

# Responsabilidad de los Intermediarios de Internet (ISP) dedicados al comercio electrónico

Por Joaquín Luis Abad[1]

## I. Introducción [\[arriba\]](#)

Las plataformas o sitios web que operan en el ciberespacio en la intermediación del comercio electrónico, han llamado la atención de todo el espectro jurídico, que se ha preguntado -y al día de hoy se pregunta- de qué modo debe ser juzgada la responsabilidad de estos intermediarios a la luz del derecho positivo vigente.

El propósito de este trabajo es exponer brevemente el enigma jurídico y las distintas teorías que pretenden abordar el tema. A modo de colofón, intentaré proponer una solución a la cuestión siguiendo las directrices del leading case “Rodríguez, María Belén c/Google”[2] dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## II. La responsabilidad de los ISP [\[arriba\]](#)

Internet es un fenómeno absolutamente revolucionario. Es una tecnología que ha cambiado para siempre diversos e importantes aspectos sociales y económicos de la humanidad.

En apretada síntesis diré que Internet es la mayor red informática global que interconecta computadoras y redes locales con miles de millones de usuarios y páginas web. Esta red posibilita no sólo una rápida y fluida comunicación entre personas en cualquier lugar del planeta, sino también el acceso a todo tipo de información[3].

Muchos de los beneficios intrínsecos de Internet son consecuencia directa de los Proveedores de Servicios de Internet (conocidos por la sigla inglesa ISP -Internet Service Provider-) que son aquellos intermediarios que cumplen diversas actividades destinadas a los usuarios. Así por ejemplo, los ISP son aquellos que dan acceso, hostean, transmiten e indexan contenido, ofrecen productos y servicios originados por terceros, entre muchas otras actividades.

Según el tipo de función que cumplen en el proceso de intercambio de información en línea, los ISP suelen ser clasificados como: (a) proveedores de acceso; (b) proveedores de tránsito; (c) proveedores de alojamiento, (d) proveedores de servicios en línea; (e) proveedores de búsqueda y enlaces.

No ahondaremos en la definición de tales categorías, pues a los fines del presente, la discusión no varía sustancialmente.

Lo cierto es que Internet también es fuente de nuevos conflictos, muchos de ellos de difícil solución.

Los ISP lejos están de ser ajenos a estos conflictos.

En las últimas décadas se ha detectado una enorme cantidad de circunstancias de connotación negativa que están vinculadas a los ISP, tales como: infracciones de derecho de autor,

piratería digital, conflictos de marcas comerciales, asuntos de gestión de red, spam, phishing, ciberdelincuencia, difamación o expresiones de odio, pornografía infantil, contenido ilegal, entre otras tantas.

Precisamente en este contexto, el término “Responsabilidad de los Intermediarios de Internet” hace referencia a la responsabilidad legal de los ISP por actividades ilegales o dañinas que son llevadas a cabo por usuarios a través de sus servicios.

En Argentina no existe normativa específica sobre la responsabilidad de los intermediarios. Sin embargo, resulta de aplicación el derecho de fondo, en particular, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CCC”). Este nuevo CCC, como el anterior de Vélez Sarsfield, establece dos regímenes de responsabilidad: objetiva y subjetiva.

Detrás de estos estándares de responsabilidad se han encolumnado artículos doctrinarios y precedentes judiciales absolutamente dispares.

Sintéticamente diré que quienes sostienen la aplicación de la responsabilidad objetiva, afirman que los ISP están obligados a responder civilmente por cualquier daño por el solo hecho de desarrollar una “actividad riesgosa” dentro de la sociedad de información. Mientras que los que se han manifestado por la aplicación de la responsabilidad subjetiva, esta es, la que se sustenta en el principio de la culpa (obrar descuidado, negligente o imprudente), sostienen que los ISP únicamente debían ser responsables por un obrar culposo que estaría dado, por lo general, por el no retiro o bloqueo de los contenidos que almacenan o transmiten una vez que aquellos han sido notificados acerca de la ilicitud de los mismos.

