SUPLEMENTO ESPECIAL

NOVIEMBRE 2018

#LEGAL**TECH**

El Derecho ante la Tecnología

THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS
LA LEY

#LegalTech: el derecho ante la tecnología / Carolina Abdelnabe Vila... [*et al.*].- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.
240 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3688-4

1. Tecnología. 2. Derecho. 3. Derecho a la información. I. Abdelnabe Vila, Carolina

CDD 607

Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Tirada: 1700

ÍNDICE GENERAL

Nota editorial

A lo largo del 2018 hemos acompañado a nuestros lectores con una serie de suplementos especiales (verdaderos libros por su extensión, en varios casos) que han intentado dar respuesta a problemáticas de actualidad, derivadas tanto de novedades legales como del contexto bajo el cual los profesionales del derecho deben llevar adelante su función todos los días.

En esta línea, los últimos dos o tres años se han intensificado como nunca los lazos de unión entre diversas herramientas tecnológicas y el mundo de los abogados. Se impone al respecto hacer tangibles esos puntos de contacto para enriquecer esa relación.

En esta publicación más de veinte autores (a lo largo de casi 250 páginas) han escrito valiosos aportes de doctrina sobre la base de la articulación entre el mundo legal y el de la tecnología (en sus distintas variantes). Inteligencia artificial, *blockchain*, protección de datos personales, criptomonedas, notificaciones y presentaciones electrónicas, firma digital, responsabilidad en la era digital, gestión judicial, plataformas, servicios *cloud*, industria *fintech*, medicina digital, entre otros, son conceptos que los operadores jurídicos de hoy comienzan a escuchar (y a trabajar) con cada vez mayor frecuencia y desde Thomson Reuters queremos estar presentes en este proceso de cambio y reinvención profesional.

Por último, vaya nuestro especial agradecimiento a cada persona que nos acompañó escribiendo aquí y que con sus reflexiones y artículos nos obligan a repensar continuamente el ejercicio del trabajo legal.

EL EQUIPO DE LA DIRECCIÓN DE CONTENIDOS
THOMSON REUTERS LA LEY

Naturaleza jurídica de la firma digitalizada

POR **MARÍA CAROLINA ABDELNABE VILA** (*)

I. Introducción

Las modalidades de contratación han sufrido grandes cambios gracias a las innovaciones y avances tecnológicos que tienden a desdibujar las distancias. Hoy en día, para adquirir casi cualquier bien o servicio no hace falta trasladarse, pues las cosas están a un *click* de distancia.

Pero los avances no solo impactan en las contrataciones a distancia, también se ven cambios relevantes en las contrataciones físicas. Dentro de dichos cambios, se nota la utilización de nuevas tecnologías a fin de lograr mayor eficiencia en el desarrollo de un negocio. De esta manera, se puede ver una creciente tendencia a "despapelizar" las contrataciones y digitalizar los documentos, tendencia que es impulsada por el propio Estado (1). Dicha digitalización busca lograr mayor eficiencia y robustez en la guarda de documentos (menor pérdida, posibilidad de *backup*, mejor archivo y más fácil búsqueda y recupero), disminuir costos (guardar papeles por largos períodos es sumamente costoso) y, por qué no, ayudar a preservar el medio ambiente (2).

En dicho proceso de digitalización de contrataciones realizadas de forma presencial nos encontramos frente a la posibilidad de realizar la firma de un contrato utilizando un panel de firma o *sign pad* y, de esta manera, evitar el uso del papel.

Sin embargo, no siempre los avances tecnológicos (por muy pequeños que sean) encuentran un expreso respaldo jurídico (3). Esto es,

---

(*) Abogada. Asociada Senior integrante del departamento de Telecomunicaciones y Alta Tecnología del estudio jurídico Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen. Graduada de la Universidad Católica Argentina en el año 2008 (Medalla de Oro). Magíster de la Université Catholique de Lyon, Francia, en el año 2013.

(1) Así, a modo de ejemplo, puede mencionarse el decreto 561/2016 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional implementa el sistema de Gestión Documental Electrónica para el Sistema Público Nacional. En la misma línea se encuentra la implementación de los trámites a distancia ("TAD"), sistema a través del cual los particulares pueden ingresar con distintos proveedores de autenticación, como el DNI (RENAPER), Clave Fiscal (AFIP), no residentes a través de NIC.AR y realizar diferentes trámites sin la necesidad de concurrir físicamente al organismo (*https://tramitesadistancia.gob.ar/tramitesadistancia/inicio-publico*).

Asimismo, la ley 26.685 autoriza la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.

