**La responsabilidad del operador de la plataforma como prestador del servicio subyacente[[1]](#footnote-1)**

Francisco Pertíñez Vílchez

Profesor Titular Derecho Civil. Univ. Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INFLUENCIA DECISIVA EN LA ORGANIZACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO SUBYACENTE. III. CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DEL OPERADOR DE LA PLATAFORMA COMO PRESTADOR DEL SERVICIO SUBYACENTE. III.1. Consecuencias en el plano regulatorio y sancionador. III.2. Consecuencias en el plano del derecho de la competencia. III.3 Consecuencias en el plano de la responsabilidad por los datos alojados. III.4. Consecuencias en el plano de la responsabilidad contractual por incumplimiento del proveedor**.**

**I. INTRODUCCIÓN**

Los operadores de las plataformas digitales de interconexión entre proveedores y usuarios, por prestar un servicio de intermediación, a distancia, **por vía electrónica y a petición individual de un destinatario son, en principio, prestadores de servicios de la sociedad de la información, de acuerdo con el art. 2.a) de la directiva 2000/31 sobre servicios de la sociedad de la información, (en adelante, directiva 2000/31)**[[2]](#footnote-2) **y conforme al art. 4.1 de la misma directiva 2000/31, su actividad de intermediación no puede estar sujeta a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes. En cuanto que prestadores de servicios de la sociedad de la información, en virtud de la exención de responsabilidad prevista para los prestadores de servicios de almacenamiento o alojamiento de datos por el art. 14 de la directiva 2000/3, los operadores de las plataformas no son responsables de la ilicitud de los datos alojados en la plataforma, exención de responsabilidad especialmente relevante en este ámbito por lo que respecta a la falsedad de las ofertas publicadas por los proveedores y a las evaluaciones realizadas por los usuarios. Además, en virtud del principio de relatividad de los contratos del art. 1.257 CC, como intermediarios, tampoco son parte de los contratos realizados entre los usuarios y los proveedores de los servicios, ya sean estos particulares o profesionales, y no responden por el incumplimiento de estos.**

**El operador de la plataforma no asume, en principio, más responsabilidad que la que se deriva de los contratos de intermediación que realiza, por un lado, con los usuarios y, por otra parte, con los proveedores. Goza por tanto de una posición jurídica óptima: crea y organiza un mercado no sujeto a ninguna autorización administrativa previa y se lucra por las transacciones realizadas en el mismo, sin asumir responsabilidades por el incorrecto funcionamiento de dicho mercado, por los incumplimientos regulatorios o los actos de competencia desleal en que puedan incurrir los proveedores que intervienen en el mismo o por las externalidades que las actividades realizadas a través de este mercado puedan causar**[[3]](#footnote-3)**.**

**Sin embargo, esta situación jurídicamente privilegiada del operador de las plataformas digitales cambia radicalmente si por la actividad que realiza no fuera considerado un mero intermediario sino el prestador mismo del servicio subyacente.**

**En tal caso, su actividad, no como intermediario, sino como prestador del servicio subyacente, podría estar sujeta a un régimen de autorización administrativa –si bien, ciertamente, con los límites que a los ordenamientos nacionales imponen los principios de necesidad y proporcionalidad de los arts. 9 y 10 c) de la** Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior-. Del mismo modo, como proveedor del servicio subyacente, estaría sujeto al cumplimiento de todos los requisitos y exigencias administrativas sectoriales que regulan la actividad concreta que se realiza a través de su plataforma y en caso de incumplimiento, además de la consiguiente responsabilidad administrativa, podría incurrir en competencia desleal por infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (art. 15.2 LCD) o, en general, por infracción de normas de la que el infractor obtenga una ventaja competitiva significativa (art. 15.1 LCD). Igualmente, como proveedor del servicio subyacente dejaría de estar amparado por el manto protector de la irresponsabilidad por la ilicitud de los datos alojados del art. 14 de la directiva 2000/31 e, incluso, en el plano de su relación contractual con el usuario, podría responder por el incumplimiento de los proveedores que prestaran materialmente el servicio.

