

COMERCIO ELECTRÓNICO Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR
RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE E-COMMERCE EN RELACIÓN A LOS USUARIOS
Gabriela Anabel PÉREZ

Resumen: Durante las últimas dos décadas, surgieron en el mundo modalidades de intercambio comercial que permanentemente desafían las reglas de juego tradicionales. Si bien estas amplían y facilitan el acceso al mercado, el escenario digital y el protagonismo de actores que desempeñan roles complejos -como las plataformas de comercio electrónico-, pueden colocar al consumidor en una posición de desventaja. En el presente artículo analizaremos el rol de las plataformas intermediarias, como así también la responsabilidad que se les atribuye frente al consumidor en la legislación y jurisprudencia argentina y del mundo.

Palabras clave: Comercio electrónico - plataformas - responsabilidad – consumidor.

Abstract: During the last two decades, commercial exchange modalities have emerged in the world, permanently challenging the traditional rules. While these modalities expand and facilitate market access, the digital arena and the role of actors who play complex roles -such as E-commerce platforms- can put consumers at a disadvantage. In this article we will analyze the role of intermediary platforms, as well as the responsibility attributed to them in relation to the consumer in Argentine and world legislation and jurisprudence.

Key words: E-Commerce - online platforms - liability rules - consumer

I) COMERCIO ELECTRÓNICO O E-COMMERCE

Se puede definir como la actividad que tiene por objeto el intercambio de bienes y servicios, utilizándose un medio digital para celebrar, cumplir o ejecutar un acuerdo.

Es un concepto amplio que comprende no sólo el perfeccionamiento del intercambio, sino también actividades tales como el marketing, procesamiento de pagos y reembolsos, soporte técnico, etc. Como bien lo define la autora española Ángela Guisado Moreno (2004), se entiende por comercio electrónico aquel que abarca las transacciones comerciales electrónicas – intercambios de bienes y servicios entre empresarios, o bien entre empresarios y consumidores–, a través de los soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la comunicación, básicamente Internet; así como también las negociaciones previas y posteriores estrecha y directamente relacionadas con aquellos contratos.

Por su parte, el contrato electrónico se constituye en el acto jurídico destinado al perfeccionamiento de un negocio dentro del marco del comercio electrónico, siendo definido como aquel contrato que “*se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo*” (Lorenzetti, 2001, p. 173), admitiendo el autor que el contrato pueda ser celebrado digitalmente en forma total o parcial.

I.-a) Tipos de E-commerce:

Según las características de las partes

1. B2B (*business-to-business*): como su nombre lo indica, implica la existencia de transacciones comerciales entre empresas. Generalmente se establece entre empresas que se dedican a fabricar productos complejos transformando materia prima con los proveedores de estos materiales. También entre proveedores mayoristas y minoristas, que se encargarán de vender un producto final al público.

2. B2C (*Business-to-consumer*): El intercambio tiene lugar entre una empresa y el consumidor.

3. C2B (*Consumer-to-Business*): El usuario es quien oferta bienes y servicios a empresas. Es el caso de las plataformas de trabajo *freelance*.

4. C2C (*Consumer-to-Consumer*): Modalidad según la cual los intercambios tienen lugar entre consumidores (es decir, por parte de vendedores no profesionales), a través de una plataforma facilitadora. Por ejemplo: *Ebay, Amazon, etc.*, aunque también admiten ofertas de proveedores profesionales.

Según el soporte utilizado

-E-commerce propiamente dicho: Se trata de transacciones que se realizan a través de una interfaz digital. Inicialmente su uso sólo estaba adaptado a dispositivos fijos (computadoras).

-MEC (Mobile E-Commerce): Es una adaptación de las plataformas de comercio electrónico compatible con dispositivos móviles. Permite proveer información tal como la localización del usuario

I.-b) Características

El comercio electrónico representa numerosas ventajas en relación a las modalidades comerciales tradicionales, tanto como para usuarios como para proveedores profesionales:

*Variedad: permite ofrecer al público una gama mucho más amplia y específica de productos en comparación a la que puede encontrarse en muchos comercios físicos, debido al alto costo que generaría su almacenamiento.

*Alcance: facilita a los compradores el acceso a una amplia oferta, y permite a los vendedores captar un público amplio y variado en términos geográficos sin invertir grandes montos en publicidad.

*Oferta personalizada: los vendedores tienen la posibilidad de ofrecer en forma asertiva a sus clientes los bienes y servicios que -presumiblemente- se encuentran dentro de su rango de intereses, de acuerdo a los datos provistos por el comprador que se almacenan en los servidores web.

*Información y toma de decisiones: el comercio electrónico, a través de sus plataformas de venta, facilita al consumidor el acceso a la información referida a las características técnicas del producto. Esto adquiere especial relevancia cuando se trata de productos como, por ejemplo, software o una maquinaria compleja, cuyas especificaciones son extensas y deben ser analizadas cuidadosamente. Esto no es algo imposible de lograr en un comercio tradicional, pero ciertamente resulta más complejo y requiere una mayor disponibilidad de tiempo.

*Favorece el acceso a nuevos productos de manera inmediata.

II) COMERCIO ELECTRÓNICO EN ARGENTINA

Durante la última década surgieron con fuerza en Argentina el E-commerce. De acuerdo a las estadísticas de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico, esta modalidad generó una facturación de \$152.000 millones durante el primer semestre del año 2019, representando un incremento del 56% respecto al mismo período del año anterior⁵⁵¹.

Uno de los elementos fundamentales para el crecimiento de esta modalidad de comercialización está constituido por las plataformas de comercio electrónico, y que sirven como intermediarios entre oferentes y consumidores. La principal plataforma es Mercado Libre S.A. fundada en el año 1999. Su importancia se debe, en primer lugar, a que facilita el acceso a productos de todo el país y realizar una comparación relativa al precio, calidad y características de productos similares expuestos por distintos vendedores. Además, permiten al usuario formular preguntas e interactuar con los oferentes en un marco de relativa seguridad, como así también formular una evaluación del producto o servicio y del vendedor mismo una vez finalizada la compra mediante un sistema de puntaje que, a su vez, redundará en beneficios para el oferente en cuanto a la visibilidad que obtendrán en el sitio.

Como bien dijimos, la función de estas plataformas es esencialmente la intermediación entre compradores y vendedores, ofreciendo un espacio de exposición a todo aquel que desee vender públicamente un producto o servicio a cambio del cobro de un precio fijo. O bien, ofreciendo exposición de manera gratuita a cambio de una comisión consistente en un porcentaje del precio de cada venta lograda.

II.a) El comercio electrónico en el Código Civil y Comercial

Se encuentra regulado, a partir del 2015, en el Título IV, Cap. 5, Sección III (Forma y prueba del acto jurídico), el cual establece:

ARTICULO 288, 2° p.-: *En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.*

II.b) El comercio electrónico desde la perspectiva de los derechos del consumidor

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial argentino, la Comisión Redactora declara que *“En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo.”*

En el apartado relativo a los contratos de consumo, la comisión explica:

“En este Capítulo se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, celebrados a distancia y celebrados por medios electrónicos. Se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor, y que son las siguientes:

- *El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado.*

551Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), Estudio de Comercio Electrónico 1er Semestre – 2019.

