



*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*

Vol. 28 (2024), pp. 1-30

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2024.28.10197>

## **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL INTEGRADA EN LOS SERVICIOS BÁSICOS DE PLATAFORMA**

### **LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE INTEGRATED IN CORE PLATFORM SERVICES**

FRANCISCO JAVIER MARTÍN ALÁEZ

*Grupo de Investigación Empresa, Consumo y Derecho*

*Doctorando en Derecho de la Universidade da Coruña*

*Catedrático de Formación y Orientación Laboral*

*Escola de Arte e Superior de Deseño Pablo Picasso A Coruña*

<https://orcid.org/0000-0002-7646-4982>

Recibido: 20/12/2023

Aceptado: 07/06/2024

**Resumen:** Las plataformas en línea han transformado por completo la economía digital. Más allá de su función económica, son también un factor de transformación. En este proceso, el desarrollo de motores de búsqueda y asistentes virtuales con IA, en particular, ha revolucionado el modo en que accedemos al conocimiento y a la información. La mayoría de los ciudadanos de la Unión, consciente o inconscientemente, la utiliza ahora casi a diario y, sin embargo, la ausencia de una regulación adecuada de la IA entraña riesgos que pueden dar lugar a abusos y ser utilizada como vehículo para difundir contenidos ilícitos, vender bienes o servicios ilegales o difundir informaciones falsas. En el presente trabajo propondremos cómo sujetar su empleo a responsabilidad por daños desde la perspectiva de los nuevos reglamentos de la Unión aplicables a los servicios y a los mercados digitales.

**Palabras clave:** Inteligencia Artificial, Plataformas en línea, Motores de Búsqueda, Responsabilidad civil de los intermediarios de Internet, Mercado Único Digital.

**Abstract:** Online platforms have completely changed the digital economy. Beyond their economic function, they are also an element of transformation. In this process, the development of search engines and virtual assistants with AI, specifically, has revolutionized the way people access knowledge and information. In these days, consciously or unconsciously, most EU citizens use AI almost daily, and yet the absence of adequate

regulation involve risks that can lead to abuse and be used as a vehicle to spread illicit content, sell illegal goods or services, or spread false information. In this paper we will try to propose how to subject AI to liability for damages under the perspective of the new EU regulations applicable to Digital Services and Markets.

**Keywords:** AI, Online Platforms, Search Engines, Civil liability of Internet intermediaries, Digital Single Market.

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL. 1. Aproximación al concepto de plataforma. 2. Aproximación al concepto de IA. III. SERVICIOS BÁSICOS DE PLATAFORMA. IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS EN LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA. 1. Presupuestos para la exención de responsabilidad. A. Neutralidad tecnológica. B. Ajenidad con respecto a las partes contratantes. C. Falta de conocimiento de la actividad ilícita o el contenido ilícito: «*Actual knowledge*» y «*Red flag knowledge*» D. Diligencia debida: «*notice & takedown*» y «*notice & stay down*» 2. Los supuestos de exención de responsabilidad civil. A. Consideraciones generales. B. Mera transmisión. C. Memoria caché. D. Alojamiento de datos. 3. Supuestos de responsabilidad de la plataforma. 4. Imputación de responsabilidad a las plataformas por la infracción de derechos, en especial en materia de protección de los consumidores y usuarios y de propiedad intelectual. A. Causas del daño causado por la plataforma. B. El papel activo de la plataforma. a) Alojamiento pasivo. b) Alojamiento activo. V. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS QUE PRESTEN UN SERVICIO BÁSICO DE PLATAFORMA QUE EMPLEE UN SISTEMA DE IA. 1. Responsabilidad derivada del conocimiento o control de la información. A. El incumplimiento de la normativa sobre prácticas desleales y protección de la competencia. B. La contravención de la normativa de consumo. C. La vulneración de derechos fundamentales de los destinatarios del servicio. D. La transgresión de los derechos de propiedad intelectual e industrial. 2. Responsabilidad por contenidos ilícitos. A. La contravención del Derecho de la Unión sobre competencia, protección de los consumidores y seguridad de los productos. B. La vulneración de derechos fundamentales. C. La transgresión de los derechos de propiedad intelectual e industrial. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

\* \* \*

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, los servicios de la sociedad de la información son actores principales de la conversión digital. Especialmente, los servicios intermediarios tienen un papel fundamental para la economía de la Unión. En los últimos años han surgido nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios entre los que se incluyen plataformas de publicidad en línea, mercados en línea, motores de búsqueda, redes sociales y medios de difusión de contenidos creativos, plataformas de intercambio de contenidos, plataformas de viajes y alojamiento en línea, plataformas de distribución de aplicaciones, servicios de comunicación, sistemas de pago y plataformas dedicadas a la economía colaborativa que la

mayoría de los ciudadanos de la Unión utiliza ahora casi a diario [Cdo. (1) DSA<sup>1</sup>]. Con todo, también entrañan riesgos y sin una regulación adecuada podrían dar lugar a abusos y ser utilizados como vehículo para difundir contenidos ilícitos, vender bienes o servicios ilegales o difundir informaciones falsas. Era sentida, por tanto, la necesidad de adoptar un conjunto específico de normas uniformes, eficaces y proporcionadas de obligado cumplimiento en el ámbito de la Unión que evitase la fragmentación del mercado interior y aportase seguridad jurídica [Cdo. (4) DSA]. Los Estados miembros no deberían poder adoptar ni mantener otros requisitos nacionales relativos a los prestadores de servicios intermediarios para no afectar a la aplicación directa y uniforme de las normas aplicables dispuestas por la Unión. La figura de la Directiva se revelaba en este estadio inadecuada para lograrlo y se decidió recurrir al instrumento jurídico del Reglamento. Surge así el Reglamento de Servicios Digitales con el objetivo de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza y prevenir la difusión de contenidos ilícitos en línea y los riesgos para la sociedad que puede generar la difusión de desinformación u otros contenidos [Cdo. (9) DSA], con el convencimiento de que, si se aplicaban requisitos tecnológicamente neutros, se daría el impulso definitivo a la innovación.

Por otro lado, en el Mercado Único Digital estaban actuando determinadas plataformas que se comportaban como auténticos «guardianes de acceso» al mismo. Se trataban (se tratan) de plataforma en línea de gran tamaño que controlaban (controlan) ecosistemas enteros de plataformas, «con un poder de mercado significativo que les permite imponer sus prácticas comerciales a los usuarios, dificultando que otros agentes, en especial las empresas emergentes y las pymes, puedan competir e incluso, en el caso de nuevos negocios, acceder al mercado»<sup>2</sup>. Una vez más, el recurso a la Directiva se consideró manifiestamente insuficiente y se apeló al Reglamento de Mercados Digitales (DMA)<sup>3</sup> como instrumento capaz de garantizar la competencia leal entre las plataformas digitales con independencia de su tamaño, con la finalidad de ampliar la oferta para los consumidores y promover nuevas oportunidades para las pequeñas empresas. De acuerdo con esa norma, la Comisión Europea ha identificado hasta este momento seis guardianes de acceso que habrán de asumir las nuevas obligaciones antes de marzo de 2024: *Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta y Microsoft*.

Pero vayamos paso por paso.

## II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

### 1. Aproximación al concepto de plataforma

<sup>1</sup> REGLAMENTO (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, *relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (Reglamento de Servicios Digitales).

<sup>2</sup> *Vid.* RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 20 DE OCTUBRE DE 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Servicios Digitales: adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea (2020/2019(INL)), § C, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020IP0273> (último acceso el 12/12/2023).

<sup>3</sup> REGLAMENTO (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022, *sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828* (Reglamento de Mercados Digitales).

La DCE<sup>4</sup> no definió los prestadores de servicios de la sociedad de la información, aunque intentó acotar un concepto que los englobara al señalar que, a efectos de la Directiva, se consideraba «prestador de servicios» a cualquier persona física o jurídica que suministrase un servicio de la sociedad de la información [art. 2.b) DCE]; y como «servicio de la sociedad de la información», todos aquellos a los que se refería el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE<sup>5</sup>, modificada por la Directiva 98/48/CE<sup>6</sup> [art. 2.a) DCE]; precisando, además, que el «prestador de servicios establecido» era aquel que ejercía de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado [art. 2.c) DCE]. Aquellas dos Directivas fueron derogadas por la Directiva (UE) 2015/1535<sup>7</sup>, pero el concepto de «servicio de la sociedad de la información» establecido en la Directiva 98/48/CE ya no cambiará, al ser definido en la nueva norma como «*todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios*» [art. 1.b) Directiva 2015/1535; art. 1.2.a) Directiva 98/48]. Aclara la Directiva 2015/1535, como lo hizo la Directiva 98/48, que servicio «a distancia» es el prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; «por vía electrónica», el enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos; y el servicio «a petición individual de un destinatario de servicios», el que se realiza mediante transmisión de datos a petición individual [art. 1.b) Directiva 2015/1535; art. 1.2.a) Directiva 98/48].

En resumen, los servicios de la sociedad de la información pueden cubrir una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea, como la venta de mercancías en línea y, en la medida en que representen una actividad económica, servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos; o también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio. La radiodifusión televisiva y la radiodifusión radiofónica no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual, pero sí lo son los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico [Cdo. (18) DCE]<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> DIRECTIVA 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre el comercio electrónico).

<sup>5</sup> DIRECTIVA 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, *por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas*.

<sup>6</sup> DIRECTIVA 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 *que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas*.

<sup>7</sup> 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*.

