

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad civil de plataformas de mediación electrónica. Dificultades en su determinación *

Civil responsibility of mediation platforms. Difficulties in their determination

por

PASTORA DE ARTIÑANO MARRA
Contratada predoctoral URJC

RESUMEN: El estudio de la responsabilidad civil de plataformas digitales, especialmente las de mediación electrónica, pone de manifiesto las enormes dificultades en la aplicación de la normativa disponible. En el presente trabajo se expondrá un breve análisis de la situación normativa actual y de las resoluciones más relevantes en la materia.

ABSTRACT: *The research of civil responsibility of digital platforms, particularly in mediation platforms, reveals major difficulties in the application of available regulations. This work will briefly analyse the current regulatory framework and the most pertinent case law on this matter.*

PALABRAS CLAVE: Plataformas de mediación electrónica. Plataformas digitales. Responsabilidad. LSSICE. DCE. LSD.

KEY WORDS: *Mediation platforms. Digital platforms. Responsibility. LSSICE. DEC. DSA.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE: ¿SE HA DISTORSIONADO EL CONCEPTO DE PLATAFORMA INTERMEDIARIA?: 1. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. 2. EXONERACIONES DE RESPONSABILIDAD CONTENIDAS EN LA DCE Y LA LSSICE. NUEVAS PREVISIONES EN LA LEY DE SERVICIOS DIGITALES (LSD). —III. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TJUE EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE PLATAFORMAS: 1. PAPEL ACTIVO VS PAPEL NEUTRO DE LA PLATAFORMA. 2. PLATA-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de un contrato predoctoral financiado por la Universidad Rey Juan Carlos.

Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación Nuevas perspectivas en la teoría de la responsabilidad civil. Revisión de la imputación objetiva como criterio de delimitación de la causalidad (ref. RTI2018-097418-B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuya investigadora principal es la Prof.^a P. ÁLVAREZ OLALLA.

FORMA INTERMEDIARIA O PRESTADORA DEL SERVICIO SUBYACENTE. EL CRITERIO DE LA «INFLUENCIA DECISIVA».—IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: 1. SENTENCIA 118/2018, DE 8 DE MAYO DE 2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA. UN CASO... SORPRENDENTE. 2. SENTENCIA 923/2019, DE 27 DE JUNIO DE 2019 DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN CASO... APARENTEMENTE SENCILLO. 3. SENTENCIA 406/2019, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. UN CASO... ¿JUSTO? 4. SENTENCIA 1818/2020, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN CASO... ¿CONFUSO?—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de una cantidad incalculable de plataformas digitales, todas ellas distintas entre sí, multifuncionales, polivalentes, multiservicios, así como su incesante uso por la población, hace necesario definir su régimen de responsabilidad. Este estudio, que se centra en las plataformas de mediación electrónica, trata de poner de manifiesto la enorme dificultad existente en torno a su determinación, partiendo del concepto de plataforma intermediaria, y de un régimen legal obsoleto que, evidentemente, no puede pretender que las plataformas que existían hace más de veinte años (destinatarias originales de las normas de aplicación) se comporten de la misma manera que las actuales.

Como es sabido, cuando la norma no da respuesta a las necesidades sociales del momento, son los tribunales los encargados de su interpretación, y a pesar de la inestimable guía de las resoluciones del TJUE, es inevitable, por la propia complejidad de los litigios surgidos en esta materia, que en ocasiones sea difícil —por no decir imposible— establecer cuáles son los criterios de determinación de responsabilidad de las plataformas de mediación electrónica.

En las siguientes líneas se analizará el régimen aplicable a su responsabilidad, algunas de las novedades que introducirá la futura Ley de Servicios Digitales, y por supuesto, algunas de las resoluciones más destacadas del TJUE y nuestros tribunales españoles, no sin antes advertir que, lejos de cumplir con la expectativa de poner orden u ofrecer grandes remedios a los problemas que se nos plantean, es posible que surjan muchos interrogantes cuya resolución, aunque apasionante, es un propósito demasiado ambicioso y poco realista...aunque deseable, sin duda.

II. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE: ¿SE HA DISTORSIONADO EL CONCEPTO DE PLATAFORMA INTERMEDIARIA?

1. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Actualmente, la normativa aplicable a la responsabilidad de las plataformas digitales es la Directiva de 2000/31/CE de Comercio Electrónico (en adelante, «DCE») y en nuestro país, la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico (en adelante, «LSSICE»).

Tanto la DCE¹ como la LSSICE² prevén un régimen de exoneración de responsabilidad respecto de aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información o «PSSI» intermediarios consistente, a grandes rasgos, y sin que esto sirva tan siquiera de resumen, en que no se responsabilice a la plataforma por la información que transmite o almacena siempre que dicha información haya sido proporcionada por el usuario que la utiliza, la plataforma no la manipule,

y que en caso de ser ilícita, no tenga conocimiento de dicha ilicitud o actúe con prontitud para eliminarla en cuanto lo tenga.

Una de las principales cuestiones que, desde mi punto de vista, dificultan la aplicación de esta normativa, es la multitud de significados que hoy en día se le dan al término «intermediaria», lo que no hace sino aumentar la confusión. Por este motivo, quizá sea interesante distinguir entre:

- Plataforma *prestadora o proveedora de servicios intermediarios*. Es una plataforma prestadora de servicios de la sociedad de la información consistentes en la transmisión de la información proporcionada por el destinatario del servicio, y su almacenamiento (*hosting*), que también puede ser automático, provisional, y temporal (*caching*). Son las destinatarias originales de la DCE y la LSSICE.
- Plataforma *intermediaria digital o de mediación electrónica*, es aquella que casa la oferta y la demanda de los usuarios que han accedido a ella, favoreciendo la contratación entre ambos³. Es frecuente que estas plataformas sean *doblemente intermediarias*, pues prestan servicios de *hosting* o almacenamiento de contenidos, y además, *median* en el sentido «material» de la palabra⁴.