Por lo tanto, deviene una cuestión capital en el régimen jurídico de los operadores de las plataformas determinar bajo qué condiciones y en qué circunstancias pueden ser calificados no sólo como meros intermediarios sino como los prestadores del servicio subyacente. **Los operadores de las plataformas en sus condiciones de uso suelen definir su actividad como una actividad de intermediación, con la intención no sólo de sustraerse a la necesidad de una autorización administrativa previa y del cumplimiento de las exigencias regulatorias que disciplinan la actividad subyacente, sino además para eludir cualquier responsabilidad que en su relación con los usuarios pudiera derivarse de la incorrecta prestación del servicio subyacente. Pero obviamente la calificación jurídica de la actividad realizada por las plataformas digitales no depende de lo que ellas mismas hayan dispuesto a través de una condición predispuesta unilateralmente, sino de la actividad que realmente realicen.**

**El TJUE se ha pronunciado sobre esta cuestión en la STJUE 20 diciembre 2017 (TJCE 2017/217) (**Case C-434/15, Asociación Profesional Taxi Élite vs Uber Systems Spain, S.L.), que en síntesis, concluye que el servicio de intermediación consistente en conectar a través de una aplicación para teléfonos móviles inteligentes a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio de la sociedad de la información, en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 2000/31, pero, eventualmente, podría considerarse que este servicio de intermediación se integra en un más amplio servicio de transporte, por tanto, excluido no sólo del ámbito de aplicación de la directiva 2000/31, sino también de la **Directiva 2006/123/EC de libre prestación de servicios (art. 2.2.d) y, en consecuencia, sujeto al régimen de autorización previa que cada estado miembro libremente impusiera.** Esto ocurrirá cuando el operador de la plataforma tenga una influencia decisiva en la organización del funcionamiento general del servicio de transporte.

La STJUE 20 diciembre 2017 establece por tanto el criterio conforme al cual el operador de la plataforma, además de realizar una actividad de interconexión por vía digital entre proveedores y usuarios, puede ser el proveedor del servicio subyacente: su influencia decisiva en la organización del funcionamiento general del servicio subyacente que se trate. Se convierte este criterio en un paradigma en el régimen jurídico de los operadores de las plataformas digitales de conexión entre proveedores y usuarios.

Sin embargo, este concepto llamado a ser tan importante en el régimen legal de la economía colaborativa es extremadamente difuso. El TJUE en la sentencia 20 diciembre 2017 sólo ha esbozado algunos pautas orientativas para valorar si la plataforma de intermediación entre conductores y pasajeros influye decisivamente en la prestación del servicio subyacente, pautas que además no son coincidentes con los que había sugerido la Comisión Europea en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Agenda para la Economía Colaborativa de 2 de junio 2016 (en adelante Comunicación sobre una agenda europea para la economía colaborativa)[[4]](#footnote-4).

**II. LA INFLUENCIA DECISIVA EN LA ORGANIZACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO SUBYACENTE**

Según la STJUE 20 diciembre 2017, para valorar si el titular de la plataforma que presta un servicio de intermediación consistente en conectar a través de una aplicación para teléfonos móviles inteligentes a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano es un mero prestador de servicios de intermediación o por el contrario es el prestador del servicio de transporte, se deben tener en cuenta una serie de factores (apartados 38 y 39):

- La empresa propietaria de la plataforma crea una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas.

- La plataforma selecciona a conductores no profesionales, que usan su propio vehículo, a los que 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.

- La plataforma ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores: establece al menos el precio máximo de la carrera; recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo; y ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos[[5]](#footnote-5).

De las tres circunstancias valoradas por la STJUE 20 diciembre 2017 que hemos señalado, las dos primeras resultan meramente descriptivas de la actividad de intermediación realizadas por las plataformas de economía colaborativa denominadas transaccionales. La creación de un mercado accesible mediante herramientas informáticas creadas “ad hoc” es consustancial a cualquier actividad de economía colaborativa, que crea las condiciones técnicas para la conexión de una oferta de prestación de servicios, principalmente por no profesionales, y una demanda, que de otra manera no podrían encontrarse[[6]](#footnote-6). La exigencia de que los operadores de las plataformas aporten las herramientas técnicas o el software que facilita la contratación entre usuarios y proveedores como requisito para que sean tenidos como proveedores del servicio subyacente implica excluir como proveedor del servicio subyacente a los titulares de las plataformas no transaccionales, esto es, las plataformas de publicidad en línea o que simplemente enlazan con la web del proveedor u ofrecen a los usuarios cualquier medio para contactar con él, sin intervenir en la contratación entre ambos.

