

ARTÍCULOS

LEAL COMPETENCIA EN LA NUEVA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

NÚRIA PORXAS Y CARME SANZ*

Leal competencia en la nueva economía de plataformas

Las plataformas, entendidas como estructuras o espacios habilitados por terceros en los que dos o más usuarios pueden interactuar de forma directa, han existido en el mercado offline desde siempre. Su irrupción en el mundo digital, sin embargo, ha multiplicado sus posibilidades y eficiencias: las plataformas, y muy especialmente los mercados en línea, se han convertido en verdaderos motores de innovación y crecimiento, al actuar como catalizadores de la actividad de pequeñas y medianas empresas, que hoy pueden tener un alcance global con costes de infraestructura muy menores. Con todo, esta nueva realidad lleva aparejados valores y derechos que preservar. En este contexto, y dando respuesta a las voces que reclamaban su regulación, se ha publicado recientemente el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Con el objetivo declarado de garantizar “un ecosistema en línea competitivo, justo y transparente”, la nueva norma es represora de prácticas comerciales desleales en este nuevo gran mercado digital. Persigue su objetivo mediante reglas que permitan a los usuarios profesionales de plataformas la competencia por méritos, y que al mismo tiempo les protejan de las cláusulas predisuestas que no pueden negociar. Este trabajo analiza, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico previo y, en particular, de las normas que pretenden salvaguardar los principios de transparencia y competencia como garantía de la buena fe en las prácticas comerciales, el alcance y oportunidad de este nuevo reglamento.

PALABRAS CLAVE

Plataformas, Mercados virtuales, Buscadores, B2B, B2B2C, Prácticas comerciales desleales, Transparencia, Equidad, Condiciones generales de la contratación.

Fair competition in the new platforms economy

Platforms, understood to be structures or spaces enabled by third parties in which two or more users can directly interact, have always existed in the offline market. Their entry into the digital world, however, has multiplied possibilities and efficiency: platforms, and especially online market places, have acquired an essential role as engines of innovation and growth since they act as a catalyst for the e-commerce activity of small and medium-sized enterprises, which today can have a global reach with much lower infrastructure costs. Though, this new reality brings with it values and rights to be preserved. In this context, and answering those claiming that there be regulation, Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services has recently been published. With the announced purpose of guaranteeing a «competitive, fair, and transparent online ecosystem», the new regulation aims to prevent the unfair commercial practices in this new large digital market. It pursues its objective through rules that allow professional users of platforms to compete on merit, while at the same time protecting them from predisposed clauses that they cannot negotiate. This paper analyses, in the light of our previous legal system and, in particular, of the rules intended to safeguard the principles of transparency and competition as a guarantee of good faith in commercial practices, the scope and opportuneness of this new Regulation.

KEY WORDS

Platforms, Virtual market places, Search engines, B2B, B2B2C, Unfair commercial practices, Transparency, Fairness, General terms and conditions.

Fecha de recepción: 30-07-2019

Fecha de aceptación: 01-09-2019

1 · INTRODUCCIÓN: LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

Las plataformas digitales han venido para revolucionar, y de hecho han revolucionado ya, el mundo, empezando por la economía. Cuando habla-

mos de economía de plataformas nos referimos a cualquier tipo de actividad económica facilitada, directa o indirectamente, por una plataforma digital¹. Y se considera plataforma digital cualquier estructura tecnológica que permita comunicacio-

* Abogadas.

¹ Decisión de la Comisión Europea *on setting up the group of experts for the Observatory on the Online Platform Economy*, Bruselas, 26 de abril de 2018, C(2018) 2393.

nes o transacciones a través de Internet entre grupos separados².

Así, se trata, muy especialmente, de plataformas tecnológicas de prestación de servicios de intermediación en línea³, aunque no son estos los únicos servicios así prestados ni las únicas actividades concernidas. Si por algo se caracterizan las plataformas digitales es por su diversidad y multiactividad: motores de búsqueda, sistemas de comunicación, redes sociales, plataformas de publicidad en línea, de distribución de aplicaciones informáticas o medios de difusión de contenidos son también parte del ecosistema de plataformas digitales⁴.

Si pensamos en su forma de funcionamiento, las plataformas, entendidas como espacios habilitados por terceros en los que dos o más usuarios pueden interactuar de forma directa, han existido en el mercado *offline* desde siempre. Su irrupción en el mundo digital, sin embargo, ha multiplicado sus posibilidades y eficiencias, reduciendo costes de transacción y derribando barreras.

Se explica, así, el impacto que han tenido en todos los ámbitos de nuestro día a día —personal, laboral, comercial— y su incidencia en nuestra forma de relacionarnos, en sus múltiples dimensiones sociales y económicas. En particular, en su vertiente de canal o mercado para oferentes profesionales, que es el que aquí nos interesa, las plataformas constituyen un nuevo ecosistema de relación y de negocios, una nueva economía en la que las reglas naturales de los mercados precisan ser revisitadas a

la luz de las posibilidades tecnológicas de las plataformas y sus consecuencias⁵.

En este sentido, por un lado, la economía de plataformas estimula enormemente la competencia en el mercado. Una sola plataforma puede reunir un sinfín de oferentes, reduciendo enormemente los costes de transacción y ofreciendo la posibilidad de llegar a consumidores y usuarios de cualquier parte del mundo. De esta forma, hoy día pequeñas y medianas empresas pueden tener un alcance global con costes de inversión e infraestructura muy menores⁶.

Además, las plataformas son factor potenciador de la innovación. A la sofisticación tecnológica de sus operadores se une la innovación que generan y permiten a los usuarios profesionales de sus servicios. La digitalización y la computación en la nube son las principales infraestructuras sobre las que se desarrollan los nuevos modelos de actividad económica y, en este sentido, las plataformas actúan, en efecto, de facilitadores para el desarrollo de software, hardware, operaciones y redes⁷.

Su actividad conlleva también, naturalmente, externalidades positivas para los consumidores, que disponen de un abanico más amplio de bienes y servicios, y de mayor información. Esto repercute en una mayor capacidad de elección y, por ende, en precios más competitivos, así como en una participación más intensa de los usuarios en

2 No existe una definición unánime de plataforma en línea, probablemente por su diversidad de formas y tamaños, así como por su constante evolución y desarrollo. Podemos mencionar la definición sugerida por la Comisión Europea en una consulta pública que realizó en el año 2015 sobre *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy* (accesible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>). Allí, la Comisión definía las "plataformas digitales" como "undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups".

3 Aunque luego volveremos sobre su naturaleza jurídica, cuando prestan servicios a terceros, las plataformas digitales son, en general, prestadores de servicios de la sociedad de la información y, normalmente, en particular, de servicios de intermediación.

4 A efectos ilustrativos de sus múltiples actividades, *Online Platforms: at the heart of the Digital Economy*; última versión de junio de 2016 (accesible en: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-23/platforms_info-graphic_16081.jpg).

