ADI 40 (2019-2020): 283-298

EL RANQUIN DE LOS RESULTADOS OFRECIDOS POR BUSCADORES, ASISTENTES DIGITALES Y ALTAVOCES INTELIGENTES. UN PROBLEMA NO RESUELTO

THE RANKING OF THE RESULTS OFFERED BY SEARCH ENGINES, DIGITAL ASSISTANTS AND SMART SPEAKERS. AN UNSOLVED PROBLEM

JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR*

RESUMEN

Los buscadores, asistentes digitales y altavoces inteligentes son un gran escaparate virtual en el que los comerciantes pueden mostrar sus contenidos al público en general; estimulan la competencia en el mercado. No obstante, la importancia del orden en el que aparezca la información del comerciante en el resultado de la búsqueda es esencial para su éxito (económico). Por ello, para lograr un óptimo posicionamiento en el resultado y competir en igualdad de condiciones, es necesario que las empresas conozcan el mecanismo de secuenciación del algoritmo del motor de búsqueda en línea.

Con el Reglamento (UE) 2019/1150, el legislador pretende asegurar un entorno «competitivo, justo y transparente» en la economía de las plataformas en línea en el que se respete el principio par conditio concurrentium, al imponer, entre otras medidas, obligaciones en materia de transparencia a los proveedores de motores de búsqueda en línea en relación con la forma de clasificar el resultado de búsqueda generado por la consulta del usuario. Esta norma represora de prácticas comerciales desleales debe ser bien acogida, aunque alguna de las obligaciones -como se analiza en este trabajo- pueda ser de escasa eficacia por ser eludible con suma facilidad por los gigantes tecnológicos.

Palabras clave: clasificación, motor de búsqueda, página de resultados, ranquin, algoritmo.

ABSTRACT

Search engines, digital assistants and smart speakers are a great virtual shop windows where undertakings can display their content to the general public; they stimulate competition in the market. However, the importance of the order in which the merchant´s information appear is essential to its (economic) success. Therefore, to achieve optimal positioning in the search

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado (Universitat de València). Dirección de correo electrónico: *josejuan.castello@uv.es*.

Este trabajo se realiza en el marco del proyecto emergente GV/2019/118 «La tutela de los derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades», José Juan Castelló Pastor. Miembro del Grupo Valenciano de Estudio del Derecho Privado Europeo - GEVDPE- de la Universitat de València (GIUV2013-118).

Fecha de recepción: 2 de abril de 2020 // Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2020.

result and to compete on equal terms, it is necessary for undertakings to know the sequencing mechanism of the online search engine algorithm.

With Regulation (EU) 2019/1150, the legislator intends to ensure a «competitive, fair and transparent» environment in the online platform economy, in which the principle of par conditio concurrentium is respected, by imposing, among other measures, in relation to how to the way of classifying the search result generated by the user's query. This repressive norm of unfair commercial practices must be well received, although some of the obligations -as analyzed in this paper- may be lacking in effectiveness due to the ease in being evaded by the technological giants.

Keywords: Ranking, search engine, results page, digital assistants, algorithm.

SUMARIO: I. EL PODER FÁCTICO DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA EN LÍNEA.—II. BUSCADORES, ASISTENTES DIGITALES Y ALTAVOCES INTELIGENTES.—1. ORIGEN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA EN LÍNEA.—2. CLASIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS: ORGÁNICOS (O NATURALES) Y DE PAGO.—3. CONFLICTO DE DERECHOS EN EL ORDEN DEL RESULTADO ORGÁNICO (O NATURAL) DE LA BÚSQUEDA: UN COMPLICADO EQUILIBRIO.—III. LA CLASIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA PÁGINA DE RESULTADOS Y LA OBLIGACIÓN DEL REGLAMENTO (UE) 2019/1150.—1. APUNTE SOBRE EL REGLAMENTO (UE) 2019/1150.—2. EL ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO (UE) 2019/1150.—IV. A MODO DE REFLEXIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. THE FACTUAL POWER OF ONLINE SEARCH ENGINES.—II. SEARCH ENGINES, DIGITAL ASSISTANTS AND SMART SPEAKERS.—1. ORIGIN AND OPERATION OF ONLINE SEARCH ENGINES.—2. CLASSIFICATION OF RESULTS: ORGANIC (OR NATURAL) AND PAID.—3. CONFLICT OF RIGHTS IN THE ORDER OF THE ORGANIC (OR NATURAL) RESULT OF THE SEARCH: A COMPLICATED BALANCE.—III. THE CLASSIFICATION OF THE INFORMATION ON THE RESULTS PAGE AND THE OBLIGATION OF REGULATION (EU) 2019/1150.—1. NOTE ON REGULATION (EU) 2019/1150.—2. ARTICLE 5 OF REGULATION (EU) 2019/1150.—IV. FINAL REFLECTION.—V. BIBLIOGRAPHY.

I. EL PODER FÁCTICO DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA EN LÍNEA

Los asistentes digitales y los altavoces inteligentes[1] están cambiando el modo de interactuar de los usuarios con la tecnología. Cada vez es más frecuente que un usuario realice la búsqueda de información mediante voz con el *smartphone* o el altavoz inteligente en lugar de teclear esa misma pregunta en la barra del motor de búsqueda tradicional[2]. Sea de una u otra forma[3], el usuario obtiene la información —que más se ajusta a su pregunta entre los millones de datos que hay en la red— en cuestión de milésimas de segundo, aumentando aparentemente las posibilidades de acceso a la gama de productos y servicios de cualquier operador económico ofrecidos en la red.

[1] Alexa (Amazon), Siri (Iphone, Apple), Google Assistant (Google) o Cortana (Microsoft) por citar algunos de los más conocidos. También sus altavoces digitales: Amazon Echo, HomePod Google Home, o Invoke, respectivamente.

[2] Entiéndase por buscador tradicional el de Google, Yahoo! o Bing. Un estudio sobre estos instrumentos de búsqueda, *vid*. CASTELLÓ PASTOR, J. J. (2016), págs. 43-85.

[3] Téngase en cuenta que «la definición de motor de búsqueda en línea empleada en el presente Reglamento debe ser neutra desde el punto de vista tecnológico [...], incluye también las búsquedas solicitadas mediante voz (considerando 13). Así, se entiende por "motor de búsqueda en línea": "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 respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado"», según el artículo 2.5 del Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, *OJ* L 186, 11 de julio de 2019, págs. 57-79 (disponible en *http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1150/oj*).