A su vez, y en lo que a las actividades reguladas por el Banco Central de la República Argentina se refiere, se emitieron las comunicaciones A 5535/2014 y 6112/2016, en las cuales se indica que "Las entidades financieras pueden conservar, en sustitución de los originales en papel —en la medida en que no se opongan a ello disposiciones legales— fotografías, microfilmaciones o reproducciones digitalizadas de los comprobantes vinculados a su operatoria".

(2) Derecho y obligación que se establece en el art. 41 de la Constitución Nacional.

(3) En este punto no puede dejar de mencionarse el principio de neutralidad tecnológica que implica —entre

no siempre los adelantos se ven reflejados en las normas. De hecho, ello es lo que en cierta medida ocurre con la firma que se realiza en un *sign pad*, firma que —como trataremos en el presente— por su naturaleza híbrida (en tanto no es completamente "electrónica" ni una firma húmeda) no encuentra un claro encuadre en la Ley de Firma Digital 25.506 (la "Ley de Firma Digital") e incluso parecería no haber sido contemplada en el actual Código Civil y Comercial de la Nación (el "Cód. Civ. y Com.") y solamente se encuentra algún tipo de mención en normativa aislada y específica.

Nos proponemos en el presente, entonces, analizar la validez legal de la recolección digital de la firma en un panel de firma o *sign pad* conforme con el régimen legal vigente en Argentina y, en definitiva, tratar de descubrir cuál es la naturaleza jurídica de esta firma digitalizada.

II. Tipos de firma existentes bajo el régimen jurídico argentino

De la normativa vigente en la materia surge la existencia de tres tipos de firma: (i) firma manuscrita; (ii) firma electrónica; y (iii) firma digital.

II.1. Firma húmeda

El primer tipo de firma que encontramos y que describe el Cód. Civ. y Com. es la firma manuscrita o quizás más precisamente firma húmeda (4). En este sentido, el Cód. Civ. y Com. indica en su art. 288 que "La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento".

Del mencionado artículo surge entonces que la firma consiste en el "nombre del firmante o en un signo" (5), sin detallar si la firma debe realizarse sobre un papel o si se considera firma a la realizada en un panel de firma o *sign pad*.

Sin embargo, en el segundo párrafo del artículo transcripto se hace referencia a que en los documentos generados por medios electrónicos el requisito de firma solamente se encuentra satisfecho mediante la firma digital y parecería soslayar por completo la posibilidad de que en un documento electrónico intervenga la mano del firmante.

En este sentido, no puede dejar de mencionarse que el art. 288 del Cód. Civ. y Com. transcripto difiere de la redacción original de su proyecto (6), en el cual se establecía que "... En los

---

otros aspectos— que la reglamentación debe enunciar derechos y obligaciones de las personas sin disponer nada acerca de los medios tecnológicos necesarios para que se cumplan. En este sentido, cabe señalar la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) que hace referencia a dicho principio al fijar: "La obligación de los Estados miembros de velar porque las autoridades nacionales de reglamentación tengan en cuenta en la mayor medida posible la conveniencia de que la regulación sea tecnológicamente neutra, es decir, que no imponga el uso de un tipo de tecnología particular ni discrimine en su favor, se entiende sin perjuicio de la adopción de medidas proporcionadas para fomentar determinados servicios específicos cuando esté justificado, por ejemplo, en el caso de la televisión digital como instrumento para mejorar la eficiencia del espectro".

(4) Vale la pena reflexionar sobre si para este análisis no corresponde distinguir entre "firma manuscrita" y "firma húmeda". La Ley de Firma Digital contrapone firma manuscrita a firma digital y electrónica, pero si se recurre al significado literal del término "manuscrito", surge del *Diccionario* de la Real Academia Española que: "manuscrito, ta" es "escrito a mano" y el verbo manuscribir significa "escribir a mano", escapa por lo tanto al concepto si se escribe a mano sobre el papel o sobre un panel de firma. Por el contrario, firma húmeda (del inglés *"wet signature"*) es un neologismo que suele identificarse con la firma que crea una persona físicamente marcando un documento / la firma con tinta en un documento (*HIMSS Dictionary of Health Information Technology Terms, Acronyms, and Organizations*).

(5) El concepto que brinda el Cód. Civ. y Com. se distingue de la redacción del Cód. Civil en tanto el derogado art. 1012 disponía que la firma "... no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos" y, en tal sentido, el Cód. Civ. y Com. hace eco de criterios jurisprudenciales que disponen que "un signo" bastará si es el modo habitual de firmar (entre otros precedentes, se puede mencionar "Babadjambey Goula, Cristo c. Blanco, Serafín Andrés s/escrituración", CNCiv., sala I, sentencia del 24/8/2004).