El elemento decisivo para distinguir entre las plataformas de economía colaborativa que sólo realizan una actividad de intermediación y las que pueden considerarse prestadoras del servicio subyacente, es la influencia y el control que la plataforma ejerce sobre las condiciones de las prestación del servicio subyacente, influencia que la misma sentencia cifra en factores tales como la fijación de precios máximos, la gestión del cobro del precio y el posterior pago al proveedor, el control de la calidad e idoneidad de los vehículos, la selección de los conductores y el control del comportamiento de los mismos, sobre los que además ejerce una potestad disciplinaria, pues puede expulsarlos de la plataforma.

Las Conclusiones del Abogado General Spuznar de 11 mayo 2017 (puntos 45 a 51) probablemente resultaban más rigurosas que la STJUE 20 diciembre 2017 en la fijación de los parámetros para considerar que las plataformas de interconexión entre conductores y pasajeros ejercen una influencia decisiva en la organización del servicio de transporte subyacente, pues además de los parámetros acogidos en la STJUE 20 diciembre 2017 observó, como circunstancia relevante, que Uber Systems Spain S.L. organizaba el mercado, adaptando la oferta a las condiciones la demanda, mediante la fijación de tarifas ventajosas para los conductores en función de la mayor demanda de servicios en horas y lugares concretos.

Por su parte, la citada Comunicación de 2 junio 2016 de la Comisión sobre una agenda europea para la economía colaborativa señaló que el nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios deberá valorarse caso por caso y dispuso algunos criterios clave, no del todo coincidentes con los de la STJUE 20 diciembre 2017, pues a la fijación –que no mera recomendación- de precios y a la imposición de otras condiciones que determinan la relación contractual entre el prestador del servicio subyacente y el cliente, añade como criterio a valorar que la plataforma sea propietaria de los activos empleados para prestar el servicio subyacente, lo que no ha sido tomado en consideración por la STJUE 20 diciembre 2017[[7]](#footnote-7). A estos criterios, añade la Comunicación otros que se pueden sumar como indicios, si bien parece que en un segundo nivel de importancia, como son que la plataforma asuma los gastos y el riesgo empresarial propio de la prestación del servicio subyacente y la existencia de una relación laboral entre el operador de la plataforma y la persona que presta el servicio.

Aclara además la Comunicación sobre una agenda para la economía colaborativa que el ofrecimiento por parte de las plataformas de economía colaborativa al prestador del servicio subyacente de ciertos servicios auxiliares, como la gestión de los pagos, el ofrecimiento de la cobertura de un seguro o de servicios postventa, no constituye por sí mismo una prueba de influencia y control por lo que respecta al servicio subyacente, como tampoco la oferta de mecanismos de evaluación o calificación de los proveedores por los usuarios.

En definitiva, la STJUE 20 diciembre 2017, las Conclusiones del Abogado General Szpunar de 11 mayo 2017 y la Comunicación de la Comisión sobre una agenda para la economía colaborativa de 2 junio 2016, acogen unos parámetros no coincidentes acerca de la cuestión capital de cuando una plataforma de economía colaborativa influye de manera decisiva en la organización de la prestación del servicio subyacente y, además, insisten en que estos parámetros son puramente orientativos. Ello da muestra de la dificultad de dar una definición positiva del concepto “influencia decisiva en la organización del funcionamiento del servicio subyacente”, con la inseguridad jurídica que ello conlleva en los propietarios de las plataformas de economía colaborativa que desconocen exactamente cuál es la línea roja que no deben traspasar para seguir siendo empresas que prestan un servicio de la sociedad de la información y no convertirse en prestadores del servicio subyacente, sujetos al régimen de licencias y a los distintos requerimientos regulatorios previstos para cada sector por los distintos ordenamientos nacionales.