Acercándonos un poco más al quid de la cuestión, agregamos que el término “Responsabilidad de los Intermediarios de Internet” está muy relacionado con el interrogante de si es exigible que los ISP tengan o no conocimiento de todos los contenidos transmitidos, almacenados o a los que se hace referencia en sus redes, que están cambiando constantemente y a un ritmo automático y veloz.

Este entuerto jurídico fue resuelto, en parte, por la Corte Suprema en el leading case “Rodríguez, María Belén”, sobre al cual volveré a referirme en detalle al final del presente trabajo.

### **III. La responsabilidad de los ISP dedicados al comercio electrónico [\[arriba\]](#)**

Según la clasificación realizada anteriormente, los ISP que operan en la intermediación del comercio electrónico son por definición “proveedores de servicios en línea”, pues justamente permiten la publicación y difusión en Internet de contenidos por parte de usuarios. En este grupo encontraremos a compañías como “Mercado Libre”, “OLX”, “alaMaula”, entre otros.

El comercio electrónico es representativo de todos los cambios y ventajas que trae aparejado Internet. El “e-commerce” ha creado un consumidor de servicios de alta tecnología, que realiza sus consumos en forma computarizada. Son millones los usuarios que consumen todo tipo de bienes y servicios online.

Por supuesto que el comercio electrónico tampoco es ajeno a los conflictos de Internet.

De hecho, este ámbito es mucho más complejo y enmarañado para los ISP, pues a la discusión sobre el régimen de responsabilidad que debe serles aplicado, se suma la aplicación del marco consumeril establecido por la Ley 24.240 (en adelante “LDC”) y las normas previstas recientemente en el CCC.

Así por ejemplo, se suele cuestionar qué es lo que sucede con los ISP frente al triple problema que puede presentar la comercialización de productos, a saber: (a) eventuales problemas en el diseño; (b) eventuales problemas en la fabricación; (c) desinformación que tienen los usuarios consumidores acerca de cómo usarlos de manera segura y útil[4].

Esto ha provocado una extraordinaria discusión, la que ha sido enmarcada en dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, tan fundadas y respetables como irreconciliables. Trataremos de sintetizarlas a continuación:

### *1. Responsabilidad objetiva por aplicación de la LDC*

Aquí el ISP dedicado a la intermediación del comercio electrónico es considerado como un eslabón más de la llamada cadena de comercialización.

En particular, se considera al ISP como un proveedor más conforme los términos del artículo 2 de la LDC: “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”.

En particular, se expone que el ISP pone al alcance de un número indeterminado de posibles clientes registrados, los bienes y servicios que otros producen u ofrecen. El servicio consiste en poner un sitio web a disposición de vendedores y de compradores y cobrar por ello, percibiendo beneficios también por publicitar y por cada transacción que se concrete[5].

La conceptualización como “proveedor” conduce indefectiblemente que el ISP sea responsable por aplicación del factor objetivo de atribución previsto en el artículo 40 de la LDC. El fundamento de esto reside en el riesgo creado, la garantía, el deber de seguridad o, aún más, la equidad.

En otras palabras, el fundamento de atribución objetivo debe buscarse en el “riesgo de empresa” o “riesgo de actividad económica”, pues se sostiene que allí donde hay beneficios originados en una actividad, debe generarse la contrapartida de responsabilidad por los riesgos y costos, es decir, que le cabe al proveedor soportar las contingencias que su iniciativa importa, como contrapeso de los beneficios[6].

Finalmente, desde este sector se sostiene que, al estar obligado a responder por todo lo que pase en su sitio, el ISP se verá incentivado a que sea más seguro y más confiable, y no una apariencia virtual de esos atributos reales[7].

Todo lo dicho hasta aquí encontró su máxima expresión en el precedente “Claps, Enrique c/Mercado Libre”[8] dictado por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

## *2. Responsabilidad subjetiva*

Quienes sostienen la aplicación del estándar subjetivo de responsabilidad, esencialmente enfatizan que la concepción anterior encierra errores de hecho y de derecho, y que su aplicación provocaría un daño importante al comercio electrónico.

Se argumenta que el régimen previsto en la LDC no es susceptible de ser aplicado a los ISP que intermedian en el comercio electrónico.

