

Consentimiento y plataformas electrónicas

Consent and Electronic Platforms

BETTY MARTÍNEZ-CÁRDENAS¹ 

RESUMEN

El propósito de este artículo es evaluar la manera en que el legislador de la Unión Europea ha previsto que pueda ser identificada, la emisión del consentimiento por parte de un usuario en las plataformas electrónicas asistidas por Inteligencia Artificial (IA) y hasta qué punto esa persona quiso obligarse. Tal identificación debe hacerla, en principio, el mismo operador de la plataforma electrónica, pero también podrían buscarla tanto terceros como organismos fiscalizadores competentes. Para ello, este estudio valora el impacto de la tendencia doctrinal conocida como el Solidarismo Contractual en las reglas sobre la protección del consentimiento vigentes en la regulación europea actual, y, en particular, el *Digital Service Act (DSA)*. La evaluación confirmó la influencia de esta tendencia doctrinal en la manera en que se regula la determinación en el comercio electrónico de si existió o no consentimiento al momento de contratar. En efecto, ya que el DSA crea nuevas obligaciones destinadas a garantizar el civismo, la decencia, y la transparencia en la información en la etapa precontractual; y las de coherencia, consejo y cooperación en la contractual, son todas obligaciones que corresponden a la aplicación por parte del ente regulatorio de la buena fe activa ampliamente promovida por el Solidarismo Contractual, lo cual hace que el acto encarne un nuevo orden otrora predicho por el profesor Denis Mazeaud en Francia. El estudio concluye además que tanto el consentimiento como la magnitud del mismo pueden ser identificados, en principio, a partir de la trazabilidad de la diligente ejecución de aquellas nuevas obligaciones. Por ello, es de fundamental relevancia que tanto los usuarios, como los operadores de las plataformas electrónicas conozcan la razón de ser de ellas mismas para que puedan ejecutarlas de manera eficiente y así, contribuir a establecer un entorno contractual confiable en el contexto digital.

Palabras clave: Consentimiento – Plataformas Electrónicas – Digital Service Act – Inteligencia Artificial – Solidarismo Contractual

ABSTRACT

The purpose of this article is to assess the manner in which the EU legislator has provided for the identification of a user's consent on electronic platforms assisted by Artificial Intelligence (AI) and to what extent that person wanted to be bound. Such identification should, in principle, be carried out by the operator of the electronic platform itself, but it could also be sought by third parties and competent supervisory bodies. To this end, this study assesses the

¹ Es abogada por la Universidad del Rosario, Colombia. Máster en Derecho de Seguros por la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia; Máster en Derecho Privado General (DEA) por la Universidad Paris 2, Panthéon-Assas, Francia; Máster en Educación (Teaching & Learning) por la Universidad de Bristol, Reino Unido; y Doctora en Derecho por la Universidad Paris 2, Panthéon-Assas, Francia. Actualmente se desempeña como profesora de la Universidad Finis Terrae y colaboradora del Módulo Jean Monnet Inteligencia Artificial y Derecho Privado Europeo.

impact of the doctrinal trend known as Contractual Solidarism on the rules on the protection of consent in force in current European regulation, and, in particular, the Digital Service Act (DSA). The assessment confirmed the influence of this doctrinal trend on the way in which the determination in electronic commerce of whether or not there was consent at the time of contracting is regulated. Indeed, since the DSA creates new obligations aimed at guaranteeing civility, decency, and transparency in information at the pre-contractual stage; and those of coherence, advice and cooperation in the contractual, are all obligations that correspond to the application by the regulatory body of the active good faith widely promoted by Contractual Solidarity, which makes the act embody a new order once predicted by Professor Denis Mazeaud in France. The study also concludes that both consent and its magnitude can be identified, in principle, from the traceability of the diligent execution of those new obligations. Therefore, it is of fundamental importance that both users and operators of electronic platforms know the reason for their existence so that they can execute them efficiently and thus contribute to establishing a reliable contractual environment in the digital context.

Keywords: Consent – Electronic Platforms – Digital Service Act – Artificial Intelligence – Contractual Solidarity

1. Introducción

El consentimiento es el elemento principal de la formación del contrato. Todos los sistemas jurídicos en el mundo coinciden en comprender que, sin consentimiento, no es posible que nazca el contrato (Betti, 1969, pp. 99 y ss; Larenz, 1958, p. 118; Terre *et al*, 2005, No. 439, p. 442). Sin embargo, detrás de esta apariencia de consenso, se esconde una realidad diferente como la que ocurre con los patrones oscuros, esto es “estrategias que se utilizan en los sitios web y aplicaciones que obligan a las personas a hacer cosas que no quieren, como comprar o registrarse en algo” (SERNAC, 2021, p. 3). En la actualidad, no podríamos asegurar con la misma certidumbre del pasado que, cuando un contrato se celebra a través de plataformas electrónicas asistidas por sistemas de inteligencia artificial (en adelante, IA), el consentimiento se haya otorgado (Arce, 2022, p. 5).

La manifestación del consentimiento comporta sin duda un acto de voluntad. Entre nosotros, Iberoamérica, la voluntad fue reconocida como la principal fuente de obligaciones desde el Ordenamiento de Alcalá de Henares que preveía que:

Como vale la obligacion entre absentes, aunque non aya y estipulacion. Pareciendo que se quiso un Orne obligar á otro por promision, o por algurid contracto, ó en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos á quienes se obligó, é non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho: ó que fue fecha la obligacion del contracto entre absentes ; ó que fue fecha á Escribano publico, ó á otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ó que se obligó uno de dar, ó de facer alguna cosa á otro: mas que sea valedera la obligacion ú el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro, é facer contracto con el. (Alfonso XI, 1348).

