



LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO
EUROPEO Y EL IMPACTO DE LA
DIGITALIZACIÓN

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL (UB)
TITULAR DE LA CÀTEDRA JEAN MONNET (UB)

WORKING PAPER 3/2019

**WORKING PAPERS
JEAN MONNET CHAIR**



**EUROPEAN
PRIVATE LAW**

 UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Resumen: El artículo muestra la evolución del Derecho privado europeo de contratos y los problemas inherentes a la armonización legislativa y muestra los retos que trae aparejada la digitalización para el Derecho privado europeo y nacional.

Título: La armonización del Derecho privado europeo y el impacto de la digitalización

Palabras clave : armonización mínima y máxima, marco común de referencia, CESL, compraventa, contenidos digitales, plataformas, contenidos ilícitos, inteligencia artificial.

Abstract: The article shows the evolution of European private contract law and the problems of legislative harmonisation and shows the challenges that digitisation brings to European and national private law.

Title: The harmonization of European private law and the impact of digitalization

Keywords: minimum and maximum harmonisation, common frame of reference, CESL, sales, digital content, platforms, illegal content, artificial intelligence

Índice

| | |
|--|----|
| I. INTRODUCCIÓN | 4 |
| II. ¿PARA QUÉ ARMONIZAR EL DERECHO PRIVADO? | 6 |
| III. LAS TÉCNICAS ARMONIZADORAS..... | 7 |
| 1. Estrategias recientes..... | 7 |
| 2. Tras el fracaso del CESL, alternativas que podían vislumbrarse | 8 |
| 3. Retorno a la técnica de la armonización plena..... | 10 |
| IV. EL DERECHO CONTRACTUAL Y LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO <i>ONLINE</i> | 14 |
| 1. Nuevos modelos de negocio <i>online</i> y responsabilidad social de los intermediarios | 14 |
| 2. El comercio electrónico a través de plataformas..... | 18 |
| 3. Inteligencia artificial en la contratación..... | 22 |
| V. REFLEXIONES FINALES | 25 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA | 26 |

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho privado se ha europeizado a través de una pluralidad de vías. Las iniciativas académicas que constituyen el llamado *soft law* han contribuido a sentar las bases doctrinales para un desarrollo ordenado de lo que, en el mejor de los casos, habrá podido llegar a ser derecho legislado;¹ la jurisprudencia europea del TJUE ha aclarado multitud de normas del llamado Derecho primario y secundario;² y la Comisión Europea ha elegido distintas estrategias a la hora de legislar, procurando combinar una perspectiva sectorial (regulación de algunos contratos en particular) con un enfoque horizontal (regulación de cuestiones comunes a distintos contratos).³

Las páginas que siguen muestran a grandes rasgos cuál ha sido hasta la fecha el recorrido del Derecho privado europeo, con especial atención en el Derecho civil de contratos y, muy en particular, el Derecho contractual de consumo (ex arts. 114, 169 TFUE).⁴ Ese recorrido se hará aprovechando la explicación sobre los problemas derivados de los distintos niveles de armonización. Desde el punto de vista del Derecho sustantivo, no interesa tanto detenerse en el pasado reciente, que tan bien ilustra la importancia del TJUE en el desarrollo de la Directiva 93/13⁵ (y su impacto en

¹Incluyen las iniciativas académicas cuando se refieren a la europeización del Derecho, MICHAELS, Ralf – JANSEN, Nils, ¿“Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization”, *American Journal of Comparative Law* (AJCL), 2006, 54, [pp. 843-890], pp. 862-863. En el ámbito contractual, las propuestas de *soft law* elaboradas por la doctrina y de más renombre son los Principios de Derecho Comercial Internacional (PICC), los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Proyecto de Código Civil Europeo de Pavía, los ACQP Principles, o el Marco Común de Referencia (DCFR); en el ámbito del Derecho de bienes, destacan los Principios of European Trust Law (PETL). Aquí también se hará referencia a iniciativas más recientes, como las reglas creadas por un grupo de trabajo sobre plataformas en el seno del *European Law Institute* (ELI), que sin duda están llamadas a influir en el legislador. Para una breve aproximación a algunos de esos proyectos académicos, *vid.* HARTKAMP, Arthur, *European Law and National Private Law*, Cambridge et al., Intersentia, 2016, 2ª ed., pp. 267-277. Resumidamente, SCHULZE, Reiner – ZOLL, Fryderyk, *European Contract Law*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2018, 2ª ed., pp. 24-29.

²En particular, *vid.* recientemente, KINDL, Johann – ARROYO VENDRELL, Tatiana, *Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen / Jurisprudencia del TJUE y su impacto en el Derecho privado nacional*, Baden-Baden, Nomos, 2019.

³Sobre Derecho privado y Derecho primario y secundario, *vid.* HARTKAMP, *European Law...*, pp. 29 ss, pp. 135 ss., pp. 211 ss. Se deja aquí de lado el Derecho que emana del Consejo de Europa. Sobre el particular, GARCIA, Kiteri, *Le droit civil européen. Nouvelle matière, Nouveau concept*, Bruxelles, Larcier, 2008; HARTKAMP, *European Law...*, pp. 173 ss.

⁴Sobre el alcance de la competencia para legislar en materia de Derecho privado, *vid.* WEATHERILL, Stephen, “Competence and European private law”, en TWIGG-FLESNER, Christian (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 58-69; WEATHERILL, Stephen, *Contract Law of the Internal Market*, Cambridge, Intersentia, 2006; TWIGG-FLESNER, Christian, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, Abingdon (U.K.), Routledge, 2013, pp. 26-38; HEIDERHOFF, Bettina, *Europäisches Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 2016, 4ª ed., pp. 7-15.

el derecho procesal español), cuanto hacerlo en el presente y futuro más inmediatos. Por citar solo dos grandes hitos, en los años venideros habrá que afrontar la reforma de las Directivas sobre crédito, al consumo e inmobiliario, en cumplimiento de las normas que prevén su revisión cada cinco años,⁶ y además, habrá que ensayar nuevas propuestas para afrontar los retos que trae aparejada la digitalización.⁷ Aquí solo se va a realizar una aproximación selectiva a esto último, que tratará de combinar la explicación de lo que ya se ha hecho y de lo que aun está por hacer. Con todo, hay que tener en cuenta que los retos a que se ha aludido son de muy diversa índole, que afectan por igual al Derecho (en el ámbito del contrato, la propiedad, la responsabilidad, o la privacidad) y la economía, en particular la colaborativa basada en los datos,⁸ y que su análisis requiere el auxilio de otras tantas disciplinas, como la sociología (de las redes), los algoritmos y la robótica, por poner solo algunos ejemplos.⁹ Ello ya indica, pues, que aquí solo se podrá dar una visión parcial.

⁵Al respecto, *vid.* la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Bruselas, XXX[...] (2019) XXX draft), disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/uctd_guidance_2019_es_0.pdf (última consulta: 11.12.2019)

⁶En relación con el crédito al consumo, *vid.* Evaluation and Fitness Check Roadmap, en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-3472049_en. La reforma del crédito inmobiliario apenas se ha iniciado todavía. A propósito del anuncio de revisión, aunque solo en relación con determinados aspectos, *vid.* art. 27.2 Directiva 2008/48, de 23 de abril de 2008, sobre crédito al consumo (DO L 133, de 22 de mayo de 2008) y art. 44 Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre crédito inmobiliario (DO L 68, de 28 de febrero de 2014).

⁷ En general, *vid.* contribuciones de distinto signo en DE FRANCESCHI, Alberto (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge et al., Intersentia, 2016; HARVEY, David, *Collisions in the Digital Paradigm. Law and the Rule Making in the Internet Age*, Oxford and Portland, Hart, 2016; GRUNDMANN, Stefan (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2018; CASTAÑOS CASTRO, Paula – CASTILLO PARRILLA, José Antonio (eds.), *El mercado digital en la Unión europea*, Madrid, Reus, 2019; KINDL, Johann – ARROYO VENDRELL, Tatiana – GSELL, Beate (Hrsg.), *Verträge über digitale Inhalte und ditale Dienstleistungen*, Baden-Baden, Nomos, 2018; FRANCESCHI, Alberto – SCHULZE, Reiner (eds.), *Digital Revolution–New Challenges for Law*, Munich, Nomos-Beck, 2019.

⁸Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “La construcción de una economía de los datos europea”, (COM (2017) 9 final) (Bruselas, 10 de enero de 2017, SWD(2017) 2 final), § 4, pp. 13-15. También, Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy Accompanying the document Communication Building a European data economy (COM(2017) 9 final) (Brussels, 10.1.2017, SWD(2017) 2 final).

⁹Sobre la implantación de los robots en nuestras vidas, muy ilustrativos, FORD, Martin, *El auge de los robots*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 2016; NOURBAKSH, Illah Reza, *Robot fra noi. Le creature intelligenti che stiamo per costruire*, Torino, Bollati Boringhieri Editore, 2017; PALMERINI, Erica, “The interplay between law and technology, or the RoboLaw Project in context”, en PALMERINI, Erica – STRADELLA, Elettra (eds), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 7-26. A propósito de los riesgos -en general, de la inteligencia artificial, LOHSSE, Sebastian – SCHULZE, Reiner – STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden, Nomos-Hart, 2018. *Vid.* Recientemente, Commission Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies, Brussels, 25.4.2018 (SWD(2018) 137

II. ¿PARA QUÉ ARMONIZAR EL DERECHO PRIVADO?

Como ya se ha indicado, una de las acepciones del término “europeización”, seguramente la más común, se asocia o identifica con el Derecho de la Unión Europea, promulgado con la mirada puesta en la consecución de la armonización jurídica, a través de la convergencia de sistemas o su uniformización.¹⁰ Como es sabido, los obstáculos que frenan la expansión del mercado interior son de variada índole y tienen mucho que ver, entre otros, con el transporte, los impuestos, la lengua y la litigación, pero no son menores las cortapisas legales derivadas de una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Tal diversidad jurídica perjudica a los empresarios que desean exportar sus productos, porque deben soportar costes de transacción causados por la necesidad de conocer cuál es el Derecho aplicable en cada Estado al que dirigen su oferta. Esto afecta, especialmente, a las normas de protección de los consumidores. Por otra parte, estos se enfrentan a la incertidumbre de saber si sus derechos estarán igualmente protegidos cuando compren en otro país.¹¹

Un problema particular se refiere a los contenidos digitales, por la duda de si a los contratos a través de los cuales se comercializan tales bienes y servicios se aplican o no determinadas normas que, en la generalidad de ordenamientos, están pensadas para la falta de conformidad de los bienes muebles corporales en una compraventa. Según la Comisión Europea, todas esas circunstancias suponen un freno a la contratación: retraen la oferta, hacen que los precios sean menos competitivos y malogran oportunidades de realizar negocios. Este ejemplo ilustra la necesidad de encontrar soluciones comunes a problemas cada vez más complejos y, además, pone bien de relieve la necesidad de hacerlo antes de que proliferen las legislaciones nacionales, cada una con sus propios criterios.¹²

final); Expert Group on Liability and New Technologies, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies, European Union, 2019.