(6) Proyecto de Reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión creada por el decreto 191/2011.

instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento". Se observa claramente que la norma actual sustituyó "un método" por "una firma digital". Ello modifica ampliamente el panorama jurídico, en tanto la firma realizada en un *sign pad* podría consistir, casi sin dudas, en algún *método que asegura la autoría e integridad del instrumento* pero, ciertamente, y tal como se verá más adelante, no encuadra en el concepto de "firma digital".

De esta forma, encontramos que del art. 288 del Cód. Civ. y Com. podrían darse dos interpretaciones: (i) la firma, siempre que consista en el nombre del firmante o en un signo, puede realizarse tanto en papel como en un *sign pad*; o (ii) la firma a la que hace referencia el primer párrafo del art. 288 del Cód. Civ. y Com. es en papel y, en cambio, el segundo párrafo se referiría a documentos electrónicos y, en tal caso, la firma solamente se encontraría cumplida cuando exista firma digital.

Ciertamente, dependiendo de la postura que se adopte en el análisis de la firma digitalizada se obtendrán distintos resultados, los cuales se verán en el presente.

II.2. Firma digital

La Ley de Firma Digital indica que se entiende por firma digital "al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma" (art. 2º).

Conforme surge de la Ley de Firma Digital, la firma digital tiene:

(i) la misma validez jurídica que la firma manuscrita (arts. 2º y 3º);

(ii) presunción de autoría, pues —salvo prueba en contrario— se presume que pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art. 7º); y

(iii) presunción de integridad, toda vez que se presume que el documento digital que lleve inserto una firma digital no ha sido modificado desde la inclusión de la firma digital (art. 8º).

Es decir que la firma digital cuenta con la misma protección legal que la firma manuscrita, además de que permite presumir la integridad del documento digital a la que pertenece.

Ahora bien, solo puede haber firma digital en la medida en que haya sido originada de un certificado digital emitido por un certificador licenciado y, a su vez, el certificado debe estar vigente (7). El certificado digital (8) es el "documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular" (9).

Los certificadores licenciados son entidades públicas o privadas que se encuentran habilitadas para emitir certificados digitales, en el marco de la Ley de Firma Digital (10). Actualmente existen 10 certificadores licenciados en Argentina, 6 de los cuales son entes privados (11). El reducido número de certificadores licenciados se debe a que el trámite para obtener dicha categoría suele ser complejo, requiere

(7) La Ley de Firma Digital establece en su art. 9º que la firma digital solo será válida si cumple con los siguientes requisitos: (i) haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; (ii) ser debidamente verificada según el procedimiento de verificación correspondiente; y (iii) que dicho certificado haya sido emitido por un certificador licenciado.

(8) Conforme la Decisión Administrativa 927/2014, aquellos sujetos que obtengan su certificado digital de un certificador licenciado, podrán utilizarlos para firmar digitalmente cualquier documento o transacción, pudiendo ser empleados para cualquier uso o aplicación, como así también para autenticación o cifrado.

(9) Art. 13 de la Ley de Firma Digital

(10) La ONTI (Oficina Nacional de Tecnologías Informáticas) actúa como entidad certificante, es decir, como entidad que autoriza a las demás entidades (públicas o privadas) para actuar como certificadoras, esto es, para emitir certificados digitales válidos dentro de un determinado ámbito.

(11) En el siguiente link se detallan los certificadores licenciados: *https://www.argentina.gob.ar/firmadigital/entelicenciante*.

de la presentación de numerosa documentación, es necesario realizar inversión en tecnología y la actividad se encuentra ampliamente controlada por el Estado.

También existe la posibilidad de obtener la firma digital de una Autoridad de Registro (12), que funciona dentro del Ministerio de Modernización de la Nación. Así, la Autoridad de Registro efectúa las funciones de validación de identidad y de otros datos de los solicitantes y suscriptores de certificados, registrando las presentaciones y trámites que les sean formulados. Esto es, las Autoridades de Registro verifican la identidad, pero los certificados digitales los otorga el Ministerio de Modernización de la Nación. Además, se encuentra en proceso la posibilidad de que se pueda obtener la firma digital a través del Correo Argentino.

Más allá de los recientes avances e impulsos realizados por el gobierno, lo cierto es que actualmente la firma digital no se encuentra generalizada, por lo que en cualquier empresa que se quiera digitalizar una operatoria que involucre las firmas de muchas personas diferentes, lo más probable es que se deba utilizar el sistema de firma electrónica que, como se verá a continuación, no produce los mismos efectos legales que la firma digital.

