

MARKETPLACE E INTERMEDIACIÓN: HACIA LA TRAZABILIDAD Y TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

Lidia Estela Di Masullo

Instituto de Derecho Comercial "Ángel Mauricio Mazzetti"
del Colegio de Abogados de Lomas De Zamora

PONENCIA.

Si bien la actuación del marketplace se presenta como un factor determinante de su responsabilidad, por los negocios generados a través de su plataforma, resulta ser una delgada línea sobre la cual no existe un criterio uniforme, por eso la comunidad europea apunta a la trazabilidad y transparencia algorítmica.

I.- INTRODUCCIÓN

La tecnología en materia de comunicaciones e información avanza a un ritmo vertiginoso; desde la aparición de Internet la innovación en la materia es constante y acontece a un ritmo exponencial e impacta directamente sobre la forma en que las personas se comunican y entablan relaciones comerciales.

El comercio tradicional cedió paso al e-commerce y apareció el "Marketplace"¹ como nuevo espacio a través del cual contratar y sin necesidad de trasladarse a los comercios para adquirir bienes o servicios dado que éstos se encuentran a tan solo un "click" o un "touch". Y como todo cambio esta nueva modalidad de contratación, trae aparejada una serie de conflictos que resultan complejos de resolver dada la inexistencia de normas específicas al respecto.

¹El término "marketplace" proviene de la conjunción de dos términos en inglés: market (mercado) y place (lugar); es un sitio web donde diferentes proveedores de bienes y servicios los ofrecen para su comercialización; su concepción es similar a un shopping pero en la red: un centro comercial en línea. Los primeros marketplaces surgieron en el último lustro de la década del 90, como Amazon, eBay y Mercado Libre.

Como bien lo señala Brizzio (2009), las nuevas tecnologías propiciaron que gran cantidad de personas accedan a dispositivos cada vez con mayores funciones y mucho más rápidos, "...generan la necesidad de efectuar un replanteo sobre unapossible adecuación normativa de los conceptos jurídicos tradicionales."², un nuevo "ius-gentium" como reclama de Martino.³

II.- CONTRATACIÓN EN LAS PLATAFORMAS: RELACIONES ENTRE LAS PARTES INTERVINIENTES Y DIFERENTES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En este contexto digital denominado "sociedad de la información"⁴ se encuentran los diferentes tipos de Marketplace⁵, pero el que aquí interesa es el que conecta a proveedores con consumidores (B2C) dado el alto grado de litigiosidad que presenta.

En este tipo de marketplace las distintas partes que van a interrelacionarse son, en primer lugar las plataformas que ofrecen su espacio virtual para la concertación de negocios. En segundo lugar los proveedores de los diferentes bienes y servicios que se comercializan en el sitio. Y finalmente los consumidores. Entre los tres actores mencionados se van establecer varias relaciones⁶, a) entre la plataforma y el proveedor, b) entre la plataforma y el consumidor; c) entre el consumidor y el proveedor de los bienes o servicios.

²Brizzio, Claudia R., 2009, "El rol de los actores en internet como determinante de la responsabilidad - 1era parte", Id SAJ: DACF100060, disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf100060-brizzio-rol actores en internet.htm>

³Martino, Anselmo Antonio, citado por Brizzio, op. cit. en 2

⁴ Cabe aclarar que el concepto no es nuevo, dado que fue expuesto por primera vez en 1962, por el economista Fritz Machlup en su libro "The Production and Distribution of Knowledge in the United States", donde reseñó sus observaciones sobre la transformación de la sociedad industrial y cómo el control y optimización de los procesos industriales eran sustituidos por el control y manejo de la información; fue en 1980 que la noción se popularizó debido a la publicación del libro de Yoneji Masuda, "The information society as a post industrial society".