¹⁰ SCHULZE – ZOLL, *European Contract Law...*, pp. 5 ss; TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation...*, pp. 4-5.

¹¹ Sobre estas cuestiones, que relacionan el Derecho de consumo con el mercado, HEIDERHOFF, *Europäisches Privatrecht...*, pp. 88-90. *Vid.* también nota siguiente.

¹² EM 7 Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019: “[Unas normas armonizadas] [...] evitarían la fragmentación jurídica que de otro modo surgiría con una nueva legislación nacional que regule específicamente los contenidos y servicios digitales.” Con más detalle, esa y otras consideraciones, *vid.* Commission Staff Working Document. Impact Assessment accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods (Brussels, 17.12.2015, SWD(2015) 274 final/2) (documento que corrige y añade anexos al informe previo de 9 de diciembre de 2015), pp. 7 ss; pp. 21-22.

III. LAS TÉCNICAS ARMONIZADORAS

1. Estrategias recientes

La estrategia del Mercado Único Digital adoptada por la Comisión Europea perseguía una aproximación holística a los problemas que podían impedir el pleno desarrollo del comercio a distancia (sobre todo electrónico) de bienes y la expansión del comercio de contenidos digitales.¹³ Una de las estrategias unificadoras consistió en el establecimiento de unas reglas aplicables uniformemente a la compraventa, los contenidos digitales y los contratos relacionados con todos ellos, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL).¹⁴ El reglamento era opcional, de manera que solo se aplicaba con preferencia al Derecho que normalmente debía regir la relación contractual si las partes lo elegían expresamente. El enfoque había sido ensayado previamente en otros ámbitos, pero constituía una apuesta novedosa en el contexto del Derecho contractual europeo y, aparentemente, una ventaja adicional al método tradicional de legislar mediante directivas era que, a la vez que el reglamento contribuía a eliminar los problemas inherentes a la diversidad legislativa (esto es, el adecuado funcionamiento del mercado interior), también evitaba la fragmentación de los Derechos nacionales. Estos ya no se veían reemplazados sino simplemente complementados por la legislación de Bruselas. Así, la puesta a disposición de los contratantes de un *corpus* uniforme e idéntico de reglas no solo permitía eliminar la complejidad inherente a la pluralidad de regímenes jurídicos nacionales, sino que, a la vez, solucionaba el problema de la comprensibilidad y consistencia de los códigos civiles y leyes nacionales. En definitiva, la estrategia del reglamento opcional respetaba los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por consiguiente, también su soberanía, sin renunciar a la ambición de reducir al máximo los problemas inherentes a la diversidad legislativa.

¹³Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa (COM(2015) 192) (Bruselas, 6.5.2015, SWD(2015) 100 final).

¹⁴COM (2011) 635 final, Bruselas 11.10.2011. La norma generó una nada despreciable cantidad de comentarios. Algunos, exegéticos, como SCHULZE, Reiner (ed.), *Common European Sales Law*, Beck. Munich, 2012; SCHMIDT-KESSEL, Martin (Hrsg.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*. Sellier. München, 2014. Otros, comentaban en bloque las distintas secciones. Así, PLAZA PANADÉS, Javier – MARTÍNEZ VELENCOSO, M^a Luz (eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Switzerland, Springer International, 2015; VAQUER ALOY, Antoni – BOSCH CAPDEVILA, Esteve – SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz (eds.), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015. Además, el ya citado SCHULZE – ZOLL, *European Contract Law...*, que cuenta con dos ediciones, en 2016 y 2018. Para una buena y sucinta presentación, *vid.* GÓMEZ POMAR, Fernando – GIL SALDAÑA, Marian, “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, contenido y efectos”, *InDret*, 2012, 1, pp. 1-27 (www.indret.com). Además, ARROYO AMAYUELAS, Esther, “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, 11, pp. 201-228 <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/582/488>.

El Parlamento europeo dio luz verde al proyecto,¹⁵ no sin enmendarlo sustancialmente, pero la Comisión lo retiró con el fin de presentarlo de nuevo “modificado”.¹⁶ Seguramente fueron variadas las razones por las que se abandonó el reglamento opcional y fundamentalmente debieron tener que ver con el nivel de protección de los consumidores, los problemas que planteaba la elección en contratos en que estos eran la parte más débil de la relación, y, en general, con la complejidad que planteaba el sistema tal y como estaba diseñado.¹⁷ En particular, las asociaciones de consumidores no estaban dispuestas a tolerar que los progresos sobre contratos sobre contenidos digitales se presentaran en un instrumento cuya aplicación era opcional, por entender que el empresario no lo aplicaría si era mejor para él continuar rigiéndose por una legislación más ambigua en el sector.¹⁸

2. Tras el fracaso del CESL, alternativas que podían vislumbrarse

Lo cierto es que la Comisión no se prodigó en explicaciones sobre las alternativas que podían vislumbrarse y, salvo dejar clara la necesidad de potenciar el comercio *online*, más bien era reticente a expresar con claridad las propuestas que debían sustituirlo.¹⁹ En particular:

“The Commission will make an amended proposal before the end of 2015 (i) covering harmonized EU rules for online purchase of digital content, and (ii) allowing traders to rely on

¹⁵Para los avatares de la tramitación parlamentaria, MAYER, Hans Peter – LINDEMANN, Julia “Zu den aktuellen Entwicklungen um das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auf EU-Ebene”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (ZEuP), 2014, 1, pp. 1-7.

¹⁶Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Commission Work Programme 2015. A New Start (Annex 2) (Strasbourg, 16.12.2014; COM(2014) 910 final). *Vid.* la medida número 60: “Modified proposal in order to fully unleash the potential of e-commerce in the Digital Single Market.” Expresa su decepción con tal decisión, el nuevo Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, SVOBODA, Pavel, “The Common European Sales Law – Will the Phoenix rise from de Ashes again?”, *ZEuP*, 2015, 4, pp. 689-693.

¹⁷En general, véase, ARROYO, ¿Es el CESL...? y allí bibliografía; también, WRBKA, Stefan, *European Consumer Acces to Justice Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 190-254.

¹⁸*Vid.* BEUC, Digital products: EU consumers need clear rights. BEUC Position Paper, Ref. X/2012/1999 – 10-12-2012, pp. 4-5, 9 <<http://www.beuc.eu/publications/2012-00832-01-e.pdf>> (última consulta: 11.12.2019). Además, *vid.* REYNA, Agustin, “What place for consumer protection in the Single Market for digital content? Reflections on the European Commission’s optional regulation policy”, *European Journal of Consumer Law* (EJCL), 2014, 2, [pp. 333-361], esp. pp. 350 ss.

¹⁹*Vid.* el crítico comentario editorial escrito por ARNOLD, Arnd, “Das Arbeitsprogramm der Kommission für 2015 – wohin führt der Weg?”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* (GPR), 2015, 2, p. 53.

their national laws based on a focused set of key mandatory EU contractual rights for domestic and cross-border online sales of tangible goods”²⁰

A la vista de esa declaración, algunas voces señalaban que la intención de la Comisión era establecer un modelo contractual standard (“*A European Standard Contract*”) con la determinación de los principales derechos y obligaciones de las partes y, puesto que ello se asemejaba demasiado al instrumento opcional que se acababa de dejar atrás, se criticaba lo que se veía como la reintroducción de un nuevo *Common European Sales*, esta vez de carácter “light”. Se desaconsejaba su adopción por entender que esa no era la forma de legislar adecuada según el art. 288 TFUE.²¹ Además, la Comisión parecía sugerir que, junto con el establecimiento de un conjunto de normas comunes imperativas, daría preferencia al derecho imperativo de la ley del vendedor (*country of origin principle*),²² en detrimento del criterio que venía rigiendo hasta la fecha que, de acuerdo con el Reglamento Roma I, determinaba la aplicación de la ley del lugar de residencia del consumidor, si esta le era más favorable que la ley aplicable al contrato.²³ Si esa era la sugerencia, entonces la consecuencia hubiera sido que los consumidores habrían podido continuar demandando a los vendedores en los tribunales de su domicilio,²⁴ pero deberían haber soportado la aplicación de una ley extranjera (la del vendedor) que, seguramente, ni habría recibido la misma interpretación por los jueces de su lugar de residencia, ni acaso tampoco les habría proporcionado la misma protección que el derecho que, de acuerdo con el Reglamento Roma I, debiera considerarse aplicable a los consumidores.²⁵ Sin duda, los riesgos podían minimizarse si las medidas a las que apuntaba la Comisión debían canalizarse

²⁰Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Digital Single Market Strategy for Europe (Brussels, 6.5.2015; COM(2015) 192 final), p. 5.

²¹*Vid.* el Report on Towards a Digital Single Market Act (2015/2147(INI)), de las Comisiones de Industria, Investigación y Energía y de Mercado Interior y Protección del consumidor (Ponentes: Kaja Kallas, Evelyne Gebhardt), A8-0371/2015, de 21 de diciembre de 2015, p. 30.

²² El principio del país de origen, así como el del reconocimiento mutuo, ya estaban anunciados como posibles medidas que podían influir en el grado de armonización de las legislaciones, en la estrategia de la Comisión explicitada en el Libro Verde sobre la revisión del acervo comunitario de consumo (COM(2006) 744, final, de 8 de febrero de 2007), p. 11. Sobre el particular, *vid.* KUNEVA, Meglena: “The European Contract Law and The Review of the Consumer Acquis”, ZEuP, 2007, 4, pp. 955-957.

