

Las modernas modalidades de contratación *on line* y las funciones del derecho de daños

por Silvana Alejandra Castagno¹

Sumario: 1.- Introducción a la temática abordada en este trabajo. 2.- Servicios de internet. Interés específico en los proveedores de servicios de comercio electrónico. 3.- Funciones del derecho de daños. 3.a.- La función resarcitoria de la Responsabilidad Civil y el Derecho de Daños. 3.b.- La función preventiva como una de las finalidades del Derecho de Daño. Ajuste terminológico. 4.- La función resarcitoria aplicada a la hipótesis de daños producidos en el marco de la contratación electrónica. 5.- Recepción legislativa del aspecto relacionado con la responsabilidad de las plataformas. Situación actual y futura en la Unión Europa y Argentina. 6.- El avance jurisprudencial de los criterios para determinar la atribución de responsabilidad a las plataformas o sitios de comercio electrónico. Algunos precedentes destacables. 7.- La función preventiva del daño aplicada a la contratación electrónica. La importancia de la innovación tecnológica. La realidad del *e-commerce* y la contratación de consumo. 8.- Las medidas de prevención. Acción preventiva/acción de cesación. El deber de información y la prohibición de la publicidad engañosa. Recepción legislativa y jurisprudencial. 9.- Aplicaciones prácticas del deber de información en la actualidad del *e-commerce*. 10.- Conclusiones. 11.- Bibliografía. 11.a.- Doctrina. 11.b.- Jurisprudencia. 11.c.- Sitios web.

Resumen: El presente trabajo analiza algunos puntos de contacto entre las nuevas tendencias de contratación a través de medios tecnológicos, comercio online, y las funciones del Derecho de Daños. Tras efectuar una mención a los proveedores de servicios digitales, se deslinda el objeto de estudio con énfasis en las plataformas que disponen sitios para la contratación en línea entre usuarios. Luego se abordan conceptos centrales relativos a las funciones del Derecho de Daños. Específicamente se reseñan tendencias legales, doctrinarias y jurisprudenciales – en Unión Europea y en Argentina- en torno a la

¹ Abogada y Escribana (UNC).
Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC).
Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Córdoba Capital. Docente Titular Disciplinar de Obligaciones y Bases del Derecho Privado y Docente experta en Daños (UES21) Adscripta Derecho Privado VII -Derecho de Daños- (UNC)

Palabras Claves:
nuevas tendencias de contratación - comercio online - funciones del Derecho de Daños

Keywords:
new contracting trends - online commerce - the functions of Tort Law

responsabilidad de dichos sitios web. Se enfoca la cuestión desde la perspectiva de las medidas que se pueden y deben adoptar en ejercicio de la función preventiva. En pos de la protección de los derechos del usuario, se introduce la necesidad de cumplir con una adecuada, concreta y eficaz información por parte del vendedor y del titular del espacio virtual.

Abstract: This paper analyzes some points of contact between the new contracting trends through online commerce and the functions of Tort Law. After mentioning digital service providers, the study focuses on the platforms that provide online sites to contractual partners. Then, this paper addresses the topic of the functions of Tort Law. Specifically, legal, doctrinal and jurisprudential trends are reviewed in connexion to the responsibility of ecommerce web sites, in the European Union and in Argentina. The issue is approached from the perspective of the measures that should be adopted in the exercise of the preventive function. This study suggests that both the seller and the platform should provide adequate, concrete and effective information to protect the user and consumers' rights.

1.- Introducción a la temática abordada en este trabajo

El presente trabajo procura ahondar en los puntos de contacto entre las nuevas tendencias en materia de contratación a través de medios tecnológicos, es decir: el comercio *online* y las funciones del Derecho de Daños.

A partir de la innegable incorporación del entorno digital al ámbito de la práctica mercantil, producto del avance tecnológico, la operatoria comercial diaria involucra diversos protagonistas, en diversas posiciones comerciales y jurídicas. Así, nace un nuevo mercado con exponencial crecimiento en relativamente poco tiempo². Hoy, las empresas no pueden prescindir de la informatización que ha transformado el escenario de su actividad³.

Si bien en esta materia se advierte una zona de autorregulación, no cabe librar a las normas del mercado o a la mera voluntad de los usuarios la fijación de aquellas pautas que resultan útiles y necesarias para la protección de quienes protagonizan estas relaciones comerciales. Sin desconocer el principio de autonomía de voluntad, se impone la necesidad de contar con reglas universales y uniformes para dar certeza y seguridad jurídica a las transacciones. Como consecuencia de la expansión global del fenómeno, que trasciende las fronteras de los países, se procura la formalización de instrumentos legislativos que sienten estándares y principios de tendencia universal, o bien que constituyan modelos a seguir por los distintos Estados para lograr la armonización de normas atento la dificultad de una unificación plena⁴.

La realidad Argentina en este aspecto se encuentra a la zaga de los logros alcanzados en el orden internacional, de allí la importancia del análisis del ámbito

²La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) ha informado que la facturación del comercio electrónico en Argentina creció 47% en 2018. El 90% de los argentinos conectados compró en línea www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa_contratacion_electronica_y_defensa_del_consumidor.pdf

³MADRID PARRA, Agustín. *El derecho uniforme de la contratación electrónica*, nota 2, en *Comercio electrónico. Estructura Operativa y jurídica*. ETCHEVERRY, Raúl - ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010, p. 170.

⁴*Ley Modelo sobre comercio electrónico* (1996) de Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) y *Convención de Naciones Unidas sobre Comunicaciones electrónicas* (Res.60/21, NY 2005).

comparado. Especialmente en la Unión Europea se han gestado importantes iniciativas legislativas desde hace unos años y sobre estas bases se continúa trabajando con ahínco para la innovación y la mejora continua.

A través de estas páginas se abordan conceptos centrales relativos a las funciones del Derecho de Daños. Se reseñan tendencias doctrinarias y jurisprudenciales –*en Unión Europea y en Argentina*– en torno a la responsabilidad de dichos sitios web, y el deber de adoptar medidas en ejercicio de la función preventiva, algunas de las cuales serán analizadas específicamente. Nos focalizaremos en el deber de información que recae sobre el vendedor y el titular del espacio virtual con fundamento en la necesidad de brindar protección a los consumidores y usuarios del sistema.

2.- Servicios de internet. Interés específico en los proveedores de servicios de comercio electrónico

Gracias al avance de la tecnología informática y principalmente de la aparición del fenómeno de Internet, encontramos el género “*contratos informáticos*”, donde subyacen obligaciones relacionadas con el tratamiento automatizado de información. Se puede distinguir entre aquellos acuerdos cuyo objeto se trata de bienes o servicios informáticos (contrato de utilización de equipos informático, de programas o software, de mantenimiento de hardware), y los contratos concertados a través del soporte informático⁵. Dentro de esta última categoría, nos interesa analizar las modernas formas de contratación: “*contratación electrónica*” o “*comercio electrónico*” y el rol de la plataforma proveedora y facilitadora del vínculo entre los usuarios.

El comercio electrónico es definido como “*el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos o digitales de comunicación, ya sea por redes abiertas o cerradas, incluyendo texto, sonido e imagen, que se despliega dentro de un sistema global utilizando redes informáticas y muy especialmente internet, el cual permite crear el mercado electrónico virtual sin límites geográficos ni temporales, operando por ordenador y a distancia, de productos de bienes de servicios de tecnologías*”⁶. Son transacciones que se efectúan a través de medios electrónicos de procesamiento de datos (procesan, almacenan y transmiten) que utilizan soportes telemáticos (cable, radio, fibra óptica u otros medios electromagnéticos)⁷.

Se caracteriza por la flexibilidad y dinamismo, celeridad, ahorro de tiempos, comodidad, libertad, anonimato, globalización, extraterritorialidad, accesibilidad, oferta indeterminada, posibilidad de perfeccionamiento instantáneo, desarrollo e innovación continua, predominio de contratos uniformes y de adhesión⁸. A nivel de

⁵LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos*, parte especial, T III, Rubinzal-Culzoni, 2021, p. 928. Cita el Código Civil y Comercial argentino: art. 286 habilitación de la expresión escrita en cualquier soporte; art. 288 sobre firma digital; art. 1106 soporte electrónico en contratos de consumo.

⁶SCOTTI, Luciana. *Contratos electrónicos. Un estudio desde el derecho internacional privado argentino* en SILVAN, Lucas La responsabilidad de las plataformas de e-commerce, MJ-DOC-15967-AR.

⁷MONTENEGRO CORREA, Sebastián. *Comercio electrónico y mercados en línea*, Ediar, Bs As, 2022, p. 22. Según la Ley 527 de Colombia es aquel que engloba actividades mercantiles integradas por información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares (EDI, Internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax).

⁸Se señalan ventajas: eliminación de errores de interpretación por la normalización de los contratos con estándares predeterminados, fijación previa del momento de concreción por sistemas preprogramados e inteligencia artificial,

UE (Unión Europea) hace largos años existe una postura clara en orden a la validez de la contratación por soportes electrónicos (art. 9.1 DCE 2000/31)⁹.

En la actualidad ha adquirido gran relevancia la provisión de servicios digitales. Encontramos empresas que brindan: a) almacenamiento de datos en espacios virtuales o memoria temporal de contenidos (Google Drive, Icloud, Onedrive, Dropbox); b) publicaciones y alojamiento de contenidos de terceros para su acceso o transmisión por redes sociales (Twitter, Facebook, Instagram; linkedin); c) acceso o conexión a la red y transmisión de contenidos (Arnet, Fibertel, Speedy); d) de búsqueda de contenidos y enlaces de información generada por terceros (Google, Yahooo, Search), e) economía colaborativa donde el interés en los bienes no finca exclusivamente en la propiedad como otrora acontecía, sino en su uso. Resaltamos la aparición de plataformas *on line* que posibilitan la dinámica de relaciones entre usuario destinatario y usuario proveedor de bienes (Booking, Uber, Lyft, Airbnb, BlaBlaCar, Wallapop, Glovo, Coworking, Goteo) y f) *e-commerce* o comercio electrónico y *marketplaces* o vidrieras electrónicas.