<sup>8</sup> *Vid.*, asimismo, GUILLÉN CATALÁN, Raquel, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: Especial referencia a los intermediarios», en *Derecho de Daños*, CLEMENTE MEORO, Mario Enrique (dir.), y COBAS COBIELLA, María Elena (dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 1263-1298, pág. 1267.

Dentro de los prestadores de servicios de la sociedad de la información se incluyen los «prestadores de servicios intermediarios», en particular, los conocidos como de «mera transmisión», de «memoria caché» y de «alojamiento de datos» [arts. 12 a 14 DCE]. También un tipo diferenciado de servicios de la sociedad de la información, los «servicios de intermediación en línea», entendiendo como tales aquellos servicios de la sociedad de la información en el sentido de la Directiva 2015/1535 que i) 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 ii) 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 los consumidores. De acuerdo con ello, se considera «proveedor de servicios de intermediación en línea» a toda persona física o jurídica que ofrece o propone a los usuarios profesionales servicios de intermediación en línea [art. 2. 2) y 3) Reglamento 2019/1150<sup>9</sup>].

Faltaba, sin embargo, una referencia al concepto de las denominadas plataformas en línea hasta que la Comisión, en la orientación previa a las respuestas a la pregunta «¿está usted de acuerdo con la definición de “plataforma online” que se indica a continuación?», efectuada en su «Consulta pública sobre el marco regulador para las plataformas online, computación de datos y en la nube y economía colaborativa»<sup>10</sup>, precisase que la expresión «“plataforma online” hac(ía) referencia a una empresa que opera simultáneamente en mercados dobles (“two-side markets”) o múltiples (“multi-side-markets”) y utiliza internet para posibilitar interacciones entre dos o más grupos de usuarios diferentes, pero interdependientes, con el fin de generar valor para al menos uno de los grupos. Determinadas plataformas también pueden considerarse como prestadores de servicios intermediarios»<sup>11</sup>. Queda, pues, aclarar que estamos ante una tautología legal, pues las expresiones «two-side market» y «multi-side market» hacen ya referencia a una plataforma económica intermediaria que tiene dos grupos (o más) de usuarios distintos que se proporcionan mutuamente beneficios de red<sup>12</sup>. Por lo demás, esa definición difiere de la Propuesta del Parlamento de 20 de octubre de 2020, que introdujo el concepto de «plataforma

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Traducción libre del autor del enunciado de la pregunta: «Do you agree with the definition of “Online Platform” as provided below?»; vid. COMISIÓN EUROPEA, *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, Opening: 24 September 2015 - Closing: 06 January 2016, pág. 5, [https://ec.europa.eu/newsroom/dac/document.cfm?doc\\_id=10932](https://ec.europa.eu/newsroom/dac/document.cfm?doc_id=10932) (último acceso el 12/12/2023).

<sup>11</sup> Traducción libre del autor de la definición de plataforma «online» previa a las respuestas «“Online platform” refers to an 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. Certain platforms also qualify as Intermediary service providers», vid. COMISIÓN EUROPEA, *Public consultation...*, op. cit., pág. 5. Los paréntesis son míos.

<sup>12</sup> Vid. HAGIU, Andrei & WRIGHT, Julian, *Multi-Sided Platforms*, en «International Journal of Industrial Organization», Vol. 43, 2015, DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2794582>, <https://ssrn.com/abstract=2794582> (último acceso el 12/12/2023), pág. 6; HAGIU, Andrei & WRIGHT, Julian, «Multi-Sided Platforms (preliminary version, Working Paper 12-024)», en *Harvard Business School*, 2011, <https://web.archive.org/web/20111112093216/http://www.hbs.edu/research/pdf/12-024.pdf> (último acceso el 12/12/2023), págs. 2 y 3.

de alojamiento de contenidos» como un servicio de la sociedad de la información en el sentido de la Directiva 2015/1535, «cuyo propósito principal o uno de cuyos propósitos principales (sea) permitir que los usuarios registrados o no registrados suban contenidos para su presentación en un sitio web o una aplicación públicamente accesible»<sup>13</sup>, con lo que quedó pendiente el problema de su indefinición.

Las nuevas normas aplicables a los servicios y mercados digitales recogieron la definición de «servicio de la sociedad de la información» adoptado en la Directiva 2015/1535, de modo que lo son cualquier servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición de un destinatario a título individual [art. 3 a) DSA; art. 2.b) DMA]. Constriñeron también la noción de «servicio intermediario» a los de: i) «mera transmisión», consistente en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, ii) «memoria caché», consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, prestado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos, y iii) «alojamiento de datos», consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este [art. 3 g) DSA].

Precisamente, lo que a nosotros nos interesa es concretar si dentro de esta categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos que define el Reglamento de Servicios Digitales, se pueden incluir como subcategoría a las plataformas en línea que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que, también a su petición, la difunden al público. La respuesta ha de considerarse positiva [Cdo. (13) DSA, pfo 1º], excepto que la difusión al público sea una característica menor o meramente accesoria y no constituya un medio para eludir la aplicabilidad de las disposiciones relativas a las plataformas en línea.

De acuerdo con ello, según el Reglamento de Servicios Digitales, podemos definir la «plataforma en línea» como «*un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del Reglamento*» [art. 3. i) DSA].

Y un «motor de búsqueda en línea» como «*un servicio intermediario 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 de voz, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información*» [art. 3. j) DSA].

<sup>13</sup> Vid. RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 20 DE OCTUBRE DE 2020, *op. cit.*, §. B, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos contractuales por lo que respecta a la gestión de contenidos», art. 3.1).

*relacionada con el contenido que es objeto de la consulta»* [art. 3 j) DSA; [art. 6) DMA; art. 2. 5 Reglamento 2019/1150], o como un servicio básico de plataforma [art. 2.2) b) DMA].

Además, también se define a un «asistente virtual» como un servicio básico de plataforma consistente en un «*un software que puede procesar peticiones, tareas o preguntas, también las formuladas mediante sonidos, imágenes, texto, gestos o movimientos y que, basándose en dichas peticiones, tareas o preguntas, proporciona acceso a otros servicios o controla dispositivos físicos conectados*» [art. 2. 2) h) DMA; art. 2. 12) DMA].

## 2. Aproximación al concepto de IA

Tal como se especifica en la Comunicación de la Comisión sobre IA<sup>14</sup>, el término se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, en la medida de que son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático, entre los que refiere expresamente los motores de búsqueda en línea, o estar incorporada en dispositivos de hardware (internet de las cosas)<sup>15</sup>.

A partir de esta idea, el *Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial* (AI HLEG)<sup>16</sup> intentó precisar el concepto de Inteligencia Artificial (IA) ofrecida por la Comisión sobre IA. Para ello aclara ciertos aspectos de la IA como disciplina científica y como tecnología con el objetivo de evitar malentendidos y proporcionar detalles útiles que puedan ser utilizado en la discusión tanto sobre las directrices éticas de la IA como sobre las recomendaciones de políticas de IA. Concretan, de este modo, que el término IA contiene una referencia explícita a la noción de inteligencia, pero que dado que la inteligencia es un concepto vago (tanto en máquinas como en humanos), los investigadores de IA prefieren utilizar la noción de «racionalidad», entendida como capacidad para elegir lo mejor, o acción a realizar para alcanzar un determinado objetivo, dados ciertos criterios a optimizar y los recursos disponibles. Una descripción abstracta muy simple de un sistema de IA podría ser la que la define a través de tres capacidades principales: percepción, razonamiento/toma de decisiones y actuación, que además es capaz de «aprender». Finalmente, proponen utilizar el término «sistema de IA» para referirse a cualquier componente, software y/o hardware basado en IA, ya que, de hecho, los sistemas de IA normalmente están integrados como componentes de sistemas más grandes, en lugar de estar configurados como sistemas independientes<sup>17</sup>, precisión esta que nos permite vincular las consecuencias del empleo de un sistema de IA a un servicio básico de plataforma.

<sup>14</sup> Vid. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones «*Inteligencia artificial para Europa*», (COM/2018/237 final), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN> (último acceso el 12/12/2023).

<sup>15</sup> *Ibid.* §.I.

<sup>16</sup> Por sus siglas en inglés «*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*», grupo de expertos independientes creado por la Comisión Europea en junio de 2018.

<sup>17</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI HLEG), *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, European Commission, Brussels, 2019, [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=56341](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=56341) (último acceso el 12/12/2023).

Llegamos así al concepto de IA expresada por la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial (PLIA)<sup>18</sup>, posteriormente acogida también por la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA (PDRIA)<sup>19</sup>, que define un «sistema de inteligencia artificial» o «sistema de IA» como *«el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa»* [art. 3.1) PLIA; art. 2.1) PDRIA]. De acuerdo con el Anexo I de la propuesta, las técnicas y estrategias de IA a las que se refiere el artículo 3.1 pueden estar basadas en: i) el aprendizaje automático; ii) la lógica y el conocimiento, programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico); o iii) estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización [Anexo I PLIA].

Simplificando, podríamos decir que la inteligencia artificial es aquel campo de la informática que crea sistemas que puedan realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como el aprendizaje, el razonamiento y la percepción. Estos sistemas pueden percibir su entorno, razonar sobre el conocimiento, procesar la información derivada de los datos y tomar decisiones para lograr un objetivo dado<sup>20</sup>.

### III. SERVICIOS BÁSICOS DE PLATAFORMA

De la lectura del Reglamento de Mercados digitales podemos señalar como servicios básicos de plataforma los siguientes [art. 2.2 DMA]:

- a. servicios de intermediación en línea, ya definidos [artículo 2.2 Reglamento 2019/1150];
- b. motores de búsqueda en línea, ya definidos [art. 2.5 Reglamento 2019/1150];
- c. servicios de redes sociales en línea, que permite que los usuarios finales se conecten y se comuniquen entre sí, compartan contenidos y descubran contenidos y a otros usuarios a través de múltiples dispositivos y, en particular, mediante chats, publicaciones, vídeos y recomendaciones;
- d. servicios de plataforma de intercambio de vídeos, o sea, un servicio cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de

<sup>18</sup> PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO *por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión* (COM/2021/206 final).