5 Como consecuencia de su propia forma de operar, basada en tecnologías de la información y comunicación, algunas de las características que comparten buena parte de las plataformas digitales son las siguientes: (i) su aptitud para llegar de forma instantánea a una multiplicidad de usuarios y para reunir a diferentes grupos en un mismo espacio; (ii) de hacerlo, además, con alcance transfronterizo; (iii) adaptándose perfectamente a las costumbres de cada usuario por ser instrumentos multicanal tanto en la integración como en el uso (acceso web, móvil, tablet, IoT, etc.); (iv) permitiendo, así, la creación constante de contenidos y la generación de valor digital (e. g., a través de la recogida, organización y análisis de grandes cantidades de datos); (v) con un máximo aprovechamiento de los efectos de red (aumentando, por lo tanto, el valor de los servicios a medida que aumenta el número de usuarios); y (vi) permitiendo, por todo ello, nuevas formas de participación y de interrelación, y, en consecuencia, el desarrollo de nuevos productos y servicios, así como, lógicamente, de nuevos modelos de negocio.

6 Cifras y ejemplos en el *Factsheet* de la Comisión Europea sobre *Online platforms: new European rules to improve fairness of online platforms trading practices*; última versión de febrero de 2019 accesible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/online-platforms-new-rules-increase-transparency-and-fairness>.

7 Joint Research Centre (EU Commission's science and knowledge service): *Digital platform innovation in European SMEs*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.

el mercado a través de mecanismos de reputación en línea.

Se comprenderá, por lo tanto, que las plataformas digitales, y, muy especialmente, los mercados virtuales, se hayan convertido en un canal de enorme importancia para el comerciante minorista. Según datos publicados por la Comisión Europea, el 22 % del valor del e-commerce lo generan profesionales que ofrecen sus productos y servicios a través de plataformas digitales. Este porcentaje representa más de un millón de empresas de la Unión Europea que comercializan a través de plataformas, con crecimientos anuales en volumen de ventas online B2C del orden de casi el 15 %⁸.

Por otro lado, sin embargo, esta nueva realidad, que escapa por completo de la mera virtualización del mundo *offline*, lleva también aparejados retos importantes, vinculados a los valores y derechos que es preciso preservar en las nuevas reglas de juego del comercio y los mercados.

En este sentido, mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de los servicios prestados por plataformas (y, en consecuencia, sobre el régimen normativo que aplica a su actividad y responsabilidad) y muchas han sido las voces que han reclamado desde múltiples perspectivas un marco regulador ad hoc⁹. Por ello, en 2016 y en el marco de su Estrategia para el Mercado Único Digital¹⁰, la Comisión

Europea elaboró una comunicación sobre el impacto, el potencial y los retos que plantean las plataformas para el mercado único digital¹¹.

La Comisión fijó, así, los principios que deberían orientar las políticas públicas de la Unión en esta materia: (i) la aplicación de condiciones iguales para servicios digitales comparables a fin de garantizar una competencia leal; (ii) la exigencia de una conducta responsable en las plataformas en línea para proteger valores fundamentales; (iii) la necesidad de transparencia y lealtad para mantener la confianza de los usuarios y salvaguardar la innovación; y (iv) la garantía de unos mercados abiertos y no discriminatorios en una economía basada en los datos.

El siguiente año, en mayo de 2017, la Comisión Europea elaboró una nueva comunicación relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital¹², en la que se comprometió, en el ámbito de las plataformas digitales, a abordar algunas cuestiones relativas a las prácticas comerciales desleales plataforma-empresa y a establecer mecanismos para combatir los contenidos ilícitos en línea.

La ejecución de dichos objetivos ha resultado, por un lado, en la publicación de recomendaciones dirigidas a plataformas para combatir los contenidos ilícitos¹³ y, por otro, y por lo que aquí importa, en la publicación en el DOUE, el 11 de julio de 2019, del Reglamento (UE) 2019/1150, del Parlamento y del Consejo, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (el "Reglamento").

El Reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación y resultará de aplicación directa en

⁸ *Op. cit. Factsheet* de la Comisión sobre plataformas.

⁹ Al respecto, Aura Vilalta Nicuesa: "La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 765, 2018.

¹⁰ La Comisión Europea elaboró la "Estrategia para el Mercado Único Digital" como parte de la Agenda Digital para Europa 2020: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, Bruselas, 6 de mayo de 2015, COM(2015) 192.

El objetivo principal de este proyecto era garantizar la libre circulación de mercancías, servicios y capitales, así como el fácil acceso y ejercicio, en condiciones de competencia, de las actividades en línea por parte de personas y empresas. Para ello, la estrategia estableció tres ejes o pilares principales de actuación: (i) mejorar el acceso de consumidores y empresas a bienes y servicios en línea; (ii) crear las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperaran; y (iii) aprovechar el potencial de crecimiento de la economía digital europea. Cada uno de estos pilares iba acompañado de algunas propuestas legislativas. Varios de estos pilares sustentan ya hoy nuevas normas, como es el caso del Reglamento (UE) 2018/302 sobre el bloqueo geográfico injustificado; el Reglamento (UE) 2018/644 sobre servicios de paquetería transfronterizos; la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; y la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, entre

otras. En particular, y por lo que aquí interesa, sobre el pilar relativo a la creación de condiciones adecuadas para la preparación de las redes y servicios digitales se incluía el análisis global de la función de las plataformas en el mercado.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*, Bruselas, 25 de mayo de 2016, COM(2016) 288.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Un mercado único digital conectado para todos*, Bruselas, 10 de mayo de 2017, COM(2017) 228.

¹³ Recomendaciones de la Comisión *on measures to effectively tackle illegal content online*, Bruselas, 1 de marzo de 2018, C(2018) 1177.

todos los Estados miembros de la Unión a partir del 12 de julio de 2020. Esta norma, como su nombre indica, solo atiende a las plataformas de intermediación *para usuarios profesionales* (que, a su vez, dirigen sus productos o servicios a consumidores), por lo que se erige en norma básica en lo que a lealtad de las prácticas comerciales plataforma-empresa se refiere.

2 · BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL REGLAMENTO: PAR CONDITIO CONCURRENTIUM EN EL MERCADO DIGITAL

Según el preámbulo del Reglamento, es necesario “*un ecosistema en línea competitivo, justo y transparente*”, tanto para el aprovechamiento de las ventajas que ofrece la economía de las plataformas como para asegurar el bienestar de los consumidores.

Un sistema de mercado que respete la competencia por méritos es, en efecto, esencial para el ejercicio de la libertad de empresa. Un entorno competitivo saludable fomenta el desarrollo, la innovación, el crecimiento y la productividad, y ofrece beneficios obvios para los consumidores.

Así es tanto en el mundo *online* como *offline*. El Reglamento, sin embargo, considera que las particularidades de la economía de las plataformas digitales hacen insuficientes las herramientas normativas ya existentes para garantizar ese “*ecosistema en línea competitivo, justo y transparente*”, que requiere, pues, de una nueva regulación. ¿Por qué?

