LaNotaria

Número 2-3 | 2019

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858



TRIBUNA

Pedro Martínez Pertusa Alejando Fuentes-Lojo Rius Josep Mª Valls Xufré Pedro Carrión García de Prada María de los Reyes Sánchez Moreno Joan Carles Ollé Favaró

DOCTRINA

El derecho a la vivienda en el derecho convencional internacional y comunitario

El tiempo en los arrendamientos urbanos: ¿qué pasa si es indefinido e indeterminado?

PRÁCTICA

La asistencia financiera a los socios



Internacional

mercados. Este tipo de plataformas incluye a todas las que permiten la conclusión de contratos en línea o que, por lo menos, permiten a los usuarios encontrar a la contraparte para concluir un contrato al margen de la plataforma.

Los mercados online han cambiado drásticamente la estructura de las transacciones. Tradicionalmente, para la compra de un bien o la prestación de un servicio, solo se necesitaba un contrato entre el proveedor y el cliente. Por el contrario, en los mercados *online*, por cada transacción existen tres contratos: i) entre el proveedor y la plataforma –para regular las condiciones de uso de la plataforma por parte del proveedor-; ii) entre el cliente y la plataforma -para regular las condiciones de uso de la plataforma por parte del cliente-; iii) entre el proveedor y el cliente –que da lugar al contrato principal, que es que justifica la existencia de los otros dos-.

Esta estructura triangular plantea numerosas cuestiones, ya que muchos Derechos contractuales europeos todavía no tienen en cuenta las especificidades de estos modelos de negocio.

Me gustaría señalar brevemente una de estas cuestiones. No está claro cuál es o debería ser el papel de la plataforma en relación con el contrato principal, es decir, el contrato concluido entre los usuarios de la plataforma.

Por una parte, no todos los operadores de los mercados son iguales. Existen modelos de negocio muy distintos. Mientras que mercados como OLX o Craigslist solo proporcionan realmente un espacio en línea en el que los usuarios pueden reunirse, otros mercados como *Amazon* o *Airbnb* asumen un papel muy importante en relación con el contrato principal: proporcionan los medios para llevar a cabo su conclusión, gestionan los pagos, diseñan las condiciones generales de la contratación que resultan de aplicación, resuelven los conflictos que puedan suscitarse, etc. Por lo tanto, estos diferentes tipos de operadores de plataformas deberían recibir un trato específico. Por otra parte, resulta evidente que este último tipo de plataformas no son "meros intermediarios". Y puesto que tienen una influencia decisiva sobre el contrato concluido, deberían tener algunas obligaciones y probablemente asumir también parte del riesgo.

La Unión Europea ha abordado el tema de forma tímida hasta ahora. Solo incluye algunas obligaciones en la Directiva que forma parte del conocido como "Nuevo Pacto para los Consumidores", recientemente aprobada por el Consejo el pasado 8 de noviembre de 2019.

En este sentido, cabe destacar el Provecto de Normas Modelo sobre Plataformas de Intermediación en línea (Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms), elaborado por el Instituto de Derecho Europeo (European Law Institute, ELI) que incluye, además de algunos deberes muy importantes, una norma que establece la responsabilidad coniunta del operador de la plataforma cuando este tenga el control sobre el proveedor. Este criterio deberá ser tenido en cuenta por los tribunales, a la vista de las circunstancias que muestren la existencia de ese control, como podría deducirse de cláusulas como las siguientes: "el operador de la plataforma puede retener los pagos realizados por los clientes en el marco de los contratos concluidos entre el proveedor y el cliente"; o "las condiciones del contrato entre el proveedor y el cliente vienen esencialmente determinadas por el operador de la plataforma".

La necesidad de actualizar la directiva de comercio electrónico

Esther Arroyo Amayuelas *

I. Introducción

La Unión Europea está permanentemente actualizando su Derecho privado como consecuencia de la revolución digital. La Comisión hasta la fecha presidida por Jean-Claude Juncker ha aprobado reglas nuevas para la venta de bienes, las transacciones de contenidos y servicios digitales y la lealtad y transparencia de las plataformas *online*. Corresponde ahora a la Comisión Europea que Úrsula von der Leyer presidirá los próximos años (2019-2024) afrontar nuevos retos