Dentro del espectro de proveedores de servicios de internet¹⁰ nos interesan –en esta oportunidad– *“los proveedores de servicios de comercio electrónico”* (vgr. Mercado Libre, OLX, Amazon, eBay, etc) sindicados como aquellos que ponen a disposición, intermedian u operan un ámbito o plataforma para que terceros realicen operaciones comerciales por medios o recursos tecnológicos¹¹.

Este grupo de prestadores integra la definición de *“Servicio de la sociedad de la información”* de la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31, art. 2 a) mantenida en Directiva 2015/1535. Se trata de *“todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”*¹².

Recientemente se ha dictado el nuevo Reglamento de UE relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales, el cual remite a tal definición. Enumera los servicios intermediarios y distingue dentro de la categoría general de servicios de alojamiento de datos, la subcategoría *plataformas en línea*. Se trata de redes sociales o las plataformas que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes. Operan como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público a petición de los destinatarios del servicio; todo ello con los límites del art. 3 inc. i).

Son prestadores de servicio de la sociedad de la información que ejercen una actividad económica de modo estable y por período indeterminado (art. 3 c) DCE 2000/31). En esta línea, la Ley 34/2002 (11 de julio) incorporó al ordenamiento jurídico

fiabilidad e inalterabilidad de los registros probatorios (FERNANDEZ ESCUDERO, Josué *Contrato telemático y comercio electrónico en el Derecho Latinoamericano en Comercio electrónico – Estructura Operativa y jurídica* ETCHEVERRY, Raúl - ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010, p. 397).

⁹Señala que los Estados miembros velarán para que su derecho interno permita la celebración de contratos electrónicos y el régimen legal no entorpezca la utilización real de dichos medios de contratación.

¹⁰TAMBUSSI, Carlos. *Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico*. LL 29/5/2017 AR/DOC/1437/2017.

¹¹PIZARRO, Ramón. *Responsabilidad del operador de una plataforma de comercio electrónico online*, LL 2021-E, 445 AR/DOC/2538/2021.

¹²Si cumple esos requisitos constituye un servicio de la sociedad de la información salvo que forme parte de un servicio global cuyo elemento principal corresponda a otra calificación jurídica (Sentencia 20/12/17 Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15; EU: C: 2017:981, ap. 40, citada por Tribunal de Justicia (Gran Sala) 19/12/2019, C-390/18.

español la Directiva sobre Comercio Electrónico; y resulta específicamente aplicable a los contratos de consumo (art. 95 del Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

3.- Funciones del derecho de daños

3.a. La función resarcitoria de la Responsabilidad Civil y el Derecho de Daños.

Como es sabido, tradicionalmente, la Teoría de la Responsabilidad Civil se encontraba estructurada en base a la función resarcitoria. Desde la reacción de venganza en los albores de la civilización, el desarrollo del sistema de responsabilidad ha evolucionado notablemente. Se advierte un cambio de paradigma pues –desde hace unos años– se ha abandonado la mirada puesta en el victimario y en la necesidad de procurar el castigo de su conducta disvaliosa, para revalorizar la posición de la víctima enarcada en el principio *pro dammato*¹³ y en la obligación de reparar el “*daño injusto*”.

Este giro en la perspectiva ha dado nacimiento a hipótesis de responsabilidad basada en criterios objetivos (vgr. riesgo, garantía, equidad). El Código Civil y Comercial Argentino recepta ambos criterios de atribución de responsabilidad. Además, frente a una laguna y por la imposibilidad de aplicación analógica al caso de factores objetivos remite a la culpa como criterio residual (art. 1721)¹⁴.

Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor Argentina prevé un sistema de responsabilidad objetivo (basado en la teoría del riesgo creado, el deber de seguridad, garantía legal, equidad) y la solidaridad entre todos los integrantes de la cadena de comercialización por daños derivados del riesgo o vicio de la cosa o prestación del servicio¹⁵.

Frente a la producción del daño resarcible (consecuencia patrimonial o extrapatrimonial en la esfera de interés de la víctima) surge el deber de reparar por parte del responsable. Por aplicación del principio de reparación integral, se debe colocar al damnificado en una situación igual o de máxima aproximación a la que se encontraba antes del hecho lesivo. La finalidad resarcitoria aspira a lograr una razonable equivalencia jurídica entre el detrimento y su reparación. Empero, en tanto el resarcimiento no borra el acontecimiento, el logro de la plenitud indemnizatoria constituye un anhelo pues en ciertos casos resulta imposible o sumamente dificultoso reponer la situación anterior (menoscabos a intereses personalísimos, a bienes colectivos)¹⁶.

En materia extracontractual la obligación resarcitoria se origina en el hecho ilícito, mientras que la indemnización de daños y perjuicios constituye –en el ámbito

¹³LLAMAS POMBO, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Wolters Kluwer España SA, España, 2020, p. 37 y ss, destaca que el modelo argentino toma postura “*clara y encomiable*” por este principio. Dice el autor que el *favor victimae* aplica al ámbito de la responsabilidad civil el *favor debilis* o defensa del débil; implica transitar hacia un objetivo reparador para la víctima y que ningún daño quede sin reparación.

¹⁴Consultar *in extenso* la opinión de GALDOS, Jorge y reseña de otras doctrinas en “*La responsabilidad Civil– Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial*”, T I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 637.

¹⁵Art. 40 “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

¹⁶ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *La Responsabilidad Civil en el Nuevo Código*, T II, Alveroni, Córdoba, p. 677 y ss.

contractual- uno de los remedios ante el incumplimiento¹⁷. Recordemos que la reparación podrá efectuarse conforme dos grandes sistemas¹⁸ a elección de la víctima: en forma específica o en especie cuando exista posibilidad material y jurídica de obrar y no resulte excesivamente oneroso o abusivo (obligación de dar cosas que no sean dinero, obligación de hacer u obligación negativa¹⁹) o bien, a través de la reparación por equivalente dinerario: indemnización pecuniaria.

3.b. La función preventiva como una de las finalidades del Derecho de Daño. Ajuste terminológico.

Según se ha puntualizado, el enfoque tradicional de la responsabilidad civil recaía en el aspecto resarcitorio. Tan es así que el codificador argentino en la redacción original fue contrario a legislar aspectos de índole preventiva por considerar que constituían competencia de la administración del Estado en ejercicio del poder de policía (nota al art. 1132 Código Civil, Vélez, Ley 340).

Tras la producción del hecho generador del menoscabo surge el deber de recomponer o restablecer la situación en que se hallaba la víctima antes de sufrir el detrimento (art. 1740 CCCN²⁰). Señalamos que en ciertas circunstancias tal finalidad resulta difícil o imposible de alcanzar (vgr. daños al ambiente). De allí que se enfatiza la necesidad de la prevención, de modo tal que la tutela abarque un espacio temporal anterior a la producción, continuación o agravamiento del/los perjuicio/s.

El deber general de prevención se plasma como una novedad importante. En este sentido se ha destacado que *"...La visión tradicional era escéptica y de algún modo facilista: estudio sobre daños y modos de repararlos, mediante impecables elaboraciones. La actitud moderna es más ambiciosa y aproximada a un ideal de justicia realista. La eficiencia arranca de una actitud optimista, no ingenua sino esforzada: hacer todo lo posible para que los daños no ocurran. Cambian las reglas del juego: la de 'contamino y pago, porque igualmente gano', ha sido reemplazada por una prohibición rotunda: 'no contamine'²¹.*

Para el acogimiento del paradigma de la prevención ha influido el creciente aumento de los riesgos, el avance de los conocimientos científicos y tecnológicos que exponen al individuo o a la sociedad a potenciales conflictos, el proceso de constitucionalización del Derecho Privado y la tendencia a contemplar el fenómeno de la responsabilidad civil desde el ángulo de la víctima y no del reproche al autor. La persona constituye el eje del sistema jurídico. El ejercicio de la función preventiva

¹⁷LLAMAS POMBO, Eugenio. *Compraventa y protección de los consumidores*, SAIJ: DACF 150842, 20/11/2015, extracto de *"La Compraventa"*, LL, Madrid, 2014. Destaca que la indemnización no es el único medio del consumidor-acreedor ante el incumplimiento contractual. Enumera otros: requerimiento de cumplimiento forzoso, reparación y sustitución del bien, cumplimiento por equivalente, los sinalagmáticos propios del contrato, el saneamiento alternativo.

¹⁸Los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil establecen estas formas de reparación en los arts. 10:101 y Art. 10:104. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos en artículo 91, Secc. 2 (BOE, Madrid, 2017).

¹⁹LLAMAS POMBO, Eugenio en *"Las formas..."*, op. cit. p. 222 las clasifica en: 1) Reparación específica (reposición al estado anterior mediante obligación de hacer o por obligación negativa, restitución o sustitución de cosas, reembolso de gastos) y 2) Indemnización pecuniaria (resarcimiento del daño patrimonial; compensación del daño a la persona).

²⁰Según art. 1740 la reparación plena consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. Establece opción por parte de la víctima excepto ciertos casos donde el reintegro específico es imposible, excesivamente oneroso o abusivo.

²¹ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde. *El derecho de daños*, Zeus Córdoba, T 4, 2004, p. 230 y ss.

asegura su mayor protección al tratar de brindar respuestas claras y eficaces. Ello redundará en mayor efectividad del Derecho y la realización de la Justicia conmutativa.

En Argentina, la Corte Suprema en "*Santa Coloma*"²² expresó que el imperativo de no dañar a otros constituye un principio general del derecho y se resume en la fórmula latina *alterum non laedere*, o principio de "no dañar" que deriva del art. 19 de la CN. Su postulado no se circunscribe a la función resarcitoria sino que implica la asunción de conductas concretas para lograr la prevención, con sentido solidario, humanista y económicamente eficiente.