Como se decía, tanto la DCE como la LSSICE prevén exoneraciones de responsabilidad para los prestadores de servicios *intermediarios*. Cabría aquí preguntarse si es correcto, a la vista de la diferenciación expuesta, aplicar dichas exoneraciones de responsabilidad a las plataformas de mediación electrónica. No obstante, como decíamos, no es necesario, pues acabamos de ver que estas últimas son también prestadoras de servicios intermediarios (en concreto, prestadoras de un servicio de almacenamiento de datos) lo que implica que, en principio, y siempre que se den los requisitos para ello, les serán de aplicación.

2. EXONERACIONES DE RESPONSABILIDAD CONTENIDAS EN LA DCE Y LA LSSICE. NUEVAS PREVISIONES EN LA LEY DE SERVICIOS DIGITALES (LSD)

A los efectos del presente trabajo se hará únicamente referencia a las exoneraciones de responsabilidad de la DCE y la LSSICE aplicables a las plataformas de mediación electrónica. En este sentido, y dado que, como se indicaba anteriormente, estas plataformas son consideradas prestadoras de servicios de almacenamiento de datos o *hosting*, serán de aplicación los artículos 14 de la DCE y 16 de la LSSICE.

A grandes rasgos, el régimen previsto en ambas normas dispone que las plataformas no sean responsables de la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento de que dicha información es ilícita, o teniéndolo, actúen a la mayor brevedad para retirarla o imposibilitar su acceso⁵.

Por otro lado, el legislador europeo, consciente de la antigüedad de la DCE, publicó el 15 de diciembre de 2020 la Propuesta de Reglamento conocida como «Ley de Servicios Digitales» (en adelante, «LSD») ⁶ que en lo que interesa al presente estudio, es relevante por introducir algunas modificaciones en la DCE relativas a la responsabilidad de plataformas, una vez entre en vigor.

En concreto, el artículo 14 DCE sobre la exoneración de responsabilidad aplicable a plataformas que prestan servicios de *hosting* (art. 5 LSD) se mantiene sustancialmente, pero incorpora un nuevo párrafo que dispone lo siguiente: «en virtud de la legislación de protección al consumidor», la exoneración prevista no

aplicará a las «plataformas en línea que permitan que los consumidores formalicen contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control». Es previsible que esta incorporación legislativa genere problemas, pues parece difícil determinar cuándo o en qué condiciones un «consumidor medio y razonablemente bien informado» puede pensar que realmente la plataforma es la proveedora del servicio⁷.

Por otro lado, destaca la incorporación de una nueva obligación⁸ contenida en el artículo 22 de la LSD, aplicable «cuando una plataforma en línea permita a los consumidores formalizar contratos a distancia con comerciantes»⁹ (encaja aquí el concepto de plataforma de mediación electrónica) consistente en que la plataforma debe obtener información del comerciante¹⁰ y en especial, «una certificación del propio comerciante por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión». Esta redacción genera una cierta incertidumbre, pues lo que puede parecer una solución a nuestros problemas (las plataformas de mediación electrónica cumplirían su obligación si obtienen del comerciante sus datos de identificación y una declaración responsabilizándose de los productos y/o servicios que ofrecen a través de ellas) puede convertirse, nuevamente, en una norma necesitada de interpretación.

Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos en cuanto al régimen legal aplicable, conviene estudiar ahora cómo se ha aplicado esta normativa; primero por el TJUE, y después por nuestros tribunales, con el objetivo de comprender las grandes dificultades que plantea la responsabilidad de plataformas de mediación electrónica.

III. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TJUE EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE PLATAFORMAS

1. PAPEL ACTIVO VS PAPEL NEUTRO DE LA PLATAFORMA

Han pasado más de diez años desde que el TJUE resolvió algunos asuntos que fueron muy conocidos y estudiados por los expertos en la materia. En uno de ellos¹¹ resolvió la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* francesa tras suspender varios procedimientos judiciales entre Google y *Vuitton*, y Google y otras empresas (una agencia de viajes y una agencia matrimonial). Al parecer, las marcas afectadas verificaron que, al introducir las palabras clave de algunos de sus productos en el buscador, este dirigía a los potenciales clientes a enlaces de imitadores y otros competidores (a pesar incluso de pagar el servicio Google *Adwords*)¹².

En esta sentencia, en la que se plantea la posible exoneración de responsabilidad de la plataforma (Google) por los datos almacenados (algunos de ellos ilícitos, como es el caso de los productos de imitación) el TJUE afirma, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 14 DCE que «es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena»¹³.

Posteriormente, en su Sentencia de 12 de julio de 2011¹⁴ insistió nuevamente en la necesidad de valorar si la plataforma ocupa «una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores» o si por el contrario «ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas». Asimismo, hizo referencia a algunos servicios prestados por la plataforma, afirmando que «el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31. Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31».

Hasta este punto, parece clara la posición del TJUE consistente en la necesaria neutralidad de la plataforma (si pretende que se le aplique la exoneración de responsabilidad de la DCE) en cuanto a la información que almacena. ¿Se ha mantenido este criterio?

2. PLATAFORMA INTERMEDIARIA O PRESTADORA DEL SERVICIO SUBYACENTE. EL CRITERIO DE LA «INFLUENCIA DECISIVA»

El 2 de junio de 2016 la Comisión Europea publicó su Comunicación sobre «Una Agenda Europea para la economía colaborativa»¹⁵. En lo que aquí interesa, vino a establecer la diferencia entre plataformas prestadoras de servicios de la sociedad de la información, plataformas intermediarias (las que aquí denominamos de mediación electrónica) y plataformas proveedoras del servicio subyacente¹⁶, centrándose en la distinción entre estas dos últimas.

En este punto estaba claro que, si una plataforma adoptaba un papel neutro, podría beneficiarse de las exoneraciones de responsabilidad anteriormente referidas, pero ¿qué ocurría con aquellas que tenían un papel activo? Sabíamos entonces que si la plataforma adoptaba un papel «activo» no podría beneficiarse de las exoneraciones mencionadas. Además, la Comisión señaló que «el nivel de control o *influencia* que la plataforma colaborativa¹⁷ ejerce sobre el prestador de dichos servicios tendrá por lo general una importancia significativa», estableciendo que si la plataforma: i) determina el precio final a pagar por el usuario, ii) fija el contenido de la relación contractual entre prestador del servicio y el usuario, y iii) tiene la propiedad de activos clave para prestar el servicio subyacente, podría considerarse prestadora del servicio subyacente¹⁸, lo que es extraordinariamente relevante, pues si se califica de esta forma, se aplica la normativa sectorial que corresponda (y el régimen de responsabilidad en ella previsto, no el de la DCE).

