

LA RECONFIGURACIÓN DE LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS: LA FUNCIÓN REGULADORA DE RESPONSABILIDAD

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

- I. LA RECONFIGURACIÓN DE LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR: PLANTAMIENTO Y PROPUESTA.
- II. LAS CADENAS DE VALOR EN LA TRANSICIÓN DE UNA ECONOMÍA DIGITAL A UNA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS.
- III. EL DILEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS: LA RESPUESTA DE LA UE.
 1. **Repensar la inexistencia de un deber general de supervisión.**
 - 1.1. El papel activo de las plataformas.
 - 1.2. Cláusula del buen samaritano.
 2. **El impacto de la automatización en el paradigma de la responsabilidad civil.**
 3. **La protección de las expectativas de los consumidores.**
 4. **Responsabilidad de las plataformas y su función en las CGV: primeras conclusiones.**
- IV. LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO EN LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR.
- V. OBSERVACIONES FINALES.
- VI. REFERENCIAS.

I. LA RECONFIGURACIÓN DE LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR: PLANTEAMIENTO Y PROPUESTA

El extraordinario crecimiento de la economía digital ha transformado profundamente las cadenas globales de valor (en adelante, CGV). Ha dotado a las cadenas de suministro (y/o cadenas de valor¹) de nuevas herramientas y modelos para organizar y estructurar las «actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio y el uso y la venta del producto, así como las actividades conexas de las relaciones comerciales establecidas en fases anteriores y posteriores de la empresa»².

Por un lado, las tecnologías digitales han permitido a las empresas ampliar, expandir y optimizar sus canales de distribución y sus prácticas de comercializa-

1. Se emplean de forma simultánea y casi equivalente las expresiones de «cadena de suministro» y «cadena de valor» a lo largo de este trabajo. Ambos términos, junto con el menos frecuente de «cadena de actividades», confluyen hoy en los textos legislativos de la Unión Europea en aparente alternatividad, a pesar de que responden a enfoques diferentes, se basan en estrategias diversas y articulan acciones y actividades complementarias. La cadena de suministro es parte de la cadena de valor, por lo que la cadena de valor es un concepto comprensivo más amplio dirigido a generar valor al cliente o usuario final. La terminología legislativa es alternante, por lo que mantenemos el uso intercambiable de ambos términos, a pesar de reconocer sus diferencias. Así, por ejemplo, el término «cadena de valor» de la IA aparece en el Reglamento de Inteligencia Artificial —conforme al texto con las enmiendas del Parlamento de 13 de marzo de 2024 al REGLAMENTO (UE) 2024/... DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de...por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)— (Art. 25 *Responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA*), junto con referencias en el mismo texto legal a los operadores de la «cadena de suministro» (Art. 3[7] «Distribuidor»: una persona física o jurídica que forme parte de la cadena de suministro, distinta del proveedor o el importador, que comercialice un sistema de IA en el mercado de la Unión). La evolución terminológica también ha sido particularmente significativa en la Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, como explica a continuación.

2. Definición de «cadena de valor» que contenía el Artículo 3 de la Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (Texto pertinente a efectos del EEE) {SEC(2022) 95 final} - {SWD(2022) 38 final} - {SWD(2022) 39 final} - {SWD(2022) 42 final} - {SWD(2022) 43 final}: «las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluido el desarrollo del producto o del servicio y el uso y la enajenación del producto, así como las actividades conexas de las relaciones comerciales anteriores y posteriores establecidas de la empresa». Un término y una definición que han pasado en la versión aprobada por el Consejo el 15 de marzo de 2024 (2022/0051[COD]) a ser sustituidos por el de «cadena de actividades» y una definición que distingue entre y describe actividades de los socios comerciales ascendentes (*upstream*) y descendentes (*downstream*) de una empresa. Esta distinción entre actividades previas (producción, diseño, fabricación, transporte, suministros de materias primas o partes de un producto) y actividades posteriores (venta, distribución, transporte y almacenamiento de los productos) ya se había propuesto por el Parlamento en la versión del texto de 1 de junio de 2023 (2022/0051[COD]), aunque en esta versión se mantenía el término de cadena de valor.

ción, reforzar las relaciones con sus clientes, supervisar las actividades previas y posteriores, y personalizar en gran medida y orientar eficazmente el suministro de productos y servicios a escala mundial³.

Por otro lado, más allá de estos visibles beneficios y su vital contribución a la eficacia de las cadenas de suministro tradicionales, la economía digital ha tenido un impacto aún más sustancial y de tipo estructural en las CGV con la irrupción y abrumadora presencia de las plataformas digitales. La transición de una economía digital a una auténtica economía de plataformas⁴ impulsada y dominada por plataformas digitales también ha provocado una transformación radical en los modelos de suministro y las cadenas de valor. Las plataformas no sólo han surgido en el mercado como nuevos actores y han «acortado» significativamente las cadenas de suministro eliminando intermediarios⁵. Ante todo, los modelos de plataforma han rediseñado los esquemas sobre los que se despliegan y operan las cadenas de suministro⁶. En la economía de plataformas, las CGV⁷ han evolucionado desde el clásico modelo lineal y secuencial (*pipeline model*)⁸ hacia modelos más diversos y sofisticados basados en redes, estructuras multilaterales, y esquemas descentralizados o distribuidos⁹.

Bajo estos modelos, las CGV no se construyen y operan como una mera cadena de relaciones contractuales entre empresas que intervienen lineal y secuencialmente en las actividades de distribución, sino que emergen bajo la forma de redes, ecosistemas o modelos organizativos cada vez más complejos. La idea clásica de la «cascada contractual» o «cascada de contratos» con la que se describe el modelo tradicional de regulación y gobierno de las cadenas de suministro debe recontextualizarse en las CGV que funcionan como plataformas, redes o modelos

3. OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development), *Key issues in Digital Trade. OECD Global Forum on Trade 2023 «Making Digital Trade Work for All»*, October 2023, en <https://www.oecd.org/trade/OECD-key-issues-in-digital-trade.pdf>.

4. Como se describe en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Rules for a Platform Economy: A Case for Harmonization to Counter “Platform shopping in the Digital Economy”», en PRETELLI, Ilaria (ed.), *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms - Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales - Actes de la 30e Journée de droit international privé du 28 juin 2018 à Lausanne*, Zúrich: Schulthess, 2018, pp. 55-79.

5. OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, Paris, 2019, en <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>.

6. LUNDQUIST, K. Y WOO KANG, J., «Digital platforms and global value chains», ADB et al.(Eds.), *Global value chain development report*, 2021, pp. 179-201.

7. KENNEY, M. Y ZYSMAN, J., «The Rise of the Platform Economy», *Issues in Science and Technology* 32, no. 3, primavera de 2016.

8. VAN ALSTYNE, M. W., PARKER, G.G. Y CHOUDARY, S. P., «Pipelines, Platforms, and the New Rules of Strategy», *Harvard Business Review*, abril de 2016, <https://hbr.org/2016/04/pipelines-platforms-and-the-new-rules-of-strategy>.

9. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Platform-based Models for Facilitating International Trade: A Legal Analysis», en Sheela Rai y Jane Winn (Eds.), *Trade Facilitation and the WTO*, Cambridge Scholars Publishing, 2019.

descentralizados —modelos basados en DLT (para referirnos a *Distributed Ledger Technologies*)—. En lugar de una cascada de contratos entre las empresas de la cadena, estas CGV funcionan sobre la base de acuerdos multilaterales, modelos descentralizados basados en fórmulas de consenso (DLT) o una combinación de acuerdos entre las partes y el operador de la plataforma, de un lado, y acuerdos ulteriores entre las partes participantes en la plataforma, de otro¹⁰. Los contratos son los componentes esenciales de la organización y la operativa de las cadenas de suministro, pero también de los distintos modelos y prácticas de gobernanza. Las CGV se basan en contratos como «dispositivos de y para la gobernanza». Las técnicas de contratación en las CGV organizan la cooperación a lo largo de la cadena. Según los diversos modelos de CGV (redes, plataformas, contratos con múltiples partes, esquemas colaborativos o asociativos), se despliegan también modelos alternativos de gobernanza que distribuyen los poderes de supervisión y regulación o los atribuyen a una (operador de la plataforma) o varias partes (en modelos distribuidos o descentralizados). Por tanto, los modelos de gobernanza de las CGV se han remodelado radicalmente para dar cabida a una variedad de estructuras en red, esquemas descentralizados o CGV impulsadas por plataformas y esta transformación se proyecta sobre las condiciones contractuales, los mecanismos de diligencia debida y la asignación de riesgo y atribución de responsabilidad.

Como resultado de esta transición, las plataformas han adquirido un papel primordial y polifacético en las CGV. Aunque la prominencia del papel de las plataformas es innegable, la caracterización jurídica de su papel es, sin embargo, variable y, en cierta medida, todavía incierta y controvertida. El hecho de que las plataformas participen o simplemente se conviertan «involuntariamente» (en el sentido, de que son percibidos como o que inducen al consumidor a creer que son, en realidad)¹¹ en importadores, distribuidores o proveedores a lo largo de la cadena de valor depende de una serie de factores que van desde el diseño de la plataforma hasta los modelos de gobernanza de base contractual y algorítmica¹². Los tribunales han abordado

10. Un entramado de contratos al que responde y que configura la «anatomía jurídica» de una plataforma, tal y como se explica y analiza con detalle en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

11. Referencia expresa a una cuestión que se abordará más adelante y que resulta del Artículo 6(3) del 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, en adelante RSD), al referirse a la apariencia, la percepción o las expectativas del consumidor sobre el verdadera posición contractual de la plataforma: «dicha plataforma en línea presente 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] RDS).

12. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. Extra 3, 2021, pp. 403-417.

estas cuestiones en diversos casos sobre plataformas y han desarrollado criterios (influencia decisiva, control, expectativas de los usuarios)¹³ para evaluar el papel del operador de la plataforma en el despliegue de las diversas actividades de suministro, distribución, logística y comercialización.