²³ Cfr. art. 4 y art. 6 Reglamento Roma I.

²⁴*Vid.* arts. 17-19 del Reglamento, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351, de 20 de diciembre de 2012) (Bruselas I bis).

²⁵Sobre el problema de si entonces las normas de protección del consumidor deben considerarse normas de orden público (art. 9 Reglamento Roma I), *vid.* MAŃKO, Rafał, “Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new EU online consumer sales law?”, European Parliamentary Research Service, September 2015 – PE 568.322, pp. 24-26 <<https://uva.academia.edu/RafalManko>> (última visita: 11.12.2019).

mediante una directiva de máximos o un reglamento –dato sobre el que la Comisión guardaba un silencio deliberado²⁶- pero, aun así, ninguna de esas hipótesis evitaba la aplicación de la ley del vendedor en las cuestiones no armonizadas/uniformizadas. Por otro lado, inopinadamente, parecía que la *lex venditoris* solo debía encontrar aplicación al comercio electrónico de bienes tangibles, lo cual implicaba discriminar a los consumidores en función del tipo de adquisición que realizaran. Era arbitrario, aunque se alegara que en el comercio electrónico tradicional (el de bienes muebles corporales o tangibles) ya existía un *acquis communautaire* que otorgaba un conjunto mínimo de derechos a todos los consumidores, mientras que, por el contrario, este era apenas inexistente en el comercio de contenidos digitales (especialmente en lo concerniente a la falta de conformidad y los remedios).

3. Retorno a la técnica de la armonización plena

El 9 de diciembre de 2015 se hicieron públicas dos propuestas de Directiva: la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes²⁷ y la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.²⁸ No eran las medidas que cabía esperar, puesto que lo que la Comisión había anunciado era que iba a modificar la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea y, más que modificarla, lo que hizo fue seleccionar algunas materias de su articulado (referidas, fundamentalmente, a la conformidad, los remedios y las modalidades de ejercicio), para reformularlas en estas nuevas propuestas, que ni eran ya reglamentos, ni eran tampoco opcionales, ni tenían aplicación exclusiva al comercio transfronterizo.²⁹ El Informe sobre la valoración del impacto de las medidas, hecho público por la Comisión en diciembre de 2015, revelaba los pros y contras de los diversos criterios de política jurídica manejados.³⁰ Quedaba

²⁶El Report Towards a Digital Single Market Act (2015/2147(INI)), p. 31, sugería una medida de armonización plena, pero no se pronunciaba sobre si debía ser una directiva o un reglamento: “Taking into account the already far reaching level of harmonisation of EU sales laws, a full harmonisation of EU Sales laws appears preferable particularly in view of the Communication’s declared aim of improved condition for cross-border online sales”.

²⁷Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final; 2015/0288 (COD).

²⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final; 2015/0288 (COD).

²⁹ Vid los primeros análisis, en lengua castellana, en el monográfico de *InDret*, 2016, 3. Además, SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha – SENECHAL, Juliette, “Contrats de fourniture de contenu numérique. Enjeux des négociations en cours sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil (COM(2015) 634 final)”, *Contrats, Concurrence, Consommation*, 2017, février, pp. 21-56.

claro que no era aconsejable seguir por la senda de la armonización mínima, pero tampoco se optaba por el criterio de la aplicabilidad de la ley del vendedor, ni llegó a cuajar la idea de poner a disposición de las partes modelos de contrato de utilización voluntaria. Se volvió la vista al método tradicional de legislar mediante directivas. Concretamente, mediante directivas de armonización plena o máxima específica.³¹ La técnica ya había sido propuesta por la Comisión en el año 2007, en el Libro Verde sobre protección de los consumidores³² y mucho antes había sido puesta en práctica con las directivas sobre comercialización a distancia de servicios financieros (2002)³³ y sobre prácticas comerciales desleales (2005).³⁴ Siguieron luego esa técnica, en parte, la directiva sobre servicios de pago (2007),³⁵ las directivas sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y crédito al consumo (ambas de 2008),³⁶ la directiva sobre derechos de los consumidores³⁷, igual que la directiva sobre viajes combinados (2015)³⁸ o, con cierto relajamiento, la directiva sobre créditos inmobiliarios.³⁹

³⁰ Vid. Commission Staff Working Document. Impact Assessment, pp. 22 ss.

³¹ Sobre la terminología “máxima” o “plena” y “específica”, vid. GUTMAN, Kathleen, *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 31-36.

³² Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, Bruselas, 8 de octubre de 2007 (COM (2006) 0744), p. 11. Brevemente, para la historia de la revisión del acervo comunitario, vid. TWIGG-FLESNER, Christian, “La directiva de los derechos de los consumidores en el contexto del Derecho europeo de consumo”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.) – ARROYO AMAYUELAS, Esther (coord.), *La revisión de las normas nacionales y europeas de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo común de la compraventa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 85-87.

³³ Directiva 2002/65/CE (DO L 271, de 9 de octubre de 2002).

³⁴ Directiva 2005/29/CE (DO L 149, de 16 de junio).

³⁵ Directiva 2007/64/CE (DO L 319, de 5 de diciembre de 2007).

³⁶ Directiva (UE) 2008/122/CE (DO L 33, de 3 de febrero de 2009) y Directiva (UE) 2008/48/CE (DO L 133, de 22 de mayo de 2008).

³⁷ Directiva (UE) 2011/83/UE (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011). Era mucho más ambiciosa la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores (COM (2008) 614 final). Vid., entre muchos, EBERS, Martin, “De la armonización mínima a la armonización plena”, InDret, 1, 2010 (www.indret.com).

³⁸ Directiva (UE) 2015/2302 (DO L 326, de 11 de diciembre de 2015).

³⁹ Un ejemplo es la Directiva (UE) 2014/17 (DO L 60, de 28 de febrero de 2014), que solo es de armonización plena en lo que respecta a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y a las normas sobre cálculo de la tasa anual equivalente (TAE) (art. 2.1).

La armonización plena no permite a los Estados miembros mantener o introducir normas distintas a las previstas por el legislador europeo, ni para aumentar, ni para disminuir el nivel de protección del consumidor.⁴⁰ Es muy invasiva con los Derechos nacionales y por esa razón siempre existen dificultades para lograr un acuerdo a la hora de fijar un estándar común de protección. Esa fue una de las razones del fracaso de la ambiciosa Propuesta de directiva sobre los derechos de los consumidores presentada en el año 2008.⁴¹ Sin embargo, la Comisión Europea hace una lectura distinta del problema y sugiere que la armonización plena es una solución óptima si no se es muy ambicioso en los contenidos y solo se ven afectadas por normas imperativas determinadas cuestiones fundamentales.⁴² Ese criterio, excesivamente laxo en muchos aspectos, es el que finalmente se ha seguido, de nuevo, en las dos directivas recientemente aprobadas (Directiva sobre compraventa, DCV y Directiva sobre contenidos y servicios digitales, DCSD) y que, finalmente, han reemplazado al CESL.⁴³

Efectivamente, en relación con los contratos de compraventa con consumidores, la DCV regula los criterios para determinar la conformidad y la responsabilidad del vendedor (antiguamente conocida como “garantía legal”), la carga de la prueba de la falta de conformidad, y los remedios y sus modalidades de ejercicio, así como las garantías comerciales del productor. También circunscrita al ámbito de los contratos de consumo, el ámbito de aplicación de la DCSD no es del todo coincidente porque además de no efectuar referencia alguna a las garantías comerciales, también regula los efectos de la modificación del contrato de suministro de contenidos digitales por parte del empresario y prevé las obligaciones de las partes en caso de resolución del contrato.

En ambos casos se trata, en definitiva, de armonizar plenamente determinadas normas que se consideran esenciales en los ámbitos contractuales respectivos.⁴⁴ En

⁴⁰ Sobre el concepto de armonización plena o total, *vid.* JOHNSTON, Angus - UNBERATH, Hannes, “European private law by directives”, en TWIGG-FLESNER, Christian (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, [pp. 85-100], p. 88; SCHULZE – ZOLL, *European Contract Law...*, p. 17; GUTMAN, *The Constitutional...*, p. 32.

⁴¹ SVODOBA, “The Common European Sales Law...”, p. 693; SCHULZE, - ZOLL, *European Contract Law...*, p. 17.

⁴² Commission Staff Working Document. Impact Assessment, p. 6: “Instead, the proposed initiative will be targeted and focused on key national mandatory consumer contract law rules which create obstacles to cross-border trade”. *Vid.* también, pp. 52-53: “The ideas of an optional instrument and a comprehensive set of rules regulating practically all relevant issues, as put forward in the Common European Sales Law, has been abandoned. The approach put forward by the preferred option will be focused on targeted consumer mandatory rights that remedy concrete key obstacles to cross-border trade. It will also only replace one single Directive for a specific sector.”

⁴³ Directiva (UE) 2019/770 (DO L 136, de 22 de mayo de 2019) y Directiva (UE) 2019/771, (DO L 136, de 22 de mayo de 2019).

⁴⁴ Cdo 10, 25, 47, 62, 70 DCV, Cdo 9 DSCD.

materia de contenidos digitales se añade que “hasta ahora no estaban reguladas a escala de la Unión ni nacional”.⁴⁵

Por consiguiente, el legislador nacional no puede imponer requisitos formales o sustantivos distintos a los previstos en las respectivas normas, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores. Ahora bien, se advierte que eso es así salvo que la propia norma permita expresamente otra cosa.⁴⁶ En particular, el legislador europeo permite al nacional alargar los plazos de garantía para hacer valer las pretensiones o derechos del consumidor frente al vendedor o empresario,⁴⁷ imponerlos allí donde la DSCD no los prevé,⁴⁸ substituir ese plazo de garantía por otro de prescripción, o añadir este último al primero;⁴⁹ para la compraventa, pueden incluso ampliar el plazo de inversión de la carga de la prueba.⁵⁰

Las Directivas no afectan a las materias que caen fuera del ámbito de aplicación de las respectivas normas, como la formación, la validez y los efectos del contrato, las cláusulas abusivas, los daños o el derecho de repetición del extracontractual del consumidor frente al productor.⁵¹ Eso demuestra que la armonización plena (o máxima) no equivale a una armonización exhaustiva.⁵² Y es por eso, también que, en algunas materias, se deja al legislador la labor de desarrollar lo dispuesto en las respectivas normas. Así, en materia de restitución de las prestaciones, una vez resuelto el contrato de compraventa;⁵³ o en relación con el contenido de las garantías comerciales.⁵⁴ Es igualmente la legislación nacional la debe determinar contra quien debe dirigir la acción de regreso el vendedor o empresario que suministra contenidos

⁴⁵ Cdo 9 DCSD.

