

**PLATAFORMAS DIGITALES Y ACTIVIDADES
TRANSFRONTERIZAS**

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

*NUEVOS ESCENARIOS DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO DE LA
CONTRATACIÓN*

P. Jiménez Blanco y
A. Espiniella Menéndez (dirs.),

Tirant lo blanch, Valencia 2021, pp. 379-411

ISBN: 978-84-1378-713-8

*

Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>*

PLATAFORMAS DIGITALES Y ACTIVIDADES TRANSFRONTERIZAS

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. AUSENCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL.- 2. TUTELA DE LOS USUARIOS PROFESIONALES DE PLATAFORMAS.- 3. SOMETIMIENTO DE LAS PLATAFORMAS (Y SUS USUARIOS) AL RGPD.- 4. INTERCAMBIO DE VÍDEOS: ALCANCE DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA.- 5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS: RÉGIMEN APLICABLE.- 6. PLATAFORMAS PARA COMPARTIR MÚSICA Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTOR.- 7. APLICACIÓN DE RESTRICCIONES NACIONALES: CRITERIO DE MERCADO INTERIOR Y OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN PREVIA.

1. AUSENCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

1. La expansión de las plataformas digitales y con ella de la contratación con prestadores de servicios de plataforma o entre usuarios de tales servicios no ha ido unida a la adopción de normas específicas de Derecho internacional privado (DIPr). La dimensión internacional de la protección del consumidor ha recibido una particular atención en la UE en paralelo con la progresiva europeización del Derecho material del consumo. Esa circunstancia se manifiesta de manera especial en las reglas específicas sobre competencia judicial internacional en los contratos de consumo (arts. 17-19 Reglamento 1215/2012 o RBIBis) y la incorporación de un régimen específico sobre ley aplicable en ese sector (art. 6 Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o RRI). Se trata de un modelo que protege al consumidor facilitando su acceso a los tribunales del país de su residencia habitual y la aplicación de las normas imperativas de protección de los consumidores de ese mismo país, de modo que impone a las empresas obligaciones que limitan sus posibilidades de someter sus

transacciones a un régimen unitario cuando pretenden operar en línea en múltiples mercados.

2. En el desarrollo de plataformas vinculadas a la llamada economía colaborativa cabe apreciar cierta difuminación en ciertos ámbitos de la delimitación entre consumidor y empresario, de modo que, en materia contractual, junto a la tradicional distinción entre transacciones B2B (business to business) y B2C (business to consumer) se hace preciso abordar el tratamiento de los contratos llamados P2P (peer to peer o entre pares), en concreto en aquellos casos en los que quien ofrece un bien o un servicio es un usuario de la plataforma que no reviste los elementos para ser considerado como empresa o profesional. En las situaciones típicas, no resultará controvertido que el prestador de servicio de plataforma es una empresa o profesional –si bien el alcance de su implicación en las transacciones entre usuarios en el marco de la plataforma puede ser fuente de inseguridad-; por el contrario la calificación de ciertos usuarios de las plataformas a los efectos de los instrumentos de DIPr puede suscitar dudas adicionales con respecto a la normativa específica sobre contratos de consumo.

3. La protección que esas normas del RBIbis y del RRI otorgan aparece limitada a los contratos entre empresas o profesionales y consumidores, entendidos éstos como personas físicas que celebran el contrato para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional. Cuando las partes actúan en el ejercicio de su actividad profesional esas normas no resultan de aplicación¹. En tanto que determinante de la aplicación de un régimen especial, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve que el concepto de consumidor debe ser objeto de una interpretación estricta en el marco del RBIbis, de modo que va referido únicamente al consumidor final privado, que no lleva a cabo actividades comerciales o profesionales.² Debe tratarse de contratos celebrados al margen de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias

¹ STJUE de 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton / TVB*, C-89/91, EU:C:1993:15, ap. 24.

² STJUE de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna*, C-419/11, EU:C:2013:165, ap. 32, con ulteriores referencias. *Vid.* STJUE de 10 de diciembre de 2020, *Personal Exchange International*, C-774/19, EU:C:2020:1015, poniendo de relieve que los ingresos obtenidos, el nivel de especialización alcanzado y el tiempo dedicado por el usuario del servicio en línea no se consideran determinantes para excluir su calificación como consumidor a los efectos del artículo 17 RBIbis, pero sí lo puede ser el que su utilización del servicio en línea –y en particular los ingresos que obtiene de esa actividad- vaya unida a la venta de productos o el ofrecimiento de servicios relacionados a esa actividad.

necesidades de consumo privado de un individuo.³ La eventual consideración como consumidor es independiente de que la persona pague o no por el servicio, lo que resulta de especial importancia en un contexto en el que es frecuente que los servicios se ofrezcan de manera gratuita si bien a cambio del acceso a datos personales.

4. El objetivo del régimen de protección es tutelar al consumidor en cuanto parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su cocontratante profesional⁴, lo que excluye su aplicación cuando no concurre el desequilibrio que justifica esa protección⁵. Tratándose de contratos de finalidad doble, el TJUE en el contexto de las redes sociales ha insistido en que el régimen de protección en materia de contratos de consumo del RBiBis resulta solo de aplicación cuando la finalidad del contrato sea un uso no profesional del servicio y si el contrato tiene un vínculo con la actividad profesional del interesado ha de ser tan tenue que resulte marginal e insignificante en el contexto de la operación⁶. En el ámbito de las redes sociales, el Tribunal parece haber admitido una cierta flexibilidad, al considerar que lo determinante es que la persona haga un uso esencialmente no profesional de los servicios⁷.

5. En todo caso, el fundamento de ese régimen de tutela respecto de las transacciones internacionales es el desequilibrio existente entre las dos partes contratantes, por lo que no es aplicable cuando ninguna de las partes actúa en el marco de su actividad profesional o empresarial. La tutela de esos regímenes de DIPr se limita a aquellas situaciones en las que existe un desequilibrio entre ambas partes contratantes, como es propio de las situaciones B2C, con independencia de que el empresario o profesional sea el prestador de servicios de plataforma o un usuario profesional de tales servicios que contrata con otro usuario que reúne las características para ser considerado consumidor.

6. De lo anterior resulta que los denominados contratos P2P entre usuarios no profesionales de plataformas no quedan en principio cubiertos por esas normas. El

³ STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, ap. 30.

⁴ STJUE de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01, EU:C:2005:32, ap. 34; y STJUE de 20 de enero de 2005, *Engler*, C-27/02, EU:C:2005:33, ap. 39.

⁵ STJUE de 5 de diciembre de 2013, *Vapenik*, C-508/12, EU:C:2013:790, ap. 31.

⁶ STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, aps. 29-32. Asimismo, *vid.* STJUE de 14 de febrero de 2019, *Milivojević*, C-630/17, EU:C:2019:123, ap. 91.