Las conductas o posibilidades tecnológicas que subyacen a esta preocupación del legislador están apuntadas en la exposición de motivos de la norma. Allí se toma como premisa de partida la (cada vez mayor) dependencia de microempresas y pymes de los servicios de los intermediarios *online* para llegar a los consumidores. Esta posición conferiría a las plataformas una superior capacidad de negociación, lo que les permitiría, siempre según el Reglamento, actuar unilateralmente de una manera que puede ser injusta y perjudicar a los intereses legítimos de los usuarios profesionales (y también, por lo tanto, indirectamente, a los intereses de los consumidores de la Unión).

Más allá de la capacidad de influencia en el éxito comercial de sus usuarios profesionales (por cuestiones de clasificación y atenuación) y de la siempre deseable claridad de las condiciones generales — principios, como veremos, ya recogidos por nuestro ordenamiento jurídico anterior—, se apunta

también a los casos de utilización de la plataforma por el propio prestador de servicios de intermediación (o por terceros bajo su control) como usuario (y no solamente como prestador del servicio)¹⁴.

Según el Reglamento, la plataforma en esta situación “*puede competir de manera directa con otros usuarios profesionales que utilicen sus servicios de intermediación en línea y que no estén bajo (su) control [...], lo que puede suponer un incentivo económico para el proveedor y la capacidad de utilizar ese control [...] para dar ventajas técnicas o económicas a su propia oferta, o a las ofrecidas a través de un usuario profesional que controle, ventajas que podría denegar a los usuarios profesionales competidores*”.

Para combatir estas conductas, el Reglamento acude, en parte, a mecanismos y objetivos presentes y extensamente conocidos de nuestro ordenamiento jurídico interno:

(i) Por un lado, normas que permiten controlar las fórmulas de incorporación, y en cierto modo también el contenido, de las condiciones generales de la contratación en las relaciones B2B, para evitar los desequilibrios contrarios a la buena fe que puedan derivarse de la unilateralidad — principios protegidos en nuestro ordenamiento mediante el Derecho sobre obligaciones y contratos de nuestro Código Civil (“CC”) y, más específicamente, mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (“LCGC”)—.

(ii) Por otro lado, normas destinadas a preservar la *par conditio concurrentium* para permitir la competencia por méritos — protegida en nuestro ordenamiento, muy especialmente, a través de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”)—.

Pero el Reglamento no se queda ahí e incorpora nuevas obligaciones en materia de transparencia, que — como veremos — exigen la puesta a disposición de información muy relevante, especialmente cuando el prestador de servicios de intermediación ofrece también productos o servicios competidores (sustituibles) con los prestados por sus propios clientes, los usuarios profesionales de la plataforma.

¹⁴ Esta posibilidad se desdobra bajo el Reglamento en dos conductas: (i) la posible prestación por la propia plataforma (directamente o a través de terceros bajo su control) de servicios a consumidor final que son auxiliares a los ofrecidos por sus usuarios profesionales; y (ii) la comercialización por la plataforma (o por terceros bajo su control) de los mismos productos o servicios principales que son objeto de la oferta de los usuarios profesionales clientes de la plataforma.

3 · LA NUEVA REGULACIÓN

3.1 · Ámbito de aplicación

El Reglamento es de aplicación a (i) servicios de intermediación en línea —e. g., mercados virtuales (market places), servicios de aplicación de software en línea (como las tiendas de aplicaciones) y servicios de redes sociales en línea— (denominaremos “PSI” a los prestadores de servicios de intermediación en línea); y (ii) motores de búsqueda (denominaremos “PMB” a los prestadores de motores de búsqueda), con independencia de dónde estén establecidos o residan y cualquiera que sea la ley aplicable, que faciliten o cuyos servicios se propongan a usuarios profesionales y usuarios de sitios webs corporativos, respectivamente, cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión Europea y que, por medio de tales servicios, ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión (por lo tanto, espacios B2B2C)¹⁵.

En línea con el ámbito subjetivo de aplicación ya decidido por el legislador comunitario cuando adoptó el Reglamento General de Protección de Datos (“RGPD”)¹⁶, el ámbito de aplicación territorial del Reglamento no viene determinado por el domicilio del prestador de los servicios, sino por el de sus destinatarios, y es de aplicación, por consiguiente, a servicios de intermediación y motores de búsqueda establecidos fuera de la Unión que presten u ofrezcan sus servicios a usuarios profesionales y usuarios de sitios webs corporativos establecidos en la Unión, en la medida en que estos ofrezcan bienes y servicios a los consumidores de la Unión (criterio de las actividades dirigidas¹⁷).

El Reglamento establece definiciones propias para los servicios de intermediación y motores de búsqueda a los que es de aplicación.

Por un lado, partiendo de la ya conocida definición legal de “servicios de la sociedad de la información” (“SSI”), el Reglamento define los “servicios de intermediación en línea” como aquellos que “(i) *constituyen servicios de la sociedad de la información, según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535*¹⁸; (ii) *permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia; y (iii) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a consumidores*”.

Esta definición de lo que debe entenderse por servicio de intermediación bajo el Reglamento nos merece varios comentarios:

- (i) En primer lugar, el Reglamento se aplicará únicamente a los prestadores de SSI que faciliten transacciones directas entre usuarios profesionales y consumidores, entendidos estos últimos como “*personas físicas que actúen con fines externos a su comercio, negocio, oficio o profesión*”¹⁹. Quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, por lo tanto, no solo los servicios de intermediación B2B2B y B2C2C, sino también los que sean B2B2C cuando los consumidores sean personas jurídicas que actúen fuera del ámbito propio de su actividad comercial o empresarial.

¹⁵ En cambio, quedan expresamente excluidos de la aplicación del Reglamento (i) los servicios de pago en línea; (ii) las herramientas de publicidad en línea; y (iii) las plataformas de intercambios publicitarios en línea cuya finalidad sea propiciar el inicio de transacciones directas y que no implique una relación contractual con consumidores. El Reglamento tampoco se aplica a los servicios de programas de optimización para motores de búsqueda ni a los que se basan en bloqueo de publicidad, ni a las funcionalidades e interfaces tecnológicas que se limitan a conectar el equipo y las aplicaciones.

¹⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

¹⁷ Acerca del gran protagonismo que está adquiriendo en el Derecho de la Unión el denominado criterio de las “actividades dirigidas”, Anna Batalla Trilla: “Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de “actividades dirigidas” en el

nuevo sistema comunitario”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2, 2004, págs. 1858-1874.

¹⁸ La Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, define los SSI como “*servicios prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios*”. La Directiva define también cada uno de sus tres presupuestos: (i) “a distancia” significa “*un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente*”; (ii) “por vía electrónica” significa “*un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético*”; y (iii) “a petición individual de un destinatario de servicios” significa “*un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual*”.

¹⁹ Párrafo 12 de la exposición de motivos del Reglamento.