⁴⁶ Art. 4 DCV; art. 4 DSCD

⁴⁷ Cdo 41, art. 10.3 DCV; Cdo 56, art. 11.2 II DSCD.

⁴⁸ Cdo 56, art. 11.2 I DSCD.

⁴⁹ Cdo 42, Art. 10.4 y 5 DCV; Cdo 58, art. 11.2 III y 3 II DSCD.

⁵⁰ Art. 11.2 DCV.

⁵¹ Art. 3.6 DCV, art. 3.10 DSCD. Sobre la exclusión de los daños y las cláusulas abusivas, *vid.* Commission Staff Working Document. Impact Assessment, p. 50, pp. 120-121. Con todo, en relación con las cláusulas, *vid.* art. 20.1 DCV.

⁵² Sobre las ambigüedades del término, *vid.* GUTMAN, *The Constitutional...*, pp. 31-36.

⁵³ Cdo 59-60, art. 16.3 II DCV.

⁵⁴ Cdo 62, art. 17.4 DCV.

digitales⁵⁵ y si el consumidor tiene acción directa contra el fabricante o productor de los bienes no conformes.⁵⁶

IV. EL DERECHO CONTRACTUAL Y LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO ONLINE

Como consecuencia de la revolución digital, la Unión Europea ha ido actualizando constantemente el Derecho privado y ello obliga a reordenar y clarificar muy a menudo el Derecho nacional. Así, junto a la promulgación de las dos directivas ya citadas, la Comisión de Jean Claude Juncker también aprobó un Reglamento sobre la portabilidad de los datos,⁵⁷ otro sobre la lealtad de las plataformas que actúan como mercados en línea,⁵⁸ y aun otras normas que, en mayor o menor medida, interactúan con las citadas, como la Directiva de modificación de la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores,⁵⁹ o la Directiva sobre *copyright* en el mercado único digital (DCMUD), que aporta un enfoque nuevo en la regulación de la responsabilidad de las plataformas.⁶⁰ Muchas de esas plataformas se dedican al comercio electrónico y, en un momento u otro, se sirven de la inteligencia artificial para la propia conclusión del contrato. Las consideraciones que siguen a continuación girarán en torno a este tema.⁶¹

1. Nuevos modelos de negocio *online* y responsabilidad social de los intermediarios

⁵⁵ Cdo 63, art. 18 DCV; Cdo 78, art. 20 DSCD.

⁵⁶ Cdo 63 DCV.

⁵⁷ Reglamento (UE) 2017/1128 (DO L 168, de 30.06.2017). Sobre portabilidad, *vid.* además, art 20 del Reglamento (UE) 2016/679 (DO L 119, de 4.05.2016).

⁵⁸ Reglamento (UE) 2019/1150 (DO L 186, de 11 de julio de 2019).

⁵⁹ Directiva (UE) 2011/83 (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011). Dentro del paquete de medidas incluidas dentro del “*New Deal for Consumers*” (“Nuevo pacto con los consumidores”) la recientemente aprobada, el 8 de noviembre de 2019, Directiva “*ómnibus*” modifica esa norma. *Vid.* Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, sobre la mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores (DO L 328, de 18 de diciembre de 2019).

⁶⁰ Directiva (UE) 2019/790 (DO L 130, de 17 de mayo de 2019).

⁶¹ En este apartado, los epígrafes 1 y 3 se nutren de lo previamente publicado en ARROYO AMAYUELAS, Esther, “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), 2020, 1 (en prensa); ARROYO AMAYUELAS, Esther, “Comments to arts. 10-15 E-Commerce Directive”, en SCHULZE, Reiner – STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law*, Baden-Baden, Nomos-Beck-Hart, 2020 (en prensa).

La potencialidad de internet para la comisión de infracciones anónimas, masivas y diarias facilita las demandas de responsabilidad subsidiaria contra el prestador de servicios intermediario que aloja o transmite los contenidos de terceros porque, a diferencia del infractor, que generalmente es anónimo, el intermediario siempre es conocido y puede hacer frente a las indemnizaciones con mayor comodidad.⁶² Si quisiera evitarlas, tendría que asumir unas cargas económicas que podrían llegar a ser desproporcionadas y, además, con ello se incentivaría su rol de policía de internet, con el consiguiente riesgo de ejercer una censura indebida sobre la libertad de expresión, en particular en las plataformas sociales que albergan contenidos generados por los usuarios (e.g. Twitter, Youtube, Flickr, Soundcloud). También podrían resultar lesionados otros derechos fundamentales, como la libertad de información, la protección de datos, o la libertad de empresa.

La Directiva (UE) 2000/31, de 8 de junio, sobre comercio electrónico, trataba de evitar esos resultados con reglas de exención de responsabilidad, conocidas como “puertos seguros”. Se quería evitar que los intermediarios que transmitían o alojaban contenidos ilícitos de terceros pudieran ser considerados responsables, aun no siendo autores de esos contenidos, solo por el hecho de transmitirlos o alojarlos. Se trataba de no poner obstáculos al desarrollo de internet. Sin embargo, hoy, veinte años después de la promulgación de la norma, cuando internet está plenamente incorporado en nuestras vidas, la percepción es que los puertos seguros operan como cláusulas de inmunidad en perjuicio de las víctimas. Por eso algunos Estados Miembros han intentado nuevas acciones para acabar con la piratería (e.g. ley francesa Hadopi o la ley alemana Telemediengesetz)⁶³ o los contenidos ofensivos (e.g. la ley alemana “Network enforcement law”, NetzDG).⁶⁴

⁶² NORDEMANN, Jan Bern, “Liability of *Online* Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?” In-Dept Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-08, January 2018, p. 6, con más referencias; VALKE, Peggy – KUCZERAWY, Aleksandra – OMBELET, Pieter-Jan, “Did the Romans Get It Right? What Delfi, Google, eBay, and UPC TeleKabel Wien Have in Common?”, en TADDEO, Mariarosaria – FLORIDI, Luciano (ed.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, New York, Springer International, 2017, [pp. 101-116], p. 102, y allí más referencias.

⁶³ Vid. LUCCHI, Nicola, “Regulations and Control of Communication: the French Online Copyright Infringement Law (HADOPI)”, 2011, 7 Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper (MPI IPCL RP), pp. 1-28, en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1816287 La suspensión del acceso al prestador de internet fue abrogada en 2013. Alemania también ha modificado la Ley de Telecomunicaciones (*Telemediengesetz* - TMG) con el fin de excluir del privilegio a las plataformas cuya actividad incluye la violación de los derechos de autor (por ejemplo, "The Pirate Bay"). Vid. SPINDLER, Gerald, “Haftung ohne Ende? Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern”, *Multimedia und Recht* (MMR), 2018, pp. 48-52.

⁶⁴ Vid. *Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), de 1.9.2017. Para la crítica, SPINDLER, Gerald, “Internet Intermediary Liability Reloaded. The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law”, 2017, 8, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), pp. 166-179. Además, vid. UK Online Harms White Paper of 9.4.2019

A la vista de la creciente importancia para la economía digital de las plataformas en línea y la sofisticación de las técnicas de filtrado, el debate sobre la necesidad de exigir un rol más proactivo a los intermediarios tampoco se ha hecho esperar en la Unión Europea. La nueva Comisión Europea, presidida por Ursula von Leyden, ya ha anunciado una futura nueva directiva o reglamento sobre servicios digitales que modificará la regulación actual. Parece que la tendencia no será ya velar por la neutralidad de los intermediarios y exigirles que reaccionen (rápidamente) ante las quejas de los usuarios, sino que en el futuro se les exigirá que busquen por su cuenta las ilegalidades. Ese enfoque es mucho más gravoso para las empresas y presenta mucho mayor riesgo de limitar la libertad de expresión y de información.

Aparentemente, la recientemente aprobada DCMUD muestra el modelo a seguir en el futuro.⁶⁵ La infracción del *copyright* siempre ha sido un problema que ha merecido atención específica en el entorno electrónico y digital. La DCE supuso un equilibrio entre los diferentes intereses en juego y, muy en particular, los de la industria de internet y los titulares de derechos de propiedad intelectual.⁶⁶ Sin embargo, la percepción era que existía un modelo de negocio basado esencialmente en la violación de derechos de autor y por eso, al amparo de las directivas sobre *copyright*, el TJUE entendió que el prestador de servicios debía ser considerado directamente responsable, por actos ilícitos de comunicación pública, sin poder acogerse al puerto seguro previsto en la DCE para todo tipo de intermediarios.⁶⁷

Con esos precedentes, la DCMUD pretende que las plataformas cuyo negocio sea reproducir o referenciar de forma automática cantidades significativas de obras visuales protegidas por derechos de autor (e.g. Youtube) concluyan acuerdos con todos los titulares de derechos, con el fin de garantizar la remuneración equitativa de los mismos (se trata de poner remedio al llamado “*value gap*”). Eso se refiere muy en particular a los contenidos generados por los usuarios sin la correspondiente licencia o autorización (e.g. el video casero que utiliza la canción de tercero). Si la plataforma no la obtiene será responsable de un acto ilícito de comunicación pública, lo cual induce a pensar que ya de entrada tratará de evitar que esos contenidos se carguen. El art. 14 DCE, que prevé la exención de responsabilidad, únicamente debería ser de aplicación a los prestadores que no almacenan “una gran cantidad de obras”. El problema radica en concretar ese parámetro o en determinar qué tanto por ciento se entenderá que se

(modificado por última vez, 26.6.2019). Recientemente, en Francia, *vid. la Proposition de loi adoptée par l'Assemblée Nationale visant à lutter contre les contenus haineux sur internet* de 9.7.2019.

⁶⁵Para un exhaustivo análisis de la norma, SPINDLER, Gerald, “¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital”, CDT, 2020, 1 (en prensa).