El Ordenamiento de Alcalá de Henares es realmente el primer gran avance que tuvo la humanidad en frente a la idea de ser la voluntad, desprovista de formas, la que crea el vínculo obligatorio, es un avance que derivó de las Siete Partidas, normas ambas españolas que fueron heredadas directamente al Código de Bello. Así es como se muestra el valor de la voluntad, de cómo es desde el corazón del ser humano que parte el deseo de vincularse con otro ser humano. Un acto de voluntad. Lo más interesante de este Ordenamiento de Alcalá de Henares es que termina con una frase “finalmente de cualquier manera en que aparezca que alguno quiera obligarse, queda obligado”.

Recordemos que ambos, tanto las Siete Partidas, como el Ordenamiento de Alcalá de Henares constituyen piezas de recepción tardía del Derecho Romano. En efecto, en Roma el consensualismo se presentó como un paso importante hacia el establecimiento de la buena fe, que debía guiar las relaciones contractuales. Se basaba principalmente en la confianza mutua que las partes muestran entre sí, estableciendo así un marco donde los acuerdos se basan en la voluntad común y sincera de las partes contratantes (Rampelberg, 2005, p. 72).

Sin embargo, el reconocimiento a la voluntad de una persona para la creación de vínculos de obligación reculó durante la Edad Media. Aquí, fueron los grupos de personas los que mantuvieron las estructuras sociales de la época, dos en particular, los aristócratas y burgueses. El absolutismo monárquico fue la idea de gobierno imperante en aquella Europa, debido a que el monarca fue concebido como el símbolo de equilibrio entre esos dos grupos sociales (Castaldo, 2003, p. 252).

Este equilibrio se perdió a finales del siglo XVIII, debido a que la clase burguesa finalmente se impuso ante la aristócrata y comenzaron a surgir las ideas innovadoras provenientes de varios movimientos filosóficos que, finalmente, tomarían por nombre La Ilustración. En este sentido, el absolutismo monárquico comenzó a ser concebido como un límite a ideas innovadoras ancladas sobre el valor del individuo que se oponía a la de “grupo” que era la célula de la sociedad medieval. Este nuevo término “individuo” apareció unido a otra idea, como es que cada hombre “se hace a sí mismo Dios” y, en consecuencia, la legitimidad de la autoridad del monarca, que provendría de Dios, comenzó a ponerse en duda (Castaldo, 2003, p. 421).

Así, vuelve a comprenderse que es el hombre quien se da su propia ley, solo que ahora estaría asistido por otros conceptos nuevos como la “razón crítica”, las “reglas naturales”, el “bienestar” y el “progreso” destinados todos a lograr que por el uso de la inteligencia racional el individuo puede dirigir su conducta hacia lo que más le reporte un bienestar en su futuro. Algunas de estas nuevas ideas vieron su origen en la Revolución Inglesa de Locke en el año 1688, a través de la teoría del liberalismo político. Otras, fueron desarrolladas por la Escuela del Derecho Natural e influenciaron directamente al derecho privado, en particular, con los trabajos de Domat y Pothier en Francia (Castaldo, 2003, p. 421). Con la Revolución francesa se introdujo la idea de la necesidad de la igualdad entre las personas, como bien lo anunciaba su conocida divisa “Libertad, Igualdad y Fraternidad” (Robespierre, 1885, p. 71), que fuera posteriormente consignada en el Código Napoleón e influenció a los nuevos códigos civiles de América Latina (Ripert, 1949, p. 2).

Así, en los Códigos Civiles nos han dotado de una concepción racional de la libertad del individuo en su actuar desde que se convierte en persona hasta que fallece. Sin embargo, en relación a lo que un individuo hace en vida, los Códigos regulan con rigor la protección de dicha libertad cuando se otorga el consentimiento para contratar. Los capítulos o secciones destinados a los vicios del consentimiento adoptan, por consiguiente, el imperativo de protección de la libertad contractual.

No obstante, esta comprensión de la libertad se vio en declive durante los últimos años del siglo XX e inicios del actual. El profesor Denis Mazeaud (1999, p. 609) advertía hace unas décadas sobre el advenimiento de un nuevo orden contractual en el que los principios de la Ilustración estaban cambiando y cuya nueva divisa sería “Lealtad, Solidaridad y Fraternidad”. Para él y muchos otros que advirtieron la tendencia, se trataba de un declive de la voluntad frente a la emergencia de deberes morales y derechos humanos que le daban espacio al juez o al legislador para reescribir el contrato: el Solidarismo Contractual (Bernal Fandiño, 2007, p. 15; Salguero, 2011, p. 59). Así, hasta el Siglo XX, el contrato era concebido como el fruto de una filosofía neoliberal en el que los contratantes desarrollaban sus vínculos siendo libres e iguales entre ellos. Esta igualdad se convirtió en un mito (Jamin y Mazeaud, 1999, pp.603 y s.).

Al Solidarismo Contractual se le criticó atentar contra la seguridad jurídica (Mantilla, 2011, p. 16). En Francia, los detractores principales fueron los profesores François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette (2009, p. 44), para quienes “Contratar no es ingresar a una religión, ni tampoco comulgar en el amor por la humanidad, es simplemente tratar de ‘hacer negocios’”. Sin embargo, este texto no pretende hacer una revisión exhaustiva sobre el solidarismo contractual, ni detallar sobre sus orígenes, sino evaluar si las características más relevantes de esta tendencia influenciaron la forma en que se ha diseñado la regulación europea actual relativa al comercio electrónico y el uso de las tecnologías emergentes.