En este contexto de transición de los modelos de CGV, este trabajo explora el posible papel que, como mecanismo regulador, pueden desempeñar las normas sobre responsabilidad de las plataformas y, en particular, las reglas de responsabilidad por productos defectuosos en las modernas cadenas de suministro rediseñadas para una economía de plataformas. Como punto de partida, el régimen de responsabilidad por producto se asienta sobre una cascada de operadores económicos responsables que, en su composición, orden y diseño, sigue de cerca y parece replicar una cadena de suministro clásica. Este enfoque en cascada de la responsabilidad por productos defectuosos establece un marco regulador natural a lo largo de la cadena de suministro y disciplina las acciones, políticas y prácticas de diligencia debida a lo largo de las CGV. Para garantizar la eficacia y la efectividad de las normas de responsabilidad por producto en las CGV modernas, el régimen de responsabilidad debe adaptarse a los modelos y estructuras emergentes descritos anteriormente.

El marco de responsabilidad por producto, su contenido y alcance, debe adaptarse a la nueva arquitectura de las CGV.

Este trabajo aborda estos retos y explora las adaptaciones que es necesario acometer en las reglas de la responsabilidad por producto. En particular, este trabajo se aproxima a y se detiene en el análisis de la reciente propuesta¹⁴ de la Unión Europea para revisar la Directiva europea sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos que, entre otras modificaciones y mejoras sustanciales, prevé la responsabilidad de los operadores de plataformas (en condiciones muy específicas) por los productos defectuosos comercializados «a través de la plataforma». Incluso si, y cuando, la plataforma no es un distribuidor, importador o proveedor en las definiciones tradicionales de estos operadores, la revisión de la Directiva incluye (aunque en circunstancias muy específicas) a los operadores de plataformas en la cascada clásica de operadores responsables en las CGV, junto con otros actores en el terreno tradicional de las cadenas de suministro, como los *fulfilment service providers*. El 12 de marzo de 2024 el texto ha sido aprobado por el Parlamento Europeo¹⁵ procediéndose así a una modificación sustancial y una

13. Nos referimos a decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que se analizan más adelante en este trabajo, como la sentencia del TJUE en el asunto C-434/15, de 20 de diciembre de 2017, o la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-390/18 sobre Airbnb.

14. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, COM/2022/495 final.

15. P9_TA(2024)0132. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (COM[2022]0495 - C9-0322/2022 -2022/0302[COD]).

adaptación muy relevante y notable del régimen de responsabilidad por producto que había establecido la Directiva de 1985 (en adelante, DRPD)¹⁶ que queda ahora derogada.

La constatación de que ciertas modificaciones en las normas de responsabilidad por productos defectuosos eran necesarias parte precisamente de, entre otros desafíos planteados por la economía digital, los retos derivados de la transformación de las CGV y, en particular, la entrada en la escena mundial de otros agentes del mercado cuyo papel, aunque incierto, ambiguo o simplemente poliédrico desde un punto de vista jurídico, es destacado y crucial en la configuración moderna de la CGV: las plataformas.

El resultado esperado de tales modificaciones en el régimen de responsabilidad por producto es que estas reglas refuercen y amplíen su función como herramienta reguladora en las CGV, disciplinando las relaciones entre las partes a lo largo de y en la cadena y, lo que es más importante, definiendo las obligaciones y estableciendo los incentivos adecuados para la adopción de las pertinentes medidas de diligencia debida. Las normas de responsabilidad por productos defectuosos diseñan e implementan, en efecto, un sistema de asignación de incentivos a lo largo de las CGV. De modo que, en respuesta a tales incentivos, debidamente asignados, las plataformas aplicarían en consecuencia mecanismos de control y supervisión y adoptarían políticas adecuadas para prevenir (los daños causados por) el carácter defectuoso de los productos ofrecidos/comercializados/colocados en el mercado «a través de la plataforma». La exposición de las plataformas, en particular, a esta responsabilidad potencial por productos defectuosos se debe hacer cohonestar con la decisión de la Unión Europea de preservar y perpetuar el régimen de exención de responsabilidad («puerto seguro») de los servicios intermediarios en el nuevo paquete normativo para la economía de plataforma (en concreto, el Reglamento de Servicios Digitales, en adelante, RSD)¹⁷. Por lo tanto, los esfuerzos para extender la responsabilidad de las plataformas a la responsabilidad por productos defectuosos —que reconocerían su papel fundamental en las CGV— deben atemperarse e imbricarse debidamente con las exenciones de responsabilidad («puerto seguro») de las que pueden beneficiarse los operadores de plataformas, en cuanto que prestadores de servicios intermediarios, y alinearse con otras obligaciones de diligencia a las que están sujetas las plataformas (trazabilidad de los comerciantes, moderación de contenidos, mecanismos de gestión de reclamaciones, transparencia, cumplimiento desde el diseño, evaluación de riesgos, etc.) en el nuevo marco normativo

16. Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, *DO L 210* de 7.8.1985, pp. 29-33.

17. 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), conocido habitualmente como DSA (*Digital Services Act*) pero al que nos referiremos como RSD.

européo (en particular, el RSD y, cuando resulte de aplicación por haber sido designados guardianes de acceso, el RMD¹⁸).

Este artículo se estructura en cuatro secciones. Comienza analizando cómo la UE se ha embarcado y ha culminado un ambicioso proyecto para regular la economía de las plataformas con la adopción de un paquete de «leyes digitales» (Parte II) —RSD y RMD— y cómo, en esta iniciativa, la UE se ha enfrentado a, y ha resuelto, el dilema de la responsabilidad en y para una economía de plataformas (Parte III). Estos antecedentes permiten apreciar en qué medida el nuevo marco jurídico de la Unión para las plataformas tiene debidamente en cuenta su papel en la remodelación y transformación de las CGV. En las Reglamentos recientemente adoptados para la economía de plataformas, la Unión confirma la opción de política legislativa de preservar la exención de responsabilidad, pero con matices y algunas innovaciones muy interesantes. Cabe preguntarse si estos ajustes hacen que el régimen de responsabilidad sea más coherente y acorde con el papel de las plataformas en la transformación de las CGV. Paralelamente, la Unión Europea parece asumir que la responsabilidad por producto es, de hecho, uno de los elementos clave en la regulación de las CGV y, en tal contexto, reconoce la presencia de las plataformas incorporándolas al régimen revisado de responsabilidad por producto. Se analizarán los objetivos de la revisión, que se ha concretado con la aprobación del texto el 12 de marzo de 2024 por el Parlamento, y los retos que plantea (Parte IV).

II. LAS CADENAS DE VALOR EN LA TRANSICIÓN DE UNA ECONOMÍA DIGITAL A UNA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

En el contexto de la creación de un Mercado Único Digital para Europa¹⁹, la Unión Europea ha comprendido e integrado el papel esencial que desempeñan las plataformas en la economía digital y ha constatado la necesidad de y tomado las medidas para garantizar un entorno adecuado para su desarrollo y consolidación²⁰.

Por un lado, las plataformas son motores de innovación y crecimiento y constituyen un componente estratégico fundamental para la competitividad de la Unión. Por otro lado, las plataformas ocupan una posición crítica en una estrategia cada

18. 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), conocido habitualmente como DMA (*Digital Markets Act*) pero al que nos referiremos como RMD.

19. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una estrategia para el mercado único digital europeo*, COM (2015) 192 final, Bruselas, 05 de mayo de 2015.

20. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*, COM(2016) 288 final, 05 de mayo de 2016.

vez más visible de co-regulación, en la que los intermediarios digitales se implican en la detección y prevención de contenidos y actividades ilícitas y en la protección de derechos e intereses con la puesta en marcha de mecanismos voluntarios de identificación, retirada y reposición. En este sentido, plataformas e intermediarios se convierten en «socios prioritarios» a la hora de detectar y eliminar contenidos ilegales, frenar la oleada de noticias falsas y la manipulación informativa, y prevenir y vigilar los actos de incitación al terrorismo²¹.

Por lo tanto, cualquier decisión de iniciar una acción legislativa para establecer un marco regulador europeo para las plataformas debía tener en cuenta ambas consideraciones y lograr un adecuado equilibrio.

De un lado, su importante valor estratégico requiere garantizar que el entorno normativo y regulatorio sea adecuado, eliminando obstáculos innecesarios y suprimiendo, o mitigando, el riesgo de divergencias entre normativas nacionales incompatibles con la natural dimensión transfronteriza de la actividad de las plataformas²². Un marco normativo no armonizado en el mercado europeo no sólo trasladaría una indeseada fragmentación territorial al entorno digital, sino que alimentaría un nuevo fenómeno de arbitraje regulatorio para el que he acuñado el término *platform shopping*²³. En particular, la falta de armonización en el modelo de responsabilidad (o exención/exclusión de responsabilidad) de las

21. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, sobre la lucha contra el terrorismo, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, DO L 88/6, de 31 de marzo de 2017.

22. Sobre la inadecuación de las estrategias legislativas nacionales o regionales que fragmentan esta nueva realidad global que representa la economía de plataformas, a la que llamamos «digitalidad» y no simplemente «globalidad», nos remitimos a RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «The Emergence of Digital Communities: Generating Trust, Managing Conflicts, and Regulating Globality... Digitally», en Carol Greenhouse y Christina Davies (Eds.), *Landscapes of Law: Practicing Sovereignty in Transnational Terrain*, University of Pennsylvania Press, 2020, pp. 250-277.

23. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Rules for a Platform Economy: A Case for Harmonization to Counter “Platform shopping” in the Digital Economy», en Ilaria Pretelli (Coord.), *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms - Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales - Actes de la 30e Journée de droit international privé du 28 juin 2018 à Lausanne*, Zurich: Schulthess, 2018, 55-79. En el citado trabajo (p. 62) acuñé el término «platform shopping», una nueva variante del arbitraje regulatorio, to describe the intentional search for those platforms that offer a more favourable climate or friendlier regulation for a specific activity. En un entorno normativo no armonizado, las plataformas compiten entre sí como sistemas jurídicos privados para atraer a los usuarios a unirse a su comunidad y operar en su «jurisdicción privada». Así, en ausencia de normas armonizadas sobre plataformas, la competencia reguladora permitiría a los agentes del mercado desplegar acciones estratégicas y buscar la plataforma más adecuada. Si bien estos esfuerzos podrían ser una respuesta natural de los agentes del mercado a la sana competencia entre plataformas, *platform shopping* describe más bien los riesgos de la falta de un marco jurídico armonizado, que establezca los deberes, obligaciones y responsabilidades de los operadores de plataformas, lo que conduce a la proliferación de contenidos ilegales, incitación al odio, noticias falsas, actividades ilícitas dentro de plataformas sujetas a leyes aplicables menos estrictas y que explotan el trasfondo jurídico no armonizado.

plataformas agrava los efectos más perniciosos de este arbitraje regulatorio²⁴: que hemos acuñado como *platform shopping*. Por lo tanto, un enfoque coherente, común y unificado es clave para regular la economía de las plataformas en un contexto global.