Esta disposición obligará a realizar un análisis caso por caso sobre la aplicabilidad del Reglamento, puesto que, en la práctica y por lo general, las plataformas B2B2C no distinguen — como tampoco lo hace nuestro Derecho interno en materia de consumidores y usuarios²⁰— entre consumidores persona física y consumidores persona jurídica, siempre y cuando en ambos casos actúen fuera del ámbito de su actividad de negocio.

- (ii) En segundo lugar, y como ya hemos anunciado, si bien de la definición de servicios de intermediación se desprende que la actividad principal del PSI debe ser la intermediación entre usuarios profesionales y consumidores (para que estos puedan, entre sí —esto es, al margen del prestador de servicios—, iniciar transacciones comerciales), el Reglamento contempla expresamente la posibilidad de que los PSI ofrezcan también por sí mismos (o por terceros bajo su control) ciertos bienes y servicios a los consumidores a través de sus propios servicios de intermediación en línea²¹. En estos casos, no obstante, los somete a ciertos requisitos adicionales de transparencia con el fin de evitar que el PSI, al controlar el servicio de intermediación en línea, dé ventajas técnicas o comerciales a su propia oferta de productos o servicios en perjuicio de los usuarios profesionales que utilizan sus servicios de intermediación para comercializar productos o servicios competidores.

Entendemos que lo anterior no es contrario a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) que, en la tesitura de decidir entre la aplicación de la normativa sobre SSI (regida por el principio de libre prestación de servicios y no sujeción a autorización previa) y la de ciertas actividades reguladas, ha entendido que el concepto de proveedor de SSI a efectos del Derecho de la Unión no alcanza los supuestos en los que el proveedor, en realidad, no actúa como PSI, sino que participa de manera decisiva en las transacciones que al mismo tiempo promue-

ve²². En tal caso, puede haber una actividad adicional o distinta a la prestación de SSI, que puede ser de muy distinto tipo y, por consiguiente, regulada o no²³.

- (iii) Por último, la tercera característica que incorpora la definición y que queremos destacar es que son PSI bajo el Reglamento los que entablen relaciones contractuales con los usuarios profesionales que ofrezcan bienes y servicios a través de sus servicios de intermediación (generalmente, mediante cláusulas determinadas unilateralmente por el PSI²⁴).

Por otro lado, el Reglamento define los “motores de búsqueda en línea” como “*un servicio digital que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta oral, frase u otro tipo de entrada, y que en*

²² Es obligado citar la Sentencia Uber [Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi - Uber* (EULI:EU:C:2017:981)], resolutoria de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona en relación con el hecho de si los servicios prestados por la compañía Uber Systems Spain, S.L. (consistentes en la intermediación entre conductores privados y usuarios de transporte) debían considerarse un SSI o, por el contrario, una actividad de transporte sujeta a la normativa aplicable en este ámbito. De acuerdo con la cuestión prejudicial, según fue sometida al TJUE, los servicios prestados por Uber no se limitaban (*vid.* párrafo 37 de la sentencia) a la intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación *online*, a conductores que utilizan su propio vehículo con personas que desean desplazarse, sino que iban más allá, decidiendo la propia Uber acerca de las condiciones en las que se prestaba el servicio de transporte. Así, el TJUE valoró como factores relevantes de su decisión que el servicio prestado por Uber creaba una oferta de servicios de transporte urbano (organizando esta oferta mediante su aplicación). Según la sentencia, Uber procedía a seleccionar los conductores y ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación del servicio de transporte (por ejemplo, mediante la fijación de un precio máximo de la carrera, control de calidad de los vehículos, idoneidad de los conductores, etc.).

En relación con lo anterior, será muy relevante la resolución que el TJUE dictará próximamente de la cuestión prejudicial planteada por el juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de París en el Asunto C-390/18 [YA, AIRBNB Ireland UC, *Hotelière Turenne SAS*, Association pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP), Valhotel]. En sus Conclusiones presentadas el 30 de abril de 2019, el abogado general Sr. Maciej Szpunar siguió en esencia el criterio del TJUE en la Sentencia Uber.

²³ Sobre la naturaleza jurídica de las plataformas (intermediarias del servicio prestado electrónicamente, prestadoras del servicio subyacente o de naturaleza mixta), Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor: “Modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales: nuevo reto para los negocios internacionales y para el Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, XVIII, 2018, págs. 399-424.

²⁴ Párrafo 14 de la exposición de motivos del Reglamento.

²⁰ Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

²¹ Párrafo 30 de la exposición de motivos del Reglamento.

respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado”.

Esta nueva definición de lo que debe entenderse por motores de búsqueda bajo el Reglamento también nos merece comentarios:

- (i) Habiendo sido reconocidos como SSI en varias ocasiones por la jurisprudencia²⁵, el Reglamento, a diferencia de los servicios de intermediación, evita en su definición calificar a los motores de búsqueda como SSI en los términos de la Directiva (UE) 2015/1535. En cualquier caso, el Reglamento sí contempla también la posibilidad de que los PMB compitan de manera directa con sitios webs corporativos que utilicen sus motores de búsqueda en línea, ya sea ofreciendo por sí mismos o por terceros bajo su control ciertos bienes o servicios a los consumidores a través de su propio motor de búsqueda en línea.
- (ii) El Reglamento concibe los motores de búsqueda como tecnológicamente neutros, por lo que aplica también a aquellos que permitan búsquedas solicitadas mediante voz u otros medios.
- (iii) El Reglamento prevé que no habrá por lo general una relación contractual directa entre los PMB y los usuarios webs corporativos cuyas páginas webs aparezcan en los resultados del motor de búsqueda. Por ello, en estos casos no estaremos ante cláusulas contractuales predisuestas y las obligaciones que afectan a este tipo de prestadores de servicios —limitadas, principalmente, a requisitos en materia de clasificación— se refieren a la puesta a disposición de información para los usuarios de los motores de búsqueda.

3.2 · Nuevas obligaciones platform-to-business

En nuestra opinión, las obligaciones que introduce el Reglamento pueden clasificarse como “reglas de transparencia”, dirigidas a establecer deberes de claridad y de puesta a disposición de información, en aras de proteger al comerciante o empresario

²⁵ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, asunto C131/12, *Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* (ECLI:EU:C:2014:317).

adherente, y “reglas de equidad (lealtad)”, para garantizar la *par conditio concurrentium* en el mercado digital.

En la mayoría de los casos, sin embargo y como se verá, las reglas que introduce el Reglamento están guiadas por ambos principios.

Condiciones generales

Las condiciones generales de los PSI deberán cumplir, entre otros, los siguientes requisitos formales: estar redactadas de manera sencilla y comprensible y estar disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual (incluso con carácter previo a la contratación). Se considerarán nulas de pleno derecho —i. e., con efectos *erga omnes* y *ex tunc*— aquellas cláusulas que no cumplan estos requisitos.