⁶⁶ Cdo 41 DCE

⁶⁷STJUE C-160/15, de 8 de septiembre de 2016, *GS Media BV* ; STJUE C-527/15, de 26 de abril de 2017, *Stichting Brein* ; STJUE C-610/15, de 14 de junio de 2017, *Stichting Brein vs Ziggo BV* (§§ 26, 29 36-37).

cumple con esa descripción. La DCMUD tampoco se aplica a otros prestadores que no se dedican al negocio, en particular los mercados de venta minorista en línea y los servicios que no tienen finalidad comercial (enciclopedias *online*, repositorios educativos y científicos), plataformas B2B, o servicios de *cloud computing*.⁶⁸ En realidad, los servicios de *cloud computing*, que quedan excluidos, también pueden albergar contenidos masivos (recuérdese el hoy extinto modelo de *Rapidshare*).⁶⁹

A diferencia del art. 14 DCE, que se pronuncia en términos de exención de responsabilidad siempre que se den todos los requisitos previstos por la norma, la DCMUD se expresa en términos de responsabilidad directa de las empresas que no habiendo obtenido una licencia o autorización, después de haber hecho todos los esfuerzos de acuerdo con la diligencia profesional exigible según los elevados estándares de la industria, no hubieran hecho todo lo posible por evitar que esos contenidos se hicieran públicos, o no los hubieran inhabilitado inmediatamente tras recibir una notificación motivada de los titulares de derechos y no hubieran realizado los mayores esfuerzos por impedir en el futuro su reproducción.⁷⁰ Esa actuación está guiada por el principio de proporcionalidad, lo cual exige tener en cuenta, por una parte, “el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio (lo que equivaldría a afirmar: los ingresos y el número de visitantes de las empresas) y “el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios”; y, por otra, la disponibilidad de medios adecuados y eficaces (esto es, el desarrollo técnico presente y futuro) así como el coste de la implantación de medios automatizados para detectar los ilícitos.⁷¹ En particular, las empresas que lleven menos de tres años y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10.000.000 euros deben limitarse a hacer los mayores esfuerzos por obtener una licencia y actuar expeditivamente, al recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web. Es así, salvo que tengan un promedio de visitantes mensuales superior a los 5.000.000. Se remarca expresamente que debe tratarse de empresas emergentes y realmente nuevas, con un volumen de negocios y una audiencia reducidos.⁷²

Naturalmente, el filtrado puede comportar la censura de determinados contenidos cuyo uso está legalmente permitido aunque no concurra el permiso de su titular. Para facilitar el conocimiento de las obras que están siempre permitidas se obliga a los Estados Miembros a adoptar obligatoriamente determinadas excepciones

⁶⁸ Cdo 62, 65 y art. 2.6 II y art. 17.3 II DCMUD.

⁶⁹ SPINDLER, Gerald, “Responsabilidad civil y diligencia de los intermediarios desde la perspectiva de la propiedad intelectual”, *LaNotaria*, 2019, 2 (en prensa).

⁷⁰ Art. 17.4 DCMUD.

⁷¹ Art. 17.5 DCMUD.

⁷² Cdo 67, art. 17.6 DCMUD.

y, en particular, aquellas que garantizan la libertad de expresión de sus usuarios, para fines específicos de cita, crítica, reseña, caricatura, parodia o pastiche.⁷³ Ello asegura que determinados límites se dan en todos ellos, pero la dificultad sigue siendo el grado de sofisticación que es preciso para detectar esos contenidos y también la accesibilidad a los mismos por parte de solo pocas empresas. No debe ser ajeno a ello que el legislador europeo imponga mecanismos de reclamaciones que, sin duda, van a tener que solucionar ese y aun otros problemas. Cómo negar, sin embargo, que no todos los usuarios tienen la misma cultura legal y que muchos no estarán dispuestos a invertir tiempo y dinero en denunciar retiradas indebidas de contenidos legalmente permitidos.

2. El comercio electrónico a través de plataformas

El uso de internet y la tecnología han facilitado el desarrollo de las plataformas de comercio electrónico,⁷⁴ pero la manera en que esas plataformas diseñaban sus servicios no siempre ha permitido saber si, en realidad, tenían el rol de intermediarios de *hosting* que se atribuían, con el fin de quedar exentas de responsabilidad por los contenidos ilícitos de terceros. La Comisión Europea ha sugerido algunos criterios que indican cuándo no es así,⁷⁵ en parte luego seguidos por el TJUE.⁷⁶ Los indicios de que tienen parte en el negocio subyacente serían, entre otros, fijar el precio, establecer las condiciones contractuales, proporcionar los activos como propios,⁷⁷ someter a relación laboral a quien presta el servicio, o sufragar los gastos y asumir la responsabilidad en la

⁷³ Cdo 70 y art. 17.7 DCMUD.

⁷⁴ A propósito de la explotación de este nuevo modelo de negocio y los riesgos que trae aparejado, la bibliografía es ingente. Baste citar las obras más recientes. Así, ORTI VALLEJO, Antonio – RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019; DEVOLDER, Bram (ed.), *Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019; REDINHA, M^a Regina –GUIMARÃES, M^a Raquel – FERNANDES, Francisco Liberal (eds.), *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Newcastle upon Tyne, Cambridge, 2019.

⁷⁵ COM(2016) 356 final, pp. 6 ss.

⁷⁶ STJUE C-434/15, de 20 de diciembre de 2017, *Uber System Spain* (ECLI:EU:C:2017:981) (§§ 39-40); STJUE C-320/16, de 10 de abril de 2018, *Uber France* (ECLI:EU:C:2018:221) (§§ 20-26). *Vid.* ahora STJUE C-390/18, de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland* ((§§ 56-64) (ECLI:EU:C:2019:1112).

⁷⁷ Conviene señalar que TJUE *Uber System* no tuvo en cuenta el criterio de la titularidad de los bienes (§ 37). Lo remarca, MAULTZSCH, Felix, “Contractual Liability of *Online* Platform Operators: European Proposals and established Principles”, *European Review of Contract Law* (ERCL), 2018, 4, [pp. 209-240], p. 226, nota 52. Favorable a esa opinión, TERESKZIEWICZ, Piotr, “Digital Platforms: Regulation and Liability in the EU Law”, *European Review of Private Law* (ERPL), 2018, 8, [pp. 903-920], p. 909; FRANCESCHI, Alberto de, “The Changing Shape of EU Private Law in Response to Digital Innovation”, en CASTAÑOS CASTRO, Paula – CASTILLO PARRILLA, José Antonio (dirs.), *El mercado digital en la Unión europea*, Madrid, Reus, 2019, [pp. 71-90], p. 79.

prestación. En definitiva, a mayor gestión y organización en la selección de los proveedores de contenidos o la manera en que se prestan dichos servicios (por ejemplo, si verifican la calidad y/o fijan el precio), más evidente resulta que la plataforma puede ser considerada también ella misma como proveedora de esos servicios.⁷⁸

También la iniciativa académica del *European Law Institute* (ELI) parte de premisas similares.⁷⁹ En el documento definitivamente aprobado por la Asamblea, el art. 19.2 *ELI Model Rules on online platforms* dispone lo siguiente:

“A la hora de establecer si el cliente puede confiar razonablemente en la influencia predominante del operador de la plataforma, habrá que tener en cuenta en particular los siguientes criterios: a) El contrato entre el proveedor y el cliente se ha concluido exclusivamente a través de las instalaciones que proporciona la plataforma; b) el operador de la plataforma utiliza exclusivamente sistemas de pago que permiten al operador de la plataforma retener los pagos realizados por el cliente o el proveedor; c) las condiciones del contrato entre el proveedor y el cliente vienen esencialmente establecidas por el operador de la plataforma; d) el precio que debe pagar el cliente viene fijado por el operador de la plataforma; e) el operador de la plataforma proporciona una única imagen de los proveedores o una marca; f) la publicidad se centra en el operador de la plataforma y no en los proveedores; g) el operador de la plataforma garantiza el control de la conducta de los prestadores y promete imponer el cumplimiento de sus normas más allá de lo que exige la ley.”⁸⁰

La redacción de esa norma tiene en cuenta la STJUE C-149/15, de 9 de noviembre de 2016, *Wathelet*,⁸¹ que toma en consideración el criterio de la apariencia con la que actúa –en el mundo *offline*– el intermediario profesional que vende por cuenta del consumidor; y también se inspira en la sentencia americana *Obderdorf v Amazon*, que entiende que Amazon no es un mero intermediario a la vista de las obligaciones que asume.⁸²

⁷⁸ En aplicación de esos criterios, *vid.* STS (Sala 3ª) de 25 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:120), a propósito de Uber, a quien considera un servicio de transporte; y SAP Madrid (Sección 28ª) de 18 de febrero de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:1255), a propósito de BlaBlaCar en España, al que considera un servicio de intermediación.

⁷⁹ La Propuesta puede consultarse en BUSCH, Christoph – SCHULTE-NÖLKE, Hans – WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta – ZOLL, Fryderyk, “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 2016, 4, pp. 164-169 y en: https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms/discussion_draft.html (fecha de la última consulta: 26.10.2019); JULL SØRENSEN, Marie, “Draft model rules on online intermediary platforms”, en DEVOLDER, Bram (ed.), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, pp. 173-186. Críticos, TERESKZKIEWICZ, “Digital Platforms...”, pp. 911 ss; MAULTZSCH, “Contractual Liability...”, pp. 209-240.

⁸⁰ Consulto el documento gracias a la amabilidad de Christoph BUSCH, uno de sus redactores.

⁸¹ ECLI:EU:C:2016:840. Además, SWD (2016) 163 final, p. 115. SWD (2016) 163 final, p. 139.