Básicamente, se parte de la idea de que la LDC se aplica cuando se produce la relación de consumo entre el proveedor y el consumidor de lo que aquel le provee. Y se concluye que el ISP es un proveedor, pero es un proveedor de un servicio al vendedor del producto, pues el vende un espacio para que éste haga publicidad en una plataforma digital. El ISP no entrega ni provee producto alguno a nadie. El consumidor del producto no es el consumidor de lo que el ISP ofrece. El consumidor del ISP es quien paga por publicitar en la plataforma web[9].

Siguiendo este razonamiento, de aplicarse la LDC contra los ISP se estaría consagrando un apartamiento de la norma absolutamente injustificado, pues según el texto del artículo 2 de dicho plexo normativo, únicamente son considerados “proveedores” los que entregan el producto al consumidor.

Tampoco se admite la aplicación de la LDC (en rigor, del factor objetivo de atribución) a partir de la premisa según la cual “sin la intervención del ISP, la operación no se hubiese realizado”, pues esto nos llevaría a incluir dentro del concepto de “proveedor” a todo aquellos que hacen posible la publicidad, como ser dueños de diarios, revistas, carteles, canales de televisión y diarios. Todos son esenciales para la venta de productos o prestación de servicios. Sin ellos, no habría ventas.

En suma, se remarca que el usuario vendedor es el creador del anuncio, decide desde el título y la descripción del producto, hasta el precio y las condiciones de venta que desea incluir en el anuncio. La oferta se hace pública mostrándose en el sitio web y la descripción del producto o servicio es lo que el propio usuario detalla, sin intervención de ninguna especie, por parte de los ISP, sobre el contenido de los anuncios[10]. Por lo que el “riesgo” al que refiere la postura anterior, no debería ser el del proveedor del producto, sino el de la propia actividad del ISP que es la provisión del espacio en la plataforma.

Por último, se sostiene que de aplicarse el estándar objetivo de atribución, los ISP se verían forzados a controlar las millones de publicaciones y transacciones que son realizadas diariamente en su plataforma, para evitar el riesgo económico de tener que responder por cualquier daño pasado, presente y futuro.

Esto desnuda una verdad incontrastable que es la imposibilidad física y material de efectuar este tipo de verificaciones. A lo que debe agregarse la impracticidad de implementar cualquier medida de control, y el costo desproporcionado e irrazonable de llevarlas a cabo[11].

Por tales motivos, aquí se sostiene que los ISP únicamente deberían ser responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la compra y venta de productos falsos realizados a través de sus sitios, cuando quede demostrado que tuvieron una participación activa o un

conocimiento efectivo de la ilicitud del acto. Caso contrario, debe primar el derecho de ejercer el comercio[12].

*3. La solución que se propone: aplicación de la doctrina que emana del precedente “Rodríguez, María Belén” de la Corte Suprema*

En mi opinión, el enigma jurídico es susceptible ser resuelto a partir del estándar de responsabilidad establecido por la Corte Suprema en el leading case “Rodríguez, María Belén”.

Aclaro que dicho precedente fue dictado por el Máximo Tribunal en relación a un ISP dedicado exclusivamente a proveer servicios de búsqueda y enlaces, que -a priori- no opera en la intermediación del comercio electrónico. Google y Yahoo! son motores de búsqueda de contenidos publicados en Internet.

Sin embargo, estoy convencido que los mismos supuestos de hecho y de derecho que llevaron a la Corte Suprema a adoptar dicho precedente, se producen asimismo en el caso de los ISP que aquí nos ocupan.

Para ello, es fundamental realizar una breve reseña de los principales argumentos y defensas esgrimidas por las partes en tales actuaciones, y los puntos más salientes de lo resuelto por el Alto Tribunal.

María Belén Rodríguez demandó a Google y a Yahoo! por la inclusión de su nombre e imagen en sitios de contenido pornográfico y/o sexual que eran enlazados por ambos motores de búsqueda. La modelo fundó este reclamo a partir del factor objetivo de atribución, haciendo hincapié en la aplicación del artículo 1.113 del Código de Vélez Sarsfield, al sostener que la actividad de quienes explotan motores de búsqueda en Internet debe calificarse como “riesgosa”.