Estos criterios fueron aplicados por el TJUE en su Sentencia de 20 de diciembre de 2017¹⁹. En dicha resolución, que dio respuesta al Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona²⁰, determinó que la actividad principal de Uber es el transporte y no la intermediación²¹. En concreto, señaló que aunque «un servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que

utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de transporte (...) el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores (...) Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos (...) Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información” (...) sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes”. Parece evidente que el TJUE aplicó los criterios utilizados por la Comisión Europea para determinar si una plataforma es prestadora del servicio subyacente en el caso Uber, y finalmente así lo decidió, eliminando con ello la posibilidad de aplicación de las exoneraciones de responsabilidad que hemos estudiado.

En la misma línea, el TJUE resolvió la cuestión prejudicial planteada por el *Tribunal de Grande Instance de Paris* (Tribunal de Primera Instancia de París) sobre la plataforma *Airbnb*²² en su Sentencia de 19 de diciembre de 2019²³.

En esta resolución hizo referencia nuevamente al criterio de la influencia que la plataforma ejerce sobre la prestación que se realiza²⁴ afirmando que «un servicio como el prestado por *Airbnb Ireland* en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles».

Además, en esta resolución, el TJUE valora cuál es el servicio realmente prestado por la plataforma, considerando la intermediación como actividad o servicio principal de *Airbnb*²⁵ y como accesorias el resto de las prestaciones «dado que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo, sino el medio de disfrutar del servicio de intermediación prestado por *Airbnb Ireland* o de ofrecer prestaciones de alojamiento en las mejores condiciones».

Sea como fuere, queda claro que la actividad de la plataforma determinará su régimen legal aplicable, lo que tendrá distintas consecuencias; y supondrá la exigencia de distintos tipos de obligaciones, dependiendo del caso²⁶.

Finalmente, en respuesta a la pregunta que formulábamos antes, no parece que la distinción entre i) criterio del papel activo o neutro de la plataforma, y ii) criterio de la influencia decisiva, sean excluyentes. Por el contrario, una vez se concluye que la plataforma de mediación electrónica ocupa un papel neutro en la transacción que se realiza entre prestador del servicio y usuario destinatario, no es necesario analizar más cuestiones —desde el punto de vista de la responsabilidad—. Sin embargo, si hay dudas sobre el posible conocimiento (y/o tratamiento) de la información que almacena (y, por tanto, tiene un papel activo

en dicha transacción) será necesario valorar hasta qué punto interviene en la transacción, y será aquí donde aplicaremos el criterio de la influencia decisiva, (o lo que es lo mismo, la aplicación de los criterios que la Comisión Europea utilizó para definir a la plataforma prestadora del servicio subyacente) con el objetivo de determinar el régimen aplicable a su responsabilidad.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. SENTENCIA 118/2018, DE 8 DE MAYO DE 2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA. UN CASO... SORPRENDENTE

En este interesante caso, una usuaria de una plataforma denominada *Yumping*, propiedad de YUMPING ADVENTURE S.L.²⁷ compró un «bono» para montar a caballo en una hípica de Cabanillas del Campo, con la mala suerte de que sufrió una caída, y en el momento de reclamar a la hípica la indemnización por las lesiones sufridas (al considerar que dicha caída tuvo lugar por una defectuosa prestación del servicio por no estar bien amarradas las riendas de la silla) se puso de manifiesto que esta última no disponía de seguro de responsabilidad civil²⁸.

Partiendo de la calificación del contrato celebrado entre la plataforma y la usuaria como «intermediación digital»²⁹ o «plataforma digital de intermediación», ofrecida por la Audiencia Provincial, y del problema de base que se plantea, sobre si la responsabilidad de la plataforma alcanza «al control de que las empresas cumplan los requisitos administrativos y tengan seguro de responsabilidad civil», analizaremos algunas cuestiones que se ponen de manifiesto en esta resolución, por su gran interés.

En primer lugar, la Audiencia Provincial centra su atención en la página web de *Yumping*, y en concreto, en el apartado denominado «Protección Yumping», a cuyo tenor: «nuestro sistema de opiniones se asegura de que todas nuestras empresas estén sujetas a los más altos estándares de profesionalidad. Las calificaciones están basadas en los comentarios de clientes verificados»³⁰. Esta redacción es especialmente importante en la resolución, pues al informar «de que las empresas anunciantes cumplen los más altos estándares de profesionalidad» se determina «una garantía para el consumidor y es la base de la confianza en la contratación».

Por ello, entiende que «la plataforma en su deber de buena fe contractual debe cerciorarse que las empresas que se encuentran alojadas en su web cumplen la normativa básica específica». Además, «no puede obviarse que, confiando el consumidor en la plataforma digital, el contacto con un anunciante prestador de servicios se realiza en dicha confianza, entendiéndose reúne los requisitos legales. Si el consumidor hubiera sabido que el anunciante no tenía legalizada su actividad, no tenía seguro de responsabilidad civil ni de accidentes, se hubiera planteado su suscripción y siendo dicha información de relevancia tal, que su omisión, ha de entenderse negligente»³¹.

Dicho esto, ha de tenerse en cuenta que en aplicación de la LSSICE (aunque en este caso hace referencia al artículo 17 sobre los prestadores que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda) el Código de Comercio (art. 260) el artículo 1709 del Código civil sobre el mandato, y el TRLGDCU (arts. 60 y 97), la Audiencia Provincial aprecia responsabilidad³² solidaria de la empresa titular de la plataforma y la empresa titular de la hípica, condenándolas a abonar la

cantidad de 22459,19 euros más los intereses legales desde la interposición de la demanda, y las costas de la Primera Instancia.

