

FUNCIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: UNA APROXIMACIÓN*

Jesús QUIJANO GONZÁLEZ
Universidad de Valladolid

Resumen: El creciente desarrollo de la “economía colaborativa” plantea numerosas cuestiones desde la perspectiva jurídica, que requieren con frecuencia una reinterpretación de reglas y conceptos tradicionalmente elaborados en otro contexto y con otras finalidades. Uno de los problemas más necesitados de nueva construcción jurídica es precisamente el del régimen que deba asignarse a las “plataformas en línea”, que son los puntos de apoyo necesarios para el citado desarrollo.

Se trata de establecer en primer lugar la naturaleza de su actividad, para deducir de ella el contenido de la función y de los servicios que prestan, así como el alcance de la responsabilidad que deben asumir. El modelo más extendido hasta el momento se inclina hacia su consideración como simples intermediarios, sin perjuicio de excepciones vinculadas a un papel más activo, o a otras circunstancias.

A lo largo del trabajo, y una vez planteadas los aspectos indicados, se pasa revista al estado de la cuestión en disposiciones y otros documentos comunitarios y nacionales que contienen criterios de interés para la configuración del régimen de las plataformas en línea, especialmente en lo que atañe a su función y responsabilidad.

Palabras clave: Economía colaborativa; plataformas en línea; plataformas de financiación participativa; intermediación; funciones y servicios; responsabilidad.

Summary: The growing development of the collaborative economy raises many issues from a legal perspective, which often require a reinterpretation of rules and concepts traditionally developed in another context and for other purposes. One of the problems most in need of new legal construction is precisely that of the regime that should be assigned to the "online platforms", which are the necessary support points for the aforementioned development.

The aim of this work is, to establish first of all the nature of their activity, in order to deduce from it the content of the function and the services they provide, as well as the scope of the liability they must assume. The most widespread model so far leans towards its consideration as simple intermediaries, without prejudice to exceptions linked to a more active role, or to other circumstances.

Throughout the work, and once the indicated aspects have been raised, the status of the matter is reviewed in provisions and other community and national documents that contain criteria of interest for the configuration of the online platform regime, especially as regards its function and liability.

Keywords: Collaborative economy; online platforms; crowdfunding; brokering; functions and services; liability.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Planteamiento de la cuestión. 1.2. La función de la plataforma como base de la responsabilidad. 2. ORIENTACIONES GENERALES NORMATIVAS. 2.1. El régimen previsto en la normativa comunitaria y española de los servicios de la sociedad de la información: la Directiva de 2000 y la Ley española de 2002. 2.2. Criterios más recientes: las Comunicaciones de la Comisión. 3. EL SUPUESTO CONCRETO DE LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA: la Ley española de 27 de abril de 2015.

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad, DER2014-58744-R "Competencia y Distribución: nuevos retos en la sociedad globalizada y en contextos de crisis económica"

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento de la cuestión

La proliferación de las denominadas "plataformas en línea" (tomo esta denominación, entre las muchas posibles, por ser la que ha predominado en los textos comunitarios) ha convertido lo que empezó siendo una iniciativa digital singular en un auténtico fenómeno jurídico con todas las consecuencias. A ello han contribuido tanto el desarrollo del mercado digital y su expansión a múltiples sectores, como muy especialmente la propia evolución de otro fenómeno, el de la "economía colaborativa", que se sirve de esas plataformas como instrumentos operativos que permiten y fomentan la práctica de la cooperación en el intercambio de bienes y servicios.

Ocurre entonces que la aparición de fenómenos de esta naturaleza, novedosos y con amplia capacidad de penetración en la realidad socioeconómica, plantea de inmediato cuestiones jurídicas por la necesidad de adecuar reglas y conceptos surgidos en contextos distintos, e incluso por la conveniencia de introducir criterios específicos y normas propias que tengan en cuenta la peculiaridad de la nueva situación. Y esto es lo que está pasando a propósito del encaje sistemático y jurídico de la economía digital en su conjunto y del tratamiento que haya de darse a las relaciones que surgen entre los distintos intervinientes en su desarrollo.

Es ahí, pues, donde hay que situar el debate respecto al papel que cumplen las plataformas en línea; debate en el que se van planteando sucesivamente todas las cuestiones que tradicionalmente se han suscitado en torno a cualquier relación con relevancia jurídica: quiénes son y qué naturaleza tienen los sujetos implicados, qué posición asumen, qué función cumplen, a qué se obligan, de qué y cómo responden, etc., etc. Son, en efecto, las cuestiones habituales; pero el problema es que la respuesta conocida estaba incorporada desde antiguo a un marco normativo construido en un contexto fáctico muy distinto al que hoy permiten la evolución tecnológica y el mercado digital, donde las posiciones jurídicas derivadas del establecimiento de una determinada relación con relevancia contractual presentan en muchos casos un contenido menos definido y más difuso.

En el caso concreto de las plataformas en línea ese es exactamente el problema: se trata de establecer con la mayor precisión posible cuál es su función en el caso concreto, ya que no siempre su función es la misma, y obtener de ahí un punto de partida para abordar los demás asuntos derivados, que son particularmente el de los deberes asumidos, las obligaciones exigibles y las responsabilidades derivadas. A tal fin se orientan las reflexiones que siguen, a modo de simple aproximación a un asunto que está ya planteado, pero que necesitará más decantación en el futuro próximo a medida que se vaya definiendo el papel concreto de las plataformas en línea en el desarrollo de la economía digital y colaborativa. De manera que, tras unas primeras consideraciones sobre la relación entre función y responsabilidad de las plataformas, se expondrá el estado de la cuestión tomando como base los textos comunitarios que contienen referencias al asunto y partiendo del hasta ahora considerado como modelo de tratamiento jurídico, que es el que la Directiva de servicios de la sociedad de la información, del año 2000 (y la correspondiente ley española de 2002), para los "prestadores de servicios", a los que se ha venido atribuyendo la condición de intermediarios. A ello se añadirá, en un

plano más concreto, un breve examen del supuesto que actualmente dispone de una regulación más reciente, como lo es el de las “plataformas de financiación participativa”, que desarrollan la actividad del “crowdfunding” en el nuevo mundo de la “fintech”, regida por la Ley de fomento de la financiación empresarial de 27 de abril de 2015.