Con las pautas sentadas por la STJUE 20 diciembre 2017 sólo se puede aspirar a excluir, en sentido negativo, del concepto de influencia decisiva en la organización de la prestación del servicio subyacente algunas hipótesis:

- La actividad de las plataformas no transaccionales, que se limitan a ofrecer publicidad en línea o a ofrecer enlaces a las webs de los distintos proveedores u otro tipo de información para contactar con ello.

- La actividad de mera intermediación consistente en la facilitación del software o de las herramientas técnicas para la conclusión de los contratos entre proveedores y usuarios, sin que el operador de la plataforma imponga el precio u otras condiciones esenciales de la prestación del servicio subyacente, ni seleccione a los proveedores, ni ejerza un control activo y disciplinario sobre la actividad de los proveedores o sobre las condiciones de los bienes con los que se presta el servicio subyacente.

- La facilitación al prestador del servicio subyacente de alguna actividad accesoria a la de intermediación, como la gestión del cobro, cobertura de seguros o un servicio post venta.

- El establecimiento de mecanismos de evaluación o calificación de los prestadores de servicios subyacentes.

- La mera recomendación, que no imposición, de precios.

En definitiva, las plataformas de economía colaborativa, tras la doctrina del TJUE 20 diciembre 2017, si quieren seguir amparadas por el principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información y mantenerse además al margen de la responsabilidad frente a los usuarios por los defectos en la prestación del servicio, se ven compelidas a realizar una mera actividad de intermediación, aportando las herramientas técnicas necesarias para permitir el encuentro de oferentes, profesionales o no, y demandantes, pudiendo recomendar, que no imponer, las tarifas, y ofrecer algún servicio meramente accesorio, como la gestión del pago o un seguro de cobertura.

**El régimen de responsabilidad sobre el plano administrativo, competencial y contractual que se cierne sobre las plataformas de economía colaborativa si influyen de manera decisiva en la organización del funcionamiento del servicio subyacente puede actuar como un desincentivo para que las mismas se impliquen en controlar los niveles de calidad y seguridad de los servicios que se prestan a través de las mismas. Por ello, los operadores de las plataformas tenderán a abandonar el control de la calidad a los sistemas reputacionales fundados en las valoraciones de los propios usuarios que con sus opiniones expulsarán del mercado a los malos prestadores del servicio subyacente.** El problema es que estas opiniones se fundan en los aspectos perceptibles del servicio, fundamentalmente su calidad y el precio, pero no en otros aspectos no perceptibles por el usuario, no por ello menos importantes, como los que tienen que ver con las condiciones de seguridad con las que se presta el servicio[[8]](#footnote-8). Por ejemplo, en el ámbito del transporte compartido no habrá opiniones de usuarios acerca de si un vehículo ha pasado las revisiones técnicas o si tiene el seguro de responsabilidad civil en vigor o en el ámbito de los arrendamientos turísticos acerca de si la instalación de gas natural de una vivienda es segura.

**III. CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DEL OPERADOR DE LA PLATAFORMA COMO PRESTADOR DEL SERVICIO SUBYACENTE**

III.1. Consecuencias en el plano regulatorio y sancionador

La actividad de mera intermediación de los operadores de las plataformas de economía colaborativa, por ser un servicio que se realiza a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario, es un servicio de la sociedad de la información (art. 2.a directiva 2000/31 sobre servicios de la sociedad de la información) y en cuanto tal, conforme al art. 4.1 de la directiva 2000/31, no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes.

Al respecto, como se desprende del considerando 54 y del art. 3.1 de la directiva 2006/123 sobre libre prestación de servicios en el mercado interno, las disposiciones de esta última directiva no puede justificar el sometimiento de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a un régimen de autorización, ni aún en el caso de que concurrieran los requisitos del art. 9 de la directiva 2006/123 de libre prestación de servicios. Por consiguiente, ni por razones imperiosas de interés general se podría exigir a los operadores de las plataformas una autorización ni otros requisitos con efectos equivalentes para realizar su labor de intermediación por vía electrónica.