- *La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación.*

- *El derecho a la revocación.*

- *El lugar de cumplimiento es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fija la jurisdicción.”*

Dentro del articulado del Código, los contratos electrónicos celebrados entre un proveedor profesional y los consumidores se han plasmado en el Libro Tercero, relativo a los Derechos Personales, Título III:

ARTICULO 1106.- *Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.*

ARTICULO 1107.- *Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.*

ARTICULO 1108.- *Ofertas por medios electrónicos. Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.*

ARTICULO 1382.- *Información periódica. El banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año.*

III) RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En el marco de estas transacciones, el consumidor puede sufrir perjuicios de distinto tipo, principalmente económicos. Esto -que no es inusual- se da cuando el mismo no recibe el producto cuyo precio ya depositó, o bien cuando el producto es defectuoso o no se encuentra en las condiciones que habían sido acordadas al momento de la negociación. También puede suceder que lo adquirido genere un daño a la salud al comprador debido a un fallo en su composición o manejo inadecuado mientras es transportado.

Es indudable que al vendedor u oferente profesional que publicita su contenido en una plataforma de comercio electrónico, le es aplicable el régimen de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor⁵⁵². Sin embargo, como hemos visto en el apartado anterior, no se encuentra previsto un régimen especial en relación a la determinación de responsabilidad del intermediario en la contratación por medios electrónicos.

Tampoco existen disposiciones que garanticen al consumidor el acceso a información acerca de los productos publicados, tales como especificaciones técnicas y advertencias de uso, como así también información relativa a la persona jurídica del intermediario (entre otros, su domicilio legal).

552 “Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios”, entre otros.

Por último, no existe legislación relativa a la administración de contenido vinculado a actividades ilícitas que obligue al proveedor en el sitio web del intermediario.

Creemos que es imperativo contar con un régimen específico aplicable a estos actores, ya que cumplen un rol complejo en la cadena de comercialización. Si bien su función es esencialmente técnica, esta es, proveer un espacio en línea para el intercambio de bienes y servicios, también poseen un rol determinante al momento de perfeccionar las ventas, y cuentan con una posición privilegiada en lo que respecta al manejo del contenido publicado y a la información provista por los usuarios (profesionales y consumidores).

Cuando un nuevo mercado surge, y ante la ausencia de legislación, son los proveedores los que establecen las reglas de juego. En el caso del E-commerce, este rol está ocupado principalmente por los intermediarios, aunque esta ya no constituye -evidentemente- una actividad novedosa en nuestro país, Por lo tanto, predominan las regulaciones impuestas por los proveedores originales.

Estas regulaciones están diseñadas para dar un marco amplio de protección al comprador, ya que lo contrario redundaría en una masiva pérdida de confianza que minaría la credibilidad del intermediario.

La mayoría de las plataformas intermediarias cuentan con sistemas de procesamiento de reclamos y de solución de conflictos entre comprador y vendedor, que prevén la posibilidad de obtener reembolsos, devoluciones, o cambios. En el caso de Mercado Libre S.A., si una transacción no se perfecciona por incumplimiento de alguna de las partes, o si no se ajusta a lo convenido, tanto comprador como vendedor tienen la posibilidad de interponer un reclamo a través de la plataforma, aportado los elementos de prueba que consideren pertinente (fotografías, registros de conversaciones, etc). Ahora bien, la existencia de estos sistemas de resolución de conflictos y la resolución que se adopte siempre estarán sujetas al criterio de la intermediaria.

En nuestro país, ha sido a través de la jurisprudencia que se han delineado criterios para determinar qué tipo de responsabilidad es atribuible a los intermediarios de comercio electrónico de acuerdo al rol que cumplen en las transacciones. En el apartado siguiente analizaremos una serie de sentencias dictadas por distintos tribunales a partir de reclamos interpuestos, principalmente, contra Mercado Libre S.A.

IV. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

1.-“Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios”⁵⁵³

Los actores adquirieron entradas para un evento musical a través Mercado Libre S.A. Al momento de utilizarlas, no solo se les niega la entrada al lugar, sino que además son detenidos, puesto que los tickets habían sido denunciados como robados. Ante esto, los compradores promueven demanda de daños y perjuicios contra la plataforma.

En primera instancia⁵⁵⁴, el reclamo contra la empresa es rechazado, y se condenó a quien actuó como vendedor en la operación. El tribunal entendió que la relación de consumo se estableció entre comprador y vendedor, únicamente. Ello porque el actor conocía que el producto adquirido no era propiedad de Mercado Libre, y además pactó las condiciones de la transacción y pagó el precio

553Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala k. Fecha: 05/10/2012.

554Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 47.

directamente al vendedor. Además, porque al registrarse en la plataforma de compra-venta, cada usuario acepta la responsabilidad exclusiva tanto como por los productos que ofrece, como por los que adquiere.

Mercado Libre, por su parte, únicamente *“permite poner a disposición de los distintos usuarios un espacio virtual que les habilita a comunicarse mediante internet para encontrar una forma de vender o comprar servicios o bienes”*, sin intervenir en el perfeccionamiento del contrato, de acuerdo al fallo de primera instancia.

La sentencia es apelada, y la Cámara en lo Comercial interviniente sostiene que la demandada es, efectivamente, parte en la relación de consumo, dado el carácter profesional de la actividad desplegada por la plataforma.

Como fundamento de la extensión de la responsabilidad a la plataforma como proveedor más allá de que el comprador no hubiera perfeccionado un contrato de consumo directamente con esta, la Cámara argumenta que, con la consagración del artículo 42 a través de la reforma constitucional de 1994 *“el elemento activante del régimen tuitivo del consumidor había dejado de ser el contrato de consumo, pasando a serlo una figura mucho más amplia como lo es la relación de consumo. En tal entendimiento, desde dicha oportunidad, siempre que se estuviera ante una relación de consumo en cualquiera de sus etapas, debía aplicarse el sistema de protección del consumidor”*.

Es por ello que considera aplicable a la demandada -en su calidad de integrante de la relación de consumo-. el régimen de responsabilidad objetiva y solidaria por vicio o riesgo de la cosa.

Aún más, Mercado Libre no sólo se limita a ofrecer un espacio virtual de intermediación entre compradores y mediadores, sino que la plataforma, al cobrar una comisión por cada venta, contribuye en la determinación del precio final de los productos, constituye parte de un contrato de tipo electrónico.

En relación a esta modalidad contractual, y citando al Dr. Ricardo Lorenzetti, el tribunal afirma que *“El sistema de comercio por medios electrónico, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. Podríamos afirmar que no solo se mantiene, sino que se profundiza. Debe tenerse en cuenta también que la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultado de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurado en un trato no familiar.”* (LORENZETTI, ob.cit., página 220 y 222.).

Finalmente, la Cámara reafirma su criterio basándose en que la plataforma opera creando una apariencia en la cual los usuarios depositan su confianza. Apariencia tal que por sí misma justificaría la atribución de responsabilidad a la demandada.

Ante esta resolución, la empresa interpone recurso extraordinario, el cual es declarado inadmisibile, como así también la posterior queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁵⁵, con lo cual quedó confirmada la resolución de la Cámara de Apelaciones.

2.-“Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial – Recurso de Apelación c/ Decisión de Autoridad Administrativa o Persona Jurídica Pública No Estatal”⁵⁵⁶

El presente caso se origina en el recurso interpuesto por Mercado Libre en contra una resolución dictada por la Dirección de Defensa del Consumidor, en la cual se condena la empresa al pago de una multa, además de la obligación de publicar el texto condenatorio en el periódico local, a favor de una consumidora que adquirió un par de zapatos a través de la plataforma, los cuales no se encontraban en las condiciones que habían sido acordadas.

La Cámara, de acuerdo a los términos de la resolución recurrida, sostiene: *“resulta innegable que, quien pone a disposición de compradores y vendedores un sitio web, cobra por publicitar y por la concreción de la operación, deviene responsable en los términos del estatuto consumeril”*. Destaca que, mal podría considerarse como ajena la actividad de la intermediaria en relación a la compraventa, ya que esta tiene acceso a los detalles del producto adquirido, de la transacción realizada y del procesamiento de los pagos, el cual fue efectuado a través del sistema de pagos propiedad de Mercado Libre. Por lo tanto, entiende la Cámara, se trata de un caso de conexidad contractual donde los intervinientes asumen una garantía solidaria frente a la contraparte.