⁵Los Marketplace pueden clasificarse: 1) en función de los artículos que comercializan pueden ser: a.- de tipo vertical o de nicho: dedicados a un rubro /producto específico; o b.- de tipo horizontal o general: que comercializan toda clase de artículos/servicios; 2) de acuerdo a quiénes son los contratantes pueden ser: B2B (business to business) destinados a la contratación interempresaria; B2C ((business to consumer) dedicados a la contratación entre proveedores y consumidores; o C2C (consumer to consumer) diseñados para conectar consumidores con consumidores.

⁶Silva, Lucas D., 2021, "La responsabilidad de las plataformas de e-commerce",

IV- I. 3, disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/06/11/doctrina-la-responsabilidad-de-las-plataformas-de-e-commerce/>

Una cuestión de suma importancia es determinar cómo se califica la actuación desplegada por la plataforma, dado que de ello dependerá el grado de su responsabilidad frente a las situaciones conflictivas que puedan plantearse con los consumidores.

Dada la inexistencia de normas específicas en el derecho argentino, la jurisprudencia es quien ha esbozado los lineamientos de la responsabilidad de las plataformas en su vinculación con consumidores, pero sus expresiones resultan divergentes. Como lo señala Lorenzetti (2000)⁷ los diferentes criterios jurisprudenciales pueden agruparse en tres posturas.

La primera de ellas, considera que las plataformas son “meros intermediarios”⁸ que limitan su actividad a ofrecer el uso y goce de un sitio virtual y cobrar por dicha prestación; es decir que prestan un servicio de alojamiento (hosting)⁹ en cuyo caso la plataforma está exenta de responsabilidad, dado que ha sido ajena a la contratación llevada a cabo entre el proveedor y el consumidor.¹⁰ Este fue el criterio sustentado en los fallos Gomez Maciel¹¹, Kosten¹² y Vergara.¹³

La segunda postura estima que el proveedor del sitio, además de ofrecer su uso y goce, participa organizando, optimizando y promoviendo las ofertas del proveedor de bienes y servicios; como ejemplos de éstas actividades extras pueden citarse: el ofrecimiento de medios de financiación para el pago y la inclusión del registro de la dirección del oferente en algunos buscadores; esta tesitura también señala la existencia de una conexidad contractual conforme la letra del art. 1.073 del CCyC. Por lo

⁷Lorenzetti, Ricardo L., 2000, “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, Ed. La Ley, 18/7/2000.

⁸Cancio, Sebastián J.. 2019, “Comercio electrónico: la posición neutral de la plataforma y la negligencia del consumidor como eximentes de responsabilidad. Nota a fallo”, 3-(a), disponible en: <http://www.aidaargentina.com/wp-content/uploads/Comercio-electr%C3%B3nicoSC.pdf>

⁹Bevolo, Luciano Gustavo, 2021, “Responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico en las relaciones de consumo”, Cap. Primero, 3 y 3.1 disponible en : <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1958/Responsabilidad%20de%20las%20plataformas%20de%20comercio%20electr%C3%B3nico%20en%20las%20relaciones%20de%20consumo.pdf?sequence=1&isAllowed=y> ; Brizzio, Claudia R., 2009, “El rol de los actores en internet como determinante de la responsabilidad - 1era Parte”, IV.10, disponible en : Id SAIJ: DACF100060

¹⁰ Para esta postura el Marketplace es un simple hosting y como nota distintiva se aprecia que el hospedador solo cobra por la publicación, es decir que su actividad es similar a la realizada por los diarios de avisos clasificados.

¹¹Gómez Maciel, F. c/ Dridco S.A. s/ Ordinario, CNACom. Sala B, 7/3/2017.

¹²Kosten, Esteban c. Mercado Libre s/ Ord., CNACom., Sala D, 22/03/2018.

¹³Vergara G. R. c/ Energgroup, CNACom, Sala E, 20/12/2019.

tanto la posición del Marketplace es activa, dado que toma partido y está interesado en que la negociación se concrete para percibir su comisión, lo que si le genera responsabilidad.¹⁴ Es el argumento sostenido en los fallos Claps¹⁵, Ferreiro¹⁶ y Bayo¹⁷.