De otro lado, la función de las plataformas como reguladores y supervisores (*first-line law enforcers*) exige diseñar un régimen de obligaciones y responsabilidades que asigne los incentivos adecuados para la colaboración de intermediarios y plataformas en la identificación y prevención de contenidos y actividades ilícitos y la protección de los derechos e intereses en juego. Se trata de una suerte de «delegación» o «transferencia» de funciones y competencias de las autoridades públicas que parte de la constatación de las importantes limitaciones con las que han de lidiar las fórmulas más tradicionales de detección y prevención de actos ilícitos y de resolución de conflictos en los sistemas de base estatal. Las plataformas, en cambio, son ágiles y eficaces en la detección y sanción, e incluso en la prevención de determinadas infracciones con métodos de gestión, localización y trazabilidad de contenidos. En consecuencia, se les está transfiriendo progresivamente la «responsabilidad»²⁵ de combatir los contenidos ilícitos, incompatibles con sus términos y condiciones y nocivos²⁶, de un modo tal que se haga coexistir sutilmente con el régimen de exención de responsabilidad consagrado en la Unión desde la Directiva 2000/31.

La Directiva de Comercio Electrónico (en lo sucesivo, DCE)²⁷, piedra angular del marco jurídico de la Unión Europea para los servicios digitales, empezaba a mostrar signos de agotamiento y reclamaba una revisión profunda y exhaustiva. La modernización del marco jurídico para la prestación de servicios digitales era

24. Sobre este planteamiento, nos remitimos a trabajos anteriores sobre el control de las «fake news» en un modelo no armonizado de responsabilidad de las plataformas. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Credibility-enhancing regulatory models to counter Fake News: Risks of a Non-harmonized intermediary liability paradigm shift», *Journal of International Media and Entertainment Law*, vol. 8, núm. 2, 2020, pp. 129-162.

25. En el sentido de una mayor responsabilidad social frente a los usuarios y la sociedad (*responsibility*) que no compromete la aplicación del régimen de responsabilidad civil (*liability exemption*) que les corresponde como prestadores de servicios de intermediación, en la medida en que cumplan los requisitos del «puerto seguro». Giancarlo F. Frosio y Martin Husovec, «Accountability and Responsibility of Online Intermediaries», en *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Giancarlo Frosio (Ed.), Oxford: Oxford University Press, 2020; Teresa Rodríguez de las Heras Ballell y Jorge Feliu Rey, «Digital Intermediary Liability or Greater Responsibility: A Remedy for Fake News?», in WEAVER, Russell L.; et al. (Eds.), *Twenty-First Century Remedies*, North Carolina: Carolina Academic Press, 2019, pp. 91-114.

26. Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre *medidas para luchar eficazmente contra los contenidos ilícitos en línea*, DO L 63/50, de 06 de marzo de 2018.

27. 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 de comercio electrónico). DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

esencial para la consolidación y el fortalecimiento del mercado único digital en sus nuevas etapas de evolución.

El nuevo Paquete de Servicios Digitales ha sido el vehículo a través del cual se canaliza el firme compromiso de la Unión de sentar las bases de una estrategia renovada para abordar los retos y oportunidades de una economía de plataformas.

El punto de inflexión se produce con la adopción de las propuestas de RSD²⁸ y de RMD²⁹, en el año crítico de la pandemia (2020), y su adopción final en 2022 como dos Reglamentos: el 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/CE³⁰ y el 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) 2020/1828³¹. El protagonismo de las plataformas ya era indiscutible. El RSD construye un marco de obligaciones escalonadas que incorpora a las plataformas como sujetos centrales en la economía digital. El RMD articula una compleja maquinaria basada en la designación de proveedores de «servicios básicos de plataforma» como guardianes de acceso sobre la base de una combinación de umbrales cualitativos y cuantitativos.

Esta conquista del terreno normativo por parte de las plataformas no es puramente terminológica, ni debe entenderse como meramente simbólica, es sustantiva y crucial en muchos aspectos.

Tanto el RSD como RMD reflejan el reconocimiento por la Unión del papel esencial que desempeñan las plataformas en la economía digital. Indirectamente, ambos Reglamentos también asumen que las plataformas desempeñan un papel clave en la configuración de las CGV. Las plataformas permiten a los comerciantes interactuar directamente y dirigirse a sus clientes y, en ese sentido, constituyen una alternativa a otros modelos de suministro, distribución y

28. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único digital de servicios (*Ley de servicios digitales*) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, 15 de diciembre de 2020, COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD).

29. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados justos y competitivos en el sector digital (*Ley de Mercados Digitales*), 15 de diciembre de 2020, COM(2020) 842 final2020/0374 (COD).

30. 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), (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/30/2022/REV/1, *DO L 277 de 27.10.2022, p. 1*.

31. 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), (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/17/2022/REV/1 *DO L 265 de 12.10.2022, p. 1*.

comercialización. El RSD no caracteriza jurídicamente la posición del operador de plataforma, pero asume, sin describirlos, que existe una amplia variedad de modelos de negocio en la economía de plataformas. Como se describe más adelante en el breve análisis de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), las plataformas pueden diseñarse o funcionar, contractualmente o *de facto como* distribuidores, agentes comerciales, *fulfilment service providers* o incluso proveedores directos de servicios. Su diseño contractual y de su base algorítmica asignan internamente funciones y facultades al operador de la plataforma que proporcionan indicios u ofrecen pruebas relevantes de la posición jurídica que ocupa el operador. Por lo tanto, la diversidad de modelos de plataforma en el contexto de las CGV debe ser coherente con la aplicación de las normas de responsabilidad. Una aplicación excesiva y descontextualizada de la exención de responsabilidad a las plataformas en todos los modelos posibles puede frustrar la sostenibilidad de las CGV e incluso pervertir el papel de la responsabilidad por producto (en un modelo de cascada) como herramienta reguladora de las CGV.

En la sección siguiente (*infra* III), se analiza el enfoque adoptado por la Unión Europea ante el dilema de la responsabilidad de las plataformas, con el fin de calibrar la adecuación de dicho modelo de responsabilidad al papel de las plataformas en la moderna configuración de las CGV.

III. EL DILEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS: LA RESPUESTA DE LA UE

El modelo de exención/exclusión de la responsabilidad de las plataformas basado en el «puerto seguro» para los prestadores de servicios intermediarios, que cristalizó en la DCE, aborda el dilema de la responsabilidad de las plataformas y lo resuelve, desde una perspectiva teórica, inicialmente, de forma razonable y correcta. La práctica, sin embargo, muestra la complejidad de los intereses en conflicto y la inestabilidad del equilibrio alcanzado, y demuestra así que la solución no es perfecta.

El dilema al que se enfrenta el regulador es lograr un equilibrio satisfactorio y estable de incentivos para que la cooperación de las plataformas en la detección, prevención y retirada o suspensión de contenidos ilegales y actividades ilícitas no censure ni interfiera en el ejercicio de los derechos y libertades, sino que confiera la eficacia e inmediatez que permiten sus mecanismos de moderación, notificación y actuación. El regulador trata de conjurar el riesgo de censura sin renunciar a la colaboración de las plataformas en primera línea de actuación (*first-line enforcers*) ante la incapacidad y la insuficiencia de los sistemas y procedimientos convencionales para gestionar y resolver eficazmente los conflictos de derechos e intereses en la economía digital. Para ello, se formula la solución de la exención de responsabilidad, que trata de situar adecuadamente los incentivos para la cooperación de las plataformas en el binomio conocimiento-control.

El dilema que el regulador cree así resuelto se traslada a las plataformas. Ante el «puerto seguro», las plataformas se enfrentan a otro dilema: cómo encontrar el equilibrio entre generar credibilidad, supervisar, moderar e intervenir en la actividad de los usuarios en la plataforma, es decir, crear y gobernar su «jurisdicción privada»; y minimizar a la vez su exposición al riesgo de incurrir en responsabilidad. En suma, cómo maximizar los beneficios y reducir los costes del binomio conocimiento-control. Y este dilema es, en realidad, un dilema de la plataforma, es decir, un dilema asociado a la transformación de la economía digital en una economía de plataformas en la que, naturalmente, las plataformas son el modelo predominante y los operadores de plataformas los actores principales. Por lo tanto, un régimen de exención/exclusión de responsabilidad diseñado y formulado para los prestadores de servicios intermediarios presenta inevitablemente deficiencias cuando se pretende trasladar, sin ajustes, a los operadores de plataformas.

Este es el primer reto, comprender y apreciar cuándo y hasta qué punto los operadores de plataformas son proveedores de servicios de intermediación. El encaje no es pleno ni siempre convincente, y desde luego es incierto y cambiante. Por lo tanto, el «puerto seguro» puede preservarse en esencia, pero es necesario matizarlo, calibrarlo y afinar ciertas fricciones. Este es el objetivo de innovar manteniendo la continuidad de las normas anteriores. Las principales novedades del RSD pueden interpretarse como soluciones destinadas a ajustar las normas anteriores y acomodarlas a la economía de las plataformas.

1. Repensar la inexistencia de un deber general de supervisión

El primer principio sobre el que se asienta el «puerto seguro» es la ausencia de un deber general de supervisión. Esto acentúa los incentivos hacia una estrategia de pasividad o inhibición por parte de los intermediarios centrada en diseñar mecanismos claros y eficaces, previsibles y muy bien definidos, para obtener el conocimiento que desencadena la obligación de actuar. Por tanto, el riesgo se calibra en esta fase del proceso (post-conocimiento) y simplemente se evita en el período previo (pre-conocimiento y, por tanto, supervisión general).

La economía de plataformas desafía, contradice e incluso pervierte esta lógica. El contraste entre modelos es cada vez más evidente. La capacidad de creación de valor de una plataforma depende en gran medida de su estrategia de regulación, supervisión y creación de confianza, alejándose a diferentes distancias, según el modelo concreto, de la estrategia de pasividad e inacción.