Sin embargo, cuando el operador de la plataforma, por ejercer una influencia decisiva en la organización del funcionamiento del servicio subyacente, sea considerado él mismo el prestador del servicio subyacente, estará sujeto al régimen de autorización y a todos los requerimientos regulatorios sectoriales que disciplinan la actividad concreta que se realice a través de la plataforma.

Así, la STS (Secc. 3ª), Núm. 2018/210, de 25 enero 2018 (RJ 2018/272), siguiendo los criterios establecidos por la STJUE 20 diciembre 2017, consideró que la actividad desarrollada por Uber B.V no era un mero servicio de intermediación, sino que constituye una parte sustancial de la prestación del servicio de transporte de viajeros que se organiza a través de la plataforma de la que es propietario, estando por ello su actividad sujeta a la autorización exigida por el artículo 42.1 de Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.[[9]](#footnote-9)

Conviene aclarar en el ámbito concreto del transporte de pasajeros que si bien, con carácter general, el régimen de autorización exigido en su caso a los operadores de las plataformas para la realización de los distintos servicios subyacentes estaría limitado por los principios de necesidad y proprocionalidad de los arts. 9 y 10 de la Directiva 2006/123 de libre prestación de servicios, los servicios de transporte están excluidos del ámbito de aplicación de dicha directiva (art. 2.2.d), por lo que no habiendo un marco reglamentario común de un concreto servicio de transporte –y no lo hay respecto del transporte urbano no colectivo- los estados miembros son libres de establecer las restricciones que consideren oportunas a dicha actividad[[10]](#footnote-10).

III.2. Consecuencias en el plano del derecho de la competencia

La calificación del operador de la plataforma como proveedor del servicio subyacente, al suponer que el mismo esté sujeto al régimen de autorización y a las condiciones exigidas para el ejercicio de dicha actividad, conlleva también que el operador, en caso de incumplimiento de dichas normas sectoriales pueda incurrir en las prácticas comerciales desleales tipificadas en el art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal (en adelante, LCD), por infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (art. 15.2 LCD) o por infracción, en general, de normas de la que el infractor obtenga una ventaja competitiva significativa (art. 15.1 LCD).

En tal caso, puede ejercitar contra el infractor una acción de cesación de la conducta desleal (art. 32.1.2ª LCD) cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal (art. 33.1 LCD) y las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros (art. 33.2 LCD).

Como quiera que en el modelo de economía colaborativa el ejercicio de acciones de cesación contra la multiplicidad de personas concretas que provean bienes o servicios a través de las plataformas parece ilusoria, resulta una cuestión trascendental si los operadores de la plataforma están legitimados pasivamente para soportar la acción de cese por incurrir en los ilícitos de los arts. 15.1 y 15.2 LCD.

Esta cuestión fue precisamente el objeto de la STJUE 20 diciembre 2017 (Asunto, C-434/15, Asociación Profesional Taxi Élite vs Uber Systems Spain, S.L), que respondía a la cuestión prejudicial planteada por el JMerc Nº 3 Barcelona acerca de si la actividad realizada por Uber Systems Spain, con carácter lucrativo, de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, gestionando los medios informáticos -interfaz y aplicación de software “teléfonos inteligentes y plataforma tecnológica”- que permitan su conexión, debe considerarse una actividad de transporte o ha de considerarse un mero servicio de intermediación, propio de la sociedad de la información en los términos que define el art. 2.a directiva 2000/31 sobre servicios de la sociedad de la información.

Conforme a los criterios ya analizados que ofrece la STJUE 20 diciembre 2017, si la actividad realizada por el operador de una plataforma que conecta mediante una aplicación para teléfonos inteligentes a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano se integra en un más amplio servicio de transporte, entonces esta actividad está sujeta al régimen de autorización y a las condiciones de ejercicio previstas por la normativa nacional.

Sentada esta premisa, corresponde a los órganos judiciales nacionales evaluar si el operador de la plataforma ha infringido las normas nacionales reguladoras de esta actividad y si esta infracción es constitutiva de un acto de competencia desleal, en el caso del ordenamiento español, por incardinarse en los supuestos del art. 15.1 o 15.2 LCD.