El tribunal refuerza su argumento basándose en el precedente sentado por el fallo “Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios”, en cuanto afirma que Mercado Libre es integrante de la cadena comercial tanto por el hecho de cobrar una comisión por las ventas realizadas a través de la plataforma, como por la apariencia de seguridad y transparencia en las transacciones que genera para atraer la confianza de los compradores. Además, (...) la sentencia dictada en por la Cámara Civil y Comercial de Jujuy en Autos “Ferreiro, Pablo Alberto c/ Mercado libre”, según la cual Mercado Libre *“está involucrado y tanto que contribuyó a formar el consentimiento, elemento indispensable para la toma de decisiones.”* y que desconocer su rol activo en las ventas que se realiza por intermedio de la plataforma *“raya con la deliberada aniquilación de la confianza del comprador en pos de un sistema que se supone resguardo del principio de la buena fe, entre otros, como la seguridad prometida”*.

3.-“Ferreiro, Pablo Alberto c/ Mercado Libre s. Acción emergente de la Ley de Defensa del Consumidor - Recurso de inconstitucionalidad”⁵⁵⁷

El hecho que dio lugar al inicio de la presente acción consistió en la adquisición, por parte del actor, de un producto a través de la plataforma Mercado Libre, el cual fue abonado en su totalidad, pero que sin embargo no fue recibido por el mismo.

Es útil aclarar aquí que el sistema de pagos de la plataforma, denominado “Mercado Pago”, retiene provisoriamente el dinero depositado por el adquirente hasta tanto éste dé aviso de haber recibido el producto en las condiciones pactadas, lo cual no ocurrió en el caso bajo análisis. Formulado el pertinente reclamo, la empresa analiza el caso, y si surge de la prueba de la correspondencia intercambiada entre las partes que el vendedor había hecho envío del producto a una provincia diferente de aquella en la cual residía el comprador, Mercado Libre decida considerar cumplida la prestación y, consecuentemente, liberar el importe depositado a favor del destinatario.

556Cámara 4° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. Fecha: 29/12/2016

557Superior Tribunal de Justicia de Jujuy. Fecha:15 de julio de 2017.

La Cámara Civil y Comercial que intervino en grado de apelación⁵⁵⁸ resolvió condenar a la empresa al pago de un monto equivalente al perjuicio económico sufrido por el comprador, como así también daño moral y de la multa estipulada en el artículo 52 de la ley 24.240 (conocida como daño punitivo), con el fin de desalentar las prácticas inescrupulosas.

El fundamento que se esgrime es, en primer lugar, la falta de prudencia de la demandada al momento de resolver la disputa, calificándola de *“apresurada e inconsulta a simple vista”*, ya que mal pudo tenerse por cumplida la prestación cuando, del simple análisis del intercambio de mensajes entre las partes, surgía claramente que el vendedor envió el producto a un destino que no era el acordado.

En segundo lugar, se basa en la apariencia de seguridad y celeridad generada por Mercado Libre en su sitio web, sosteniendo que *“no era eso lo esperado de acuerdo a sus promesas y seguridades del sistema que con solo consultar el sitio aparecen prometidas: seguridad, eficacia, prontitud, etc.”*

Por último, reafirma el carácter de proveedor de la demandada en el marco de la relación de consumo, entiendo que *“Mercado Libre y Mercado Pago comercian a través de la red a la que acceden los usuarios.”* Y continúa *“(Mercado Libre) actúa por un interés lógico y comercia con el servicio, ajustando sus tarifas al negocio. Está involucrado y tanto, que contribuyó a formar el consentimiento, elemento indispensable para la toma de decisiones”*.

Frente a este pronunciamiento se interpone recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia, el cual lo rechaza, ratificando la postura de la Cámara en todos los aspectos, ofreciendo también algunas particularidades interpretativas.

En relación a la alegada falta de prudencia de la demandada, resuelve que *“resulta acreditado cuanto menos una falta de diligencia de la accionada, puesto que pudo constatar con el consumidor la recepción del producto adquirido -librando el mail correspondiente-, a pesar de que el supuesto vendedor adjuntara un comprobante de envío de correo y recién allí liberar los fondos. Ello hace a la prestación de un servicio profesional que es lo que ofrece puesto que, cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725 del CCyCN).”*

Además, refuerza la posición que atribuye responsabilidad a la demandada con base, entre otros, en la apariencia que esta genera frente al consumidor: *“Aparece relevante la publicidad que ofrece Mercado Pago sosteniendo que es un pago seguro y especificando “que una vez que se acredite el pago, recibirás el producto. Si no lo recibes o tienes algún problema, protegeremos tu dinero y te ayudaremos” (fs. 32) y conforme el art. 1106 del CCyCN las precisiones formuladas en la publicidad se tienen incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.”*

El Tribunal rechaza el agravio en virtud del cual la demandada se autocalifica como mera intermediaria, y afirma que el accionado no puede pretender eximirse de responsabilidad sosteniendo que no intervino en la compraventa *“en virtud de la conexidad contractual existente, sería responsablemente por el daño causado al usuario-comprador, aún cuando el incumplimiento contractual ocurrió en un contrato del cual el titular de la plataforma no es parte, es decir, en el contrato celebrado entre el usuario-comprador y el usuario-vendedor” (Cfr. Romina Iannello, “La conexidad contractual y los contratos de consumo Comentario al fallo, Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial”).”*

558Sala Tercera, Cámara Civil y Comercial de Jujuy. Fecha 15 de setiembre del 2016

Por último, la sentencia convalida la aplicación del instituto del Daño Punitivo en base a la necesidad de *“desalentar la práctica de proceder inescrupulosos e instar a los operadores de este tráfico sistematizado, para que lo mejoren y hagan cierto lo que prometen, lo que resulta fundamento”*; y también de la condena al resarcimiento de daño moral, dado que el consumidor *“se vio privado del uso de los teléfonos que pretendió adquirir y perjudicado por la indisponibilidad del dinero depositado para su compra, sino los malos momentos, pérdida de tiempo, constantes intentos de comunicación y la frustración que experimentó al sentirse estafado, cuando tomó los recaudos necesarios para realizar una transacción que aparecía publicitada como segura.”*

4.-” Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L s/ Ordinario.”⁵⁵⁹

La demanda que dio lugar al caso bajo examen fue interpuesta por el señor Kosten, quien efectuó la compra de un automotor a través de Mercado Libre, mediante la modalidad denominada “subasta”. Luego de haber pagado el precio del mismo, como así también una serie de gastos en concepto de gastos de “entrega y documentación”, el actor no recibió el automotor, en virtud de lo cual interpuso demanda contra la plataforma solicitando el reintegro de las expensas realizadas, reparación de daño moral y aplicación de multa en concepto de daño punitivo.

La sentencia de primera instancia hace lugar a la excepción de legitimación pasiva interpuesta por la empresa, rechazando así la pretensión del sr. Kosten.

Frente a esta resolución se interpone recurso de apelación.

La Cámara en lo Civil y Comercial interviniente, frente a la escasez de herramientas legislativas locales, fundamenta gran parte de su en el análisis de legislación y jurisprudencia extranjera, llegando a las siguientes conclusiones:

Como base para la determinación de responsabilidad, entiende que es necesario indagar en el rol que la plataforma cumplió en la operación comercial.