En este sentido, la influencia de los buscadores —entendidos como canales que permiten a los operadores económicos llegar a los consumidores— puede ser determinante en la decisión del consumidor acerca del producto o servicio de una empresa (en función del lugar en el que aparezca esta información en la clasificación de los resultados mostrados) y, también, en el beneficio económico de la empresa[4].

En efecto, en el caso de los buscadores tradicionales, el usuario puede encontrarse con miles de resultados ordenados por páginas[5] sin saber cuál elegir, de modo que la información mostrada en los primeros puestos puede notablemente influir en la capacidad de elección si presupone que es la óptima o más afín a su consulta. Además, este posicionamiento de la información en los primeros puestos del resultado puede incrementar el número de visitas de los usuarios a la página web de la empresa y ver acentuadas sus ventas —ya que el usuario medio no suele ir más allá de la segunda o tercera página del resultado[6] o como señala GRIMMELMANN: «si no apareces en las primeras páginas de resultados, es muy posible que no existas»— [7]. En el caso de los nuevos dispositivos tecnológicos, la información de las empresas se ve considerablemente reducida si se tiene en cuenta que los asistentes digitales reflejan tres o cuatro opciones en el resultado, mientras que los altavoces inteligentes una única opción[8].

En todo caso, la información solicitada por el usuario es mostrada (o escuchada) siguiendo un posicionamiento sin que se conozca, en realidad, cómo se realiza[9]. Únicamente se sabe que unas fórmulas matemáticas (o algoritmos) or-

---

[4] Señala el informe «*The use of online marketplaces and search engines by SMEs*» que «dos tercios de las empresas que venden en línea están de acuerdo en que su posición en los resultados de búsqueda tiene un impacto significativo en sus ventas (66 por 100). De hecho, casi seis de cada diez empresas utilizan técnicas de optimización de motores de búsqueda para aparecer más arriba en los resultados de búsqueda (56 por 100)». Informe de la encuesta realizada por *TNS Political & Social* a solicitud de la Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología, en el año 2016 (disponible en *https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-24/fl_439_en_16137.pdf* y consultado por última vez el 26 de marzo de 2020).

[5] Y cada página suele contener diez líneas de resultados.

[6] GOLDMAN, E. (2005), pág. 535. *Vid*. COMISIÓN EUROPEA (2018), Commission Staff Working Document, *Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*, Bruselas, 26 de abril de 2018 SWD (2018) 138 final, señala que «*the top five search results attract 88% of the clicks, while it is very rare - a chance of 1.11% or less - for a user to click anywhere beyond the 10th site in a search result*». Disponible en *https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2018/EN/SWD-2018-138-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF* (consultado por útlima vez el 26 de marzo de 2020).

[7] GRIMMELMANN, J. (2007), pág. 31.

[8] Quedando excluida la información de los productos y servicios de todas las empresas salvo la de una, esto es: «*the winner takes it all*». Esta preocupación se refleja en una de las conclusiones del *Workshop on ranking guidelines*, celebrado por la Comisión Europea el 12 de diciembre de 2019: «*All groups agreed on the new challenges arising from voice interfaces and the relationship of ranking parameters with the single result in voice search*». Disponible en *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ranking-transparency-guidelines-framework-eu-regulation-platform-business-relations-explainer* (consultada por última vez el 1 de mayo de 2020). Pero más allá del problema que puede ocasionar esta única opción escuchada, es que el mercado de los altavoces inteligentes está dominado por dos gigantes tecnológicos, por lo que fácilmente pueden abusar de su posición. *Mutatis mutandis,* sirva a este respecto lo que señaló sobre los buscadores PASQUALE, F. (2006), pág. 125: «*[...] the more dominant a search engine is, the more its ranking is treated as (and becomes) a fact about the relevance, quality, and prominence of the ranked*». Se trata de un aspecto muy interesante pero que no se aborda en este trabajo por ceñirse exclusivamente en la obligación de transparencia e información de la página de resultados a tenor del artículo 5 del Reglamento (UE) 2019/1150.

[9] De manera acertada así lo indicó el Abogado General, Sr. POIARES MADURO en sus conclusiones presentadas el 22 de septiembre de 2009 en relación con el asunto C-236/08, *Google France y Google*, (ECLI:EU:C:2009:569) parafrasendo a Mateo 7:7: «el funcionamiento interno de dicha búsqueda es desconocido para el público en general. Sencillamente se asume que si uno pide, se le dará; buscad, y hallaréis».

denan esta información, ya que la fórmula utilizada es uno de los secretos mejor guardados por los gigantes tecnológicos[10]. Por ello, y con razón, la duda reside en los supuestos en los que sin motivo aparente el producto o servicio de un operador económico se ve desplazado en *pro* del de su competidor en el resultado de la búsqueda, pudiendo esta atenuación no solo causar importantes pérdidas económicas a las empresas (visto el poder fáctico que tienen estos instrumentos ya que son uno de los canales más importantes utilizados por los usuarios profesionales, incluidas microempresas y PYMES para llegar a los consumidores finales), sino también perjudicar los intereses de los consumidores por no tener acceso a las opciones existentes en el mercado.

El legislador de la Unión Europea, conocedor del significativo poder de mercado de los motores de buscadores, que pueden menoscabar la lealtad de las relaciones comerciales y con el objetivo de garantizar la transparencia de la economía de las plataformas en línea, de reforzar la confianza de los consumidores y de contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, ha elaborado el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea; un instrumento que se «erige en norma básica en lo que a la lealtad de las prácticas comerciales plataforma-empresa se refiere»[11].

El presente trabajo aborda sucintamente el origen y funcionamiento de los motores de búsqueda en línea (apartado 2), el objetivo y alcance del Reglamento (UE) 2019/1150, el análisis del artículo 5 dedicado a la «clasificación» y a las obligaciones en materia de transparencia impuestas a estos operadores en línea (apartado 3) con el fin de determinar si las empresas tecnológicas cumplirán las medidas en materia de transparencia impuestas en el Reglamento o si por el contrario son unas medidas de escasa eficacia al llegar a ser fácilmente eludibles por los gigantes tecnológicos.

II. BUSCADORES, ASISTENTES DIGITALES Y ALTAVOCES INTELIGENTES

1. Origen y funcionamiento de los motores de búsqueda en línea

Los primeros buscadores aparecieron en la década de los noventa con la comercialización de internet y su llegada a la mayoría de los hogares europeos. Los portales de internet AltaVista y Terra (que incluían un cajetín para la búsqueda de información) fueron los favoritos de los españoles en aquella época, seguidos de Lycos, Yahoo! o Google[12]. Estos dos últimos unidos a Bing y Baidu son los instrumentos de búsqueda actualmente más utilizados[13]; si bien el que mayor cota de popularidad ha logrado en estas dos décadas es el de la compañía

[10] De hecho, el algoritmo utilizado para resumir y organizar la información almacenada y posteriormente mostrarla de forma ordenada es uno de los elementos que diferencian a unos buscadores de los otros. *Vid*. Grimmelmann, J. (2007), pág. 10.