<sup>19</sup> PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO *relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial* (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA) (COM/2022/496 final).

<sup>20</sup> *Vid.* GOBIERNO DE ESPAÑA, *Qué es la Inteligencia Artificial*, <https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-ia-prtr> (último acceso el 12/12/2023).



comunicaciones electrónicas, y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación [art. 1.1. a bis) Directiva 2010/13<sup>21</sup>];

- e. servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, esto es, un servicio de comunicaciones interpersonales que no conecta a través de recursos de numeración pública asignados [art. 2.7 Directiva (UE) 2018/1972<sup>22</sup>];
- f. sistemas operativos, que se refiere al software de sistema que controla las funciones básicas del hardware o del software y permite que se ejecuten en él aplicaciones informáticas;
- g. navegadores web, en resumen, una aplicación informática que permite a los usuarios finales acceder a contenidos web alojados en servidores que están conectados a redes como internet e interactuar con dichos contenidos, incluidos los navegadores web independientes y los navegadores web integrados en software o similares;
- h. asistentes virtuales, ya definidos;
- i. servicios de computación en nube, es decir, un servicio digital que hace posible el acceso a un conjunto modulable y elástico de recursos informáticos que se pueden compartir [art. 4. 19 Directiva 2016/1148<sup>23</sup>];
- j. servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados en las letras a) a i).

#### **IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS EN LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA**

Con la aprobación del Reglamento de Servicios Digitales y el Reglamento de Mercados Digitales, culminan dos iniciativas «legislativas» que pretenden modernizar el marco normativo de la Unión para adaptarlo a la llamada economía de las plataformas<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> DIRECTIVA 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, *sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual* (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

<sup>22</sup> DIRECTIVA (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, *por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas*.

<sup>23</sup> DIRECTIVA (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, *relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión*.

<sup>24</sup> *Vid.* MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, «Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios», en *LA LEY Unión Europea*, no. 88, 2021, Smarteca, §. I, págs. 1-2/18 del pdf. (último acceso el 12/12/2023).

El Reglamento de Servicios Digitales tiene como objetivo contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios. Para lograrlo, establece normas armonizadas que buscan crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable que facilite la innovación y en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta, entre los que se menciona expresamente el principio de protección de los consumidores, pero entre los que también se encuentra la propiedad intelectual [art. 1.1 DSA; art. 38 de la Carta; art. 17.2 de la Carta]. Entre esas normas armonizadas, el Reglamento incluye *«un marco para la exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios»* [art. 1.2 a) DSA], con las que se pretende una modernización del régimen aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios.

Como su propio nombre indica, y como ya sucedió con la DCE, no estamos propiamente ante una regulación específica de responsabilidad para las plataformas, sino más bien ante una serie de supuestos específicos de exención de responsabilidad dirigidos exclusivamente a los intermediarios, entre los que se cuentan las plataformas. En este contexto, la base positiva para que se declare la existencia de responsabilidad no debe buscarse en el Reglamento, sino en las normas aplicables del Derecho de la Unión o nacional de cada Estado miembro. Y, además, se aplican a cualquier tipo de responsabilidad respecto de cualquier tipo de contenido ilícito, sea cual sea la materia o naturaleza precisa de dichas normas. Por tanto, las normas de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en el Reglamento solo delimitan los supuestos en los que no se pueden exigir responsabilidades al prestador de servicios intermediarios de que se trate en relación con contenidos ilícitos proporcionados por los destinatarios del servicio [Cdo. (17) DSA].

No otorga el Reglamento una exención general de responsabilidad para cualquier tipo de prestación de los servicios de plataforma, sino solamente respecto de los servicios conocidos como de «mera transmisión», «memoria caché» y «alojamiento de datos», que justifica por la necesidad de proteger a tales servicios frente la extraordinaria expansión que ha experimentado su uso en la propagación de información y actividades ilícitas u otras que pueden resultar nocivas [Cdo. (5) DSA]. Además, no solo no protege a ningún servicio que no sea un servicio intermediario, sino que tampoco afecta a ningún requisito impuesto por el Derecho de la Unión o nacional en relación con productos o servicios intermediados a través de servicios intermediarios [Cdo. (6) DSA; art. 2.2 DSA]. Por ese motivo, si conforme al Derecho de la Unión o nacional concurren los requisitos para que se declare la existencia de responsabilidad y las plataformas no quedasen amparadas por el nuevo puerto seguro que establece el Reglamento, aquella se exigirá *«a los servicios intermediarios ofrecidos a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión, con independencia de donde tengan su lugar de establecimiento»* [art. 2.1 DSA]. Debe tenerse en cuenta también que los arts. 4 a 8 DSA, como anteriormente, los 12 a 14 de la DCE, sólo otorgan protección en el ámbito civil frente a las acciones por daños y perjuicios, por lo que las acciones de cesación y las medidas cautelares quedarán siempre a salvo<sup>25</sup>, es decir, que la conducta quede amparada por el puerto seguro *«no afectará a la posibilidad de*

<sup>25</sup> Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de propiedad intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pág. 14.

*que una autoridad judicial o administrativa, de conformidad con el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida»* [Cdo. 25; art. 4.3 DSA, art. 5.2 DSA y art. 6.4 DSA].

Por su parte, el Reglamento de Mercados Digitales pretende «*contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas que garanticen a todas las empresas, en toda la Unión, la equidad y la disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales*» [art. 1.1 DMA]. Para conseguirlo configura en su Capítulo III un régimen de obligaciones específico para aquellas plataformas en línea de gran tamaño que actúan como «guardianes de acceso» para empresas y consumidores en el Mercado Único Digital [Cdo. (7) DMA, Cdo. (13) DMA]. Su finalidad, por tanto, es garantizar que los mercados donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos, objetivo que, aunque distinto, es complementario al de proteger la competencia no falseada en un mercado determinado tal como se define en el Derecho de la competencia [Cdo. (11) DMA].

Como aprecia DE MIGUEL ASENSIO, por más que las obligaciones del Capítulo III puedan resultar útiles no ya para salvaguardar los derechos de los usuarios de esos servicios, sino también para apreciar cuándo el intermediario actúa con la diligencia que le es exigible para controlar la presencia de contenidos ilícitos en línea<sup>26</sup>, el Reglamento de Mercados Digitales no aspira a «*regular el régimen de responsabilidad de las plataformas en tanto que prestadoras de servicios de la sociedad de la información intermediarios y sus obligaciones en relación con la eventual difusión de contenidos ilícitos a través de sus servicios*»<sup>27</sup>. Quizá es por ello por lo que no contiene ninguna referencia a la protección de la propiedad intelectual y tan solo una al papel de los guardianes de acceso en la lucha contra los contenidos ilícitos en línea [Cdo. (42) DMA].

## **1. Presupuestos para la exención de responsabilidad**

### **A. Neutralidad tecnológica**

El Reglamento de Servicios Digitales no afecta a la aplicación de la Directiva 2000/31/CE [art. 2.3 DSA]. Por tanto, las exenciones de responsabilidad sólo se deben aplicar a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza «*meramente técnica, automática y pasiva*», es decir, cuando «*el prestador no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada*» [Cdo. (42) DCE]<sup>28</sup>. Como señala BUSTO LAGO, en tales supuestos, «*el prestador de servicios de intermediación no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada y, en consecuencia, no puede hacérsele responsable de los daños que aquélla*

<sup>26</sup> Vid. MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales», en *LA LEY Unión Europea*, no. 109, 2022, Smarteca, §. I. 3 (último acceso el 20/11/2023).

<sup>27</sup> Vid. MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, *Servicios...*, op. cit., §. VII, pág. 11/18 del pdf.

<sup>28</sup> Vid. STJUE de 23 de marzo de 2010 («*Google France y Google*», asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08), ECLI:EU:C:2010:159, §§. 113 y 114.

*pueda ocasionar»*<sup>29</sup>. Por eso, no podrán acogerse a las exenciones de responsabilidad cuando, i) en lugar de limitarse a la prestación neutra de los servicios mediante un tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por el destinatario del servicio, el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo de tal índole que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella [Cdo. (18) DSA]; o ii) colabore deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de llevar a cabo actividades ilícitas, como en aquellos casos en los que el prestador ofrezca sus servicios con el propósito principal de facilitar actividades ilícitas [Cdo. (20) DSA].

#### B. Ajenidad con respecto a las partes contratantes

Según nos indica ÁLVAREZ MORENO, para que pueda alegar su exención de responsabilidad es necesario que la plataforma sea independiente y ajena con respecto al contrato relativo al bien o servicio del que se trate<sup>30</sup>.

Esto implica que la exención de responsabilidad no debe aplicarse cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de un servicio de alojamiento de datos, como cuando el prestador de una plataforma en línea determine el precio de los productos o servicios ofertados por el comerciante [Cdo. (23) DSA].

Con ese mismo fundamento, aunque también falta a la neutralidad, tampoco podrán acogerse a la exención de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de alojamiento, las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes que presenten la información relativa a las transacciones de manera que induzcan a los consumidores a creer que dicha información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea o por comerciantes que actúan bajo su autoridad o control, y que dichas plataformas en línea tienen por tanto conocimiento de la información o control sobre ella, aunque en realidad no sea así [Cdo. 24 DSA]<sup>31</sup>.