Como particularidad, debemos aclarar que en el presente caso la compra no se realizó a través de la modalidad habitual dentro de las plataformas de comercio electrónico, mediante la cual comprador y vendedor se suscriben a las mismas y, al perfeccionarse una venta, el intermediario percibe una comisión proporcional al precio del producto, sino que se utilizó una modalidad que - en ese entonces- era relativamente novedosa, denominada “subasta” (por contraposición a la tradicional, denominada “marketplace”).

El comprador tuvo acceso a la oferta y a la información de contacto del oferente sin necesidad de suscribirse a la plataforma, y procedió a negociar directamente con el mismo.

Posteriormente, realizó el pago a través de un sistema de transferencias ajeno al correspondiente a Mercado Libre.

Primero, sostiene la inconveniencia de responsabilizar al operador que actúa como mero intermediario entre las partes contratantes, limitándose a prestar un servicio de alojamiento de datos (hosting). Entiende que la empresa demandada ocupó *“una posición neutra, meramente técnica, automática y pasiva, lo que impide que tenga conocimiento y control de la información almacenada.”*

Actuando en esta calidad, entiende el Tribunal, no podría imponérsele un deber activo de control sobre la información que como intermediario administra, basándose en la Directiva sobre

559Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. Fecha: 22/03/2018

Comercio Electrónico del Parlamento Europeo que consagra la inexistencia de una obligación general de vigilar. De ello se deriva *“la inexistencia de una responsabilidad, tal como lo declaró nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al analizar el régimen de responsabilidad de los ‘motores de búsqueda’ en Internet” (conf. CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.s/ daños y perjuicios”, considerando 16).”*

Es decir, reafirma la teoría según la cual la responsabilidad del intermediario es de carácter meramente subjetivo.

La sentencia admite que podrían existir supuestos de atribución de responsabilidad objetiva al intermediario, que solo admiten una interpretación de carácter restringido. Refiere específicamente al supuesto en que el autor de un contenido ilícito dentro de una plataforma, actúe bajo la dirección o control del responsable de la misma, perjudicándose de esta forma al consumidor. Fuera de este caso, y sin probarse que la plataforma cumplió un rol activo en la transacción, la responsabilidad atribuible a la demandada es de naturaleza subjetiva.

A continuación, el tribunal sostiene que el rol de las plataformas que gestionan el mercado electrónico *“consiste en un servicio electrónico que permite acceder al conjunto de una información enderezada a la consecución de una finalidad, cual es que unos adquieran productos o servicios que otros enajenan, obteniendo el operador por ese servicio una retribución.”*

Si bien es posible que las plataformas intermediarias presten otro tipo de servicios conexos en virtud de los cuales sean pasibles de atribución de responsabilidad objetiva, en el caso bajo examen, Mercado Libre actuó *“con relación a la oferta de venta del automotor que interesó al actor como un simple sitio web de alojamiento de datos (hosting).”*, ya que de la prueba presentada surge que no es necesario registrarse ni proporcionar información de ningún tipo para poder acceder al sitio de ventas, entendiendo así que ello encuadraría únicamente en el marco de un contrato de publicidad. De ello deriva que el rol de la demandada fue de tipo pasivo. Ello sumado a que, el apartado *“Términos y condiciones”* del sitio web declarada que *“Mercado Libre sólo pone a disposición de los Usuarios un espacio virtual que les permite ponerse en comunicación mediante internet para encontrar una forma de vender o comprar servicios o bienes...”* y que *“...Debido a que Mercado Libre no tiene ninguna participación durante todo el tiempo en que el artículo se publica para la venta, ni en la posterior negociación y perfeccionamiento del contrato definitivo entre las partes, no será responsable por el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Usuarios en el perfeccionamiento de la operación”*, apartado que, según entiende el sentenciante, cumpliría con el deber de proveer información de la ley 24.240, que el oferente manifieste que se eximirá de responsabilidad no significa que efectivamente no vaya a responder.

Como bien se mencionó previamente, la Cámara admite la atribución de responsabilidad de tipo objetivo a las actividades o servicios prestados por la plataforma que revistan un carácter activo en las transacciones. Este sería el caso del servicio de pagos de propiedad de Mercado Libre, denominada Mercado Pago, citando como precedente de este supuesto los Autos *“Ferreiro, Pablo Alberto c/ Mercado Libre”*.

Sin embargo, como mencionamos, el señor Esteban Kosten no hizo uso de esta plataforma de pagos, sino que transfirió el monto requerido por el vendedor mediante un sistema de pagos provisto por un tercero.

Por lo tanto, no es aplicable a la demandada el carácter de proveedor por cuanto tuvo intervención en la operación de compra-venta, sino que tampoco cobró una comisión por el

perfeccionamiento de la misma (recordemos que este había sido uno de los criterios considerados en el citado fallo Ferreiro.)

Por último, se señala que el actor actuó con “evidente torpeza” en el proceso de adquirir un rodado, por cuanto no verificó físicamente su estado, no pudiendo alegar la misma en juicio para beneficiarse. Además, no pareció dudar de la legalidad de la oferta en base al precio requerido por el mismo, el cual habría sido casi la mitad del precio de plaza para un automóvil usado similar, con lo cual mal podría ser considerado adquirente de buena fe.

5.- “Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección General de Defensa y Protección del consumidor por Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor”⁵⁶⁰

La presente causa se originó a partir del reclamo formulado por B., quien resultara damnificado por una operación realizada a través de Mercado Libre en virtud de la cual, no sólo no recibió el producto solicitado, sino que tampoco obtuvo el reembolso del monto pagado.

Mercado Libre cuenta con un sistema de procesamiento de pagos propio, Mercado Pago, el cual, como mencionamos con anterioridad, retiene el importe depositado hasta tanto el comprador dé aviso de haber recibido el producto en las condiciones acordadas. La plataforma asegura a los compradores, en relación a este sistema, que el pago se encuentra

“100% protegido” ante cualquier inconveniente en la operación. Ahora bien, Mercado Pago también funciona como una “billetera digital” (así se lo promociona en el sitio web de la empresa), que permite a los usuarios depositar fondos en la misma para pagar distintos bienes y servicios no sólo por medio de compras electrónicas sino también en comercios físicos adheridos al sistema, a través de transferencias.

Esta última modalidad es la que, según se desprende de la prueba, utilizó el señor B. para efectuar el pago por el producto adquirido: depositó el monto correspondiente al precio a su cuenta de Mercado Pago, y desde allí, a su vez, lo transfirió al vendedor.

Mercado Libre garantiza que la compra se encuentra protegida hasta el momento en que el comprador califique positivamente la operación realizada, pero esta garantía únicamente abarca los casos en que el pago se vincule directamente a una oferta de la plataforma. No así cuando el comprador decide transferir el monto al oferente en forma independiente, el cual es considerado un simple envío de dinero a un tercero, aunque utilice la misma plataforma. Esta discriminación de consecuencias respecto a cada una de las modalidades de pago no se encontraba especificada en el sitio web de la demandada

Transcurrido un lapso de tiempo razonable, al no recibir el producto ordenado, y tras numerosas consultas a Mercado Libre, el comprador formuló el pertinente reclamo ante la Dirección de Defensa del Consumidor, instancia en la que se condenó a la demandada al pago de una multa por violación al artículo 19 de la ley 24.240 (deber de información), y por daño directo al actor.

El fundamento brindado por la autoridad de aplicación consistió en que, tal como surge de la prueba rendida en el expediente, *“la respuesta dada por la sumariada ante la consulta del señor B., dio a este la certeza de que su pago estaría asegurado y que el mismo no sería transferido al vendedor hasta tanto confirmase la recepción del producto adquirido, toda vez que nada dice respecto a la posibilidad de que ese pago sea tomado como envío de dinero y que fuese excluido del Programa de Protección al Comprador”* y a continuación, que *“la información referida a la*

560Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I. Fecha: 8/10/2019

acreditación del pago constituye un aspecto sustancial del contrato celebrado, por lo que su conocimiento o desconocimiento pueden tener incidencia directa en la celebración del mismo”.