[11] Porxas, N., y Sanz, C. (2019), pág. 16. Igualmente, *vid*. Jiménez Horwitz, M. (2020), pág. 2.

[12] Gasser, U. (2006), págs. 203-208.

[13] La cuota de mercado global de los buscadores en enero de 2020, según Statista: «*Bing representaba el 5,53 por ciento del mercado de búsqueda global, mientras que el líder del mercado Google tenía una cuota de mercado del 87,35 por 100. La cuota de mercado del motor de búsqueda chino Baidu fue del 0,7 por 100*». Disponible en *https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/* (consultado por última vez el 28 de marzo de 2020).

Google[14], principalmente por ser el primero en configurar una interfaz sencilla para localizar la información. Pero también por innovar en las opciones de búsqueda alternativa (por imágenes, videos, noticias, vuelos o *shopping*[15]), por ofrecer servicios complementarios[16] y por perfeccionar continuamente sus algoritmos —para proporcionar la información más ajustada al perfil del usuario—[17].

En relación con los altavoces inteligentes y asistentes virtuales, se crean en esta década[18]. Amazon y Google lanzaron sus altavoces en el año 2014 y 2016 respectivamente, mientras que en el año 2011 la compañía Apple introdujo el primer asistente digital (Siri) como una característica del *smartphone* (iPhone 4S). Posteriormente vinieron los asistentes virtuales de las compañías competidoras como Cortana (Microsoft), Alexa (Amazon) o Assistant (Google) —utilizando todos ellos un procesamiento de lenguaje natural para interactuar con el usuario del dispositivo basado en inteligencia artificial—. A partir de este momento comienza la carrera por liderar el mercado de las búsquedas por voz, que, tras un lento despegue, se estima que el 50 por 100 de las búsquedas totales realizadas este año por los usuarios en internet se harán por voz[19].

Como ha quedado apuntado, independientemente de la forma (escrita o por voz) en que se realice la consulta, el público general desconoce cómo el motor de búsqueda en línea realiza la función y el parámetro que utiliza para jerarquizar el resultado ofrecido. En efecto, los motores de búsqueda en línea son unas herramientas idóneas para localizar información en la red cuando el usuario desconoce el lugar en el que se encuentra[20]. En este sentido, considerando la masificación de datos existentes en la red[21], estos instrumentos de búsqueda en línea facilitan[22] verdaderamente la localización de la información al mos-

[14] Pero más allá de su popularidad, por todos es conocido que se ve implicado continuamente en multitud de litigios por infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, privacidad (protección de datos) o de las normas de defensa de la competencia.

[15] Sobre este producto, la Comisión Europea ha impuesto una multa a Google de 2,42 mil millones de euros por infringir la legislación *antitrust* de la UE, esto es: «por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas», *vid*. el comunicado de prensa de 27 de junio de 2017 disponible en *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784* y el historial completo en la página de la página de la Comisión Europea: *https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740* y consultadas por última vez el 9 de marzo de 2020).

[16] En torno al buscador se crean otros servicios gratuitos, como Gmail, Google Maps, Android, Chrome, o almacenamiento de datos, espacios para escribir en blogs, vídeos que fidelizan al usuario, además de recoger información del usuario que permite al buscador mejorar la predicción de los gustos del usuario y ofrecer resultados de búsqueda personalizados.

[17] Estos motivos, entre otros, han conseguido que millones de usuarios lo elijan primera opción en la búsqueda de información en internet. *Vid*., *supra*, n. pág. 13.

[18] Similar al nacimiento de internet (que data de los años sesenta con ARPANET, pero es la comercialización en los años noventa del siglo pasado la que realmente hace llegar internet a los hogares, a las empresas y a la Administración), con los altavoces inteligentes y los asistentes digitales sucede algo parecido pues «... son el resultado de una larga trayectoria que se remonta a los pioneros trabajos de Engelbart sobre computadoras que aumentan la inteligencia humana (1963, pág. 1), de Marvin Minsky y Seymour Papert sobre redes neuronales (1969) y a la posterior reconsideración que supuso las investigaciones de Card, Moran y Newel (1983) sobre interacción humano y máquina y que convergen con las actuales técnicas de aprendizaje automático (machine learning) aplicados al procesamiento del lenguaje natural». *Vid*. Vacas Aguilar, F. (2019), pág. 304.

[19] *Vid*. el enlace *https://www.elpublicista.es/tendencias-marketing-comunicacion-2020/mitad-busquedas-2020-seran-voz* (consultado por última vez el 3 de marzo de 2020).

[20] Sobre la definición, características, funcionamiento y tipología de los motores de búsqueda, *vid*. Castelló Pastor, J. J. (2016), págs. 47-64.

[21] A fecha de 30 de marzo de 2020, Internet contiene al menos 6.23 billones de páginas (según la página *www.worldwidewebsize.com* consultada por última vez el 30 de marzo de 2020).

[22] Conforme señala el abogado General Sr. N. Jääskinen en las conclusiones presentadas el 25 de junio de 2013, *Google Spain, S. L., Google Inc*. vs. *Agencia Española de Protección de Datos*, C-131/12

trar los mejores resultados relacionados con la palabra o frase clave tecleada (o por voz) por el usuario que delimita el objeto de la búsqueda. Lo cierto, sin embargo, es que para mostrar un resultado óptimo —en ocasiones con millones de páginas al instante—, los motores de búsqueda en línea rastrean permanentemente toda la red[23], recopilan e indexan el contenido en su base de datos para proporcionar el contenido más relevante y útil a la consulta del usuario[24]. Con todo, la indiscutible efectividad en el resultado de la búsqueda se logra a través de los algoritmos[25] (basados en algunos casos en la inteligencia artificial)[26], que interpretan y califican estos contenidos web con base en múltiples[27] factores de posicionamiento para ofrecer el resultado más adecuado.

2. Clasificación de los resultados: orgánicos (o naturales) y de pago

Sentado lo anterior, los resultados ofrecidos en la búsqueda pueden ser de dos tipos: resultados orgánicos o naturales y resultados de pago[28]. En los primeros, la información mostrada aparece como consecuencia de los algoritmos y se presume que es aleatoria (porque los motores de búsqueda en línea desconocen el motivo por el que se solicita esta información; aunque en puridad no es así porque las *cookies* informan continuamente de las páginas visitadas por el usuario durante su navegación y sirven de base para dirigir el contenido que más se ajuste a estas páginas previamente consultadas)[29]. En los segundos, la información aparece modificada porque la empresa arrienda el servicio del buscador para salir en los primeros puestos de los resultados.