II.3. Firma electrónica

La Ley de Firma Digital define a la firma electrónica como "el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de los requisitos legales para ser considerada firma digital" (13).

Es decir que, si bien en la práctica son similares (ya que ambas implican la encriptación de información que identifica al firmante), la firma electrónica no requiere de la emisión de un certificado digital por un certificador licenciado.

La principal diferencia legal entre una y otra firma es que la firma electrónica no permite presumir la autoría del documento ni su integridad. Es decir, en el caso de la firma electrónica, si el autor o un tercero desconoce su validez, le corresponde a la otra parte probarla (14).

II.4. Primera conclusión

Si se tomase literalmente a la firma como el *nombre del firmante* o *un signo* (conforme con la primera parte del art. 288 del Cód. Civ. y Com.), la firma realizada a través de un panel de firma o *sign pad* —en el cual una persona firma de puño y letra y la firma se inserta en ese momento en un documento digital— podría ser considerada firma manuscrita.

Esta postura encuentra su sustento en ciertas normas. En este sentido, y sin perjuicio de que su vigencia es anterior a la sanción del art. 288 del Cód. Civ. y Com. que se analiza, puede mencionarse el decreto 261/2011 que otorga validez a la firma digitalizada (esto es, firma mediante la utilización de un *sign pad*) colocada en el pasaporte (art. 2º).

Por su parte, el Banco Central de la República Argentina emitió la comunicación "A" 6068, la cual dispone expresamente que "Se admiten las firmas ológrafas efectuadas originalmente sobre documentos electrónicos u otras tecnologías similares en la medida que puedan efectuarse sobre aquellas verificaciones periciales que permitan probar su autoría y autenticidad" (15).

Así, podría sostenerse que la firma realizada en un *sign pad* para un documento electrónico es firma manuscrita o, cuanto menos, una firma con todas las consecuencias jurídicas que ello trae aparejado (en particular, ser considerado un documento firmado, tal como se verá más adelante).

Sin embargo, no son pocos los obstáculos que atraviesa la mencionada postura. Entre ellos, el simple hecho de que la segunda parte

(12) En el siguiente *link* se detallan las actuales Autoridades de Registro: *https://pki.jgm.gov.ar/app/Listado_de_Autoridades_de_Registro.aspx*.

(13) Art. 5º de la Ley de Firma Digital.

(14) El art. 5º de la Ley de Firma Digital establece para la firma electrónica que en caso de ser desconocida corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

(15) Incorporación realizada a las normas sobre "Instrumentación, conservación y reproducción de documentos".

del art. 288 del Cód. Civ. y Com. indica que en los documentos generados por medios electrónicos (tal podría ser el caso del documento en el cual se coloca la firma utilizando un *sign pad*) el requisito de firma se considerará cumplido, si se utiliza una firma digital. Por tal motivo, y siendo que la firma colocada utilizando un *sign pad* no es una firma digital en tanto solo puede haber firma digital en la medida en que haya sido originada de un certificado digital emitido por un certificador licenciado, el referido documento electrónico podría ser interpretado como un documento no firmado. Esto, tal como será explicado más adelante, posee consecuencias jurídicas referidas a las presunciones de autenticidad, integridad y existencia del documento.

En efecto, el mencionado precepto legal exige para los documentos electrónicos la firma digital para dar por satisfecho el requisito de firma, poniendo foco de esta forma en el sustrato material en que se plasma la firma sin otorgarle trascendencia jurídica a si la firma es ológrafa o enteramente electrónica. Incluso, podría argumentarse que la intención del legislador resulta clara si se tiene en cuenta que la redacción actual fue expresamente modificada de la de su proyecto. Así, por aplicación del principio fijado en el propio Cód. Civ. y Com. (art. 2º) "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras" y dado que "la inconsecuencia del legislador no se presume" (16) podría sostenerse que en los documentos electrónicos para que se consideren firmados se requiere que se utilice una firma digital. Esta postura es la sostenida por parte de la doctrina (17).

Sin perjuicio de ello, cabe estar a la evolución de la jurisprudencia, la que —dada la escasa vigencia del Cód. Civ. y Com.— no se ha expedido todavía al respecto.

A continuación, se analizará la clasificación que realiza el Cód. Civ. y Com. en relación con los tipos de documentos y las consecuencias jurídicas de cada uno de ellos.

III. Tipos de documentos y sus consecuencias jurídicas

III.1. El requisito de forma en los actos jurídicos

En lo que concierne al requisito de forma en los actos jurídicos, el Cód. Civ. y Com. establece como regla general la libertad. Dicha regla aplica siempre que la ley no establezca una formalidad determinada (art. 284). Así, el acto "puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos" (art. 286).