En todo caso, si se estima que la libertad contractual deriva de la igualdad, entendiendo a esta última como un imperativo para las partes, resta determinar si dicha igualdad pudo concretarse en la práctica. Para ello, es necesario reconocer que no todos los contratantes son iguales, no solo en aspectos patrimoniales y económicos, sino también en relación con la información dominante o las necesidades físicas o psicológicas que hacen que las personas no necesariamente comprendan lo mismo en un momento determinado. En el comercio electrónico la desigualdad cobra mayor fuerza, no solo porque se contrata con personas que se encuentran en diferentes territorios, por lo que, además de hablar distintas lenguas, están regidas por normas y costumbres diferentes (Almonacid, 2019, p. 126). El efecto que esta desigualdad produce en la libertad es relevante, ya que ha sido demostrado que las personas que contratan vía internet y, particularmente aquellas que lo hacen a través de sistemas de IA, no tengan acceso a la misma información durante la formación del contrato (Momberg y De la Maza, 2017, pp. 25 y s.).

La segunda razón por la cual es posible advertir el declive en la libertad contractual tiene relación con la necesidad, para los juristas del siglo XIX, de mantener al juez lejos del campo contractual para mantener la autonomía de la voluntad (Mazeaud, 2006, pp. 363 y s.). Tanto el Código Napoleón como el de Bello parecían coincidir en la desconfianza hacia el juez y la necesidad de reservar el contrato únicamente a aquellos que habían consentido entrar en él. Para ello, era fundamental el consentimiento. En todo caso, depende de quien consienta o no en el contrato, que se establece para quienes dicho vínculo produce efectos, se trata del principio relativo del contrato que diferencia entre quienes son parte y quienes son terceros (artículo 1545 Código Civil chileno). El juez por ende no era bienvenido a intervenir en el contrato. La desconfianza hacia el juez en relación con la libertad contractual se revela sobre el plano de la seguridad jurídica. Aun cuando se entienda que el Juez es quien finalmente logrará ejecutar coactivamente el acuerdo, la intervención judicial, originalmente, se entendía que debía limitarse a lo que las partes habían previsto en el contrato (Terre *et al.*, 2005, p. 481). Así, siempre se temió que el Juez pudiera cambiar las cláusulas del contrato debido a que las reglas allí contenidas debían ser inmutables y solo se autorizaba el cambio por la voluntad de los mismos contrayentes o de la Ley. Así, esta filosofía proveniente de la Ilustración desconfiaba del Juez, quien se encontraba fuera del contrato, Sin embargo, con el tiempo, ha venido pasando todo lo contrario (Mazeaud, 2003, p. 295).

La intervención del Juez en el campo contractual se ha venido incrementando con fundamento en el artículo 1546 que establece “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.” esto es, con fundamento en la buena fe (Betti, 1969, pp. 99 y s.; Opazo, 2013, pp. 1 y s.; Picod y Picod, 2024, pp. 281 y s.). Originalmente, esta buena fe fue empleada como un principio para interpretar el contrato, en los casos de ambigüedad frente a lo declarado por las partes. Una parte de la doctrina la distinguió de la buena fe en materia de adquisición del derecho de dominio, para otorgarle características de interpretación e integración del contrato, durante la ejecución de éste, y de preservar la validez y proteger la integridad del consentimiento en relaciones asimétricas tales como las del derecho de consumo, aún desde la etapa precontractual (Betti, 1969, pp. 99 y ss; (Picod y Davo, 2010, p. 120); Bebchuk, 2001, pp. 423 y s.; Picod y Picod, 2024, pp.

281 y s), lo cual ha sido altamente promovido por las guías para el comercio electrónico de la OCDE, de la ONU (Martínez-Cárdenas, 2023, pp. 105 y s.).

Finalmente, la libertad contractual cedió ampliamente a la intervención de los entes regulatorios, en particular, a lo que atañe al comercio electrónico y la asistencia en la plataforma de los sistemas de IA (Arroyo, 2023, p. 183). La buena fe objetiva ha sido fundamental para establecer una infraestructura desde la cual se pueda trazar la emisión del consentimiento (Arce, 2022, pp. 4 y s.). La obligación de información que fue creada por los jueces a partir de la buena fe (Picod y Davo, 2010, p. 120), ahora se tiñe con un nuevo color: la trazabilidad (Martínez-Cárdenas, 2023, pp. 105 y s.) y por el marco regulatorio europeo sobre comercio electrónico e IA compuesto por el *Digital Markets Act*, el *Digital Service Act* y la Ley de IA.

El *Digital Markets Act* (en adelante, DMA) tuvo su aprobación oficial por parte del Parlamento Europeo el 5 de julio de 2022 y por el Consejo de la Unión Europea el 18 de julio de 2022 entró en vigor el 1 de noviembre de 2022, pero la aplicación efectiva de las normas comenzó el 2 de mayo de 2023. El objetivo de la DMA es reglamentar la actividad de las grandes plataformas online que ejercen un control significativo sobre el acceso a los servicios digitales (por ejemplo, motores de búsqueda, redes sociales, Marketplace), denominados “guardianes” o “gatekeepers”, con el fin de evitar la competencia desleal, a través de la imposición de multas.