En efecto, los motores de búsqueda en línea son entidades privadas —con manifiestos intereses económicos— que pueden llegar a modificar el orden de la información expuesta en los resultados de la búsqueda en *pro* de las empresas que arriendan sus servicios para anunciarse. En este caso, es decir, cuando la información mostrada en el resultado de la búsqueda

(ECLI:EU:C:2013:424): «ya que sin ellos hallar información relevante sería demasiado complicado y difícil y produciría resultados limitados» (apartado 45).

[23] Elkin-Koren, N. (2001), pág. 187.

[24] Con el consiguiente problema añadido que puede suponer el hecho de guardar una copia en su base de datos de este contenido si está protegido por ejemplo por algún derecho (*v. gr.* autor, marcario, entre otros). Sobre este aspecto, *vid*. Castelló Pastor, J. J. (2016), págs. 57-75.

[25] Por ejemplo, PageRank fue el primer algoritmo utilizado por el motor de búsqueda de Google para ayudar a determinar la importancia o la relevancia de una página, cuya fórmula fue patentada. Brin, S., y Page, L. (documento en línea).

[26] Como es el caso del algoritmo RankBrain (de Google).

[27] Halavais, A. (2018), pág. 131, señala que son más de doscientos factores. Por otro lado, Google no determina este número si bien incide que «estos algoritmos analizan cientos de factores diferentes, como la fecha de publicación del contenido, el número de veces que aparece tu término de búsqueda y la calidad de la experiencia de usuario en la página. Además, buscamos sitios web que hayan sido útiles en consultas similares para evaluar su fiabilidad y credibilidad; es decir, si en un sitio web destacado sobre un tema concreto existen enlaces a una página web, seguramente su información sea de calidad». *Vid*. el apartado «Cómo funcionan los algoritmos de búsqueda» de Google (disponible en *https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/* y visitada por última vez el 9 de marzo de 2020).

[28] PPC («*Pay Per Click*») o también conocidos como enlaces patrocinados. Por ejemplo, el buscador Google utiliza el sistema *AdWords* o Microsoft *Ad Center*. En todo caso, sobre estos resultados, *vid*. Manne, G. A., y Wright, J. (2012), págs. 15-238; Goldman, E. (2011), págs. 96-107; Taylor, G. (2013), págs. 445-467.

[29] En efecto, como indica Google: «datos como tu ubicación, tu historial de búsqueda y la configuración de tus búsquedas nos ayudan a mostrarte los resultados más útiles y relevantes en un momento concreto» (disponible en *https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/* y consultada por última vez el 9 de marzo de 2020). En este mismo sentido apunta Suárez Sánchez-Ocaña, A. (2012), pág. 253, que «los buscadores nos siguen y almacenan enormes cantidades de información sobre nosotros».

sea consecuencia del pago del anunciante, debe advertirse expresamente al usuario[30] porque, de lo contrario, puede perjudicar los intereses de los que participan en el mercado.

A los efectos apuntados, y sirva como ejemplo, el buscador de Google ha pasado de enmarcar los resultados patrocinados en color sepia o de mostrarlos en el lado superior derecho de la página a utilizar actualmente la palabra «anuncio» en letra pequeña, hasta el punto de que es difícil distinguir la información «de pago» de la información «natural u orgánica»; y más complejo resulta todavía diferenciar esta información cuando el resultado es ofrecido por voz (porque nada se dice al respecto). Indudablemente este hecho puede perjudicar, por un lado, al usuario final en caso de que opte por acceder a la información (de pago) creyendo que se trata del resultado natural que más se ajusta a su petición —por lo que podríamos situarnos en la esfera de la inducción al error del consumidor por parte del buscador en pro de estos productos o servicios—[31]. Y por otro lado, en lo que aquí nos interesa, al resto de usuarios profesionales porque pueden ver reducidas las posibilidades de acceso a su información —al no competir en paridad de condiciones—.

A mi modo de ver, pese a lo indicado, los resultados naturales u orgánicos son los más cuestionados desde el punto de vista del orden en el que debe aparecer la información en el resultado de la búsqueda, en la medida en que los algoritmos del motor de búsqueda en línea son los que interpretan y califican el contenido web con base en cientos de factores de posicionamiento. Se trata de parámetros que, como se ha precisado, pueden variar con suma facilidad (más todavía si se utiliza la inteligencia artificial), por lo que también variará el orden de la información ofrecida en las páginas de resultados.

Así, la espinosa cuestión que puede plantearse en este punto viene por el eventual derecho que pudiera tener el usuario profesional de una página web (en la que se ofrece sus bienes o servicios) en que aparezca su información en el resultado de cualquier instrumento de búsqueda; y de ser así, en qué posición.

---

[30] En pro de este entorno competitivo, justo y transparente, una de las medidas en materia de transparencia es que debe indicarse esta información, a tenor del artículo 5.3 del Reglamento (UE) 2019/1150.

[31] Paralelamente al Reglamento 2019/1150, no debe dejarse pasar por alto la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, *OJ* L 328, 18 de diciembre de 2019, págs. 7-28 (disponible en *http://data.europa.eu/eli/dir/2019/2161/oj*). Cabe destacar el considerando 20, el artículo 3 sobre las modificaciones de la Directiva 2005/29/CE, especialmente: «4 bis. Cuando se ofrezca a los consumidores la posibilidad de buscar productos ofrecidos por distintos comerciantes o consumidores sobre la base de una consulta en forma de palabra clave, expresión u otro tipo de dato introducido, independientemente de dónde se realicen las transacciones en último término, se considerará esencial facilitar, en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten los resultados de la búsqueda, información general relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de los productos presentados al consumidor como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros. El presente apartado no se aplicará a proveedores de motores de búsqueda en línea, tal como se definen en el artículo 2, punto 6, del Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo»; y, por último, en materia de sanciones: «11 bis) Facilitar resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los productos obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsquedas».