Tras los cambios por Ley 17.711 y previo al nuevo Código sustancial, la función preventiva se consideraba implícita en el ordenamiento en normas aisladas: art. 1071 bis, 2499 y 2500, 2795/2799 CC; 52 LDC; y en el art. 43 de la Constitución Nacional (1994) que otorga acción expedita y rápida de *Amparo* ante la *amenaza de daño*. Actualmente, esta finalidad del Derecho de Daños se ha materializado en una regulación orgánica con eje fundamental en la Carta Magna, arts. 1710 y ss CCCN, preceptos dispersos (art. 1032, 1973, 2242) y en normas específicas (ambiente, consumo, seguridad laboral, propiedad intelectual, competencia desleal)²³.

Los miembros de la sociedad están compelidos a no dañar, a impedir perjuicios no justificados²⁴, adoptar medidas razonables para evitar que los detrimentos se produzcan (amenaza de configuración) o aumente el daño ya producido. Ello resulta exigible a las víctimas como mitigación del perjuicio²⁵ pues la obligación de evitar el daño recae sobre acreedor y deudor²⁶. Pese a algunas imprecisiones y su fórmula abierta, el art. 1710 CCCN²⁷ exige actuar la prevención frente a circunstancias que ameriten una acción o abstención efectiva. Se dirige a la persona "*en cuanto de ella dependa*" pues no se exige la actuación imposible, heroica, o que sea una imposición desmesurada o excesiva; aunque sí deberá ser ejercida de modo regular (art. 10 CCCN).

Se advierte un ámbito de aplicación específico y de mayor eficacia en la tutela de derechos personalísimos (intimidad, honor, identidad, privacidad e imagen). Puede amparar intereses o derechos colectivos o difusos, y extenderse a repeler una

²²CSJN "SANTA COLOMA, LUIS F. Y OTROS V. FERROCARRILES ARGENTINOS", 05/08/86, Fallos, 308:1160 JA, 1986-IV-625.

²³PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, T I, Pte. Gral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 815.

²⁴ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *Responsabilidad Civil en el nuevo Código*, T I, Alveroni, Córdoba, p. 184. PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, op. cit. señalan que el deber de la persona se ciñe a evitar daños causados por sí misma, por quienes debe responder o por cosas de las que es dueña/guardián, pues existe un derecho general de no actuar basado en la libertad (p. 830/1).

²⁵Para algunos autores se trata de un deber jurídico autónomo; para otros es una carga cuyo incumplimiento hará precluir el resarcimiento de esas pérdidas (KEMELMAJER DE CARLUCCI. *La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, p. 388).

²⁶Sobre la obligación de mitigar el daño por parte de la víctima, PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo *Tratado de Responsabilidad Civil*, op. cit. p. 833 y *Tratado de obligaciones*, T II, Rubinzal-Culzoni, Sta Fe, p. 15.

²⁷Art. 1710 "Toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño si ya se produjo".

amenaza de lesión patrimonial o extrapatrimonial²⁸. Aunque la omisión de evitar el daño puede tener proyección en la faz resarcitoria se trata de dos ámbitos diferentes e independientes. Es dable entablar pretensiones autónomas para el ejercicio de una u otra función²⁹.

Ahora bien, hemos advertido que felizmente esta preocupación por evitar o mitigar el daño no es privativa de los ordenamientos que –como Argentina– han incorporado de modo expreso y sistematizado la función. En efecto, si analizamos la *legislación española* concluiremos que –si bien carece de un instrumento genérico de tutela inhibitoria aplicable a situaciones atípicas– sí contempla figuras de prevención típica, tales como: interdictos posesorios frente a obra nueva u ruinosa (art. 250 inc. 5 y 6 LEC), acción real negatoria por daños en relaciones de vecindad (art. 590 CC), medidas de protección contra abuso del derecho (art. 7 CC), protección de propiedad horizontal. También se destaca la prevención del daño al honor, intimidad e imagen (art. 9.2. LO 1/1982)³⁰ y –como veremos– en el ámbito de los derechos de los consumidores y usuarios.

Luego de la breve exposición de ambas funciones y su contenido, compartimos la postura de quienes señalan que es menester efectuar un ajuste terminológico y acudir al concepto de “*Derecho de Daños*” como una categoría general abarcativa de estas dos facetas que se vinculan y complementan pero que gozan de autonomía conceptual y funcional³¹.

4.- La función resarcitoria aplicada a la hipótesis de daños producidos en el marco de la contratación electrónica

El tópico sobre la *responsabilidad* de los operadores de las plataformas que proveen sitios virtuales para la contratación por daños sufridos por compradores y por incumplimientos relativos o absolutos, ha generado diversas posturas legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales.

Cabe aclarar que no se abordarán –en este estudio– supuestos en que la plataforma es contratante pone a la venta productos o servicios propios, en cuyo caso se tratará de responsabilidad directa derivada de su posición contractual. En esta oportunidad *nos centraremos en el rol del sitio cuando opera como “tienda virtual”* y el contrato tiene lugar entre un vendedor y comprador quienes contactan por dicho medio.

²⁸Se señala “El Derecho civil siempre ha brindado mecanismos de protección preventiva de la posesión (interdictos), de la propiedad (acción negatoria) y de otros derechos subjetivos de carácter patrimonial. Con mayor motivo habrá de hacerlo en relación con ese “derecho a la indemnidad” que tratamos de proteger mediante el Derecho de daños y que se trata de un derecho subjetivo a menudo implicado con bienes y derechos de la personalidad, elevados casi siempre a la categoría constitucional de derechos fundamentales” (LLAMAS POMBO, Eugenio. Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños en La responsabilidad civil y su problemática actual Moreno Martínez (Coord), Dykinson, Madrid, 2007).

²⁹Se destaca “Admitida la necesidad de un instrumento preventivo de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado, y rechazada la bondad del (indirecto y amenazante) mecanismo indemnizatorio para conseguirlo, es preciso establecer un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño” (LLAMAS POMBO, Eugenio. “Prevención y reparación...”, op. cit.)

³⁰LLAMAS POMBO, Eugenio “*Las formas...*”, op. cit. 112/159. El autor desarrolla otros supuestos de tutela inhibitoria típica: la protección del derecho de propiedad intelectual y de marcas, la protección contra competencia desleal, etc.

³¹PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, op.cit., p. 15.

Tampoco se estudiará en esta oportunidad la responsabilidad de los buscadores de Internet³² ya que excede por su especificidad el contenido del presente trabajo.

5.- Recepción legislativa del aspecto relacionado con la responsabilidad de las plataformas. Situación actual y futura en la Unión Europea y Argentina.

En Europa, la recepción legislativa de esta problemática se ha motorizado por la labor de la Unión Europea. A través de Directivas, Resoluciones, Recomendaciones y Comunicaciones ha gestado un marco jurídico en permanente evolución, e incentivado su desarrollo en los países miembros. En algunos casos esas disposiciones resultan plenamente operativas y aplicables sin requerir ratificación, mientras que –en otros– compelen a los Estados miembros a ajustar su derecho interno a lo normado por Directivas que señalan pautas y límites (de máxima y mínima) bajo pena de sancionar el incumplimiento. El fundamento finca en la necesidad de lograr la armonización en materia de derecho privado³³ pues en estos casos la diversidad atenta contra el intercambio y libre circulación de mercancías y servicios³⁴. Máxime en el ámbito comunitario donde tal conexión entre sujetos de distintos países resulta usual y permanente. Y –como hemos señalado– en virtud del medio utilizado, ya que se acude a Internet por su carácter generalizado y transfronterizo.

Desde hace más de veinte años, el marco jurídico aplicable a los Servicios de Intermediación de la Sociedad de la Información en la UE es la aludida *Directiva sobre el Comercio electrónico 2000/31* del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual estableció un plazo límite para la adecuación normativa por parte de los Estados miembros.

Esta pieza fue matizada por la *Directiva UE 2019/790* del Parlamento Europeo y del Consejo (17/4/2019) sobre Derechos de autor y derechos afines en el Mercado único digital.

Recientemente, en 2020, se gestó una Propuesta por acuerdo provisorio del Consejo y el Parlamento para modificar las normas³⁵. Así surgió el *Reglamento UE 2022/2065 (19/10/22) relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales y que modifica aquel Reglamento de Servicios Digitales*. Dicho instrumento reconoce la necesidad de una actualización normativa por la aparición de nuevos e innovadores modelos de servicios y negocios, entre ellos: *las plataformas en línea*. Esta nueva metodología de relaciones comerciales permite contrataciones novedosas y simultáneamente entraña riesgos y desafíos. La importancia del Reglamento finca en su directa aplicación en los Estados miembros y en la tutela al consumidor.

³²CSJN Argentina en “RODRIGUEZ MARIA BELEN C/GOOGLE Y YAHOO S/DAÑOS Y PERJUICIOS” 28/10/2014, ED 260-176 encuadró el caso como una responsabilidad subjetiva. Sostuvo la irresponsabilidad de los buscadores que indexan contenidos salvo que una vez notificados de la ilicitud o siendo ella manifiesta, no actúen con diligencia debida para impedir el acceso. En similares términos se expidió en “MAZZA VALERIA RAQUEL C/YAHOO SRL ARGENTINA Y OTRO S/DYP” 24/6/2021.

³³Reglamento UE 2022/1925 (14/9/22) sobre Mercados Disputables y Equitativos en el Sector Digital: La finalidad del presente Reglamento es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas que garanticen a todas las empresas, en toda la Unión, y la equidad y la disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales.

³⁴Considerando 2 del Reglamento UE 2022/2065 (19/10/22) relativo a un Mercado único de servicios digitales.

³⁵Bruselas 15/12/2020. La propuesta es coherente con otras regulaciones de la UE: estrategia digital, competencia, protección de datos, DDHH, etc.

El futuro inmediato prevé contar con dicho texto: “Ley de Servicios Digitales” y con el Reglamento UE 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital “Ley de Mercados Digitales”.

Luego de la enumeración de la normativa comunitaria analizaremos sus previsiones sobre responsabilidad de las plataformas. Comenzaremos con la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31 y la Ley 34/2002 de Comercio Electrónico (11 de julio) que es resultado de la adecuación normativa (arts. 13/17).