Más allá de mejorar la prestación de servicios digitales aprovechando sus eficiencias de red, economías de escala y ventajas de creación de valor, las plataformas aspiran a crear sistemas jurídicos privados basadas en una infraestructura contractual. Dentro de una enorme variedad de modelos de negocio, los operadores de plataformas actúan como reguladores (contractuales) adoptando normas y políticas de plataforma, supervisando el cumplimiento y sancionando las infracciones

(de forma centralizada o, más a menudo, aplicando mecanismos descentralizados de supervisión P2P y adoptando políticas de sanción), facilitando la resolución de conflictos y proporcionando sistemas para crear y retener la reputación³².

Estas funciones de los operadores de plataformas rompen el molde creado por la DCE para los proveedores de servicios intermediarios. De hecho, la variedad de operadores de plataformas en el mercado difícilmente encaja en la taxonomía binaria de la DCE: proveedores de servicios (generales) y proveedores de servicios intermediarios. Si bien es cierto que los operadores de plataformas actúan como facilitadores, habilitadores o incluso intermediarios, su perfil funcional dista mucho de la concepción pasiva o puramente técnica de un proveedor de servicios intermediarios tal y como la concibió originalmente la DCE. Mientras que las señas de identidad de los prestadores de servicios de intermediación cubiertos por el «puerto seguro» son precisamente la ausencia de control y la falta de conocimiento, los operadores de plataformas se esfuerzan por crear un entorno de confianza para los usuarios proporcionando mecanismos para obtener conocimiento, gestionar avisos, eliminar contenidos o garantizar el cumplimiento de las políticas internas de las plataformas. En este sentido, las plataformas aplican sistemas de aviso y retirada, moderación algorítmica o mecanismos de clasificación que se basan en verificadores de confianza y marcadores de confianza, y se esfuerzan por adoptar normas comunes y garantizar un cumplimiento efectivo. Por tanto, las plataformas deben alejarse de la posición de meros intermediarios pasivos, tal como prevé la DCE, para mejorar sus servicios, atraer y retener a los usuarios y resultar atractivas en un «mercado de plataformas» competitivo.

Como se analiza más adelante, estas decisiones son muy relevantes para desbrozar los diferentes papeles que las plataformas pueden desempeñar y desempeñan en la formación de las CGV modernas.

Dada la constelación de modelos de negocio que pueden adoptar las plataformas, la categorización jurídica de un operador de plataforma ha de basarse en un análisis previo de sus funciones, deberes y obligaciones según lo establecido en el acuerdo de acceso (y otros contratos relacionados) y en el funcionamiento de todos los sistemas y mecanismos establecidos para la calificación, la gestión de notificaciones, la eliminación, el etiquetado o la clasificación. Este es el camino seguido por el TJUE en sus últimas sentencias sobre plataformas (*Uber*³³

32. Como venimos defendiendo desde hace tiempo, comprender este perfil funcional (polifacético) de las plataformas y su anatomía de base contractual es esencial para diseñar una estrategia regulatoria adecuada y diseñar una fórmula adecuada para abordar y resolver en gran medida el dilema de la responsabilidad de las plataformas. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU», 3 *The Italian Law Journal*, num. 1/3, 2017, pp. 149-176.

33. La sentencia del TJUE en el asunto C-434/15, de 20 de diciembre de 2017, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 16 de julio de 2015, en el procedimiento entre *Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S. L.* ECLI:EU:C:2017:981. La decisión del TJUE en este asunto, precedida de unas

y *Airbnb*³⁴). El análisis de cada plataforma revela si el operador de la plataforma tiene el control y una influencia decisiva sobre la actividad de los usuarios dentro de la plataforma y, en caso afirmativo, en qué medida³⁵. En consecuencia, el TJUE incorpora a la taxonomía binaria de los prestadores de servicios los factores pertinentes de control e influencia decisiva para evaluar el papel del operador de la plataforma. Una consecuencia natural, aunque no expresa en la decisión ni necesariamente deducible, de la evaluación multifactorial del TJCE debería ser el impacto sobre el régimen de responsabilidad. Sin alterar el «puerto seguro», la evaluación de la influencia y el control afecta inevitablemente al papel pasivo del operador de la plataforma que sustenta la exención de responsabilidad.

Esta realidad no exige el abandono definitivo del modelo de «puerto seguro». De hecho, el DSA no lo hace, pero sí exige recontextualizarlo. Por una parte, preserva claramente la ausencia de un deber general de vigilancia o de búsqueda activa. Así, el artículo 8 DSA recuerda que «(n)o se impondrá a los prestadores de servicios intermediarios ninguna obligación general de supervisar la información que transmitan o almacenen, ni de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas». Esta continuidad se subraya incluso de forma elocuente en el considerando 30 al insistir en que (n)ada en el Reglamento debe interpretarse en el sentido de que impone una obligación general de supervisar o buscar activamente hechos en general, o una obligación general a los prestadores de adoptar medidas proactivas en relación con contenidos ilícitos, pero también al aclarar que esta ausencia de deber general no afecta a las obligaciones de supervisión en un caso concreto y, además, que no interfiere con las órdenes de las autoridades nacionales de conformidad con el Derecho nacional, en cumplimiento del Derecho de la Unión y de acuerdo con las condiciones del Reglamento. Pero la continuidad de este pilar fundamental se ve matizada por dos desarrollos particulares de la DSA que apuntan en esta dirección y responden a estas fricciones (Considerando 16 DSA).

1.1. El papel activo de las plataformas

La DSA incluye una referencia explícita a la relevancia del papel activo que pueda desempeñar el operador y que sea de tal naturaleza que le confiera conocimiento

importantes y muy discutidas conclusiones del Abogado General Szpunar, emitidas en mayo de 2017, era esperada en el mercado con gran expectación. La decisión del TJUE en este asunto, precedida de unas importantes y discutidas Conclusiones del Abogado General Szpunar, emitidas el 11 de mayo de 2017, era esperada en el mercado con gran expectación por su previsible impacto en la configuración del sector y en la delimitación del concepto de economía colaborativa.

34. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-390/18. El proceso penal contra X se refiere a una petición de decisión prejudicial planteada por el Juge d’instruction du tribunal de grande instance de Paris, ECLI:EU:C:2019:1112.

35. DE FRANCHESCHI, A., «Uber España y la “crisis de identidad” de las plataformas online», *EuCML— Journal of European Consumer and Market Law*, num. 1, 2018, pp. 1-4.

o control (Considerando 18 DSA). De este modo, la DSA reconoce e incorpora la jurisprudencia del TJUE que configura y modula el ámbito de aplicación y el alcance de las normas de «puerto seguro».

La sentencia del TJUE en el asunto eBay³⁶ confirmó la calificación de eBay como intermediario, pero dejó abierta una vía de interpretación al condicionar su respuesta a la constatación de que el operador no desempeña un papel activo. No es realista reducir el papel de un operador de plataforma al almacenamiento de datos y contenidos o a la mera puesta a disposición de motores de búsqueda. En el ejercicio de sus funciones de regulador, supervisor o generador de confianza, es poco probable que pueda negarse una cierta intervención activa del operador en la comunidad.

En su análisis del asunto Uber³⁷, que el Tribunal perfila con especial cuidado y que mantiene rigurosamente como ámbito fáctico de su sentencia, el TJUE recurre a tres criterios fundamentales en los que basa su calificación jurídica del operador y de los servicios prestados.

En primer lugar, en el asunto UberPop, en el que los conductores no son profesionales, el Tribunal apreció el papel del operador como creador de un mercado que no sería viable sin su intervención. En opinión del TJUE, la no profesionalidad de los conductores implica que la misión del operador no es simplemente intermediar entre una oferta existente y una demanda de tales viajes, sino que la propia plataforma constituye la oferta de servicios de transporte por parte de conductores que, de otro modo, no estarían en condiciones de prestar el servicio. Con este primer argumento, el TJUE está dando un valor sustantivo a la función de agregación de la tecnología digital utilizada (aplicaciones, dispositivos móviles, plataforma). Es decir, el Tribunal no entiende que el vector causal del servicio prestado por Uber se detenga en la oferta y prestación de un entorno digital para la interacción y transacciones entre conductores y pasajeros, sino que lo proyecta sobre la propia naturaleza del servicio. De este modo, confiere sentido causal al servicio de transporte prestado por los conductores registrados en la plataforma.

Este criterio, que el Tribunal delimita muy bien y aplica de forma convincente en el caso analizado, se vuelve difuso y ambiguo cuando se traslada a otros sectores. En realidad, los modelos *peer-to-peer* (P2P) parten todos de un punto de partida muy similar. La oferta no existe de antemano porque está atomizada y no tiene alcance suficiente para atender una demanda latente pero también dispersa, por lo que la plataforma la agrega y estructura, permitiendo que la actividad se haga

36. TJUE 12 de julio de 2011, C-324/09 *L'Oréal SA y otros contra eBay International AG y otros*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-324/09>: «El artículo 14, apartado 1, de la 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), debe interpretarse en el sentido de que se aplica al operador de un mercado electrónico cuando éste no desempeña un papel activo en la adquisición del conocimiento o del control de los datos almacenados».

37. TJUE 20 de diciembre de 2017 Asunto C-434/15.

factible y viable. En el corazón de la economía colaborativa más pura, la plataforma actúa inevitablemente como creador de mercado al facilitar la interacción y la cooperación. Además, una de las funciones básicas tradicionales de un intermediario en el sentido económico es precisamente agregar y centralizar, permitiendo la interacción, la selección y la contratación³⁸. En efecto, en el caso de UberPop, a pesar de la condición no profesional de los conductores, la actividad se ejerce con ánimo de lucro y el servicio de transporte se presta a cambio de una remuneración. Por lo tanto, la sentencia del TJUE se dicta con arreglo a estos criterios. Sin embargo, se trata de un criterio cuya aplicación puede resultar muy incierta cuando se aplique en otros sectores. Como único criterio de calificación jurídica del operador, nos parece, pues, insuficiente y, en cierta medida, inadecuado.

En segundo lugar, sin embargo, el TJUE complementa su doctrina sobre la calificación jurídica del operador con otros dos factores: la influencia decisiva y la capacidad de control. Ambos criterios actuarían como puentes entre el estrato del operador y la comunidad de usuarios. Como consecuencia, se estrecha la separación entre ambos niveles y se debilita el argumento de la no intervención del operador en la actividad de la comunidad más allá de la gestión de la plataforma.