#### C. Falta de conocimiento de la actividad ilícita o el contenido ilícito: «*Actual knowledge*» y «*Red flag knowledge*»

Destacan RUBÍ PUIG y SOLSONA VILARRASA que las reglas de puerto seguro para prestadores de servicios de alojamiento y de herramientas de búsqueda de información condicionan la exención de responsabilidad a dos formas de conocimiento: conocimiento

<sup>29</sup> BUSTO LAGO, José Manuel, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord.) y BUSTO LAGO, José Manuel (coord.), Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (5.ª edic.), 2014, §.VIII. 1, pág. 42 del pdf, Aranzadi Instituciones BIB 2014\145 (último acceso el 12/12/2023).

<sup>30</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Ed. Reus, Madrid, 2021, pág. 220.

<sup>31</sup> En opinión de ÁLVAREZ MORENO, esta regla es, probablemente, uno de los aciertos de la nueva normativa aplicable a los servicios y plataformas digitales, «y podría tener cierta conexión con el art. 236.1 CC Portugués, a tenor del cual, si alguien se comporta como una parte del contrato y es percibida como tal por la otra parte, se llega a la conclusión de que tal persona es parte del contrato y debe ser tratada como tal»; vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación...*, op. cit., pág. 253.

efectivo («*actual knowledge*») y conocimiento aparente o presunto («*red flag knowledge*»)<sup>32</sup>. Esta exigencia ha tenido su reflejo en el Reglamento, y así, se exige que no tengan conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito («*actual knowledge*») y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sean conscientes de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad o el contenido ilícitos («*red flag knowledge*») [Cdo. 22 DSA; art. 5.1 e) DSA; art. 6.1 a) DSA].

Ahora bien, no cabe considerar que dicho conocimiento efectivo o indiciario se obtenga por el mero hecho de que el prestador conozca, de manera general, de que su servicio también se utiliza para almacenar contenidos ilícitos. Tampoco es motivo suficiente para considerar que el prestador tenga un conocimiento «específico» de las actividades ilegales llevadas a cabo en esa plataforma o de los contenidos ilícitos almacenados en ella por el hecho de que el prestador indexe automáticamente la información cargada en su servicio, tenga una función de búsqueda y recomiende información basándose en los perfiles o preferencias de los destinatarios del servicio [Cdo. 22 DSA].

#### D. Diligencia debida: «*notice & takedown*» y «*notice & stay down*»

Después de conocer efectivamente que un contenido o una actividad que se beneficia de su servicio son infractores o después de ser consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad o el contenido ilícitos, las reglas de puerto seguro condicionan la exención de responsabilidad a la actuación diligente y sin demora de la plataforma para eliminar o deshabilitar el acceso a un contenido infractor<sup>33</sup>. Esto significa que en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este («*notice & take down*») [Cdo. 22 DSA; art. 5.1 e) DSA; art. 6.1 b) DSA]. Sin embargo, a diferencia de la DDAMUD<sup>34</sup>, no se menciona la obligación de impedir que ese mismo contenido se vuelva a cargar en el futuro («*notice & stay down*»).

## 2. Los supuestos de exención de responsabilidad civil

### A. Consideraciones generales

Tal y como se ha avanzado anteriormente, la DSA no otorga una exención general de responsabilidad para cualquier tipo de prestación de los servicios de plataforma, sino solamente respecto de los servicios conocidos como de «mera transmisión» [art. 4 DSA], «memoria caché» [art. 5 DSA] y «alojamiento de datos» [art. 6 DSA].

La nueva regulación mantiene prácticamente inalterada el marco horizontal de exenciones condicionales de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios

<sup>32</sup> Vid. RUBÍ PUIG, Antoni y SOLSONA VILARRASA, Pol, «Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidas por usuarios de sus servicios», en *Indret*, No. 3, 2020, págs. 490-504, <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1566.pdf> (último acceso el 12/12/2023), pág. 497.

<sup>33</sup> Vid. RUBÍ PUIG, Antoni y SOLSONA VILARRASA, Pol, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 498.

<sup>34</sup> DIRECTIVA (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*.

establecido en la Directiva 2000/31/CE, al menos por lo que respecta a los servicios de «mera transmisión» y «memoria caché». Ese marco proporciona seguridad jurídica y debe conservarse [Cdo. (16) DSA]. Mantiene también la limitación de las reglas de exención a la protección en el ámbito civil frente a las acciones por daños y perjuicios [Cdo. 25; art. 4.3 DSA, art. 5.2 DSA y art. 6.4 DSA] y la «inexistencia de obligación general de monitorización o de búsqueda activa de hechos» [art. 8 DSA]. Como ya se vio, esta prohibición constituye una garantía adicional para el respeto del derecho a la libertad de expresión y de información de los usuarios en la medida que impide que se pueda obligar a los servicios intermediarios a realizar filtrados de contenidos que les supongan realizar una apreciación autónoma de los mismos en orden a constatar su ilicitud, pero no impide que el TJUE haya considerado que la imposición de obligaciones de supervisión «en casos específicos» no quede cubierta<sup>35</sup>.

Sí introduce, sin embargo, un importante refuerzo en materia de protección de los consumidores [art. 6.3 DSA] y otras normas complementarias que avalan la posible realización de investigaciones y la adopción de medidas por parte de los intermediarios para detectar, identificar y retirar o bloquear el acceso a contenidos ilícitos, ya sean i) voluntarias [art. 7 DSA] o, ii) fruto de órdenes de actuación contra contenidos ilícitos [art. 9 DSA] o de órdenes de entrega de información específica sobre uno o varios destinatarios individuales del servicio [art. 10 DSA] dictadas por las autoridades judiciales o administrativas nacionales<sup>36</sup>.

También como novedad, establece en el Capítulo III un conjunto de obligaciones que, como veremos en el último epígrafe, pueden resultar determinantes para apreciar cuándo el intermediario actúa con la diligencia que le es exigible para no incurrir en responsabilidad.

## B. Mera transmisión

Hace referencia a un servicio de la sociedad de la información que consiste en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en conceder acceso a una red de comunicaciones [art. 3 g) i) DSA]. Entre ellos se encuentran los puntos de intercambio de internet, los puntos de acceso inalámbrico, las redes privadas virtuales, los servicios de DNS y traductores DNS, los registros de nombres de dominio de primer nivel, los registradores, las autoridades de certificación que expiden certificados digitales, la transmisión de voz por internet y otros servicios de comunicación interpersonal [Cdo. (29) DSA]. En ocasiones también podrá incluir el almacenamiento automático, provisional y transitorio de la información transmitida, siempre y cuando ese almacenamiento se realice con la única finalidad de ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión [art 4.2 DSA].

<sup>35</sup> Vid., por analogía, STJUE de 3 de octubre de 2019, (*«Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited»*, asunto C-18/18), ECLI:EU:C:2019:821, §§. 41 a 47; STJUE de 26 de abril de 2022 (*«Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea»*, asunto C-401/19), ECLI:EU:C:2022:297, §§. 90 a 95.

<sup>36</sup> «O de notificaciones recibidas de personas físicas o entidades de conformidad con el presente Reglamento en la medida en que dichas notificaciones sean suficientemente precisas y estén adecuadamente fundamentadas para que un operador económico diligente, de manera razonable, pueda detectar y evaluar el contenido presuntamente ilícito y, en su caso, actuar contra él» en virtud de los «Mecanismos de notificación y acción», que no se mencionan porque escapan a esta sede [Cdo. (22) DSA, art. 16 DSA].

En estos supuestos el prestador del servicio quedará exonerado si: a) no origina él mismo la transmisión; b) no selecciona al receptor de la transmisión, y c) no selecciona ni modifica la información contenida en la transmisión [art 4.1 DSA].

### C. Memoria caché

Es aquel servicio de la sociedad de la información que consiste en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, prestado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos [art. 3 g) ii) DSA]. Son fundamentales para asegurar una transmisión fluida y eficiente de la información en Internet, y dentro de ellos se incluyen el suministro de redes de distribución de contenidos<sup>37</sup>, los «proxies inversos» o los «proxies de adaptación de contenidos»<sup>38</sup> [Cdo. (29) DSA].

En tales supuestos, el prestador del servicio no podrá ser considerado responsable cuando: a) no modifique la información; b) cumpla las condiciones de acceso a la información; c) cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de una manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; d) no interfiera en la utilización lícita de tecnología, ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información y, e) actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o bloquear el acceso a ella, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información contenida en la fuente inicial de la transmisión ha sido retirada de la red, de que se ha bloqueado el acceso a dicha información o de que una autoridad judicial o administrativa ha ordenado retirarla o bloquear el acceso a ella [art 5.1 DSA].

### D. Alojamiento de datos

Es un servicio de la sociedad de la información que consiste en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este [art. 3 g) iii) DSA]. Si además difunde la información al público nos encontraremos ante una «plataforma en línea» [art. 3 i) DSA]. Tanto el término «dato» como el de «información» deben entenderse en sentido amplio, referidos a cualquier contenido susceptible de ser difundido a través de Internet<sup>39</sup>.

Pues bien, el prestador de servicios quedará bajo el amparo del «puerto seguro» cuando i) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito o,

<sup>37</sup> Una red de distribución de contenidos o CDN («Content Delivery Network») consiste en un conjunto de servidores interconectados y distribuidos en distintas zonas geográficas que contienen copias de datos con el objetivo de proporcionar información de internet desde la ubicación más cercana al usuario (fuente Wikipedia).