Por su parte, el Digital Services Act (en adelante, DSA), aprobado por el Parlamento Europeo el 5 de julio de 2022, junto con el DMA, y por el Consejo de la Unión Europea el 4 de octubre de 2022, entró en vigor el 16 de noviembre de 2022, y sus disposiciones se aplicarán progresivamente, con las plataformas más grandes (las llamadas “plataformas muy grandes”) obligadas a cumplir desde agosto de 2023 (ATH 21, 2023). El objetivo de esta regulación es el garantizar la seguridad y transparencia del entorno digital y para ello establece un marco conductual destinado a evitar que las plataformas digitales, como redes sociales, motores de búsqueda y *marketplaces*, cometan abusos frente a los usuarios en línea. Como lo veremos con más detalle más adelante, en este tipo de regulación se puede observar una intromisión directa del ente regulador en el campo contractual, en el sentido de crear nuevas obligaciones para las partes, por ejemplo, al modalizar la obligación de información para exigir mayor transparencia en la moderación de contenidos y en los algoritmos que priorizan o eliminan publicaciones; obligar a las plataformas a remover contenido ilegal de manera más eficiente; introducir nuevas obligaciones para proteger a los menores y limitar la difusión de noticias falsas y reforzar la libertad de expresión como un derecho fundamental de los usuarios con la imposición de multas calculadas en porcentajes en relación de sus ingresos anuales.

Finalmente, el Reglamento de Inteligencia Artificial (en adelante, AI Act), aprobada por el Parlamento Europeo y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 12 de julio de 2024, crea un sistema de responsabilidad para los proveedores de la IA basado en la graduación del riesgo que el uso de la misma implique. Así, establece cuatro tipos de riesgos, el primero que es inaceptable que está completamente prohibido, al cual pertenecen los sistemas de manipulación y medición social con fines discriminatorios; el segundo o denominado “alto”, que permite la utilización de la IA sujeta a estrictas regulaciones; el tercero, “riesgo limitado” que implica una reglamentación más moderada de los requisitos exigidos para la provisión o desarrollo de la misma; y, finalmente, el cuarto riesgo se refiere a los sistemas de IA que generalmente se ofrecen actualmente en el mercado, los cuales deben garantizar la ciberseguridad y ser sujetos a test previos para prever la posibilidad de ocurrencia de un incidente grave. La entrada en vigor de este reglamento varía según el tipo de sistema de IA, así, se estableció una vigencia desde seis meses para los sistemas prohibidos hasta 36 meses para los sistemas de alto riesgo bajo la normativa del Anexo I.

Este cuerpo regulatorio muestra claramente cómo, así como el Juez, actualmente el legislador también ha venido incrementando su participación antes y durante la ejecución del contrato, en particular, para proteger el consentimiento en los contratos celebrados por adhesión a través de plataformas electrónicas. Por lo anterior nos preguntamos en este estudio si con el uso de las plataformas digitales que prestan sus servicios con apoyo en sistema de IA hasta dónde es posible advertir que una persona quiso obligarse. En concreto, nos preguntamos ¿Cómo determinar en el comercio electrónico si existió o no consentimiento?

El objetivo general de este capítulo es reflexionar sobre las maneras en que el legislador ha previsto que pueda ser identificado en las plataformas electrónicas asistidas por IA hasta qué punto una persona quiso obligarse. Para ello tomaremos algunos de los textos del profesor Denis Mazeaud relativos a la tendencia conocida como el Solidarismo Contractual, por haber sido él si no el más, uno de los expositores más relevantes en su momento, con el fin de hacer una aproximación a las reglas sobre la protección del consentimiento vigentes en la regulación europea actual, y, en particular tomando algunos ejemplos específicos del DSA, que, como vimos anteriormente, es particularmente prolija en la creación de nuevas obligaciones para los proveedores y desarrolladores de plataformas electrónicas (I). Posteriormente, avanzaremos algunas reflexiones sobre la influencia de la IA en la formación del consentimiento en estas plataformas (II).

2. Aproximación a la protección del consentimiento en la DSA o Reglamento de Servicios Digitales

En esta primera sección estudiaremos la influencia de la tendencia doctrinal denominada solidarismo contractual en el DSA. De acuerdo con Éric Savaux

El solidarismo contractual consiste esencialmente [...], en una exigencia de civismo contractual que se traduce, para cada contratante, en el hecho de tomar en cuenta y respetar el interés legítimo de su contratante. Esta ética contractual se manifiesta concretamente, entre otras, mediante las nociones de altruismo, decencia, coherencia, proporcionalidad y cooperación, y excluye el egoísmo, la indiferencia, la indolencia y el cinismo. (Savaux, 2004, p. 45).

A continuación, veremos cómo estas características del solidarismo contractual se reúnen en el DSA.

2.1. Civismo y decencia

En los 156 considerandos que dieron lugar a la expedición del DSA, podemos advertir la necesidad urgente de introducir el civismo contractual en las relaciones establecidas a través de prestadores de servicios intermediarios destinados a la mera transmisión de información; brindar un servicio de “memoria caché”, consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada o, un servicio de “alojamiento de datos”, consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este (artículo 3 DSA).

Ejemplo de ello lo encontramos en el considerando 3

Es esencial que los prestadores de servicios intermediarios se comporten de modo responsable y diligente para crear un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, y para que los ciudadanos de la Unión y otras personas puedan ejercer los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “Carta”), en particular la libertad de expresión

y de información, la libertad de empresa, el derecho a la no discriminación y la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores.

Y más concretamente en la posibilidad que abre el Reglamento en el artículo 20 para que sean los mismos ciudadanos quienes denuncien ante los prestadores de plataformas en línea las reclamaciones electrónicas sobre decisiones tomadas por la plataforma. Estas reclamaciones pueden abordar sanciones tales como eliminación, bloqueo o visibilidad de contenido, la suspensión o cese de servicios, la eliminación de cuentas o la capacidad de monetizar la información. El DSA exige que el acceso al sistema de reclamaciones debe ser gratuito y estar disponible por un mínimo de seis meses desde que el usuario es informado de la sanción respectiva.