Ninguno de estos criterios forma parte de la definición con la que la DCE describe a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Por tanto, la primera cuestión es si la concurrencia de ambos factores transforma inevitable y automáticamente la condición jurídica del prestador en prestador principal del servicio, transporte en este caso, dejando de ser prestador de servicios de la sociedad de la información, o si puede, en otros casos, afectar únicamente a la aplicación del régimen de responsabilidad. Pues si se argumentara que el operador de la plataforma es, no obstante, un intermediario, la presencia de control e influencia decisiva desencadenaría la no aplicación del régimen de exclusión de responsabilidad (art. 14.2 DCE). En este sentido, no son evidentes los efectos de la concurrencia de los factores de control e influencia decisiva más allá del caso concreto analizado por el Tribunal.

Resulta aún más difícil evaluar qué tipo de actividades, comportamientos, prácticas o funciones de los operadores de una plataforma revelarían la existencia de influencia y control decisivos. El TJUE identifica en este caso, en particular, que (par. 39) el operador «fija al menos el precio máximo del trayecto, recibe este precio del cliente y luego paga una parte del mismo al conductor no profesional del vehículo y ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que puede llevar a su exclusión». Por tanto, sería necesario analizar en cada modelo de negocio el alcance, contenido y efecto de control de las funciones que realiza el operador en relación con la explotación de la plataforma para valorar si tienen una influencia decisiva. Esta evaluación no es sencilla porque precisamente la capacidad de creación de

38. BAILEY, J. Y BAKO, Y., «An Exploratory Study of the Emerging Role of Electronic Intermediaries», *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 1, no. 3, primavera, 1997, pp. 7-20.

valor de una plataforma deriva de sus funciones de regulación, supervisión, control y, en ocasiones, resolución de conflictos. Por lo tanto, una estrategia de creación de confianza basada en el desarrollo extensivo de estas funciones expondría claramente al operador a una calificación jurídica como proveedor directo o a la no aplicación del puerto seguro.

1.2. Cláusula del buen samaritano

La segunda innovación el RSD sobre el modelo de «puerto seguro» es la incorporación de la llamada disposición o cláusula del «buen samaritano». En el artículo 7 RSD, el Reglamento introduce una novedad notable:

No se considerará que los prestadores de servicios de intermediación no reúnen las condiciones para acogerse a las exenciones de responsabilidad a que se refieren los artículos 4, 5 y 6 por la única razón de que realicen, de buena fe y de modo diligente, investigaciones por iniciativa propia de forma voluntaria, o adopten medidas con el fin de detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos, o bloquear el acceso a estos, o adoptar las medidas necesarias para cumplir los requisitos del Derecho de la Unión y del Derecho nacional en cumplimiento del Derecho de la Unión, incluidos los requisitos establecidos en el presente Reglamento.

Esta solución pretende atacar directamente el efecto «indeseado» de pasividad que fomenta el modelo puro de «puerto seguro».

Esta disposición tiene, al menos en su formulación literal, dos elementos. Su objetivo es uno y el mismo: tender un puente entre la ausencia de obligación de búsqueda activa y el mantenimiento de la exención de responsabilidad. Así, el comportamiento proactivo no impide a los prestadores beneficiarse de la exención de responsabilidad. El primer elemento parece ser el más amplio: llevar a cabo, de buena fe y de manera diligente, investigaciones por iniciativa propia de forma voluntaria. El segundo elemento conectaría las exenciones de responsabilidad con las obligaciones que el propio RSD establece en sus artículos posteriores de forma escalonada. Como explica el considerando 26, el impacto de estas prácticas y medidas voluntarias sobre la aplicabilidad de las exenciones de responsabilidad era incierto, por lo que la inclusión de esta disposición confiere expresamente seguridad jurídica y tiene precisamente por objeto promover estrategias proactivas de los intermediarios. Además, es, sobre todo, una incorporación plena y expresa del modelo funcional y estratégico de las plataformas que buscan y necesitan generar un espacio de confianza regulando, supervisando, con mecanismos de moderación de contenidos.

Este reconocimiento es, sin duda, una «ampliación» del «puerto seguro» en la medida en que clarifica el alcance y la extensión de esta zona de seguridad en la que los intermediarios (especialmente las plataformas) desarrollan y despliegan

su estrategia para generar confianza y credibilidad, limitar su exposición al riesgo y articular sus prácticas empresariales. Especialmente reveladora es la referencia expresa en el Considerando al uso de herramientas automatizadas (*moderación algorítmica de contenidos*). De este modo, las prácticas ampliamente implantadas por las plataformas para detectar, identificar o eliminar contenidos (sistemas de etiquetado, moderación automatizada, la más amplia variedad de sistemas privados de detección y eliminación) ganan terreno en el RSD.

Sin embargo, la disposición no está exenta de incertidumbres que las plataformas tendrán que gestionar. El mantenimiento de la exención no es pleno, sino que está supeditado a que las medidas se adopten de buena fe y con diligencia. El Considerando 26 concreta estos requisitos en la adopción de medidas con arreglo a criterios objetivos, no discriminatorios y proporcionados, teniendo debidamente en cuenta los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, y estableciendo las salvaguardas necesarias contra la retirada injustificada de contenidos lícitos. De nuevo, aunque con un marco mejor definido, serán esenciales los esfuerzos de las plataformas por diseñar, articular y operar mecanismos de detección, identificación y retirada (y reincorporación) que acrediten y se alineen con estos criterios. En este caso, parece que debemos interpretar que abogan por un enfoque de *procedural fairness*. Es decir, las políticas, procedimientos y mecanismos que se apliquen deben estar diseñados para funcionar de forma objetiva, proporcionada y no discriminatoria. Porque esto es lo que mantiene a la plataforma bajo la protección del artículo 8 RSD y mantiene su elegibilidad para las exenciones. Se trata de un análisis global que califica al proveedor específico para las exenciones, aunque no garantiza que éste sea necesariamente el caso. En última instancia, la mera adopción de medidas no desactiva por sí sola las exenciones.

2. El impacto de la automatización en el paradigma de la responsabilidad civil

La eficacia del control y la eliminación de contenidos ilegales puede mejorarse notablemente incorporando el filtrado automático, mecanismos basados en algoritmos y sistemas de inteligencia artificial³⁹. La automatización plantea, sin embargo, riesgos de eliminación excesiva y suscita preocupaciones de censura. Una tendencia creciente hacia una mayor transparencia en la configuración, el funcionamiento y el proceso de autoaprendizaje de los algoritmos se hace eco de estas preocupaciones. La divulgación plena y la explicación clara de la política de contenidos de las plataformas en las condiciones del servicio, los procedimientos de notificación y retirada y los criterios de filtrado automático deberían mitigar estos riesgos. En términos de mercado, la transparencia aumentaría la competencia en el mercado de plataformas y permitiría una elección razonable y decisiones informadas.

39. ELI, *Guiding Principles for Automated Decision-Making in the EU. ELI Innovation Paper*. 9 de mayo de 2022, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Innovation_Paper_on_Guiding_Principles_for_ADM_in_the_EU.pdf.

También podrían adoptarse otras salvaguardas contra la eliminación excesiva y el abuso del sistema para mitigar el riesgo de coartar la libertad de expresión. Unos procedimientos de notificación razonables, un filtrado automático bien diseñado y continuamente supervisado y una política de eliminación equilibrada deberían complementarse con sistemas de señalización de confianza, procedimientos de contranotificación y medidas para prevenir y penalizar las notificaciones y contranotificaciones de mala fe.

El considerando 22 de la LDC trata de acercarse a algunas cuestiones, aclarando, por ejemplo, que el hecho de que «el prestador indexe automáticamente la información subida a su servicio, disponga de una función de búsqueda y recomiende información en función de los perfiles o preferencias de los destinatarios del servicio no es motivo suficiente para considerar que el prestador tiene conocimiento “específico” de las actividades ilícitas realizadas en esa plataforma o de los contenidos ilícitos almacenados en ella». Pero la incertidumbre se mantiene en el uso de mecanismos automatizados que responden a criterios predeterminados de «ilegalidad» o «incompatibilidad» con las normas de la plataforma, o a patrones por los que el mecanismo de filtrado o moderación identificará contenidos sospechosos (para *demotion*) o incluso los eliminará o suspenderá el acceso. Es inevitable preguntarse cuándo se obtiene el conocimiento a efectos de exención de responsabilidad: en la determinación de los criterios conforme a los que opera el sistema de moderación automatizada de contenidos, en la identificación concreta del contenido, en la evaluación del contenido, o en la decisión (automatizada o no) de retirar o suspender.

3. La protección de las expectativas de los consumidores

El artículo 6, que reproduce en el RSD la disposición relativa a los prestadores de servicios de alojamiento de datos (art. 14 DCE), incorpora una interesante novedad cuyos efectos y alcance pueden ser, sin embargo, un tanto inciertos.

Se añade un apartado 3 que presenta, en la delimitación de su ámbito de aplicación, una curiosa desviación en la estructura del RSSD. En la lógica de obligaciones escalonadas del RSD, las exenciones de responsabilidad representan la primera capa que se aplica a los proveedores de servicios intermediarios. Las capas sucesivas apilan obligaciones y normas específicas para los servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas, para las plataformas que permiten la celebración de contratos entre comerciantes y consumidores, y para las plataformas muy grandes y los motores de búsqueda. La nueva norma, que es en realidad una excepción a la exención, se aplica exclusivamente a determinados proveedores de alojamiento, a saber, las plataformas transaccionales B2C. En otras palabras, se aplica a las plataformas que permiten la celebración de contratos entre comerciantes y consumidores. El apartado 3 lleva así al primer nivel una excepción aplicable a categorías de proveedores a las que dedica secciones posteriores del texto con disposiciones específicas.

Con este concreto ámbito de aplicación, la nueva disposición excluye de la protección del «puerto seguro», con un alcance específico que se analizará a continuación, a los operadores de estas plataformas en la medida en que, por la forma en que presentan la información o permiten concluir las transacciones, inducen a los consumidores a creer que el operador de la plataforma es quien presenta la información u ofrece el producto o servicio o que el comerciante lo hace bajo su autoridad o control. La idea subyacente es que determinados elementos del funcionamiento de la plataforma crean la «apariencia» y generan así la «expectativa» de que no es un mero intermediario, sino que participa de algún modo en la transacción y, por tanto, el consumidor medio cree razonablemente que la plataforma controla, conoce o incluso presta el servicio u ofrece el producto final.