1.2. La función de la plataforma como base de la responsabilidad.

Por muy evidente que pueda parecer, el punto de partida para establecer el ámbito de responsabilidad exigible a las plataformas no puede ser otro que el que resulte de ponerlo en relación con la función desempeñada. En efecto, la plataforma debe responder de lo que hace; y lo que hace, el servicio que presta, depende de la posición que quiera ocupar, o que de hecho ocupe, en el proceso de establecimiento de relaciones entre los oferentes o proveedores de los servicios subyacentes y los demandantes o usuarios de tales servicios. Éste es precisamente el problema, que no es siempre evidente, ni sencillo, determinar el contenido de tal posición, porque en la realidad no hay tampoco una homogeneidad de posiciones que permita definir la función de las plataformas con carácter general para deducir de ahí unas pautas comunes de exigencia de responsabilidad. Más bien al contrario: se requiere una observación casuística, suficientemente precisa y fundamentada, para calificar la función en cada supuesto, de manera que, definida la posición en el caso a partir de la actuación de la plataforma en concreto, resulte proporcionado aplicar un régimen de responsabilidad de naturaleza adecuada, sea contractual o extracontractual, relacionada con el cumplimiento de una determinada obligación asumida o con la causación de un daño en particular a alguna de las partes afectadas.

En este proceso de reflexión sí cabe, al menos, definir algunas categorías de funciones, capaces de ofrecer algún criterio general de ordenación de la casuística, resultantes del análisis de los supuestos más habituales. La clave está, obviamente, en poder apreciar si la plataforma ocupa posición de mero y simple intermediario, cuya función se agota poniendo en relación a oferente y demandante, facilitando técnicamente su contacto, sin otra intervención en el establecimiento o en la ejecución de la relación establecida, o si, por el contrario, desempeñan algún otro papel, que con frecuencia no se podrá apreciar de manera concluyente y habrá que deducir de la presencia de determinados indicios suficientes.

Ésta es, sin duda, la cuestión central: cuando la plataforma opera bajo un principio de absoluta neutralidad técnica no le alcanza responsabilidad contractual alguna, relacionada con el contrato que celebran las partes; si bien podrá asumir alguna responsabilidad derivada del cumplimiento inadecuado de su función de intermediación, o de haber adoptado una actitud excesivamente pasiva, sin adoptar las mínimas medidas de corrección, advertencia, etc., para evitar riesgos de los que es conocedora, o incluso daños claramente probables (por ejemplo, una incorrecta transmisión de la información que a su través proporciona el proveedor y que genera confusión en su perjuicio, o en perjuicio de los clientes, o un alojamiento y mantenimiento de tal información una vez constatada su incorrección, podrían dar lugar a responsabilidad, al menos extracontractual). Cosa bien distinta sucederá cuando es la plataforma quien ofrece, o promete, la prestación del servicio en concreto, asumiendo directamente la obligación; podrá luego ocurrir que sea la propia plataforma quien lo realiza o ejecuta, o podrá ocurrir que la presta-

ción efectiva la haga un proveedor distinto al que la plataforma desplaza la ejecución de la prestación mediante una relación interna. En ambos casos, la posición contractual frente al cliente o usuario ha sido asumida por la plataforma, con independencia de que sea ella quien cumpla la obligación asumida o lo haga otra persona. Lo que entonces acaece es una situación bien conocida en la tradición de la contratación mercantil, como es la distinción entre el obligado contractual y el que ejecuta la prestación comprometida por aquél, que es lo que ocurre en diversas situaciones de subcontratación o de sustitución del contratante, que no por ello cede ni abandona su posición contractual frente a la otra parte del contrato; la distinción, por ejemplo, entre el porteador contractual y el porteador efectivo, tan arraigada en el contrato de transporte a fin de explicar la posición de los intermediarios (agencias, comisionistas, consignatarios, transitarios, etc.) que contratan el transporte en nombre propio y garantizan el cumplimiento, aunque no lo efectúen materialmente, es bien significativa a estos efectos.

Pero esta primera diferenciación entre la plataforma/intermediario y la plataforma/prestador directo o indirecto del servicio ofrecido, que es sin duda la más nítida, no siempre se presenta en la realidad con suficiente claridad; el problema está en las muy variadas situaciones intermedias en las que la plataforma asume un papel más o menos activo, más o menos intenso, o más o menos evidente, pero con influencia en la contratación o prestación del servicio que ofrece el proveedor. Es éste quien contrata en nombre y quien cumple, ejecutando directamente la prestación; pero la plataforma ha podido desplegar una actividad tal que permite presumir a los terceros que ejerce o dispone de influencia determinante o de control suficiente sobre el proveedor, de modo que la apariencia generada, o la confianza infundida, operan como elemento decisivo en la contratación. Así puede suceder cuando la plataforma recomienda a un determinado proveedor, o más aun ofreciendo datos promocionales para destacar su prestación (por ejemplo, con una estrategia publicitaria definida, o con un marketing particularizado), recomendando o fijando precio, u otras condiciones contractuales, recibiendo pago, emitiendo instrucciones sobre la prestación del servicio, o asumiendo prestaciones complementarias (asesoramiento, servicio postventa, garantía de conformidad, cobertura de seguro, disposición de personal o instalaciones y medios propios, etc.), que constituyen indicio suficiente de "penetración determinante" de la plataforma en la relación contractual que el cliente o usuario establece con el proveedor. Es obvio que, en tales supuestos, la plataforma ha abandonado la posición de neutralidad que constituía la base de exclusión de responsabilidad contractual y, sin perjuicio de otras responsabilidades que puedan alcanzarle (por competencia desleal, intromisión indebida, alcance tributario, motivos laborales, administrativos, o por otras causas), habrá asumido responsabilidad por el buen cumplimiento de las prestaciones ofrecidas directamente por ella, o incluso por la correcta ejecución del contrato por el propio proveedor, conjuntamente con él, lo que debiera conducir a un vínculo de responsabilidad solidaria frente al tercero contratante.