Asimismo, el Cód. Civ. y Com. distingue entre:

(i) *Instrumentos particulares no firmados*, los cuales pueden constar en cualquier soporte. Incluso bajo el título "contratos de consumo" el Cód. Civ. y Com. contempla la utilización de medios electrónicos indicando que "siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar" (art. 1106). Asimismo, la Ley de Firma Digital define al documento digital (también llamado documento electrónico en el decreto reglamentario) como "la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo" Agrega además que "Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura".

(ii) *Instrumentos privados*, que son aquellos que, si bien pueden constar en cualquier soporte —incluso digital— *deben estar firmados*. El Cód. Civ. y Com. considera a la firma como aquella que "prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo". Indicando que "en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona

(16) Conforme doctrina de Fallos 322:2189 y 323:585, entre otros.

(17) En este sentido, puede mencionarse a Julio César Rivera quien tiene dicho que "… La parte final del artículo se refiere a la firma digital utilizada en los instrumentos generados por medios electrónicos" (*Código Civil y Comercial de la Nación comentado,* ps. 660-661).

En el mismo sentido, "…La última parte se refiere a la firma en los instrumentos generados por medios electrónicos; para esos casos establece que el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza la firma digital en los términos que establece la ley 25.506… (Infojus, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ps. 475-476).

queda satisfecho si se utiliza una *firma digital*, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento" (18) (art. 288). Así, el Cód. Civ. y Com. —tal como fuera indicado en el punto anterior— parecería mantener una postura restrictiva, pues *solo admite la firma digital* (rechazando la firma electrónica como posibilidad).

Ahora bien, entender si la firma realizada en un *sign pad* puede satisfacer el requisito de forma "firma" y equivaler a una firma húmeda, lejos se encuentra de constituir un planteo netamente teórico o abstracto. Por el contrario, dicha diferenciación tiene aplicación práctica en tanto *si la firma tomada en un* sign pad *es firma en sentido formal, el documento será firmado; en cambio, si es firma electrónica, formará parte de los instrumentos privados no firmados*. Ello es de vital importancia, especialmente para aquellos documentos en los cuales se exige, ya sea por la normativa o la jurisprudencia (19), que se encuentren firmados.

Un caso que merece mención y que representa claramente el problema que reviste la naturaleza de la firma digitalizada se podía encontrar en la versión original del art. 6º, inc. k), de la Ley de Tarjeta de Crédito 26.056. En efecto, dicho artículo requería la "firma del titular y de personal apoderado de la empresa emisora" (20) como requisito de todo contrato de tarjeta de crédito. Siendo que, conforme con el art. 288 del Cód. Civ. y Com., la firma es la manuscrita y en un documento electrónico la firma es digital, cabe preguntarse si la recopilación de la firma del titular en un *sign pad* cumplía o no con la exigencia del art. 6º, inc. k), así como si el juego normativo entre el art. 6º, inc. k), de la Ley de Tarjeta de Crédito con el art. 288 del Cód. Civ. y Com. implicaba, acaso, que la única forma de realizar electrónicamente un contrato de tarjeta de crédito era mediante la utilización de la firma digital (que, como se dijo, es una firma que tiene nulo o poco uso). Lo cierto es que el inc. k) del mencionado art. 6º en una reciente reforma aclara que "…el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad de las partes y la integridad del instrumento". Así, la discusión parecería estar zanjada en lo que al contrato de tarjeta de crédito se refiere, pero no respecto de otras contrataciones.

III.2. La prueba de las distintas formas de instrumentar los actos jurídicos

En cuanto a la prueba, el Cód. Civ. y Com. indica:

- Como principio general existe libertad para probar los contratos en tanto "pueden *ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales*, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos" (21) (art. 1019). Y es más, el Cód. Civ. y Com. indica que "*Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte*, de su causante o de parte interesada en el asunto, *que haga verosímil la existencia del contrato*" (22) (art. 1020).

- En relación con los instrumentos particulares no firmados, su valor probatorio debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, (i) la congruencia entre lo sucedido y narrado, (ii) la precisión y claridad técnica del texto, (iii) los usos y prácticas del tráfico, (iv) las relaciones precedentes y (v) *la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen* (art. 319).

(18) El destacado es propio.

(19) En el caso de las historias clínicas, por ejemplo, la jurisprudencia consideró la necesidad de la firma del documento ("K., L. J. s/lesiones culposas", SC Buenos Aires, P 33038 S, 23/7/1985, elDial - W1C7E) y, en el caso de las informatizadas, la ley 26.529 en su art. 13 a través de su decreto reglamentario 1089/2012 remite directamente a la normativa de la Ley de Firma Digital.

