

El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital***Esther Arroyo Amayuelas y Sergio Cámara Lapuente (dirs.), Marcial Pons, 2020, 526 páginas*****Gabriel Macanás
Universidad de Murcia**

-

Cualquier profesor de Derecho pronto descubre la dificultad de conocer realmente bien un tema. Mi impresión, o más bien lo que he aprendido, es que verdaderamente se acaba sabiendo de aquello sobre lo que investiga, y se intenta mantener un conocimiento de cierta dignidad respecto a todo lo demás. A veces, puede ser fácil desconectar de lo que no se está investigando, para descubrir, poco después, que el Derecho ha seguido avanzando, con la sociedad, dejándonos atrás. En pocos ámbitos la sociedad avanza más rápido que en el ámbito digital, por lo que son especialmente necesarios estudios jurídicos como el que se recensiona. **El Derecho Privado en el Nuevo Paradigma Digital**, obra colectiva dirigida por Esther Arroyo Amayuelas y Sergio Cámara Lapuente, trata de forma amplia algunos de los principales focos de desarrollo y cambio jurídico, impulsados por este nuevo paradigma tecnológico y digital.

La obra, dividida en cinco bloques temáticos, contiene dieciséis capítulos respecto a los efectos jurídicos de los cambios disruptivos que está suponiendo la tecnología, así como las regulaciones que se están proponiendo para disciplinarlos. Se trata de contenidos heterogéneos, pero también complementarios en un doble sentido. En primer lugar, el tratamiento de las cuestiones analizadas, todas principales en este ámbito, conforma una completa perspectiva general del derecho privado en este mundo digital. En segundo lugar, sus contenidos se siguen en una progresión natural que ayuda al lector, hacia una completa comprensión de la materia. Mantiene, claro, los problemas de toda obra coral, para la que siempre es imposible agotar la potencialidad de temas a tratar, así como conseguir una sistemática cerrada equivalente a la propia de las obras monográficas individuales. Sin embargo, la variedad de los temas tratados consigue que, además de ser un libro que permite al lector entrar plenamente en este nuevo ámbito digital, también sea una obra que ofrezca contenidos más específicos, susceptibles de interesar de forma especial para investigaciones más concretas.

Desde un punto de vista formal, el sumario inicial, simplificado respecto al índice final, permite construir, de principio, una idea general sobre la obra. Acaso podría agradecerse una relación de las referencias bibliográficas utilizadas o citadas, dada la facilidad de que –con una temática tan heterogénea– no se esté familiarizado con la bibliografía de alguno de los ámbitos tratados. En cuanto al contenido, la variedad temática exige una referencia particular para cada uno de los bloques.

En la primera parte de la obra, «**Contratos sobre contenidos digitales, servicios digitales y compraventa de bienes de consumo**», participan MORAIS CARVALHO, J., TWIGG-FLESNER, C, ARNAU RAVENTÓS, L., y GSELL, B. Trata fundamentalmente las Directivas 770 y 771 de 2019, ambas de 20 de mayo, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; y sobre compraventa de bienes, respectivamente. Directivas cuya transposición ha de ser ya prácticamente inmediata, siendo la fecha máxima para hacerlo el 1 de julio de 2021, para su

aplicación el 1 de enero de 2022 (arts. 24.1 y 24.2 de cada una de las directivas). Son directivas de armonización plena, de máximos, por lo que establecen un umbral general de protección de los consumidores que los Estados miembros no podrán mejorar en sus normativas nacionales. Esto último hace aún más interesante -y necesario- el estudio de las posibles lagunas o antinomias, puesto que la actividad legislativa de los Estados que pretendiera colmar tales espacios podría confrontar el impuesto por las directivas.

Los cuatro autores tratan la cuestión desde perspectivas diferentes, aunque coincidentes en espacios comunes, que se complementan hasta en las concomitancias, cuando coligen en algunos de los aspectos potencialmente problemáticos de las directivas. Es reiterada la necesidad de acudir a los considerandos de las normas para intentar encontrar sentidos o contenidos que, tales textos carentes de contenido verdaderamente normativo, rara vez pueden colmar de forma plena.