3. Conflicto de Derechos en el orden del resultado orgánico (o natural) de la búsqueda: un complicado equilibrio

Las arañas (*crawlers* o *spiderbots*) son unos programas informáticos de los motores de búsqueda que rastrean continuamente la red, recopilan e indexan el contenido de las páginas webs —en función del *sitemap* empleado por el programador o el administrador de la página web, siempre que así lo permita— [32] para ofrecerlo en el listado del resultado de la búsqueda que se ajuste más a la petición del usuario[33]. De lo contrario, esta información no se mostrará[34]. En mi opinión, el programador permitirá la recopilación de esta información por el propio beneficio —a coste cero— que puede obtener el titular de la página web, a saber: mayor impacto directo en el tráfico de la web (o dicho de otro modo, un mayor número de visitas y con ello un mejor posicionamiento en la red). En caso contrario, puede producirse una disminución del tráfico de la página web con el consecuente perjuicio indirecto: un decaimiento del posicionamiento natural de la página web en el resto de los buscadores —en la medida en que estos instrumentos rastrean el comportamiento de los consumidores como un factor a tener en cuenta en el posicionamiento final de la clasificación del resultado—.

Si de lo anterior se desprende que cuanto mejor sea el posicionamiento en el listado de resultado, mayor número de potenciales visitas puede recibir el contenido; y cuantos más usuarios visiten la página web, mejor posicionamiento puede eventualmente obtenerse en el listado. La cuestión fundamental no viene tanto en determinar si el usuario profesional posee el derecho (llamémosle «objetivo, natural o intrínseco») a estar en el resultado orgánico del buscador, que, a mi juicio, se tiene en tanto se cumplan las condiciones impuestas por los instrumentos de búsqueda, sino de aparecer en los primeros puestos de la clasificación del resultado —y para incrementar el posicionamiento de su contenido es necesario que el profesional conozca en la medida de lo posible el mecanismo de secuenciación del algoritmo del motor de búsqueda en línea—.

Con todo, vaya por delante, difícilmente puede argüirse un determinado posicionamiento en la clasificación del resultado ofrecido tras la consulta por la propia subjetividad que esta consideración representa.

Sobre este determinado aspecto no se han pronunciado los tribunales españoles hasta la fecha. En cambio, la jurisprudencia estadounidense sí lo ha hecho en más de una ocasión estableciendo, en términos generales, que la clasificación de la información mostrada en el resultado de la búsqueda es una forma de ex-

---

[32] Esto es, el programador puede facilitar a los instrumentos de búsqueda indizar esta información o inhabilitar el rastreo mediante el archivo «*robots.txt*» para que no se muestre su información en el resultado. Sobre este particular aspecto, *vid*. Castelló Pastor, J. J. (2016), págs. 52-57.

[33] Para una mayor información, *vid*. «Cómo funciona la Búsqueda de Google», GOOGLE (disponible en *https://www.google.com/search/howsearchworks/* y consultada por última vez el 4 de marzo de 2020).

[34] Mas allá de la Decisión del programador de la página web, téngase en cuenta que la información indizada por el buscador puede quedar excluida finalmente del resultado de la búsqueda, bien en cumplimiento de una solicitud de notificación y retirada del contenido, bien por el contenido notoriamente ilícito (por ejemplo, pornografía infantil), *vid*. Castelló Pastor, J. J. (2016), págs. 383-400. Por otro lado, ningún buscador tradicional incorpora en su base de datos todas las páginas en la red; ya que, por ejemplo, en la «red profunda» (o «*deep blue*») puede encontrarse el contenido disponible que no está indexado por los buscadores tradicionales. Goldman, E. (2005), pág. 533.

presión (es decir, los resultados de búsqueda son «opiniones») amparada por la Primera Enmienda[35].

El primer asunto relacionado con la jerarquía de la página de resultados es el que enfrentó a *Search King* vs. *Google* en el año 2003. El origen del litigio vino por la atenuación de la página web de la actora de los primeros puestos de la clasificación del resultado causándole significativos perjuicios económicos. Search King, una empresa especializada en la optimización de búsqueda (es decir, los usuarios profesionales contrataban sus servicios para elevar su información en los primeros puestos del ranquin), argumentó que se había relegado a sus clientes intencionada y dolosamente a puestos inferiores —incluso hasta hacerles desaparecer en la clasificación del resultado de la búsqueda— cuando Google conoció su actividad —o mejor dicho, que se beneficiaba de su sistema de búsqueda—. Por su parte, el buscador se opuso argumentando que la jerarquía ofrecida en los resultados eran opiniones subjetivas protegidas por la Primera Enmienda. En esta línea, el tribunal señaló que no había relación contractual ni comercial entre las partes, por lo que el buscador no tenía la obligación de jerarquizar ninguna página web. Y concluyó que los resultados de búsqueda eran «opiniones constitucionalmente protegidas»[36] y que no existía, en modo alguno, responsabilidad extracontractual por dejar de aparecer en los primeros puestos de los resultados de la búsqueda —máxime cuando la demandante había arriesgado a construir su modelo de negocio que dependía en gran medida de un factor sobre el que carecía de control alguno—[37].

En similares términos se pronunció el tribunal en el asunto *Kinderstart* vs. *Google*[38]. En esta ocasión, la actora contrató el servicio de los enlaces patrocinados Adsense para que su información apareciera en los primeros puestos de los resultados de las búsquedas. Tras dejar de pagar el servicio, la información bajó considerablemente en el ranquin causándole unas pérdidas del 80 por 100 de los ingresos mensuales[39]. Con base en ello, la actora argumentó que los perjuicios económicos vinieron por la manipulación del algoritmo (*i. e.* el buscador fomentaba la censura, lo que comportaba la vulneración de la libertad de expresión de la mercantil Kinderstart), y le acusó de violar las normas de defensa de la competencia (al participar en una conducta predatoria y anticompetitiva dirigida a obrar el objetivo de controlar los precios y/o la destrucción de la competencia). Sin embargo, ni los hechos ni los efectos anticompetitivos quedaron demostrados, por lo que la demanda fue desestimada[40]. En los asuntos *Zhang* vs.

[35] Entre otros, *Search King Inc*. vs. *Google Technology, Inc*., No. CIV-02-1457-M, 2003 WL 21464568, (W. D. Okla. May 27, 2003); *Kinderstart.com, LLC v. Google, Inc*., (N.D. Ca., Mar. 16, 2007), *Langdon* vs. *Google, Inc*., 474 F.Suppág.2d 622 (DC, D. Del. 2007); *Zhang* vs. *Baidu.com Inc*., 10 F. Suppág. 3d 433, 437-439 (S.D.N.Y. 2014); *E-ventures Worldwide, LLC* vs. *Google, Inc*., 188 F. Suppág. 3d 1265, 1273-1275 (M. D. Fla. 2016). Para un análisis más amplio de estos supuestos *vid*. Castelló Pastor, J. J. (2016), págs. 57-65. Asimismo, *vid*. Volokh, E., y Falk, D. (2012), págs. 883-899; Benjamin, S. (2013), págs. 1445-1493; Wu, T. (2013), págs. 1495-1533; Ballanco, M. J. (2013), págs. 89-111; Bracha, O., y Pasquale, F. (2008), págs. 1149-1209; Blackman, J. (2014), págs. 25-36; Goldman, E. (2006), pág. 189; Grafanaki, S. (2018), págs. 111-162.