(20) Actualmente, el mencionado art. 6º, inc. k), dispone: "Firma del titular y de personal apoderado de la empresa emisora. Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad de las partes y la integridad del instrumento". (Inciso sustituido por art. 115 de la ley 27.444, BO 18/6/2018).

(21) El destacado es propio.

(22) Ídem.

• En los instrumentos privados, existe libertad para probar la firma y que "El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado" (art. 314).

III.3. Segunda conclusión

Teniendo en cuenta que, con algunas excepciones, la regla en la forma de instrumentación de los actos jurídicos es la *libertad de forma*, en principio no se vislumbrarían inconvenientes en que los actos y distintos procesos de una empresa —en tanto no posean una formalidad fijada por la ley— se instrumenten de manera electrónica.

Por otro lado, no caben dudas de que el documento digital que se utilice en sustitución de los documentos en papel se considerará un documento escrito en tanto "Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura" (Ley de Firma Digital y Cód. Civ. y Com.).

La contingencia, entonces, no estaría en la forma de instrumentación, sino en la prueba de la existencia del instrumento. Estimamos que existen altas probabilidades de que se consideren a los documentos digitalizados y firmados utilizando un *sign pad* como *instrumentos particulares no firmados*.

Esto, si se toma la postura —hoy por hoy corolario de la interpretación mayoritaria respecto del art. 288 del Cód. Civ. y Com.— de que la firma en un *sign pad* no es firma en sentido jurídico formal y siendo que tampoco es firma digital —en tanto solo puede haber firma digital en la medida en que haya sido originada *en un certificado digital emitido por un certificador licenciado*— el documento podría ser considerado un documento no firmado.

Así, el documento digital que se utilice en sustitución del papel, al no contar con una firma, *no tendrá el mismo efecto legal que los documentos firmados en papel por las partes*, *sino que servirá como principio de prueba por escrito y, si el autor desconociese la firma, corresponderá a la otra parte probar la autoría*.

Sobre el valor probatorio de los instrumentos no firmados, el art. 1020 dispone: "*Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte,* de su causante o de parte interesada en el asunto, *que haga verosímil la existencia del contrato*" (23).

Es decir, el *documento firmado a través de un* sign pad, *sumado a los demás elementos que hacen a la contratación*, tales como la conducta de las partes, la entrega de la documentación para el procedimiento de identificación, el cumplimiento del contrato (pago del precio, entrega al destinatario, etc., *permitirían probar la existencia de la relación contractual*.

Es más, en los instrumentos particulares no firmados (tal el caso de los documentos firmados en un *sign pad*) su valor probatorio será apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, (i) la congruencia entre lo sucedido y narrado, (ii) la precisión y claridad técnica del texto, (iii) los usos y prácticas del tráfico, (iv) las relaciones precedentes y (v) *la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen* (art. 319). Así, resultará de suma importancia la confianza que brinde el elemento (*sign pad*) sobre el que se firma. En efecto, no resultará igualmente hábil para probar la existencia de una contratación la utilización de un *sign pad* (instrumento creado específicamente para recolectar firmas) que la firma tomada en un *ipad* u otro dispositivo similar que no posee la misma seguridad (24).

(23) El destacado es propio.

(24) En este sentido, la sala D de la CNCom. dispuso que "aun cuando —en la mejor hipótesis para el apelante— se recurriera a un concepto amplio de 'documento' que permitiera considerar a la constancia acompañada como instrumento privado (…), para que tal *instrumento sin firma* tuviera *valor probatorio* debería reunir cuanto menos los siguientes recaudos: 1) Que su *autenticidad* estuviere asegurada, 2) Que el *contenido* garantice ser *fiel y completo* con relación a las menciones que constan, *sin posibilidad de alteraciones y supresiones*, 3) Que el documento pueda *preservarse en su estabilidad, perdurabilidad e inalterabilidad del mensaje*.(…) Por consiguiente, si bien estos instrumentos pueden ser ofrecidos como medio de prueba (c.p.c. 378: 2), su valor probatorio dependerá de la prueba complementaria que se produzca respecto de su autenticidad. Tales instrumentos deben ser merituados con criterios de sana crítica y conjuntamente con el resto de las restantes pruebas del proceso" ("Gómez, Fabián Ángel c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario", sentencia del 26/9/2006).