La DCE 2000/31 establece como regla: “*Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado*”, salvo por medidas excepcionales en casos específicamente previstos (orden, salud y seguridad públicas, y protección a consumidores) y bajo ciertas condiciones (art. 2). A su vez, sentó principios orientativos de interpretación, aplicación y ejecución de los contratos, como por ejemplo: el principio de no autorización previa (art. 4) y la información general mínima exigida e información exigida (arts. 5, 6 y 10).

En los arts. 12 a 15 regula la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Contempla supuestos de mera transmisión, memoria tampón (caching) y almacenamiento de datos. El régimen fija una eximición amplia para los servicios de mera transmisión de datos, salvo que haya originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a sus destinatarios.

Dentro de sus principales previsiones podemos destacar el establecimiento de un régimen uniforme de exención denominado *safe harbour* o *puerto seguro* aplicable a todo tipo de infracciones (civil, pena, administrativa). Su aplicación en el caso concreto se encuentra condicionada a que: *a) el prestador no tenga conocimiento efectivo* que la actividad o información es ilícita; y referido a una acción por daños y perjuicios, de hechos o circunstancias que revele su carácter ilícito; o *b) si tiene conocimiento de estos puntos, actúe con prontitud* para retirar los datos o inhabilitar el acceso del contenido ilícito (art. 14). Se aclara que no existe un deber general de supervisión de datos (art. 15 y Considerando 47). Para la aplicación de la exención la actividad debe ser de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva. El prestador no debe tener conocimiento ni control de la información ilícita (Cons. 42).

Posteriormente, la Directiva UE 2019/790 sobre Derechos de autor y derechos afines implicó un avance al exigir a ciertas plataformas obtener autorización de los titulares de los derechos para considerar su actuación como lícita (art. 17.1)³⁶ Serán responsables por los actos no autorizados de comunicación al público a menos que demuestren diligencia en obtener la autorización, en garantizar la indisponibilidad de las obras y que han actuado expeditamente ante una comunicación concreta.

Por su parte, el Reglamento UE 2022/2065 (19/10/22) relativo a un Mercado Único de Servicios digitales señala que se complementa con otros actos de Derecho de la UE. Destaca que la DCE 2000/31 ha favorecido la generación de servicios novedosos y ha brindado seguridad jurídica, por lo cual la incorpora y precisa sus elementos según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Su objetivo finca en “*garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza*”. Se prevén obligaciones de

³⁶GEMMA MINERO, Alexandre. *Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro*, Revista CESCO Derecho de Consumo 37/2021, ISSN 2254-2582. Se cambian las exigencias a prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.

diligencia adicional para plataformas de gran tamaño (+ de 45 millones de usuarios activos mensuales).

Aclara que sólo se deben determinar las exenciones, las que no se aplican cuando *“...el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo de tal índole que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella”*. No se considerará prestación “neutra” cuando el prestador de servicios intermediarios colabore deliberadamente con un destinatario para llevar a cabo actividades ilícitas. De modo que mantiene la exención de responsabilidad sólo para los meros intermediarios que asumen un rol pasivo y no ejercen ningún control sobre el negocio subyacente. Aquí se advierte la influencia de la decisión del Tribunal de UE que referenciamos *infra*.

Resulta muy valiosa la ejemplificación de casos en que no podrá aplicarse la exención porque implican ejercicio de “control” por parte del intermediario. Estos supuestos serán: a) cuando *“el prestador de una plataforma en línea que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes determine el precio de los productos o servicios ofertados por el comerciante”*; b) cuando *“presenten la información pertinente relativa a las transacciones en cuestión de manera que induzca a los consumidores a creer que dicha información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea o por comerciantes que actúan bajo su autoridad o control...tienen por tanto conocimiento de la información o control sobre ella, aunque puede que en realidad no sea así”*. Otras posibles injerencias son el ofrecimiento de sistema de publicidad preferente y la optimización en las entregas. Como se ve, se da preponderancia a la información clara, veraz y completa para salvaguardar la confianza y transparencia, basados en principios de apariencia y buena fe.

Además, en caso de almacenamiento de datos, para acogerse a la exención se exige *“en el momento en que tenga conocimiento efectivo o consciencia de actividades o contenidos ilícitos, actuar de manera diligente para retirar dichos contenidos o bloquear el acceso a ellos”*. Son vías de conocimiento posible las investigaciones realizadas por iniciativa propia o notificaciones recibidas de personas físicas o entidades y de autoridades judiciales o administrativas. Se reclama la ejecución de un esfuerzo de filtrado del contenido ilícito, trazabilidad de contenidos, que se consideren los estándares sobre proveedores y el deber de recopilar y mostrar información sobre productos y servicios.

La Directiva 2019/2161 de Mejora de la Aplicación y la Modernización de las normas de Protección de los Consumidores requiere una información clara y comprensible respecto a cómo se reparten las obligaciones del contrato entre el tercero oferente y el proveedor del sitio³⁷. Si bien este precepto implica un avance, cabe preguntarnos si una cláusula que establezca limitación o exoneración de responsabilidad de la plataforma (a la cual se presta consentimiento por *“click agreement”*) resultaría válida, lo cual exigirá valorar cada caso en particular.

Estas previsiones antes señaladas resultan válidas para los tres tipos de vinculaciones que se pueden generar con intermediación de la plataforma: a) relación entre profesionales (oferente y destinatario del bien o servicio son

³⁷Considerando 27 “El proveedor del mercado en línea podría indicar que el tercero comerciante es el único responsable de garantizar los derechos de los consumidores, o describir sus responsabilidades específicas cuando asuma la responsabilidad relativa a determinados aspectos del contrato, por ejemplo, la entrega o el ejercicio del derecho de desistimiento”.

profesionales B2B)³⁸; b) relación entre un profesional y un consumidor (B2C); c) relación entre particulares. En este último tipo surgen casos de “economía colaborativa” (P2P; C2C). Por lo general, se vinculan con el uso de bienes y servicios, con o sin fines de lucro; por ejemplo los relacionados con movilidad (Uber, BlaBlaCar, Amovens, Teranga Go!); habitabilidad (Airbnb, HomeAway); microtarefas (Glovo, Chefly, Muthielpers); finanzas (Goteo) o turismo, etc.

Para estos supuestos, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo y Comité “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” (2/6/2016) señala que para establecer responsabilidad de la plataforma digital se deberá analizar al rol que asume en cada caso concreto. Si solo intermedian y prestan el “servicio electrónico” pero no intervienen en el negocio subyacente, no es dable atribuirles responsabilidad por el contrato gestado en el sitio. No se considera que prestan servicio subyacente si sólo brindan servicios auxiliares que no implican el ejercicio de control o influencia (comentarios, encuestas, mecanismos de resolución de conflictos). Posteriormente se ha dictado la Resolución del Parlamento del 15/6/2017.

En Mercosur la Resolución 21/2004 sobre el Derecho a la Información del consumidor en las transacciones comerciales por Internet (incorporada al derecho argentino por Res. 104/2005) y Resolución 37/2019 de Protección al Consumidor en el comercio electrónico (Res. Interna 270/2020) tutelan el derecho a la información, prevén medios técnicos para identificar y corregir errores de datos y una regla especial para el consentimiento.

Lamentablemente, Argentina no posee un cuerpo normativo orgánico y específico que brinde un marco legal completo respecto del fenómeno de la contratación electrónica.

Si bien han existido propuestas y actividad legisferante³⁹ –hasta el momento– sólo se ha dictado la Ley 25.506 sobre firma y documentos digitales y electrónicos; antecedente y puntapié inicial muy importante pero que no abarca toda la problemática del *e-commerce*. Del mismo –en su oportunidad– se legisló la ley 25.326 Protección de Datos Personales.

Pese a los indiscutibles datos estadísticos sobre la relevancia, volumen y expansión de las transacciones que aporta la Cámara Argentina de Comercio Electrónico⁴⁰ no contamos con reglamentación de la eventual responsabilidad de los sitios que proveen la plataforma de interacción *online* para las contrataciones comerciales.

³⁸MONTERO CORREA, SEBASTIAN “Comercio Electrónico...”, op.cit. p.44 cita una subcategoría B2G: empresa-Estado.

³⁹Algunas iniciativas legislativas: Anteproyecto de Ley del formato digital de los actos y comercio electrónico (Terragno); Proyecto del régimen legal del comercio (Vanossi) basado en la Ley Modelo Uniforme de la UNCITRAL. Según noticia del 31/10/2006 el Proyecto de ley en Senado Argentino publicitado señala que ha seguido antecedentes internacionales: DCE 2000/31, Ley 34 de España y Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (CNUDMI) <https://www.diariojudicial.com/nota/53990>. FARINELLA, Favio “La proyectada ley argentina que regula el comercio electrónico” alude al Proyecto EXP. 2288-D-2006, www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACF060054; Proyecto “Regulación de Venta Minorista mediante comercio electrónico”, EXP. 0291-D-2022 <https://dequesetrata.com.ar/proyecto/camara-de-diputados/0291-D-2022-49474>; Proyecto Ley sobre plataforma de compras nacionales en línea, EXP 677-20 (2020) <https://dequesetrata.com.ar/proyecto/senado-ar/677-20-30224>. El art. 73 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018) regula la responsabilidad de los portales de venta o subasta *online*, los cuales responderán salvo que demuestren una intervención meramente pasiva y que así fue informado al consumidor.

⁴⁰www.cace.org.ar.

Por tal razón, la jurisprudencia ha acudido a la aplicación del derecho sustancial plasmado en la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial⁴¹ (contratos celebrados a distancia: arts. 1105 y 1108) y Ley de Protección de los Derechos de consumidores y usuarios (L.24.240 y mods). Algunos precedentes han citado el Derecho comparado lo cual justifica el estudio de la problemática y cómo se aborda en otras latitudes.

6.- El avance jurisprudencial de los criterios para determinar la atribución de responsabilidad a las plataformas o sitios de comercio electrónico. Algunos precedentes destacables.

En Unión Europea resulta emblemático el fallo del Tribunal de Justicia en “*L’Oreal, 2011*”⁴² pues sus consideraciones han sido replicadas por diversos tribunales a nivel mundial.