A partir de tal planteamiento, la simple distinción inicial entre la plataforma puramente intermediaria y la plataforma proveedor debería dejar paso a otra mucho más matizada y compleja: la que contrapone la plataforma neutral, mero intermediario digital, con la plataforma que ejerce control sobre el servicio subyacente, sea porque directamente lo ofrece o lo compromete, sea porque aparece ordenando, supervisando, condicionando, etc., de manera influyente en la contratación, la actividad económica de los proveedores que aloja, lo que normalmente

implicará actuar con fin de lucro propio, sin perjuicio de que tal actuación se inserte en un marco de economía colaborativa.

Establecidas así las pautas básicas para orientar la cuestión de la responsabilidad de las plataformas digitales, procederá examinar las orientaciones recogidas en la normativa comunitaria y española, particularmente en la que regula los servicios de la sociedad de la información, así como en otros documentos relevantes en la materia, prestando luego especial atención al supuesto que, hasta el momento, dispone de un tratamiento más preciso, como es el de las plataformas de financiación participativa.

2. ORIENTACIONES GENERALES NORMATIVAS:

2.1. El régimen previsto en la normativa comunitaria y española de los servicios de la sociedad de la información: la Directiva de 2000 y la Ley española de 2002.

La Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, puede considerarse, incluso todavía hoy, el texto de referencia, como orientación general normativa, para el tratamiento de la problemática jurídica que plantea la contratación en la red, y especialmente en relación con los asuntos de la función y la responsabilidad de los “prestadores de servicios”, que fue la denominación genérica de los operadores digitales en que hoy se encuadran también las plataformas de la economía colaborativa. De la lectura de sus propios Considerandos cabe deducir que la intención declarada de armonizar esos aspectos estuvo desde el principio entre sus objetivos centrales.

En efecto, el Considerando 40 alertaba de que “la divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones en la competencia”; de manera que neutralizar tales riesgos aconsejaba establecer reglas de exención de responsabilidad cuando la actividad del prestador de servicios/intermediario 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”. Tal exención supondría una auténtica “limitación de responsabilidad” de estos intermediarios, condicionada al hecho de que su función consistiera en una transmisión de datos, con almacenamiento automático, provisional y temporal, sin participación alguna en su elaboración ni modificación de su contenido, según lo describían los Considerandos 42 y siguientes.

Esos principios quedaban luego formalizados en los artículos 12 a 15, que integraban la Sección 4 (Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios) del Capítulo II (Principios). En efecto, el artículo 12, bajo el rótulo “Mera transmisión”, venía a establecer el principio esencial: cuando un servicio de la sociedad de la información consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, el prestador de este tipo de servicio no puede ser considerado responsable de los datos transmitidos, teniendo en cuenta además que la actividad

de transmisión y concesión de acceso comprende también el almacenamiento temporal de los datos transmitidos; en todo caso, el principio exoneratorio está sometido a tres condiciones: que la transmisión no haya sido generada por el propio prestador de servicios; que tampoco él seleccione al destinatario de la transmisión; y que ni seleccione ni modifique los datos transmitidos. Tal exoneración sólo limita con la posibilidad de que una autoridad judicial o administrativa, si así lo permite la normativa del Estado miembro, exija al prestador de servicios una conducta activa encaminada a impedir o a poner fin a una infracción.

La misma exoneración, con las condiciones más amplias que establece el artículo 13, se extiende al prestador del servicio en relación con el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información, cuando tenga por objeto hacer más eficaz la posterior transmisión de esa información a otros destinatarios del servicio que lo soliciten; como tampoco es responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, conforme al artículo 14, si bien aquí las condiciones incluyen el desconocimiento de la ilicitud de los datos, así como el bloqueo del acceso y la retirada de la información ilícita en cuanto el prestador tenga conocimiento de ello. Pero no cabe que los Estados miembros impongan a los prestadores del servicio una obligación general de supervisión de los datos que almacenen o transmitan, y ni siquiera una obligación de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indiquen actividad ilícita; al respecto, y en los términos del artículo 15, sólo cabe establecer obligaciones de comunicar con prontitud a las autoridades públicas los datos o actividades presuntamente ilícitas, así como la información que permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que haya establecido acuerdos de almacenamiento.

El principio exoneratorio así configurado en la Directiva ha orientado algunos pronunciamientos relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de entre los que cabe destacar, por su interés, debido a la relación tan directa con el asunto planteado, el contenido en la Sentencia de 12 de julio de 2011, en el caso *L’Oreal vs. eBay*, del que conviene hacer una breve consideración.

La citada sentencia venía a resolver un conjunto de cuestiones prejudiciales relativas al alcance de los derechos de propiedad industrial derivados de una marca, todo ello en el contexto del litigio que enfrentaba al fabricante titular de la marca (*L’Oreal*) con un operador de comercio electrónico (*eBay*) que disponía de una plataforma de oferta y venta de diversos productos. Se discutía si el titular de la marca podía oponerse a la comercialización y publicidad de sus productos por el operador en determinadas situaciones (se alegaba ilicitud porque alguno de los productos estaba falsificado o desprovisto del envase identificativo) y, entre otros pronunciamientos que no atañen directamente a la cuestión aquí planteada, el Tribunal tuvo ocasión de abordar el significado preciso de la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, concretamente en aplicación del artículo 14 de la Directiva de 2000, que acoge tal exención en relación con el alojamiento de datos.