Por su parte, el altruismo del solidarismo contractual puede advertirse cuando en el mismo artículo se exige que las plataformas deben procesar las reclamaciones de manera oportuna, justa y no discriminatoria. De hecho, si se demuestra que la decisión de sancionar tomada fue infundada o el contenido no es ilícito ni viola los términos del servicio, la plataforma debe revertir la decisión de forma inmediata. Adicionalmente, se exige que las decisiones finales deben ser supervisadas por personal calificado, sin depender únicamente de sistemas automatizados. Los reclamantes deben ser informados sin demora sobre la resolución y las opciones de recurso extrajudicial.

Ahora bien, ¿en qué contribuye este civismo a proteger el consentimiento de los usuarios de las plataformas electrónicas? Desde nuestra perspectiva, esta necesidad de introducir civismo en las transacciones electrónicas contribuye a establecer que una persona ha dado su consentimiento en dos sentidos diferentes, pero complementarios. El primero, desde el punto de vista del consumidor/usuario de la plataforma, encuentra una infraestructura en línea que le permite comprender que pudo haber sido víctima de un dolo o de violencia (fuerza) gracias a los reclamos que otros usuarios realizan y que, a su vez, deben ser periódicamente informados por parte de la plataforma, según prevé posteriormente los artículos 15 y 24 del mismo reglamento.

En segundo lugar, para el usuario que es sancionado, le permite conocer el impacto y los límites de su actividad. Dicho de otra manera, frente a un usuario de la plataforma que no se comporte de manera “cívica”. Este análisis, que parece completamente lógico para un contexto comercial transfronterizo, conduce a consecuencias hasta antes inadmisibles por el derecho civil, tales como que sanciones equivalentes a la responsabilidad civil y la nulidad puedan ser decididas directamente por la plataforma, sin necesidad de pasar por vía judicial.

La aptitud para determinar la existencia de un comportamiento ilícito es también delegada a los particulares en el artículo 22, a través de la figura de “alertadores fiables”. Según este artículo, los prestadores de plataformas en línea deben atender con prioridad las notificaciones de estos alertadores, quienes son personas que han demostrado tener conocimientos para identificar contenido ilícito, ser independiente de las plataformas y notifican la existencia del ilícito de manera diligente, precisa y objetiva.

Los alertadores fiables deben publicar informes anuales detallados, con información sobre las notificaciones enviadas y las acciones tomadas, asegurando que se mantenga su independencia. Estos informes no incluirán datos personales y serán enviados al coordinador de servicios digitales, quien compartirá la información con la Comisión Europea.

Si se detecta que un alertador fiable ha enviado notificaciones inexactas o mal fundamentadas, se informará al coordinador, quien podrá suspender la condición de alertador mientras se investiga. Si se confirma

que ya no cumple con los requisitos, la condición será revocada, dando a la entidad la oportunidad de responder a la investigación antes de tomar una decisión final. La Comisión Europea publicará una base de datos accesible con los nombres y detalles de los alertadores fiables y proporcionará directrices, cuando sea necesario, para apoyar a los prestadores de plataformas y coordinadores de servicios digitales en la implementación de estos procedimientos. En resumen, correspondería este al equivalente del procedimiento seguido ante un hecho ilícito constitutivo de nulidad absoluta en materia contractual.

Pasemos ahora a determinar la decencia, coherencia en torno al consentimiento en el DSA.

2.2. Información y transparencia

Para esta sección tomaremos los artículos 14, sobre las Condiciones Generales; y 15, sobre las obligaciones de transparencia informática para los prestadores de servicios de intermediarios.

El artículo 14 impone nuevas obligaciones precontractuales de información al establecer que los prestadores de servicios intermediarios deben proporcionar información clara y accesible sobre cualquier restricción en el uso de sus servicios, en relación con los datos proporcionados por los usuarios. Esta información debe incluir detalles sobre las políticas, procedimientos, herramientas de moderación de contenido (incluyendo decisiones automáticas y revisiones humanas), así como el sistema de gestión de reclamaciones. Adicionalmente, introduce un modo en la ejecución de la obligación al ordenar que la información deberá estar disponible en un formato legible por máquina y comunicarse en lenguaje claro y comprensible para los usuarios. Agrega el artículo que cualquier cambio significativo en las condiciones generales debe ser informado a los usuarios.

La información declarada debe además tener en consideración la vulnerabilidad de los usuarios que la recibirán. Así, el artículo 14 prevé que cuando un servicio esté dirigido principalmente a menores, los intermediarios deben presentar las condiciones de manera que estos puedan entenderlas fácilmente. Asimismo, los prestadores del servicio a través de la plataforma deben actuar de manera diligente y proporcional al aplicar restricciones, respetando los derechos fundamentales de los usuarios, como la libertad de expresión y el pluralismo mediático.

La necesidad de que la información sea transparente vuelve a hacerse presente en este tipo de reglamentaciones. Así, el artículo insiste en que las plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño deben ofrecer a los usuarios un resumen accesible de las condiciones generales, en un formato claro y legible por máquina. El artículo agrega que dichas plataformas deben publicar sus condiciones generales en todos los idiomas oficiales de los Estados miembros donde presten sus servicios. Lo anterior con el fin de garantizar la transparencia y accesibilidad en el uso de las plataformas para todos los usuarios.