Puntualmente, el precedente trató de un reclamo resarcitorio por el uso indebido de marcas de la actora y sus firmas subsidiarias por ventas efectuadas sin su consentimiento. El Tribunal –al fundar su resolución– se basó en la DCE 2000/31 acudiendo a la hipótesis de *hosting* o mero almacenamiento de información aportada por los usuarios. Luego de establecer los requisitos para la configuración de una infracción a la ley de marcas, señaló que el *marketplace se eximirá de responsabilidad en tanto obre con diligencia económica* respecto de la información almacenada. No podrá acogerse a la exención cuando no haya actuado con diligencia para constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta y no haya actuado con prontitud (art. 14, 1b). Así refiere a un “*operador económico diligente*”.

Se exige neutralidad, es decir: ausencia de control del negocio; no tener participación en la creación o distribución de los contenidos. Destaca que la plataforma puede abandonar la neutralidad hacia un rol activo, en cuyo caso no se aplicará la eximición de responsabilidad. Considera que el operador del mercado electrónico asume un rol activo cuando presta una asistencia consistente en optimizar la presentación de las ofertas de venta o en promover tales ofertas.

En Argentina, la ausencia de normativa específica ha generado criterios jurisprudenciales que oscilan entre quienes sostienen la eximición de construcción y aquellos que pugnan por la atribución de responsabilidad, siendo ésta última una tendencia que avanza. También aquí se considera el rol que asumen los proveedores de la plataforma o el marketplace en determinada operatoria negocial, *ora* un papel pasivo *ora* como agente activo.

Frente a una mera intermediación en la oferta de venta, sólo alojamiento de datos o comportamiento como *hosting* que proporciona un sitio para la transacción se determinó eximición de responsabilidad. La Cámara Nacional Comercial, Sala D en “*Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL s/ordinario*” (22/03/2018)⁴³ al resolver un

⁴¹Las contrataciones online se encuadran en el art. 1105 “Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”; y en art. 1108: “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”.

⁴²TJUE “L’Oreal v. eBay Internacional AG” 12/7/2011 C- 324/09.

⁴³LL AR/JUR/1780/2018.

reclamo por falta de entrega de un vehículo adquirido a través de la web señaló que se configura la exención de responsabilidad del operador del mercado electrónico cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados; ha sido un mero canal limitándose a proporcionar un foro para la transacción entre comprador-vendedor. Cita la referida DCE 2000/31 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (“*L’Oreal*”). En este orden se sostuvo que “*el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicios, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31/CE*”.

En autos “*Besler Dario Rubén c/Mercado Libre SRL s/sumarísimo*” (27/5/2019) la Cámara Apelaciones Sala B de *Comodoro Rivadavia*⁴⁴ resolvió confirmar el rechazo de un reclamo por la frustración de un contrato debido a una oferta falsa publicada en el sitio web. El Tribunal consideró –*obiter dicta*– que el operador solo almacenó en su servidor ofertas de venta publicadas por terceros, quienes con libertad y gratuitamente determinan el texto, precios y números de contacto. Citó la Directiva de la Unión Europea antes referenciada, DCE 2000/31, y algunos fundamentos del caso “*Kosten*”. Agregó que no se demostró una intervención activa capaz de generar responsabilidad. Por otro lado, valoró negativamente la conducta del actor al haber pretendido adquirir un auto de alta gama a un precio muy inferior al de mercado y realizado una transferencia a un tercero desconocido domiciliado en otro país.

Contrariamente, en otros precedentes se destacó la existencia de un entramado comercial complejo de contratos conexos. En esta línea, se decidió la responsabilidad de los intermediarios en las compraventas por internet tras advertir: actuación necesaria para favorecer la concertación, percepción de contraprestación, aporte de medios de pago y garantías. La Cámara Nacional Civil, Sala K en autos “*Claps Enrique Martin y otro c/Mercado Libre SA s/daños y perjuicios*” (05/10/2012)⁴⁵ estimó que el sitio es proveedor e integra la cadena comercial pues cobra comisiones a los usuarios y crea una apariencia para atraer la confianza de los clientes. Encuadró el caso en el supuesto de responsabilidad objetiva y solidaria por riesgo o beneficio económico empresario, derivada del daño producido por el vicio o riesgo del bien o servicio.

Existen otros fallos que adoptaron posturas divergentes. Así, la Cámara Civil y Comercial Sala III de Jujuy (15/9/2016) en “*Acción Emergente de la ley de Consumidor: Ferreiro Pablo Alberto c/ Mercado Libre SRL*” C-031.375/14 entendió que la demandada incurrió en negligencia al efectuar el pago a través de su rama financiera, sin asegurarse previamente que la compradora hubiera recibido el producto y conociendo que fue enviado a otro lugar. Descalificó la forma en que procedió frente al conflicto y aditó que tolerar el “fuera de juego” pretendido rayaría con una deliberada aniquilación de la confianza y la buena fe. Con cita del art. 40 LDC abre otro eje de discusión sobre la aplicabilidad del dispositivo al incumplimiento

⁴⁴LL AR/JUR/28824/2019.

⁴⁵LL AR/JUR/55788/2012. Se reclamó por los daños derivados de la compra *online* de entradas para un recital, pues los consumidores fueron detenidos al intentar ingresar al espectáculo con esos tickets que tenían denuncia de sustracción.

contractual; es decir, más allá de daños por vicio o riesgo de la cosa o prestación del servicio⁴⁶.

La Cámara Comercial Sala C en "*Pergierycht Damian c/OLX SA S/Ordinario*" N° 8642/2016 (30/08/2021) hizo lugar a la demanda de reparación de daños y perjuicios padecidos por la compra de un teléfono celular ofertado en la plataforma demandada. Conforme los hechos narrados, tras acceder a la oferta a través del sitio y concertar cita para la entrega, en oportunidad del encuentro con el vendedor, el actor fue víctima de un episodio de violencia con un arma. La Alzada consideró la existencia de relación de consumo y a OLX como proveedor profesional. Agregó que la compañía infringió la obligación de proteger la salud y seguridad del actor (art. 42 CN y normas inferiores) pues se hallaba obligada a constatar que el oferente existía y cuál era su identidad. Aclaró que no asume responsabilidad por la frustración del contrato sino que debió controlar la identificación de usuarios pues la plataforma conecta personas y habilita relaciones en un escenario riesgoso. Enmarcó la responsabilidad en el ámbito subjetivo por omisión de actuación con diligencia. Reprochó el incumplimiento del deber de prevenir el daño y evitar peligros para la salud e integridad de los usuarios (art. 5 LDC).

En la Provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia emitió pronunciamiento en autos "*Mercado Libre c/Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad comercial s/rec.apel.c.decisiones autoridad adm.*" N° 2715652/36 (19/5/2020). Se trató el recurso deducido por Mercado Libre contra una decisión del organismo administrativo por la cual se aplicó una multa al operador de la plataforma. Conforme los hechos, una consumidora había denunciado irregularidades en la compra de un par de zapatillas a través del sitio web (recibió un artículo diferente al ofertado: era usado y se encontraba en una caja de una marca diversa). La autoridad consideró violado el deber de información (art. 4 LDC) sobre el carácter de cosas nuevas o usadas (art. 9), la garantía legal (arts. 11 y 13) y el derecho de revocación de la aceptación en ventas a distancia (art. 34).

El fallo aclaró que no se juzga un caso de responsabilidad por daños sino la correcta imposición de la sanción administrativa⁴⁷. No obstante, consideró que el organizador del sitio de comercio electrónico es "proveedor" en los términos del art. 2 Ley 24.240 y que el consumidor goza de los derechos reconocidos en tal legislación y en el Cód. Civ. y Com. Su servicio consiste en facilitar un sitio virtual para que interactúen vendedores y consumidores, percibiendo un beneficio por la venta y comisión por publicidad. Entendió que la denunciada asumió un rol activo y determinante para la existencia y perfeccionamiento del contrato. Subrayó la imposición de condiciones para la participación, el control sobre las publicaciones y la provisión de prestaciones adicionales (reputación de usuarios, plataformas de pago, sistema de envíos propios y de reclamos) para generar confianza y atraer más clientes. Sostuvo que se

⁴⁶El art.40 ha generado divergencias interpretativas en doctrina y jurisprudencia en cuanto a su aplicación o no cuando el daño es consecuencia del incumplimiento del contrato, en cuyo caso operan los arts. 10 bis, 11 y ss LDC.

Es interesante destacar que la extensión de responsabilidad a toda la cadena de producción y la solidaridad no está prevista en la legislación española actual que circunscribe la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos al productor que fabrique o importe (art. 135 TLGDC).

⁴⁷TAMBUSSI, Carlos. *Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico* cita CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II LL 2005-E,436. Señala que la procedencia de la sanción no requiere configuración de resultado dañoso pues basta la infracción a la normativa expresa.

incumplió el deber de información en cuanto al detalle del producto y a las alternativas legales con que contaba la usuaria para defender sus derechos. Como advertimos no existen criterios uniformes de resolución aunque la tendencia avanza hacia la imposición de mayores exigencias a las plataformas en función de la trascendencia del lugar que ocupan para la contratación moderna, y en virtud de la influencia, control y beneficios que ejercen en ciertas ocasiones respecto del negocio subyacente.

7.- La función preventiva del daño aplicada a la contratación electrónica. La importancia de la innovación tecnológica. La realidad del *e-commerce* y la contratación de consumo.

Como se ha señalado, el avance tecnológico impregna con enorme influencia la vida de los sujetos⁴⁸. Aparece como una realidad notoria que genera situaciones, relaciones y conflictos disímiles de los que habitualmente regula el Derecho como ordenador de la vida social. Todo ello se ha agravado por la rapidez de estos cambios. La evolución tecnológica ha tenido un impacto decisivo en el ámbito social, cultural y económico a nivel mundial⁴⁹ y se ha acrecentado a partir de pandemia Covid 19 que exigió adaptaciones inmediatas y soluciones superadoras.

Por tal razón, estimamos que resulta insoslayable enfocar la cuestión desde *la prevención del daño*. En efecto, el aumento del comercio *online* reclama establecer y perfeccionar diversos mecanismos para evitar o mitigar daños. La aparición de los riesgos que conlleva tal exorbitante y ágil evolución tecnológica suscita interés y preocupación en los juristas.