Con la disposición transcrita, puede completarse el análisis de la excepción con un matiz importante:

El apartado 1 no se aplicará con respecto a la responsabilidad, 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, cuando dicha plataforma en línea presente 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.

La disposición tiene por objeto establecer una excepción a la exención de responsabilidad de los proveedores de servicios de alojamiento, pero no es absoluta y total, sino de alcance limitado: *en lo que respecta a la responsabilidad, en virtud de la legislación sobre protección de los consumidores*. Así, el operador de la plataforma se convierte en responsable ante el consumidor de la misma forma que lo sería el comerciante en virtud de la legislación de protección de los consumidores. A la inversa, debemos entender que estas plataformas aún podrían estar protegidas por la exención en relación con la responsabilidad que no está relacionada con la ley de protección del consumidor.

Nos interesa especialmente esta matización sobre el alcance de la excepción porque el objetivo de este trabajo es analizar en qué medida la responsabilidad por producto actúa como mecanismo regulador de las CGV imponiendo medidas de diligencia debida a las plataformas, nuevos actores protagonistas de las modernas cadenas de suministro. En definitiva, es clave entender de qué modo se articulan de forma coherente las disposiciones que extienden la responsabilidad por producto a las plataformas con el juego de excepciones a la exención de responsabilidad que contiene el nuevo RSD.

La cuestión clave y más compleja de esta excepción es determinar qué factores desencadenan la aplicación de esta disposición. La redacción del apartado 3 parece girar en torno a la idea de que las expectativas razonables del consumidor medio

se basan en la apariencia, lo que incluye el diseño, el funcionamiento y la forma de presentar, acceder o verificar la información, así como en su contenido.

El considerando 24 ofrece algunos ejemplos. *Entre los ejemplos de estas prácticas encontramos el de una plataforma en línea que no muestre claramente la identidad del comerciante como exige el presente Reglamento, el de una plataforma en línea que 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 el de una plataforma en línea cuando comercialice el producto o servicio en su propio nombre en lugar de en nombre del comerciante que suministrará el producto o servicio. A este respecto, debe determinarse de manera objetiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, si la presentación podría inducir a un consumidor medio a creer que la información en cuestión ha sido proporcionada por la propia plataforma en línea o por comerciantes que actúen bajo su autoridad o control.* Y advierte que esta apreciación debe hacerse de manera objetiva y teniendo en cuenta *todas las circunstancias pertinentes*. Es evidente que esta referencia a la identidad del comerciante conecta con el artículo 30 RSD sobre trazabilidad de los comerciantes (KYBU - *Know Your Business User*)⁴⁰. Pero con esta alusión, sin referencia directa en la disposición del Reglamento, se abre un debate de contornos inciertos. Hasta qué punto el incumplimiento de alguna de las disposiciones aplicables a las plataformas que permiten a los consumidores celebrar contratos con comerciantes, en particular los artículos 30 (trazabilidad), 31 (cumplimiento desde el diseño) y 32 (derecho a la información), activa automáticamente la excepción o, en todo caso, es un factor relevante para determinar si precisamente ese incumplimiento es suficiente para inducir al consumidor medio a esperar o creer razonablemente que la plataforma controle, supervise o preste el servicio y/o la información.

Este debate plantea también una segunda cuestión: si se trata de obligaciones de medios o de resultado. Las referencias a los «mejores esfuerzos» nos sitúan en la primera categoría. Pero aun así, la cuestión interesante es si el cumplimiento de los requisitos de estos artículos, que en la práctica pueden ser de naturaleza procedimental —habilitar procesos, diseñar la interfaz, obtener información del comerciante y hacer todo lo posible por verificarla— es, no obstante, en sí mismo una garantía de que el consumidor medio «no es inducido» a confiar razonablemente en la influencia del operador de la plataforma sobre la transacción o sobre el comerciante.

Buscando el posible origen o la inspiración de esta novedosa disposición, encontramos un anclaje muy revelador en las *Reglas Modelo del ELI sobre Plata-*

40. Sobre el alcance de esta obligación y sus implicaciones, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Supervision and Enforcement in the DSA - Key Factors for Enhancing the Effectiveness of Enforcement: Analytical Framework and Proposals», en Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies for the committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), *The Digital Services Act and the Digital Markets Act - a forward-looking and consumer-centred perspective*, (2021).

*formas Online*⁴¹ (*ELI Model Rules on Online Platforms*). Dos de las disposiciones de estas reglas modelo arrojan luz sobre la finalidad última que parece inspirar esta novedad del RSD. El artículo 19⁴², *Responsabilidad del operador de la plataforma por falta de transparencia*, explica claramente que la infracción desencadenante es la vulneración del artículo 13⁴³ por el que la plataforma debe informar de forma expresa y destacada al consumidor de que el contrato que éste va a celebrar no es con el operador de la plataforma sino con el comerciante que será su contraparte. A diferencia del «puerto seguro», que no contiene normas sobre atribución de responsabilidad, el artículo 19 de las *ELI Model Rules on Online Platforms* se formula de forma positiva al reconocer al consumidor la capacidad de ejercer los derechos y recursos que tendría contra el comerciante en virtud del contrato que ha celebrado con la plataforma. El artículo 6, apartado 3, del RSD representa una excepción a la exención, posibilitando así la aplicación de las normas en materia de consumo, sin atribución expresa.

Pero es el artículo 20 de las *ELI Model Rules on Online Platforms* el que resulta más inspirador para comprender el alcance y para calibrar la aplicación del artículo 6, apartado 3, del RSD. Su redacción apoya el planteamiento de «puede confiar razonablemente» en el consumidor que, basándose en determinados criterios, cree y confía en que el operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el comerciante. Esta disposición enumera determinados criterios que revelarían esta apariencia y reforzarían la confianza razonable: a) El contrato proveedor-cliente se celebra exclusivamente a través de los mecanismos previstos en la plataforma; b) El operador de la plataforma conserva la identidad o los datos de contacto del proveedor hasta después de la celebración del contrato proveedor-cliente; c) El operador de la plataforma utiliza exclusivamente sistemas de pago que le permiten retener los pagos efectuados por el cliente al proveedor; d) Las condiciones del contrato entre el proveedor y el cliente las determina esencialmente el operador de la plataforma; e) El precio que debe pagar el cliente lo fija el operador de la plataforma; f) El marketing se centra en el operador de la plataforma y no en los proveedores; o g) El operador de la plataforma se compromete a supervisar la conducta de los proveedores y a garantizar el cumplimiento de sus normas más allá de lo que exige la ley.

Los criterios anteriores no son factores fijos ni representan una lista cerrada y exhaustiva. Son factores que deben tenerse en cuenta para evaluar si el consumidor

41. Los detalles del proyecto y sus resultados pueden consultarse en <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects/online-platforms/>.

42. Artículo 19 de las *ELI Model Rules on Online Platforms*: «In the case of a violation of Article 13, the customer can exercise the rights and remedies available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator.».

43. Artículo 13: Duty to Inform About the Role of the Platform
«At the earliest opportunity and directly before the conclusion of the supplier-customer contract, the platform operator must inform the customer, in a prominent manner, that the customer will be entering into a contract with a supplier and not with the platform operator.».

confió razonablemente en la influencia predominante del operador. Son factores interesantes que definen el modelo de negocio, el diseño de la operación transaccional, la estrategia de marketing o incluso el modelo algorítmico de fijación de condiciones y precios. Pueden servir de referencia en la aplicación del artículo 6, apartado 3, del RSD.

Sin embargo, resulta especialmente clarificadora la forma en que las *ELI Model Rules on Online Platforms* determinan el alcance y los efectos sobre la responsabilidad que se derivan de esta confianza razonable del consumidor. La posibilidad del consumidor de ejercer contra el operador de la plataforma las acciones y derechos que tendría en caso de incumplimiento contra el comerciante que es su contraparte. El RSD es mucho más sutil y su redacción más ambigua. No se trata de una norma positiva de atribución, sino de una excepción a la exención. Además, se refiere ampliamente a la responsabilidad derivada de la legislación de protección de los consumidores. El debate en el marco de las *ELI Model Rules on Online Platforms* se refería precisamente a las acciones y recursos que el consumidor tiene derecho a ejercer contra la plataforma. En efecto, mientras que la indemnización por daños y perjuicios siempre será posible, una acción de cumplimiento específico en caso de incumplimiento podría, en la práctica, ser imposible de ejecutar para el operador de la plataforma, que no es de hecho el vendedor o el proveedor del producto o servicio.

4. Responsabilidad de las plataformas y su función en las CGV: primeras conclusiones

En resumen, la adopción del RSD como uno de los dos componentes clave del dúo normativo adoptado por la UE para regular la economía de las plataformas invita a tres consideraciones.

- i) En primer lugar, las plataformas son los principales actores de la economía digital mundial.
- ii) En segundo lugar, las plataformas han irrumpido en el sector de la distribución tradicional y han remodelado las CGV.
- iii) En tercer lugar, el régimen de responsabilidad aplicable a las plataformas funciona de la siguiente manera.

En el primer nivel, las plataformas son proveedores de servicios puramente intermediarios. A continuación, la exención de responsabilidad sigue aplicándose y protege a las plataformas de la responsabilidad en las condiciones establecidas en las disposiciones del RSD. No obstante, el «puerto seguro» en su configuración original, aunque conservado, se ha actualizado, perfeccionado y acomodado a la economía de las plataformas. Las innovaciones incorporadas en el RSD (papel activo de la plataforma, cláusula del buen samaritano, expectativas de los consumidores), descritas anteriormente, están dirigidas a potenciar la implicación de la

plataforma en la detección y prevención de actividades ilícitas e inapropiadas. En ese sentido, los operadores de plataformas podrían poner en marcha mecanismos y adoptar medidas de diligencia debida que pueden redundar en la mejora del control a lo largo de toda la cadena de valor.