Desde un punto de vista material, el Reglamento requiere también la incorporación de determinada información en las condiciones generales: (i) las razones en las que se pueda basar la suspensión, terminación o restricción de la prestación de servicios de intermediación en línea; (ii) información sobre canales de distribución adicionales y programas asociados a través de los cuales el PSI podría comercializar bienes y servicios ofrecidos por los usuarios profesionales; e (iii) información general sobre el modo en que las condiciones generales afectan a la titularidad y el control de los derechos de propiedad intelectual de los usuarios profesionales (e. g., información sobre el uso de marcas). Además, los PSI deberán garantizar que la identidad del usuario profesional que proporcione bienes o servicios a través de su plataforma sea claramente visible²⁶.

Modificación de las condiciones generales

Salvo por algunas excepciones, los PSI deberán notificar con antelación, so pena de nulidad, toda

²⁶ Esta es una obligación que resulta ya de nuestra normativa de consumidores para el propio comerciante que se sirve de los servicios de intermediación. En cuanto al nivel de detalle que debe proporcionarse, es relevante la reciente Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2019 (asunto C-649/17), en cuya virtud ha establecido que el comerciante no tiene la obligación de desarrollar nuevos medios de contacto (como serían una línea telefónica o una dirección de correo electrónico) para permitir a los consumidores ponerse en contacto con él, estando solo obligado a facilitar estos medios cuando ya dispusiera previamente de ellos.

modificación de sus condiciones generales en un soporte duradero²⁷.

El plazo de preaviso de la notificación no podrá ser inferior a quince días, aunque el Reglamento establece que en cualquier caso será razonable y proporcionado respecto de la naturaleza y el alcance de los cambios previstos (por ejemplo, deberá ser superior si estos requieren la realización de ajustes técnicos o comerciales para cumplir con las modificaciones).

Dentro de este plazo, el usuario profesional podrá resolver anticipadamente el contrato con el PSI (con efectos dentro de los quince días siguientes a la recepción de la notificación) o aceptar los cambios por escrito o mediante una clara acción afirmativa (e. g., mediante la oferta de nuevos bienes o servicios cuando la modificación no implique la realización de ajustes técnicos significativos).

Restricción, suspensión y terminación

Las condiciones generales de los PSI deberán estipular las razones en las que puedan basar su decisión de suspender, terminar anticipadamente o restringir la prestación de los servicios.

En este sentido, si un PSI decide restringir o suspender para una determinada empresa sus servicios relacionados con bienes o servicios concretos, deberá informarle en un soporte duradero de los hechos específicos y motivos que hayan llevado a la restricción o suspensión antes o en el momento en que surta efecto. Si, en cambio, el PSI decide terminar para una determinada empresa todos sus servicios de intermediación, deberá notificar su decisión al menos treinta días antes de que surta efecto la terminación, salvo en ciertas excepciones²⁸.

²⁷ Los PSI podrán abstenerse de conceder este preaviso cuando estén sujetos a una obligación legal o reglamentaria que exija modificar las condiciones generales de otra forma o cuando deban modificar excepcionalmente sus condiciones generales para hacer frente a un peligro imprevisto e inminente relacionado con la defensa de los servicios de intermediación en línea, los consumidores o los usuarios profesionales contra el fraude, los programas informáticos maliciosos, el *spam*, las violaciones de la seguridad de los datos u otros riesgos de ciberseguridad.

²⁸ Se podrá exceptuar este plazo cuando el proveedor (i) esté sujeto a una obligación legal o reglamentaria; (ii) ejercite su derecho de terminación por razón prevista en una norma nacional; o (iii) pueda demostrar que el usuario afectado ha infringido reiteradamente las condiciones generales aplicables. En estos casos el PSI deberá proporcionar al usuario profesional afectado, sin demora, una declaración de motivos en soporte duradero que justifique la decisión.

Además de lo anterior, el usuario profesional deberá tener la oportunidad de aclarar los hechos y circunstancias que motivaron la restricción, suspensión o terminación a través del procedimiento interno de reclamaciones que también exige el Reglamento.

Clasificación

El Reglamento establece obligaciones en materia de clasificación (listing)²⁹ tanto para los PSI como para los PMB.

Las condiciones generales de los PSI que usen mecanismos de clasificación deberán mencionar los parámetros principales que rigen la clasificación³⁰ y los motivos por los que aquellos cuentan con una importancia relativa superior a otros (incluyendo la posibilidad de influir mediante remuneración directa o indirecta al PSI). Los PMB deberán también poner a disposición del público en una ubicación clara y de fácil acceso —que no requiera el previo registro o inicio de sesión por parte del usuario— los parámetros más significativos que utilicen para determinar la clasificación y la importancia relativa de esos parámetros.

Estas obligaciones provocan una clara tensión respecto del bien jurídico aquí protegido y el legítimo derecho de los proveedores de servicios a preservar

²⁹ En el Reglamento se define “clasificación” como “la *preeminencia relativa atribuida a los bienes o servicios ofrecidos mediante servicios de intermediación en línea o la relevancia atribuida a los resultados de búsqueda a través de motores de búsqueda en línea, tal y como los proveedores de servicios de intermediación en línea o los proveedores de motores de búsqueda en línea, respectivamente, los presentan, organizan o comunican, con independencia de los medios tecnológicos empleados para tal presentación, organización o comunicación*”.

³⁰ En particular, el Reglamento establece que la información proporcionada en esta materia deberá ser suficiente para que los usuarios profesionales puedan comprender si el mecanismo de clasificación tiene en cuenta, y de qué manera, los siguientes parámetros: (i) las características de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores; (ii) la importancia de tales características para los consumidores; y (iii), en cuanto a los PMB, las características del diseño de los sitios webs que utilicen los usuarios de sitios webs corporativos. A modo de ejemplo de lo que debe entenderse por “parámetros principales”, la exposición de motivos del Reglamento menciona indicadores para medir la calidad de los bienes o servicios de los usuarios profesionales, el uso de editores y su capacidad para influir en la clasificación, el alcance de los efectos de la remuneración, elementos no relacionados con el bien o servicio (e. g., las características de presentación de la oferta en línea) o, en el caso de los PMB, ciertas características del sitio web (e. g., si están optimizados para ser visualizados en dispositivos móviles).

como secretos empresariales sus algoritmos y otras herramientas y técnicas de clasificación. El Reglamento, que advierte que tal tensión no puede justificar una negativa de los proveedores de servicios a revelar los parámetros principales que determinan su ranking, aclara, en cualquier caso, que no precisarán revelar sus algoritmos y que esta obligación se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva de secretos comerciales³¹ y sin mermar su capacidad para actuar frente a manipulaciones de la clasificación efectuadas de mala fe por terceros.