El Tribunal, invocando precedentes de sentencias anteriores (particularmente la Sentencia *Google*, de 23 de marzo de 2010), reconocía la citada exención de responsabilidad, pero afirmaba a la vez que no es suficiente con que el servicio que ofrece el operador incluya el almacenamiento de la información que le facilitan sus clientes vendedores para que la exención opere automáticamente. El propio artículo 14 de la Directiva establece unas condiciones (la falta de conocimiento efectivo de la ilicitud y la reacción pronta cuando se disponga de tal conocimiento) que deben interpretarse en el caso concreto; de modo que para que un prestador



de servicio en internet pueda ampararse en el artículo 14 es necesario que se trate de un “prestador intermediario” en sentido estricto, lo que no ocurre cuando el operador realiza algún tratamiento de los datos introducidos por sus clientes vendedores o presta asistencia para promover determinadas ofertas de venta. En tales casos debe entenderse que el operador dispone del “conocimiento efectivo” que impide eximirse de responsabilidad, pues pierde la posición neutra de intermediario a consecuencia de su papel activo en el proceso de venta, máxime cuando concurre ilicitud en el contenido de ciertas ofertas que promueve, ya que si tuvo conocimiento efectivo del carácter ilícito de la actividad o de la información y no actuó con prontitud para retirar esos datos o para hacer que el acceso a ellos sea imposible no podrá ampararse en la exención de responsabilidad; más aún, del relato de la sentencia se deduce que no es estrictamente necesario que el operador tenga un conocimiento exhaustivo de la ilicitud, o que deba valorarla como tal, pues bastaría con que tenga conocimiento de hechos o circunstancias de los que un operador diligente hubiera debido deducir la ilicitud y actuar en consecuencia, para lo que es indiferente que haya llegado a tal conocimiento por una investigación realizada por propia iniciativa o por denuncia o comunicación de terceros.

Aplicando la línea argumental que se ha sintetizado, el TJUE declara en conclusión que “el artículo 14, 1, de la Directiva de 2000, sobre el comercio electrónico, debe interpretarse en el sentido de que sólo se aplica al operador de un mercado electrónico cuando éste no desempeñe un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, y desempeña tal papel cuando presta una asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta o en promover tales ofertas”. Pero incluso en el caso de que no haya tenido un papel activo y pueda aplicarse a su prestación el artículo 14 citado, “el operador no podría acogerse a la exención de responsabilidad, particularmente en asuntos que pueden concluir con una condena al pago de una indemnización de daños y perjuicios, cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en todo caso, cuando no haya actuado con prontitud para retirar los datos ilícitos o impedir el acceso a ellos una vez que tuvo tal conocimiento”. Tal pronunciamiento, por lo demás, estaba en plena coincidencia con las Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 2010 por el Abogado General, cuyo apartado IX (Exención para un prestador de servicios de alojamiento) contiene una amplia exposición interpretativa del artículo 14 de la Directiva.

Este mismo planteamiento es el que, al incorporar la Directiva de 2000 sobre comercio electrónico, ha acogido en España la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, cuyo Capítulo Segundo regula tanto las obligaciones (Sección 1ª, artículos 9 a 12 bis), como el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (Sección 2ª, artículos 13 a 17), entendiéndolo genéricamente por tales, conforme a las definiciones del Anexo, a la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información.

El sistema de responsabilidad de los prestadores de servicios en la Ley española parte de una declaración general, más bien innecesaria, de sujeción a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida en el ordenamiento jurídico, inmediatamente matizada por un principio de especialidad, pues queda a salvo lo dispuesto en la propia Ley, que hace además expresa referencia ya en este artículo 13 a lo establecido en los siguientes artículos para determinar la responsabi-

lidad propia de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación. Éste es el hilo conductor en el tratamiento de los supuestos concretos que se van contemplando en los siguientes preceptos, siempre referidos al prestador intermediario en tanto lo sea, teniendo en cuenta las condiciones que se van introduciendo en cada caso.

Está, en primer lugar, el supuesto de los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red, cuyo servicio consiste en transmitir datos facilitados por el destinatario del servicio, o en facilitar el acceso a la red; en tanto intermediarios no son responsables de la información transmitida, pero pierden tal condición y, con ella, la exención de responsabilidad si ellos mismos originan la transmisión, modifican datos, o los seleccionan para los destinatarios, si bien se entiende que no hay modificación por la simple manipulación técnica de los archivos que contienen los datos durante el proceso de transmisión. Se aclara igualmente que el servicio de transmisión y provisión de acceso incluye el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir la transmisión por la red y no se prolongue más tiempo del razonablemente necesario a tal efecto. Este artículo 14 recoge, con alguna matización, la regla más general de exención del artículo 12 de la Directiva, pues añade la aclaración de que la manipulación técnica no es modificación de datos, circunstancia que no está en el precepto de la Directiva.

El siguiente supuesto está referido a los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios; se trata de aquellos intermediarios que transmiten datos facilitados por un destinatario del servicio, pero además los almacenan en sus sistemas, también de forma automática, provisional y temporal, con el único fin de hacer más eficaz una ulterior transmisión a otros destinatarios que los soliciten. Quedarán exentos de responsabilidad por el contenido de los datos y por su reproducción temporal con condiciones más precisas: si no modifican la información, si permiten el acceso selectivo a ella (sólo de los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas por el "dueño" de la información), si respetan las normas aceptadas y aplicadas en el sector para actualizar la información, si no interfieren en la utilización de la tecnología empleada en el sector para obtener datos sobre la utilización de la información, y si retiran la información almacenada o impiden el acceso a ella en cuanto tengan conocimiento efectivo de que ha sido suprimida de la red en que se encontraba inicialmente, o se ha imposibilitado el acceso a ella, o un órgano judicial o administrativo ha ordenado retirarla o impedir el acceso. En este caso, el artículo 15 de la Ley española reproduce fielmente el 13 de la Directiva, allí referido a la "memoria tampón (caching)".