[36] Literalmente señaló que «*[…] PageRanks are opinions - opinions of the significance of particular web sites as they correspond to a search query […]. Accordingly, the Court concludes that Google's PageRanks are entitled to 'full constitutional protection*». *Search King Inc*. vs. *Google Technology, Inc*., No. CIV-02-1457-M, 2003 WL 21464568, (W. D. Okla. May 27, 2003).

[37] *Ibid*.

[38] *Kinderstart.com, LLC* vs. *Google, Inc*. (N.D. Ca., Mar. 16, 2007).

[39] *Ibid*. Incluso el Pagerank bajo a cero su calificación, la más baja que puede recibir una página.

[40] El tribunal señaló que «*KinderStart has failed to allege that the Search Market is a "grouping of sales". It does not claim that Google sells its search services, or that any other search provider does so. […] Kinder-*

Baidu.com, Inc.[41] y *E-ventures Worldwide, LLC* vs. *Google, Inc*.[42] se concluyó en esta misma línea; que la clasificación de los resultados efectuada por los algoritmos (en esta ocasión analizándola desde la perspectiva del «discurso de la máquina» o «*machine speech*») estaba protegida por la libertad de expresión.

Pese a esta profusa jurisprudencia, recientemente se ha desestimado el argumento de la libertad de expresión en el asunto *Dreamstime.com, LLC* vs. *Google, LLC*[43]. En este sentido, el juez sostuvo que la Primera Enmienda protege por lo general a los buscadores, pero que no se trataba de un privilegio especial. De modo que, acreditada[44] la manipulación del ranquin de los resultados orgánicos[45], desestimó el argumento del gigante tecnológico.

Toda esta jurisprudencia permite evidenciar la escasa probabilidad de que pueda responsabilizarse al motor de búsqueda en línea una conducta contraria a Derecho porque la información de un usuario profesional no aparezca en el orden esperado en los resultados naturales u orgánicos de la búsqueda[46], dada la propia subjetividad que esta consideración representa; pero a mi juicio existe todavía una menor probabilidad de que el buscador desvele cómo clasifica la información mostrada en los resultados o los parámetros esenciales utilizados para jerarquizarla, tal y como se argumenta en el siguiente epígrafe.

III. LA CLASIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA PÁGINA DE RESULTADOS Y LA OBLIGACIÓN DEL REGLAMENTO (UE) 2019/1150

1. Apunte sobre el Reglamento (UE) 2019/1150

El pasado 11 de julio de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, aplicable a partir de 12 de julio de 2020[47]. Se trata de una norma de reducida extensión[48]

Start cites no authority indicating that antitrust law concerns itself with competition in the provision of free services [...] Thus, the Search Market is not a "market" for purposes of antitrust law», *KinderStart.com LLC* vs. *Google, Inc*, No C 06-3057 JF (RS) WL 831806 (ND Cal 2007).

[41] *Zhang* vs. *Baidu.com, Inc*.10 F. Suppág. 3d 433, 435 (S.D.N.Y. 2014) señaló que «*[...] The First Amendment protects as speech the results produced by an Internet search engine*».

[42] *E-ventures Worldwide, LLC* vs. *Google, Inc*. 188 F. Suppág. 3d 1265 (M.D. Fla. 2016).

[43] *Dreamstime.com, Inc*. vs. *Google LLC*, 2019 WL 2372280 (N.D. Cal. June 5, 2019). En este asunto, la actora demandó a Google por el perjuicio económico causado por la reducción de la visibilidad de la página web en los resultados orgánicos y por la eliminación de la appág. de Google Play; con base en la infracción de las normas contractuales (contrato AdWords y Google Play) y de competencia.

[44] Si bien es cierto que se trata de un tema de prueba ciertamente complicado, salvo que la atenuación sea notoria, como sucedió en este asunto que las fotografías e información de la actora bajó a la posición 91 en el resultado de Google cuando en el resto de buscadores aparecía en la tercera o quinta posición («[...] *recent search demonstrated Dreamstime's search ranking for "stock images" was fifth on Bing's search engine, fourth on Yahoo!'s search engine, and third on Baidu's search engine. On Google's search engine, by contrast, Dreamstime found itself ninety-first* [...]»). *Ibid*.

[45] La manipulación tenia el objetivo de que la actora siguiera pagando importantes sumas de dinero en campañas adicionales de AdWords, innecesarias, a la sazón, si su posicionamiento natural u orgánico hubiera sido similar al de los otros conocidos buscadores. *Ibid*.

[46] Salvo que sea tan evidente el posicionamiento en el ranquin, en comparación con otros buscadores, que carezca objetivamente de justificación tal y como sucedió en *Dreamstime.com* anteriormente analizado.

[47] Artículo 19 del Reglamento (UE) 2019/1150.

[48] El Reglamento consta de 19 artículos y un elevado número de considerandos, hasta un total de 52.

con el objetivo de mitigar las posibles fricciones en la economía de plataformas en línea; y para ello establece, en lo que aquí nos interesa, un conjunto de medidas[49] de obligado cumplimiento para los proveedores de motores de búsqueda en línea[50]. En este sentido, el Reglamento (UE) 2019/1150 se aplica a los motores de búsqueda en línea «que se faciliten o cuyo uso se proponga a los usuarios profesionales y los usuarios de sitios web corporativos» siempre que concurran cumulativamente dos circunstancias, a saber: que los usuarios profesionales[51] y los usuarios de sitios web corporativos tengan el lugar de establecimiento o domicilio en la Unión Europea y que, por medio del servicio de motor de búsqueda en línea, ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión Europea[52]. Carece de relevancia, a este respecto, el lugar de establecimiento o residencia del proveedor del servicio, así como cualquiera que fuera la ley aplicable[53], pues lo determinante es que la actividad «afecte al mercado en el territorio de la Unión»[54].