<sup>38</sup> «Proxy» hace referencia a un «servidor o programa informático que sirve de intermediario en las peticiones de recursos que realiza el usuario final y el servidor fuente, almacenando una copia caché de los mismos para acelerar su suministro»; y «caché» al «almacenamiento temporal de acceso rápido. Consiste en almacenar una copia local del recurso de internet solicitado, de modo que la siguiente vez que se requiera dicho recurso se puede recuperar del sistema local en vez de tener que volverlo a cargar desde su ubicación original en internet. Como resultado, se accede con mucha mayor rapidez» (fuente RAE).

<sup>39</sup> Vid. MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, *Obligaciones...*, op. cit., §. III. 2. 24.

ii) en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este [art. 6.1 DSA]; salvo que, como ya sucedía en el artículo 14.2 DCE, el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios [art. 6.2 DSA].

Se mantiene, por tanto, la regla de la exención de responsabilidad cuando la plataforma se limite a la prestación neutra de los servicios mediante un tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por el destinatario del servicio [Cdo. (18) DSA] que denote ausencia de conocimiento o control sobre la información o contenido almacenado, y se distingue *«como posible foco de ilicitud no sólo la información facilitada por el usuario destinatario, sino también que la propia actividad que desarrolle éste pueda ser ilícita»*<sup>40</sup>.

En cualquier caso, ese conocimiento les podrá llegar como consecuencia de investigaciones voluntarias que lleven a cabo por iniciativa propia [art. 7 DSA]; del cumplimiento de órdenes de actuación contra contenidos ilícitos [art. 9 DSA] o de entrega de información [art. 10 DSA] dictadas por las autoridades judiciales o administrativas nacionales pertinentes, sobre la base del Derecho de la Unión aplicable o del Derecho nacional aplicable en cumplimiento del Derecho de la Unión; o a través de los «mecanismos de notificación y acción», en virtud de los cuales cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que consideren contenidos ilícitos [art. 16 DSA]. Pero ni se les podrá exigir una obligación general de monitorizar la información que transmitan o almacenen ni de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas [art. 8 DSA], ni el hecho de llevar a cabo investigaciones voluntarias les puede vetar el acceso al puerto seguro [art. 7 DSA].

Sí constituye, en cambio, una auténtica novedad, la expulsión del puerto seguro, en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, que presenten el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control [art. 6.3 DSA]. Así sucederá, por ejemplo, cuando una plataforma en línea i) no muestre claramente la identidad del comerciante o no revele la identidad o los datos de contacto del comerciante hasta después de la formalización del contrato celebrado entre el comerciante y el consumidor o, ii) comercialice el producto o servicio en su propio nombre en lugar de en nombre del comerciante que suministrará el producto o servicio [Cdo. (24) DSA].

Por lo demás, se trata de una expulsión que ha sido muy criticada por DE MIGUEL ASENSIO al considerar que supone una ruptura de la horizontalidad de la norma, aunque cree

---

<sup>40</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación...*, op. cit., pág. 250.



que ello «no debe ser un obstáculo para alcanzar ese mismo resultado respecto de otro tipo de ilícitos en circunstancias similares»<sup>41</sup>.

### 3. Supuestos de responsabilidad de la plataforma.

En consonancia con lo anterior, y siguiendo en este punto a ÁLVAREZ MORENO, podemos distinguir cinco supuestos de atribución de responsabilidad a las plataformas<sup>42</sup>:

En primer lugar, en cuanto que excepciones al puerto seguro:

- a. cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios [art. 6. 2 DSA].
- b. cuando las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes presenten la información relativa a las transacciones de manera que induzca a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control [art. 6. 3 DSA].

En segundo lugar, en cuanto que falte a la neutralidad:

- c. cuando en lugar de limitarse a la prestación neutra de los servicios mediante un tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por el destinatario del servicio, el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo de tal índole que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella [Cdo. (18) DSA]; o
- d. colabore deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de llevar a cabo actividades ilícitas, como en aquellos casos en los que el prestador ofrezca sus servicios con el propósito principal de facilitar actividades ilícitas [Cdo. (20) DSA].

Y, en tercer lugar, en cuanto falte a la diligencia debida:

- e. cuando tengan conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sean conscientes de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad o el contenido ilícitos [art. 6.1 a) DSA].

### 4. Imputación de responsabilidad a las plataformas por la infracción de derechos, en especial en materia de protección de los consumidores y usuarios y de propiedad intelectual

<sup>41</sup> Vid. MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, *Obligaciones...*, op. cit., §. III. 2. 26.

<sup>42</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación...*, op. cit., págs. 252 y ss.

De acuerdo con lo anterior, estamos ya en condiciones de intentar una aproximación a la responsabilidad de las plataformas en su condición de intermediarios por los daños causados.

#### A. Causas del daño causado por la plataforma

La existencia de un «daño» se erige como el lógico y primero de los presupuestos de la responsabilidad civil<sup>43</sup> y, de acuerdo con ÁLVAREZ MORENO, sus causas pueden tener un origen contractual o extracontractual, entre las que destaca las siguientes<sup>44</sup>:

- a. Daños derivados de los contratos celebrados entre las partes [Cdo. (74) DSA], entre otros, procedentes de cláusulas abusivas [Cdo. (10) DSA, Cdo. (12) DMA] o la información [Cdo. (74) DSA, art. 14 DSA]. Como acertadamente expone BUSTO LAGO, en estos casos el régimen general de remisión será el constituido por los arts. 1101 y ss. del CC, aplicándose la regulación de Condiciones Generales de la Contratación y la normativa de consumo<sup>45</sup>.
- b. Daños por violación de derechos de la propiedad intelectual o industrial [Cdo. (52) DSA, Cdo. (54), Cdo. (72), DSA, Cdo. (119) DSA].
- c. Daños derivados de prácticas comerciales abusivas o desleales, atentatorias contra la competencia [Cdo. (10) DSA, Cdo. (12) DMA, art. 12 DMA, art. 17 DMA].
- d. Daños derivados de la intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [Cdo. (10) DSA, Cdo. (81) DSA, Cdo. (12) DMA].
- e. Daños por vulneración de la protección de datos [Cdo. (69) DSA, Cdo. (81) DSA, Cdo. (12) DMA, art. 5 DMA, art. 6 DMA, art. 8.1 DMA, art. 13 DMA, art. 15 DMA].
- f. Daños derivados de la información proporcionada, ya sea por información inadecuada o incorrecta proporcionada en línea [Cdo. (9) DSA, Cdo. (24) DSA, art. 6.3 DSA, art. 14 DSA]; o por alteración, destrucción o inutilización de información ajena [art. 25 DSA, art. 6.5 DMA].

En este apartado trataremos de acotar la responsabilidad civil extracontractual de la plataforma que, a la vista de lo expuesto, resultarán normalmente de una actividad ilícita o de un contenido ilícito, o del manejo que de la información haga la plataforma.

#### B. El papel activo de la plataforma

Limitado por la DSA el concepto de «plataforma en línea» a un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al

<sup>43</sup> GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual», en *Derecho de Daños*, CLEMENTE MEORO, Mario Enrique (dir.) y COBAS COBIELLA, María Elena (dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 241-260, pág. 242.

<sup>44</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación...*, op. cit., págs. 193-194.

<sup>45</sup> Vid. BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad...*, op. cit., §.VI. 2, pág. 13 del pdf.

público [art. 3. i) DSA], debemos distinguir en primer lugar, en relación con el comportamiento que asumen las plataformas en la prestación del servicio, entre un «*hosting pasivo*» y un «*hosting activo*»<sup>46</sup>. Ambos tienen en común, como advierte BUSTO LAGO, que «*acaso se trate de la más sensible de las actividades realizadas por los ISPs (...) y ello porque es en el propio ordenador de estos intermediarios en donde se almacenan los contenidos o datos facilitados por el destinatario del servicio, también los potencialmente ilícitos*»<sup>47</sup>.

#### a) Alojamiento pasivo

En esta situación, la plataforma se limita a alojar o almacenar datos o informaciones proporcionadas por el destinatario de la prestación del servicio, y de conformidad con la regla general de exención de responsabilidad civil de la DSA, no será responsable por la actividad o contenido ilícito siempre y cuando el destinatario del servicio no opere bajo la dirección, autoridad o control del prestador [art. 6.2 DSA] y cumpla alguna de las dos condiciones siguientes<sup>48</sup>:

- a. no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito («*actual knowledge*») y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito («*red flag knowledge*») [art. 6.1. a) DSA], o
- b. una vez que tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este («*notice & take down*») [art. 6.1. b) DSA]. No se menciona, a diferencia de la DDAMUD, la obligación de impedir que ese mismo contenido se vuelva a cargar en el futuro («*notice & stay down*»).

#### b) Alojamiento activo

La plataforma no se limita ya a la prestación neutra de los servicios mediante un tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por el destinatario del servicio, sino que adopta un papel activo con respecto a la misma. Así sucede cuando un prestador de servicios intermediarios colabore deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de llevar a cabo actividades ilícitas [Cdo. (20) DSA], o cuando las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, presenten la información pertinente relativa a las transacciones de manera que induzca a los consumidores a creer que dicha información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea o por comerciantes que actúan bajo su autoridad o control [Cdo. (24) DSA]. En estos casos la responsabilidad no deriva de la información proporcionada por el destinatario del servicio, sino de la actitud seguida por el propio prestador del servicio intermediario, por lo que la plataforma no podrá acogerse a los supuestos de exoneración de responsabilidad y deberá responder conforme a las reglas generales de responsabilidad civil [Cdo. (18) DSA]. Como apunta GUILLÉN CATALÁN, si la plataforma actúa de manera activa

<sup>46</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación...*, op. cit., pág. 264.