Empero, se impone la búsqueda de un justo equilibrio a la hora de aconsejar o predisponer esas medidas tendientes a evitar peligros de producción/agravamiento de daños. Se deben restringir los riesgos sin que la intervención implique un cercenamiento de la actividad novedosa. No puede significar un valladar al progreso y beneficios derivados de los medios de innovación, sino que resulta aconsejable el diseño de mecanismos institucionales para evitar males sin afectar los efectos virtuosos de la tecnología⁵⁰.

De allí que en este ámbito se denota con mayor énfasis la importancia del estándar de "*menor restricción posible y de medio más idóneo*" para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad preventiva⁵¹. La aspiración es aportar medidas más eficaces que a veces exceden las habilidades tradicionales del jurista y reclaman el auxilio colaborativo de profesionales de otras ciencias: economistas, ingenieros informáticos, especialistas en marketing y neurociencias, pues la contratación mediando tecnología se trata de un fenómeno complejo que entrelaza un gran número de vínculos.

⁴⁸El Reglamento UE 2022/2065 relativo al Mercado único de Servicios Digitales destaca "los servicios de la sociedad de la información y especialmente los servicios de intermediación se han convertido en una parte importante de la economía de la Unión y de la vida cotidiana de sus ciudadanos" (Cons. 1).

⁴⁹FALIERO, Johanna-BAROCELLI, Sebastián. *La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en internet*, LL 04/4/2017.

⁵⁰ACCIARRI, Hugo. *Smart contracts, criptomonedas y el Derecho*, LL 2019-B, 1082, AR/DOC/1017/2019.

⁵¹Estos estándares surgen recogidos por el art. 1713 CCCN: "La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad".

La inquietud se suscita –sobretudo– porque la mayoría de estas negociaciones que tienen lugar en el ámbito virtual constituyen contratos de consumo.

Esta realidad reclama proteger los llamados derechos fundamentales de cuarta generación, entre los que destacan los derechos de los consumidores y usuarios, especialmente en el entorno digital. Aparecen temáticas relacionadas con la formación del consentimiento, la protección de datos, la posibilidad de arrepentimiento, los incumplimientos contractuales y sus consecuencias, los casos de fraude e inseguridad digital, los daños por productos defectuosos. Todo ello dentro del vasto espectro de las relaciones complejas que trae aparejado el uso de la innovación tecnológica.

Se advierte que la superioridad técnica y económica se puede presentar no solo en el proveedor del bien y/o servicio, sino que existe en el operador de la plataforma. Esa distinta posición de los contratantes se vislumbra al efectuar la comparación con el usuario adquirente o destinatario de tal bien o servicio, en ocasiones vulnerable o hipervulnerable⁵².

El desequilibrio de poder justifica los criterios expuestos sobre la responsabilidad y aconseja proveer mecanismos idóneos y adecuados para evitar la producción, continuidad o agravamiento de los daños. En esta línea, se impone un deber agravado *de información cierta, concreta, detallada, clara y específica durante todo el iter contractual desde las tratativas previas hasta la etapa post contractual*; y actuación diligente ante conocimiento de ilicitud. Se reclaman acciones concretas. A modo ejemplificativo se ha concluido que en el supuesto que la plataforma remueva una descripción errónea del producto mejoraría la información al usuario y mantendría la exención de puerto seguro prevista por las normas comunitarias⁵³. De tal modo, entendemos que el tópico pone en juego y entrelaza ambas funciones del Derecho de Daños.

8.- Las medidas de prevención. Acción preventiva/acción de cesación. El deber de información y la prohibición de la publicidad engañosa. Recepción legislativa y jurisprudencial.

Como se ha sostenido líneas atrás, la consolidación y constatación del dinamismo del mercado digital ha generado la necesidad de avanzar en *pro* de la prevención. Se señala que *“la representación inicial, que sustentaba el desarrollo de la industria gracias a reconocer el papel neutral de los intermediarios, ha dado paso, una vez consolidada esa industria a un nuevo régimen de imputación de responsabilidad que exige a las empresas intervenir preventivamente para impedir el ilícito”*⁵⁴.

En Argentina, la tutela inhibitoria sustancial se puede lograr a través del ejercicio de acciones preventivas (art. 1712 CCCN) que podrá deducir quien invoque un interés razonable, a través de un juicio declarativo y autónomo del eventual reclamo resarcitorio pues transitan por carriles independientes⁵⁵. Se procurará obtener una

⁵²La vulnerabilidad de los consumidores se agrava en contexto digital por la distancia económica y cognoscitiva que se profundiza en el mundo virtual (CNCiv. Sala K “Claps”).

⁵³GEMMA MINERO, Alexandre, op.cit.

⁵⁴ARROYO AMAYUELAS, Esther. *La Responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro?* <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225>.

⁵⁵Aquí se advierte con claridad la independencia de ambas funciones del Derecho de Daños. El TSJ de Córdoba comparte la posición sostenida a nivel nacional al señalar que la función preventiva “... es autónoma de la resarcitoria y no condicionada a la procedencia de ésta ni al ejercicio de una pretensión adicional de condena por los perjuicios ya inferidos” (FLORES MARIA ALEJANDRA Y OTRO C/ PROVINCIA DE CORDOBA Y

resolución jurisdiccional que disponga, de modo provisorio o definitivo, con criterios de razonabilidad y proporción, ciertas obligaciones de dar, hacer o no hacer tendientes a evitar, mitigar o disminuir la producción de daños. A su vez, la posibilidad de actuación oficiosa se funda en que el juez tiene plenos poderes implícitos para salvaguardar la correcta administración de Justicia.

Destacamos la posibilidad de su utilización con motivo de relaciones gestadas en el comercio electrónico. Máxime si tal modalidad involucra una relación de consumo pues para resguardo de los derechos del consumidor se deberán brindar procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos⁵⁶.

En España, la Ley 34/2002 prevé una acción colectiva de cesación de conductas que vulneren intereses colectivos o difusos de los consumidores según art. 11 de la LEC. Procura el cese o prohibición de la reiteración de la actividad para evitar la continuidad o repetición del daño (art. 30)⁵⁷. La iniciativa de implementación de las acciones de cesación se originó en el ámbito comunitario con la Directiva 98/27 y actualmente encuentra regulación en el los arts. 53/56 TRLGDC⁵⁸.

Específicamente para el contexto digital, hallamos referencias a medidas preventivas concretas. Así, la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor y afines reitera que no existe un deber general de supervisión que podría vulnerar la libertad de expresión, aunque sí señala que el sitio deberá recabar autorización de uso de los titulares de derechos de propiedad intelectual (art. 17). Ello configura una clara actuación de prevención.

El Reglamento UE 2022/2065 del 19/10/22 relativo a un Mercado Único de Servicios digitales menciona la exigencia de una “diligencia debida” en la actuación de las plataformas para el conocimiento de la ilicitud que puede derivar de su propia investigación o de otros medios. Ello implica una labor preventiva y –a la vez- resulta un condicionante para la invocación de eximición de responsabilidad.

Deberá supervisar –en concreto- los contenidos que proponga un vendedor para asegurar la correlación entre las descripciones, fotografías y características del bien o servicio con el objeto real. Y deberá remover las referencias que no sean acordes con la realidad de esas ventas. Se reclama un “operador económico diligente que hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta”⁵⁹. Creemos que una propuesta para lograr la trazabilidad de contenidos (art. 22) consiste en proveer de vías expeditas y fáciles de notificar a la plataforma sobre conductas ilícitas de los vendedores.

Por nuestra parte, estimamos que una pieza central para la aminoración o evitación de daños radica en el cumplimiento del deber de información, exigible no sólo al vendedor de productos o servicios a través de la plataforma, sino también al titular

OTRO – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJ. – OTRAS FORMAS DE RESPONS. EXTRA CONTRACTUAL - CASACION -EXPTE. N° 5506657, Sent. N° 87, 2/7/2019).

⁵⁶FALIERO, Johanna-BAROCELLI, Sebastián, op.cit.

⁵⁷Art. 30. Acción de Cesación. 1. Contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación. 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente. 3. La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones.

⁵⁸LLAMAS POMBO, Eugenio *sindica* este supuesto como una manifestación legislativa de la tutela inhibitoria típica en “*Las formas...*”, op. cit. p. 112 y 132.

⁵⁹TJUE “*L’Oreal*” (2011).

del espacio para el *e-commerce*. Se suma la *prohibición de la publicidad engañosa*. Ambos operadores -aun cuando su participación sea diversa en la trama comercial- deben respetar dichos débito y resultarán compelidos por la apariencia que generen al usuario.

En Argentina estos débitos surgen de los arts. 42 y 43 CN, art. 1100/1101 CCCN y del microsistema del consumo: art. 4 y 8 Ley 24.240 y mod. *En Mercosur*, la Resolución 37/2009 exige garantizar el acceso a la información y regula la publicidad.

La información debe ser clara, concreta, detallada, precisa, correcta y eficaz. Además se encuentra fuertemente ligada con la *garantía del trato digno al consumidor*. Se enseña que *“una información para ser cierta debe, no solamente ser verdadera, sino también no tiene que generar incertidumbre. Lo cierto entonces es que se relaciona con lo verdadero como con lo preciso. La claridad se vincula con aquello que es inteligible o fácil de comprender. Siendo ello así, resulta vital para la debida protección de los intereses del consumidor. La referencia a lo detallado se relaciona con la descripción minuciosa y circunstanciada de los bienes o servicios y del contrato en sí”*⁶⁰.

Una correcta información genera ventajas para el consumidor/usuario al permitirle conocer las características, alcances y vicisitudes del bien o servicio. El cumplimiento de este deber está enderezado a la protección del usuario y debe prevalecer sobre los cuestionamientos relativos a los nuevos costos que podrían acarrear los controles necesarios para ofrecer transacciones seguras. La resistencia basada en los gastos de seguridad reclama extremar los sistemas de verificación del acatamiento. Por otro lado, la adecuada *información y publicidad* favorecerá las estrategias de marketing para lograr un ciclo de consumo regular basado en la confianza de modo que también redunde directamente en ventajas para el sitio.