Por su parte, conviene tener presente que el Reglamento (UE) 2019/1150 —conforme indica su título— no intenta proteger a los consumidores[55] (aunque de modo indirecto este colectivo se ve favorecido por las normas de transparencia impuestas a los prestadores del servicio), sino a los comerciantes o usuarios profesionales[56]. De hecho, las medidas establecidas en la norma van encaminadas exclusivamente a los titulares de un determinado servicio[57] para que faciliten cierta información a los usuarios profesionales, y garantizar una posición de igualdad entre todos ellos[58] —evitando de esta suerte el riesgo de auto-discriminación en la clasificación del resultado de la búsqueda—. Por ello mismo, dada la importancia que tienen los instrumentos de búsqueda en la economía digital —pues son utilizados por los usuarios profesionales como escaparates en los que mostrar sus bienes o servicios al público en general— y que el posiciona-

[49] En concreto, como indica el artículo 1.1 del Reglamento (UE) 2019/1150, estas medidas tienen por objeto «contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas para asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea».

[50] El presente trabajo exclusivamente se ocupa de los motores de búsqueda en línea; aunque el Reglamento (UE) 2019/1150 se dirige también a todos aquellos operadores en línea que incluyen mercados electrónicos (como *eBay, Amazón o Airbnb* por citar algunos conocidos ejemplos) que ordenan la información que más se ajuste a la petición del usuario.

[51] Que, según la definición dada en el artículo 2.1 Reglamento (UE) 2019/1150 es «todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión».

[52] Para delimitar claramente este alcance material y territorial de la norma es necesaria la lectura conjunta de las definiciones incorporadas en el artículo 2 del Reglamento (UE) 2019/1150.

[53] Según el artículo 1.2 del Reglamento (UE) 2019/1150.

[54] De Miguel Asensio (2019) (versión en línea). En este mismo sentido, Porxas, N., y Sanz, C. (2019), pág. 17 señalan que el Reglamento se aplica «en la medida en que estos ofrezcan bienes y servicios a los consumidores de la Unión (criterio de las actividades dirigidas)».

[55] A modo de ejemplo está la ya mencionada Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre, cuyas disposiciones se aplicarán a partir del 28 de mayo de 2022, que modifica cuatro Directivas (la Directiva 1993/13 sobre las cláusulas abusivas; la Directivas 1998/6 sobre indicación de los precios; la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de consumidores. *Vid*. la nota 31 de este trabajo.

[56] Winner, M. (2020), documento en línea; Jiménez Horwitz, M. (2020), pág. 9.

[57] *Vid*. arts. 1.2 y 1.3 Reglamento (UE) 2019/1150.

[58] Señalan Porxas, N., y Sanz, C. (2019), pág. 25 que «su objetivo es, por tanto, garantizar también en esta nueva economía que todos los agentes del mercado puedan competir, de entrada, en igualdad de condiciones (*par condition concurrentium*)».

miento superior o inferior de la información del comerciante en el resultado de la búsqueda puede ejercer un impacto en el número de visitas y en sus ingresos económicos[59], resulta necesario para competir en paridad de condiciones que los profesionales puedan conocer en lo posible el mecanismo de secuenciación del algoritmo del motor de búsqueda en línea con el objeto de que incrementar el posicionamiento de su contenido en el resultado de la búsqueda[60]. De ello se ocupa el artículo 5 Reglamento (UE) 2019/1150 analizado a continuación.

2. El artículo 5 del Reglamento (UE) 2019/1150

El artículo 5.2 del Reglamento (UE) 2019/1150 obliga a los proveedores de motores de búsqueda en línea a publicar los principales parámetros utilizados en la clasificación[61] del resultado de búsqueda con miras a que los usuarios profesionales compitan en paridad de condiciones en relación con el posicionamiento de su información —y garantizando, al máximo, que no se efectúe de forma arbitraria el resultado—.

En este sentido, el tenor literal del apartado segundo señala que «expondrán los parámetros principales que, de forma individual o colectiva, sean más significativos a la hora de determinar la clasificación y la importancia relativa de esos parámetros principales, presentando una descripción de acceso fácil y público, redactada de manera sencilla y comprensible, en los motores de búsqueda en línea que ofrecen. La descripción debe mantenerse actualizada»[62]. Adicionalmente, en caso de que reciban (directa o indirectamente) una retribución por parte de los usuarios profesionales (o los usuarios de sitios web corporativos) que pueda influir en el orden de la clasificación mostrada en los resultados de búsqueda, el legislador de la Unión Europea compele a los buscadores a exponer «una descripción de dicha posibilidad y de los efectos que surta la remuneración en la clasificación»[63]. En otras palabras, aquellos bienes o servicios mostrados en los resultados que sean fruto del patrocinio (resultados de pago o PPC) deberán indicarse para que el usuario final tenga constancia y conozca de antemano que el orden mostrado es modificado siguiendo este interés económico —del anunciante/usuario profesional—.

Se trata de medidas que indudablemente generan confianza y transparencia en las relaciones de los operadores económicos en la economía digital, y de forma indirecta permiten un entorno de confianza favorable al consumidor europeo. Por ello, debe valorarse de forma positiva el esfuerzo del legislador

---

[59] Considerando 4 del Reglamento (UE) 2019/1150.

[60] Considerando 24 del Reglamento (UE) 2019/1150.

[61] Definido el término «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» (art. 2.8 del Reglamento (UE) 2019/1150).

[62] Artículo 5.2 del Reglamento (UE) 2019/1150. Algún autor se muestra contrario porque esta información podría ser utilizada por los usuarios profesionales para manipular el sistema del resultado, perjudicando también los consumidores. Holt, D., y Hammeke, F. (2019), documento en línea. Disponible en *https://globalcompetitionreview.com/insight/e-commerce-competition-enforcement-guide-second-edition/1209648/european-union-–-two-sided-markets-platforms-and-network-effects#footnote-010* (consultado por última vez el 1 de mayo de 2020).

[63] Artículo 5.3 del Reglamento (UE) 2019/1150.

de la Unión por erradicar estas conductas —o posibles prácticas desleales—, habida cuenta de que la diferencia entre los resultados de pago y los resultados naturales (u orgánicos) en la página de resultados es casi imperceptible en la actualidad a no ser que el prestador del servicio lo indique.