La lectura de esta resolución genera muchas dudas, siendo una de ellas la aplicación de la normativa de consumo a la relación contractual entre plataforma³³ y usuario, pues de ser así³⁴, seguramente el fallo de esta sentencia sería mejor apreciado. Sin embargo, sería interesante analizar si esta aplicación pudiera resultar contradictoria, pues quizá el artículo 16 LSSICE (que exonera de responsabilidad a la plataforma de mediación electrónica por la información almacenada en los términos expuestos en dicho precepto) y el artículo 60 TRLGD-CU³⁵ no sean compatibles³⁶. Además, no es previsible que la entrada en vigor del artículo 22 LSD ayude a eliminar los problemas a los que nos referimos, en caso de aplicarse la normativa de consumo en los términos expuestos.

2. SENTENCIA 923/2019, DE 27 DE JUNIO DE 2019 DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN CASO... APARENTEMENTE SENCILLO

El 22 de enero de 2014 la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, dictó una resolución en la que declaró la vulneración del derecho de propiedad intelectual por la mercantil «PC Irudia S.L.», al ser la sociedad titular de la plataforma www.goear.com (en lo sucesivo, «Goear») y prestar esta última un servicio de publicación gratuita en internet de contenidos de audio subidos por los usuarios, ofreciéndose su audición en *streaming*.

PC Irudia S.L. presentó recurso contencioso-administrativo contra esta resolución, resuelto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 14 de junio de 2016.

Disconforme con el fallo de dicha sentencia, la mercantil titular de *Goear* volvió a recurrir, esta vez en casación, ante el Tribunal Supremo. A continuación, se expondrán simultáneamente, los argumentos de la recurrente, y los fundamentos expuestos por el Tribunal Supremo, para una mejor comprensión del caso.

En primer lugar, PC Irudia S.L. alegó la infracción de la LSSICE, al considerarse una plataforma prestadora de servicios intermediarios que no debía responsabilizarse de los contenidos subidos por sus usuarios (en los términos previstos en el artículo 16 de la citada norma). Respecto a este primer argumento, el Tribunal Supremo señaló que «para determinar si la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, es necesario establecer que la empresa que explota este dominio ni tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada» y en este caso, «el gestor de una página web musical como la descrita es consciente o ha de serlo por ser un hecho notorio, que los éxitos musicales de actualidad están sujetos al pago de los cánones por los derechos de autor o deben contar con la autorización de sus titulares». Además, quedó acreditado que «la empresa filtra que tan solo se puedan subir archivos musicales. El usuario rellena un formulario (que contiene el título de la canción, el artista, el álbum, el género y la descripción) la página trata esa información y genera etiquetas para poder relacionar unos artistas con otros (...) sugiere resultados y realiza autocorrecciones (...) facilita la difusión de los contenidos».

Es ese conocimiento —y tratamiento— de la información, lo que llevó al Tribunal Supremo a afirmar que la empresa titular de la plataforma «no se limita a desarrollar una labor meramente técnica, pasiva y automática de almacenamiento

de los contenidos que terceros suben a la página web, sino que desempeña un papel activo»³⁷ y que «era concedora de la ilicitud de la actividad».

En segundo lugar, PC Irudia S.L. ante la imposición de «abstenerse de volver a ofrecer sin autorización las obras en el futuro», alegó la vulneración del artículo 15 DCE³⁸ señalando la imposibilidad de obligar a supervisar y controlar *ex ante* los contenidos subidos por los usuarios del servicio. La respuesta del Tribunal Supremo fue rotunda, al señalar que tal previsión no le es aplicable por no ser prestador de servicios intermediarios³⁹. Además, recordó que en la resolución administrativa se habían especificado las concretas obras cuya publicación vulneraba la normativa de propiedad industrial⁴⁰, lo que impedía su calificación como obligación general de supervisión prohibida por la norma.

Por todo ello, el Tribunal Supremo rechazó el recurso formulado por la sociedad titular de la plataforma, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

3. SENTENCIA 406/2019, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. UN CASO... ¿JUSTO?

En este caso tuvo lugar el acontecimiento que más preocupa a cualquiera que utilice una plataforma de mediación electrónica para el alquiler de un alojamiento vacacional: pagar por un alojamiento que no existe, o, dicho de otro modo, sufrir las consecuencias de la publicación de un anuncio falso. Se plantea aquí, nuevamente, si la plataforma tiene responsabilidad al respecto.

En concreto, Dña. Pilar (recurrente) reclama a la sociedad titular de la plataforma *Homeaway* —recordemos que ahora es *Vrbo*— la cantidad que pagó por el alojamiento que no disfrutó, una cantidad similar en concepto de daños morales, y los gastos de la reclamación extrajudicial efectuada.

Con el objetivo de simplificar los antecedentes ocurridos en el caso analizado, conviene anticipar que es determinante el hecho de que *Homeaway* sufrió un ataque de *phishing* o suplantación de identidad, y que la transacción (consistente en el alquiler de una villa situada en Italia) no se hizo con la plataforma, sino con el tercero estafador que suplantó su identidad.

En este sentido, Dña. Pilar se interesó en el anuncio del alojamiento, recibió un primer correo electrónico de contacto, y desde ese momento, las conversaciones entre aquella y la presunta intermediaria⁴¹ nunca más tienen lugar a través de la plataforma —aunque la intención del estafador fuera aparentar lo contrario⁴².

Posteriormente, la víctima (Dña. Pilar) recibe un correo electrónico, esta vez de la plataforma, en el que se le indica la cancelación del anuncio en el que se había interesado por un posible fraude —«creemos que puede ser falso»— y las instrucciones de cómo proceder⁴³.

En esta resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, una vez calificada la plataforma como intermediaria⁴⁴, analiza su régimen de responsabilidad. Para ello, afirma, como es sabido, que «solo responde respecto de infracciones que puede derivar del contenido de los datos alojados, cuando tenga efectivo conocimiento de la infracción que conlleva la información alojada, en sí misma, o la actividad de la que deriva. Además, si al momento de recibir la información o dato para su almacenamiento no conocía la infracción que conlleva dicha información o la actividad de la que deriva, pero posteriormente deviene en el conocimiento de esa ilicitud, el prestador de servicios debe actuar con toda diligencia para su retirada e impedir el acceso a los mismos, a partir de tal momento».