En este sentido, la SJMerc Nº 3 de Barcelona 10 abril 2018 –que resuelve el litigio principal que dio lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE 20 diciembre 2017- consideró que la entidad Uber Spail System S.L. no había cometido actos de competencia desleal por infracción de normas de los arts. 15.1 o 15.2 LCD, - en concreto, se invocaba en la demanda la infracción de la Ley 9/2003, de 34 de julio, del Taxi en Cataluña y el Reglamento Metropolitano del Taxi, de 22 de julio de 2004- ni tampoco por actos de engaño del art. 5 LCD o por infracción de la buena fe del art. 4 LCD y desestimó la pretensión en la que se solicitaba el cese “*en la conducta desleal consistente en dar apoyo a otras sociedades del grupo Uber proveyendo servicios "on demand" de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles y por internet siempre y cuando ello esté directa o indirectamente vinculado con el uso de la plataforma digital UBER en España”.* La razón de este fallo desestimatorio estriba esencialmente en la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada, pues no es Uber System Spain, sino otra empresa del Grupo Uber, quien crea y gestiona la plataforma informática a través de la cual se ponen en contacto a los conductores con los pasajeros, limitándose la entidad demandada a prestar otros servicios indeterminados de soporte a otras empresas del Grupo Uber. Bajo estas premisas, que son sustancialmente fácticas, no puede considerarse que Uber System Spain preste un servicio de intermediación integrado en un más amplio servicio de transporte que estuviera sujeto a la licencia preceptiva del art. 42.1 de Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres –que sería en su caso la norma verdaderamente infringida y no Ley 9/2003, de 34 de julio, del Taxi en Cataluña y el Reglamento Metropolitano del Taxi, puesto que la actividad realizada por los conductores a través de la plataforma Uber es un transporte urbano no colectivo distinto del taxi - sin perjuicio de que, como apunta la propia sentencia, si pudiera haber infringido dicha norma, obteniendo una ventaja competitiva significativa, otras empresas del Grupo Uber.

III.3 Consecuencias en el plano de la responsabilidad por los datos alojados

El operador de la plataforma, en cuanto que se limite a realizar un servicio de intermediación, prestado a distancia, por vía unilateral y a petición de un usuario es un prestador de servicios de la sociedad de la información, en concreto un prestador de servicios de almacenamiento de datos y por tanto en virtud del art. 14.1 de la directiva 2000/31 no puede ser responsable de los datos almacenados a petición de los prestadores de los servicios. Por tanto, el operador de la plataforma no está obligado a realizar un control previo de la veracidad de las ofertas que publica.

Sin embargo, la regla de la irresponsabilidad por los datos almacenados puede ceder en una serie de supuestos. En primer lugar, según el art. 14.1 de la directiva 2000/31 cuando el prestador de servicios de almacenamiento tenga un conocimiento efectivo de que la información que aloja es ilícita y no proceda de inmediato a retirarla[[11]](#footnote-11).Tampoco puede beneficiarse el operador de la plataforma de la exención del art. 14.1 de la directiva 2000/31 cuando el destinatario actúe bajo la autoridad del prestador de servicios de alojamiento (art. 14.2 directiva 2000/31), lo que enlaza con el supuesto estudiado de que el operador de la plataforma ejerza una influencia decisiva en la organización de la prestación del servicio subyacente.

Pero, yendo más allá, la STJUE 12 julio 2011 (Asunto C-324/09 L’Oréal/eBay), condiciona la aplicación del régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento del art. 14.1 de la directiva 2000/31 a que su actividad se limite a un tratamiento meramente neutro, pasivo, técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes (apartado 113), lo que no ocurre cuando el operador presta una asistencia activa consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas (apartado 116).

III.4. Consecuencias en el plano de la responsabilidad contractual por incumplimiento del proveedor

En virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 CC), el operador de la plataforma que se ha limitado a intermediar entre proveedor y usuario es un tercero respecto del contrato que vincula a aquellos dos y no responde del incumplimiento de ninguna de las dos partes. En este sentido, los operadores de la plataforma en sus condiciones de uso insisten en su condición de meros intermediarios.