Dicha necesidad de transparencia se refuerza aún más en el artículo siguiente, el 15, cuando expresamente dispone que los prestadores de servicios intermediarios deben publicar informes anuales sobre sus actividades de moderación de contenidos, presentados en un formato legible por máquina y accesible al público. Estos informes deben incluir detalles sobre, primero, las órdenes recibidas de las autoridades de los Estados miembros, las cuales deberán ser categorizadas según el tipo de contenido ilícito, el Estado que emitió la orden y el tiempo medio para procesarlas.

Segundo, en los casos de prestadores de servicios de alojamiento de datos, debe reportarse el número de notificaciones recibidas sobre contenido presuntamente ilícito, diferenciando las enviadas por alertadores

fiables y las tratadas automáticamente, incluyendo el tiempo necesario para adoptar medidas en respuesta a estas notificaciones.

Tercero, las acciones de moderación de contenidos que los prestadores realizan por iniciativa propia, describiendo el uso de herramientas automatizadas y el impacto en la disponibilidad, visibilidad y accesibilidad de la información de los usuarios. Esta información debe clasificarse según el tipo de contenido, el método de detección y las restricciones aplicadas.

Cuarto, también debe ser reportado el número de reclamaciones recibidas a través de los sistemas internos de gestión de reclamaciones, así como las decisiones adoptadas y el tiempo necesario para resolverlas. Dicho reporte debe incluir el número de decisiones revocadas.

Quinto, debe ser informado a los usuarios el uso de medios automatizados para la moderación de contenidos, incluyendo una descripción cualitativa de su precisión, tasa de error y las salvaguardias aplicadas.

Finalmente, de todas estas obligaciones se excluye a las microempresas o pequeñas empresas, a menos que sean plataformas en línea de gran tamaño. Ahora bien, se deja a la Comisión Europea la facultad de establecer modelos estándar para la presentación de estos informes y regular los períodos de presentación armonizados mediante actos de ejecución.

2.3. Coherencia: Obligación de consejo

Prever la sanción a la violación de una exigencia de buena fe a través de reglamentos como el DSA ha venido siendo recurrente en las últimas décadas. La idea es, además, coherente con la política jurídica consistente a reducir el desequilibrio entre quien tiene una posición dominante, en este caso, quien detenta y utiliza la tecnología y las plataformas para obtener un beneficio económico, y el usuario. La intención es, como ocurre con el derecho de consumo, proteger al más débil. Sin embargo, en materia de comercio electrónico es más difícil presumir en favor de quién se regula. Dicho esto, lo cierto es que las obligaciones precontractuales y contractuales aumentaron de manera considerable.

En lo que tiene con la buena fe durante la ejecución del contrato, el excesivo celo del solidarismo contractual por mantener la coherencia en la relación puede evidenciarse en el artículo 5 del DSA, el cual establece que los prestadores de servicios a través de plataformas electrónicas pueden incurrir en responsabilidad por el almacenamiento automático, temporal y provisional de dicha información (memoria caché) cuando modifica la información; incumpla con las condiciones de acceso a la información; no siga las normas de actualización de la información, reconocidas y utilizadas por el sector; interfiera con el uso legítimo de tecnologías ampliamente aceptadas que obtienen datos sobre el uso de la información; y no actúe con prontitud para eliminar o bloquear la información cuando se tenga conocimiento de que la fuente original ha sido retirada, bloqueada o cuando una autoridad judicial o administrativa lo ordene. Todo lo cual parece ser seductor. Sin embargo, se tratan de nuevas hipótesis de responsabilidad fundadas sobre consideraciones de oportunidad, sin considerar las implicaciones de este tipo de responsabilidad.

Por consiguiente, parece un tanto ingenuo creer que por establecer estas nuevas obligaciones cuyo incumplimiento conduce directamente a la responsabilidad, los usuarios de las plataformas están mejor protegidos (Arroyo, 2023, p. 187). Para empezar, dicha responsabilidad será muy difícil de establecer (De Filippi y Wright, 2018, pp. 29 y s.). Los prestadores no serán responsables del almacenamiento

de información en caché siempre que cumplan con las normativas y actúen rápidamente al detectar problemas con la fuente original o por mandato de una autoridad.

En otras palabras, el riesgo del mal uso de los datos almacenados de los usuarios es permanente y casi imposible es evitar que dichos datos puedan ser empleados para fines diferentes a los que motivaron al usuario para darlos (Hoffmann-Riem, 2020, pp. 1 y s; Véliz, 2021, pp.487 y s.). Sin embargo, en tanto que se logre demostrar la trazabilidad en el cumplimiento de las normativas y se actúe prontamente para tratar de aminorar cualquier daño, esto es, que se demuestre una coherencia con el servicio prestado, los prestadores del servicio a través de las plataformas estarán exentos de responsabilidad.

A estas tres funciones de la buena fe se le agrega una más: el deber de cooperación. La manera como este deber fue introducido en el DSA y los efectos del mismo serán abordados en la siguiente sección.

2.4. Obligación de cooperación

El artículo 9 del DSA, que regula las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos, impone a los prestadores de servicios intermediarios dos obligaciones de cooperación en caso de que sea identificado en la plataforma la presencia de algún contenido ilícito. La primera, consistente en la eliminación rápida de contenidos ilegales y el establecimiento de sistemas de moderación; la segunda, en informar “sin demora” a la autoridad emisora de la orden la ejecución de la misma.

En la práctica, el cumplimiento de este artículo ha implicado para los prestadores de servicios intermediarios una reestructuración significativa operativa para muchas de las plataformas (ATH 21, 2023, p. 4), que incluyen la moderación de contenidos ilegales y la implementación de mecanismos de quejas (Observatorio ADEI, 2021, p. 9), así como el diseño de interfaces que eviten patrones oscuros y garanticen un consentimiento informado (Cornejo, 2022).