La tercera, es una postura ecléctica: estima que las plataformas, en principio, no tienen responsabilidad pero pueden ser responsabilizadas en caso de que su conducta sea reprochable.¹⁸ Es decir que le cabe responsabilidad cuando no obró con la debida prudencia y diligencia atendiendo a su carácter profesional, y según lo legislado en el código de fondo sobre “valoración de la conducta” (art. 1.725CCyC); por ende su responsabilidad surge por aplicación de los criterios subjetivos de atribución (art.1.724CCC).

III.- UNA RESPUESTA BASADA EN LA TRAZABILIDAD Y LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

La discrepancia de criterios -tanto doctrinales como jurisprudenciales- no es atributo exclusivo del contexto argentino; en la Comunidad Europea (CE) la situación era similar; por ello, frente a la necesidad de que exista una respuesta uniforme que permita afianzar la seguridad jurídica, la CE plantea una concepción novedosa con la adopción del Reglamento UE 2022/2065¹⁹ que pone el foco en la trazabilidad y la transparencia algorítmica.

En concreto, la normativa dedica el Capítulo II a regular sobre la responsabilidad

¹⁴Esta postura entiende que el proveedor del sitio web es un “intermediario”, que forma parte de la cadena de comercialización conforme lo prescribe el art.40 de la Ley de Defensa del Consumidor, por lo tanto su responsabilidad surge de dicha norma.

¹⁵Claps c/ Mercado Libre S.R.L., CNACiv., Sala K, 5/10/2012.

¹⁶Ferreiro c. Mercado Libre S.R.L., CCiv. y Com., Jujuy, Sala III, 15/9/16.

¹⁷Bayo, C. E. y Otro c/ Almundo SRL s/ Demanda de Der del Consumo, Tribunal Primera Inst. CyC., Rosario, 9/12/2019

¹⁸ Quienes postulan este criterio, entienden que si la plataforma pudo tomar conocimiento de alguna ilicitud y no actuó con la debida diligencia es responsable por los daños que su negligencia generó. Es una situación similar a la que aconteció en los casos “Nike International Ltd. c. Deremate.Com e Argentina S.A. s/ cese de uso marcas y Ds y Ps”(C. Nac.civ., Sala I, 05/05/2015) y “Nike International Ltd. c. Compañía de Medios Digitales Cmd S.A. s/ cese de uso de marcas (C. Nac. Civ., Sala III, 21/5/2015), por la comercialización de productos falsificados.

¹⁹ El Reglamento UE2022/2065,(Reglamento de Servicios Digitales -DSA por sus siglas en inglés Digital Service Act-) fue adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 19 de Octubre de 2022, La normativa reemplaza a la Directiva 2000/31. Disponible en : <https://www.boe.es/doue/2022/277/L00001-00102.pdf>

de los prestadores de *servicios intermediarios*, y reúne bajo esta noción a quienes prestan una actividad de mera transmisión (art.4), de memoria caché (art. 5) y de alojamiento de datos (art.6); éstos prestadores serán beneficiados con la *exoneración de responsabilidad* si cumplen ciertas condiciones, entre las que figuran no haber modificado la información, o no tener conocimiento de la actividad ilícita. Sin embargo, la nueva normativa presenta un cambio significativo en lo referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios que se dedican al alojamiento de datos²⁰ El art. 6 establece, en principio, que cuando se trate de «almacenar información facilitada por un destinatario del servicio», el prestador estará exento de responsabilidad si cumple determinadas condiciones tales como:

a) *“no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito”* y, tratándose de pedidos indemnizatorios, *“no sea consciente de hechos o circunstancias...”* que evidencien la ilicitud; y

b) en caso de tomar conocimiento de la ilicitud actúe con prontitud para retirarla o bloquearla.

Pero, y aquí está lo novedoso; la exención no procederá si se trata de

“...plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.” (art.6, ap. 3).