Google y Yahoo! sostuvieron que su actividad importaba una situación de intermediación y ajenidad en relación al contenido por el que se los pretendía hacer responder, resaltando la imposibilidad técnica y jurídica de saber con anticipación qué contenidos publicados por terceros ajenos son ilegales o agraviantes en Internet.

Asimismo, sostuvieron que la aplicación del factor objetivo de atribución llevaría a estos a una desmedida autorrestricción o bien, directamente, tornaría inviable su actividad, lo que perjudicaría seriamente la libre circulación de ideas e informaciones en la red, con lesión, en cualquier caso, de la libertad de expresión.

La Corte Suprema rechazó esta demanda, motivando su decisión en los siguientes razonamientos:

(a) Google y Yahoo! desarrollan una actividad lícita alcanzada por la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información;

(b) no debe aplicarse el factor de atribución objetivo, pues el deber genérico de resarcir ante la sola materialización de un perjuicio desincentivaría la existencia de este tipo de

actividades que cumplen un rol esencial en el derecho de buscar, recibir y difundir información libremente en Internet;

(c) Google y Yahoo! no están en condiciones técnicas y jurídicas de determinar, de manera genérica y sin una notificación o reclamo previo del interesado, la ilicitud de las publicaciones de la información que realizan terceros;

(d) la actividad de Google y Yahoo! debe encuadrarse a la luz de la responsabilidad subjetiva una vez que éstos tomen efectivo conocimiento de la ilicitud de los contenidos; y

(e) la solución precedente es acorde a la aceptada en las legislaciones que se han dictado en el derecho comparado.

Aquí nos interesa detenernos y comenzar a detallar cada uno de los supuestos y elementos esenciales cuya existencia también comparte la lógica operacional de las plataformas de comercio electrónico.

3. (i) Las plataformas de comercio electrónico desarrollan una actividad lícita alcanzada por la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, difusión de información y de ejercicio de una industria lícita.

La actividad desarrollada por un ISP como “Mercado Libre”, “OLX” y “alaMaula”, se encuentra permitida en el territorio de la República Argentina, sustentada en el artículo 14 de la Constitución Nacional. No existe norma alguna en el sistema jurídico argentino que prohíba la creación de una plataforma de comercio electrónico.

Y si bien este tipo de sitios no se dedican a la indexación de contenidos para su ordenamiento y posterior puesta a disposición mediante un motor de búsqueda, es incuestionable que su actividad consiste en la difusión de información relativa a productos y servicios que terceros ofrecen al público, y por lo tanto, está alcanzada por la libertad de expresión constitucionalmente protegida.

El artículo 1° de la ley 26.032 tempranamente declaró que “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

En este sentido, no resulta ocioso recordar que en nuestro ordenamiento jurídico la libertad de expresión reconoce tres (3) categorías de publicaciones, las cuales poseen un nivel de protección diferente: en primer lugar, con la mayor protección reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[13], así como por la Corte Interamericana de Derecho Humanos[14], encontramos las publicaciones con fines políticos, artísticos, religiosos o filosóficos; en segundo lugar, están las publicaciones comerciales, en donde solo se está transmitiendo un mensaje de contenido patrimonial[15]; y por último, el resto de las publicaciones[16].

En particular, el precedente “Roviralta, Humberto” sobre publicaciones comerciales, no sólo es destacado por la sentencia de la Corte Suprema sino también por el dictamen de la Procuración General.

En forma unánime, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que: “no corresponde formular juicio de reproche al medio periodístico que se limitó a publicar el aviso comercial que ha sido creado y encargado por un tercero perfectamente individualizado”. Agregando que no es posible exigir al responsable del medio “la obligación de tener que realizar complejas investigaciones para determinar el carácter dañoso de los avisos que terceros le requieren publicar”.

Asimismo, resaltamos la solución propiciada por la Procuración General mediante la aplicación del precedente “Rodríguez, María Belén” al sostener que “la solución adoptada en ese caso trae luz a la resolución de la presente controversia en tanto allí el Tribunal precisó la responsabilidad de las personas que participan en la difusión de información creada por terceros a fin de compatibilizar el ejercicio de la libertad de expresión (...)”.