Cámara: Mercado Libre no puede considerarse ajeno a la relación de consumo.

*Mercado Libre S.A. no puede desconocer que, en su calidad de intermediario, se encuentra alcanzado por la Ley de Defensa del Consumidor (...) A mayor abundamiento, cabe señalar que a través de ‘Mercado Pago’ se brinda un servicio al consumidor que también genera obligaciones para la recurrente en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor”.*⁵⁶¹

La confianza del usuario B. en la plataforma ofrecida por el recurrente resultó clave para la concreción final de la operación. Desde este punto de vista, los términos y condiciones no fueron respetados por la sumariada y, aún cuando ello pudo tener como fundamento la alegada distinción entre “pagar” y “enviar dinero” a través de Mercado Pago; lo cierto es que falló la información que proporcionó la empresa durante la concertación del contrato, lo cual vició la voluntad del consumidor, quien pudo creerse con una legítima expectativa a tener una protección.

El Dr. Balbín expresó en su voto:

“Mercado Libre no desconocer que, en su calidad de intermediario, se encuentra obligado a respetar y garantizar las disposiciones relativas a defensa del consumidor”

“Debió ser la propia empresa quien -dando cumplimiento al deber de información- comunicara acabadamente sobre las alternativas de pago y las consecuencias de optar por una u otra, máxime cuando una de las posibilidades implicaría el no otorgamiento de una garantía sobre la transacción”

6.- “Ferraro Antonio Fabián c. Car Group S.A. y Mercado Libre S.R.L.”⁵⁶²

En el caso en cuestión, el actor demandó en forma simultánea a la plataforma Mercado Libre y a la empresa Car Group S.A. por el perjuicio que estos le ocasionaron a partir de la publicación de fotografías del automóvil del actor para promocionar la venta de rodados, sin contar con la autorización del mismo.

La Cámara rechazó la demanda en contra de Mercado Libre, estableciendo que la responsabilidad de la misma, en tanto intermediaria, es de carácter subjetivo, reeditando así el argumento brindado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Autos “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, del año 2014, en que se juzgó el rol de una plataforma de búsquedas online. Así, la Cámara argumentó que se trata de “*un fallo con distintas aristas, pero sin dudas con puntos en común que permiten la aplicación de la doctrina del mismo a este caso. Allí, la Corte resaltó la importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda y concluyó que el factor de atribución con el que debe ser juzgada la responsabilidad de los mismos es subjetivo, es decir, que serán responsables cuando hayan tomado efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido publicado si tal conocimiento no es seguido de un actuar diligente.*”

Una vez sentado este criterio, afirma que la falta de comunicación a la demandada de la situación perjudicial -que impidió a la misma actuar en consecuencia- tiene el efecto de eximir a la misma de responsabilidad en la presente causa: “*La confiabilidad del sistema se basa no necesariamente en el control de que, como en este caso, las fotografías que se utilizan sean fidedignas respecto a lo que cada anunciante desea comercializar, sino, como dije, en la adopción*”

⁵⁶¹Mercado Libre SRL c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor. Fecha: 11/06/2018

⁵⁶²Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires. Sala C. Fecha: 01/10/2019

de medidas necesarias para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva. En el caso, no ha sido acreditado, ni siquiera alegado por el actor haber puesto a “Mercado Libre” en conocimiento del ilícito denunciado. Nótese que tal como quedó probado en el expediente a través del informe de la perito, en las publicaciones analizadas existía la posibilidad de “denunciar la publicación” y de solicitar “ayuda”. Ninguna de estas herramientas fue utilizada por el actor para denunciar la conducta lesiva.”

V. DERECHO COMPARADO

A. Unión Europea

La Unión Europea cuenta con una regulación específica y extensa del comercio por medios electrónicos. En miras a establecer normas claras que fomenten la seguridad jurídica y, de esta manera, crear un ambiente propicio para atraer inversiones en el campo de la tecnología necesaria para el E-commerce.

Las normas comunitarias adoptan la forma de Directivas y Reglamentaciones, que en principio rigen en forma subsidiaria al derecho interno de cada país.

El Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone, en su artículo 5 que los contratos celebrados por consumidores se regirán, en principio, por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual.

Sin embargo, algunos de estos cuerpos normativos, tales como la Directiva sobre Comercio Electrónico, unifican concepto y criterios que se observarán en todos los Estados miembros

Marco normativo

El primer antecedente en la materia está dado por la Directiva 85/577/CEE del Consejo Europeo, relativo a la Protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera del establecimiento comercial.

Posteriormente, se dictó la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Estos cuerpos normativos fueron unificados y reemplazados por la Directiva 2011/83/UE sobre los Derechos de los Consumidores, actualmente en vigencia. Esta establece directivas generales en relación a los contratos a distancia, permitiendo al mismo tiempo a los Estados miembro mantener o adoptar sus propias normas nacionales en la materia.

En los considerandos de la presente Directiva, se destaca la importancia de la protección al consumidor en su participación en contratos entre ausentes y fuera del establecimiento comercial, sin afectar la competitividad de las empresas, como elemento que refuerza la seguridad jurídica del tráfico.

«Contrato a distancia»: todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo;

Directiva sobre Comercio Electrónico⁵⁶³

Advertida la necesidad de coordinar las legislaciones nacionales en materia de comercio electrónico, se dicta la presente Directiva que unifica conceptos jurídicos a nivel comunitario, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores.

En los apartados N° 17 y 18 de los considerandos se define el término “Servicios de la sociedad de la información”, tomando como base la definición existente Directiva relativa a la Protección Jurídica de los Servicios de Acceso Condicional o Basados en Dicho Acceso y la Directiva relativa al Procedimiento de Información en Materia de Reglamentaciones Técnicas y de Reglas Relativas a los Servicios de la Sociedad de la Información. Se entendía por tales a *“cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico (...) y a petición individual de un receptor de un servicio”*.

La Directiva sobre Comercio Electrónico amplía esta acepción, abarcando a todos los servicios prestados en línea que, a partir de una solicitud individual del consumidor, dan lugar a una contratación por medios electrónicos, especialmente la venta de mercancías, como así también todo servicio que -aun no siendo remunerada por el destinatario-, constituyen una actividad económica para el prestador tales como los servicios de provisión de información, y herramientas de búsqueda, acceso y recopilación de datos.

Se define además qué se entiende por “prestador de servicios”, siendo este *cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información;*

El término consumidor cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión.

También se introduce la expresión “comunicación comercial”, entendiéndose por tales a *todas las formas de comunicación comerciales destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas.*

En materia de responsabilidad, se realiza una distinción en base a la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entre comprador y vendedor. Así, la Directiva establece en su apartado 40 que se podrá eximir de responsabilidad a aquellos proveedores que únicamente se dediquen a la transmisión de información (*mere conduit*) y los que almacenen datos en forma automática, provisional y temporal (*caching*). En ambos casos, siempre que el proveedor no tenga participación alguna en el contenido publicado (por ejemplo, modificando la información).

Para beneficiarse con la eximición de responsabilidad, el intermediario deberá probar que, al tomar conocimiento de la existencia de una actividad ilícita, procedió de manera rápida a retirar la información relativa a la misma, o bien a prohibir el acceso a esta (apartado 45).

La Comisión Europea explicó, en 1998, que este régimen persigue fundamentalmente cuatro objetivos:

1.- Repartir la responsabilidad por la seguridad en internet entre todas las partes involucradas, en cooperación con las autoridades nacionales.