Justamente con motivo del incumplimiento del deber de información y omisión de diligencias para la prevención del daño se responsabilizó a un sitio web por daños padecidos por el consumidor. En el fallo se reprochó el incumplimiento del deber de controlar e informar la identidad a fin de prevenir el daño y evitar peligros para la salud e integridad de los usuarios⁶¹. En el caso *“Mercado Libre”*, en el cual el Excmo. TSJ Córdoba confirmó la sanción impuesta al operador, se destacó que *“si bien no puede imponérsele la obligación de controlar todos los productos ofertados, resulta evidente que puede tomar medidas que incidan en el comportamiento de los proveedores de los bienes...detalle minucioso de características de los productos o servicios ofrecidos... posibilidad de acceder a fotografías”*.

Por su parte, el Considerando 24 del Reglamento UE 2022/2065 relativo a un Mercado único de Servicios Digitales otorga suma relevancia al deber de información para proteger a los consumidores y mantener la confianza en el sistema. Sanciona expresamente el incumplimiento de la adecuada información al disponer *“...las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, no deben poder acogerse a la exención de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de alojamiento de datos establecida en el presente Reglamento, en la medida en que dichas plataformas en línea presenten la información pertinente relativa a las transacciones en cuestión de manera que*

⁶⁰CHAMATROPULOS, Demetrio. *Estatuto del Consumidor Comentado*, LL, p. 242.

⁶¹CNCom Sala C “PERGIERYCHT DAMIAN C/OLX SA S/ORDINARIO”, op. cit.

induzca a los consumidores a creer que dicha información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea o por comerciantes que actúan bajo su autoridad o control, y que dichas plataformas en línea tienen por tanto conocimiento de la información o control sobre ella, aunque puede que en realidad no sea así". Se citan ejemplos de estas prácticas negativas: que no muestre claramente la identidad del comerciante, que no revele la identidad o los datos de contacto del comerciante hasta después de la formalización del contrato, que comercialice el producto o servicio como si fuese a su propio nombre cuando ello no se corresponde con la realidad, etc.

9.- Aplicaciones prácticas del deber de información en la actualidad del e-commerce

Hemos destacado algunas conductas señaladas en la regulación de la UE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tendientes a prevenir el daño a través de una adecuada información. Asimismo, citamos el precedente del Superior Tribunal de Córdoba "*Mercado Libre*" en tanto señaló medidas de comportamiento de los proveedores: exigir un detalle minucioso de las características de los productos o servicios ofrecidos, intervenir en las publicaciones que realizan los oferentes para mejorar la información, incorporar campos de llenado obligatorio con datos esenciales del bien/servicio, estado real del mismo, etc.

Podemos agregar algunas sugerencias concretas para mejorar la información de los productos ofrecidos en línea.

En lo relativo al vendedor: disponer calificación en base a negocios previos (Mercado Libre utiliza una pauta cromática fácilmente comprensible por el usuario); proveer datos de contacto, posibilidad de preguntas y respuestas abiertas no predispuestas, generar canal de comunicación que disminuya los riesgos y satisfaga el interés. En orden al bien o servicio objeto de la transacción: facilitar fotografías, versión de prueba, visualización del producto en contexto (Ikea dispone simulador de ambientes), reseñas de características y comparación de productos; proveer un *link* que redirija al manual o recomendaciones de uso, detalles de garantía y condiciones específicas. Disponer herramientas para el conocimiento de los términos contractuales colocando un link en la página de inicio. En esta senda ha generado gran impacto la implementación del botón de arrepentimiento para la desvinculación contractual (Argentina: Res.424/2020) que ampara al usuario ante decisiones apresuradas, con escasa información, o en contextos de vulnerabilidad. La razón que justifica estas medidas radica en que gracias a la innovación tecnológica los proveedores estudian pormenorizadamente el comportamiento del consumidor en el proceso de decisión de compra, lo cual amerita protegerlo ante su desconocimiento o ligereza.

Cabe señalar que si bien cierta doctrina ha planteado como interrogante si el cumplimiento del deber de información le confiere al sitio un rol activo y generador de responsabilidad, entendemos que la respuesta es negativa. Según hemos analizado, precisamente la omisión de una adecuada información y diligencia ha sido considerada como fuente de imputación de responsabilidad, mientras que la participación activa de la plataforma se relaciona con el control que –en cada caso– se pueda advertir en relación a la concertación y ejecución del negocio subyacente.

10.- Conclusiones

Es innegable la importancia y trascendencia cotidiana que ha asumido desde hace un tiempo la mediación de la tecnología que influye en diversos ámbitos de la vida del

sujeto. En el contexto digital, el fenómeno de la contratación *online* ha encontrado un espacio propicio para su expansión y desarrollo. Ello por cuanto las herramientas tecnológicas favorecen la interacción, el acercamiento de personas a distancia, y finalmente, la concertación de negocios entre particulares, entre empresas, o entre particulares y empresas. Por otro lado, motoriza la economía y favorece el intercambio al generar un sinnúmero de relaciones y conexiones. Esta nueva realidad impone la necesidad de brindar soluciones frente a conflictos y desavenencias entre los involucrados.

-El Derecho, como ordenador de la vida en sociedad, deberá regular estas situaciones y otorgar un marco de actuación en base a criterios de seguridad y confiabilidad. En el presente trabajo nos propusimos analizar la regulación elaborada por la Unión Europea y España, en el entendimiento que constituye un elemento valioso para su estudio por parte de operadores de países que –como Argentina– carecen de un cuerpo orgánico de normas específicas. Asimismo, abordamos una breve reseña de la labor jurisprudencial de algunos tribunales en tanto permite interpretar los supuestos normativos y subsumirlos en las diversas hipótesis posibles.

-Tras efectuar una breve descripción del contenido de las funciones que engloba el Derecho de Daños: la función resarcitoria y la función preventiva, abordamos la recepción legal y jurisprudencial de la problemática específicamente relacionada con la responsabilidad de las plataformas o sitios de internet que proveen el ámbito o espacio virtual donde tiene lugar la operatoria de concertación del negocio.

-Concluimos que la legislación y las decisiones de los Tribunales analizados han acudido a la determinación del rol que –en cada caso concreto– asume dicha plataforma en la operatoria comercial, y el grado de control respecto del contrato subyacente para deslindar la atribución de responsabilidad. De modo tal que en caso de encuadrar su actuación como mero intermediario, *hosting* o proveedor del espacio para la interrelación entre el usuario proveedor y el usuario destinatario del bien o servicio, se ha establecido la exención de responsabilidad. Mientras que para el supuesto de haber desarrollado un papel activo en la realización de la oferta o promoción de la venta, otorgado garantías, o influido en el negocio subyacente, se ha dispuesto la responsabilidad del sitio.

-En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31 ha sido la normativa aplicable durante más de veinte años, la cual sentó las bases de la exención de “*puerto seguro*”. La aplicación de esta eximición se condiciona a la circunstancia que el prestador no tenga conocimiento efectivo que la actividad o información es ilícita; y si lo tiene, a que actúe con prontitud para retirar los datos o inhabilitar el acceso del contenido ilícito. Dicha previsión legal fue traspolada a los Estados miembros, entre ellos España; y ha sido matizada por la Directiva 2019/790 sobre Derechos de Autor y derechos afines en el mercado único digital. En la actualidad se prevé una actualización a través del Reglamento UE 2022/2065 (19/10/22) relativo a un mercado único de Servicios Digitales “Ley de Servicios Digitales”, y el Reglamento UE 2022/1925 del Parlamento Europeo y el Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el Sector digital “Ley de Mercados Digitales”. Estas piezas refuerzan los requerimientos de debida diligencia exigible a las plataformas.

-Estimamos que la evolución legislativa a la luz del camino trazado por las interpretaciones jurisprudenciales responde a la necesidad de adecuación y

actualización de criterios respecto de la responsabilidad de las plataformas. Ello, en función del auge de estos nuevos medios de contratación *online* y la injerencia cada vez mayor de los sitios de comercio electrónico respecto de los negocios que se celebran con su intermediación. Ello impone mayores exigencias en cabeza de estos operadores y justifica la interpretación -ahora más estricta- respecto de la configuración de alguna eximente de responsabilidad.

-Por otro lado, consideramos que el tópicus pone en juego la función preventiva referida a una instancia previa al acaecimiento, continuación o agravamiento del daño. Proponemos a la prevención como un remedio eficaz para favorecer el avance de estos métodos de contratación modernos. Esta prevención se conseguirá a partir de la implementación de medidas razonables en base a criterios de menor restricción y medio más idóneo, ya sea de modo provisorio o definitivo.

-En Argentina cabe señalar como herramientas de tutela inhibitoria o preventiva a las acciones de prevención del daño (art. 1710 y ss CCCN) y en España, las acciones de cesación previstas por la legislación nacional en un todo de acuerdo con la normativa comunitaria.

-Hemos analizado las referencias a medidas concretas que surgen de la legislación estudiada y en los fallos comentados. Se destaca el imperativo de un obrar diligente y una intervención preventiva del sitio para evitar el ilícito.

-En esta línea, concluimos que una medida esencial para el ejercicio de la prevención consiste en el correcto cumplimiento del deber de información y la prohibición de publicidad engañosa. Tales débitos deben recaer en cabeza del proveedor y también de la plataforma o sitio web que obra de nexo entre aquel y el co-contratante. Este entendimiento se sustenta en la consideración de que la mayoría de los supuestos implican una transacción de consumo que involucra a sujetos vulnerables o -en ocasiones- hipervulnerables. En estas páginas pudimos ahondar en ejemplos de aplicación práctica del deber de información en el *e-commerce* a la vez que sugerimos algunas menciones concretas.

-Finalmente, señalamos que hay quienes plantean como interrogante si el cumplimiento de dicho deber de información le confiere al sitio un rol activo que comprometa su responsabilidad. Luego del estudio acometido, nuestra respuesta es negativa, en sentido coincidente con lo resuelto por cierta jurisprudencia. En este orden se expresó que *“el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta [...] dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31/CE”*⁶².