En este contexto, se concluye sin hesitación que la actividad de los ISP vinculados al comercio electrónico, cumplen un preponderante papel para el ejercicio de la libertad de expresión y acceso a la información, pues consiste en una plataforma de difusión de anuncios comerciales, en la que usuarios compradores y usuarios vendedores pueden entrar en contacto y expresar su voluntad a fin de, eventualmente, ponerse en contacto y celebrar el negocio jurídico deseado.

### 3. (ii) Inaplicabilidad del factor objetivo de atribución.

Tal como se señaló anteriormente, la aplicación del factor objetivo de atribución significaría en la práctica que los ISP vinculados al comercio electrónico deban responder civilmente ante la mera comprobación de cualquier daño que se produzca a partir de un anuncio comercial difundido en su plataforma.

Esta contingencia de proporciones absolutamente desmesuradas no sólo haría inviable la actividad de cualquier ISP, sino que obligaría a los responsables de estos sitios a adoptar distintas medidas de control y autorestricción que producirían consecuencias nocivas desde el plano constitucional.

Así por ejemplo, un ISP debería controlar y monitorear un sinnúmero de operaciones realizadas a diario, las cuales abarcan miles de rubros distintos, con el objeto de censurar aquellos anuncios comerciales que estime serán lesivos de eventuales consumidores o usuarios en general.

Es dable destacar que desde el punto de vista técnico no existe un algoritmo o modelo matemático que permita a los ISP prevenir y/o controlar la existencia o difusión de anuncios comerciales que pudieran infringir derechos o disposiciones normativas. En consecuencia, los procedimientos de control a los que nos referimos anteriormente quedarían reducidos a rudimentarios controles humanos que no son acorde con la realidad tecnológica y las exigencias de la sociedad moderna.

Desde ya que esto es un despropósito absoluto.

Por motivos como los expuestos, tempranamente el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, sostuvo que: “hay una regla de identificación impuesta a los intermediarios que debe cumplirse según las posibilidades tecnológicas disponibles y en tanto no afecte la privacidad ni la libertad de expresión de los sujetos

intervinientes (...) En general hay coincidencia en que cuando hay posibilidad de control hay responsabilidad. En cambio, cuando no hay posibilidad de control no hay responsabilidad, porque no puede afirmarse la existencia de una obligación general de supervisión de contenido de los mensajes[17].

Finalmente, respecto al precedente “Claps, Enrique” dictado por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, aclaramos que allí se aplicó el factor de atribución de responsabilidad objetivo al concluirse, entre otras cosas, que “el software es una cosa riesgosa”.

Sobre semejante afirmación, que desde ya no compartimos, nos limitamos a transcribir la respuesta brindada por el Presidente de la Corte Suprema en la segunda audiencia pública del caso “Rodríguez, María Belén” cuando se invocó un supuesto “riesgo del software” para fundar la aplicación del factor objetivo de atribución.

En esa oportunidad el Dr. Lorenzetti dijo: “Si todos los que tiene un software son responsables porque el software es riesgoso, es un concepto que no tiene ningún límite en el mundo actual. No hay ningún antecedente en el derecho comparado. No hay una sola ley que diga eso. En el derecho argentino tampoco (...) Estamos hablando de una responsabilidad de todo el mundo. Todos los fabricantes de software, sea Google o cualquiera, serían responsables. Todas las leyes en el derecho comparado dicen otra cosa[18].”

Tras esta manifestación, la Corte Suprema rechazó en forma unánime la aplicación del factor objetivo de atribución al considerar que esta pretensión era de una “llamativa insustancialidad”.

### 3. (iii) Aplicación del factor subjetivo de atribución.

Esta es la solución que se impone del precedente “Rodríguez, María Belén”, toda vez que la Corte Suprema sostuvo que la responsabilidad de los motores de búsqueda (como intermediario de Internet) únicamente debe ser juzgada a la luz de la responsabilidad subjetiva una vez que éstos adquieran efectivo conocimiento de la supuesta ilicitud de los contenidos.