⁷ STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, ap. 38.

análisis previo acerca del significado del concepto de consumidor a los efectos de esos instrumentos debe proyectarse respecto de las transacciones concluidas con la plataforma o en el marco de la misma, en particular en lo relativo a la caracterización de personas que ofrecen productos o servicios mediante plataformas. En el contexto cercano de la normativa material de protección de consumidores de la UE, la Comisión ha destacado como elementos que pueden ser relevantes según los casos: la frecuencia de sus ofertas; la existencia o no de un fin lucrativo; y el volumen de negocio⁸. Por su parte, el Tribunal de Justicia, al interpretar la Directiva 2011/83 y la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales en las relaciones con los consumidores, en la sentencia *Kamenova*⁹ ha puesto de relieve que su concepto de comerciante tiene un sentido particularmente amplio (ap. 30) y debe determinarse en relación con el concepto, correlativo pero antinómico, de “consumidor” (ap. 33), destacando que se trata de un concepto funcional que exige valorar a la luz de las circunstancias del caso concreto si la persona en cuestión actúa con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, o profesión o en nombre o por cuenta de un comerciante (aps. 35 a 37). Como guía relevante, el Tribunal proporciona un listado de criterios a tener en cuenta a esos efectos –planificación de las ofertas, carácter lucrativo, estatuto jurídico del oferente, frecuencia de la actividad...-, pero aclarando que no son taxativos ni exclusivos y que “el hecho de cumplir uno o varios de esos criterios no determina, por sí mismo” que el vendedor en línea deba ser calificado como comerciante (aps. 38 y 39).

7. Por consiguiente se impone un análisis casuístico. En todo caso cabe constatar que el concepto de consumidor a los efectos de los regímenes de protección del RBIBis y del RRI es más estricto del que resulta de otros instrumentos de la Unión. A modo de ejemplo, a los efectos de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores en los contratos con doble finalidad se considera consumidor si el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato (cdo. 17). Por su parte, la Directiva 2019/770 relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, afirma la libertad de los Estados miembros para considerar en los contratos con doble objeto que una persona debe ser considerada un consumidor cuando el objeto

⁸ COM(2016)356 final, pp. 9-10.

⁹ STJUE de 4 de octubre de 2018, *Kamenova*, C-105/17, EU:C:2018:808.

comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato. Además, afirma la libertad de los Estados miembros para extender la protección otorgada por la Directiva a personas físicas o jurídicas que no sean consumidores en el sentido de la Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes¹⁰. Esta constatación se vincula con la necesidad de valorar la oportunidad de extender el alcance de los regímenes de protección de los consumidores del RBIBis y del RRI a otros posibles actores que se pueden encontrar en una situación de dependencia en el contexto de las plataformas, lo que en principio exigiría una modificación legislativa en el seno de la Unión.

2. TUTELA DE LOS USUARIOS PROFESIONALES DE PLATAFORMAS

8. En la evolución reciente de la legislación material de la Unión sí ha tenido reflejo el que ciertos usuarios de servicios de plataformas que hacen un uso básicamente comercial de las mismas desarrollan relaciones de subordinación y dependencia respecto de la plataforma. En esas relaciones se observa un marcado desequilibrio entre las partes, lo que facilita que ciertas prácticas de la plataforma que puedan resultar perjudiciales para sus usuarios profesionales dañen gravemente las relaciones que estos últimos con sus clientes a través de la plataforma. Con el propósito de evitar prácticas lesivas por los intermediarios, asegurar la transparencia y ciertas garantías en los términos en los que prestan sus servicios, así como proporcionar a los usuarios profesionales posibilidades de reclamación efectiva frente a dichas plataformas, el Reglamento (UE) 2019/1150¹¹ establece ciertas disposiciones que complementan el marco normativo previo destinado específicamente a la protección de consumidores, en particular la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y la Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y comparativa. Para ello contempla la imposición a los proveedores de servicios de intermediación en línea y a los proveedores de motores de búsqueda en línea de obligaciones específicas, en relación, entre otros aspectos, con la

¹⁰ *Vid.* cdos. 16 y 17 de la Directiva 2019/770; asimismo *vid.* cdos. 21 y 22 de la Directiva 2019/771 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

¹¹ Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, DO L 186 11.7.2019, p. 57.

configuración de sus condiciones generales, de modo que repercuten directamente sobre el contenido de la relación contractual entre las plataformas y sus usuarios profesionales.

9. Como refleja su considerando 9, el legislador de la Unión parte de que con frecuencia los proveedores de servicios de intermediación en línea tienen una dimensión mundial, de manera que cuestiones relativas a la determinación del régimen aplicable en las situaciones transfronterizas reviste especial importancia. El fundamento de las normas del Reglamento (UE) 2019/1150 y su contenido se corresponden con que su aplicación no pueda venir determinada, a diferencia de lo que ocurre en otros instrumentos como la Directiva (CE) 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE), por el establecimiento en un Estado miembro de los proveedores de servicios de intermediación en línea. No se trata en este caso de eliminar obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios en el mercado interior, sino, como dice el considerando 7 del Reglamento, de adoptar normas a nivel de la Unión para garantizar un entorno comercial dentro del mercado interior en línea que sea equitativo.

10. Por ello, lo determinante en relación con su ámbito de aplicación, es que la actividad de los proveedores de servicios de intermediación en línea afecte al mercado en el territorio de la Unión. En concreto, el artículo 1.2 prevé que el Reglamento será de aplicación cuando concurren de manera cumulativa dos circunstancias. En primer lugar, es necesario que los servicios de intermediación en línea y los motores de búsqueda en línea faciliten o propongan su uso a usuarios profesionales y usuarios de sitios web corporativos, cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión. Es decir, lo relevante es el establecimiento o domicilio del destinatario del servicio o usuario del sitio web corporativo. En segundo lugar, el Reglamento resulta solo de aplicación en la medida en que, además, por medio de los servicios de intermediación en línea o motores de búsqueda, los referidos usuarios profesionales y usuarios de sitios web corporativos ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión. El artículo 1.2 aclara que la aplicación de las normas del Reglamento es independiente de dónde estén establecidos o residan los proveedores de los servicios de intermediación y de los motores de búsqueda, así como de cual sea la ley aplicable.

11. Como punto de partida, la opción por un criterio basado en los efectos en el mercado va en la línea del enfoque previamente seguido en la legislación de la Unión en

materia de competencia desleal (art. 6 del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, RRII), protección de los consumidores (art. 6 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, RRI) e incluso protección de datos personales (art. 3.2 Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos o RGPD), al tiempo que resulta coherente con los fundamentos y objetivos de la legislación en materia de prácticas comerciales desleales, sin perjuicio de que la interacción con las normas de los Reglamentos Roma I y Roma II plantea cuestiones específicas. Desde la perspectiva de los efectos en el mercado resulta razonable que la actividad de los servicios de intermediación en línea solo se considere sometida al Reglamento (UE) 2019/1150 cuando va dirigida a usuarios situados en la Unión en la medida en que éstos ofrezcan bienes o servicios a consumidores situados en la Unión (con independencia de cuál sea la nacionalidad e incluso la residencia de los consumidores en cuestión, según precisa su cdo. 9).