El nexo entre la función de integración del contrato y de fiscalización de la buena fe y la protección del consentimiento se hace evidente en el DSA. Este esfuerzo regulatorio demuestra que la protección del consentimiento es una constante. Sin embargo, también pone de relieve la incapacidad del Estado para garantizar la libertad contractual, como lo veremos en la siguiente sección.

3. Reflexiones sobre la influencia de las tecnologías emergentes en la formación del consentimiento

Durante mucho tiempo, el consentimiento se entendió como uno de los elementos esenciales para la formación del contrato que bastaba con ser garantizado con la ausencia de vicios en la contratación. Previo a la incursión de la internet y de las tecnologías disruptivas como la IA, el aprendizaje automatizado, los algoritmos avanzados y la *blockchain*, la necesidad de proteger este consentimiento se ha hecho mucho más relevante y, por ende, ya no se deja a voluntad de las partes intervenir en su protección, como se hace usualmente por la vía de la nulidad relativa y/o la responsabilidad civil; sino que es el ente regulador quien toma un rol preponderante en esta función (Wischmeyer y Rademacher, 2020, p. vi).

El DSA, sin duda, es un fiel hijo de esa tendencia de colectivización del vínculo contractual denominada como Solidarismo Contractual, en el que a través de la buena fe se crean nuevas obligaciones y se abren nuevas vías de fiscalización, en este caso, para los prestadores de servicios intermediarios a través de las plataformas electrónicas. Esto, debido a que las tecnologías emergentes pueden obstaculizar la obtención

de un consentimiento verdaderamente informado y libre. Así, las plataformas digitales suelen emplear interfaces diseñadas para influir en las decisiones de los usuarios (*dark patterns*) (Agencia Española de Protección de Datos, 2022).

Tales interfaces impiden que los usuarios de las plataformas comprendan claramente a qué están consintiendo, como fue demostrado por un estudio realizado en el año 2021 por el SERNAC en Chile, en el que se revela que el 64% de los sitios web en el país utilizaban *dark patterns* (SERNAC, 2021, p. 31). Además, los algoritmos personalizan la información presentada, lo que puede limitar la exposición del usuario a alternativas o influir en sus decisiones, lo que plantea dudas sobre la transparencia y el control que los usuarios tienen sobre su consentimiento (Agencia Española de Protección de Datos, 2022).

De manera más restrictiva pero más unívoca, recientes estudios consideran la preocupación que sobre la privacidad genera el consentimiento retroactivo a partir del uso de IA para procesar grandes cantidades de datos personales (Arce, 2022, p. 5). De allí la urgente necesidad de un marco regulatorio más estricto que dio origen a reglamentos como el contenido en el DSA. Sin embargo, el cumplimiento de los estándares establecidos por este reglamento, al menos en lo que toca la protección del consentimiento, han presentado un importante desafío para los prestadores de servicios intermediarios, sujetos actualmente a garantizar que las tecnologías emergentes respeten los principios fundamentales del consentimiento informado. En concreto, nos preguntamos ¿Cómo determinar en el comercio electrónico si existió o no consentimiento?

Lo anterior incluye, como lo hemos visto en este estudio, la transparencia en el uso de datos y la obligación de las plataformas de facilitar información comprensible y accesible a los usuarios, además de proporcionar mecanismos efectivos para revocar o modificar su consentimiento. Resta por determinar si este nivel de protección será efectivo.

4. Conclusiones

Para finalizar este estudio, hemos constatado la importancia que ha tenido la tendencia doctrinal conocida como el Solidarismo Contractual en la manera como se regula la forma de determinar en el comercio electrónico si existió o no consentimiento, ya que, el cuerpo regulatorio tomado como ejemplo, el DSA, crea nuevas obligaciones destinadas a garantizar el civismo, la decencia, información, transparencia tanto en las etapas precontractual como contractual y de coherencia, consejo y cooperación en la contractual, todas las cuales corresponden a la aplicación por parte del ente regulatorio de la buena fe activa, destinada a crear obligaciones por sobre las que hayan o puedan prever las partes en uso de su autonomía de la voluntad, y de garantizar la preservación de valores morales y económicos tales como la seguridad y justicia en las transacciones comerciales a través de internet.

En relación con nuestros objetivos planteados en el inicio, se logró comprender que el consentimiento y la magnitud del mismo puede ser, en principio, identificados a partir de la trazabilidad de la diligente ejecución de aquellas nuevas obligaciones. Sin embargo, también quedó evidente la insuficiencia del Estado para garantizar la libertad contractual en razón a que las plataformas digitales suelen emplear interfaces diseñadas para influir en las decisiones de los usuarios (*dark patterns*) o personalizar la información presentada, lo cual conlleva a limitar la exposición del usuario a alternativas que él mismo no puede modificar o a influir en sus decisiones.

Sin duda, esta investigación deja abierto el escenario para nuevos estudios, ya que al ser el DSA un reglamento destinado a regir únicamente en Europa, no solo suscita dudas sobre su efectividad en un

contexto transnacional, como lo es el comercio electrónico, sino también por lo extremadamente oneroso que hace para los prestadores de servicios intermediarios a través de las plataformas electrónicas el cumplimiento de estas nuevas obligaciones. Un nuevo desafío de investigación será también abordar cómo la protección del consentimiento podría ser abordada por una futura regulación para Chile y la Región.