En este acápite, es preciso destacar que la jurisprudencia nacional ha comenzado a aplicar - en mayor o menor medida- el precedente “Rodríguez, María Belén” a las plataformas de comercio electrónico.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó que la responsabilidad de DeRemate.com por las compras y ventas de productos “Nike” falsos realizadas a través de su página web [www.deremate.com.ar](http://www.deremate.com.ar) es subjetiva y que el sitio no es responsable de las infracciones marcarias en que incurran quienes publiquen anuncios, a menos que: (i) haya cumplido un rol activo en la perpetración de dicha infracción (entendiéndose por tal un rol que le permita conocer la falsedad de los artículos publicados o controlar el contenido de la publicación) o (ii) haya tenido conocimiento efectivo de la comisión de la infracción[19].

Recientemente, y en idéntico sentido, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó el rechazo de una demanda promovida contra el sitio

www.demotores.com (ISP intermediario en la comercialización electrónica de automóviles) a partir de la aplicación de la doctrina “Rodríguez, María Belén” al caso particular[20].

De tales precedentes, se concluye que las plataformas online serían únicamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la compra y venta de productos falsos realizados a través de sus sitios, cuando quede demostrado que tuvieron participación activa o un conocimiento efectivo de la ilicitud del acto. No basta la sola comprobación del daño para imponer el deber de resarcir, sino que es necesario probar el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo.

3. (iv) La aplicación del estándar de responsabilidad subjetiva coincide con la solución adoptada por el derecho comparado.

Existe un elemento que no admite cuestionamiento y es que la Corte Suprema nutre el precedente “Rodríguez, María Belén” a partir de la solución normativa receptada en el derecho comparado.

Idéntico supuesto se presenta en el caso de los ISP vinculados al comercio electrónico, pues la responsabilidad de éstos está definida por la misma normativa internacional que citó nuestro Máximo Tribunal en el mentado leading case.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 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, es un claro ejemplo de ello.

En lo que hace a lo aquí debatido, destaco que la Directiva 2000/31/CE dispone en su art. 14 que “Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere 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 de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

Por otro lado, el art. 15 consagra la “Inexistencia de obligación general de supervisión”, siendo ese su título, expresando que: “Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.”.

En igual sentido, destacamos que la Corte Suprema citó en el precedente “Rodríguez, María Belén” como principio esencial en la materia la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet; Organización de las Naciones Unidas, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Organización de los Estados Americanos y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1° de junio de 2011” en la parte que dice “nadie que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet (acceso, búsqueda o conservación de información), deberán ser responsable por contenidos generados por terceros y que se

difundan a través de esos servicios y que no se deberá exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios”.

A renglón seguido, dicha Declaración dispone que “Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión”.

3. (v) La solución propuesta coincide con la solución prevista en el Proyecto de Ley sobre intermediarios de Internet.

La Comisión de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión de la Honorable Cámara de Senadores presentó un Proyecto de Ley unificador de otros previamente presentados por la Senadora Liliana Fellner (Expte. N° S-1865/15) y el Senador Federico Pinedo (Expte. N° S-942/16).

Este Proyecto de Ley tiene por objeto regular la responsabilidad de los todos los intermediarios de Internet (incluidos los IPS vinculados al comercio electrónico) a partir de lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Rodríguez, María Belén”:

Artículo 4° - Responsabilidad: Los Proveedores de Servicios de Internet no serán responsables por los contenidos generados por terceros, excepto cuando, habiendo sido debidamente notificados de una orden judicial de remoción o bloqueo, dictada en los términos del artículo 6° de la presente ley, omitan dar cumplimiento a la misma, en el plazo correspondiente.

Artículo 5° - Exención de control: Los Proveedores de Servicios de Internet no tendrán en ningún caso la obligación de monitorear o supervisar los contenidos generados por terceros, de forma genérica, a fin de detectar presuntas infracciones actuales a la ley o prevenir futuras infracciones”.

Vale aclara que es el primer Proyecto de Ley sobre la materia que logra media sanción en el Congreso.