Como decíamos anteriormente, al haberse realizado la transacción de forma totalmente ajena a la plataforma, la Audiencia Provincial consideró que no se le puede exigir responsabilidad «por la vigilancia y control de dichas comunicaciones o medio de pago». Asimismo, tampoco aprecia responsabilidad de la plataforma «para evitar un ataque informático, un pirateo, a su plataforma de correo y pasarela de pago (...) ya que el fraude por tercero no se valió de esa mecánica, sino que entabló una comunicación directa con Dña. Pilar, externa a aquellas plataformas, aun simulando encontrarse en ellas».

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial destacó que la plataforma había rebasado la exigencia de diligencia del artículo 16 LSSICE, «donde solo se le impone la retirada de la información del acceso de los usuarios, ya que procede ella misma a determinar la posible falsedad del anuncio, y procede a comunicar personal e individualmente a los usuarios que constan como interesados en dicho anuncio la posibilidad de que se esté ante una estafa».

¿Un caso justo? Desde luego, no lo parece para Dña. Pilar, que perdió el dinero abonado para la reserva del alojamiento que resultó ser un fraude. Sin embargo, parece justa para la plataforma que, a juicio de la Audiencia Provincial, no solo no tiene responsabilidad como intermediaria, sino que rebasa la diligencia que le era exigible al haber identificado el anuncio falso⁴⁵. Queda, al menos, para la víctima, el consuelo de la estimación parcial del recurso⁴⁶.

4. SENTENCIA 1818/2020, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN CASO... ¿CONFUSO?

En este caso, la Generalidad de Cataluña ordenó a la plataforma *Homeaway*⁴⁷ que bloquease, suprimiese o eliminase de su página web, en el plazo de quince días, el contenido relativo a empresas y establecimientos turísticos localizados en Cataluña en los que, en virtud de lo dispuesto en la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña, no constase el número de inscripción en el Registro de Turismo.

En esta sentencia, que ha sido muy criticada por algunos autores⁴⁸, el Tribunal Supremo resuelve un caso muy similar al europeo de *Airbnb* estudiado anteriormente. Similar, pero no idéntico⁴⁹, por los siguientes motivos:

- En el caso *Airbnb* resuelto por el TJUE, se reclamaba que la titular de la plataforma cumpliera con una obligación impuesta por la norma en supuestos de operaciones inmobiliarias de distinto tipo. En concreto, según argumentaba la Asociación demandante, la plataforma llevaba a cabo una «actividad de intermediación y de gestión de inmuebles y de fondos de comercio sin estar en posesión de la tarjeta profesional exigida por la Ley Hoguet». Dicho de otro modo, se pretendía la consideración de *Airbnb* como sujeto obligado por la normativa sectorial, lo que llevó al TJUE a analizar cuál es la actividad principal de dicha plataforma⁵⁰ (al objeto de decidir sobre la aplicación de la DCE o de la norma sectorial pretendida de contrario).
- Sin embargo, en el caso que ahora nos ocupa, se reclamaba a la plataforma la retirada o bloqueo de la información relativa a aquellos anunciantes que no cumplieran con la normativa de turismo catalana. En otras palabras, podría entenderse la existencia de dos tipos de incumplimiento: el primero, imputable a los propietarios/anunciantes de los inmuebles en los que no

constaba su inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña (incumplimiento de la norma sectorial) y, el segundo, imputable a la plataforma, en su obligación de retirar los contenidos ilícitos desde el momento en que tenga conocimiento de tal ilicitud, esto es, desde que la Administración le informa y le requiere para ello, en aplicación del artículo 16 LSSICE, apartado 1, último párrafo.

A pesar de esto, el Tribunal Supremo dio la razón a *Homeaway*, afirmando que «la actividad desarrollada por *Homeway Spain* es una labor de intermediación propia de la sociedad de la información y queda regulada por la Directiva 2000/31/CE y la Ley nacional 34/2002, ambas normas reguladoras de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, y no por la legislación sectorial de alojamientos turísticos».

Consecuentemente, basó su decisión en la actividad desarrollada por la plataforma, y, a pesar de afirmar que «un PSSI de almacenamiento de datos estará obligado a suprimir los anuncios, o vedar el acceso a ellos, que incumplan una obligación legal cuando la Administración competente haya declarado dicho incumplimiento y lo comunique al PSSI», señalaba después (en el mismo párrafo) que el prestador (la plataforma) «se encuentra regulado por la normativa propia, lo que se reconoce en la sentencia recurrida, pero no por la sectorial de turismo, lo que solo ocurriría si se tratase de una empresa cuya calificación jurídica —en términos de la sentencia Airbnb— no fuese ya la de un PSSI sino la de una empresa turística, lo que hemos visto que no es el caso, o en supuestos de ilicitud flagrante que tampoco concurre en el presente supuesto».

En este sentido, puede decirse que la resolución es algo confusa, pues el Tribunal Supremo parece apoyar su fallo en el análisis de la actividad de la plataforma, lo que deriva en la inaplicación de la norma de turismo⁵¹, pero, como decíamos, quizá lo que se pretendía era, desde un principio, la aplicación de la LSSICE a la plataforma, y la aplicación de la norma de turismo a los anunciantes.

Finalmente, no podemos omitir la referencia a la reciente sentencia del pasado 7 de enero de 2022, del Tribunal Supremo⁵², en la que resuelve un supuesto idéntico, aunque esta vez relativo a la plataforma *Airbnb*⁵³ —en España— en el que la Generalidad de Cataluña ordenó el bloqueo, supresión o eliminación «de la página web *airbnb.es* o cualquier otra web que pueda utilizar en iguales términos, todo el contenido relativo a la publicidad de las empresas y de los establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña, en el que no conste el número de inscripción en el Registro de Cataluña».

Como era de esperar, el Tribunal Supremo ha resuelto de la misma forma que en el caso anteriormente analizado, anulando y casando la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anulando las resoluciones de la Directora General de Turismo y del Secretario de Empresa y Competitividad que originaron el recurso de casación.