Bibliografía citada

- Agencia Española de Protección de Datos (2022): Dark patterns: Manipulación en los servicios de internet. Disponible en: <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/blog/dark-patterns-manipulacion-en-los-servicios-de-internet>
- Alfonso XI (1348): Ordenamiento de Alcalá de Henares. Disponible en: <https://geoblogia.com/2016/12/07/el-ordenamiento-de-alcala/>
- Almonacid, J. (2019): “Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 38: pp. 119-142.
- Arce, C. (2022): El impacto de la inteligencia artificial en el “consentimiento informado como herramienta de protección de derechos fundamentales en la era digital”. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/75db7776-fbec-4b15-b146-0573b4aaf48a/content>
- Arroyo, E. (2023): “Consumer protection in online marketplaces”, *Direito*, vol. 83: pp. 183-195.
- ATH 21 (2023): Guía rápida Digital Service Act (DSA). Disponible en: <https://ath21.com/guia-dsa/>
- Bebchuk, L. (2001): “Pre-Contractual Reliance”, *Journal of Legal Studies*, vol. 30: pp. 423-457.
- Bernal, M. (2007): “El solidarismo contractual – especial referencia al Derecho Francés”, *Universitas*, vol. 114: pp. 15-30.
- Betti, E. (1969): *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Cartwright, J. (2008): *Precontractual Liability in European Private Law*. Cambridge University Press.
- Castaldo, A. (2003): *Introduction historique au droit*. Dalloz.
- Comisión Europea (2024): *Ley de Servicios Digitales: Preguntas y respuestas*. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/faqs/digital-services-act-questions-and-answers>
- Cornejo, I. (2022): Plataformas digitales y desafíos regulatorios. Disponible en: <https://www.uaautonoma.cl/noticias/plataformas-digitales-y-desafios-regulatorios/>
- De Filippi, P. y Wright, A. (2018): *Blockchain and the Law, The Rule of Code*. Harvard University Press.
- Hoffmann-Riem, W. (2020): “Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation”, en Wischmeyer, T. y Rademacher, T. (editores), *Regulating Artificial Intelligence*. Springer.
- Jamin, C. y Mazeaud, D. (1999): *L’unilatéralisme et le droit des obligations*. Economica.
- Larenz, K. (1958): *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mantilla, F. (2011): “El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia”, *Revista chilena de Derecho Privado*, vol. 16: pp. 187-241.
- Martínez-Cárdenas, B. (2023): “La influencia de la Inteligencia Artificial en las obligaciones de Transparencia en la Información Precontractual en E-commerce con consumidores”, en Barrientos, F y Santelices, C. (directores); Pérez-Toril, S. (editora), *Estudios de Derecho del Consumidor V. XI Jornadas Nacionales de Derecho de Consumo Universidad Alberto Hurtado*. Tirant lo Blanch.
- Mazeaud, D. (1999): “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, en Ardant, P. (editor), *L’avenir du droit. Mélanges en hommage à Françoise Terré*. P.U.F. pp. 603-634.

- Mazeaud, D. (2003): “Le nouvel ordre contractuel”, *Revue des Contrats*. Janvier.
- Mazeaud, D. (2006): “La confiance légitime et l’estoppel”, *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 58, N° 2: pp. 363-392.
- Momberg, R. y De la Maza, I. (2017): “Términos y condiciones: Acerca del supuesto carácter contractual de las autoridades para el tratamiento de datos personales en sitios web”, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 6, N° 2: pp. 25-55.
- Observatorio ADEI (2021): Retos de la DSA y la DMA para contribuir al progreso digital en Europa y en España. Disponible en: http://www.observatorioadei.es/publicaciones/notaTecnica_Nov2021.pdf
- OECD (2024): Recommandation du Conseil sur l’intelligence artificielle. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449>
- Opazo, R. (2013): “Fundamento de los deberes precontractuales en las tratativas preliminares”, *Revista Digital Nuevo Derecho: Creare Scientia in Ius*: pp. 1-13.
- Picod, Y. y Davo, H. (2010): “Droit de la Consommation ». *Dalloz*.
- Picod, Y. y Picod, N. (2024): *Droit de la Consommation*. *Dalloz*.
- Rampelberg, R. (2005): *Reperes romains pour le droit européen des contrats*. L.G.D.J.
- Ripert, G. (1949): *Le déclin du droit*. L.G.D.J.
- Robespierre, M. (1790): “Discours non prononcé de M. Robespierre sur la garde nationale”, *Librairie Buisson*, Paris. https://books.google.fr/books?id=pNxBAAAAcAAJ&pg=PA1&hl=fr&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false
- Salguero, M. (2011): “Limitaciones del contractualismo y dimensión transnacional de los derechos humanos”, *Revista IUS*, vol. 5, N° 28: pp. 38-67.
- Savaux, E. (2004): “Solidarisme contractuel et formation du contrat”, en Grynbaum, L y Nicod, M. (directores), *Le solidarisme contractuel*. *Economica*.
- SERNAC (2021): Informe de resultados de levantamiento de dark patterns en comercio electrónico. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/619/articles-62983_archivo_01.pdf
- SERNAC (2022): Circular interpretativa sobre protección a consumidores frente al uso de sistemas de Inteligencia Artificial. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-64740.html>
- Terre, F. *et al* (2009): *Droit Civil – Les Obligations*, 10° Édition. Collection Précis *Dalloz*.
- Véliz, C. (2021): Moral zombies: why algorithms are not moral agents. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-021-01189-x>
- Wischmeyes, T. y Rademacher, T. (2020): “Preface: Good Artificial Intelligence”, en Wischmeyer, T. y Rademacher, T. (editores), *Regulating Artificial Intelligence*. Springer.