y, entre ellos, el de actualizar la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico (= DCE). En realidad, el rol y las responsabilidades de la industria de internet ya empezó a ser cuestionado por la anterior Comisión Europea pero, tras numerosos estudios y consultas públicas, los planes no pasaron por modificar la DCE, sino por abordar el problema en relación con áreas especialmente sensibles, como el copyright, el terrorismo, la incitación al odio, la pornografía infantil u otros contenidos audiovisuales nocivos, mediante la

adopción de legislación especial y el fomento de la autorregulación de las empresas (SWD(2016)172 final, p. 7; COM (2017) 555 final; C(2018) 1177 final; SWD (2018) 408 final). Así que la puesta al día de la DCE deberá necesariamente coexistir y completar esa legislación, cuya finalidad ya no es preservar los puertos seguros con que ahora cuentan los prestadores de servicios de intermediación (arts. 12-14 DCE), sino prevenir que las nuevas estructuras digitales (plataformas) promuevan y difundan actividades ilícitas (Savin, Andrej,

^{*}Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo (U. Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), también se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y en las actividades del Grup de Dret civil català U. Barcelona (2017 SGR 151)..





"EU Regulatory Models for Platforms on the Content Carrier Layers: Convergence and Changing Policy Patterns", Nordic Journal of Commercial Law, 2018, 7, pp. 9-37), de conformidad con la responsabilidad social que se les atribuye (Taddeo, Mariarosaria - Floridi, Luciano (eds), The Responsibilities of Online Service Providers, Springer, Schwitzerland, 2017). Por eso, además de combatir las ilegalidades, habrá que evitar que tengan lugar otros contenidos igualmente dañosos (e.g. fake news). El riesgo es que un exceso de celo afecte a la libertad de expresión e información y a la libertad de empresa, esto último si se acaba imponiendo a los intermediarios medidas de control muy costosas.

En las páginas que siguen me centraré en lo esencial; esto es, en lo que una futura nueva directiva o reglamento sobre servicios digitales debería incluir, a la vista de las insuficiencias o lagunas detectadas en la norma actual: a) modernizar las actividades comprendidas en los arts. 12-14 DCE; b) señalar los criterios que deben servir para cualificar al intermediario; c) establecer los contornos del deber de diligencia de los intermediarios; y d) establecer mecanismos armonizados de moderación de contenidos. Son cuestiones que aparecen referidas en un documento de la Comisión Europea que, sin embargo, oficialmente todavía no existe (Documento de la DG Connect, que se ha filtrado, disponible en: https:// netzpolitik.org/2019/leaked-documenteu-commission-mulls-new-law-toregulate-online-platforms/) (fecha de la última consulta: 17 de octubre de 2019).

II. Los servicios digitales en la actualidad

En la DCE, la única actividad de los intermediarios que merece ser tenida en cuenta es la de quienes transmiten o alojan contenidos de terceros, que son actividades que pueden o no ser desarrolladas por proveedores de intermediación distintos. En particular : a) acceso, que facilita al usuario la conexión a la red y que tiene una función meramente técnica de transmisión de información (art 12); b) almacenamiento automático, intermediario y temporal con el fin de reducir el tiempo de transmisión de la información y evitar que internet se sature como consecuencia de una elevada demanda del mismo material (art. 13); c) almacenamiento permanente o hosting de los datos facilitados por el destinatario del servicio en los servidores del proveedor conectados a internet (art 14). Algunos proveedores tanto pueden ser considerados de acceso como de alojamiento y otros, por el contrario, es difícil encajarlos en alguna de esas categorías (a propósito del alquiler de nombres de dominio STJUE C-521/17 SNB-REACT). Algunas actividades de los intermediarios que no están contempladas en la DCE reciben protección específica en los Estados Miembros (plataformas de compartición de software o videos; plataformas de comercio electrónico en que los bienes pertenecen a terceros; redes sociales; servicios peer-2-peer; blogs o fórums de discusión) y otras veces ha sido la jurisprudencia europea la que ha aclarado si se aplica el puerto seguro (e.g. a un proveedor de acceso a una red wifi, STJUE C-484/14, Mc Fadden), si bien las soluciones no han sido unívocas para las herramientas de localización de información: así, el TJUE ha excluido la responsabilidad de los motores de búsqueda por los anuncios que enlazan con sitios web de terceros que ofrecen a la venta productos falsificados o sin el consentimiento del titular de la marca (C-236/08 to C-238/08 Google France), pero no ha hecho lo mismo con otros proveedores de enlaces, que han sido considerados responsables de un acto de comunicación pública o de explotación de actos relacionados con los derechos de autor (STJUE C-160/15 GS Media BV: STJUE C-527/15, Stichtina Brein Jack; STJUE C-610/15 Ziggo; pero vid. STJUE C-466/12, Nils Svensson) o responsables de la indexación y listado de información con datos personales (STJUE C-131/12, Google Spain). Además, los motores de búsqueda son tratados como proveedores de hosting en algunos países (España, entre ellos) y en otros como proveedores de acceso (COM(2003) 702 final, p. 13, n 69; SEC(2011)1641/2, p. 27), con las consecuencias que ello comporta a la hora de aplicar las exenciones de responsabilidad sobre la base de la posibilidad de conocer el ilícito (STJUE C-484/14, Mc Fadden).