5632000/31/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

2.- Promover el desarrollo del comercio electrónico creando seguridad jurídica respecto al rol de cada uno de los actores, y asegurando al intermediario la dispensa de la obligación de monitorear el material que almacenan y manipulan, lo cual resultaría excesivamente costoso e inconveniente (al menos al momento de pronunciarse la Comisión).

3.- Crear un equilibrio entre los derechos fundamentales de los involucrados. Especialmente, el derecho a la privacidad y protección de la información personal, libertad de expresión e información, libertad comercial y el derecho de propiedad.

4.- Fortalecer el mercado digital adoptado un estándar común a nivel comunitario de exención de responsabilidad.

Artículo 5: información general exigida. La directiva establece que los Estados deberán garantizar al consumidor el acceso fácilmente, en forma permanente y directa a la siguiente información relativa al intermediario:

a.-Nombre;

b.-Dirección;

c.-Indicación de canales de contacto rápido y directo con el proveedor, como por ejemplo, dirección de e-mail;

d.-Si está inscripto en un registro público, datos de la inscripción;

e.-Si la actividad está sujeta a un régimen de control especial, información de la autoridad supervisora;

f.- Si ejerce una profesión regulada: título, inscripción en el colegio profesional correspondiente, normas profesionales aplicables al establecimiento;

g.-Identificación fiscal, si ejerce una actividad gravada con Impuesto al Valor Agregado.

En relación al precio, el mencionado artículo exige la publicación clara del mismo, discriminando impuestos y gastos de envío.

En el artículo 6, se establecen las exigencias relativas a las comunicaciones comerciales que formen parte o constituyan un servicio de la sociedad de la información. Estas deberán ser claramente identificables como tales, identificándose también a la persona física o jurídica en cuyo nombre se realicen (inc. a y b).

El artículo 10 (parte pertinente) exige que, antes de que el consumidor efectúe un pedido, el proveedor debe facilitarle como mínimo la siguiente información:

a.- Pasos técnicos que deben seguirse para perfeccionar el contrato;

b.- Si el intermediario va a registrar o no el contrato, y si este va a ser accesible al consumidor;

c.- Medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de datos;

Al realizar un pedido por vía electrónica, el prestador debe acusar recibo del mismo sin demora, y por la misma vía. Se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las cuales se dirigen puedan tener acceso a los mismos (art. 11, inc. 1).

En su sección 3, el Artículo 9 regula el tratamiento de los contratos por vía electrónica: *Los estados miembros velarán porque su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica, garantizando que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la*

utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

La sección 4 de la Directiva sobre Comercio Electrónico se dedica a regular específicamente la responsabilidad de los intermediarios.

Art. 12: En su inciso 1 Se impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la eximición de responsabilidad a aquellos proveedores que transmita datos facilitados por el destinatario del servicio en una red de transmisión de informaciones, o faciliten el acceso a una red de comunicaciones, en los supuestos en que:

- a. El proveedor no haya originado la transmisión.
- b. No seleccione al destinatario de la información
- c. No seleccione ni modifique los datos transmitidos.

En estas actividades de transmisión y facilitación del acceso a redes de comunicaciones están incluidas también aquellos proveedores que almacenen la información de modo automático, provisional y transitorio. (inc 2).

El artículo 14, dispone en su inciso 1 que el prestador de un servicio de la sociedad de la información que se dedique a transmitir información no podrá ser considerado responsable por los datos almacenados, a condición de que:

- a. *No tenga conocimiento efectivo de que la actividad de la información es ilícita y, en lo que respecta a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que;*
- b. *En cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador del servicio actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ella sea imposible.*

El inciso 2 establece que la exención de responsabilidad “*no será aplicable cuando el destinatario actúe bajo la autoridad o el control del prestador del servicio*”, este es el caso en que el proveedor actúa junto, o a través del titular de la información para perjudicar a un tercero.

En su artículo 15 inciso 1, la Directiva consagra la prohibición de imponer a los intermediarios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, como así también de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de ilícitos.

El inciso 2 del mismo artículo dispone que los Estados podrán establecer a los prestadores la obligación de comunicar con prontitud a las autoridades competentes los presuntos datos o actividades ilícitas llevadas a cabo a través de sus plataformas

REGLAMENTO (UE) 2019/1150 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea

En su apartado 2 define el término “servicios de intermediación en línea” como los servicios que cumplen todos los requisitos siguientes:

- a) constituyen servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo (13);

b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia;

c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores;

Si bien esta Directiva fue concebida con el objeto de regir las relaciones entre el intermediario de comercio electrónico y el vendedor, establece una norma muy importante en relación a los consumidores, por cuanto dispone en su artículo 3 inciso 5 que “*Los proveedores de servicios de intermediación en línea garantizarán que la identidad del usuario profesional que proporciona bienes o servicios en servicios de intermediación en línea sea claramente visible.*”

B. Estados Unidos

B.1 Marco normativo

La responsabilidad por daños se rige de acuerdo a las leyes de cada Estado. En la mayoría de los casos⁵⁶⁴, se atribuye responsabilidad objetiva al vendedor, fabricante y distribuidor de productos defectuosos.

A nivel Federal, existen fundamentalmente dos cuerpos normativos que regulan la responsabilidad de los intermediarios digitales: la *Digital Millenium Copyright Acty Communications Decency Act*.

Digital Millenium Copyright Act (1998)

En el título II Limita la responsabilidad del intermediario por violaciones de derechos de autor en los siguientes supuestos:

I.- Comunicaciones transitorias

El proveedor actúa simplemente como un conducto de datos, transmitiendo información digital de un punto de una red a otro a petición de otra persona. Esta limitación abarca los actos de transmisión, encaminamiento o suministro de conexiones para la información, así como las copias intermedias y transitorias que se realizan automáticamente en el funcionamiento de una red. Para poder acogerse a esta limitación, las actividades del proveedor de servicios deben cumplir las siguientes condiciones: 1. La transmisión debe ser iniciada por una persona distinta del proveedor. 2. La transmisión, enrutamiento, suministro de conexiones o la copia deben realizarse mediante un proceso técnico automático sin selección de material por parte del proveedor de servicios. 3. El proveedor de servicios no debe determinar los destinatarios del material. 4. Las copias intermedias no deben ser normalmente accesibles a nadie más que a los destinatarios previstos, y no deben conservarse durante más tiempo del razonablemente necesario. 5. El material debe ser transmitido sin modificar su contenido.

II.- “Caching”

Limita la responsabilidad de los proveedores de servicios por la práctica de retener copias, durante un tiempo limitado, del material que ha sido puesto a disposición en línea por una persona que no es el proveedor, y que luego se transmite a un suscriptor a su dirección. El proveedor de servicios retiene el material de modo que las solicitudes posteriores de ese mismo material puedan

564Arizona, California, Georgia, Florida, Kansas, New York, South Carolina, Pennsylvania, entre otros.

satisfacerse transmitiendo la copia retenida, en lugar de recuperar el material de la fuente original en la red. La ventaja de esta práctica es que reduce las necesidades de ancho de banda del proveedor de servicios y disminuye el tiempo de espera de las solicitudes posteriores de la misma información

La limitación se aplica a los actos de almacenamiento intermedio y temporal, cuando se llevan a cabo mediante un proceso técnico automático con el fin de poner el material a disposición de los suscriptores que lo soliciten posteriormente. Está sujeta a las siguientes condiciones: 1. El contenido del material retenido no debe ser modificado. 2. El proveedor debe cumplir las normas sobre la "actualización" del material -sustitución de las copias retenidas del material por material del lugar original- cuando se especifique de conformidad con un protocolo de comunicación de datos estándar de la industria generalmente aceptado. 3. El proveedor no debe interferir con la tecnología que devuelve la información de "aciertos" a la persona que publicó el material, cuando dicha tecnología cumple ciertos requisitos. 4. El proveedor debe limitar el acceso de los usuarios al material de conformidad con las condiciones de acceso (por ejemplo, la protección mediante contraseña) impuestas por la persona que publicó el material. 5. Todo material que se haya publicado sin la autorización del titular de los derechos de autor deberá ser eliminado o bloqueado rápidamente una vez que el proveedor de servicios haya sido notificado de que ha sido eliminado, bloqueado u ordenado eliminarlo o bloquearlo en el sitio de origen.