12. De este modo, el Reglamento no resulta de aplicación a la utilización de servicios de intermediación por los usuarios profesionales establecidos en la UE para ofrecer productos o servicios a consumidores ubicados en terceros Estados. Tampoco resulta de aplicación si los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos no están establecidos en la Unión, lo cual en principio se corresponde con que el objeto del Reglamento fundamentalmente se proyecta sobre las relaciones entre los proveedores de servicios de intermediación (o motores de búsqueda) y los usuarios profesionales (o de sitios web corporativos). No obstante, la no aplicación del Reglamento a situaciones en las que el proveedor de servicios de intermediación está establecido en un Estado miembro, el usuario profesional o usuario de sitio web corporativo no lo está, pero sin embargo estos últimos dirigen su actividad a consumidores situados en la Unión, puede suscitar dudas, acerca de la repercusión indirecta sobre la posición de los consumidores y la oferta de bienes y servicios en la UE. El considerando 9 incluye ciertas precisiones acerca de la interpretación de los dos elementos de los que el artículo 1.2 hace depender la aplicación de nuevo Reglamento. En particular, destaca que para determinar si concurre el requisito de que los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos ofrecen bienes o servicios a consumidores situados en la Unión, debe seguirse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la determinación de cuándo el

empresario dirige su actividad comercial al Estado miembro de residencia habitual del consumidor, en relación con las normas de competencia judicial (art. 17 RBIbis) y ley aplicable (art. 6 RRI)¹².

13. El artículo 6 RRII regula la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal, y establece que será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados. Se trata de una regla de conflicto que no puede verse alterada por el eventual recurso por las partes a la autonomía de la voluntad (arts. 6.4 y 14 RRII). Además, en su sentencia *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15¹³, el Tribunal de Justicia puso de relieve que, por ejemplo, la determinación del Derecho aplicable a la acción colectiva de cesación del uso de cláusulas contractuales abusivas – pero no su abusividad- queda comprendida en el artículo 6 RRII (ap. 52), así como que la competencia desleal en el sentido del artículo 6.1 RRII engloba la utilización de cláusulas abusivas en condiciones generales de venta cuando pueda afectar a los intereses colectivos de los consumidores como categoría y, por ende, influir en las condiciones de competencia del mercado (apdo. 42).

14. En la medida en que el Reglamento 2019/1150 establece normas contra ciertas prácticas desleales que quedan comprendidas dentro del supuesto de hecho del artículo 6 RRII, la ley aplicable debe venir determinada por este instrumento (según el art. 1.5 del Reglamento 2019/1150 éste debe entenderse sin perjuicio del Reglamento Roma II). En estas circunstancias, en relación con ese tipo de normas del nuevo Reglamento, cabría sostener que la inclusión de una disposición sobre su ámbito de aplicación territorial resulta innecesaria, habida cuenta de que su aplicación viene determinada por lo dispuesto en el artículo 6 RRII. Salvando las distancias, cabe reseñar que, por ejemplo, la Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) no incluye normas específicas sobre su ámbito de aplicación territorial.

¹² Destaca especialmente la STJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08 y C-144/09EU:C:2010:740.

¹³ STJUE de 28 de julio de 2016, EU:C:2016:612.

15. De cara al futuro, podría resultar apropiado interpretar que los criterios establecidos en el artículo 1.2 del nuevo Reglamento en relación con su ámbito de aplicación son, en lo relativo a las obligaciones extracontractuales derivadas de los actos de competencia desleal que el nuevo Reglamento regula, básicamente una manifestación del criterio de los efectos en el mercado que se corresponde con lo previsto en el artículo 6 RRII. Cabe recordar que también en la sentencia *Verein für Konsumenteninformation* citada, el Tribunal de Justicia aclaró que en materia de competencia desleal no opera la cláusula de escape del artículo 4.3 RRII.

16. El Reglamento 2019/1150 incorpora también ciertas reglas sobre condiciones generales y sobre cláusulas contractuales, relativas a las relaciones contractuales, en especial, entre los proveedores de servicios de intermediación en línea y los usuarios profesionales de sus servicios. Reglas que, como ha quedado antes señalado, contemplan incluso la nulidad de pleno derecho de ciertas condiciones generales o sus cláusulas específicas. Se trata típicamente de cuestiones que entran en principio dentro del ámbito de aplicación de la ley que rige el contrato entre las partes. A este respecto, en la mencionada sentencia *Verein für Konsumenteninformation* el Tribunal de Justicia puso de relieve que la determinación del carácter abusivo de las cláusulas debe ser objeto de una calificación que asegure que el tratamiento sea el mismo con independencia de que la cuestión se plantee en el marco del ejercicio de una acción colectiva o no. Así, el Tribunal concluyó que "en el caso de que una acción de cesación se dirija a evitar que tales cláusulas se incorporen a contratos de consumo para crear así obligaciones contractuales, la ley aplicable a la apreciación de tales cláusulas debe determinarse con arreglo al Reglamento Roma I" (ap. 49).

17. De conformidad con su artículo 1.5, el Reglamento (UE) 2019/1150 debe entenderse sin perjuicio del Reglamento Roma I, si bien aclara que sus normas deben aplicarse dentro de su ámbito de aplicación territorial "con independencia de la normativa que, por lo demás, se aplique a un contrato" (cdo. 9). En la práctica, cabe entender que ello básicamente supone que las normas contractuales del Reglamento (UE) 2019/1150 tienen en principio el carácter de normas internacionalmente imperativas y que el artículo 1.2 resulta determinante para apreciar su ámbito de imperativa aplicación, en el que sus

disposiciones han de ser aplicadas cualquiera que sea la ley aplicable al contrato según el Reglamento Roma I.

3. SOMETIMIENTO DE LAS PLATAFORMAS (Y SUS USUARIOS) AL RGPD

18. A nivel comparado, se observa una gran disparidad entre los niveles de tutela en materia de protección de datos personales, que en la UE se configura como un derecho fundamental de conformidad con el artículo 8.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 16.1 TFUE. Por ello, reviste especial relevancia práctica la delimitación del ámbito espacial de aplicación de la legislación sobre protección de datos personales, de singular importancia por los riesgos asociados a los modelos de negocio en los que típicamente se basan las plataformas. El artículo 3 RGPD tiene como función esencial concretar el ámbito espacial de aplicación del marco general de la Unión sobre datos personales, lo que resulta determinante de quiénes y en qué situaciones deben cumplir con las obligaciones impuestas, por ejemplo de cara a establecer en qué medida los proveedores de servicios de plataformas y los usuarios de tales plataformas tienen la consideración de responsables o encargados del tratamiento a efectos del RGPD¹⁴. En el plano transfronterizo resultan de gran importancia también los condicionantes derivados de las restricciones a las transferencias internacionales de datos personales, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo V RGPD¹⁵.