III. ; Intermediario o Proveedor?

Parece que el dato relevante para gozar del puerto seguro es que la actividad que Ileva a cabo el prestador sea meramente técnica, automática y pasiva (Cdo 42 DCE, STJUE C-236/08 – C-238/08, Google France). Es decir, que solo gozaría del privilegio de la exención de la responsabilidad el prestador que no desarrollara un rol activo. Lo es, por ejemplo, el papel que desempeña eBay en la asistencia a los vendedores y en la promoción y el fomento de las ventas de productos falsificados porque se supone que esa promoción conlleva una distribución que le proporciona el conocimiento y control de las ofertas ilícitas de venta que almacena, según la STJUE C-324/09 L'Oréal. Pero no es tan evidente el desempeño de un rol activo en otros casos que nada tienen que ver con la infracción de la marca en un mercado online. En realidad, una cosa es determinar la responsabilidad de los proveedores de alojamiento por ese presunto conocimiento y control de contenidos ilícitos; y otra muy distinta es dilucidar si las plataformas que



Internacional

invocan la exención de responsabilidad del art. 14 DCE cumplen, en realidad, funciones de intermediación. Lo primero exige dejar de utilizar las expresiones "rol activo/rol pasivo", que perjudican a los intermediarios cuya función siempre exige una cierta actividad (vgr. motores de búsqueda) y reemplazarlas por su significado real. Lo apropiado es, pues, referirse al "grado de control", al desempeño de "funciones editoriales", o al "conocimiento real del ilícito". Lo segundo exige establecer qué criterios identifican a las plataformas que actúan como proveedores a pesar de reclamar para sí un rol distinto (STJUE C-434/15 Uber Spain y STJUE C-320/16 Uber France; art. 19.2 ELI Model Rules on online platforms).

IV. La diligencia del operador económico: La adopción de medidas proactivas

La Comisión insta a adoptar nuevos enfoques de investigación e innovación para desarrollar programas de filtrado y bloqueo y asume que esa carga es un deber de las empresas (COM(2017) 555 final, p. 14). Con todo, ya se ha dicho que solo el proveedor pasivo puede gozar del puerto seguro. Existe, pues, el riesgo de que la adopción voluntaria de medidas proactivas se identifique con un conocimiento de la ilegalidad que acabe terminando por calificar al proveedor de "activo". No es muy razonable si, a fin de cuentas, ese conocimiento sirve, precisamente, para eliminarlo; pero para conjurar el riesgo, los documentos institucionales reiteran ad nauseam que las medidas voluntarias adoptadas para aumentar la confianza y ofrecer un servicio más competitivo no deben llevar a ese resultado (COM(2016) 356 final, p. 9; COM (2017) 555 final, pp. 12, 13; Cdo. 27, arts.18, 36-37 C(2018) 1177 final). Según parece, se trataría de aplicar la norma del "buen samaritano" (Sartor, Giovanni, "Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future", In-Dept Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-07, Octubre 2017, pp. 27, 29). Lo que ocurre es que ninguno de esos documentos aclara las consecuencias que tendría que, a pesar de actuar de buena fe (con todas las garantías y salvaguardias), los proveedores no eliminasen los contenidos que resultaran ser ilícitos o impidieran el acceso a contenidos que no lo fueran. Con buen criterio, se ha sugerido que en esos casos la acción de responsabilidad contra los proveedores solo debería tener

lugar ante fallos sistémicos (House of Lords. Select Committee on Communications. 2nd Report of Session 2017-2019, "Regulating in a digital world", impreso el 26 de febrero y publicado el 9 de marzo de 2019, pp. 53-54, 55). El documento que se ha filtrado alude escuetamente a la necesidad de aclarar la ausencia de responsabilidad "por la adopción de medidas proactivas".