⁸² *Oberdorf v Amazon, Third Circuit of Appeals*, No 18-1041 (3d Cir. 2019): “While we recognize that Amazon exercises online editorial functions, we do not agree that all of Oberdorf’s claims seek to

Entre nosotros se ha sugerido que la responsabilidad de la plataforma por incumplimiento del servicio subyacente, sobre la base de la apariencia creada por el operador, frente al consumidor, de que aquel tenía el control y una influencia decisiva en la organización de ese servicio, tiene buen acomodo en el art. 1258 CC (expectativas que de buena fe pudiera legítimamente esperar el usuario, entre las cuales la de responder por el incumplimiento del proveedor).⁸³ Sin embargo, no existe razón para romper con el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) si se puede entender que, cuando se cumplan los criterios a que antes se ha hecho referencia, la plataforma no puede invocar para sí un rol de intermediaria que en realidad no tiene.⁸⁴ Es ese también el criterio que ofrece el Cdo 22 Directiva sobre viajes combinados:⁸⁵

“La intervención de un empresario como organizador de un determinado viaje combinado debe depender de su participación en la elaboración de ese viaje, y no de la forma en que dicho empresario describa su actividad comercial. A la hora de considerar si un empresario es un organizador o un minorista, ha de resultar indiferente si interviene a efectos de suministro o si se presenta como un agente que actúa en nombre del viajero.” (vid. art. 13.1).

La reciente legislación europea impone a la plataforma que actúa con funciones de intermediación el deber de indicar en qué cualidad actúa el vendedor (si es o no un profesional) con arreglo a la declaración que dicho tercero le haya proporcionado.⁸⁶

treat Amazon as the publisher or speaker of information provided by another information content provider. As previously discussed, Amazon is a “seller” of products on its website, even though the products are sourced and shipped by third-party vendors such as The Furry Gang. Amazon’s involvement in transactions extends beyond a mere editorial function; it plays a large role in the actual sales process. This includes receiving customer shipping information, processing customer payments, relaying funds and information to third-party vendors, and collecting the fees it charges for providing these services.” A propósito de esta sentencia, vid. BUSCH, Christoph, “When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon”, EuCML, 2019, 5, pp. 173–216.

⁸³ PERTÍÑEZ VÍLchez, Francisco, “La economía colaborativa en la estrategia del mercado digital único de la Unión europea”, en CASTAÑOS CASTRO – CASTILLO PARRILLA (eds.), *El mercado digital...* [pp. 129-156], p. 155. Insiste en esa idea, con nuevos matices, PERTÍÑEZ VÍLchez, Francisco, “La responsabilidad del operador de la plataforma como prestador del servicio subyacente”, en ORTI – RUBIO (dirs.), *Propuestas...*, [pp. 141-155], pp. 153-154.

⁸⁴ De ese parecer, RUBIO GIMENO, Gemma, “Responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa y responsabilidad del proveedor del servicio”, en ORTI – RUBIO (dirs.), *Propuestas...*, [pp. 115-140], p. 127.

⁸⁵ Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (DO L 326, 11.12.2015).

⁸⁶ Vid. SWD (2016) 163 final, p. 137. Además, art. 6 bis 1 letra b) introducido en la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores, por el art. 2.5 de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea (DO L 328, de 18 de diciembre de 2019). Se sorprende de que la plataforma no deba comprobar la calidad con la que actúa el vendedor, Loos, Marco, “The Modernization of European Consumer Law: A Pig in a Poke?”, ERPL, 2019, 1, [pp. 113-134], p. 118. También, pero juzga benévolamente la regla, CAUFMAN, Caroline, “New EU Rules on business-to-consumer and platform-to-

Nada se dice sobre las consecuencias del incumplimiento de ese deber, a resultas del cual provoca en el usuario la falsa creencia de que contrata con un vendedor profesional. ¿Debería responder la plataforma del incumplimiento como si fuera la contraparte?⁸⁷ Así lo prevé así expresamente el art. 18 *ELI Model Rules* y, todavía más contundente, el art. 20 *ELI Model Rules* establece que los remedios que se otorgan a quien reclama el cumplimiento son los que corresponden a una relación B2C, aunque la contraparte vendedora fuera un particular no profesional. A fin de cuentas, la plataforma siempre lo es.⁸⁸ Esa misma solución es la que ahora el Cdo 18 DCSD sugiere que pueden adoptar los Estados Miembros:⁸⁹

“[...] Los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales. *Los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva*” (la cursiva es mía).

Conviene señalar que, de acuerdo con el art. 6.1 Reglamento 2019/1150 aplicable en las relaciones de las plataformas con los comerciantes (P2B), y con el fin de evitar la competencia desleal de la plataforma con el empresario a quien aquella presta el servicio,⁹⁰ el mercado en línea no pierde su condición de intermediaria (y, por tanto, tampoco la función de *hosting*) si solo ofrece servicios de naturaleza auxiliar y accesorios (por ejemplo, el seguro de alquiler de coches o el traslado desde el aeropuerto a los hoteles).⁹¹ Eso debería entenderse, naturalmente, sin perjuicio de su propia responsabilidad contractual por el incumplimiento del servicio que ofrece,⁹² o

business relationships”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (MJ), 2019, 24 (4), [pp. 469-479], p. 476.

⁸⁷ DEVOLDER, Bram, “Contractual Liability of the Platform”, en DEVOLDER (ed.), *The Platform...*, [pp. 31-88], p. 60. SWD (2016) 163 final, pp. 139-140.

⁸⁸ JULL SØRENSEN, “Draft model rules...”, en DEVOLDER (ed.), *The Platform...* p. 186. Para la inspiración danesa de la regla, SWD (2016) 163 final, p. 140; JULL SØRENSEN, “Sharing Economy – a Private Law perspective”, en ORTI – RUBIO (dirs.), *Propuestas...*, [pp. 57-79], pp. 69-73.

⁸⁹ SEIN, Karen - SPINDLER, Gerald, “The New Directive on Contracts or the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1”, ERCL, 2019, 15, 3, [pp. 257-279], p. 261.

⁹⁰ Para una primera valoración de la Propuesta, *vid.* BUSCH, Christoph, “Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the Forthcoming P2B Regulation”, en DE FRANCESCHI – SCHULZE (eds), *Digital Revolution...*, pp. 57-74. Antes, el mismo autor “Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie. Der Vorschlag für eine EU-Verordnung über *Online-Plattformen*”, *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* (IWRZ), 2018, pp. 147-152. Además, TWIGG-FLESNER, Christian, “The EU’s Proposals for regulating B2B Relationships on *online* platforms – Transparency, Fairness and Beyond”, *EuCML*, 2018, 6, pp. 222-225.

⁹¹ El criterio de la finalidad principal o de una parte disociable también se encuentra en el art. 1.1 letra a) DSCA; igualmente, Cdo 62 y art. 26 DCMUD.

de la responsabilidad (contractual o extracontractual) por la infracción de las normas sobre competencia desleal (e.g. publicar reseñas y aprobaciones de consumidores falsas).⁹³

3. Inteligencia artificial en la contratación

La tendencia a navegar a través de webs y descargar aplicaciones empieza a verse sustituida por un uso creciente de la inteligencia artificial y los asistentes personales virtuales. La contratación mediante agentes electrónicos inteligentes (*smart assistants*) cabe en la letra y el espíritu de la DCE, pero ningún precepto se refiere expresamente a ella.⁹⁴ Tampoco lo hace ahora la DCSD.⁹⁵

La contratación que tiene lugar entre máquinas plantea algunas cuestiones. Una de ellas es saber si es la máquina quien contrata en realidad o si esta es solo un instrumento que permite comunicar las decisiones de su propietario. Si fuera lo primero, entonces quizás habría que concebir la máquina como un sujeto con personalidad, que actúa por cuenta y/o en nombre del contratante gracias a las normas del mandato; pero esta es una ficción harto improbable y, seguramente, constituye un desafío innecesario y perturbador. La cuestión fue discutida, a propósito de la responsabilidad civil de los robots por los daños causados a terceros. La propuesta del Parlamento Europeo, que sugería otorgarles personalidad jurídica,⁹⁶ fue muy criticada porque proporcionaba el mensaje equívoco de que los robots, que no tienen consciencia, se equiparan a las personas, lo que necesariamente debería tener como consecuencia que no estén ya a su servicio, contrariamente a la finalidad para la que fueron creados.⁹⁷ Así que si la personalidad jurídica de los robots se considera poco

⁹² COM(2016) 356 final, pp. 8-9.

⁹³ Vid. la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, que modifica el Anexo I de la Directiva 2005/29 e introduce nuevos apartados relativo a las prácticas comerciales desleales (nuevo punto 23 ter y quater). Vid. también Cdos 47-49.

⁹⁴ Vid. Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce (Brussels, 18.11.1998, COM (1998) 586 final), p. 12, a propósito del art. 9: “[...] Member States will have to: [...] not prevent the use of certain electronic Systems as intelligent electronic agents”. WEITZENBOECK, Emiliy M., “Electronic Agents and the Formation of Contracts”, *International Journal of Law & Information Technology* (IJL&IT), 2001, 9 (3), [pp. 204-234], p. 224.

⁹⁵ Inicialmente, el Cdo 17 de la Propuesta de DSCD de 2015 plasmaba expresamente el rechazo a cualquier regulación: “Los contenidos digitales son muy relevantes en el contexto de la «internet de las cosas». Sin embargo, conviene abordar cuestiones específicas de responsabilidad relacionadas con la «internet de las cosas», incluida la responsabilidad por los contratos de datos y de máquina a máquina de forma separada”. Esa referencia ha desaparecido de la norma definitivamente aprobada.

⁹⁶ Documento P8_TA(2017)0051, de 16 de febrero de 2017, que contiene una resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre normas de derecho civil sobre robótica, entre cuyas preocupaciones destaca la referida a la responsabilidad civil por los daños que puedan cometer los robots.

deseable, mucho más debe ser así cuando se trata de otorgarla a agentes inteligentes cuyo *software* puede estar distribuido entre distintos servidores y ser manipulado por distintas personas.⁹⁸ La alternativa podría ser entender que la máquina que contrata es el esclavo del que el contratante se sirve (y a quien este conecta y desconecta a placer). Es la propuesta de quienes tienen a la vista el derecho romano y el modelo de responsabilidad del amo por las deudas de sus esclavos, que consideran que el supuesto se podría situar en el ámbito de la representación.⁹⁹ Sin embargo, la posición mayoritaria todavía entiende que la máquina es solo un medio o instrumento de comunicación.¹⁰⁰

Otra cuestión que se plantea es si la contratación a través de agentes o asistentes inteligentes puede equipararse a la contratación individual (*vgr.* telefónica). El asunto interesa porque, si así fuera, quedaría dispensado el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 10 y 11 DCE. Esos preceptos imponen al empresario el deber de proporcionar determinada información al destinatario del servicio antes de concluir el contrato (e.g. informarle de los pasos técnicos en la contratación) y le obligan a observar ciertos requisitos formales en el proceso de contratación (dar aviso de recepción del pedido y poner a disposición mecanismos de corrección de errores). Son exigencias, de carácter más bien técnico, que están pensada para la contratación *online* en la que el prestador de servicios se dirige, a través de medios de comunicación electrónica, a una pluralidad indeterminada de personas y, por eso el legislador europeo dejó abierta la puerta a la no aplicación de esos preceptos en la contratación que tuviera lugar exclusivamente mediante comunicación individual (arts. 10.4 y 11.3 DCE). El problema es que la DCE no aclara el significado de esa expresión y, hasta la fecha, tampoco lo ha hecho el TJUE.