En tercer lugar, está el supuesto de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, en los que la intermediación consiste en albergar datos proporcionados por el destinatario del servicio. El prestador no es responsable de la información almacenada, de manera que la exención alcanza a los casos de almacenamiento de información ilícita y es entonces cuando operan los límites a la exención que establece el artículo 14 de la Directiva y reproduce el 16 de la Ley española; el intermediario no debe tener conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información que almacena, ni de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y, en caso de que lo tuviera, debe actuar con diligencia y prontitud para retirar los datos o impedir el acceso a ellos, entendiéndose que tiene conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de datos u ordenado su retirado o el bloqueo

del acceso, o la existencia de la lesión de bienes o derechos, y el prestador conociera tal resolución, todo ello sin perjuicio de que el prestador aplique otros procedimientos de detección y retirada de contenidos en virtud de acuerdos voluntarios o de medios de conocimiento efectivo que puedan establecerse. En todo caso, como también lo hace la Directiva, el apartado 2 de este artículo 16 declara inaplicable la exención de responsabilidad cuando el destinatario del servicio de alojamiento actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador; lo que ocurre entonces es que el prestador que tiene control sobre el destinatario del servicio deja de ser mero intermediario y pierde la posición de neutralidad que fundamente la exención de responsabilidad.

Finalmente, el artículo 17 incorpora un nuevo supuesto que no está expresamente recogido en la Directiva, aunque constituye una variante del supuesto anterior, aplicando la regla del alojamiento al servicio de búsqueda: los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos, o instrumentos de búsqueda, no son responsables de la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, en condiciones similares a las del supuesto anterior (no tener conocimiento efectivo de la ilicitud de la información a la que dirijan, o de su carácter lesivo, y actuar con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace), con la misma presunción de conocimiento efectivo cuando ha habido resolución de órgano competente, y con la misma inaplicación de la exención cuando el prestador que facilita la localización de contenidos ejerce control sobre el proveedor al que se enlaza o cuya localización se facilita.

Éste es el régimen actual de responsabilidad de los prestadores de servicios, también de plataformas en línea que operan en el ámbito de la economía colaborativa, en tanto cumplan una función de simple intermediación. Así lo vienen considerando los textos y documentos más recientes, especialmente en el ámbito comunitario, donde empiezan a introducirse reflexiones más matizadas a propósito de las diversas modalidades de intervención de tales plataformas, como se expone de inmediato.

2.2. Criterios más recientes: las Comunicaciones de la Comisión.

Aunque se trate de documentos sin calor normativo en sentido estricto, la Comisión, en recientes Comunicaciones, ha tenido la oportunidad de plantear las principales cuestiones que plantea la economía colaborativa y, en ese contexto, ofrecer algunos criterios sobre el régimen de las plataformas que prestan servicios en la red.

Está, en primer lugar, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 6 de mayo de 2015, “Una estrategia para el Mercado Único Digital en Europa”, en la que, por primera vez, se constataba el potencial que iba adquiriendo ese “mercado digital” y se planteaba la conveniencia de disponer de un “marco regulador adecuado para los fines previstos para las plataformas y los intermediarios”. En ese contexto se analizaba el “papel de las plataformas en línea” y se ponía en valor el principio de exención de responsabilidad acogido en la Directiva de comercio electrónico, especialmente en lo referido a la lucha contra los contenidos ilícitos en la red. Pero también por primera vez se llamaba la atención sobre el poder de mercado que iban adquiriendo algunas plataformas, lo que les permitía ejercer control sobre el acceso a los mercados en línea, con in-

fluencia significativa sobre distintos agentes de mercado, de manera que ellas mismas se han convertido en actores que compiten en diversos sectores de la economía.

La segunda Comunicación, de 2 de junio de 2016, lleva por título “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”. Dentro de las que considera “cuestiones clave”, se plantean los requisitos de acceso al mercado de las plataformas colaborativas y los prestadores de servicios, para lo que resulta necesario establecer la naturaleza de las actividades que realizan, que puede consistir tanto en un servicio genérico de la sociedad de la información, como en la intermediación entre los prestadores de servicios subyacentes y usuarios, si bien bajo ciertas condiciones cabe considerar a la propia plataforma como proveedor del servicio subyacente. La calificación deberá hacerse caso por caso y, a tal efecto, habrá que tener en cuenta elementos de hecho y de derecho de los que quepa deducir que la plataforma ejerce control o influencia significativa sobre el prestador; así, la fijación, y no sólo recomendación, del precio, el establecimiento de condiciones contractuales mediante instrucciones obligatorias, la disposición por la plataforma de activos clave, de los que puede ser propietaria o poseedora, para la prestación del servicio, son claros indicios de influencia o control significativo, que es lo que permite considerar que la plataforma, además de prestar servicios de la sociedad de la información, es también jurídicamente prestadora del servicio subyacente. Sin embargo, si la plataforma simplemente asiste al prestador efectivo, incluso ofreciendo o realizando determinadas actividades auxiliares (modalidades de pago, cobertura de seguro, servicio postventa, evaluación o calificación, etc.), esto no debe constituir por sí mismo prueba suficiente de influencia o control, ni altera sin más la posición de la plataforma como intermediario entre el prestador y los usuarios; en suma, cuanto más gestionan y organizan la selección de los proveedores y la manera en que se prestan los servicios (por ejemplo, verificando y gestionando directamente su calidad), más posibilidades habrá de que la plataforma deje de ser mera intermediaria y pueda ser considerada como proveedora de servicios ella misma.