Si este Proyecto de Ley es finalmente aprobado al finalizar el año en curso, vendrá a consagrar en forma definitiva el estándar de responsabilidad aquí se fundamenta.

Repasamos lo expuesto:

(a) los ISP dedicados a la intermediación del comercio electrónico desarrollan una actividad lícita alcanzada por la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información;

(b) la aplicación del factor de atribución de responsabilidad objetivo desincentiva la existencia de plataformas web dedicadas a la intermediación de compra y venta que cumplen un rol esencial en el derecho de buscar, recibir y difundir información libremente en Internet;

(c) los ISP no están en condiciones técnicas y jurídicas de determinar, de manera genérica y sin una notificación o reclamo previo del interesado, la ilicitud de los anuncios comerciales que realizan terceros;

(d) la actividad de los ISP dedicados a la intermediación del comercio electrónico debe encuadrarse a la luz de la responsabilidad subjetiva; y

(e) la solución precedente es acorde a la legislación vigente y aplicable en nuestro país y también es la aceptada en las legislaciones que se han dictado en el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia nacional, así como en el Proyecto de Ley sobre ISP con media sanción en el Honorable Senado de la Nación.

El lector fácilmente podrá advertir la coincidencia entre éstos últimos puntos, con aquéllos que fueron enumerados al mencionar la solución adoptada por el Máximo Tribunal en el precedente “Rodríguez, María Belén”.

La legislación vigente y aplicable en la materia, así como la lógica y la realidad fáctica de los hechos, imponen que la actividad de los ISP dedicados a la intermediación del comercio electrónico, deba regirse y juzgarse bajo factores subjetivos de atribución de responsabilidad.

### **Conclusión** [\[arriba\]](#)

La contratación electrónica ofrece un ámbito de conflictos diferentes a los existentes en la contratación tradicional.

A mi criterio, tales conflictos no pueden ser válidamente resueltos con la normativa existente en materia de contratos, daños y defensa del consumidor, sin que ello importe en la práctica un ataque letal a una industria lícita que ha transformado -para siempre- el comercio moderno.

Los nuevos tiempos exigen a los operadores jurídicos repensar algunas estructuras de derecho cuya aplicación devendría en injusta.

Por eso es que si bien quienes propugnan la aplicación del estándar objetivo de responsabilidad tienen fundamentos suficientes para hacerlo, éstos deberían advertir el impacto que su afirmación conlleva.

Reiteramos que por la aplicación del factor objetivo de atribución, los ISP se verían compelidos a dejar de operar o adoptar medidas de control tendientes a verificar todas y cada una de las transacciones que se generan a través de su plataforma. No hay organización -ni grande, ni mediana ni pequeña- que pueda ejercer el control que sugiere este estándar de responsabilidad.

La actividad de los ISP dedicados al comercio electrónico se detendría en nuestro país, por los insuperables e injustos costos económicos que acarrea este régimen.

Entiendo que el puntapié para resolver este enigma puede ser encontrado en lo que se ha dado a conocer como la “constitucionalización del derecho privado”. La doctrina ha dicho que “la Constitución como fuente principalísima en el derecho privado impide que ciertos casos en los que están en juego derechos fundamentales puedan resolverse mediante la aplicación de tal o cual artículo de una Ley o del Código Civil, pues debe determinarse si la aplicación de ese texto legal respeta efectivamente los principios constitucionales en juego, o si, por el contrario, es preciso aplicar otro estándar que dé adecuada respuesta a aquella tensión de derechos fundamentales”[21].

Este mismo razonamiento fue aplicado por la Corte Suprema al dictar el precedente “Rodríguez, María Belén”. Un fallo que, a mi criterio, no sólo resolvió una demanda promovida contra un motor de búsqueda de contenidos en Internet, sino que sentó las bases de la responsabilidad de todos los Intermediarios de Internet.

En tales términos, el ISP dedicado al comercio electrónico únicamente estaría obligado a eliminar tal o cual publicación cuando ello sea requerido expresamente por autoridad judicial o administrativa competente. Si así no lo hiciera, sería responsable por los daños que tal o cual publicación pudiere ocasionar.