Hecha esta valoración, sin embargo, el desmedido interés del legislador de la Unión por las medidas de transparencia en la ordenación de los resultados de búsqueda colisiona con la falta de determinación del contenido de la obligación[64]; si se tiene en cuenta, además, que los gigantes tecnológicos no están obligados a revelar sus algoritmos[65]. En efecto, el Reglamento ni define la expresión «parámetros principales» ni señala, a modo de ejemplo, cuáles pudieran ser los más importantes —aunque la Comisión tiene intención de publicar unas orientaciones o directrices para facilitar el cumplimiento de las indicadas obligaciones de transparencia—[66]. De modo que se traslada al operador tecnológico la decisión de revelar el funcionamiento detallado de su mecanismo (*rectius*: «la descripción de los parámetros principales») de clasificación, por lo que, desde mi punto de vista, no resulta aventurado apuntar la escasa probabilidad de que muestren esta información[67] o, en caso de hacerlo, sea de carácter tan genérica que, por sí misma, carezca de relevancia.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN

El Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, debe ser bien recibido. El legislador realiza un meritorio esfuerzo para establecer un entorno comercial más equitativo en el mercado en línea de la Unión Europea, por lo que respecta a este trabajo, estableciendo obligaciones en materia de clasificación a los proveedores de motores de búsqueda en línea, dada la posición —incluso de superioridad— que ostentan en la economía digital como canales de información utilizados por las empresas para llegar a los consumidores finales. En síntesis, se trata de que los usuarios profesionales puedan competir en igualdad de condiciones en la información que se muestre en la página de resultados.

Ahora bien, a mi modo de ver, el legislador de la Unión Europea está siendo un tanto utópico al aspirar que los gigantes tecnológicos desvelen los principales parámetros del mecanismo de secuenciación que permiten ordenar la información mostrada en la página de resultados de forma intuitiva o lo más aproximada al gusto del usuario final. Nada más lejos de la realidad, la obli-

[64] Y «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», *vid*. Porxas, N., y Sanz, C. (2019), pág. 21.

[65] Artículo 5.6 del Reglamento (UE) 2019/1150.

[66] Así lo indica el artículo 5.7 del Reglamento (UE) 2019/1150. Si bien Winner es crítico porque: «la experiencia con las directrices en otras materias de derecho, especialmente en el Derecho del mercado de capitales, no son prometedoras, ya que tienen tendencia a aumentar, en vez de reducir, la complejidad de las materias objeto de ellas». Winner, M. (2020), documento en línea.

[67] Las empresas tecnológicas, que invierten importantes sumas de dinero en los algoritmos para perfeccionar (o afinar) los mejores resultados orgánicos que se ajusten con la palabra clave insertada (o pregunta realizada) por el usuario y que de ello depende fundamentalmente el éxito del buscador, no creo que estén por la labor de mostrar al público general esta fórmula matemática (que está exenta por el Reglamento, recuérdese) o «la descripción de los parámetros principales que rigen la clasificación» para que potenciales competidores puedan beneficiarse y ofrecer similares o incluso mejores resultados.

gación en materia de transparencia del artículo 5.2 del antedicho Reglamento es eludible con suma facilidad, en la medida en que las empresas tecnológicas se ampararán en que el método utilizado para ordenar la clasificación es una información constitutiva de un secreto empresarial (para no desvelar el funcionamiento del algoritmo[68] o los datos o parámetros utilizados para ordenar el resultado). Con todo, el proveedor del motor de búsqueda en línea puede dar cumplimento a dicha obligación en materia de clasificación revelando información (*i.e.* los «parámetros principales») de carácter tan genérica que, por sí misma, carezca de relevancia. En consecuencia y pese a la buena voluntad del legislador de la Unión, la precitada obligación en materia de transparencia resulta, desde mi punto de vista, de escasa eficacia por ser eludible con suma facilidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

BALLANCO, M. J. (2013), «Searching for the First Amendment: An Inquisitive Free Speech Approach to Search Engine Rankings», *Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J.* 24 (1).

BENJAMIN, S. (2013), «Algorithms and Speech», *U. Pa. L. Rev.* 161.

BLACKMAN, J. (2014), «What Happens if Data Is Speech?», *U. Pa. J. Const. L.* 16.

BRACHA, O., y PASQUALE, F. (2008), «Federal Search Commission?, Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search», *Cornell L. Rev.* 93.

BRIN, S., y PAGE, L., «The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine» (disponible en *http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html*).

CASTELLÓ PASTOR, J. J. (2016), *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor.

DE MIGUEL ASENSIO, P. (2019), «Nuevo Reglamento sobre servicios de intermediación en línea», *La Ley Unión Europea* 74.

ELKIN-KOREN, N. (2001), «Let the crawlers crawl: on virtual gatekeepers and the right to exclude indexing», *U. Dayton L. Rev.* 26.

GASSER, U. (2006), «Regulating search engines: taking stock and looking ahead», *Yale J. L. & Tech.* 8.

GOLDMAN, E. (2005), «Deregulating relevancy in Internet trademark law», *Emory Law Journal* 54.

— (2006), «Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism», *Yale J.L. & Tech.* 8.

— (2011), «Revisiting search engines bias», *Wm. Mitchell L. Rev.* 38 (1).

GRAFANAKI, S. (2018), «Platforms, the First Amendment and Online Speech: Regulating the Filters», *Pace Law Review* 39.

GRIMMELMANN, J. (2007), «The structure of search engine Law», *Iowa Law Review* 93.

HALAVAIS, A. (2018), *Search Engine Society*, 2.ª ed., Polity.

HOLT, D., y HAMMEKE, F. (2019), Two-Sided Markets, Platforms and Network Effects, *E-Commerce Competition Enforcement Guide*, 2.ª ed.

JIMÉNEZ HORWITH, M. (2020), «Las responsabilidades de las plataformas en línea en el ámbito del derecho de los contratos: desde la protección de los consumidores hasta la protección de los profesionales y empresarios. Breves reflexiones sobre el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea», *Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo CESCO*.

MANNE G. A., y WRIGHT, J. (2012), «If search neutrality is the answer, what's the question?», *Colum. Bus. L. Rev.* 151.

[68] Aunque así lo prevé el artículo 5.6 Reglamento (UE) 2019/1150, como no puede ser de otra forma.

PASQUALE, F. (2006), «Rankings, Reductionism, and Responsibility», *Clev. St. L. Rev.* 54.

PORXAS, N., y SANZ, C. (2019), «Leal competencia en la nueva economía de plataformas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 52.

SUÁREZ SÁNCHEZ-OCAÑA, A. (2012), *Desnudando a Google*, Deusto.

TAYLOR, G. (2013), «Search Quality and Revenue Cannibalization by Competing Search Engines», *J. Econ. Manage. Strategy* 22.

VACAS AGUILAR, F. (2019), «¿Internet sin pantallas?: altavoces conectados como dispositivos de acceso», *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación* 6 (12).

VOLOKH, E., y FALK, D. (2012), «Google First Amendment protection for results», *J. L., Econ. & Pol'y* 8.

WINNER, M. (2020), «La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo» (*blog: almacendederecho.org*).

WU, T. (2013), «Machine Speech», *U. Pa. L. Rev.* 161.