La doctrina considera que la individualidad del medio es importante, pero que no es el único factor a tener en cuenta; aun habría que averiguar si el intercambio de

⁹⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, *Robots y Responsabilidad Civil*, Madrid, Reus, 2018, p. 80; NEVEJANS, Nathalie, “European Civil Law Rules in Robotics”, European Union, 2016, p. 16 (disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>). Se ha dicho también que la aceptación de esa propuesta conllevaría la destrucción de las bases humanistas de Europa. Así, además de NEVEJANS, “European Civil Law...”, p. 16, EIDENMÜLLER, Hörst, “The Rise of Robots and the Law of Humans”, ZEuP, 2017, 4, [pp. 765-777], p. 776.

⁹⁸ LOOS, Marco, “Machine-to-Machine Contracting in the Age of the Internet of Things”, en STAUDENMAYER, Dirk – SCHULZE, Reiner – LOHSSE, Sebastian (eds), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, [pp. 59-81], p. 77.

⁹⁹ Acerca de las *actio institoria* y *exercitoria*, *vid.* ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 52. Traen a colación el argumento, SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk - LOHSSE, Sebastian, “Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An Introduction”, en SCHULZE *et al.* (eds.), *Contracts for the Supply...*, [pp. 11-30], pp. 19-20; tesis a la que se adhiere LOOS, “Machine-to-Machine...”, pp. 77-78.

¹⁰⁰ CHRISTANDL, Gregor, “Chapter 2: Formation of Contracts”, en JANSEN, Nils - ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 320-321.

declaraciones se produce ordinariamente como sucedería por teléfono o carta. Por supuesto, esta característica no puede predicarse de la contratación sin intervención humana llevada a cabo de forma automática mediante agentes electrónicos inteligentes. Las respuestas automáticas que pueda proporcionar una máquina no son humanas y siempre están pre-programadas.¹⁰¹

Por consiguiente, los arts. 10 y 11 DCE no quedan excluidos. Ahora bien ¿su aplicación tiene algún sentido? Si la contratación tiene lugar exclusivamente a través de agentes que actúan automáticamente, cierta información no resulta útil o adecuada al contexto. Por ejemplo, es innecesario informar a la parte contractual sobre los pasos que hay que dar para concluir un contrato (*vgr.* la nevera que conecta directamente y envía órdenes de compra al supermercado *online* cuando las existencias de yogures alcanzan un determinado nivel; o el tac instalado en el coche que contrata con el dispositivo instalado en la autopista para cobrar el servicio sin detenerse).¹⁰² Tampoco se ve cómo o de qué manera una máquina podría realizar un clic inadvertido o, si pudiera escribir una cosa por otra, cómo podría ella misma corregir los errores, ni qué utilidad tendría que un agente inteligente confirmara a otro que ha recibido el pedido en lugar de procesar directamente el envío.¹⁰³

Si el error no puede ser detectado porque la transacción es automática y se produce en un mensaje electrónico generado por un malfuncionamiento del *software*, debería quedar expedito el recurso a las normas generales del Derecho civil para poder impugnar el contrato. La inteligencia artificial debe garantizar que las decisiones del sistema puedan verificarse o corregirse por parte de las personas y que estas puedan intervenir en el proceso de contratación, ya sea confirmando un contrato, ya autorizando uno en particular.¹⁰⁴ Además, a medida que avance la inteligencia

¹⁰¹ WENDEHORST, Christiane, § 312i BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2019, 8. Auflage, Rn 50; SCHIMBACHER, Martin, § 321i BGB, en SPINDLER, Gerald - SCHUSTER, Fabian (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, München, Beck, 2015, Rn 12; BRUNOTTE, Nico, "Virtuelle Assistenten-Digitale Helfer in der Kundenkommunikation", *Computer & Recht*, 2017, 9, [pp. 583-589], p. 588; SEIN, Karin, 'Concluding Consumer Contracts via Smart Assistants: Mission Impossible Under European Consumer Law?', *EuCML*, 2018, [pp. 179-188], pp. 187-188. Sin embargo, *vid.* LODDER, Arno L. - VOULON, Marten B., "Intelligent Agents and the Information Requirements of the Directives on Distance Selling and E-Commerce", *IRLC&T*, 2002, 16 (3), pp. 277-287, p. 285: "[...] if an agent is ordering from a website that facilitates the contracting of agents, the website is designed to contract by individual communication."

¹⁰² *Vid.* LODDER-VOULON, "Intelligent Agents...", pp. 285, 286.

¹⁰³ LODDER-VOULON, "Intelligent Agents...", p. 285.

¹⁰⁴ A propósito del art. II- 3:201 DCFR, Loos, "Machine-to-Machine...", pp. 59-82. *Vid.* Comunicación de la Comisión: Inteligencia artificial para Europa (Bruselas, 25.4.2018, COM(2018) 237 final), p. 16: "La utilización a gran escala de herramientas que se apoyan en la IA en las transacciones entre empresas y consumidores debe ser equitativa, transparente y conforme con la legislación relativa al consumo. Los consumidores deben recibir información clara sobre la utilización, características y propiedades de los productos que se apoyan en la IA. Las personas deben poder controlar los datos generados por la utilización de estas herramientas y saber si se están comunicando con una máquina o con otro ser humano. En particular, cuando se esté interactuando con un sistema automatizado, debería estudiarse

artificial, será necesario otro tipo de informaciones: habrá que asegurar que las personas sepan bien con qué criterios se deciden sus preferencias cuando un agente inteligente concluye en su nombre un contrato.¹⁰⁵ Eso es algo que, de nuevo, nos devuelve al tema de la transparencia del algoritmo al que ya se ha hecho referencia más arriba, en otro contexto distinto al de la relación contractual.

V. REFLEXIONES FINALES

Buena parte de las normas promulgadas como consecuencia de la estrategia del mercado digital desarrollada por la Comisión Europea presidida por Jean Claude Juncker (2015-2019) son directivas de armonización plena y reglamentos. Atendiendo a su temática, muchas se pueden agrupar en torno a dos pilares: por un lado, los contenidos digitales y, por el otro, las estructuras digitales en la contratación. Se evidencia, además, que la estructura bilateral que generalmente ha caracterizado al derecho de contratos está dando paso a relaciones triangulares gracias a la generalización de la contratación en mercados electrónicos. Es, precisamente, a propósito de las plataformas y su rol de intermediarias que es posible cuestionar la utilidad de DCE. La norma fue originariamente promulgada con la finalidad de promover la adquisición y el suministro de bienes y servicios tangibles o digitales (*vgr. software, música, vídeos*) y la conclusión y ejecución *online* de contratos de servicios (*vgr. transacciones financieras, juegos virtuales, películas en streaming*), pero se ha visto superada por otras tantas que regulan la actividad de las plataformas y los contratos que se generan gracias a su intermediación. El reto para la nueva Comisión Europea presidida por Ursula von der Leyen es promulgar una nueva Ley de Servicios Digitales que, además de prever reglas para la conclusión *online* de los contratos, actualice la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos que transmiten o alojan en sus servidores. Nada de ello podrá hacerse sin tener debidamente en cuenta los avances tecnológicos y, en particular, la inteligencia artificial. Es absolutamente necesario acompañar cualquier nueva regulación con reglas de transparencia que permitan saber por qué o con qué criterios actúa el algoritmo, no solo para preservar los derechos fundamentales de expresión e información, sino también para evitar cualquier sesgo discriminatorio. Ese es, de momento, uno de los mayores retos que plantea la inteligencia artificial y que marca el camino por donde debe transitar el Derecho privado europeo en el futuro inmediato.

en qué momento es más conveniente indicar a los usuarios cómo ponerse en contacto con un ser humano, así como la forma de garantizar que las decisiones del sistema puedan verificarse o corregirse.”

¹⁰⁵ *Vid.* EU Commission Communication *Online Platforms and the Digital Single Market. Opportunities and Challenges for Europe* (COM(2016) 288 final) (Brussels, 25.05.2016), pp. 9-10. Esos deberes de transparencia se empiezan a hacer visibles en el art. 6 *bis* de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019 y en el Reglamento (UE) 2019/1150.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Arnold, Arnd, “Das Arbeitsprogramm der Kommission für 2015 – wohin führt der Weg?”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2015, 2, p. 53.

Arroyo Amayuelas, Esther, “La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, 1 (en prensa).

Arroyo Amayuelas, E., “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, 11, pp. 201-228.

Arroyo Amayuelas, Esther, “Comments to arts. 10-15 E-Commerce Directive”, en Schulze, Reiner – Staudenmayer, Dirk (eds.), *EU Digital Law*, Baden-Baden, Nomos-Beck-Hart, 2020 (en prensa).

Brunotte, Nico, “Virtuelle Assistenten-Digitale Helfer in der Kundenkommunikation”, *Computer & Recht*, 2017, 9, pp. 583-589.

Busch, Christoph, “When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon”, *EuCML*, 2019, 5, pp. 173–216.

Busch, Christoph, “Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the Forthcoming P2B Regulation”, en Franceschi, Alberto – Schulze, Reiner (eds.), *Digital Revolution–New Challenges for Law*, Munich, Nomos-Beck, 2019.

Busch, Christoph, “Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie. Der Vorschlag für eine EU-Verordnung über *Online-Plattformen*”, *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (IWRZ)*, 2018, pp. 147-152.

Busch, Christoph – Schulte-Nölke, Hans – Wiewiórowska-Domagalska, Aneta – Zoll, Fryderyk, “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 2016, 4, pp. 164-169.