En un segundo nivel, al seguir siendo consideradas meros proveedores de servicios intermediarios, las plataformas están sujetas, según el RSD, a diversas obligaciones de diligencia debida, como la obligación de trazabilidad de los comerciantes (*Know Your Business User*). Al cumplir estas obligaciones, las plataformas, cuando participen en las CGV, contribuirán a mejorar las políticas de diligencia debida en toda la cadena de suministro y estarán en mejores condiciones de ayudar al cumplimiento de las normas y la diligencia debida de las CGV.

Por último, en una tercera capa, los operadores de plataformas, en su reconfiguración de las CGV, pueden surgir como verdaderos distribuidores, importadores o proveedores. En ese sentido, la exención de responsabilidad no les protegerá y estarán sujetos al mismo régimen de responsabilidad que cualquier otro distribuidor, importador o proveedor.

Como se ha esbozado en el párrafo anterior, el verdadero reto se plantea en los casos en que los operadores de plataformas no actúan como un agente tradicional de la cadena de suministro. Entonces, la función reguladora de la responsabilidad, en particular, la responsabilidad por productos defectuosos, se ve comprometida. Para colmar esta laguna, la Unión Europea ha propuesto una revisión de las normas de responsabilidad por productos defectuosos para adaptarlas a las nuevas CGV, en particular, ante el protagonismo de las plataformas y su impacto en la remodelación de las cadenas tradicionales de suministro.

IV. LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO EN LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR

Con dos propuestas adoptadas el 28 de septiembre de 2022, la Comisión de la UE ha cristalizado una ambiciosa iniciativa⁴⁴ para evaluar la adecuación de las normas

44. 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; Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *Liability for emerging digital technologies* - Accompanying the document 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*, SWD(2018) 137 final; *Ethics Guidelines For Trustworthy AI* del High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 8.4.2019; Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial - *Un enfoque europeo de la excelencia y la confianza*, COM(2020) 65 final, Bruselas, 19.2.2020; Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, *Informe sobre las implicaciones de la inteligencia artificial, la Internet de los objetos y la robótica para la seguridad y la responsabilidad*, COM(2020) 64 final, Bruselas, 19.2.2020; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social

de responsabilidad en la era digital y adaptarlas, en caso necesario, a las tecnologías digitales emergentes, transformadoras y disruptivas, en particular, los sistemas de inteligencia artificial (sistemas de IA). Así, la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial⁴⁵ y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos⁴⁶ son piezas clave de la reforma prevista.

El proceso de evaluación de la adecuación de las normas de responsabilidad a la era digital (principalmente, a los sistemas de IA) partió de una preocupación fundamental. Si el sistema de responsabilidad revela insuficiencias, o fallos y lagunas a la hora de hacer frente a los daños causados por las tecnologías digitales, las víctimas pueden quedar sin compensación o, al menos, sólo parcialmente compensadas. El impacto social de la posible inadecuación de los regímenes jurídicos existentes para hacer frente a los nuevos riesgos creados por la inteligencia artificial podría entonces comprometer los beneficios esperados. De hecho, los resultados de un estudio de comportamiento muestran que la «probabilidad percibida de recibir una indemnización en caso de daños causados por aplicaciones de inteligencia artificial determina no sólo el grado de confianza de los consumidores en las aplicaciones de inteligencia artificial, sino también la aceptación social de dichas aplicaciones y la probabilidad de que los consumidores compren o utilicen productos o servicios basados en la inteligencia artificial: cuanto mayor es la probabilidad percibida, mayores son los niveles de aceptación, confianza e, implícitamente, la disposición a utilizar dichos productos o servicios»⁴⁷.

En la misma línea, si las cadenas de suministro tradicionales, en las que la «cascada de operadores económicos responsables» establece los incentivos adecuados a lo largo de toda la cadena para que todos los operadores adopten medidas de prevención y control de los productos defectuosos, y garantiza que la víctima sea indemnizada por los daños y perjuicios por el operador más próximo o cercano de la cadena, el sistema no debería verse pervertido por la presencia de una plataforma que reconfigure las CGV. Este efecto no deseado podría producirse porque la plataforma permita o facilite el suministro de bienes, porque normalmente no es un «operador económico responsable» según el régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

Europeo y al Comité de las Regiones, Modelar el futuro digital de Europa, COM(2020) 67 final, Bruselas, 19.2.2020. La creación del *Grupo de Expertos sobre Responsabilidad y Nuevas Tecnologías*, dividido en dos formaciones: Formación sobre Nuevas Tecnologías y Formación sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos. La formación de Nuevas Tecnologías publicó su informe en noviembre de 2019 *Informe sobre Responsabilidad por Inteligencia Artificial y otras tecnologías emergentes*.

45. COM/2022/496 final.

46. COM/2022/495 final.

47. «*Behavioral study on the link between challenges of artificial intelligence for Member States civil liability rules and consumer attitudes towards AI-enabled products and services*, JUST/2020/RCON/FW/CIVI/0065, diciembre de 2021.

La responsabilidad producto en la Unión se estableció en 1985 con la adopción de la Directiva 85/374/CEE (en lo sucesivo, DRPD)⁴⁸. Dio forma a un modelo de responsabilidad en cascada con tres niveles principales⁴⁹. En primer lugar, el principal responsable es el productor, incluido el fabricante de un producto acabado, el productor de cualquier materia prima o el fabricante de un componente y cualquier persona que, al poner su nombre, marca u otro signo distintivo en el producto, se presente como su productor. En segundo lugar, y sin perjuicio de la responsabilidad del productor, se considerará productor y será responsable como tal toda persona que importe en el mercado común un producto para su venta, alquiler, arrendamiento o cualquier forma de distribución en el ejercicio de su actividad empresarial. En tercer lugar, en caso de que no pueda identificarse al productor del producto, cada proveedor del producto será tratado como su productor, a menos que informe a la persona perjudicada, en un plazo razonable, de la identidad del productor o de la persona que le haya suministrado el producto. Así pues, el sistema en cascada puede simplificarse en tres etapas: productor, importadores y distribuidores, y cualquier proveedor si no se identifica a las demás personas.

¿Dónde están las plataformas en este sistema en cascada diseñado para las cadenas de suministro en línea? No están explícitamente reconocidas. Los operadores de plataformas pueden ser ciertamente importadores y distribuidores, en unos pocos casos, y rara vez serán productores. Pero lo más frecuente es que se les considere proveedores finales que pueden tener dificultades para identificar a los proveedores anteriores, a menos que dispongan de mecanismos para identificar de manera fiable a los comerciantes que vendan sus productos en la plataforma. No obstante, y a pesar de todos estos esfuerzos, en la mayoría de los modelos de negocio operados por plataformas, los operadores de las mismas no son, de hecho, ni productores, ni importadores o distribuidores, ni siquiera proveedores, sino meros habilitadores, facilitadores o intermediarios digitales.

48. Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, *DO L 210 de 7.8.1985*, pp. 29-33.

49. Artículo 3 DRPD:

«Productor»: el fabricante de un producto acabado, el productor de cualquier materia prima o el fabricante de un componente y cualquier persona que, poniendo su nombre, marca u otro signo distintivo en el producto, se presente como su productor.

2. Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe en la Comunidad un producto para su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier forma de distribución en el marco de su actividad profesional será considerado productor en el sentido de la presente Directiva y será responsable como tal.

3. Cuando no pueda identificarse al productor del producto, todo proveedor del producto será considerado como su productor, a menos que informe a la persona perjudicada, en un plazo razonable, de la identidad del productor o de la persona que le haya suministrado el producto. Lo mismo se aplicará, en el caso de un producto importado, si éste no indica la identidad del importador a que se refiere el apartado 2, aunque se indique el nombre del productor».

Por lo tanto, la revisión de la DRPD publicada el 28 de septiembre de 2022 y aprobada por el Parlamento el 12 de marzo de 2024⁵⁰ aborda este desajuste entre el modelo de canalización consagrado en la disposición legal y los modelos emergentes de CGV basados en plataformas que proliferan en el mercado.

La nueva cascada de operadores económicos responsables es más larga e incorpora a otros operadores económicos. Puede dividirse en dos partes. El artículo 8 de la DRPD revisada en sus apartados 1 a 4 enumera los siguientes operadores a lo largo de la cascada de personas responsables: fabricante, importador o representante autorizado en la UE, y «cualquier persona física o jurídica que modifique sustancialmente un producto fuera del control del fabricante y que posteriormente lo comercialice o ponga en servicio»⁵¹. La segunda parte se activa por la imposibilidad de identificar a cualquiera de los operadores enumerados anteriormente o por el hecho de que el fabricante esté situado fuera de la UE y los demás operadores económicos no puedan ser identificados, apartado 4 del artículo 7, en la propuesta de la Comisión⁵², y apartado 3 del artículo 8 en la versión aprobada por el Parla-

50. P9_TA(2024)0132. Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (COM[2022]0495 - C9-0322/2022 - 2022/0302[COD]).

51. Proyecto de artículo 7. *Operadores económicos responsables de productos defectuosos*

«1. Los Estados miembros garantizarán que el fabricante de un producto defectuoso pueda ser considerado responsable de los daños causados por dicho producto.

Los Estados miembros garantizarán que, cuando un componente defectuoso haya causado que el producto sea defectuoso, el fabricante de un componente defectuoso también pueda ser considerado responsable de los mismos daños.

2. Los Estados miembros velarán por que, cuando el fabricante del producto defectuoso esté establecido fuera de la Unión, el importador del producto defectuoso y el representante autorizado del fabricante puedan ser considerados responsables de los daños causados por dicho producto.

3. Los Estados miembros velarán por que, cuando el fabricante del producto defectuoso esté establecido fuera de la Unión y ninguno de los operadores económicos mencionados en el apartado 2 esté establecido en la Unión, el prestador de servicios de ejecución pueda ser considerado responsable de los daños causados por el producto defectuoso.

4. Cualquier persona física o jurídica que modifique un producto ya introducido en el mercado o puesto en servicio se considerará fabricante del producto a efectos del apartado 1, cuando la modificación se considere sustancial con arreglo a las normas nacionales o de la Unión pertinentes sobre seguridad de los productos y se lleve a cabo fuera del control del fabricante original.

(...)