19. El artículo 3 RGPD prevé como primer criterio determinante del sometimiento a la legislación europea el que el tratamiento de datos tenga lugar en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión. Cuando el responsable o encargado del tratamiento no está establecido en la UE, el artículo 3.2 RGPD dispone que es aplicable al tratamiento de datos personales de interesados que se encuentren en la Unión cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con cualquiera de estos dos elementos: « a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión..., o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar

¹⁴ En el contexto de las redes sociales, *vid.* STJUE de 29 de julio de 2019, *Fashion ID*, C-40/17, EU:C:2019:629.

¹⁵ *Vid.*, *v. gr.*, STJUE de 16 de julio de 2020, *Facebook Ireland y Schrems*, C-311/18, EU:C:2020:559.

en la Unión». Este planteamiento se corresponde con el propósito de aplicar la legislación europea cuando el responsable dirija a la Unión la actividad en el marco de la cual tiene lugar el tratamiento de datos personales. La formulación del art. 3.2.a) del RGPD permite apreciar que procede su aplicación cuando se ofrecen bienes o servicios sin restricciones geográficas respecto de la UE y son adquiridos o utilizados por un número significativo de personas en la Unión, incluso a falta de expresiones manifiestas de la voluntad de atraer en concreto a clientes de la UE. Los prestadores no establecidos en la Unión que quieran excluir posibles riesgos legales en este sentido pueden recurrir al uso de mecanismos de geolocalización.

20. La legislación sobre protección de datos incorpora disposiciones cuya observancia es esencial para la salvaguarda de importantes intereses, lo que justifica su carácter internacionalmente imperativo. Así, el hecho de que un contrato internacional pueda estar regido por la ley de un tercer Estado –conforme al RRI- no impedirá que los tribunales de los Estados miembros, incluso en el marco de litigios contractuales deban aplicar imperativamente las normas del RGPD, en la medida en que el supuesto esté comprendido dentro de su ámbito territorial. La cuestión relativa a la protección de datos ha de considerarse sometida a conexión autónoma y en relación con sus implicaciones sobre contratos internacionales, las disposiciones del RGPD pueden ser consideradas normas internacionalmente imperativas del foro en el marco del art. 9.2 del Reglamento Roma I. La mencionada sentencia *Verein für Konsumenteninformation* resulta indicativa de cómo la eventual ilicitud de ciertas cláusulas contractuales por su falta de conformidad con la legislación de protección de datos es objeto de una conexión específica y diferenciada con respecto a la ley del contrato, pues viene determinada por la ley aplicable en materia de protección de datos, ámbito en el que debe estarse al art. 3 del RGPD.

21. La concreción del ámbito de aplicación espacial de la legislación en materia de protección de datos no agota las dificultades que plantea la coexistencia de estándares muy diferentes entre los diversos países, como ilustra el asunto *Google (Alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces)*¹⁶, relativo a la configuración de las

¹⁶ STJUE de 24 de septiembre de 2019, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, C-507/17, EU:C:2019:772. Vid. también STJUE de 3 de octubre de 2019 C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821.

medidas para hacer efectivo el llamado derecho al olvido del artículo 17 del RGPD. El Tribunal de Justicia optó como criterio de base por una solución prudente y razonable: que los motores de búsqueda están obligados a eliminar en principio los resultados no a nivel mundial sino en las versiones que correspondan al conjunto de los Estados miembros, combinándola con mecanismos de geolocalización que impidan o dificulten seriamente el acceso a los resultados de que se trate desde el territorio de la Unión.

4. INTERCAMBIO DE VÍDEOS: ALCANCE DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA

22. Algunas de las obligaciones específicas impuestas a plataformas digitales en el seno de la Unión se vinculan con la convergencia entre la televisión y los servicios de Internet derivada de la expansión de los servicios audiovisuales en línea, la diversificación de los terminales desde los que los usuarios acceden a los contenidos audiovisuales, la relevancia de nuevos formatos como los vídeos cortos, y el protagonismo de nuevos actores como las plataformas para compartir vídeos. Para dar respuesta a esa evolución la Directiva (UE) 2018/1808 modificó la Directiva 2010/13/CE (en adelante, DSCAV), con especial incidencia en los aspectos más relevantes en relación con la interacción entre los regímenes aplicables a los servicios de comunicación audiovisual y a los servicios de la sociedad de la información. En concreto, la Directiva (UE) 2018/1808 amplía el ámbito de aplicación de la DSCAV para imponer obligaciones específicas a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos, recogidas en los artículos 28 bis y 28 ter de la DSCAV.

23. La categoría prestadores de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» o «plataforma de intercambio de vídeos», a la que van referidas estas obligaciones, se diferencia de la de «servicio de comunicación audiovisual». En concreto, se define en el artículo 1.a.bis DSCAV como «un servicio... cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas... y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros

medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación». La Directiva (UE) 2018/1808 aclara que esta categoría no abarca actividades no económicas, como es propio de los sitios web privados y las comunidades de intereses no comerciales (cdo. 6). Al determinar el alcance de esta categoría, resulta muy relevante que pretende abarcar los que denomina servicios de medios sociales cuando su oferta de programas y vídeos generados por usuarios constituya una «funcionalidad esencial» del servicio (cdo. 5). Para concretar qué servicios de medios sociales cumplen este criterio y entran en el ámbito de aplicación de las normas sobre las plataformas de intercambio de vídeos revisten singular importancia, aunque carecen de carácter vinculante, las Directrices adoptadas por la Comisión para proporcionar orientaciones sobre la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de esa definición¹⁷.

24. Complemento esencial de la armonización en el ámbito de la UE en materia de servicios de comunicación audiovisual es el establecimiento del llamado principio del país de origen. Cada Estado miembro debe velar por que todos los servicios de comunicación audiovisual transmitidos por prestadores bajo su jurisdicción respeten las normas aplicables en dicho Estado miembro. En todo caso, como puso de relieve el TEDH en su sentencia *Arlewin*¹⁸, el criterio de supervisión por las autoridades del país de origen de la Directiva 2010/13/UE no afecta a la competencia judicial internacional para conocer de demandas en relación con contenidos difundidos a través de esos servicios, a las que son aplicables las disposiciones sobre competencia judicial internacional (algo que confirma el considerando 63 de la Directiva 2018/1808).