<sup>47</sup> Vid. BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad...*, op. cit., §.VIII. 5, pág. 56 del pdf.

<sup>48</sup> *Ibid.* §.VIII. 5, pág. 57 del pdf.

en la actividad ilícita o en la creación de un contenido ilícito no es intermediaria y, si no es intermediaria, no queda amparada por el «puerto seguro» y tendremos que acudir a la regla general de responsabilidad por hecho propio<sup>49</sup>. Por consiguiente, como señala ARROYO AMAYUELAS, *«la falta de exoneración no equivale a una correlativa y automática imputación de responsabilidad; en defecto de normativa específica se exigirá, de acuerdo con las normas generales, una acción u omisión, culpa, causación de un daño, y relación de causalidad (art. 1902 CC)»*<sup>50</sup>.

En consecuencia, la imputación de responsabilidad a la plataforma por daños puede provenir porque colabore deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de llevar a cabo actividades ilícitas o por el tratamiento que haga de la información. Al mismo tiempo, los destinatarios del servicio no infractores tendrán derecho a solicitar, de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, una indemnización con cargo a las plataformas por cualquier daño o perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que el Reglamento les impone [art. 54 DSA]<sup>51</sup>.

#### a. Responsabilidad derivada del conocimiento o control de la información

El artículo 6.2 DSA debe interpretarse en el sentido de que la exención de responsabilidad no se aplica al operador de un mercado electrónico desde el momento en que éste desempeña un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados [STJUE «L'Oréal», fallo 6)]. Esto sucederá, en particular:

- i. en aquellos supuestos en los que la información no sea proporcionada por el destinatario del servicio, sino por el propio prestador del servicio intermediario, incluido el caso en que la información se haya elaborado bajo la responsabilidad editorial de dicho prestador [Cdo. (18) DSA];
- ii. siempre que el prestador modifique la información que transmite o a la que da acceso [Cdo. (21) DSA] como, por ejemplo, en los casos en los que la plataforma presta una asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas [STJUE «L'Oreal/eBay», §. 123].
- iii. cuando las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes presenten la información pertinente relativa a las transacciones en cuestión de manera que induzca a los consumidores

<sup>49</sup> Vid. GUILLÉN CATALÁN, Raquel, *La responsabilidad...*, op. cit., pág. 1284.

<sup>50</sup> Vid. ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?», en *Cuadernos De Derecho Transnacional*, Vol. 12, no 1, 2020, págs. 808-837, DOI <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225> (último acceso el 12/12/2023), pág. 809.

<sup>51</sup> Téngase en cuenta que «destinatario activo de una plataforma en línea» lo es quien «haya utilizado una plataforma en línea, bien solicitando a la plataforma que aloje información, bien exponiéndose a la información alojada en la plataforma en línea y difundida a través de su interfaz en línea», y «destinatario activo de un motor de búsqueda en línea; el destinatario del servicio que haya introducido una consulta en un motor de búsqueda en línea y al que se le expone la información indexada y presentada en su interfaz en línea»; vid. art. 3. p) y q) DSA.

a creer que dicha información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea o por comerciantes que actúan bajo su autoridad o control [Cdo. (24) DSA];

- iv. en aquellos casos en los que los prestadores de plataformas en línea diseñen, organicen o gestionen sus interfaces en línea de manera que engañen o manipulen a los destinatarios del servicio o de manera que distorsionen u obstaculicen sustancialmente de otro modo la capacidad de los destinatarios de su servicio de tomar decisiones libres e informadas [art. 25. 1 DSA];
- v. cuando advertido un elemento de información, ya se trate de imagen, audio o vídeo generado o manipulado que se asemeje notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes, que puede inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos, no los distinga mediante indicaciones destacadas cuando se presente en sus interfaces en línea, ni proporcione una funcionalidad fácil de utilizar que permita a los destinatarios del servicio señalar dicha información [art. 35. 1. k) DSA];
- vi. en situaciones en que altere, destruya o inutilice información ajena, tratando más favorablemente en la clasificación y en las funciones relacionadas de indexado y rastreo a los servicios y productos propios que a los servicios o productos similares de terceros [art. 6. 5 DMA].

En tales supuestos, la plataforma responderá por su propia actuación, se trata de una responsabilidad por hechos propios, y deberá indemnizar los daños ocasionados que provoque, ya sea al usuario oferente o al consumidor<sup>52</sup>, o a terceros titulares de derechos.

#### b. Responsabilidad por contenidos ilícitos

Por «contenido ilícito» debemos entender *«toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión»* [art. 3. h) DSA]. A diferencia del art. 14.1 Directiva 2000/31, la ilicitud puede provenir no sólo de la información facilitada por el usuario destinatario, sino también por la propia actividad que este desarrolle [art. 6.1 DSA].

Pero es que, además, el concepto de «contenido ilícito» es más amplio que en aquella para abarcar toda información relacionada con contenidos, productos, servicios y actividades de carácter ilícito. Comprende así el uso no autorizado de material protegido por derechos de autor, los delitos de incitación al odio o los contenidos terroristas y los contenidos discriminatorios ilícitos, o que las normas aplicables consideren ilícita por estar relacionada con actividades ilícitas, como el intercambio de imágenes que representen abusos sexuales de menores, el intercambio ilícito no consentido de imágenes privadas, el acoso en línea, la venta de productos no conformes o falsificados, la venta de productos o la prestación de servicios que infrinjan el Derecho en materia de protección de los consumidores, la oferta ilegal de servicios de alojamiento o la venta ilegal de animales vivos están englobadas en el concepto, siendo indiferente que el carácter ilícito de la información o actividad derive del

<sup>52</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación...*, op. cit., pág. 266.

Derecho de la Unión o del Derecho nacional que sea conforme con el Derecho de la Unión [Cdo. 12 DSA].

En este supuesto convergen dos tipos posibles de responsabilidad, la del usuario que aloja los contenidos ilícitos y la de la plataforma por su aquiescencia, inactividad o ineficiencia a partir de que tenga conocimiento de la existencia de dichos contenidos ilícitos<sup>53</sup>. Desde ese momento debe adoptar diligentemente las medidas necesarias para retirar o bloquear el acceso a la información o contenido ilícito [art. 6.1 DSA] y, si no lo hace, se le podrá imputar responsabilidad de acuerdo con las normas aplicables del Derecho de la Unión o nacional de cada Estado miembro [Cdo. (17) DSA]. Se trataría de una responsabilidad por sus propios actos, por incumplimiento de la obligación de retirar o bloquear los contenidos ilícitos<sup>54</sup>.

## **V. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS QUE PRESTEN UN SERVICIO BÁSICO DE PLATAFORMA QUE EMPLEE UN SISTEMA DE IA**

La Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial establece una serie de obligaciones para proveedores y usuarios en función del nivel de riesgo de la IA, que clasifica en tres niveles:

- 1º Sistemas de IA de riesgo inaceptable, que son aquellos que se consideran una amenaza para las personas y serán prohibidos [Título II PLIA], como por ejemplo un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra [art. 5. a) PLIA]; o la clasificación de personas en función de su comportamiento, estatus socioeconómico o características personales
- 2º Sistemas de IA de alto riesgo [Título III PLIA] que afecten negativamente a la salud y seguridad o a los derechos fundamentales. Están permitidos en el mercado europeo siempre que cumplan determinados requisitos obligatorios y sean sometidos a una evaluación de la conformidad *ex ante*. Así, por ejemplo, la IA generativa, como *ChatGPT*, debería revelar que el contenido ha sido generado por IA, diseñar su modelo de modo que evite que genere contenidos ilegales, y publicar resúmenes de los datos protegidos por derechos de autor utilizados para el entrenamiento.
- 3º Los sistemas de IA de riesgo limitado, que deben cumplir unos requisitos mínimos de transparencia que permitan a los usuarios tomar decisiones con conocimiento de causa [Título IV PLIA]. Tras interactuar con las aplicaciones, el usuario puede decidir si desea seguir utilizándolas. Los usuarios deben ser conscientes de cuándo están interactuando con la IA. Esto incluye los sistemas de IA que generan o manipulan contenidos de imagen, audio o vídeo (por ejemplo, «*deepfakes*»<sup>55</sup>).

---

<sup>53</sup> *Ibid.* pág. 266.

<sup>54</sup> *Ibid.* pág. 276.

<sup>55</sup> La *deepfake* es una noticia o nota falsa que a simple vista parece que es real. De acuerdo con el INCIBE, «Los *deepfakes* son vídeos manipulados para hacer creer a los usuarios que ven a una determinada persona, tanto si es anónima como si es personaje público, realizando declaraciones o acciones que nunca ocurrieron. Para la creación de dichos vídeos, se utilizan herramientas o programas dotados de tecnología de inteligencia

Por otra parte, el Parlamento Europeo ha señalado algunas aplicaciones de inteligencia artificial que están presentes en el día a día de los ciudadanos de la UE<sup>56</sup>:

- a. Compras por internet y publicidad: la inteligencia artificial se usa con frecuencia para crear recomendaciones personalizadas para los consumidores, basadas, por ejemplo, en sus búsquedas y compras previas o en otros comportamientos en línea.
- b. Búsquedas en la web: Los motores de búsqueda aprenden de la gran cantidad de datos que proporcionan sus usuarios para ofrecer resultados de búsqueda relevantes.
- c. Asistentes virtuales de plataformas: responden a preguntas, dan recomendaciones y ayudan a organizar las rutinas. Así, por ejemplo, el nuevo «asistente virtual de moda» de el Corte Inglés.