52. Proyecto de artículo 7, par. 4:

«(...) cuando no pueda identificarse a un fabricante con arreglo al apartado 1 o, cuando el fabricante esté establecido fuera de la Unión, no pueda identificarse a un operador económico con arreglo a los apartados 2 o 3, cada distribuidor del producto podrá ser considerado responsable cuando:

(a) el reclamante solicita a dicho distribuidor que identifique al agente económico o a la persona que suministró el producto al distribuidor; y

mento el 12 de marzo de 2024⁵³. Entonces, cada distribuidor del producto puede ser considerado responsable si, habiéndosele solicitado que identifique al operador económico o a la persona que suministró el producto, no lo hace en el plazo de 1 mes a partir de la recepción de la solicitud.

En este nuevo contexto legislativo, las plataformas pasan a primer plano. El apartado 4 del artículo 8 de la revisión de la DRPD aprobada el 12 de marzo de 2024 establece una norma específica para las plataformas. Los operadores de plataformas serán tratados como cualquier distribuidor del producto en las condiciones establecidas en el apartado 3: existe una solicitud de la persona perjudicada para identificar al proveedor del producto y el operador no identifica al proveedor en el plazo de un mes tras la solicitud. La razón de incorporar a los operadores de plataformas en la cascada de operadores económicos responsables es que están en mejores condiciones de identificar al productor o, al menos, a los proveedores posteriores debido a las obligaciones de trazabilidad de los usuarios comerciales (según el RSD).

Pero la cobertura de las plataformas por la nueva cascada de responsabilidad no es absoluta, sino que se supedita a otros requisitos al establecer un puente entre la DRPD revisada y el modelo revisado de «puerto seguro» del RSD. En particular, deben cumplirse las condiciones del artículo 6, apartado 3, del RSD: la disposición relativa a las expectativas de los consumidores, como se ha explicado anteriormente⁵⁴.

Cuando el fabricante del producto o componente defectuoso, así como el importador y el representante autorizado, estén establecidos fuera de la Unión, una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, tal como se definen en el artículo 6, apartado 3, del RSD, y que no sea ya responsable como operador económico en los niveles anteriores (por

(b) el distribuidor no identifica al agente económico o a la persona que le suministró el producto en el plazo de 1 mes a partir de la recepción de la solicitud».

53. Artículo 8, par. 3:

«Los Estados miembros garantizarán que, cuando no pueda identificarse a un operador económico de entre los mencionados en el apartado 1 y establecido en la Unión, cada distribuidor del producto defectuoso pueda ser responsable cuando:

- a) la persona perjudicada solicita al distribuidor que identifique a un operador económico de entre los mencionados en el apartado 1 y establecido en la Unión, o a su propio distribuidor que le haya suministrado el producto; y
- b) el distribuidor no identifique a un operador económico o a su propio distribuidor, tal como se contempla en la letra a), en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud a que se refiere la letra a)».

54. Artículo 6(3) DSA:

«El apartado 1 no se aplicará con respecto a la responsabilidad en virtud de la legislación sobre protección de los consumidores de las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento específico de información o permita de otro modo la transacción específica de que se trate de un modo que induzca a un consumidor medio a creer que la información, o el producto o servicio objeto de la transacción, es facilitado por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúa bajo su autoridad o control».

ejemplo, como productor o como importador), podría ser responsable en los mismos términos si facilita «una transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que el [...] producto [...] objeto de la transacción se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúa bajo su autoridad o control». En estos casos, las plataformas no sólo actúan como intermediarios en sustitución del importador, el distribuidor u otros operadores clásicos de la cadena de suministro, sino que generan confianza al consumidor, lo que normalmente contribuye a que éste decida comprar el producto al operador económico que utiliza la plataforma para distribuir sus productos.

V. OBSERVACIONES FINALES

Al reconocer hasta qué punto las plataformas han reconfigurado los modelos clásicos de las CGV, este trabajo explora y evalúa el papel de las normas de responsabilidad para disciplinar y regular eficazmente las CGV bajo nuevos e innovadores modelos basados en plataformas.

Cuando un operador de plataforma ocupa una posición (tradicional) en las CGV, como un distribuidor, un importador o un proveedor minorista que suministra a los clientes finales, el régimen de responsabilidad se aplica a los operadores de plataforma en igualdad de condiciones. Por lo tanto, aunque el «diseño» de la cadena de valor se haya rediseñado —de modelo *pipeline* a modelos en red o de plataforma—, las normas de responsabilidad por producto son igualmente aplicables y siguen desempeñando el mismo papel de mecanismo regulador, alineando los incentivos para la adopción de las medidas de diligencia debida, incluso en las CGV remodeladas o reconfiguradas.

Pero el reto se plantea cuando los operadores de plataformas remodelan las CGV sin ocupar ninguna posición tradicional (tipificada) en la cadena de suministro y, por tanto, en la cascada de operadores económicos responsables. Entonces, el papel regulador de la responsabilidad por productos defectuosos se debilita en gran medida o incluso desaparece totalmente. Ese efecto perverso de la irrupción de las plataformas podría desajustar los incentivos y socavar las obligaciones de diligencia debida en el seno de las CGV.

Para comprobar si la penetración de las plataformas en las CGV ha ido acompañada de un modelo de responsabilidad bien adaptado y adecuado, deben evaluarse dos cuerpos de normas. Por un lado, las normas clásicas de responsabilidad por productos defectuosos, a fin de confirmar si los operadores de plataformas están, podrían estar o deberían estar incluidos en la cascada de operadores económicos responsables. Ello determinará la solidez y eficacia de la responsabilidad por producto como herramienta reguladora y de disciplina en las CGV. Por otro lado, el alcance de las exenciones de responsabilidad aplicables a las plataformas con el fin de explorar si desincentivan la diligencia debida de las plataformas cuando operan como actores de las CGV.

La Unión ha modificado recientemente ambos conjuntos de normas sobre responsabilidad con la revisión de la DRPD y con la adopción del RSD que, aunque preserva la esencia de la exención de responsabilidad, introduce algunos ajustes e innovaciones. En ambos casos, las plataformas son protagonistas en las cadenas de valor y las modificaciones se han acometido precisamente por la necesidad de acomodar las normas existentes a las plataformas.

La tesis defendida en este trabajo se ha confrontado con estas dos reformas normativas en la Unión. Y se ha puesto de manifiesto que, en la medida en que las plataformas se han convertido en protagonistas del comercio internacional y han reconfigurado las CGV, también pueden desempeñar un papel clave a la hora de promover y garantizar la sostenibilidad y el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. A tal fin, deben existir incentivos adecuados para que las plataformas sean proactivas y apliquen medidas eficaces de diligencia debida, incluida la prevención de la distribución de productos defectuosos y la garantía del cumplimiento de las normas de seguridad de productos.

Este trabajo afirma y mantiene que las normas de responsabilidad son fundamentales a tal fin. El equilibrio entre la exención de responsabilidad de las plataformas conforme al RSD y las normas revisadas de responsabilidad por producto no es perfecto ni estable, pero parece ir en la dirección correcta ante la nueva configuración de las CGV en una economía de plataformas.

VI. REFERENCIAS

- BAILEY, J. Y BAKO, Y., «An Exploratory Study of the Emerging Role of Electronic Intermediaries», *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 1, no. 3, primavera, 1997, pp. 7-20.
- DE FRANCHESCHI, A., «Uber España y la “crisis de identidad” de las plataformas online», *EuCML— Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1, 2018, pp. 1-4.
- ELI, *Guiding Principles for Automated Decision-Making in the EU. ELI Innovation Paper*. 9 de mayo de 2022, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Innovation_Paper_on_Guiding_Principles_for_ADM_in_the_EU.pdf.
- FROSIO, G. F. Y HUSOVEC, M., «Accountability and Responsibility of Online Intermediaries», en *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Giancarlo Frosio (Ed.), Oxford: Oxford University Press, 2020.
- KENNEY, M. Y ZYSMAN, J., «The Rise of the Platform Economy», *Issues in Science and Technology* 32, no. 3, primavera de 2016.
- LUNDQUIST, K. Y WOO KANG, J., «Digital platforms and global value chains», ADB et al.(Eds.), *Global value chain development report*, 2021, pp. 179-201.

- OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development), *Key issues in Digital Trade. OECD Global Forum on Trade 2023 «Making Digital Trade Work for All»*, October 2023, en <https://www.oecd.org/trade/OECD-key-issues-in-digital-trade.pdf>.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, Paris, 2019, en <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU», 3 *The Italian Law Journal*, núm. 1/3, 2017, pp. 149-176.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Credibility-enhancing regulatory models to counter Fake News: Risks of a Non-harmonized intermediary liability paradigm shift», *Journal of International Media and Entertainment Law*, vol. 8, núm. 2, 2020, pp. 129-62.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Supervision and Enforcement in the DSA — Key Factors for Enhancing the Effectiveness of Enforcement: Analytical Framework and Proposals», en Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies for the committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), *The Digital Services Act and the Digital Markets Act 3— a forward-looking and consumer-centred perspective* (2021).
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «The Emergence of Digital Communities: Generating *Trust*, Managing Conflicts, and Regulating Globality... Digitally», en Carol Greenhouse y Christina Davies (Eds.), *Landscapes of Law: Practicing Sovereignty in Transnational Terrain*, University of Pennsylvania Press, 2020, pp. 250-77.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Platform-based Models for Facilitating International Trade: A Legal Analysis», en Sheela Rai y Jane Winn (Eds.), *Trade Facilitation and the WTO*, Cambridge Scholars Publishing, 2019.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Rules for a Platform Economy: A Case for Harmonization to Counter “Platform shopping in the Digital Economy”», en PRETELLI, Ilaria (ed.), *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms — Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales — Actes de la 30e Journée de droit international privé du 28 juin 2018 à Lausanne*, Zúrich: Shulthess, 2018, pp. 55-79.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., y FELIU REY, J., «Digital Intermediary Liability or Greater Responsibility: A Remedy for Fake News?», in WEAVER, Russell L.; *et al.* (Eds.), *Twenty-First Century Remedies*, North Carolina: Carolina Academic Press, 2019, pp. 91-114.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», *Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones*

en el Derecho Privado, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. Extra 3, 2021, pp. 403-417.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

VAN ALSTYNE, M. W., PARKER, G.G. Y CHOUDARY, S. P., «Pipelines, Platforms, and the New Rules of Strategy», *Harvard Business Review*, abril de 2016, <https://hbr.org/2016/04/pipelines-platforms-and-the-new-rules-of-strategy>.