25. El artículo 2.3 DSCAV establece los criterios que determinan que un prestador de servicios de comunicación esté establecido en un Estado miembro a los efectos de la Directiva, y el artículo 2.4 otros criterios adicionales que determinan la sujeción a la jurisdicción de un Estado miembro de prestadores del servicio de comunicación a los que no se aplica el art. 2.3. En virtud de este criterio, el artículo 3 de la Directiva 2010/13/UE impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la libertad de recepción y no

¹⁷ Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (2020/C 223/02), DO C 223, 7.7.2020.

¹⁸ STEDH de 1 de marzo de 2016, *Arlewin c. Suecia*, no 22302/10, aps. 62-63.

obstaculizar las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por dicha Directiva. Únicamente cumpliendo las exigentes condiciones impuestas en su apartado 2, los Estados miembros pueden establecer excepciones al respecto. Ahora bien, es importante que –a diferencia de la DCE- la DSCAV tiene “ámbitos coordinados” mucho más concretos, pues están limitados en principio a las materias objeto de armonización por esta Directiva.

26. Desde la perspectiva de la DCE y los prestadores de servicios de la sociedad de la información, debe destacarse que el artículo 28 bis DSCAV incluye criterios específicos para determinar la sujeción a la jurisdicción de un Estado miembro de los prestadores de plataformas de intercambio de vídeo. Habida cuenta de que se trata de prestadores que tienen también la condición de prestadores de servicios de la sociedad de la información su régimen especial busca asegurar la coordinación con las reglas de la DCE.

27. La definición de prestador de servicios establecido de la DCE se considera también determinante para concretar el Estado miembro a cuya jurisdicción queda sometida una plataforma de intercambio de vídeos a los efectos de la DSCAV. Así, lo establece el artículo 28 bis de la DSCAV. Ahora bien, con el propósito de asegurar la eficacia de las medidas del artículo 28 ter DSCAV para proteger a los menores y al público en general frente a la presencia de ciertos contenidos ilícitos y nocivos así como garantizar la «igualdad de oportunidades» -cabe suponer que entre las plataformas que compiten en la UE- (cdo. 44 Directiva 2018/1808), la DSCAV prevé la aplicación de esas normas también a plataformas de intercambio de vídeos no establecidas en un Estado miembro a los efectos de la DCE. Conforme al artículo 28.bis.2 DSCAV, esos prestadores se consideran a esos efectos establecidos en el Estado miembro en el que el prestador: a) tenga establecida una empresa matriz o una empresa filial, o b) esté establecida una empresa del grupo del que forme parte. El apartado 3 precisa que cuando las empresas antes mencionadas estén establecidas en distintos Estados miembros, se considerará como Estado miembro de establecimiento el de su empresa matriz o, en su defecto, el de su empresa filial o, en su defecto, el de la otra empresa del grupo. El apartado 4 aclara que en caso de existir empresas filiales o del mismo grupo establecidas en Estados miembros

diferentes, se considerará como Estado miembro de establecimiento aquel en el que una de las filiales o de las empresas inició su actividad en primer lugar, siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de dicho Estado miembro. Los Estados miembros deben comunicar a la Comisión la lista de los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos establecidos en su territorio o que se consideren establecidos en su territorio, indicando el criterio en el que basan su jurisdicción.

28. En todo caso, si como afirma el preámbulo de la Directiva 2018/1808, el fundamento de la aplicación del artículo 28 ter DSCAV a prestadores no establecidos en un Estado miembro en el sentido de la DCE es asegurar la eficacia de las medidas para proteger a los menores y al público en general frente a la presencia de ciertos contenidos ilícitos y nocivos así como garantizar la «igualdad de oportunidades» (entre las plataformas que operan en la UE), cabe pensar que podría haber sido adecuado fijar un criterio que permitiera exigir el cumplimiento de esas obligaciones a plataformas que dirijan a Estados miembros de la UE sus servicios y tengan un número significativo de usuarios en el mercado de la UE pese a no presentar ninguna de las conexiones a las que hace referencia el artículo 28.bis.2 DSCAV. Salvando las distancias, ese es el enfoque en relación con su ámbito de aplicación espacial que adopta el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, antes reseñado. Pese a las carencias sobre este particular de la Directiva 2018/1808, en principio, nada impide que las legislaciones nacionales de transposición de la DSCAV puedan contemplar su aplicación –en concreto la de las reglas de transposición del art. 28.ter DSCAV- a ese tipo de plataformas con presencia significativa en (algún Estado miembro de) la UE y que no cabe considerar establecidas en un Estado miembro con base en los criterios que emplea la DSCAV.

29. El artículo 28.bis.2 DSCAV pone de relieve que el que un prestador de plataformas de intercambio de vídeos se considere establecido en un Estado miembro en virtud de estas normas resulta determinante de la aplicación a los mismos de los artículos 3 y 12 a 15 de la DCE a los efectos de la DSCAV. En los términos del artículo 28.ter.1 las medidas que prevé para proteger a los menores y el público en general y para el control de las comunicaciones comerciales audiovisuales deben entenderse “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 a 15 DCE”. En concreto, las medidas no pueden derivar en

un control previo ni en un filtrado de los contenidos subidos que no se ajusten al artículo 15 DCE (art. 28.ter.3 DSCAV). Por su parte, el considerando 48 de la Directiva 2018/1808 vincula con el significado de esas normas relativas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios relativas, la circunstancia de que las medidas para proteger a los menores y al público en general en el marco de la DSCAV deben guardar relación con la organización de los contenidos, y no con los contenidos como tales. Al margen de la falta de precisión de la norma y la incertidumbre acerca de la interacción entre el artículo 15 DCE y el deber de implantar sistemas de filtrado de contenidos cuando resulta preciso para operar con la diligencia debida, cabe señalar que los artículos 12 a 15 DCE son de aplicación en la medida en que la plataforma de intercambio de vídeos de que se trate reúna en el caso concreto las condiciones para ser considerada intermediaria¹⁹.

30. Por otra parte, la afirmación en el artículo 28.bis.5 DSCAV de que: «A los efectos de la presente Directiva, el artículo 3 y los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE se aplicarán a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos que se consideren establecidos en un Estado miembro de conformidad con el apartado 2 del presente artículo», debe ser puesta en conexión con el considerando 63 de la Directiva 2018/1808 que introdujo dicho artículo 28bis en la DSCAV. Como aclara ese considerando la DSCAV no afecta a las normas de Derecho internacional privado, en particular a las que regulan la competencia judicial y al Derecho aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. Dejando a un lado la dimensión administrativa y de Derecho público, cabe sostener que en relación con las demandas en materia civil y mercantil –por ejemplo de daños frente a la plataforma- es la ley aplicable a la responsabilidad civil en virtud de la norma de conflicto relevante la que debe determinar también «las causas de exoneración así como toda limitación... de responsabilidad», por utilizar los términos literales del Reglamento Roma II.