-Creemos que debe primar la finalidad tuitiva a través de la adecuada información al usuario. La relevancia del comercio *online* como una moderna tendencia contractual exige profundizar los mecanismos preventivos con eje en una información adecuada, concreta, veraz, detallada y eficaz para colaborar con el desarrollo futuro de los medios tecnológicos. Esta exigencia permite reforzar la protección del usuario y consumidor ante el desequilibrio de poder y de conocimientos técnicos que implica interactuar en el medio digital. El debate está abierto pues la temática configura una materia en permanente evolución, que exige soluciones actuales, novedosas y creativas por parte de los operadores jurídicos en colaboración con profesionales de otras ciencias.

⁶²CNCom. Sala D “Kosten”2018.

11.- Bibliografía

11.a. Doctrina

ACCIARRI, Hugo. *Smart contracts, criptomonedas y el Derecho*, LL 2019-B, 1082, AR/DOC/1017/2019.

ARROYO AMAYUELAS, Esther. *La Responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro?* <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225>

BARRY, Luis D. - BAUER, Eugenio. *El Rol activo como dirimente en materia de responsabilidad en el comercio electrónico*, LL 2018-B,526.

BEVOLO, Luciano Gustavo. *Responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico en las relaciones de consumo* en Repositorio Institucional Universidad Austral, 2021.

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Estatuto del Consumidor Comentado*, Tomo I y II, Thomson Reuters-La Ley, Bs As, 2016, ISBN 978-987-03-3158-2.

ETCHEVERRY, Raúl - ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Directores) *Comercio Electrónico - Estructura operativa y jurídica*, Ed. Hammurabi, 2010.

FALIERO, Johanna - BAROCELLI, Sebastián *La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en internet*, LL 04/4/2017.

FARINA, Juan. *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4ª. Ed. Actualizada, Astrea, Bs As, 2011.

FARINELLA, Favio. *La proyectada ley argentina que regula el comercio electrónico* www.saij.jus.gov.ar Id SAJ: DACF060054.

FELDSTEIN de CARDENAS, Sara *Desprotección del consumidor transfronterizo. Hitos en el derecho latinoamericano contemporáneo*, LL 2015-B,727.

FERNANDEZ ESCUDERO, Josué. *Contrato telemático y comercio electrónico en el Derecho Latinoamericano* en "Comercio electrónico - Estructura Operativa y jurídica" ETCHEVERRY-ILLESCAS ORTIZ (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010.

FERRER de FERNANDEZ, Esther. *La Responsabilidad por productos elaborados y el riesgo de desarrollo en el contexto del derecho del consumidor*, La Ley, AR/DOC/38/2016.

FRUSTAGLI, Sandra. *Contratos en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ed. La Ley.

GALDOS, Jorge. *La responsabilidad Civil-Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial*, Tomo I a III Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.

GALDOS, Jorge. *Responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet*, La Ley 2001-D,953.

GEMMA MINERO, Alejandro. *Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro*, Revista CESCO Derecho de Consumo 37/2021, ISSN 2254-2582.

GHERSI, Carlos (Director). *Reparación integral de daños*, Ed. Nueva Tesis, Bs As, 2014.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *La contratación mercantil en el entorno electrónico en Comercio electrónico - Estructura Operativa y jurídica* ETCHEVERRY-ILLESCAS ORTIZ (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016.

LARA, Juan Carlos - VERA, Francisco. *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, policy paper N°3* www.derechosdigitales.org

LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos*, parte general, 3ª. Edición Ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018.

LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos*, parte especial, T III, Rubinzal-Culzoni, 2021.

LORENZETTI, Ricardo. *Comercio electrónico*, Ed. Abeledo Perrot, Bs As, 2001.

LORENZETTI, Ricardo. *Justicia colectiva*, 2ª. Ed. Ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2017.

LORENZETTI, Ricardo "Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado", Tomo VI, arts. 1021/1279, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015.

LOPEZ de ZAVALIA, Fernando. *Teoría de los Contratos*, Zavalía Editor, Bs As, 2000.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Wolters Kluwer España SA, España, 2020.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Compraventa y protección de los consumidores*, SAIJ: DACF 150842, 20/11/2015, extracto de "La Compraventa", LL, Madrid, 2014.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños en La responsabilidad civil y su problemática actual* Moreno Martínez (Coord), Dykinson, Madrid, 2007.

MADRID PARRA, Agustín. *El derecho uniforme de la contratación electrónica en Comercio electrónico. Estructura Operativa y jurídica* ETCHEVERRY-ILLESCAS ORTIZ (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010.

MOLINA QUIROGA, Eduardo. *Contenidos publicados en Internet*, LA LEY 23/02/2011, 1 - LA LEY2011-A, 1058 - AR/DOC/446/2011.

MONTENEGRO CORREA, Sebastián. *Comercio electrónico y mercados en línea*, Ediar, Bs As, 2022.

OSSOLA, Federico. *Responsabilidad Civil* (RIVERA-MEDINA Directores), Abeledo Perrot, Bs As 2016. ISBN 978-950-20-2787-6.

PEYRANO, Jorge W. *Más sobre la acción preventiva en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016.

PIZARRO, Ramón. *Responsabilidad del operador de una plataforma de comercio electrónico online*, LL 2021-E, 445 AR/DOC/2538/2021.

PIZARRO, Daniel - VALLESPINOS, Gustavo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, T I, Pte. Gral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

PIZARRO, Daniel - VALLESPINOS, Gustavo. *Tratado de obligaciones*, T II, Rubinzal-Culzoni, Sta Fe.

RITTO, Graciela. *Sistema de Defensa del Consumidor - Paradigmas del nuevo Código y de las leyes 26.993 y 24.240*, 20XII Grupo Editorial, Bs As, 2016.

RIVA, Juan. *La contratación electrónica y el régimen protectorio del consumidor*, La Ley 2019, AR/DOC/3144/2019.

SILVA, Lucas. *La responsabilidad de las plataformas de e-commerce*, MJ-DOC-15967-AR.

SUAREZ URIBE, Nicole Marie. *Análisis del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea establecido por el 17 de la Directiva 2019/790*, Ars Iuris Salmanticencis, Estudios, Vol. 10, 2022.

TAMBUSSI, Carlos. *Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico*. LL 2005-E,436.

TAMBUSSI, Carlos. *Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico*. LL 29/5/2017 AR/DOC/1437/2017.

TAMBUSSI, Carlos. *El e-commerce en el Nuevo Código Civil argentino y el proyecto de ampliación de las directrices de Naciones Unidas para la protección del consumidor*, Lex N° 16, Año XIII, 2015-II. ISSN 2313-1861.

TINTI, Guillermo – CALDERON, Maximiliano. *Derecho del Consumidor. Ley 24.240 de Defensa del Consumidor Comentada*, 4ª. Edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2017.

ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde. *El derecho de daños*, Zeus Córdoba, T 4, 2004.

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *La Responsabilidad Civil en el nuevo Código*, Tomo I, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2019.

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *La Responsabilidad Civil en el nuevo Código*, Tomo II, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2019.

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de Daños – Presupuestos y funciones del Derecho de Daños*, Ed. Hammurabi, Bs As, 1999.

11.b. Jurisprudencia

Tribunal de Justicia Unión Europea “*L’Oreal v. eBay Internacional AG*” 12/7/2011 C-324/09.

Tribunal de Justicia (Gran Sala) 19/12/2019, C-390/18 cita a Sentencia 20/12/17 Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15; EU: C: 2017:981, ap. 40.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba “*Mercado Libre c/Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad comercial s/rec.apel.c.decisiones autoridad adm.*” N° 2715652/36 (19/5/2020).

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Cuarta Nominación de Córdoba en “*Mercado Libre s.r.l. c/ Dirección de Defensa del consumidor y lealtad comercial – rec. apel. c/decisiones autoridad adm. o pers. juridica pub. no estatal (civil) – Expte. n° 2715652/36*”, Sentencia N° 492 del 29/12/2016.

Cámara Nacional Comercial, Sala D “*Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL s/ordinario*” (22/03/2018) LL AR/JUR/1780/2018

Cámara Nacional Civil, Sala K “*Claps Enrique Martin y otro c/Mercado Libre SA s/daños y perjuicios*” (05/10/2012) LL AR/JUR/55788/2012.

Cámara Apelaciones Sala B de Comodoro Rivadavia “*Besler Dario Rubén c/Mercado Libre SRL s/sumarísimo*” (27/5/2019) LL AR/JUR/28824/2019.

Cámara Civil y Comercial Sala III de Jujuy (15/9/2016) “*Acción Emergente de la ley de Consumidor: Ferreiro Pablo Alberto c/Mercado Libre SRL*” C-031.375/14.

Cámara Comercial Sala C “*Pergierycht Damian c/OLX SA S/Ordinario*” N° 8642/2016; Juzgado N° 29, Secretaría N° 57 (30/08/2021).

Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, Sala II, LL 2005-E,436.

11.c. Sitios web

<https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/tras-el-crecimiento-desorbitado-del-comercio-online-cuando-nace-responsabilidad-del-marketplace>.

<https://blog.hubspot.es/marketing/etapas-de-decision-de-compra-del-consumidor>.

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa_contratacion_electronica_y_defensa_del_consumidor.pdf

<https://willistowerswatsonupdate.es/ciberseguridad/e-commerce-riesgos-enfrentan-e-vendedores/>

<https://www.diariojudicial.com/nota/53990>

<https://abogadosunidos.com.ar/la-responsabilidad-de-los-intermediarios-en-el-comercio-electronico/>

www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa_contratacion_electronica_y_defensa_del_consumidor.pdf

<https://dequesetrata.com.ar/proyecto/camara-de-diputados/0291-D-2022-49474>

<https://dequesetrata.com.ar/proyecto/senado-ar/677-20-30224>

www.cace.org.ar

www.gredos.usal.es

<https://derechosdigitales.org>

www.riu.austral.edu.ar

www.oecd.org "Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico", 2016.