V. CONCLUSIONES

I. Se planteaba al inicio de este estudio si se ha distorsionado el concepto de plataforma intermediaria, pues en ocasiones, el término *plataformas intermediarias* se utiliza, indistintamente, para hacer referencia a plataformas proveedoras de servicios intermediarios (que prestan servicios de transmisión y almacena-

miento de datos o información proporcionada por el destinatario del servicio) y plataformas de mediación electrónica (que favorecen la transacción entre el prestador del servicio que en ellas se anuncia, y el usuario destinatario que accede en búsqueda de un determinado producto o servicio). En principio, podría parecer confuso, pues cierto es que originariamente las intermediarias eran las primeras, las prestadoras de servicios intermediarios que aparecen en la DCE. Sin embargo, debemos ser prácticos y tener en cuenta que, en cualquier caso, a las de mediación electrónica les aplica la DCE —y la LSSICE—, al menos en materia de responsabilidad, pues como decíamos, son *doblemente intermediarias* (mediadoras y prestadoras de servicios de almacenamiento de datos o hosting).

II. La DCE y la LSSICE prevén, para las plataformas prestadoras de servicios intermediarios (en sus tres modalidades de transmisión, *caching*, y *hosting* de la información proporcionada por los usuarios del servicio) exoneraciones de responsabilidad que se regulan en los artículos 12 a 15 de la primera, y 13 a 17 de la segunda, respectivamente.

En lo que interesa a este estudio, las plataformas de mediación electrónica son consideradas prestadoras de un servicio de alojamiento de datos (*hosting*), y podrán ser exoneradas de responsabilidad (según el art. 14 DCE y 16 LSSICE) cuando no tengan conocimiento de la ilicitud de la información que almacenan, o teniéndolo, actúen a la mayor brevedad para retirarlo o bloquear su acceso.

III. El 15 de diciembre de 2020 se publicó la Propuesta de Reglamento conocida como «Ley de Servicios Digitales» (LSD) o *Digital Services Act (DSA)*, que viene a mantener el régimen de exoneración de responsabilidad que se ha estudiado, aunque incorpora como novedad para las plataformas de almacenamiento de datos la regulación de una excepción, consistente en que aquella plataforma que induzca a un «consumidor medio y razonablemente bien informado» a pensar que es ella la prestadora del servicio subyacente, no podrá beneficiarse de la exoneración de responsabilidad contenida en dicho precepto.

Además, la nueva ley establece, en su artículo 22, una nueva obligación para las plataformas de mediación electrónica (no aplicable a aquellas que sean microempresas o pequeñas empresas) consistente en obtener cierta información del comerciante, entre la que destaca la certificación de este último comprometiéndose a ofrecer «productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión».

IV. Resulta trascendental identificar si verdaderamente la plataforma es de mediación electrónica (la jurisprudencia suele referirse a estas como intermediarias o de intermediación digital, por ello la posible confusión a la que nos referíamos al principio) pues en caso contrario, aplicará la norma sectorial que corresponda.

En concreto, para la aplicación de la exoneración de responsabilidad analizada, se exige que la plataforma no tenga control o conocimiento de la información que almacena. La cuestión es que muchas plataformas que inicialmente pueden ser consideradas de mediación electrónica, juegan un papel bastante más activo de lo que parece, lo que llevó al TJUE a distinguir entre el papel activo o pasivo (neutro) de las plataformas, y, entre la intermediación (de mediación electrónica) o la «influencia decisiva» (posible prestación del servicio subyacente) de aquellas.

Como se ha estudiado en el presente trabajo, estos criterios, que inicialmente pueden parecer distintos entre sí, y pueden generar dudas en su aplicación, no son excluyentes. Cuando se analiza la actividad de la plataforma, y se concluye que tiene un papel neutro, pasivo, no es necesario analizar más cuestiones —desde el punto de vista de la responsabilidad—. Sin embargo, si hay dudas sobre el

posible conocimiento (y/o tratamiento) de la información que almacena (y, por tanto, tiene un papel activo en dicha transacción) será necesario valorar hasta qué punto interviene en la transacción, y será aquí donde aplicaremos el criterio de la influencia decisiva (o lo que es lo mismo, la aplicación de los criterios que la Comisión Europea utilizó para definir a la plataforma prestadora del servicio subyacente), con el objetivo de determinar el régimen aplicable a su responsabilidad.

V. El análisis de la jurisprudencia española expuesto revela la gran dificultad que plantea esta materia, aunque es posible que, al menos en parte, la nueva LSD ofrezca algunas soluciones, pero ¿determinará el artículo 22 el fin de la responsabilidad de plataformas de mediación electrónica? ¿Será la certificación del comerciante la vía de exoneración absoluta de las plataformas de mediación electrónica? Nótese que este artículo no aplicará a las plataformas consideradas microempresas o pequeñas empresas, ni tampoco, a las transacciones (en las que haya mediado una plataforma) entre particulares. ¿Cuándo se considera que la plataforma induce al consumidor medio y razonablemente bien informado a creer que presta el servicio subyacente? Como puede verse, los interrogantes son (siguen siendo) demasiados.

VI. Aunque, conscientes de la dificultad de adaptar las normas —que tienen, y deben tener, una cierta vocación de permanencia en el tiempo— a las nuevas tecnologías, que avanzan incontrolablemente, es necesario ofrecer una solución que permita abarcar estos conflictos de una forma más accesible, o al menos, un poco más liviana. Arduo proyecto, aunque, como dijo VOLTAIRE, «la ilusión es el primero de todos los placeres».

VI. ÍNDICE RESOLUCIONES

SENTENCIAS TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia de 23 de marzo de 2010. Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08.
- Sentencia de 12 de julio de 2011. Asunto C-324/09.
- Sentencia de 20 de diciembre de 2017. Asunto C-434/15.
- Sentencia de 19 de diciembre de 2019. Asunto C-390/18.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia número 923/2019, de 27 de junio de 2019.
- Sentencia número 1818/2020, de 30 de diciembre de 2020.
- Sentencia número 2/2022, de 7 de enero de 2022.

SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia número 118/2018, de 8 de mayo de 2018 de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.ª).
- Sentencia número 406/2019, de 13 de septiembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁVAREZ MORENO, T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea. Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*. Madrid: Reus.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). El derecho de las plataformas en la Unión Europea. En J. Esteve Pardo (dir.), *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*. Madrid: Marcial Pons. 21-69.
- CUENA CASAS, M. (2019). *Las Fintech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*. Madrid: Reus.
- (2020). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, núm. 2, 283-348.
- MARTÍNEZ NADAL, A. (2021). COVID-19, alquiler turístico y políticas de cancelación ¿emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales? *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 32, 1-13.
- MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil por daños derivados del alojamiento colaborativo. En: M. Goñi Rodríguez de Almeida (dir.) *Conflictos y retos jurídicos del alojamiento colaborativo (a través de plataformas electrónicas)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 181-219.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. (2017). El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 305/2017, 181-216.