Pese al objeto principal de estudio, no se tratan sólo problemas y circunstancias futuras, frente a la futura implementación de las directivas, sino que algunos de los problemas afrontados son ya actuales, y los argumentos ofrecidos pueden resultar ya útiles para tratar estas cuestiones. Por ejemplo, hoy, un consumidor que haya contratado alguno de los servicios de retransmisión en línea de contenidos audiovisuales, puede encontrar la opción de “comprar” una película. En la información que la plataforma proporciona en el momento de la adquisición, no hay más datos o advertencias que la posibilidad de “comprar” y el precio de compra (equiparable, en ocasiones, al precio por el que podría adquirirse una copia en soporte físico). Además, la misma plataforma puede tener una opción diferente, para la misma película, de “alquilar”. Sin embargo, en las condiciones generales de la plataforma, de no fácil acceso para el consumidor que compró la película, en primer lugar, se advierte de que el material “comprado”, únicamente podrá verse «durante el período de tiempo limitado que dure la suscripción» y que, además, «puede que deje de estar disponible debido a posibles limitaciones de la licencia del proveedor de contenidos, o por otras razones». Además de eventuales problemas generales relativos a la incorporación o abusividad de tales cláusulas, persisten otros problemas directamente afrontados en la obra. De principio, no podría tratarse, *rectius*, de una compraventa por no ser el objeto un bien tangible (ex art. 2.5 DCV); lo que podría incidir directamente en el consentimiento de un consumidor al que se le presenta como tal. Pero, incluso si el *nomen* técnico pudiera no ser relevante, el hecho de que se entienda como un suministro individual, o integrante de un suministro continuo, podría determinar que la responsabilidad del suministrador pudiera terminar con la extinción del contrato, o extenderse durante años, desde el concreto acto de suministro.

En la segunda parte de la obra, «**Destino de los datos personales y servicios personales: ¿comercio y/o protección?**», participan METZGER, A., CÁMARA LAPUENTE, S., GARCÍA PÉREZ, R. M., y GINEBRA MOLINS, M. E. Trata la regulación de los datos dada desde el RGPD, con una perspectiva más amplia, y alcanzando mayor profundidad; hasta la DCSD, -en ocasiones un reflejo, de protección atenuada, del Reglamento-; pasando también por la normativa estatal. Se trata, además, de un espacio en el que la armonización de la Directiva no será de máximos, por lo que la implicación de las distintas normas, así como otros desarrollos posibles, tendrá una relevancia mayor. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la propia realidad regulada es tan variable como la tecnología. Hasta conceptos como “eliminación” o “anonimización”, vendrán determinados no sólo por reglas jurídicas, sino por aspectos técnicos en los que futuras tecnologías podrían cambiar, incluso de situaciones consolidadas anteriores (y ser posible personalizar datos que eran anónimos, o revivir datos borrados, por ejemplo).

Resulta evidente que las relaciones jurídicas de los proveedores de muchos de los servicios digitales, aun no contando con el pago dinerario como elemento, no se producen por la mera liberalidad del bienhechor. Sin embargo, tampoco se ha alcanzado el reconocimiento de la cesión de datos como contraprestación sinalagmática, una medida con consecuencias no siempre sencillas -sobre todo en lo que respecta a los datos no personales-. De ahí que se haya optado, aun sin convertir en los datos en “mercancía”, por reconocer que la “facilitación” de datos forma parte de la relación contractual. Este es el punto de partida de esta parte de la obra, que necesitará -u ofrecerá- matizaciones y diferencias en una regulación sobre supuestos de hecho no siempre fáciles de aprehender.

La diferencia entre datos necesarios para la propia prestación ofrecida por el prestador, y otros que a éste le serían de utilidad; datos personales y datos no personales; datos no personales creados o proporcionados por los clientes, o deducidos y confeccionados por los prestadores; son sólo algunos de los binomios tratados de forma sistemática y completa por la obra. También se abordan, de forma transversal, cuestiones generales proyectadas sobre la especificidad de los datos, desde el consentimiento, incidiendo asimismo en el verdadero consentimiento que un consumidor medio puede llegar a proyectar sobre las condiciones generales existentes, incluso sobre la propia legislación sobre la materia -que no será abusiva, pero a veces no es transparente ni para el investigador profesional-.

Además de señalar algunas de las lagunas o imprecisiones de la norma, también abordan estos capítulos cuestiones tan relevantes como la relación entre la revocación del consentimiento respecto de ciertos datos y la eventual extinción del contrato. Si se trata de datos necesarios para la relación jurídica, parece claro que esta tendría que terminar. Evoca la lectura cuestiones como si, de tratarse de un derecho indisponible, determinadas revocaciones podrían causar daños indemnizables, como puede ocurrir cuando se trata, por ejemplo, del derecho a la propia imagen. Por otra parte, si la facilitación cuyo consentimiento se revoca no es incompatible con el mantenimiento de la relación, pero sí fue presupuesto para la prestación de la misma, no parece claro si podría terminar la relación con la resolución del contrato. Incluso, cabría imaginar la facilitación de determinados datos como prestación facultativa, alternativa quizá a un efectivo pago dinerario, de dónde podría discutirse si tal previsión pudiera esconder acaso un perjuicio ilícito causado por la revocación -en lo referido por el Cdo. 42 RGPD-; o si se trataría de una opción abierta al consumidor, que rodearía, sin penetrar, el tabú de la mercantilización.