Tal planteamiento respecto de la función de las plataformas tiene, obviamente, incidencia directa sobre la responsabilidad que deben asumir. La Comunicación recuerda a este respecto que, si bien las reglas sobre responsabilidad contractual o extracontractual que puedan aplicarse están en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, las plataformas en línea, como proveedoras de servicios de intermediación, están exentas de responsabilidad por la información que almacenan, conforme al principio del artículo 14 de la Directiva de 2000, antes analizada; pero advierte también que la aplicación de la exención depende de los elementos de hecho y de derecho presentes en la actividad realizada, como está bien establecido para el supuesto del servicio de alojamiento de datos y a propósito del conocimiento y control de la información ilícita y el papel activo de la plataforma, que hace decaer la exención. Tal comprobación ha de hacerse caso por caso, en función del nivel de control de la plataforma, aunque también es cierto que no cabe imponer a las plataformas un deber general de supervisar y realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que supongan ilicitud.

La tercera Comunicación, de 31 de marzo de 2017, sobre “Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa”, que en buena medida es una actualización de la de 2015, comienza destacando la importancia creciente de las plataformas en línea para el desarrollo de la economía digital y, a partir de ahí, hace patente su objetivo estratégico de “crear un entorno

adecuado para atraer, retener y desarrollar nuevos innovadores de las plataformas en línea” y de “establecer un marco reglamentario equilibrado para las plataformas en línea en el mercado único digital”. No resulta, por tanto, extraño que, en la aplicación de los principios esenciales para el desarrollo de las plataformas (garantizar condiciones iguales para servicios digitales comparables; garantizar la conducta responsable de las plataformas en línea; reforzar la confianza y transparencia y garantizar la equidad; mantener unos mercados abiertos y no discriminatorios para impulsar una economía basada en los datos), la Comunicación introduzca la siguiente reflexión: “el régimen de responsabilidad al que están sujetos actualmente los proveedores de servicios intermediarios (que es el de la Directiva de comercio electrónico) fue concebido en una época en que las plataformas en línea no tenían aún ni la dimensión ni las características que presentan hoy. Dicho régimen, sin embargo, ha permitido crear un entorno reglamentario tecnológicamente neutro que ha facilitado de forma notable la expansión de esas plataformas. Ello se debe en parte a la armonización de la exención de responsabilidad de la que gozan algunos tipos de plataformas en línea por los contenidos y actividades ilegales de los que no tiene ni control ni conocimiento”.

La Comisión había realizado en 2015 una consulta pública sobre las plataformas en línea y en ella se ponía de manifiesto que la inmensa mayoría de los interesados que manifestaron su opinión (usuarios, intermediarios, suministradores de contenidos, etc.) afirmaron que el régimen de responsabilidad actual responde idóneamente a las necesidades, y sólo un mínimo de participantes consideró que ese régimen era poco claro y que se aplicado con deficiencias. La Comunicación, por tanto, aun constatando cierta preocupación por las cuestiones de responsabilidad, reconocía el amplio apoyo del que gozaban los principios vigentes de la Directiva de comercio electrónico y venía a proclamar su intención de mantener un régimen de responsabilidad equilibrado y previsible para las plataformas en línea, por considerarlo indispensable para el desarrollo futuro de la economía digital en la UE, no sin reconocer “algunos problemas particulares derivados de la proliferación de actividades y contenidos ilegales y nocivos”, ni sin sugerir la “necesidad de supervisar los procedimientos existentes de notificación y acción para garantizar la coherencia y eficiencia del régimen de responsabilidad de los intermediarios”. Algunas iniciativas en proceso de discusión y aprobación (así, la propuesta de Directiva para actualizar la de servicios de comunicación audiovisual, la revisión de los derechos de autor, u otras acciones como la puesta en marcha de un Foro de Internet de la UE) podrán servir también para evaluar la conveniencia de una actualización del citado sistema de responsabilidad que, hoy por hoy, se considera adecuado.

Finalmente, otros documentos de distinta procedencia han venido igualmente a insistir en ese mismo planteamiento de vinculación entre el papel de las plataformas y la responsabilidad que deben asumir: así, el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo, publicado en el DOUE de 19 de agosto de 2016, sobre “La economía colaborativa y la autorregulación”, en su apartado 8.2.4, f), incluía la responsabilidad de las plataformas en los negocios, en función de los servicios que presten y de su nivel de intervención en los negocios que se concreten a través de ellas, y garantía del respeto de la legalidad de sus ofertas; o el interesante Informe del Parlamento Europeo sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (el proyecto lleva fecha de 28-II-2017 y el Informe definitivo de 31-V-2017) viene también a subrayar la conveniencia de “clarificar la responsabilidad de los intermediarios” (epígrafes 29 a 41) en orden a la aplicación de

la exención, o a la no aplicación cuando la plataforma no desempeñe un papel neutro.

Es cierto que los textos citados no constituyen material normativo en sentido estricto, lo que no impide que los criterios que contienen puedan ser reconocidos como referencia significativa, incluso en la resolución de asuntos sometidos a litigio ante los tribunales. Un buen ejemplo al respecto lo constituye la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 7 de Madrid, de 2 de febrero de 2017, dictada en el conocido asunto BlaBlaCar, donde la plataforma demandada quedó absuelta en la demandada de competencia desleal interpuesta por la Confederación Española de Transporte en Autobús. La Sentencia (puede verse el Fundamento Jurídico Sexto) toma como referencia precisamente la Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2016, sobre la Agenda europea para la economía digital, para argumentar sobre el asunto central del litigio, que no era otro que el de establecer la función de la plataforma como intermediario o como prestador del servicio de transporte, de modo que, establecida la condición de mero intermediario, su actividad consistía en la prestación de un servicio de la sociedad de la información, y ni estaba sujeta a la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, ni había base entonces para aplicar la Ley de Competencia Desleal.