Esta obligación requerirá la realización, con carácter previo a la redacción de las condiciones generales de PSI adaptadas al Reglamento, de un cuidadoso análisis caso por caso, con la ponderación suficiente de los intereses en juego para poder dar a los comerciantes minoristas usuarios de la plataforma información suficiente sobre los parámetros principales que rigen la clasificación, pero preservando al mismo tiempo los secretos comerciales que los PSI deseen legítimamente proteger. Muestra de la controvertida aplicación de esta disposición es que el Reglamento delega en la Comisión la elaboración de directrices interpretativas para acompañar de orientaciones las nuevas obligaciones previstas en materia de clasificación.

Bienes y servicios auxiliares

Cuando en la plataforma se ofrezcan bienes o servicios auxiliares a los consumidores (*e. g.*, productos financieros, servicios de reparación o herramientas de personalización), los PSI deberán incluir en sus condiciones generales una descripción del tipo de bienes y servicios auxiliares ofrecidos por ellos o por terceros. Además, deberán aclarar si los usuarios profesionales están también autorizados a ofrecer sus propios bienes y servicios auxiliares, adicionalmente al bien o servicio principal que estén ofreciendo a través de los servicios de intermediación en línea.

³¹ Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales.

Tratamiento diferenciado

Los PSI y los PMB deberán incluir en sus condiciones generales y poner a disposición del público, respectivamente, una descripción de todo trato diferenciado que den o puedan dar en relación con sus propios bienes y servicios, los de usuarios profesionales y sitios webs que estén bajo su control o los de otros usuarios profesionales o sitios webs corporativos³².

Cláusulas contractuales específicas

Además, los PSI (i) no impondrán modificaciones retroactivas a las condiciones generales, excepto cuando respondan a una obligación legal o reglamentaria o sean cláusulas beneficiosas para los usuarios; (ii) garantizarán que sus condiciones generales incluyen información sobre las condiciones en que los usuarios profesionales pueden terminar la relación contractual con el PSI; e (iii) incluirán en sus condiciones generales una descripción del acceso técnico y contractual, o su ausencia, a la información proporcionada o generada por el usuario profesional que mantengan tras la expiración del contrato entre el PSI y el usuario profesional.

Acceso a datos

El Reglamento incorpora también obligaciones de información relevantes en materia de datos, que extiende más allá de aquellos que jurídicamente deben calificarse como datos personales³³. Estas obligaciones afectan a cualquier tipo de dato, incluida, por lo tanto, la información agregada recibida o generada en el marco de la prestación de los

³² En particular, deberán informar sobre los siguientes aspectos: (i) el acceso que el proveedor obligado por el Reglamento o terceros bajo su control puedan tener a datos personales o de otro tipo que proporcionen los usuarios profesionales, los usuarios de sitios webs corporativos o los consumidores, así como a los que se generen de la prestación de los servicios; (ii) la clasificación u otros parámetros que influyen en el acceso de los consumidores a bienes o servicios ofrecidos por otros usuarios; (iii) toda remuneración directa o indirecta percibida por el uso de los servicios de intermediación en línea o motores de búsqueda; y (iv) el acceso a las condiciones o a cualquier remuneración directa o indirecta aplicada por el uso de servicios o funcionalidades o interfaces técnicas que sean pertinentes para el usuario profesional o el de sitio web y que estén directamente relacionadas con la utilización de los servicios de intermediación o los motores de búsqueda, o sean accesorias a ella.

³³ Según el RGPD, toda información sobre una persona física identificada o identificable.

servicios de intermediación, activo obviamente muy valioso de las plataformas digitales.

En este sentido, los PSI deberán incorporar una descripción sobre el acceso técnico y contractual, o la falta de este, que tengan los propios PSI, los usuarios profesionales y, en su caso, terceros a los datos personales o de otro tipo que proporcionen los usuarios profesionales o los consumidores para utilizar los servicios de intermediación, o que se generen a través de la prestación de tales servicios³⁴.

Subyacen a estas estrictas obligaciones la preocupación del legislador por la ventaja competitiva que procura a las plataformas en línea el acceso a grandes cantidades de datos y la asimetría de información con la que cuentan los usuarios profesionales³⁵. Por ello, si bien no se fuerza a compartir los datos con los usuarios profesionales, sí establece el Reglamento estas estrictas medidas de información, que, según su exposición de motivos, buscan contribuir al aumento del intercambio de datos, como fuente fundamental de innovación y crecimiento, y a la creación de un espacio común europeo de datos.

Restricciones a la oferta de condiciones diferentes

Si los PSI restringen la capacidad de los usuarios profesionales de ofrecer los mismos bienes y servicios a los consumidores en condiciones distintas empleando medios distintos, deberán explicar los motivos que justifiquen esa restricción —como mínimo, las principales consideraciones económicas, comerciales o jurídicas que fundamenten su restricción— y los pondrán fácilmente a disposición del público.

³⁴ En particular, deberán informar de manera clara sobre (i) si el PSI y el usuario profesional tienen acceso a los datos proporcionados por estos últimos o por los consumidores de sus productos o servicios y, en caso afirmativo, a qué categoría de datos acceden y en qué condiciones; (ii) si un usuario profesional tiene acceso a datos o información, incluso de forma agregada, proporcionados por o generados a través de la prestación de servicios de intermediación a todos sus usuarios profesionales y consumidores y, en caso afirmativo, a qué categoría de datos accede y en qué condiciones; y (iii) si se han facilitado datos a terceros aun cuando ello no sea necesario para el correcto funcionamiento de los servicios, se informará sobre la finalidad de dicha cesión de datos, así como las opciones para quedar al margen de ella.

³⁵ La Comisión Europea ha mostrado ya su preocupación por el acceso privilegiado a datos por parte de plataformas y ha iniciado investigaciones por presunto uso ilegítimo de datos sensibles recabados de usuarios profesionales.

3.3 · Reglas de resolución extrajudicial de conflictos

Finalmente, el Reglamento establece también algunas reglas de resolución extrajudicial de conflictos que buscan garantizar la efectiva aplicación de sus disposiciones y facilitar la resolución de las controversias que puedan surgir en las relaciones *platform-to-business*. También establece el Reglamento alguna especialidad procesal, en particular en cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de acciones legales relativas al cumplimiento de las obligaciones que establece.

3.3.1 · Mecanismos de resolución de incidencias

Se prevén tres nuevos mecanismos que deberán facilitar la resolución de controversias e incidencias entre los PSI/PMB y usuarios profesionales:

Mecanismos internos de resolución de controversias e incidencias

Los PSI —salvo aquellos que tengan la condición de pequeñas empresas según el anexo de la Recomendación 2003/361/CE³⁶— deberán establecer un sistema interno gratuito para tramitar, en un plazo razonable, reclamaciones de los usuarios profesionales.

Los usuarios afectados podrán presentar reclamaciones sobre (i) supuestos incumplimientos de cualquier obligación del Reglamento; (ii) problemas tecnológicos; y (iii) medidas específicas o conductas directamente vinculadas a la prestación de servicios de intermediación y que afecten al reclamante.

Los PSI deberán presentar y poner a disposición del público información anual sobre el funcionamiento y la efectividad de su sistema interno de tramitación de reclamaciones (incluyendo número y tipo de reclamaciones, tiempo medio para procesarlas e información agregada sobre los resultados).