III.- Almacenamiento de información a solicitud del usuario.

Restringe la responsabilidad de los proveedores de servicios por infringir el material de los sitios web (u otros depósitos de información) alojados en sus sistemas. Se aplica a los almacenamientos bajo la dirección de un usuario. Para poder acogerse a la limitación, deben cumplirse las siguientes condiciones: 1. El proveedor no debe tener el nivel de conocimiento requerido de la actividad infractora (de acuerdo al inciso 4); 2. Si el proveedor tiene el derecho y la capacidad de controlar la actividad infractora, no debe recibir un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora; 3. Al recibir la notificación adecuada de la supuesta infracción, el proveedor deberá retirar o bloquear el acceso al material con prontitud; 4. Con arreglo a la norma de conocimiento, un proveedor de servicios sólo podrá acogerse a la limitación de la responsabilidad si no tiene conocimiento efectivo de la infracción, no tiene conocimiento de los hechos o circunstancias de los que se desprende la actividad infractora o, al obtener dicho conocimiento o conciencia, responde con rapidez para retirar el material o bloquear el acceso a él. La ley también establece procedimientos para la debida notificación, y normas sobre su efecto.

IV.- Herramientas de ubicación de información

Aplicable a directorios en línea y motores de búsqueda: Limita la responsabilidad por la actividad consistente en vincular a los usuarios a un sitio que contenga material infractor, bajo las siguientes condiciones: 1. El proveedor tener el conocimiento de que el material es infractor. 2. Si el proveedor tiene el derecho y el poder para controlar la actividad infractora, no debe recibir un beneficio económico directamente vinculado a la actividad. 3. Al recibir la notificación de una supuesta infracción, el proveedor debe retirar o bloquear inmediatamente el acceso al material.

Communications Decency Act– Sección 230

Exime de responsabilidad al intermediario, con miras a los siguientes objetivos:

1.- Para promover el desarrollo continuo de internet y otros servicios de computación en línea y medios interactivos.

2.-Para preservar el competitivo mercado libre que actualmente existe en internet y en otros servicios de computación interactivos, sin restricciones por parte de regulaciones Estatales o Federales.

3.-Para promover el desarrollo de tecnologías que maximicen el poder de control del usuario sobre el contenido que se recibe.

Define “proveedor de contenido” como persona o entidad responsable, en todo o en parte, por la creación o el desarrollo de información provista a través de internet u otro servicio de computación interactivo.

También define qué se entiende por “Proveedor de software de acceso”, siendo tal el proveedor de software o herramientas que permitan realizar alguna de las siguientes acciones:

- a.-Filtrar, proyectar, habilitar o deshabilitar contenido;
- b.-Seleccionar, elegir, analizar o procesar contenido;
- c.-Transmitir, recibir, mostrar, reenviar, almacenar, buscar, clasificar, organizar, reorganizar o traducir contenido.

Sección C regula el tratamiento del intermediario:

Establece que ningún proveedor o usuario de un servicio de computación interactivo será considerado como autor de la información provista por otro proveedor de contenidos.

En materia de responsabilidad civil dispone que ningún proveedor o usuario de un servicio de computación interactivo será responsable en relación a:

- a. Acciones adoptadas voluntariamente de buena fe para restringir el acceso o la disponibilidad de material considerado objetable por el proveedor, ya sea que ese material se encuentre protegido o no constitucionalmente.
- b. Acciones tomadas o permitidas para permitir o hacer accesible la a los proveedores de contenidos los medios técnicos para restringir el acceso al material descriptos en el párrafo anterior.

b.2 Jurisprudencia

Oberdorf v. Amazon⁵⁶⁵

Heather Oberdorf adquirió a través de la plataforma demandada una correa retractable para su mascota. Al momento de utilizarla, la correa se rompe, impactando en la cara de la actora. Como consecuencia, esta pierde la visión de su ojo izquierdo de manera completa e irreversible.

Sin haber podido interponer el pertinente reclamo en contra del vendedor, interpone demanda contra Amazon solicitando la reparación de los perjuicios sufridos en base a una responsabilidad de tipo objetiva y por violación del deber de informar acerca de los posibles riesgos en la utilización del producto, la cual es rechazada en primera instancia por el Tribunal de Distrito de Pennsylvania. El tribunal consideró, en primer lugar, que la intermediaria no podía ser considerada responsable puesto que la ley Estatal limita la responsabilidad objetiva al “vendedor”⁵⁶⁶ del producto, entendiéndose como tal a aquel que enajena un bien de su propiedad a un tercero, y que en este caso fue un tercero quien publicitó el collar en cuestión en la plataforma, y que una vez concretada

565 Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Tercer Distrito de los

566Restatement (Second) of Torts § 402^a.

la transacción en línea lo envió directamente al domicilio de la compradora. Por ello, Amazon.com no puede ser considerada vendedora y, por tanto, no se encuentra alcanzada por la normativa aplicable a los reclamos por productos defectuosos. En segundo lugar, aplica al caso la Ley de Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act*), que consagra la exención de responsabilidad para los intermediarios que se limitan a publicar contenido generado por otros proveedores de información.

La sentencia es apelada, recayendo por lo tanto en la Corte de Apelaciones del Estado. El tribunal considera que, previo al análisis de los aspectos jurídicos del caso, es necesario entender el rol de la demandada en la transacción que dio lugar al perjuicio y posterior reclamo.

Describe la Corte a Amazon como un “mercado virtual que comercializa productos propios y de terceros. En este último caso, es el tercero quien establece el precio, condiciones de compra y modalidades de envío. Por su parte, la plataforma recoge la información proporcionada por los usuarios y procesa los pagos. El vendedor, al ofrecer sus productos a través de esta empresa, debe proveer a la misma especificaciones acerca de estos, tales como su marca, modelo, peso y dimensiones, además de opciones y costo de envío. Obtenida esta información, la plataforma clasifica los productos y los publica en su sitio web.” Detalla además que Amazon percibe dos tipos de comisiones por este servicio: la primera consiste en un monto de entre 7 y 15% del promedio de ventas, y la segunda está dada por una comisión por producto, o bien una tarifa mensual fija, a elección del vendedor.

De acuerdo a los términos y condiciones que rigen la relación entre estas dos partes establece que Amazon es un agente del vendedor, con el propósito de procesar pagos y reembolsos a cargo del proceso de ventas, efectuando transferencias bancarias y cargos. Durante cada etapa del proceso de venta, la empresa detenta un gran poder, con privilegios a su favor, como el de cesar en la provisión de alguno o varios de sus servicios a discreción y sin aviso, incluyendo la suspensión, prohibición o remoción de artículos. También puede ordenar al vendedor que detenga o cancele órdenes. Además, exige que el vendedor la indemnice ante cualquier reclamo, pérdida, daño o gastos, eximiéndose.