¹⁹ En relación con este aspecto clave, *vid.* SSTJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, aps. 114 y 120; y de 12 de julio de 2011, *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, ap. 113; asimismo, se trata de una cuestión para la que también son relevantes los asuntos *YouTube* y *Cyando*, C-682/18 y C-683/18, así como C-442/19, *Stichting Brein* C-500/19, *Puls 4 TV*, pendientes ante el Tribunal de Justicia (en relación con el primero, *vid.* Conclusiones AG Saugmandsgaard Øe de 16 de julio de 2020, *YouTube* y *Cyando*, C-682/18 y C-683/18, EU:C:2020:586).

5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS: RÉGIMEN APLICABLE

31. Ciertamente, la exención de responsabilidad de los artículos 14 DCE y 16 LSSI va referida a supuestos únicamente en los que quien presta servicios de alojamiento actúa efectivamente como un mero intermediario, de modo que el Tribunal de Justicia ha venido exigiendo que desempeñe un papel neutro, en el que su actividad tenga naturaleza «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»²⁰.

32. Con respecto a ciertas redes sociales y plataformas para la difusión de contenidos por sus usuarios la determinación de si su actividad «es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva» condiciona su calificación como un prestador de servicios de alojamiento de datos a esos efectos. Tratándose de plataformas para la comercialización de productos y plataformas de la llamada economía colaborativa, en la medida en que lo que se plantee sea la eventual responsabilidad extracontractual de la plataforma con respecto a la información alojada por usuarios, resultan de aplicación los mismos criterios relativos a la aplicación de la DCE y la LSSI, siempre que por su actividad sea susceptible de ser considerado un prestador de servicios de la sociedad de

²⁰ Vid. STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France et Google*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, aps. 113 a 118; y STJUE de 12 de julio de 2012, *L'Oréal*, C-324/09 C-324/09, EU:C:2011:474, aps. 112-116.

la información que provee servicios de alojamiento de datos a los efectos del artículo 14 DCE²¹, sin extenderse a otros servicios que pueda prestar²².

33. El que el proveedor de una plataforma o red social determine, mediante la aplicación de sus algoritmos, qué contenidos alojados en sus servicios se muestran a sus usuarios junto con otros aspectos de la configuración del servicio, puede generar dudas acerca de que en determinadas situaciones y con respecto a ciertos contenidos su intervención sea “meramente, automática y pasiva”. Esta incertidumbre ha condicionado la exclusión del régimen del artículo 14 DCE de actividades de ciertas plataformas en relación con la responsabilidad derivada de la infracción de derechos de autor y derechos conexos (art. 17 Directiva 2019/790) y ha tenido su reflejo en la actividad del Tribunal de Justicia²³, al tiempo que se vincula directamente con la pretendida revisión del régimen normativo por parte de la UE en el marco de la iniciativa denominada *Digital Services Act* (Ley de Servicios Digitales).

34. Debido a la diversidad de criterios a nivel comparado, la concreción de la legislación aplicable a estas cuestiones reviste singular importancia. Debe recordarse a este respecto, que en virtud del artículo 15 RRII, la ley aplicable a la obligación extracontractual regula, entre otras, cuestiones como la determinación de quienes pueden ser considerados responsables, toda limitación de la responsabilidad, así como la responsabilidad por actos de terceros. En consecuencia, es en principio la ley que rige la responsabilidad civil en virtud de la concreta regla de conflicto determinante en función de la materia la que regula también el régimen de responsabilidad civil de la plataforma

²¹ Con respecto a una plataforma con contenidos de los usuarios en materia de alquiler de bienes inmuebles, considerando la exigencia de prestación neutra del servicio por la plataforma como elemento condicionante del rechazo a que se beneficie de la limitación de responsabilidad con base en el artículo 16 LSSI en tanto que prestadora de servicio de alojamiento de datos respecto de las ofertas relativas a los bienes inmuebles subidas por sus usuarios, *vid.* STSJCat (Sala de lo Contencioso, Secc 5) n.º 751/2018, de 5 de octubre, ECLI: ES:TSJCAT:2018:7090. Respecto de esta cuestión, *vid.* también el ATS 796/2020, de 31 de enero (Sala de lo Contencioso – Secc. 1), ES:TS:2020:796A. En relación con Amazon como plataforma para la comercialización de productos por usuarios de sus servicios, *vid.* las conclusiones del AG Campos Sánchez-Bordona de 28 de noviembre de 2019, *Coty Germany*, C-567/18, EU:C:2019:1031, aps. 81-82, considerando que cuando la empresa se implica en la comercialización de los productos de los usuarios de sus servicios se le puede exigir una especial diligencia respecto del control de la licitud de los productos comercializados; si bien la STJUE de 2 de abril de 2020, *Coty Germany*, C-567/18, EU:C:2020:267, no se pronunció acerca de este aspecto.

²² Comisión Europea, «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», COM(2016) 356 final, pp. 8-9.

²³ Como se pone de relieve en los asuntos *YouTube* y *Cyando*, C-682/18 y C-683/18, así como C-442/19, *Stichting Brein* C-500/19, *Puls 4 TV*, pendientes ante el Tribunal de Justicia.

y el alcance de las limitaciones y excepciones previstas con respecto a la eventual prestación de servicios de la sociedad de la información intermediarios por parte de las plataformas.

6. PLATAFORMAS PARA COMPARTIR MÚSICA Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

35. Otro aspecto del régimen de responsabilidad de las plataformas digitales objeto de regulación específica en el ámbito de la Unión es el relativo a la tutelas de los derechos de autor en el marco de las plataformas para la difusión de contenidos generados por los usuarios, contenida en el extensísimo artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Uno de los elementos fundamentales del nuevo artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 es que supone una quiebra parcial de la situación antes existente en el seno de la UE, en el sentido de que las limitaciones de responsabilidad para los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios presentan en la DCE carácter horizontal, es decir, son aplicables con independencia de la materia y el tipo de responsabilidad. Su artículo 17 establece un régimen de (exención) de responsabilidad específico para una categoría de prestadores de servicios de alojamiento en relación con una materia concreta, la tutela de los derechos de autor y otras prestaciones protegidas, que desplaza a la normativa horizontal de la DCE.

36. Además de a una concreta materia, el régimen específico de responsabilidad va referido a una nueva categoría, la de "prestador de servicios para compartir contenidos en línea", que aparece definida en el artículo 2.6) de la Directiva (UE) 2019/790. En concreto, queda comprendido dentro de esta categoría cualquier "prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos". Constituye, en principio, una subcategoría entre los prestadores de servicios de alojamiento, a los que va referido el artículo 14 DCE. Por su parte, del considerando 62 de la Directiva (UE) 2019/790 se desprende que el régimen de exención de

responsabilidad que establece no debe aplicarse a los prestadores de servicios cuyo objetivo principal sea dedicarse a la piratería lesiva de derechos de autor o facilitarla.