³⁶ Recomendación de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

Mediación

Los PSI deberán designar en sus condiciones generales a dos o más mediadores con los que estén dispuestos a colaborar para llegar a acuerdos con los usuarios profesionales. Esta mediación se establece con carácter voluntario, aunque se exige a las plataformas que actúen de buena fe siempre que intenten alcanzar un acuerdo con un usuario profesional.

Los PSI deberán soportar, además, una parte razonable de los costes de mediación, según se determine de conformidad con las indicaciones del mediador.

Legitimación activa de asociaciones y organizaciones

Sin perjuicio de las acciones individuales que ostenten los usuarios profesionales y usuarios de sitios webs corporativos frente a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, el Reglamento otorga también legitimación activa a las organizaciones y asociaciones que posean un interés legítimo de representación de usuarios profesionales o usuarios de sitios webs corporativos, así como a los organismos públicos de los Estados miembros, para impedir o prohibir cualquier incumplimiento del Reglamento.

3.3.2 · Códigos de conducta

Finalmente, el Reglamento insta a la Comisión a fomentar la adopción de códigos de conducta por parte de los PSI y PMB, así como a las organizaciones y asociaciones que los representen, junto con los usuarios profesionales y sus organizaciones representativas, con el fin de contribuir a la correcta aplicación del Reglamento. Asimismo, la Comisión deberá fomentar que los PSI adopten y apliquen códigos de conducta sectoriales específicos, cuando existan y su uso esté extendido.

4 · EL REGLAMENTO A LA LUZ DE NUESTRO RÉGIMEN ANTERIOR SOBRE BUENA FE Y CLÁUSULAS PREDISPUESAS

El anterior recorrido por el Reglamento evidencia que —como avanzábamos— parte de las obligaciones que recoge enlazan claramente con nuestro propio régimen, que prevé ya mecanismos específicos para salvaguardar los principios de transparencia y competencia por méritos en las relaciones profesionales, garantizando la buena fe en las prácticas comerciales.

En este sentido, la LCD, en particular, pieza fundamental de nuestro ordenamiento económico, tiene por bien jurídico protegido la competencia económica, esencial para el ejercicio de la libertad de empresa (artículo 38 CE), pero no en su vertiente pública de regulación de los mercados³⁷, sino, precisamente, en lo relativo a la protección de los legítimos intereses de quienes concurren en el mercado y dependen directamente, por lo tanto, de que las prácticas comerciales del resto de los operadores estén guiadas por la buena fe³⁸.

La LCD protege, así, el funcionamiento del propio sistema competitivo, la competencia en sí misma considerada³⁹, condición sine qua non para la ulterior protección del orden de la economía de mercado y, en consecuencia, de los intereses de todos los que en él participan (competidores, clientes, consumidores).

En este contexto —como apuntábamos—, la clave es la buena fe como principio rector de la actividad económica. La LCD recoge en su “cláusula general” que se reputa desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (art. 4 LCD) y, a continuación, tipifica de forma no exhaustiva concretos actos de competencia desleal, cuyos presupuestos están siempre impregnados del reproche a la disconformidad de la conducta con las exigencias de la buena fe⁴⁰. El

³⁷ De lo que se ocupa con carácter previo la normativa de defensa de la competencia.

³⁸ Más allá de su exposición de motivos, el primer artículo de la LCD deja clara la finalidad que inspira a esta norma: “Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de actos de competencia desleal [...]”.

³⁹ Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011.

⁴⁰ En cuanto al concepto de “buena fe” que recoge la norma, el Tribunal Supremo, con referencia a la buena fe objetiva que es exigible con carácter general en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), ha establecido que “se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico” [Sentencia n.º 256/2010 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 1 de junio de 2010 (RJ 2010/2662), con cita de la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2009 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) (RJ 2009/3400), que, a su vez, hacía suyo el concepto jurídico de buena fe en la LCD que estableció la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) en su Sentencia de 5 de julio de 2004 (JUR 2007/298694)]. Se trata, por lo tanto, de un principio de carácter objetivo, por lo que la calificación de deslealtad de una determinada conducta no requiere la concurrencia de mala fe subjetiva por parte del autor, sino la mera trasgresión de las reglas del juego que ofrecen confianza y seguridad en el tráfico a los distintos operadores del mercado.

art. 16.3.a) de la LCD, por ejemplo, impone también un plazo de preaviso para la resolución anticipada de relaciones comerciales establecidas en los supuestos específicos de dependencia económica (falta de alternativa equivalente).

En este punto conviene advertir, no obstante, que la propia LCD resalta que, “*de conformidad con la finalidad de la Ley, que en definitiva se cifra en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos, la redacción de los preceptos [...] ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales*”, añadiendo que se ha buscado expresamente “*hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla*”. En consecuencia, conviene hacer una aplicación restrictiva de estas normas y siempre estrictamente alineada con la finalidad que persiguen.

Por su parte, la LCGC tiene por objeto proteger los legítimos intereses de cualquiera —tenga o no la condición de consumidor y usuario— que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual. En efecto, el preámbulo de la LCGC ya proclamaba la protección de la igualdad de los contratantes como imperativo de política jurídica en el ámbito de la actividad económica por tratarse de un presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales. Y recordaba también que, aunque el régimen de cláusulas abusivas sea solo aplicable a la contratación con consumidores⁴¹, las normas generales de nulidad contractual permiten la declaración de nulidad por carácter abusivo de aquellas condiciones generales entre profesionales contrarias a la buena fe y que causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

⁴¹ En este sentido, salvo por algunas regulaciones específicas aplicables en sectores determinados —por ejemplo, en materia de morosidad, usura, regulación sobre contrato de seguro o cláusulas sobre demora del pago en contratos de transporte terrestre de mercancías—, la posición mayoritaria de nuestra jurisprudencia es que la LCGC recoge únicamente un control de incorporación de las cláusulas predisuestas entre empresarios, pero no un control material de contenido —como sí sucede, en cambio, con las cláusulas predisuestas para consumidores—. El único supuesto que contempla la norma respecto de la nulidad de cláusulas predisuestas entre profesionales es cuando estas se reputen contrarias a alguna norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1 LCGC), lo que se reduce a la previsión general del art. 1255 del CC.

En su control de incorporación de las condiciones generales de contratación entre empresarios, la LCGC obliga, en breve, a que (i) el adherente haya tenido la oportunidad real de conocer su existencia y —en contratos escritos— se le haya facilitado un ejemplar de ellas [arts. 5.1 y 7.a)]; (ii) las cláusulas hayan sido redactadas de forma transparente, clara, concreta y sencilla y, por lo tanto, no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles para el adherente [arts. 5.5 y 7.b)]; y (iii) no contradigan una disposición de Derecho imperativo (art. 8.1). Vemos aquí claramente el reflejo de algunas de las normas que incorpora el nuevo Reglamento.