Hasta tanto contemos con un régimen especial que regule el comercio electrónico y la responsabilidad de los ISP involucrados en esta actividad, sería conveniente estar a la resolución que aquí se propone.

Quedará en manos de los legisladores establecer reglas claras y dotar a nuestro ordenamiento seguridad jurídica, protegiendo el desarrollo de Internet como una herramienta fundamental en el comercio electrónico; sin por ello dejar de sancionar supuestos aislados donde exista un evidente abuso a los derechos del consumidor.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] El presente trabajo obtuvo una mención especial en el VII Concurso de becas para la Maestría en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. La evaluación de los trabajos monográficos, tuvo por árbitros designados a los Dres. Sebastián Balbín, Ignacio E. Alterini y Emilio Moro.

[2] Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. y otros s/Daños y perjuicios” del 28/10/2014 - Publicado en La Ley, 2014-F, p. 401.

[3] Carlos PETRE, “Medidas Cautelares y tecnología: su aplicación en los casos en que se demanda por responsabilidad a los motores de búsqueda de Internet”, en el Capítulo IV del Libro “La responsabilidad civil de los intermediarios de Internet”, Editorial Abeledo Perrot 2012, p. 96.

[4] Fernando E. Shina, “Consumo on line. Problemática del contrato informático”, Publicado en La Ley DJ02/02/2011, p. 1. Cita online: AR/DOC/6913/2010.

- [5] Carlos E. Tambussi, “Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico”, Publicado en La Ley 29/05/2017, 29/05/2017, 5 - La Ley 2017-C, p.273. Cita online: AR/DOC/1437/2017.
- [6] Carlos E. Tambussi, cit.
- [7] Fernando E. Shina, cit.
- [8] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, en autos “Claps, Enrique Martín y otro c/Mercado Libre S.A. s/Daños y perjuicios” del 05/10/2012 - Publicado en La Ley Online: AR/JUR/55788/2012.
- [9] Jorge Otamendi, “La responsabilidad objetiva de quienes ofrecen espacios para publicidad en Internet”, Publicado en La Ley 29/05/2017 - La Ley 2017-C, p. 271 - Cita online: AR/DOC/1263/2017.
- [10] Macarena Quintana, “Responsabilidad objetiva en la Ley de Defensa del Consumidor”, Publicado en La Ley 31/03/2017 - Cita online: AR/DOC/799/2017.
- [11] Johanna Caterina Faliero y Sergio Sebastián Barocelli, “La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en Internet”, Publicado en La Ley 04/04/2017 - Cita online: AR/DOC/872/2017.
- [12] Gloria Montarón Estrada, “La responsabilidad de las plataformas on line por la compra y venta de productos falsos”, Publicado por La Ley 04/08/2015 - La Ley 2015-D, p. 256 - Cita online: AR/DOC/2296/2015.
- [13] Corte Suprema de Justicia de la Nación - Fallos 310:508 y 331:1530, entre otros.
- [14] Corte Interamericana de Derecho Humanos, en autos “Caso Herrera Ulloa c/Costa Rica” del 02/07/2004.
- [15] Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Roviralta Huberto c/Primera Red Interactiva de Medios y otros s/Daños y perjuicios” del 20/10/2015.
- [16] Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “R.R., A. c/Diario Clarín S.A. y otros s/Daños y perjuicios” del 04/11/2003.
- [17] Ricardo Lorenzetti, “Comercio Electrónico”, Editorial Abeledo-Perrot, 2001, p. 286.
- [18] Video de la segunda audiencia pública del caso “Rodríguez, María Belén” disponible en el link <https://www.youtube.com/watch?v=Bxlikawvc-l>. Ver a partir del minuto 43:10.
- [19] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, en autos “Nike International Ltd. c. De.Remate.com de Argentina SA s/ Cese de uso de marca. Daños y perjuicios” del 05/05/2015.
- [20] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, en autos “Gómez Maciel, Francisco c/Dridco S.A. s/Ordinario” del 07/03/2017.
- [21] Sebastián Picasso, “Constitucionalización de la responsabilidad civil y reparación integral”, Publicado en Revista Crítica de Derecho Privado, N° 3, Montevideo, 2006, p. 629.