3. EL SUPUESTO CONCRETO DE LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA: la Ley española de 27 de abril de 2015.

Las llamadas “plataformas de financiación participativa” (en adelante PFP), como instrumento organizado para la práctica de los fenómenos de “crowdfunding” y “crowdlending” (inversión y préstamo a través de la red), constituyen uno de los escasos supuestos de plataforma digital que disponen de regulación legal en nuestro ordenamiento. Tiene, por tanto, interés, añadir una breve referencia a la función y al sistema de responsabilidad de tales plataformas en la Ley de fomento de la financiación empresarial, de 27 de abril de 2015, cuyo Título V contiene el “régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa”.

Tal y como están concebidas en el artículo 46 de la ley reguladora, las PFP son empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto a los inversores que ofrecen financiación remunerada con los promotores que solicitan financiación participativa para desarrollar un proyecto. En tal sentido, son profesionales de la intermediación en sentido estricto, que no establecen relación contractual con las dos partes interesadas; y su función está orientada por principios de neutralidad, imparcialidad y diligencia en el cumplimiento de las tareas de servicio que tienen legalmente asignadas, como ahora se indicará. Esa función intermediadora es también la que orienta tanto los requisitos exigidos para ejercer la actividad (el artículo 55 menciona la exclusividad de objeto), como las estrictas prohibiciones que establece el artículo 52, especialmente las de su apartado 2, que prohíbe expresamente a las PFP convertirse en parte, o actuar con parcialidad en las diversas formas que indica. Si en algún supuesto formalizan contratos de préstamo o de suscripción de participaciones, lo hacen en representación de los inversores y mediante un acuerdo de voluntades manifestado en la propia plataforma, como así lo indica el artículo 51, 3, donde están indicados los servicios que prestan. Incluso la posibilidad de que la propia plataforma participe en proyectos publicados en su página web, o de que publique proyectos de los que ella misma sea



promotora, está limitada en los términos y con las condiciones que establece el artículo 63, al tratar de los “proyectos vinculados”; en tal caso, obviamente, la plataforma deja de ser mero intermediario y asume frente a los inversores la posición de promotor, con la consiguiente responsabilidad contractual por el cumplimiento del proyecto.

Fuera de tales casos, que exceden de su función ordinaria, las PFP no asumen, sin perjuicio de algunos matices a considerar, responsabilidad contractual frente a las partes que ponen en contacto; no hay previsto un contrato de acceso que vincule a la PFP con el promotor del proyecto, ni un contrato de garantía que asegure frente al inversor el cumplimiento del proyecto o la rentabilidad. La PFP tiene asignados unos deberes legales, que constituyen “normas de conducta” (artículos 60 y siguientes), y por su correcto y diligente cumplimiento responde administrativamente frente al supervisor (CNMV), conforme a la tipicidad de infracciones y sanciones prevista en los artículos 89 y siguientes. Y asunto distinto es que del comportamiento negligente, del incumplimiento de sus deberes, o de la inobservancia de las normas de conducta, deriven daños para las partes de la relación de la financiación, especialmente para los inversores; en esos casos, asumirá la responsabilidad extracontractual general por causación de daños o perjuicios, la del artículo 1902 del Código Civil, para cuya cobertura la propia ley exige a las PFP que dispongan de un seguro de responsabilidad civil profesional, que cubra la responsabilidad por negligencia, como así lo expresa el artículo 56, 1, b).

Lo hasta aquí señalado no deja de ser un efecto más de la consideración de las PFP como “prestador de servicios” en el sentido de la Directiva de la sociedad de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y de la correspondiente Ley española; y, como tal, le alcanzan los principios de exención de responsabilidad del intermediario por la información transmitida y almacenada, con inexistencia de obligación general de supervisión, que ya antes se examinaron, con los límites derivados del conocimiento efectivo de la ilicitud (artículos 12 a 15 de la Directiva y 13 a 17 de la Ley española).

Conviene, sin embargo, examinar el contenido y alcance de los servicios que, por disposición legal, deben prestar las PFP, ya que esa es la base de su eventual responsabilidad, y no sólo la administrativa por la infracción sancionable, sino también la que hemos calificado como extracontractual por daños causados interviniendo culpa o negligencia. Más aún, la propia Ley, en los artículos 85 y 86, declara aplicable la normativa de protección de los consumidores y usuarios, lo que puede atraer la exigencia de responsabilidad por prestación de servicios defectuosos, tanto en el marco general del Texto Refundido de la Ley de defensa de Consumidores y Usuarios, como en el marco especial de la legislación protectora de los clientes de servicios financieros y de la reguladora de la contratación con consumidores de préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación (Ley de 31 de marzo de 2009), o del crédito al consumo (Ley de 24 de junio de 2011), que es el que expresamente menciona la ley reguladora de las PFP al considerar a las plataformas tanto prestadores de servicios de la sociedad de la información, como intermediarios financieros.

Los servicios de referencia están enumerados en el artículo 51, complementado con otros desarrollos particulares en otros preceptos. Cabe incluso distinguir los que son “servicios principales” de los que tienen el carácter de auxiliares, conforme al texto legal. Los primeros son de obligada prestación y consisten, de un lado, en “la recepción, selección y publicación de proyectos de financiación participativa”, y, de otro, en “el desarrollo, establecimiento y explotación de

canales de comunicación para facilitar la contratación de la financiación entre inversores y promotores". Los servicios auxiliares son de prestación voluntaria y aparecen enumerados en un listado meramente ejemplificativo (asesoramiento a promotores a efectos de la publicación del proyecto; análisis de los proyectos recibidos, sin efectuar recomendaciones personalizadas; habilitación de canales de comunicación a distancia para el contacto directo entre los interesados; ofrecimiento de modelos de contratos; transmisión a inversores de la información que desee proporcionar el promotor; reclamación judicial y extrajudicial de derechos de crédito, en representación de los inversores o en nombre propio si los inversores le ceden su crédito).

