la plataforma responde por las garantías que ofrece acerca de proveedores o clientes, o de los bienes, servicios o contenidos digitales ofrecidos por los proveedores<sup>84</sup>. Esta norma igualmente parece innecesaria, porque no hace sino reiterar la responsabilidad contractual que el operador de la plataforma asume por las “garantías comerciales” que recoge en la misma, y que al ser aceptadas por el cliente constituyen ley del contrato. Es verdad que las *Model Rules* formulan la regla para todo contrato, y no únicamente respecto de consumidores, pero al fin y al cabo depende de las garantías a las que se comprometa el operador de la plataforma y a su ámbito objetivo y subjetivo.

<sup>80</sup> Art. 6 bis Directiva 2011/83/UE, añadido por la Directiva 2019/2161: “1. Antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, la siguiente información de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia: [...] b) si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea; c) cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato”.

Acerca de la información exigida por este precepto véase CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, pp. 335-339

<sup>81</sup> Art. 22 *Model Rules*: “If a platform operator makes misleading statements about suppliers or customers, about goods, services or digital content offered by suppliers, or about any other terms of the supplier-customer contract, the platform operator is liable for the damage which this misleading information causes to customers or suppliers”.

<sup>82</sup> Este precepto fue añadido a la Directiva 2005/29/CE por la Directiva (UE) 2019/2161. Conforme al apartado primero de este art. 11 bis “1. Los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales tendrán acceso a medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato. Los Estados miembros podrán establecer las condiciones de la aplicación y los efectos de dichas medidas correctoras. Los Estados miembros podrán tener en cuenta, cuando proceda, la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes”.

Por otra parte, a su vez los proveedores pueden repetir contra el operador de la plataforma cuando han tenido que responder ante el cliente por manifestaciones engañosas de la plataforma, art. 25.2 *Model Rules*: “A supplier who has become liable towards a customer because of misleading statements made by the platform operator has the right to be indemnified by the platform operator”.

<sup>83</sup> *Model Rules*, pág. 42: “This creates an incentive for platform operators to ensure that they carefully examine their statements made about the goods, services, digital content offered on the platform, and about the users of the platform. This also improves the reliability of the information provided by the platform operator and enhances the users’ trust in the platform”.

<sup>84</sup> Art. 23 *Model Rules*: “A platform operator is liable for guarantees which it gives about suppliers or customers, or about goods, services or digital content offered by suppliers”. Sobre la posible garantía que puede dar la plataforma véase el ejemplo de Amazon antes mencionado, nota 74.

69. Por último, el artículo 24 de las *Model Rules* cierra el tema de las responsabilidades estableciendo que el operador de la plataforma responde de los daños causados a los usuarios por la violación de los deberes recogidos en ciertos preceptos anteriores (deberes de transparencia de la plataforma, transparencia en cuanto a los rankings y a los sistemas de reseñas, protección a los usuarios, etc.)<sup>85</sup>. Con independencia de que procedan otras posibles consecuencias, desde el punto de vista de Derecho privado el incumplimiento de las obligaciones da lugar a la responsabilidad por el perjuicio causado. En este sentido ya en la doctrina se ha puesto de relieve esta responsabilidad de la plataforma por no cumplir las obligaciones derivadas de su condición de plataforma que aloja y da acceso a datos y facilita la celebración de negocios, como el deber de proporcionar un entorno seguro, de desempeñar correctamente los servicios complementarios ofrecidos y acordados, o de buscar potenciales proveedores o clientes<sup>86</sup>. Y aparte de las obligaciones contractuales asumidas estarán, obviamente, todas las legales, como el tratamiento adecuado de los datos personales.

70. Este conjunto de normas propuestas en las *Model Rules* posiblemente resulte innecesario, pero es de valorar este intento de establecer un régimen de responsabilidad completo que enfatice la vinculación que suponen los compromisos y los deberes de los operadores de la plataforma. Frente a la simple “regla de exoneración por contenidos ilícitos” de la *Digital Services Act*, las *Model Rules* fijan un sistema más completo y desarrollado que, en todo caso, a nuestro juicio debe incluso ir más allá en ciertos aspectos (como el ya señalado de no limitar la responsabilidad contractual a los supuestos de influencia predominante).

#### IV. Conclusiones

71. Cuando se generalizó el comercio electrónico a fines del siglo pasado las plataformas alojadoras de datos tuvieron un papel importante para poner a disposición del público información relevante sobre muchos oferentes. Su papel neutro de simples repositorios de datos justificó una normativa que determinaba una exención de responsabilidad por posibles contenidos ilícitos alojados sin su conocimiento en la plataforma. Sin embargo las formas de negociar en Internet han cambiado mucho en los últimos años, y una buena parte de las plataformas que facilitan o canalizan la comercialización han creado sistemas mucho más complejos en los que la plataforma es un instrumento necesario que altera la forma clásica de contratación (estructura triangular, estandarización de la presentación de ofertas, efectos de red directos e indirectos, sistemas de reputación, sistemas de control, etc.). En estos supuestos en que la plataforma ya no opera como simple alojador neutro y mecánico de datos, sino que “crea un mercado” específico y “añade valor” a la negociación debe determinarse un sistema más completo de responsabilidades por su actuación. En línea con las *Model Rules* propuestas por el *European Law Institute*, este trabajo postula un sistema de responsabilidad tanto por contenidos como por el cumplimiento de los contratos celebrados a través de la plataforma, si bien no solo para los supuestos de influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor, sino en general para todos los casos en que la plataforma crea una nueva forma de negociación mucho más completa y más compleja que la tradicional.

<sup>85</sup> Art. 24 *Model Rules*: “A platform operator is liable for damage caused to platform users by a violation of Articles 3, 4, 5, 7, 9 paragraphs (2) and (3), 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18”.

<sup>86</sup> Véase DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 35-37, y con especial desarrollo DE ARTIÑANO MARRA, *Régimen jurídico ... cit.*, págs. 147-161, y la doctrina ahí reflejada.