V. Mecanismos de moderación de contenidos

Una de las carencias más destacadas de la DCE es la no inclusión de regla alguna sobre procedimientos privados de notice and take down (aviso al intermediario de la existencia de contenido ilícito en las redes; y subsiguiente eliminación de ese mismo contenido a petición del notificante, normalmente la víctima). Retirar información ilegal sin que sea preciso esperar a que una orden judicial lo autorice ahorra tiempo y dinero, pero eso deja en manos de los privados cómo debe ser el comportamiento de los usuarios y, por eso, la regulación debe ir acompañada de la posibilidad de acceder fácilmente a procedimientos judiciales o extrajudiciales de resolución del litigio. Además, la eficacia de tales procesos requiere transparencia a la hora de explicar los criterios que se hacen servir y el porcentaje anual y tipo de contenidos removidos y, en su caso, revisión previa a la retirada por personas expertas. El sistema debería prevenir o minimizar las reclamaciones abusivas y quizás a ello podría contribuir que, tras recibir una contra-notificación defendiendo el contenido alojado, el proveedor de servicios pudiera reponer los contenidos, de manera que la carga de iniciar el proceso recayera sobre el titular del derecho. Así mismo, deberían aclararse las políticas de retirada o bloqueo del acceso a los contenidos para evitar la violación de derechos fundamentales. Todas esas son cuestiones que ya están presentes en las Recomendaciones de la Comisión (C(2018) 1177 final) y que en parte ya desarrollan actos legislativos recientes (vgr. art. 17 (9) Directiva (EU) Copyright). El documento que se ha filtrado anuncia la adopción de medidas que salvaguarden los derechos fundamentales y sugiere además la posibilidad de adoptar distintas medidas en función del tipo de actividad y de contenido.

V. Reflexiones finales

En el mundo de internet, el reto es proteger a las víctimas, sin incurrir en el riesgo de dañar a los creadores, perjudicar la libertad de expresión e información, o hundir el negocio de las empresas. La economía digital v, con ella, la creciente relevancia de las plataformas en línea ha incrementado la tendencia a imponer controles preventivos a los intermediarios, gracias a que los avances tecnológicos permiten la adopción de medidas fiables y proporcionadas para la detección y el bloqueo de contenidos ilícitos. Muchos jueces nacionales han acabado imponiendo la obligación de actuar en función de la capacidad técnica de las grandes empresas (crítico, Frosio, Giancarlo, 'The Death of "No Monitoring Obligations" A Story of Untameable Monsters', Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, 2017, 8, pp. 199–215) y la reciente STJUE C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek da a entender que eso no vulnera el art. 15 DCE. La tendencia a imponer medidas de control también puede observarse a nivel legislativo. La nueva Directiva Copyright obliga a los grandes proveedores de alojamiento online (a quienes ya no trata como intermediarios de hosting) a llevar a cabo una verificación automática (filtrado y bloqueo) de los contenidos a fin de evitar la responsabilidad por la difusión de obras no autorizadas [art. 17 (4) (b) y (c)]; además, los Estados miembros pueden imponer a los proveedores de plataformas de intercambio de vídeos medidas de control más detalladas o más estrictas que las contempladas en la Directiva de servicios de medios audiovisuales (nuevo art. 28 bis 6 Directiva Servicios Audiovisuales); los proveedores de alojamiento también pueden verse obligados a aplicar medidas proactivas para impedir la difusión de contenidos terroristas (COM(2018) 640 final, Cdo. 19, art. 6). Como era de esperar, la Comisión Europea prevé actualizar la Directiva sobre comercio electrónico con esa misma orientación. Es decir, no solo se exigirá a los intermediarios que reaccionen (rápidamente) ante las quejas de los usuarios, sino que además se les pedirá buscar por su cuenta las ilegalidades. Es importante que, por primera vez, se prevea la necesidad de establecer medidas específicas para conocer la transparencia del algoritmo ante las tecnologías automáticas de filtrado. Y es que la tecnología no solo no puede siempre detectar las ilegalidades sino que además puede tener efectos discriminatorios y contrarios a los derechos fundamen-