En el apartado A el tribunal recurre al precedente sentado en la causa “*Musser v. Vilsmeier Auction Co, Inc*”, en la cual la Suprema Corte de Pennsylvania estableció cuatro criterios para determinar si una parte involucrada en una transacción puede ser considerada como vendedora y si, por lo tanto, es posible atribuirle una responsabilidad de tipo objetiva. Estos criterios son los siguientes:

- 1.- El actor es el único miembro de la cadena de ventas ante el cual se puede interponer una queja.
- 2.- Si, en el caso concreto, la atribución de responsabilidad objetiva serviría como incentivo-
- 3.- Si el proveedor se encuentra en una mejor posición que el consumidor para prevenir la circulación de productos defectuosos.
- 4.- Si el proveedor puede distribuir el costo de compensación por los daños por productos defectuosos

Todos ellos resultarían aplicables al caso en cuestión, de acuerdo a los siguientes argumentos del tribunal:

1.- Tanto la compradora, Oberdorf, como Amazon, fueron incapaces de localizar al vendedor original. Por lo tanto, la intermediaria fue el único miembro de la cadena de comercialización en contra de quien se pudo interponer el reclamo.

2.- Amazon admite no tener relación alguna con los diseñadores o fabricantes de los productos que se comercializan a través de la plataforma, por lo tanto, no se controla la calidad y seguridad de estos. Sin embargo, de acuerdo a los términos y condiciones impuestos, tiene poder de decisión acerca de las publicaciones que se admiten. Imponer una responsabilidad de tipo objetiva resultaría un incentivo, según la Corte, para que la demandada remueva o prohíba la publicación de productos potencialmente dañinos en el futuro.

3.-De acuerdo a las condiciones contractuales descritas, la demandada cuenta con un gran poder para determinar qué productos serán publicados y cuáles serán eliminados de la plataforma, como así también para decidir qué vendedores podrán permanecer activos, de acuerdo al sistema de calificaciones con que cuenta. Por otra parte, Amazon es el principal canal de comunicación con el que cuentan los compradores para denunciar productos defectuosos. Atribuirle responsabilidad objetiva propiciaría la expulsión de vendedores cuyos productos hayan sido reportados como peligrosos o defectuosos por los usuarios.

4.-Amazon puede distribuir el riesgo, por ejemplo, ajustando la comisión impuesta a los vendedores, para resarcirse por los daños que debió indemnizar. Por lo tanto, atribuirle responsabilidad objetiva serviría -de manera indirecta- como un incentivo a los vendedores para comercializar productos cuya seguridad esté garantizada.

Por último, el tribunal analiza si la Ley de Decencia en las Comunicaciones constituye un obstáculo al reclamo interpuesto por Oberdorf. Al respecto, la demandada sostiene que no es pasible de responsabilidad por el contenido generado por terceros, ya que actúa como mero publicante o reproductor del mismo. La Corte de Pennsylvania sostiene que el rol de Amazon se extiende más allá del que cumpliría un publicante de contenido, sino que ejerce un rol concreto en el proceso de venta, por lo que deberá responder por los daños ocasionados por el producto. En cuanto al reclamo por violación al deber de información respecto a las precauciones que deben adoptarse al momento de utilizar el producto, este es rechazado por considerarse una cuestión propia de funciones editoriales.

VI. CONCLUSIÓN

El comercio electrónico lleva más de dos décadas de desarrollo en nuestro país. Las plataformas intermediarias poseen un rol determinante en la dinámica de los intercambios electrónicos, ya que ofrecen interfaces digitales en las cuales vendedores y compradores pueden acceder a un amplio mercado, tanto en materia de oferta y precios, como en términos geográficos.

Sin embargo, las características mismas del comercio electrónico pueden colocar al consumidor en una situación de desventaja tanto técnica (desconocimiento del funcionamiento de las plataformas) como así también por la imposibilidad de formular un reclamo directamente ante el vendedor (ya sea porque la plataforma se constituye en único canal de reclamación, o bien se desconoce la información necesaria para contactar al oferente, o bien por imposibilidad geográfica de llegar al mismo).

Si bien se acepta pacíficamente la aplicación de la legislación consumeril a la transacción entre vendedor y consumidor, no ocurre lo mismo respecto al régimen aplicable a las plataformas

intermediarias. Estas desempeñan una función compleja, que implica el desarrollo de la tecnología necesaria para el funcionamiento del espacio digital de intercambio, pero también, como se ha visto, mal podría desconocerse que cumplen una función determinante para el perfeccionamiento de las transacciones.

La jurisprudencia ha atribuido responsabilidad a las plataformas de comercio electrónico en base a distintos criterios:

Algunos tribunales resaltan la obtención, por parte del intermediario, de un beneficio económico a partir de las ventas concretadas y apariencia de seguridad en las transacciones y protección de los pagos contra el incumplimiento de la contraparte, tal como se juzgó en Autos “Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre”.

De ello se ha derivado en “Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial” que existe una conexión entre los contratos, de lo cual derivaría la responsabilidad de la plataforma frente al consumidor.

Como se aprecia, existe relativo acuerdo en la jurisprudencia en reconocer a los intermediarios como integrantes de la cadena de ventas, y por lo tanto, se les atribuye responsabilidad por daños al consumidor. Sin embargo, aún existe discrepancia sobre la naturaleza de esta responsabilidad, puesto que hay tribunales que consideran que el rol de la plataforma justificaría la atribución de responsabilidad objetiva (como en los citados Autos “Claps”), con fundamento en el artículo 40 de la ley 24.240. Pero la tendencia actual se encuentra marcada por la atribución de responsabilidad subjetiva, con fundamento principalmente en el derecho comparado y sentencias dictadas en el extranjero (caso “Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario” y “Ferraro Antonio Fabián c. Car Group S.A. y Mercado Libre S.R.L.”)

En el marco del derecho comparado, tomamos el caso de la Unión Europea y Estados Unidos, por cuanto han sido los lugares de nacimiento y radicación de las mayores empresas tecnológicas del mundo que ofrecen plataformas de comercio electrónico.

En Europa, el derecho comunitario favorece la exención de responsabilidad de los intermediarios que no modifiquen ni creen por sí contenido, estableciendo además la obligación de limitar al acceso e informar a las autoridades locales acerca de la existencia de información relacionada con actividades ilícitas en las plataformas.

La intención del Parlamento Europeo ha sido promover un marco de seguridad jurídica y de estabilidad destinado a fomentar el desarrollo de las tecnologías de la información dentro del espacio comunitario.

En Estados Unidos, existen numerosas leyes a nivel estatal que consagran la responsabilidad objetiva del vendedor por los daños causados al consumidor. Las plataformas de comercio electrónico como Amazon se han amparado, con relativo éxito, en la tradicional definición de “vendedor”, para eludir la responsabilidad frente a los compradores, lo cual está comenzando a revertirse, como advertimos en el caso “Oberdorf vs. Amazon”, el cual marcó un hito en virtud del cual se amplió este concepto estricto de “vendedor”, para incluir actualmente a los intermediarios de E-commerce. A nivel Federal, la legislación permite a los denominados “Proveedores de software de acceso” beneficiarse con la exención de responsabilidad civil.

El comercio electrónico constituye, desde hace tiempo, una actividad económica de gran peso en el mercado, y de marcada presencia en la vida cotidiana de los consumidores. Sin embargo, en

un país constantemente azotado por vaivenes políticos y económicos, la protección de los consumidores nunca parece tener prioridad a nivel legislativo.

Consideramos que es imperativo dotar a los jueces de herramientas para resolver las cuestiones que ante ellos se plantean, que abarquen en forma completa la complejidad que representan. Es un desafío que requiere esfuerzos conjuntos del sector legislativo y académico, no solo con el fin de proteger los derechos básicos de los consumidores, sino para brindar un marco de seguridad jurídica que garantice la equidad en los intercambios sin coartar el ejercicio de la libertad comercial y la innovación.