Advirtiendo, además, sobre las principales amenazas de la inteligencia artificial que se pueden derivar de la IA para los ciudadanos de la UE<sup>57</sup>:

- a. Desinformación: algunas aplicaciones de la inteligencia artificial presentes en plataformas pueden generar noticias falsas y desinformación al extraer información de las redes sociales, buscar palabras sensacionales o alarmantes y falsear fuentes de información en línea que se consideran autorizadas.
- b. Ciberseguridad: Los sistemas de inteligencia artificial pueden contribuir a los ciberataques y otras amenazas en línea sustrayendo datos y reconociendo patrones que impiden los ataques.
- c. Amenazas a los derechos fundamentales: la IA depende de los datos utilizados. Existe la posibilidad de sesgar, intencional o involuntariamente, tanto el diseño como los datos. Por ejemplo, omitiendo aspectos importantes en la programación del algoritmo o programándolos para reflejar y replicar sesgos estructurales. Por otra parte, el uso de números en la IA para representar una realidad social compleja puede crear la falsa sensación de que es objetiva y precisa cuando en realidad no lo es («*mathwashing*»). Así, la inteligencia artificial puede usarse para inducir decisiones influenciadas por la etnia, el sexo o la edad incluidos en los datos. La IA también supone riesgos para la privacidad y la protección de datos al utilizarse, por ejemplo, en la creación de perfiles de personas. Además, permite combinar la información que una persona ha proporcionado con otros datos, generando resultados que esa persona no desea.

---

artificial que permiten el intercambio de rostros en imágenes y la modificación de la voz»; vid. INCIBE, *deepfakes*, <https://www.incibe.es/aprendeciberseguridad/deepfakes>, (último acceso el 12/12/2023).

<sup>56</sup> Parlamento Europeo, *¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa?*, Noticias Parlamento Europeo, 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>, (último acceso el 12/12/2023).

<sup>57</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Inteligencia artificial: oportunidades y desafíos*, Noticias Parlamento Europeo, 2022, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>, (último acceso el 12/12/2023).

- d. La IA puede acarrear riesgos para la democracia, al crear, por ejemplo, *cámaras de eco*<sup>58</sup> en Internet. También puede usarse para crear vídeos, audios o imágenes falsos pero muy realistas («*deepfakes*»), con repercusiones en el sistema financiero, daños reputacionales y problemas en las tomas decisiones. Además, contribuye a la polarización de la vida pública y a los intentos de manipulación de los sistemas democráticos.
- e. Falta de transparencia: los sistemas de IA se podrían utilizar para aprovecharse de los desequilibrios en el acceso a la información. Por ejemplo, un proveedor en línea puede usar la IA para predecir cuánto está dispuesto a pagar el consumidor al observar su comportamiento en línea, o la IA puede usarse en las redes sociales para una campaña política y adaptar un mensaje. Otro problema importante de transparencia es que, a veces, las personas desconocen si están interactuando con IA o con otra persona.

En todos estos casos el problema es siempre determinar quién responde del daño causado por un servicio que aplica un sistema de IA. Por una parte, la plataforma que desarrolla un sistema de IA o para la que se haya desarrollado un sistema de IA con vistas a introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio con su propio nombre o marca comercial, ya sea de manera remunerada o gratuita se considera «proveedor» [art. 3.2 PLIA; art. 2.3) PDRIA] y podrá verse afectada por la futura Directiva sobre responsabilidad en materia de IA. Pero por otra, de acuerdo con lo señalado anteriormente, aquellas empresas que presten un servicio básico de plataforma consistente, en particular, pero no únicamente, en un motor de búsqueda en línea o en un asistente virtual que emplee IA, quedarán sujeta a las obligaciones que marca el Reglamento de Mercados Digitales cuando sea designada como un guardián de acceso por la Comisión. Del mismo modo, las plataformas y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño quedarán sujetos a la totalidad de las obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro previstas en el Capítulo III del Reglamento de Servicios Digitales. Las restantes plataformas, salvo que sean microempresas o pequeñas empresas, quedarán también sujetas a las obligaciones de diligencia debida del Capítulo III del Reglamento de Servicios Digitales salvo las «obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos» [Sección V DSA] y, en su caso, las «disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes» [Sección IV DSA]. Así pues, todas ellas podrán incurrir en:

## 1. Responsabilidad derivada del conocimiento o control de la información

---

<sup>58</sup> «La “cámara de eco” o “cámara de resonancia mediática”, es un fenómeno en medios de comunicación y redes sociales en el que los participantes tienden a encontrar ideas que amplifican y refuerzan sus propias creencias. (...) En redes sociales, una cámara de eco puede resultar por la burbuja de filtros en el que los algoritmos de Internet seleccionan el contenido que al usuario les interesa»; vid. WIKIPEDIA, *Cámara de eco (medios)*, [https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A1mara\\_de\\_eco\\_\(medios\)#cite\\_note-2-3](https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A1mara_de_eco_(medios)#cite_note-2-3) (último acceso el 12/12/2023); DIAZ RUIZ, Carlos y NILSSON, Tomas, «Disinformation and Echo Chambers: How Disinformation Circulates on Social Media Through Identity-Driven Controversies», en *Journal of Public Policy & Marketing* 42 (1): 18-35, 2023, DOI:10.1177/07439156221103852 (último acceso el 12/12/2023); PRESS DIGITAL, *El filtro de la burbuja: un Internet a tu medida*, 2017, <https://www.pressdigital.es/texto-diario/mostrar/752826/filtro-burbuja-internet-medida> (último acceso el 12/12/2023); THE DAILY DISH, «The Filter Bubble», en *The Atlantic*, 2010, <https://www.theatlantic.com/daily-dish/archive/2010/10/the-filter-bubble/181427/> (último acceso el 12/12/2023).



En estos supuestos la plataforma responderá por su propia actuación. Se trata de una responsabilidad por hechos propios, y deberá indemnizar los daños ocasionados que provoque, ya sea al usuario oferente o al consumidor<sup>59</sup>, o a terceros titulares de derechos, en relación con:

#### A. El incumplimiento de la normativa sobre prácticas desleales y protección de la competencia

Se producirá cuando un motor de búsqueda o un asistente virtual favorezca a unos oferentes en detrimento de sus competidores, por prácticas comerciales abusivas o desleales, o restrictivas de la competencia que causen un daño a estos [art. 25. 1 DSA, art. 6. 5 DMA].

Es el caso de que un guardián de acceso integrado verticalmente que presta sus propios servicios de intermediación en línea a través de un asistente virtual o un motor de búsqueda en línea asistido por IA que reserve una posición mejor a su propia oferta, por lo que respecta a la clasificación y a las funciones relacionadas de indexado y rastreo, que a los productos o servicios de terceros que también operan en ese servicio básico de plataforma. La IA puede reservar una posición mejor a su propia oferta incluso antes de la clasificación que sigue a una búsqueda, por ejemplo, durante el rastreo y el indexado. [Cdo. (51) DMA].

#### B. La contravención de la normativa de consumo

En concreto, en relación con el art. 6.3 DSA, es necesario recordar que la normativa de la Unión sobre comercio electrónico insiste en la necesidad de que la visualización de los anuncios en Internet sea transparente, en interés de la garantía de lealtad en las transacciones y protección de los consumidores [STJUE «*L'Oreal/eBay*», §.95; STJUE «*Google France y Google*», §. 86]. Así sucede, en particular, cuando al introducir en un motor de búsqueda palabras clave correspondientes a marcas, la IA personaliza enlaces patrocinados al sitio de la plataforma acompañados de un mensaje publicitario acerca de la posibilidad de comprar en dicho sitio web productos de la marca buscada, cuando en realidad trata de promocionar su propio servicio [STJUE «*L'Oreal/eBay*», §. 89].

Otro supuesto de falta de transparencia se puede producir en el desarrollo de la IA y los procesos automatizados de toma de decisiones: se deberá informar a los consumidores que interactúan con un sistema de este tipo, y también se les debe informar adecuadamente sobre cómo funciona. Que nos concedan un crédito o recibir un determinado tratamiento médico implican una decisión que puede verse influida de manera determinante por la inteligencia artificial y los llamados «sistemas de decisión algorítmica» (ADS)<sup>60</sup>.

La IA está presente también en nuestros hogares a través del «Internet de las cosas», con aplicaciones inteligentes que aprenden de nuestro comportamiento y transmiten

<sup>59</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación...*, op. cit., pág. 266.

<sup>60</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Inteligencia artificial: abordar los riesgos para los consumidores*, Noticias Parlamento Europeo, 2020, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/inteligencia-artificial-en-la-ue/20200206STO72030/inteligencia-artificial-abordar-los-riesgos-para-los-consumidores> (último acceso el 12/12/2023).

información desde la plataforma y hacia la plataforma. Con la IA se podrían aprovechar los desequilibrios en el acceso a la información.

### C. La vulneración de derechos fundamentales de los destinatarios del servicio

La libertad de expresión, la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, y otros derechos y libertades fundamentales amparados por la Carta, pueden resultar vulnerados como consecuencia de la retirada o bloqueo injustificado de la información del que resulte un daño. En estos casos se deberá proporcionar una declaración de motivos clara y específica a cualquier destinatario del servicio afectado por cualquiera de las restricciones impuestas por el hecho de que la información proporcionada por el destinatario del servicio sea incompatible con sus condiciones generales. Además, como todos los prestadores de servicios intermediarios, las plataformas deberán tener debidamente en cuenta las normas internacionales pertinentes para la protección de los derechos humanos, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, o los riesgos que para la sociedad puedan generar la difusión de desinformación [Cdo. (9) DSA, Cdo. (47) DSA, art. 1.1 DSA, art. 14. 4 DSA, art. 17 DSA].