IV. Conclusiones finales

En función de lo expuesto entendemos:

• Existen *tres tipos de firmas*: (i) manuscrita; (ii) electrónica (género); y (iii) digital (especie). La firma digital cuenta con la misma protección legal que la firma manuscrita, además de que permite presumir la integridad del documento digital a la que pertenece.

• Si se tomase literalmente a la firma como el *nombre del firmante* o *un signo* (conforme con la primera parte del art. 288 del Cód. Civ. y Com.), la firma realizada a través de un panel de firma o *sign pad* —en el cual se firma de puño y letra, y la firma se inserta en ese momento en un documento digital— *podría ser considerada firma manuscrita. Sin embargo, entendemos que ni la jurisprudencia ni la doctrina se han expedido aún y que hoy por hoy la tendencia es a considerar a la firma realizada en un* sign pad *como firma electrónica.*

• Así, si bien la firma realizada en un *sign pad* servirá para satisfacer el requisito de escritura, la firma electrónica no permite presumir la autoría del documento ni su integridad. Asimismo, en tanto un documento electrónico solamente se considerará firmado si se utiliza firma digital (art. 288 del Cód. Civ. y Com. y art. 3º de la Ley de Firma Digital), *el documento se constituiría en un instrumento particular no firmado.*

• Teniendo en cuenta que la regla en la forma de instrumentación de los actos jurídicos es la *libertad de forma*, no se ven grandes inconvenientes en que los actos y distintos procesos de una empresa —en tanto no posean una formalidad fijada por la ley— se instrumenten de manera electrónica.

• La contingencia, entonces, no estaría en la forma de instrumentación, sino en la prueba de la existencia del instrumento. En relación con los instrumentos particulares no firmados (tal el caso de los documentos firmados en un *sign pad*) su valor probatorio será apreciado por el juez tomando en consideración —entre otros aspectos— *la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen* (art. 319 del Cód. Civ. y Com.). Así, resultará de suma importancia la confianza que brinde el elemento (*sign pad*) sobre el cual se firma.

¿Defensa de la competencia en crisis? La dificultad de definir mercados relevantes en la era de las nuevas tecnologías

POR **LUIS DIEGO BARRY** (*)

I. Introducción: Afán regulatorio frente a lo "desconocido" o cuestiones políticas

La humanidad ha reaccionado generalmente de manera irracional frente a lo desconocido.

No es necesario hacer un exhaustivo recorrido por la historia para encontrar numerosas atrocidades que fueron incluso legalmente justificadas (1).

Pero también la historia de la humanidad está repleta de desvíos legales para protegerse, para ampararse, para atacar a lo temido (2).

En ese marco y contrariamente con el sentimiento general que normalmente tenemos los consumidores cuando utilizamos el servicio de gigantes tecnológicos, venimos escuchando durante años un tipo de miedo distinto: el miedo de los reguladores de ciertas regiones centrales del mundo a los gigantes tecnológicos, las nuevas tecnologías y su pretendida dominación (del mundo).

Sin embargo, cuando intentan definir qué es lo que esos gigantes tecnológicos realmente dominan, no vemos definiciones o ideas convincentes en materia de defensa de la competencia (3).

Ese temor, lleno de dramatismo por parte del regulador, no es tan convincente cuando tiene que cumplir con los estándares legales para perseguir y condenar un supuesto abuso de posición dominante.

Me pregunto: ¿esos reguladores tienen miedo de lo que no pueden regular? O ¿ese miedo se basa en otras razones políticas propias de un pseudonacionalismo posmoderno que no está respaldado por el sistema legal, ni por una libertad de mercado en la que la regulación supuestamente violada de alguna manera se basa?

No necesito extenderme en el presente sobre las enormes consecuencias negativas que tienen las políticas de defensa de la competencia mal aplicadas. Es que existe profusa literatura sobre los nefastos resultados económicos que tiene la aplicación de normas antitrust en situaciones donde no se verifican las conductas prohibidas o, al menos, no está suficientemente claro ni se brinda con la necesaria precisión los alcances de la conducta perseguida y castigada.

(*) Socio del Estudio Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen.

(1) Podemos enumerar la quema de brujas, los sacrificios humanos para lograr favores de las deidades, matanzas de todo tipo, etcétera.

(2) Justamente los sistemas constitucionales nacen como una ley suprema para protegernos de esos abusos.

(3) Este análisis es sobe la defensa de la competencia. Otros tipos de cuestiones no son consideradas.

A ello podría contraponerse, ¿qué nos importa a los habitantes de estas latitudes lo que pasa en esas regiones centrales del mundo desarrollado? A esa pregunta debo responder que, lamentablemente, esas políticas trascienden sus fronteras.