En cambio, si el operador de la plataforma por ejercer una influencia decisiva en la organización del servicio subyacente fuera tenido por el prestador del servicio subyacente, entonces vendría contractualmente obligado frente al usuario a garantizar el cumplimiento correcto de la prestación. Esta responsabilidad contractual podría incardinarse en el art. 1.258 CC, en virtud del cual, según las circunstancias del caso, el contrato que liga al usuario con el operador de la plataforma no obligaría sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado -esto es, la prestación de un servicios de intermediación entre usuario y proveedor- sino a todas las obligaciones que conforme a la buena fe pudiera legítimamente esperar el usuario, entre las cuales, podrían estar la de responder por el incumplimiento del proveedor, si el usuario pudo percibir que la prestación del servicio subyacente se ejercía bajo el control y la influencia decisiva del operador de la plataforma[[12]](#footnote-12). En tal caso, la cláusula incluida en las condiciones de uso del operador de la plataforma por la que se autocalifica como mero intermediario resultaría nula por abusiva conforme al art. 86.7 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TR-LGDCU), por suponer la imposición de una renuncia a los derechos del consumidor y conforme al art. 89.1 TR-LGDCU por suponer la declaración de conformidad del consumidor con hechos ficticios.

Similar es el criterio que sigue la propuesta académica de directiva de plataformas en línea elaborada por el Research group on the Law of Digital Services[[13]](#footnote-13), que en su art. 18 estipula que el operador de la plataforma es responsable por el incumplimiento de la prestación del proveedor si el usuario puede razonablemente esperar que el operador ejerce una influencia determinante sobre el proveedor, estableciendo una serie de parámetros para evaluar cuando el usuario puede tener esta expectativa: como que el contrato entre el proveedor y el usuario se concluya a través de herramientas facilitadas por la plataforma, que el operador de la plataforma pueda reciba el precio realizado por el usuario, que los términos del contrato entre el proveedor y el usuario sean esencialmente determinados por el operador de la plataforma, que el operador de la plataforma facilite al proveedor una imagen uniforme o una marca comercial o que la publicidad y la estrategia de marketing sea fijada por el operador de la plataforma y no por el proveedor.

**Bibliografía**

- Allen, D and Berg, C. “The Sharing Economy. How over-regulation could destroy an econcomic revolution”, *Institute of Public Affairs*, Melbourne, 2014, pp. 1 a 39.

- De Franceschi, A., “Uber Spain and the “Identity Crisis” of Online Platforms”, *EuCML*, (2018),1, p. 1 a 4.

- Koopman, C., Mitchell, M., and Thierer, A, “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change, Nº 8, (2015), pp. 530 a 545.

- Ortega Doménech, P., “La regulación de la economía colaborativa (El caso Uber contra el taxi)”, Revista CEF-Legal, Nº 175-176, 2015, pp. 61-104.

- Smorto, G., “The Sharing Economy as a Means to Urban Commoning”, *Comparative Law Review*, Volume 7, Issue 1 (2016), (disponible at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3098053>), pp. 1 a 22.

- Sundararajan, A., *The Sharing Economy,* ed. The MIT press, Cambrigde (Massachusetts), 2017.

- Vilalta Nicuesa, A.E, “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 765 (2018), pp. 275 a 330.

1. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto “Marco Jurídico Privado de la Economía Colaborativa: la protección del Usuario” (DER2016-78139-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, correspondiente al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los retos de la sociedad. [↑](#footnote-ref-1)
2. El art. 2.a de la directiva 2000/31 al definir los servicios de la sociedad de la información, se remite al art. 1.2 de la directiva 98/34/CE de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, en los términos en los que fue modificada por la directiva 98/48, según el cual, es todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. [↑](#footnote-ref-2)
3. Por una desregulación de la economía colaborativa y por un estatuto de total irresponsabilidad del operador de la plataforma abogan entre otros entre otros, Allen, D. and Berg, C. “The Sharing Economy. How over-regulation could destroy an econcomic revolution”, *Institute of Public Affairs*, Melbourne, 2014 ([www.ipa.org.au](http://www.ipa.org.au)); Koopman, C., Mitchell, M., and Thierer, A, “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change, Nº 8 (2015), pp. 530 a 545; Sundararajan, A., *The Sharing Economy,* ed. The MIT press, Cambrigde (Massachusetts), 2017, pp. 146 a 158. Una crítica a la tendencia desregulatoria de la economía colaboraiva ofrece Smorto, G., “The Sharing Economy as a Means to Urban Commoning”, *Comparative Law Review*, Volume 7, Issue 1, (2016), (disponible at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3098053>), pp. 1 a 22, en especial, pp. 9 a 11. [↑](#footnote-ref-3)
4. SWD (2016) 184 final. [↑](#footnote-ref-4)
5. Estos criterios han sido reiterados en la STJUE 10 abril 2018 (TJCE 2018/70) (Asunto C-320/26, Uber France SAS). [↑](#footnote-ref-5)
6. Según el concepto de economía colaborativa que ofrece la Comunicación de la Comisión sobre una agenda para la economía colaborativa, op. cit, p. 3*“A los efectos de la presente Comunicación, el término «economía colaborativa» se refiere modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.”* [↑](#footnote-ref-6)
7. De Franceschi, A., “Uber Spain and the “Identity Crisis” of Online Platforms”, *EuCML*, (2018),1 p.2, considera positivo el cambio de enfoque de la STJUE 20 diciembre 2017, respecto del más restrictivo de la Comisión expresado en la Comunicación sobre una agenda para la economía colaborativa, pues manifiesta una tendencia a destapar el velo utilizado por las plataformas para esconder su auténtico rol contractual. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ortega Doménech, P., “La regulación de la economía colaborativa (El caso Uber contra el taxi)”, Revista CEF-Legal, Nº 175-176, 2015, pp. 61-104, p. 94. [↑](#footnote-ref-8)
9. Aclara la referida sentencia que la normativa infringida por Uber B.V. no es la normativa propia de la regulación del Taxi, pues la actividad desarrollada a través de esta plataforma no es la de taxi, sino la de un transporte urbano de pasajeros no colectivo, distinta del taxi, pero que está sujeta a la preceptiva licencia exigida por el art. 42.1 de la Ley 16/1987, que supedita, en general, la realización del transporte público de pasajeros a la posesión de una autorización que habilite para ello, expedida por el órgano competente de la Administración General del Estado o, en su caso, por el de aquella Comunidad Autónoma en que se domicilie dicha autorización, cuando esta facultad le haya sido delegada por el Estado. [↑](#footnote-ref-9)
10. STJUE 22 diciembre 2010 (TJCE 2010/409) (Asunto C-338/09, Yellow Cab vs Verkehrsbetrieb). [↑](#footnote-ref-10)
11. La STJUE 12 julio 2011 (Asunto C-324/09 L’Oréal/eBay, apartado 120) ha señalado que para que se le niegue al prestador de un servicio de la sociedad de la información la posibilidad de acogerse a la exención de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31, 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 añade (apartado 121) que encaja en este supuesto tanto la hipótesis de que el operador de un mercado electrónico descubra la existencia de una actividad o información ilícitas como consecuencia de una investigación realizada por su propia iniciativa como la hipótesis de que le sea notificada la existencia de este tipo de actividad o información y, en relación al segundo caso, si bien es cierto que el hecho de que se realice una notificación no determina automáticamente que el operador pierda la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, puesto que la notificación de la existencia de actividades o informaciones supuestamente ilícitas puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada, no es menos cierto que tal notificación constituye, como regla general, un elemento que el juez nacional debe tomar en consideración para apreciar, habida cuenta de la información que se ha comunicado de este modo al operador, si éste tenía realmente conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar ese carácter ilícito. [↑](#footnote-ref-11)
12. Desde una perspectiva similar, Vilalta Nicuesa, A. E, “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 765 (2018), pp. 275 a 330. pp. 286 y 287 afirma que de existir una relación de dependencia entre operación de la plataforma y proveedorla relación jurídica entre ambos pueda ser calificada de integración y el operador de la plataforma digital intermediaria podría devenir corresponsable de la actividad desarrollada por el integrado frente a los terceros. [↑](#footnote-ref-12)
13. Puede consultarse, junto con un comentario de los autores, en EuCLM, 4/2016, p. 165 a 169; <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2821590> y también en <https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms/downloads.html> [↑](#footnote-ref-13)