En fin, trata esta parte también la disposición mortis causa de los datos, que, aunque en muchas ocasiones podrán entenderse como parte del patrimonio transmisible del causante, aplicando a los supuestos específicos la teoría general, pasan también por especificidades derivadas no sólo de la propia sustancia digital, sino del medio jurídico en el que se integran (así, por ejemplo, la duración vitalicia que pudieran tener determinadas licencias o contenidos derivados de un servicio digital).

En la tercera parte, «**Comercio electrónico y mercados online**», participan CAMPOS CARVALHO, J., LAFUENTE SÁNCHEZ, R., y RUIZ VEGA, A. V. Trata de forma pormenorizada distintas cuestiones que la digitalización de la contratación ha hecho determinantes. En primer lugar, ha sido una constante la persistente necesidad de distintos agentes en el comercio, así como los costes que cada uno acumula para la transacción final en la que han intervenido. La irrupción de las llamadas economías disruptivas posibilita que, a través de la nueva tecnología de las comunicaciones, la oferta y la demanda de productos y servicios reduzcan los intermediarios y sus costes de transacción hasta un nuevo umbral, en el que la posición central quedaría ocupada

por las “plataformas”. La obra se ocupa de los nuevos problemas y desafíos que suponen estas plataformas, aparentes intermediarios generalistas. En concreto, la obra parte de si su labor es de verdadera intermediación entre las partes; o de participación directa en unos mercados que pueden llegar a dominar. En este sentido, la DCSD toma en cuenta las plataformas como posibles empresarios, a efectos de verse sujetos por la misma (Cdo. 18, con referencias también en los cdos. 41 y 57).

Por otra parte, el carácter global de la red, así como la proyección igualmente transfronteriza de sus contenidos, determina la aparición de nuevos escenarios contractuales. La posibilidad de acceder desde una ubicación especial determinada a espacios digitales de todo el mundo es una realidad cotidiana, así como también es posible, para los vendedores o prestadores de servicios a través de tales vías digitales, el poder discriminar geográficamente el acceso a sus productos o servicios. Por ello el Reglamento 2018/302, de 28 de febrero, se dirige a impedir el bloqueo geográfico injustificado, así como otras formas de discriminación, de forma que el lugar de residencia o establecimiento del consumidor o del empresario no puedan determinar un trato diferencial injusto. El interés de estas cuestiones se agudiza, además, cuando afectan a toda una sistemática aún anclada en un modelo analógico. Así, por ejemplo, en el ámbito de la competencia judicial, o de la determinación de la ley aplicable, el hecho de que una oferta sea accesible -forzosamente- desde cualquier territorio tiene que disociarse de los supuestos en los que se traten de actividades dirigidas a tales territorios.

Esta parte de la obra finaliza con el tratamiento de las específicas circunstancias económicas y socio-psicológicas en las que el consumidor recibe la oferta y decide prestar su consentimiento. El entorno digital sin duda supone un cambio cualitativo respecto a la contratación de productos materiales, en un entorno físico. Cambios que a un jurista pueden interesar no sólo desde la perspectiva económica, sino, especialmente, a efectos de valorar su incidencia en los distintos ámbitos de la conformación y expresión de la voluntad del consumidor; desde la transparencia hasta la posibilidad de la existencia de un error provocado que pudiera determinar incluso la anulación del contrato.