Castaños Castro, Paula – Castillo Parrilla, José Antonio (eds.), *El mercado digital en la Unión europea*, Madrid, Reus, 2019.

Cauffman, Caroline, “New EU Rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, 24 (4), pp. 469-479.

Christandl, Gregor, "Chapter 2: Formation of Contracts", en Jansen, Nils - Zimmermann, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 316-322.

Devolder, Bram (ed.), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019.

Devolder, Bram (ed.), *Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019.

Devolder, Bram, "Contractual Liability of the Platform", en Devolder (ed.), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019.

Díaz Alabart, Silvia, *Robots y Responsabilidad Civil*, Madrid, Reus, 2018.

Ebers, Martin, "De la armonización mínima a la armonización plena", *InDret*, 2010, 1, pp. 1-47.

Eidenmüller, Hörst, "The Rise of Robots and the Law of Humans", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2017, 4, pp. 765-777.

Ford, Martin, *El auge de los robots*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 2016.

Franceschi, Alberto de, "The Changing Shape of EU Private Law in Response to Digital Innovation", en Castaños Castro, Paula – Castillo Parrilla, José Antonio (dirs.), *El mercado digital en la Unión europea*, Madrid, Reus, 2019, pp. 71-90.

Franceschi, Alberto de (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge et al., Intersentia, 2016.

Franceschi, Alberto – Schulze, Reiner (eds.), *Digital Revolution—New Challenges for Law*, Munich, Nomos-Beck, 2019.

García, Kiteri, *Le droit civil européen. Nouvelle matière, Nouveau concept*, Bruxelles, Larcier, 2008.

Gómez Pomar, Fernando – Gil Saldaña, Marian, "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, contenido y efectos", *InDret*, 2012.

Grundmann, Stefan (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2018.

Gutman, Kathleen, *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 31-36.

Hartkamp, Arthur, *European Law and National Private Law*, Cambridge et al., Intersentia, 2016, 2^a ed.

Harvey, David, *Collisions in the Digital Paradigm. Law and the Rule Making in the Internet Age*, Oxford and Portland, Hart, 2016.

Heiderhoff, Bettina, *Europäisches Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 2016, 4^a ed.

Johnston, Angus - Unberath, Hannes, "European private law by directives: approach and challenges", en Twigg-Flesner, Ch. (ed.), *The Cambridge Companion of European Union Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 85-100.

Jull Sørensen, Marie, "Draft model rules on online intermediary platforms", en Devolder, Bram (ed.), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, pp. 173-186.

Sørensen, Jull, "Sharing Economy – a Private Law perspective", en Orti Vallejo, Antonio – Rubio Gimeno, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 57-79.

Kindl, Johann – Arroyo Vendrell, Tatiana, *Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen / Jurisprudencia del TJUE y su impacto en el Derecho privado nacional*, Baden-Baden, Nomos, 2019.

Kindl, Johann – Arroyo Vendrell, Tatiana – Gsell, Beate (Hrsg.), *Verträge über digitale Inhalte und ditale Dienstleistungen*, Baden-Baden, Nomos, 2018.

Kuneva, Meglena: "The European Contract Law and The Review of the Consumer Acquis", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2007, 4, pp. 955-957.

Lodder, Arno L. - Voulon, Marten B., "Intelligent Agents and the Information Requirements of the Directives on Distance Selling and E-Commerce", *IRLC&T*, 2002, 16 (3), pp. 277-287.

Lohsse, Sebastian – Schulze, Reiner – Staudenmayer, Dirk (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden, Nomos-Hart, 2018.

Loos, Marco, "The Modernization of European Consumer Law: A Pig in a Poke?", *European Review of Private Law*, 2019, 1, pp. 113-134.

Loos, Marco, “Machine-to-Machine Contracting in the Age of the Internet of Things”, en Staudenmayer, Dirk – Schulze, Reiner – Lohsse, Sebastian (eds), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 59-81.

Lucchi, Nicola, “Regulations and Control of Communication: the French Online Copyright Infringement Law (hadopi)”, 2011, 7 Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper (MPI IPCL RP), pp. 1-28.

Maultzsch, Felix, “Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and established Principles”, *European Review of Contract Law*, 2018, 4, pp. 209-240.

Mayer, Hans Peter,– Lindemann, Julia, “Zu den aktuellen Entwicklungen um das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auf EU-Ebene”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2014, 1, pp. 1-7.

Michaels, Ralf – Jansen, Nils, ¿“Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization”, *American Journal of Comparative Law (AJCL)*, 2006, 54, pp. 843-890.

Nevejans, Nathalie, “European Civil Law Rules in Robotics”, European Union, 2016, en <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>.

Nordemann, Jan Bern, “Liability of *Online* Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?” In-Dept Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-08, January 2018.

Nourbakhsh, Illah Reza, *Robot fra noi. Le creature intelligenti che stiamo per costruire*, Torino, Bollati Boringhieri Editore, 2017.

Orti Vallejo, Antonio – Rubio Gimeno, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

Palmerini, Erica, “The interplay between law and technology, or the RoboLaw Project in context”, en Palmerini, Erica – Stradella, Elettra (eds), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 7-26.

Pertíñez Vilchez, Francisco, “La economía colaborativa en la estrategia del mercado digital único de la Unión europea”, en Castaños Castro, Paula – Castillo Parrilla, José Antonio (eds.), *El mercado digital en la Unión europea*, Madrid, Reus, 2019.

Pertíñez Vílchez, Francisco, “La responsabilidad del operador de la plataforma como prestador del servicio subyacente”, en Orti Vallejo, Antonio – Rubio Gimeno, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

Plaza Panadés, Javier – Martínez Velencoso, M^a Luz (eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Switzerland, Springer International, 2015.

Redinha, M^a Regina – Guimarães M^a Raquel – Fernandes, Francisco Liberal (eds.), *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Newcastle upon Tyne, Cambridge University Press, 2019.

Reyna, Agustin, “What place for consumer protection in the Single Market for digital content? Reflections on the European Commission’s optional regulation policy, *European Journal of Consumer Law (EJCL)*, 2014, 2, pp. 333-361.

Rubio Gimeno, Gemma, “Responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa y responsabilidad del proveedor del servicio”, en Orti Vallejo, Antonio – Rubio Gimeno, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

Sauphanor-Brouillaud, Natacha – Sénechal, Juliette, “Contrats de fourniture de contenu numérique. Enjeux des négociations en cours sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil (COM(2015) 634 final)”, *Contrats, Concurrence, Consommation*, 2017, février, pp. 21-56.

Schimbacher, Martin, § 321i BGB, en Spindler, Gerald - Schuster, Fabian (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, München, Beck, 2015, Rn 12.

Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*. Sellier. München, 2014.

Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law*, Beck. Munich, 2012

Schulze, Reiner - Staudenmayer, Dirk - Lohsse, Sebastian, “Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An Introduction”, en Staudenmayer, Dirk – Schulze, Reiner – Lohsse, Sebastian (eds), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 11-30.

Schulze, Reiner – Zoll, Fryderyk, *European Contract Law*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2018, 2^a ed.

Schulze, Reiner, “Nuevos retos para el derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales”, en Arroyo Amayuelas, Esther – Serrano de Nicolás, Ángel (eds.), *La europeización del Derecho*

privado europeo: Cuestiones actuales, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 15-28.

Sein, Karin, 'Concluding Consumer Contracts via Smart Assistants: Mission Impossible Under European Consumer Law?', *EuCML*, 2018, pp. 179-188.

Sein, Karen - Spindler, Gerald, "The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2", *ERCL*, 2019, 15, 4, pp. 365-391.

Sein, Karen - Spindler, Gerald, "The New Directive on Contracts or the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1", *ERCL*, 2019, 15, 3, pp. 257-279-

Sørensen, Jull, "Sharing Economy – a Private Law perspective", en Orti Vallejo, Antonio – Rubio Gimeno, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 57-79.

Spindler, Gerald, "¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, 1 (en prensa).

Spindler, Gerald, "Responsabilidad civil y diligencia de los intermediarios desde la perspectiva de la propiedad intelectual", *LaNotaria*, 2019, 2 (en prensa).

Spindler, Gerald, "Haftung ohne Ende? Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern", *Multimedia und Recht (MMR)*, 2018, pp. 48-52.

Spindler, Gerald, "Internet Intermediary Liability Reloaded. The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law", 2017, 8, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, pp. 166-179.

Svoboda, P., "The Common European Sales Law – Will the Phoenix rise from de Ashes again?", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2015, 4, pp. 689-693.

Tereszkiewicz, Piotr, "Digital Platforms: Regulation and Liability in the EU Law", *European Review of Private Law*, 2018, 8, pp. 903-920.

Twigg-Flesner, Christian, "La directiva de los derechos de los consumidores en el contexto del Derecho europeo de consumo", en Cámara Lapuente, Sergio (dir.) – Arroyo Amayuelas, Esther (coord.), *La revisión de las normas nacionales y europeas de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los*

consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo común de la compraventa, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 81-106.

Twigg-Flesner, Christian, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, Abingdon (U.K.), Routledge, 2013, pp. 26-38.

Twigg-Flesner, Christian, "The EU's Proposals for regulating B2B Relationships on *online* platforms – Transparency, Fairness and Beyond", *EuCML*, 2018, 6, pp. 222-225.

Valke, Peggy – Kuczerawy, Aleksandra – Ombelet, Pieter-Jan, "Did the Romans Get It Right? What Delfi, Google, eBay, and UPC TeleKabel Wien Have in Common?", en Taddeo, Mariarosaria – Floridi, Luciano (ed.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, New York, Springer International, 2017, pp. 101-116.

Vaquer Aloy, Antoni – Bosch Capdevila, Esteve – Sánchez González, M^a Paz (eds.), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015.

Weatherill, Stephen, "Competence and European private law", en Twigg-Flesner, Christian (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 58-69.

Weatherill, Stephen, *Contract Law of the Internal Market*, Cambridge, Intersentia, 2006.

Weitzenboeck, Emily M., "Electronic Agents and the Formation of Contracts", *International Journal of Law & Information Technology*, 2001, 9 (3), pp. 204-234.

Wendehorst, § 312i BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2019, 8. Auflage.

Wrbka, Stefan, *European Consumer Acces to Justice Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.