El hecho de que el control material de abusividad aplicable a las relaciones con consumidores no se extienda a las cláusulas predisuestas entre empresarios⁴² no impide la aplicación en tales casos de los principios que rigen nuestro Derecho general de obligaciones y contratos (arts. 1254 y ss. CC).

Así, podemos destacar, en particular, (i) la regla *contra proferentem* del art. 1288 CC, en cuya virtud la interpretación de las cláusulas oscuras no puede favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad; (ii) la obligación de adecuación al ordenamiento imperativo del art. 1255 CC; (iii) la interdicción de la arbitrariedad del art. 1256 CC, al establecer que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; y (iv) la incorporación en el art. 1258 CC de la buena fe objetiva como límite a la voluntad de las partes. Los contratos no solo obligan a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

En definitiva, nuestro ordenamiento disponía ya de recursos para la protección del bien jurídico al que invoca el Reglamento: un ecosistema competitivo, justo y transparente⁴³. De hecho, el propio Reglamento dispone que su contenido debe entenderse sin perjuicio del Derecho civil nacional en la medi-

⁴² Esta cuestión ha sido objeto de crítica por una parte de la doctrina (vid. Natalia Mato Pacín: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017).

⁴³ Como en nuestro caso, la mayoría de Estados miembros, aunque no todos, disponen también de normas nacionales específicas contra prácticas comerciales desleales y cláusulas predisuestas desproporcionadas. De hecho, en algunos casos, se han incorporado ya incluso en los ordenamientos nacionales —o se está trabajando en ello— normas dirigidas a plataformas digitales (es el caso, por ejemplo, de Francia, Austria o Italia).

da en que sea conforme con el Derecho de la Unión y los aspectos de que se trate no estén regulados por el Reglamento.

Sin embargo, en el marco del Derecho de la Unión, más allá del régimen jurídico aplicable en materia de defensa de la competencia⁴⁴, este sí muy desarrollado, en materia de normativa represora de la competencia desleal únicamente se había aprobado hasta fechas recientes la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. En este sentido, a pesar de que su preámbulo reconoce expresamente que “existen, indudablemente, otras prácticas comerciales que, aunque no perjudiquen al consumidor, pueden dañar a los competidores y a los clientes de las empresas”, se dejaron las relaciones entre empresarios fuera del ámbito de aplicación de la norma⁴⁵.

Ahora, la creciente intermediación de las transacciones a través de servicios en línea, y su potencial transfronterizo, han llevado a la Unión a decidir regular esta cuestión en el mundo digital, sin haber realizado nunca el mismo ejercicio en el mundo analógico.

Y en este contexto, y desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico anterior, el nuevo Reglamento no se alza únicamente como un instrumento exclusivamente armonizador de las reglas y principios ya existentes, que buscan evitar los desequilibrios que puede generar la unilateralidad en cláusulas predisuestas entre empresarios y preservar la *par conditio concurrentium*. Por medio de la incorporación de nuevas y exigentes obligaciones de transparencia —relativas, por ejemplo, al acceso a datos, condiciones de clasificación, ofrecimiento de bienes o servicios auxiliares o aplicación de tratamientos diferenciados a bienes y servicios ofertados por el propio prestador de servicios de intermediación—, el Reglamento va más allá e introduce nuevas obligaciones que, sin duda, tendrán un peso muy importante para los PSI y PMB.

⁴⁴ En materia de obligaciones y contratos, las propuestas europeas de derecho de los contratos —Principios Europeos de Derecho de los Contratos, *Draft Common Frame of Reference* y Principios Acquis del Derecho Contractual Comunitario— incorporan también previsiones relativas a la buena fe y al equilibrio de los derechos de los contratantes.

⁴⁵ En el ámbito alimentario, el pasado mes de abril se publicó la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

Con todo, en muchos de estos últimos casos el Reglamento se sitúa en un plano específico, y no predicable de todos los servicios de intermediación y motores de búsqueda, en que el prestador de tales servicios, además de su actividad de intermediación, se sirve también de la plataforma para concluir transacciones con los consumidores (directamente o mediante un tercero bajo su control). Busca de esta forma el Reglamento la justificación de algunas de las nuevas reglas de buena fe, para que los obligados por la norma no puedan servirse de situaciones de potencial control para dar ventajas técnicas o económicas injustificadas a su propia oferta, denegándolas a los usuarios profesionales competidores. Su objetivo es, por lo tanto, garantizar también en esta nueva economía que todos los agentes del mercado puedan competir, de entrada, en igualdad de condiciones (*par condition concurrentium*).

5 · CONCLUSIONES

Conscientes de que el buen y ágil funcionamiento de la economía de mercado necesita de un alto grado de rivalidad entre sus partícipes, así como de la importancia de un sistema que recompense el esfuerzo y proteja la competencia por méritos, coincidimos en la conveniencia de proteger el bien jurídico que subyace al Reglamento. Sin embargo, quizás no era precisa ni del todo conveniente una norma tan poblada, que, en su afán por cubrir todas las prácticas y garantizar la transparencia y la claridad en todas las situaciones, puede limitar en ciertos casos la innovación y devenir rápidamente obsoleta.

En este sentido, los principios que guían la regulación del Reglamento ya encontraban protección y reflejo en nuestro ordenamiento previo, y muy especialmente en la LCD, con tipificaciones lo suficientemente abiertas para hacerlas adaptables a la cambiante tipología de prácticas de competencia desleal, pero de presupuestos estrictos para evitar que prácticas simplemente incómodas pudieran ser clasificadas de desleales. También disponíamos de control de incorporación de condiciones generales de la contratación entre profesionales y de las reglas de nuestro Derecho sobre obligaciones y contratos, que permitían combatir el potencial carácter abusivo de dichas cláusulas generales.

El Reglamento, sin embargo, introduce nuevos y exigentes requisitos que supondrán una carga muy significativa para los PSI y PMB. Aunque la exposi-

ción de motivos del Reglamento ofrece algunas pautas interpretativas de las normas que incorpora, intentando mantener el equilibrio y la protección de los intereses legítimos tanto de las plataformas como de sus usuarios profesionales, lo cierto es que el impacto en su práctica no deja de ser muy relevante. La aplicación de las nuevas obligaciones que emanan del Reglamento requerirá de importantes adaptaciones tanto en la actividad como en los mecanismos de contratación y relación jurídica de PSI y PMB (condiciones generales de la contratación, políticas de *listing* y datos y nuevos procedi-

mientos de resolución de controversias). Muestra de ello es el plazo transitorio de un año entre la entrada en vigor y el inicio de aplicación de la norma.

Estas actuaciones deberán realizarse —siempre, caso por caso— prestando particular atención al concreto modelo de negocio y a los destinatarios tanto de la plataforma como de los bienes y servicios de sus clientes profesionales, para poder dar la mejor respuesta posible a sus derechos y a las necesidades de la plataforma desde la perspectiva conjunta de las distintas disciplinas jurídicas involucradas.