Del conjunto de los servicios citados, por su naturaleza y por su alcance, puede deducirse que se trata de prestaciones generales derivadas de la función de intermediación. En el caso de los servicios obligados, es claro que la recepción, selección y publicación de proyectos supone la comprobación de que los proyectos reúnen los requisitos legales para ser publicados (artículo 49), pero no implica ni que la PFP los elija, ni mucho menos que los haga propios; como tampoco el otro deber principal (facilitar la contratación habilitando canales de comunicación) implica que la PFP ejerza un control continuado sobre la relación entre los contratantes. De manera que la PFP no asume en sentido estricto, más allá del servicio técnico que presta, obligaciones jurídicas derivadas de la elección o vigilancia de los proyectos, o por las que pudiera exigirse responsabilidad específica por culpa in eligendo o in vigilando. Los servicios auxiliares tienen la misma orientación de intermediación técnica; e incluso en el supuesto más particular, que es la reclamación de créditos, es claro que la PFP lo hace por representación, o previa cesión del derecho; sólo si la prestación de estos deberes auxiliares (piénsese en el asesoramiento, el análisis de riesgos, etc.) se hiciera en tal modo que la posición de neutralidad e imparcialidad se viera sustituida por una posición de control efectivo sobre el promotor o de influencia clara en el inversor, con intervención suficiente para generar confianza, incluso por apariencia, no sería descartable la hipótesis de exigencia de responsabilidad a la PFP en aplicación de reglas generales de indemnización de daños.

Al mismo modelo de PFP con función intermediadora obedecen las "normas de conducta" con que deben ejercer su actividad. El artículo 60, bien significativo al respecto, establece como principio que las PFP deben "ejercer su actividad de acuerdo con los principios de neutralidad, diligencia y transparencia y con arreglo al mejor interés de sus clientes", entendiéndose por tales tanto los promotores como los inversores. Obviamente, la observancia de tal principio exige de la PFP un especial cuidado en el cumplimiento de las obligaciones legales de información, que tienen en la Ley un desarrollo particular: el propio artículo 60 cualifica la información a proporcionar a los clientes sobre los derechos y obligaciones que asumen (la información ha de ser "clara, oportuna, suficiente, accesible, objetiva y no engañosa"); el artículo 61 detalla al máximo la información a incluir en la página web de la PFP; y otros preceptos concretan aún más la información a proporcionar sobre aspectos particulares de los proyectos, los préstamos y los títulos o valores (así, sobre el proyecto, en el artículo 70, y luego sobre el promotor que capta financiación mediante préstamos, en el artículo 75; sobre los préstamos, en el 76; sobre el promotor que emite valores, en el 78; sobre las ofertas de valores, en el 79; sobre la comunicación específica que el inversor debe recibir y aceptar previamente a la financiación, el 83, etc.) También la exigencia de una "política efectiva en materia de conflictos de interés", que alcanza a administrado-



res, directivos, empleados y socios de la PFP en los términos del artículo 62, tiene su base en la citada función. De manera que la responsabilidad exigible tiene también ese fundamento: el incumplimiento, o el mal cumplimiento, de los deberes legales relacionados con los servicios que prestan, en términos de inobservancia de las normas de conducta, y en la medida en que de ese comportamiento ilícito y culpable derive un daño o perjuicio, con nexo causal debidamente comprobado.

Finalmente, todavía la Ley impone de manera particular a las PFP, también en el contexto indicado de la información a proporcionar, ciertos deberes de evaluación (el artículo 70 indica que la PFP “debe evaluar con la debida diligencia la admisión de proyectos de financiación y su adecuación a los requisitos establecidos”), lo que puede entenderse como una manifestación particular de la prestación del servicio de recepción, selección y publicación de proyectos, previsto en el artículo 51, aquí en una dimensión de “deber de comprobación” que, de manera expresa, alcanza también a “la comprobación de la identidad del promotor y a su debida identificación”.

A propósito de estos deberes de información correcta y de comprobación que se acaban de citar, la Ley contiene algunas reglas finales de atribución de responsabilidad que interesa destacar, en la medida en que vienen a confirmar el modelo de referencia: el artículo 71 (“responsabilidad de la PFP respecto de la información del proyecto”) impone a la PFP una obligación de asegurarse de que la información publicada sea completa, según lo previsto legalmente, además de otras obligaciones adicionales de accesibilidad, actualización, continuidad, etc., que el artículo 72 precisa; mientras que el artículo 73 (“responsabilidad de los promotores por la información publicada”), hace responsables a los promotores frente a los inversores de la información que proporcionen a la PFP para su publicación.

He ahí en estado puro el modelo de la Directiva de servicios de la sociedad de la información: el intermediario, la PFP en este caso, responde de eso, de que la información que traslada sea completa, en el sentido de que alcance a todos los extremos que la ley exige, lo que incluye la comprobación de los requisitos legales; pero no responde de que sea correcta, o de que sea veraz y exacta, de eso responde el promotor que suministra la información, sin perjuicio de que se den las circunstancias de conocimiento efectivo por parte del intermediario, en los términos antes expuestos. Tampoco responde, en consecuencia, del éxito del proyecto financiado, ni de su rentabilidad, ni de las eventuales pérdidas que puedan sufrir los inversores. En suma, el que corresponde a las reglas de neutralidad o imparcialidad con que están concebidas, complementadas por los deberes de diligencia y transparencia en el cumplimiento de las obligaciones legales relativas a los servicios que prestan; reglas de exención que sólo ceden cuando hay infracción de deberes legales o protagonismo directo, por influencia, control o implicación, con pérdida de la neutralidad del intermediario y adquisición de la posición de promotor.