NOTAS

¹ Artículos 12 a 15 de la DCE.

² Artículos 13 a 17 de la LSSICE.

³ Se plantea por la doctrina que estas plataformas celebran un contrato de mediación, aunque comparto la opinión de CUENA CASAS, M. (2020). La contratación con plataformas intermediarias en línea. *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, núm. 2, 318 sobre que se celebran dos contratos de mediación, uno con el prestador del servicio y otro con el usuario destinatario del mismo. No obstante, no es posible abordar esta cuestión en este trabajo por su extensión.

⁴ Como dice CUENA CASAS, M. (2019). *Las Fintech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*. Madrid: Reus, 30: La clave es que la plataforma actúa como intermediaria, siendo prestador de servicios de la sociedad de la información, pero, como veremos también en sentido material, como intermediario de contenidos facilitando la interacción entre los usuarios. Cita a su vez a RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*. Madrid: Marcial Pons. 149.

⁵ Además, el artículo 16 de la LSSICE (aplicable a los PSSI de alojamiento de datos, y con ello, a nuestras plataformas de mediación electrónica) señala que, se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Asimismo, se establece en el artículo 16 apartado 2, que esta exoneración no aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador (la plataforma).

⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2020 relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. [SEC (2020) 432 final] - [SWD (2020) 348 final] - [SWD (2020) 349 final].

⁷ Estoy de acuerdo con ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). El derecho de las plataformas en la Unión Europea. En: J. Esteve Pardo (dir.), *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*. Madrid: Marcial Pons. 54 cuando señala que esta regulación «no ahorrará litigios» y que la LSD (DSA en su traducción al inglés) «nada resuelve, pues, y serán los tribunales, y en particular, el TJUE quienes, de nuevo, caso por caso, analizarán el modo de operar de las plataformas». Cita, en esta opinión, el Considerando 23 de la LSD, que desde luego no puede ser menos resolutivo, cuando dice que, deberá determinarse de manera objetiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, si la presentación podría inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creerlo así.

⁸ Que no aplicará a plataformas consideradas microempresas (menos de 10 empleados o menos de 2 millones de euros de facturación) o pequeñas empresas (menos de 50 empleados o menos de 10 millones de euros de facturación) conforme a la definición contenida en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

⁹ Lo que parece eliminar la aplicación de esta obligación a los supuestos en que la transacción que se produce a través de la plataforma de mediación electrónica tenga lugar entre particulares (P2P o C2C).

¹⁰ En concreto: datos de contacto, registrales, bancarios, e identificativos.

¹¹ Sentencia de 23 de marzo de 2010. Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08.

¹² Servicio de pago de Google que permite obtener un mejor posicionamiento frente a la competencia, mediante la clasificación de los productos por «palabras clave» que previsiblemente introducirán los usuarios y potenciales clientes cuando buscan tales productos.

¹³ Es interesante destacar que, en esta resolución, el TJUE señala que, las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva solo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.

¹⁴ Asunto C-324/09, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la *High Court* de Reino Unido tras suspender el procedimiento iniciado por *L'Oreal* contra *Ebay* por vulneración de sus derechos de marca.

¹⁵ COM (2016) 356 final.

¹⁶ Puede haber casos en los que puede considerarse que las plataformas colaborativas ofrecen otros servicios además de los servicios de la sociedad de la información, actuando como intermediarios entre los prestadores de los servicios subyacentes y sus usuarios. En particular, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también un proveedor del servicio subyacente, 6.

¹⁷ Nótese que se está refiriendo a las plataformas de mediación electrónica que estudiamos aquí, en las que tiene lugar una relación triangular plataforma-prestador del servicio-usuario destinatario.

¹⁸ Literalmente, concluía la Comisión que, cuando se cumplen estos tres criterios, hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de un servicio de la sociedad de la información).

¹⁹ Asunto C-434/15.

²⁰ Este juzgado suspendió el procedimiento iniciado por Asociación Élite Taxi contra Uber Systems Spain S.L planteando en esta cuestión prejudicial al TJUE si Uber debía considerarse servicio de transporte, servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información.

²¹ Lo que supuso, como se exponía antes, la imposibilidad de aplicar las exoneraciones de responsabilidad estudiadas y la aplicación al caso de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres o «LOTT».

²² En este caso AHTOP, *Association pour un hébergement et un tourisme professionnels* (Asociación para la defensa del alojamiento y el turismo profesionales) solicitaba que Airbnb dispusiera de la tarjeta profesional que la *Ley Hoguet* exige a determinados agentes.

²³ Asunto C-390/18.

²⁴ Quizá deba entenderse la «influencia decisiva» como la forma de sintetizar los tres criterios de la Comisión Europea expuestos anteriormente.

²⁵ Son muchos los autores que se han pronunciado en contra de que Airbnb deba considerarse una plataforma intermediaria. En este sentido, MARTÍNEZ NADAL, A. (2021). COVID-19, alquiler turístico y políticas de cancelación ¿emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales? *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 32, 9 y CUENA CASAS, M. (2020). «La contratación a través de ...» *cit.* 318.

²⁶ Se recomienda la lectura de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. (2017). El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 305/2017, 181-216.

²⁷ Que media entre aquellos que desean acceder a deportes de aventura y aquellos que ofrecen este tipo de servicios.

²⁸ Además, se puso de manifiesto que no estaba inscrita en el Registro de empresas y establecimientos turísticos de Castilla-La Mancha ni disponía de licencia de actividad.

²⁹ Con elementos propios y otros análogos a la mediación, corretaje o mandato, en cuya regulación serían aplicables lo dispuesto en el código de comercio y lo dispuesto en el artículo 1709 del código civil.

³⁰ Esto es, la posibilidad de que los usuarios que ya han usado el servicio opinen sobre el mismo, para que otros usuarios interesados en él, tomen una decisión al respecto (es lo que se denomina sistemas de reputación).