Este precepto que cambia fundamentalmente el encuadre para la procedencia de la exención, es la respuesta para resolver los litigios de imputación de responsabilidad a las plataformas que se amparaban en la circunstancia de ser meros sitios de alojamiento de datos. Como crítica a la norma puede plantearse la imprecisión de la calificación de “consumidor medio”; circunstancia que deberá analizarse en cada caso particular y deja por ende una zona nebulosa.

En el Capítulo III, bajo el título *“Obligaciones de diligencia debida para crear*

²⁰ El Reglamento define en el art 3, ap.g iii el servicio de «alojamiento de datos», como aquél consistente en «almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este»

un entorno en línea transparente y seguro”, despliega toda una serie de obligaciones en cabeza de las plataformas, cuyo incumplimiento genera severas multas que pueden alcanzar hasta el 6% de la facturación anual mundial de la plataforma (art.52. p.2)

En lo que respecta a la trazabilidad las “muy grandes tiendas on line”²¹ tendrán la obligación de rastrear a los proveedores de bienes y servicios, es decir que deberán asegurarse que en caso de ser necesario puedan ser localizados. Así está previsto en el art. 30 «Trazabilidad de los comerciantes», que además les exige evaluar la fiabilidad y completitud de los datos aportados por ellos.

En lo concerniente a la «transparencia algorítmica», el reglamento les exige asegurarse que su interfaz en línea esté diseñada y organizada de forma que los comerciantes cumplan con sus obligaciones relativas a la información precontractual, a las relacionadas con la conformidad y con la seguridad del producto²².

Pina (2022)²³ señala que con esta imposición a las grandes plataformas, se busca “...permitir a los titulares de derechos identificar al infractor, responsable directo del ilícito,” por ejemplo por la venta de productos falsificados o robados.

Al igual que lo disponía el art. 15 de la Directiva 2000/31, el Reglamento también dispone en su art.8 la inexistencia de una obligación general de monitorización o de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indiquen la presencia de un ilícito. Pero les exige realizar un análisis y evaluación de riesgos sistémicos derivados del diseño o funcionamiento de los algoritmos (arts 33 y 34),

En lo concerniente a la información el art. 32. ap. 2 requiere transparencia algorítmica en la interfaz en línea de la plataforma, y la misma exigencia se aplica a la publicidad (art 39).

Como puede apreciarse, la Unión Europea tiene como objetivos luchar contra la proliferación de actividad y contenido ilícito en Internet, y proteger los derechos de los usuarios/consumidores. Y para cumplir con ese propósito ha creado el Centro Europeo para la Transparencia Algorítmica (ECAT).

²¹ Para arribar a esta la calificación se tiene en cuenta que el promedio mensual de usuarios supere el 10% de la población de UE que actualmente es de aproximadamente 45 millones de usuarios. Así lo dispone el art.33.

²²Esta exigencia a las muy grandes plataformas está plasmada en el art..31“Cumplimiento desde el diseño”.

²³Pina, , 2022, “Ley de Servicios Digitales (DSA): un nuevo marco legal para las plataformas digitales de servicios intermediarios”, disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ley-servicios-digitales-dsa-nuevo-marco-legal-plataformas-digitales-servicios

Esta entidad, con sede principal en Sevilla, será la encargada de anticipar y prevenir algunos de los efectos negativos de los sistemas algorítmicos al analizar la estructura y funcionamiento de los mismos.

IV.- COLOFÓN

Las medidas adoptadas por la CE en la búsqueda de unificar los diversos criterios determinantes de la responsabilidad de los Marketplaces, pueden sintetizarse en la letra del Reglamento UE 2022/2065, a través de las nociones de “transparencia algorítmica” y “trazabilidad”.

La meta que se propuso la CE es muy ambiciosa, sin embargo ha desplegado toda una serie de herramientas jurídicas e institucionales para llevarla a cabo. El tiempo dirá si logra hacerla realidad.