37. La previsión de un régimen de exención de responsabilidad resulta relevante en la medida en que sus beneficiarios sean responsables de un determinado ilícito. A este respecto, el apartado 1 del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 hace referencia a que el ofrecimiento al público, por parte de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, del acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios constituye la realización por tales prestadores de un acto de comunicación al público. Ahora bien, la caracterización como acto de comunicación al público, a los efectos del artículo 3 de la Directiva 2001/29 sobre los derechos de autor en la sociedad de la información, no se configura en la Directiva (UE) 2019/790 como una modificación del régimen anterior sino como una mera aclaración, que no implica un cambio legislativo. Así resulta del considerando 64, que hace referencia a que resulta conveniente que la nueva Directiva "aclare" esa circunstancia. En todo caso, la primera cuestión de la mencionada petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* en el asunto C-682/18, pendiente, va referida precisamente a si el operador de una plataforma como YouTube lleva a cabo un acto de comunicación en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE en relación con la puesta a disposición del público por parte de los usuarios de vídeos con contenidos protegidos por derechos de autor sin el consentimiento del titular de los derechos²⁴.

38. Consecuencia de la caracterización como acto de comunicación al público de la actividad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea es la exigencia de autorización por parte de los titulares de derechos, salvo que la utilización de la obra por parte del usuario de la plataforma se beneficie de una excepción o limitación a los derechos de autor. En relación con el alcance de las autorizaciones y licencias que obtengan los operadores de estas plataformas, el Artículo 17.2 Directiva (UE) 2019/790 exige que comprenda también los actos realizados por usuarios de sus servicios "cuando

²⁴ En relación con este asunto pendiente sí están disponibles las conclusiones del AG Szpunar de 16 de julio de 2020, EU:C:2020:586.

no actúen con carácter comercial o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos".

39. Elemento fundamental del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 es el establecimiento de un régimen de exención de responsabilidad específico aplicable a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, frente al régimen general del artículo 14 DCE. La especialidad del nuevo régimen y su vocación de reemplazar parcialmente al artículo 14 DCE resulta claramente del apartado 3 del artículo 17 Directiva (UE) 2019/790, que establece que el artículo 14.1 DCE no se aplicará a las situaciones contempladas por el mencionado artículo 17 cuando los prestadores de esos servicios sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la Directiva (UE) 2019/790. Aclara, no obstante, que lo anterior no afectará a la posible aplicación del artículo 14.1 DCE a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/790. En definitiva, habida cuenta del carácter horizontal del régimen previsto en la DCE y de la naturaleza de proveedores de servicios de alojamiento de los prestadores a los que se refiere el artículo 17, la posibilidad de éstos de beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad del artículo 14 DCE se mantiene en relación con otros ámbitos, como eventuales vulneraciones del derecho al honor, a la propia imagen, marcas, etc. Además, el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 tampoco excluye la aplicación con respecto a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea objeto de su regulación de lo previsto en el artículo 14.3 DCE. Esta norma dispone que el que un prestador de servicios de alojamiento se beneficie de la exención de responsabilidad no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa le ordene poner fin a una infracción o impedirla.

40. Como es conocido, en la exención de responsabilidad del artículo 14 DCE resulta determinante la ausencia de conocimiento efectivo de la ilicitud por parte del prestador de servicios y su reacción con prontitud para retirar el contenido cuando tenga conocimiento de la ilicitud. Este carácter abierto, flexible y poco preciso del artículo 14 DCE ha facilitado el desarrollo de un estándar según el cual al apreciar si existe conocimiento de la presencia de contenidos ilícitos debe valorarse si el prestador ha actuado con la diligencia que le es exigible habida cuenta de los riesgos propios de la

configuración del tipo de servicio que presta a los usuarios que introducen contenidos con infracción de derechos. Por su parte, el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 pretende proporcionar un modelo más elaborado y preciso en atención a las peculiares circunstancias de las plataformas de difusión de contenidos cargados por los usuarios.

41. La ausencia de reglas específicas acerca del ámbito territorial de este régimen relativo a las plataformas para compartir contenidos se corresponde con su integración en normas de armonización de la legislación sobre derechos de autor, de modo que la legislación aplicable (o las legislaciones aplicables) en las situaciones transfronterizas para determinar el contenido de tales derechos, los actos de infracción, las eventuales limitaciones de responsabilidad... viene determinada por el criterio general *lex loci protectionis*, que tiene su reflejo en el artículo 8 RRII.

7. APLICACIÓN DE RESTRICCIONES NACIONALES: CRITERIO DE MERCADO INTERIOR Y OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN PREVIA

42. En relación con el régimen aplicable a las plataformas, revisten especial importancia ciertas normas generales relativas a servicios de la sociedad de la información, como ilustra muy especialmente la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en materia de plataformas, como en los asuntos relativos a Uber²⁵, Airbnb²⁶ u otras aplicaciones²⁷. Cabe apreciar dos dificultades inherentes al criterio adoptado por el Tribunal de Justicia en esas sentencias sobre Uber y Airbnb en lo relativo a la delimitación del término "servicios de la sociedad de la información". Uno es que el Tribunal se ve en la necesidad de admitir que determinados servicios que, al menos en relación con una parte de sus prestaciones, cumplen todas las características de la definición de esa categoría (contenida ahora en el art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1535 que resulta determinante también a los efectos de la DCE) no deben considerarse incluidos en la misma. Otro es que con respecto a ciertas cuestiones relevantes, pero distintas a las planteadas en esos asuntos al Tribunal de Justicia, se trata de un resultado difícil de

²⁵ STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981; y STJUE de 10 de abril de 2018, *Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221

²⁶ STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112

²⁷ STJUE de 3 de diciembre de 2020, *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:980.

aceptar. Así, la conclusión de que Uber en relación con sus actividades de transporte de pasajeros no es un prestador de servicios de la sociedad de la información y en consecuencia no le es aplicable la DCE resulta difícilmente compatible con la constatación de que en la medida en que utilice un sitio de Internet en relación con el desarrollo de tales actividades (por una filial establecida en un Estado de la UE) deberían serle de aplicación –a la luz de la jurisprudencia del propio Tribunal- ciertas normas, como el artículo 5 DCE, del régimen de los servicios de la sociedad de la información (en tanto que prestador de ese tipo de servicios).