La cuarta parte de la obra trata las **«Plataformas de intermediación y propiedad intelectual»** y en ella participan ARROYO AMAYUELAS, E., SPINDLER, G., y VENTURA VENTURA, J. M. Principia con la responsabilidad de los intermediarios en internet, en cuanto prestadores de servicios, confrontándola con unos principios de neutralidad -de contenidos- y de puerto seguro que están teniendo que adaptarse -cuando no colisionar- con las realidades digitales emergentes. La Directiva 2000/31, de 8 de junio, actual pieza angular de la regulación tratada, reconoce que los contenidos pueden ser responsabilidad de los proveedores, sobre todo cuando estos articulan sus servicios -y lucro- a su alrededor, pero estableciendo a su vez en su art. 14 una limitación de tal responsabilidad que, de ser objetiva, podría determinar la imposibilidad de prestar esos servicios. Gran parte de la esencia de lo que internet ofrece nace con la posibilidad de gestionar, automáticamente, cantidades ingentes de información. Formas de actuación que, al tiempo, permiten mantener una neutralidad ideológica respecto a los contenidos, pero que también hacen sostenible económicamente a las plataformas, que serían incapaces de una gestión individual, consciente, humana, de cada información recibida. Sin embargo, gran parte del riesgo de lo que internet supone, viene dado por la posibilidad de utilizar la publicación de información con fines ilícitos, sin sometimiento a ningún control. La tensión entre estos extremos intenta conciliarse con instrumentos como la disociación entre el carácter activo o pasivo del proveedor; su efectivo conocimiento de los contenidos o la ilicitud; o la diligencia general de los proveedores. Pero tales recursos, aunque pueden ser útiles en lo general, no sólo pueden resultar

equivocos sino, como bien se apunta en la obra, en muchos casos, hasta paradójicos: de la mera letra de la norma podría dar la impresión de que una actitud de absoluto y deliberado desconocimiento y alejamiento de los contenidos podría resultar premiada -con mayor irresponsabilidad- frente a determinados acercamientos que, intentando evitar o controlar determinados contenidos, podrían situar al proveedor en una situación más responsable. Asimismo, y de forma más general, se advierte en la obra del peligro de que, para evitar el riesgo de la responsabilidad, los proveedores tiendan a adoptar formas masivas de prevención control automático que tiendan a eliminar contenidos en caso de duda, lo que, aunque podría aumentar la seguridad del contenido, acaso podría acabar en una progresiva censura de los contenidos, afectando además de forma desigual a distintas temáticas y colectivos.

De forma complementaria, sigue tratando la obra la Directiva 2019/790, de 17 de abril, sobre derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital, principalmente su art. 17 (veinticinco párrafos de norma), que regula los usos de contenidos protegidos por prestadores de servicios, para compartirlos, en línea. No es sencillo el equilibrio entre la neutralidad y la libertad en el acceso a la red y el intercambio de información entre los usuarios, y la adecuada tutela de los derechos de propiedad intelectual. Sobre todo, cuando probablemente hayan sufrido sus mayores lesiones con el desarrollo de internet. Desde un punto de vista técnico, se complica ya desde la premisa de la norma hasta sus consecuencias más allá de los efectos de la misma. Desde la dificultad de determinar los sujetos activos de la norma, valorando cuando el fin principal o uno de sus fines principales sea almacenar y dar acceso público a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas, cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona, con fines lucrativos (art. 2.6 DCMUD); hasta las consecuencias que la responsabilidad y el deber de control de las plataformas en estos caso puede los usuarios, cuando aboquen a medidas preventivas o de control generales, incluso cuando la información que compartan no tuviera por qué estar necesariamente en el ámbito de protección.

La exhaustividad de la obra en el tratamiento de los problemas de este ámbito se completa con el estudio concreto de cuestiones específicas, como los derechos de las editoriales de publicaciones y prensa respecto a los contenidos utilizados por los prestadores de servicios en el ámbito digital. El formato papel permitía a las editoriales un control casi total sobre el contenido que imprimían y distribuían. Perdido tal control, y siendo los contenidos de prensa masivamente accesibles en línea, el art. 15.1 DCMUD intenta dar solución a este problema. Además de la exégesis de las cuestiones más discutibles de la regulación tratada, como el tratamiento de los “fragmentos no significativos” de contenidos tutelados, en la obra se señalan también los posibles efectos no siempre esperados de la norma. Así, por ejemplo, si ahora la totalidad de los contenidos tratados resultan exclusivos de las editoriales, acaso habría de desaparecer la “compensación equitativa” reconocida en nuestro art. 32.2 TRLPI, pues podría no haber ahora uso “no necesitado de autorización” que compensar.

En la quinta y última parte de la obra, «**Retos de futuro en la Unión Europea: identidad digital y conducción autónoma**» participan DAGILIENE, L., ASTROMSKIS, P., y NAVARRO-MICHEL, M., y en ella se afrontan dos cuestiones hasta cierto punto heterogéneas, pero vinculadas por la radical intervención de los avances tecnológicos en las relaciones jurídicas humanos.