³¹ En este sentido, es cierto que quizá debería valorarse, como dice MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil por daños derivados del alojamiento colaborativo. En: M. Goñi Rodríguez de Almeida (dir.) *Conflictos y retos jurídicos del alojamiento colaborativo (a través de plataformas electrónicas)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 216, la imagen de apariencia de garantía del servicio (...) es decir, que el usuario contrata con una percepción de que el alojamiento cumplirá con los requisitos y las condiciones anunciadas.

³² Entiende aquí la Audiencia Provincial que la responsabilidad es contractual: «la acción aquí ejercitada es de naturaleza contractual de intermediación digital» (Fundamento de Derecho Cuarto).

³³ No puede perderse de vista que normalmente una plataforma es desarrollada, explotada y administrada por una sociedad mercantil, cuya actividad, fácilmente podría encajar en el concepto de empresario regulado en el artículo 4 TRLGDCU.

³⁴ Debe recordarse que la Comisión Europea en su Comunicación sobre una «Agenda Europea para la economía colaborativa» anteriormente referida, señaló, expresamente lo siguiente: «la legislación de la UE sobre consumidores se aplica a cualquier plataforma colaborativa que reúna las condiciones para ser considerada un «comerciante» y que participe en «prácticas comerciales» frente a los consumidores».

³⁵ Su apartado 1 dispone lo siguiente: «antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas».

³⁶ En esta resolución se aplica el citado precepto del TRLGDCU y el artículo 17 LSSICE.

³⁷ Además, añade a su conclusión que, su actividad no se puede subsumir bajo el concepto de intermediario, en su modalidad de alojamiento de contenidos de terceros, que le exima de responsabilidad por la ilicitud de tales contenidos.

³⁸ Artículo 15 de la DCE, a cuyo tenor: Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

³⁹ No estamos seguros de que analizar si esta plataforma es o no intermediaria (que, conforme los conceptos que hemos visto pareciera que sí) sea el criterio más acertado, pues aun considerándola intermediaria, el resultado hubiera sido el mismo: al tener conocimiento de la información que almacena, no aplica la exoneración de responsabilidad de la LSSICE (y la DCE).

⁴⁰ Además, sostiene que «este requerimiento se puede cumplir bloqueando el acceso al sistema de dichos artistas u obras en cuestión, dado que el formulario de acceso y la base de datos permite tener constancia de los artistas de cada fichero sin necesidad de realizar un rastreo general».

⁴¹ El estafador, en este caso, no se hacía pasar por el propietario de la vivienda, sino por la propia plataforma intermediaria.

⁴² Los correos electrónicos se enviaban desde direcciones como support@supporthomeaway.co.uk, payments@support-homeaway.co.uk.

⁴³ Llama la atención que la plataforma disponga de una «Garantía de Alquiler Básica» en la que se ofrece el reembolso «a las personas afectadas por propiedades no legítimas a través de nuestro portal o *phishing*, hasta un máximo de 700 GBP u 800 EUR del precio del alquiler de los inmuebles que se anuncian en nuestros sitios web».

⁴⁴ Finalmente, destaca en esta sentencia la afirmación de que «la actividad de HOMEAWAY SPAIN SL, no es de intermediación inmobiliaria (...) sino que se dedica a la publicidad de ofertas de contratos de arrendamiento temporal de inmuebles».

⁴⁵ Lo cierto es que podría haber sido aún peor: llegada la fecha del viaje, Dña. Pilar hace el viaje a Italia y se encuentra con la inexistencia de tal vivienda.

⁴⁶ Esto es porque se declaró la abusividad de algunas condiciones generales del servicio de *Homeaway*, conforme había solicitado la recurrente. En concreto, se declaró abusiva, y con ello, nula, la cláusula 6.2. que pretendía la exoneración de responsabilidad de la plataforma por «cualquier información o datos fraudulentos que puedan aparecer en el portal (...) cualquier reclamación por parte del Viajero relativa a toda la información o dato fraudulento debe remitirse al propietario y no al Proveedor», lo que, a juicio de la Audiencia Provincial «supone una limitación de los derechos de reclamación e indemnización de los usuarios, respecto de los recogidos en la ley».

Adicionalmente, se declara la nulidad de la cláusula 14, que establecía que *Homeaway* «no puede ser considerado responsable de ningún daño resultante de la relación entre el Propietario y el Viajero (...) incluso si el Proveedor fue avisado por la eventualidad de tal perjuicio», lo que, según la Audiencia Provincial, «supone una exoneración de responsabilidad incluso en los supuestos en los que el artículo 16.1 LSSI impone la responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan las funciones que se identifican con HOMEAWAY SPAIN S.L.», lo que «implica una restricción de los derechos del usuario», siendo calificada finalmente como abusiva, y con ello, nula. Como es de suponer, no hubo condena en costas para ninguna de las partes.

⁴⁷ Actualmente es «*Vrbo*», plataforma que según su propia página web se dedica a «conectar» a propietarios de inmuebles con «familias que buscan alojamiento», motivo por el que podría encajar en nuestra definición de plataforma de mediación electrónica.

⁴⁸ Se recomienda encarecidamente la lectura de ÁLVAREZ MORENO, T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea. Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*. Madrid. Reus. 256 y siguientes.

⁴⁹ Quizá el matiz que aquí se expondrá fue el motivo que llevó al TSJ de Cataluña (cuya sentencia anula el TS) a afirmar que el caso *Airbnb* era de «escasa relevancia para el presente litigio».

⁵⁰ Que como sabemos, identificó como intermediación.

⁵¹ En palabras de ÁLVAREZ MORENO, T. La contratación electrónica mediante..., *cit.* 263: Esta confusión del Tribunal Supremo en la distinción entre la existencia o no de un papel activo en la gestión de ofertas, que hace perder la neutralidad tecnológica a la plataforma, y por lo tanto responder por los contenidos que gestiona, y que la plataforma tenga influencia dominante (...) lleva al Tribunal Supremo a estimar el recurso de *Homeaway* y equivocarse en su fallo.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) número 2/2022, de 7 de enero de 2022.

⁵³ En concreto, *Airbnb Ireland* y *Airbnb Online Services Spain S.L.* (hoy *Airbnb Marketing Services SLU*).