43. Esas dificultades parecen vincularse con la circunstancia de que con respecto a este tipo de plataformas la interpretación del concepto «servicios de la sociedad de la información» se ha planteado al Tribunal en relación con la aplicación del criterio de mercado interior del artículo 3 DCE y respecto de la obligación de los Estados miembros de comunicar previamente a la Comisión ciertas reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información en virtud del artículo 5 de la Directiva 2015/1535. La posición adoptada por el Tribunal de Justicia favorece la aplicación del criterio de origen (art. 3 DCE) respecto de una plataforma como *Airbnb Ireland* y conduce al no sometimiento de la misma a las restricciones del Estado miembro de situación del bien inmueble comprendidas en el ámbito coordinado conforme a la DCE. Ahora bien, ese criterio no menoscaba en principio la posibilidad del Estado miembro donde el inmueble se encuentra de regular los requisitos relativos a la prestación de servicios de alojamiento –excluidos del ámbito coordinado de la Directiva en tanto que aplicables a servicios no prestados por medios electrónicos-, así como a la actividad de los arrendadores que utilizan la plataforma quienes en principio no tienen la condición de prestadores de servicios de la sociedad de la información que se beneficien del criterio de origen. En este tipo de situaciones puede resultar determinante el análisis de la compatibilidad de las medidas nacionales restrictivas con otras disposiciones del Derecho de la Unión, como la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior²⁸.

²⁸ *Vid.* STJUE de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments*, C-724/18 y C-727/18, EU:C:2020:743, estableciendo que la compatibilidad con la Directiva 2006/123 de una normativa nacional que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda, que se basa en criterios como que el inmueble en cuestión se arriende de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso, tras considerar que una medida de ese tipo

44. Incluso una plataforma que se beneficia de la cláusula de mercado interior puede eventualmente llegar a ser considerada responsable si a través de sus servicios se llevan a cabo actividades ilícitas, por ejemplo, resultantes del incumplimiento de requisitos aplicables a servicios no prestados por medios electrónicos, y no se beneficie en el caso concreto de la limitación de responsabilidad en tanto que proveedora de servicios de alojamiento. Además, la circunstancia de que las ofertas sean introducidas por los usuarios no excluye que puedan adoptarse frente a la plataforma medidas que exijan la retirada de aquellas ofertas que incumplan la normativa del Estado miembro de situación del bien relativa al arrendamiento de los inmuebles en cuestión²⁹.

45. El criterio de mercado interior del artículo 3 DCE no es relevante con respecto a situaciones en las que lo que se plantea es el tratamiento de un prestador de un servicio de la sociedad de la información en su Estado miembro de establecimiento, de modo que en tales situaciones los requisitos del artículo 3 DCE para la eventual aplicación de las restricciones a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior no son aplicables. La posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas que restrinjan la prestación de un determinado servicio de la sociedad de la información cuando el prestador está establecido en otro Estado miembro se subordina en el artículo 3.4 DCE al cumplimiento de dos requisitos cumulativos. Por una parte, la medida debe resultar necesaria y proporcionada para el logro de alguno de los objetivos recogidos en su letra a). Por otra, antes de la adopción de la medida y sin perjuicio de los procesos judiciales, el Estado debe haber notificado a la Comisión y al Estado miembro en cuyo territorio esté establecido el prestador de servicios de que se trate su intención de adoptar dichas medidas. La ausencia de esa notificación se considera por el Tribunal de Justicia una vulneración de una exigencia procesal de carácter sustantivo que resulta determinante de la imposibilidad de oponer a los particulares las medidas no notificadas.

46. Ni ese tipo de medidas cuando no han sido notificadas ni las contenidas en reglamentos técnicos que limiten la libre prestación de los servicios de la sociedad de la

puede estar justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas y es proporcionada al objetivo perseguido.

²⁹ En relación con estas cuestiones, *vid.* STSJCat (Sala de lo Cont.-advo., Secc. 5) n.º 751/2018, de 5 de octubre, TSJCAT:2018:7090; ATS 796/2020, de 31 de enero (Sala de lo Contencioso – Secc. 1), ES:TS:2020:796A, Raz. Jdco. 3; y STSJCat (Sala de lo Contencioso) de 13 de noviembre de 2019, ES:TSJCAT:2019:8266.

información y no hayan sido notificados por el Estado miembro conforme a la Directiva 2015/1535 pueden oponerse a un particular, incluso cuando se trate de un litigio entre particulares relativo a la responsabilidad civil resultante del incumplimiento de esas normas. Más allá del papel central que la categoría «servicios de la sociedad de la información» desempeña con respecto a la ordenación de las actividades desarrolladas a través de Internet con base en el contenido de la DCE como pieza central de la regulación de la Unión en este sector, a los efectos de la Directiva (UE) 2015/1535 –y su antecedente la Directiva 98/34- el alcance del concepto es determinante de ciertas obligaciones de los Estados miembros que condicionan la eficacia de ciertas normas estatales. El eventual incumplimiento por los Estados miembros de la obligación que la Directiva (UE) 2015/1535 impone de comunicar previamente a la Comisión ciertos proyectos de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información impide la eventual aplicación de normas importantes para la ordenación de las actividades en línea adoptadas por los Estados miembros si lo han sido sin cumplir con ese requisito.

47. A modo de ejemplo en la práctica española, la ausencia de notificación bajo la Directiva 1535/2015 se considera por el TS como la circunstancia determinante en su sentencia 1106/2020, de 23 de julio³⁰, para anular y dejar sin efecto el apartado 11 del artículo 1 del RD 1070/2017 por el que se introdujo en el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria aprobado por RD 1065/2007 un nuevo artículo 54 ter que regula la “obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos”. En relación con la práctica anterior del TJUE relativa al artículo 5 de la Directiva 2015/1535 y la obligación de comunicación previa a la Comisión, cabe reseñar su sentencia *VG Media*.³¹ El Tribunal de Justicia puso de relieve que la cuestión de si una norma se refiere específicamente a los servicios de la sociedad de la información a los efectos del artículo 5 de la Directiva 2015/1535 debe determinarse a la luz tanto de su motivación como del texto de su articulado, sin que sea necesario que la norma tenga en su totalidad «como finalidad y objeto específicos» regular ese tipo de servicios, ya que basta con que algunas de sus disposiciones persigan

³⁰ ES:TS:2020:2494.

³¹ STJUE de 12 de septiembre de 2019, *VG Media*, C-299/17, EU:C:2019:716. Más recientemente *vid.* STJUE de 22 de octubre de 2020, *Sportingbet y Internet Opportunity Entertainment*, C-275/19, EU:C:2020:856.

esa finalidad o ese objeto³². Resulta suficiente que el objeto de regular específicamente tales servicios se desprenda claramente de la motivación de la norma, a la luz, entre otros, de sus trabajos preparatorios. En este contexto, con respecto al artículo 54 ter objeto de la STS 1106/2020 parece determinante que estableciera expresamente que entre los intermediarios destinatarios de la obligación impuesta se encuentran, en particular, las plataformas colaborativas que tengan la consideración de prestador de servicios de la sociedad de la información, así como que con respecto a la motivación para su adopción pusiera de relieve que se encuentra en la prevención del fraude fiscal, en particular, con respecto a las mencionadas plataformas.

³² Vid. aps. 32 y 33 de la sentencia *VG Media* con referencia también a la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Falbert y otros*, C-255/16, EU:C:2017:983.