Se trata, primeramente, la identidad humana, en los entornos digitales. Esta cuestión puede ofrecer distintas dimensiones, más allá de su premisa como sujeción existencial del sujeto al negocio jurídico. Las nuevas relaciones sociales digitales hace tiempo que confirmaron la duplicidad de identidades, los posibles desarrollos divergentes de la personalidad en el ámbito

digital frente al material. Se está consolidando así una nueva identidad de un mismo sujeto, susceptible de su propia reconocibilidad, reputación, valor comercial y, también, valor personal, moral. Más en concreto, trata la obra la identidad como herramienta, la individualización de la parte contractual que, en un entorno digital, carece de la base indubitada de la presencia física. Para verificar esta identidad, para hacer cierta esta individualización, resulta necesario acudir a procedimientos técnicos que han ser reconocidos normativamente como única alternativa a una casuística y permanente discusión probatoria. Sin embargo, si verificación se practica a través de documentos o herramientas externas al propio sujeto, podría siempre ser otro sujeto quien los utilice (la llave, la tarjeta, la clave...). Podría plantearse un deber de control del sujeto sobre tales instrumentos, sancionando su negligencia con la vinculación, pero acaso así se estaría introduciendo una suerte de consentimiento presunto por negligencia, lo que iría aún más allá de los supuestos previstos para la representación ultra vires, o sin mandato. Se tratan también otros sistemas, fundamentalmente biométricos (desde el reconocimiento facial u ocular, hasta el reconocimiento del olor corporal o del ADN), pero se trata de sistemas en desarrollo, que podrían implicar costes de transacción más altos para los sujetos y que, quizá, sus ventajas pudieran minimizarse con futuros desarrollos tecnológicos que afectaran a su susceptibilidad frente a intromisiones externas. Todas estas cuestiones, además, se tratan en relación también al interés público, especialmente perceptible en el ámbito financiero, a efectos del adecuado control de tales actividades, lo que acaso ha propendido que las principales iniciativas legislativas de la UE en este ámbito vengan dadas por este interés (como la quinta de las sucesivas directivas al respecto, la 2018/843, de 30 de mayo de 2018).

Termina la obra dedicándose a la intervención de nuevos “agentes” autónomos, autómatas quizá. Diseñados, programados, contruidos y, además, susceptibles generar hechos jurídicos hasta ahora inéditos. Lo hace en el concreto ámbito del tráfico rodado, respecto a la participación de vehículos autónomos en accidentes. Supuesto que ya no es una hipótesis de futuro, sino una realidad en implementación, que sin duda se extenderá y, acaso, podría llegar a excluir al conductor humano, como factor de riesgo excesivo. Como señala la obra, esta novedad, como tantas otras, puede encontrar las bases de su “nueva regulación” en las categorías generales, sin perjuicio de la necesidad también de afrontar legislativamente la novedad. En el ámbito de su especialidad, el fenómeno sería en principio compatible tanto con el régimen general de responsabilidad del TRLRCSCVM; como también, de forma menos efectiva, con las normas de productos defectuosos del TRLGDCU. Respecto a los contenidos netamente novedosos, se señalan propuestas de aplicaciones analógicas partiendo el régimen de responsabilidad previsto para los animales; para el hecho ajeno cometido por dependiente del menor; o incluso la creación, ex nihilo, una nueva categoría que “personificara” el vehículo autónomo (que acaso podría generar más problemas que los que resolvería, al tener que dotarse a esta nueva “persona” de patrimonio y, acaso, representación). Sin embargo, se apuntan nuevos escenarios que implican la necesidad de nuevas respuestas, como la importancia determinante frente a terceros del mantenimiento no mecánico, de las actualizaciones. También se plantea si, en supuestos de conducción autónoma, habría de ser objetiva la responsabilidad; aunque podría pensarse si, frente a la imputación objetiva, acaso un vehículo de estas características no aumentaría el riesgo, sino que, de hecho, lo reduciría respecto a una conducción humana en las mismas circunstancias. Todo ello, además, con repercusiones inevitables en el ámbito del seguro, que acaso podría llegar a una distorsión del mercado con implicaciones sociales en relación al coste de este nuevo tipo de automoción.

Se ha intentado ofrecer en la recensión una idea del vasto contenido que afronta la obra, el recorrido que ofrece a lo largo de este nuevo paradigma digital. Una lectura completa, rigurosa, y sólida tanto en su redacción como en sus referencias. Una obra que, sobre todo, sugiere con la lectura. Ofrece soluciones, pero también suscita preguntas. Completa e inspira al pensamiento jurídico, lo que, junto con la conformación de la base objetiva del conocimiento, es el mejor de los contenidos que un libro de este tipo puede ofrecer.