

Editorial

Configurar el futuro digital de Europa

Editorial

Esther Arroyo Amayuelas

Catedràtica de Dret Civil i Jean Monnet de Dret Privat europeu
Facultat de Dret U. Barcelona, Departament de Dret Privat. Àrea de Dret civil

Avinguda Diagonal, 684, 08034 Barcelona, Espanya

earroyo@ub.edu

<https://orcid.org/0000-0002-2466-7833>

Junio 2021

La tecnología ha modificado la sociedad, la economía y la política. El uso diario y creciente de internet, la digitalización de los bienes y servicios y el desarrollo de la inteligencia artificial generan desafíos de toda índole para el Derecho privado. Los productos tienen nuevas características, la interrelación entre bienes y servicios condiciona la tipificación contractual y, sin duda, a nada es ajeno el auge de las plataformas, actores principales en la economía digital que, con sus propias políticas de acceso y privacidad, acaban imponiendo las reglas del juego. Su irrupción ha puesto en duda el concepto de servicio de la sociedad de la información o, si se prefiere, servicio digital (vgr. TJUE C-434/15 Uber; TJUE C-390/18 Airbnb), ha incrementado la diseminación de ilícitos online y ha llevado a cuestionar el alcance de las normas de protección de los consumidores ante la venta de productos o servicios defectuosos o no conformes en esos mercados. No es por eso de extrañar que tanto la estrategia del Mercado Único Digital, bajo la Presidencia de la Comisión Europea de J. C. Juncker, como la que ahora persigue Configurar el futuro digital de Europa, con U. von der Leyden a la cabeza de la nueva Comisión Europea, se hayan propuesto intensificar la labor de control de dichas plataformas.

Entre las iniciativas más recientes, enmarcadas en la estrategia mencionada en último lugar, se encuentran las del pasado 15 de diciembre de 2020. En esa fecha, la Comisión Europea hizo público el Digital Services Act Package, con dos Propuestas: la Digital Markets Act (DMA) (Bruselas, 15.12.2020, COM (2020) 842 final (2020/0374) (COD)) y la Digital Services Act (DSA) (Bruselas, 15.12.2020, COM (2020) 825 final (2020/0361 (COD))), ambas precedidas de tres resoluciones de octubre de 2020 del Parlamento Europeo que, sobre la base del art. 225 TFUE, realizaban recomendaciones y solicitaban a la Comisión la presentación de propuestas.

La DMA trata de obviar los efectos ex post del Derecho de la competencia y pretende garantizar ex ante que los mercados caracterizados por la existencia de plataformas guardianas o gatekeepers sean justos. La Propuesta pretende controlar las prácticas de muy pocas plataformas de entre las más de 10.000 que operan en Europa y que, sin embargo, intermedian en la mayoría de las transacciones entre profesionales y usuarios finales. La mirada está puesta en gigantes tecnológicos como Facebook, Google, Amazon, eBay, o Apple, aunque no se descartan otros y la lista está sometida a actualización. La voluntad es poner freno a los fallos del mercado digital, como barreras de entrada, dependencia económica y desequilibrios en el poder de negociación. La DMA exige a esas plataformas el cumplimiento de una serie de obligaciones para impedir prácticas basadas en el uso y apropiación de datos, la limitación de la elección de los usuarios, y la determinación de las condiciones de acceso y, además, incluye disposiciones sobre investigación, ejecución y vigilancia del cumplimiento de esas obligaciones, e incorpora la previsión de multas y sanciones.

A su vez, la DSA limita los riesgos sociales y económicos aparejados a la utilización de plataformas digitales, a base de actualizar los principios subyacentes en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre comercio electrónico (DCE) (DO L 178 de 17.07.2000). Además de mantener los puertos seguros, la DSA dibuja un escenario con deberes de diligencia diferenciados y adaptados a la naturaleza y tamaño de las empresas de intermediación, entre las que se incluyen no solo las empresas de hosting, sino también las plataformas de distribución de contenidos; adicionalmente establece un sistema de cooperación entre la Comisión Europea y los Estados Miembros y propone un conjunto de normas sobre controles y sanciones.

Queda un largo recorrido hasta la aprobación de esas normas y seguro que se propondrán cambios muy necesarios. Por de pronto, convendría reforzar la protección que la DSA ofrece a los consumidores adquirentes de bienes y servicios online. No solo la Propuesta no establece con qué criterios habría que juzgar el control de las plataformas sobre el negocio subyacente (al que en distintos contextos se han referido ya las STJUE C-324/09 L'Oréal, C-434/15, Uber, C-390/18 Airbnb, C-62/19, Star Taxi App) sino que, además, de acuerdo con el art. 5.3 DSA, esa actuación bajo la autoridad o control de la plataforma (o, si se prefiere, bajo su "influencia dominante") es un criterio que solo serviría para negarles el beneficio del puerto seguro. A diferencia de lo sugerido por el Parlamento Europeo (Resolución de 20 de octubre de 2020: Ley de servicios digitales: una mejora del funcionamiento del mercado único, epígrafe VI) ningún precepto de la DSA establece responsabilidad específica alguna (subsidiaria o solidaria) al operador de la plataforma que gestiona un mercado online. Únicamente el art. 22 DSA impone la trazabilidad de los vendedores y obliga a la plataforma a controlar y comprobar su identidad, aunque para ello solo deba hacer esfuerzos razonables (Cdo 50, art. 22.2 DSA). Contrariamente a lo exigido por el Parlamento Europeo (loc. cit), el precepto no aborda la responsabilidad contractual de la plataforma para el caso de que esta no informe al consumidor de que un tercero es el proveedor real de los bienes o servicios, aunque probablemente se dé por supuesto que la confusión sobre esa identidad no debe perjudicarle (art. 11 bis de la Directiva 2005/29, según la reforma efectuada por el art. 3.5 de la Directiva (UE) 2019/2161). Sin embargo, incluso si se le identificara debidamente continuaría sin resolverse el problema de su responsabilidad cuando al consumidor le sea imposible demandar al vendedor (vgr. porque reside en otro país).

Por lo demás, el art. 22 letra f DSA se conforma con exigir al vendedor una declaración responsable de que solo se obliga a ofrecer productos y servicios que cumplan con las normas de la Unión Europea. Desde luego, hubiera sido deseable ir más allá e imponer al mercado online el deber de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales y, en particular, el de inspeccionar los contenidos en busca de productos falsificados. A fin de cuentas, son medidas que la tecnología permite y que, hoy por hoy, ya forman parte de los códigos de conducta (vgr. Memorándum de Acuerdo sobre la venta de mercancías falsificadas a través de internet). El caso es que ni siquiera se impone a las plataformas el deber de servirse de notificantes fiables con el fin de retirar más rápidamente de la venta los productos peligrosos o falsificados.

Quizás el problema es que una única norma no puede solucionar todos los retos que plantea la nueva economía de las plataformas. ¿Para cuándo, entonces, una que dé cobertura específica y no fragmentaria a la protección online de todos los adquirentes de bienes y servicios en los mercados electrónicos?