### D. La transgresión de los derechos de propiedad intelectual e industrial

Así, por ejemplo, se pueden contravenir estas normas cuando la plataforma utilice la IA para hacer publicidad, a partir de palabras clave correspondientes a marcas que han sido seleccionadas en el contexto de un servicio de referenciación en Internet, de productos que se ponen a la venta en un mercado electrónico cuando dicha publicidad no permite o apenas permite al internauta normalmente informado y razonablemente atento determinar si tales productos proceden del titular de la marca o de un tercero [STJUE «*L'Oreal/eBay*», § 84 y fallo 4].

## 2. Responsabilidad por contenidos ilícitos

Desde el momento en que tenga conocimiento de la existencia de dichos contenidos ilícitos, la plataforma deberá adoptar diligentemente las medidas necesarias para retirar o bloquear el acceso a la información o contenido ilícito [art. 6.1 DSA] y, si no lo hace, se le podrá imputar responsabilidad de acuerdo con las normas aplicables del Derecho de la Unión o nacional de cada Estado miembro [Cdo. (17) DSA]. Se trataría de una responsabilidad por sus propios actos, por incumplimiento de la obligación de retirar o bloquear los contenidos ilícitos<sup>61</sup>.

### A. La contravención del Derecho de la Unión sobre competencia, protección de los consumidores y seguridad de los productos

Debe tenerse en cuenta que los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes han de informar a los consumidores que hayan adquirido un producto o servicio ilícito recomendado por un asistente virtual basado en IA, de que i) el producto o servicio es ilícito, ii) identidad del

<sup>61</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación...*, op. cit., pág. 276.

comerciante, y iii) cualquier vía de recurso pertinente [art. 32 DSA]. Así, una vez más, cabe suponer que de su inobservancia derivará responsabilidad directa para la plataforma.

O también por la comercialización de sistemas de IA diseñados para utilizarse como componentes de seguridad de productos que están sujetos a una evaluación de la conformidad *ex ante* y que la Propuesta de Ley de IA califica como de alto riesgo [Título III PLIA], por falta de diligencia debida<sup>62</sup>.

#### B. La vulneración de derechos fundamentales

El sesgo intencional o involuntario, tanto del diseño como de los datos, el fenómeno de las *cámaras de eco*, los denominados «*deepfakes*», la manipulación de la opinión pública y otros acontecimientos en línea pueden violentar derechos fundamentales. Ante una notificación, los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán actuar sin dilación indebida, teniendo en cuenta el tipo de contenido ilícito que se notifica y la urgencia de tomar medidas [Cdo. (52) DSA; art. 6.1 DSA] y, si no lo hace, responderá por sus propios actos, por incumplimiento de la obligación de retirar o bloquear los contenidos ilícitos.

#### C. La transgresión de los derechos de propiedad intelectual e industrial

La plataforma será responsable directa por los contenidos ilícitos que sean resultado de las respuestas del asistente virtual integrado en su navegador web. La IA generativa, como *ChatGPT*, también puede generar contenidos ilegales. Las plataformas de generación de Música como *MuseNet*, que según la publicidad que las acompaña, «*puede combinar estilos que van desde el country hasta Mozart y los Beatles*», son otro ejemplo de plataformas con sistema de IA que pueden responder directamente si llegan a generar contenidos ilegales.

### VI. CONCLUSIONES

Se debe garantizar que los sistemas de IA utilizados en la UE sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos. La apuesta del legislador de la UE por el instrumento de la Directiva en materia de responsabilidad civil por daños ha demostrado ser ineficaz e inadecuada en el pasado. Es de esperar que así suceda también con la nueva propuesta del legislador de la UE. Una Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial no solucionará el problema y prolongará la inseguridad jurídica. Probablemente el TJUE ocupará un lugar muy destacado en su labor interpretadora y su función será esencial para aproximar las normativas nacionales, pero ese protagonismo tiene sus límites.

Una posible solución parcial, que apuntamos, puede ser la sumisión de los sistemas de Inteligencia artificial a las nuevas normas europeas aplicables a los servicios y a las plataformas digitales en aquellos supuestos, de gran relevancia en la vida cotidiana de los ciudadanos de la UE, en que aquellos aparezcan incorporados a los servicios básicos de estas. Tienen, además, la gran ventaja de que recurren al instrumento jurídico del Reglamento y son directamente aplicables a todos los Estados Miembros. Aun así, las eventuales reclamaciones de responsabilidad a un sistema de IA podrán verse supeditadas a la posible

<sup>62</sup> *Vid.*, en este mismo sentido, art. 3.1 PDRIA.

caracterización del servicio al que se incorporan como plataforma, es decir, como un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público [art. 3.i) DSA]. Pero calificadas como tales, permitirán, por ejemplo, dar cobertura y resarcir a los destinatarios del servicio no infractores, de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, por daños causados por los servicios en línea en los que los contenidos ilícitos son introducidos por los usuarios «alentados» por la acción de los algoritmos empleados, con una indemnización con cargo a las plataformas como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que aquellas normas les imponen.

A falta de soluciones satisfactorias en materia de responsabilidad directa a nivel de la UE, el derecho nacional de daños queda como el área más apropiada para buscar respuestas a las cuestiones de responsabilidad de la IA en las plataformas. El legislador de la UE debería seguir su ejemplo: después de todo, la infracción de derechos por parte de sistemas de IA es derecho de daños, y solo este, con su especialización, es capaz de ofrecer fórmulas adecuadas para la regulación óptima de las interacciones extracontractuales entre partes privadas y también, por tanto, para la compleja cuestión de la responsabilidad derivada del uso de sistemas de IA. Es sentida la necesidad de una ley europea de responsabilidad civil de carácter general, y en su ausencia al menos una específica en el ámbito de la IA.

Por tanto, para que la UE proporcione una solución unificada verdaderamente sustantiva a la responsabilidad de los intermediarios por infracción de derechos mediante el uso de inteligencia artificial, sean de autor, de consumo, o de cualesquiera otros que hemos mencionado, deberá ir más allá de la mera armonización y las referencias a las limitaciones establecidas por los derechos fundamentales, y abordar una formulación de normas basadas en los principios generales del derecho de daños mucho más detalladas.

En consecuencia, consideramos que solo a través del instrumento constituido por el Derecho de daños será posible alcanzar una adecuada protección de los derechos e intereses legítimos vulnerados por la IA en el Mercado Único Digital, para lo que se requerirá una regulación específica que la afronte y atienda, entre otros, a los siguientes aspectos: i) necesidad de instrumentos normativos unificadores; b) unificación de la responsabilidad directa y, c) armonización, cuando menos, de la responsabilidad indirecta.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Ed. Reus, Madrid, 2021, ISBN: 978-84-290-2491-3.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?», en *Cuadernos De Derecho Transnacional*, Vol. 12, no 1, 2020, págs. 808-837, DOI <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225> (último acceso el 12/12/2023).

BUSTO LAGO, José Manuel, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord.) y BUSTO LAGO, José Manuel (coord.), Vol. 2,

- Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (5.<sup>a</sup> edic.), 2014, ISBN 978-84-9014-960-7, Aranzadi Instituciones BIB 2014\145 (último acceso el 12/12/2023).
- DÍAZ RUIZ, Carlos y NILSSON, Tomas, «Disinformation and Echo Chambers: How Disinformation Circulates on Social Media Through Identity-Driven Controversies», en *Journal of Public Policy & Marketing* 42 (1): 18-35, 2023, ISSN 0743-9156, DOI:10.1177/07439156221103852 (último acceso el 12/12/2023).
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de propiedad intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, ISBN: 978-84-309-6458-1.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual», en *Derecho de Daños*, CLEMENTE MEORO, Mario Enrique (dir.) y COBAS COBIELLA, María Elena (dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 241-260, ISBN: 978-84-1397-023-3.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: Especial referencia a los intermediarios», en *Derecho de Daños*, CLEMENTE MEORO, Mario Enrique (dir.), y COBAS COBIELLA, María Elena (dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 1263-1298, ISBN: 978-84-1397-023-3.
- HAGIU, Andrei & WRIGHT, Julian, «Multi-Sided Platforms», en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 43, 2015, DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2794582>, <https://ssrn.com/abstract=2794582> (último acceso el 12/12/2023).
- HAGIU, Andrei & WRIGHT, Julian, «Multi-Sided Platforms (preliminary version, Working Paper 12-024)», en *Harvard Business School*, 2011, <https://web.archive.org/web/20111112093216/http://www.hbs.edu/research/pdf/12-024.pdf> (último acceso el 12/12/2023).
- HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI HLEG), *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, European Commission, Brussels, 2019, [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=56341](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=56341) (último acceso el 12/12/2023).
- MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales», en *LA LEY Unión Europea*, no. 109, 2022, ISSN-e 2255-551X, Smarteca (último acceso el 20/11/2023).
- MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, «Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios», en *LA LEY Unión Europea*, no. 88, 2021, ISSN-e 2255-551X, Smarteca (último acceso el 12/12/2023).

PRESS DIGITAL, *El filtro de la burbuja: un Internet a tu medida*, 2017, <https://www.pressdigital.es/texto-diario/mostrar/752826/filtro-burbuja-internet-medida> (último acceso el 12/12/2023).

RUBÍ PUIG, Antoni y SOLSONA VILARRASA, Pol, «Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidas por usuarios de sus servicios», en *Indret*, No. 3, 2020, págs. 490-504, ISSN-e: 1698-739X, <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1566.pdf> (último acceso el 12/12/2023).

THE DAILY DISH, «The Filter Bubble, en *The Atlantic*, 2010, <https://www.theatlantic.com/daily-dish/archive/2010/10/the-filter-bubble/181427/> (último acceso el 12/12/2023).