En primer lugar, porque las modificaciones que imponen muchas veces necesariamente afectan la prestación de los servicios a nivel global de esos gigantes tecnológicos por una cuestión de escala. Esto es, las modificaciones que se imponen en Europa, luego y necesariamente por el tamaño de esa región, terminan afectando al servicio que se presta en el resto del planeta.

En segundo lugar, por la natural influencia que sus decisiones tienen en la comunidad antitrust del mundo.

Pero, como denuncio en el presente, esas decisiones no son convincentes desde el punto de vista técnico. Esto es, se sostienen endeblemente en nuevas teorías que se alejan de la letra de la norma y no son sólidas técnicamente.

Eso me lleva a preguntarme: ¿la defensa de la competencia está en crisis?

Veremos en el presente los alcances de la referida crisis y sacaremos nuestras conclusiones.

Lo dicho no implica desconocer la importancia de los gigantes tecnológicos y su dimensión desconocida.

No obstante, cualquier decisión debe ser tomada al amparo de la ley y con respaldo técnico.

De otro modo, se trata de una arbitrariedad, como tantas en que ha incurrido la humanidad frente a lo desconocido.

II. La necesidad de definir los mercados relevantes

Para quienes no están tan familiarizados con la normativa de defensa de la competencia, creo conveniente empezar por explicar por qué se debe definir el mercado relevante. En efecto, creo necesario comenzar con responder ¿por qué es necesario definir el mercado relevante?

Paso a responder esa pregunta comenzando por explicar que todas las conductas anticompetitivas se llevan a cabo en un mercado determinado. Por lo cual, la definición de ese mercado es esencial para determinar si efectivamente nos encontramos frente a una conducta reprimida legalmente.

En rigor, la Corte de Justicia Europea desde la resolución del caso *Continental Can* en el año 1973 siempre ha sostenido que el punto de partida de cualquier investigación en materia de defensa de la competencia comienza con la definición del mercado relevante (4). Del mismo modo, en Estados Unidos de América se mantuvo un criterio similar y consistente sobre la necesidad de definir los mercados relevantes en esta materia (5).

Es así que la normativa, en general, y la argentina, en particular, contempla que las conductas anticompetitivas sean llevadas a cabo en el "mercado".

Podemos comenzar con la propia Constitución Nacional que en su art. 42 contempla de forma novedosa el concepto de mercado. Allí se dispone: "Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados".

No es casual la referencia a los "mercados" que impone nuestra norma constitucional, sino que marca y anticipa que es allí donde se cometen conductas anticompetitivas.

Por lo cual, ya la Constitución Nacional impone el ámbito donde se cometen las conduc-

(4) Case 6/72, "Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v Commission", [1973] ECR 215, para. 32: "For the appraisal of SLW's dominant position and the consequences of the disputed merger, the definition of the relevant market is of essential significance, for the possibilities of competition can only be judged in relation to those characteristics of the products in question by virtue of which those products are particularly apt to satisfy an inelastic need and are only to a limited extent interchangeable with other products".

(5) Allí se sostuvo que "determination of a relevant market is the necessary predicate", "United States v. E.I. duPont de Nemours & Co.", 353 US 586, 593 (1957), y "Courts generally begin their analysis of a Section 7 case by defining the relevant market", "FTC v. CCC Holdings Inc.", 605 F. Supp. 2d 26, 37, 39-40 (D.D.C. 2009).

tas anticompetitivas, exigiendo, en consecuencia, su necesaria definición.

Por su parte y en esa misma línea, el art. 1º de la ley 27.442 dispone que "Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al *mercado* o que constituyan abuso de una posición dominante en un *mercado*, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general" (6).

Se advierte de su redacción que el legislador claramente contempló la comisión de esta clase de tipos legales en el "mercado". No solo porque incorpora esa terminología en varias oportunidades, sino porque, si la norma se refiere a "competidores" o "competencia", necesariamente se trata de un mercado en particular. Ello en atención a que los "competidores" siempre serán de un mercado en especial, así como la "competencia" se refiere a un ámbito específico.

De allí la importancia de determinar la dimensión del mercado en cuestión para concluir si estamos en presencia de una conducta anticompetitiva o no. Esto es, la definición del mercado relevante hace y completa el tipo legal.

En esa línea, los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas (7) en su capítulo II.1 brinda las herramientas para determinar el mercado relevante. Es así que esos Lineamientos sostienen: "A los efectos de establecer si una concentración limita o no la competencia, resulta muchas veces necesario delimitar el mercado que se verá afectado por la operación. Este mercado, que se denomina mercado relevante, comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico".

En esa misma línea, el Proyecto de Lineamientos sobre Abuso de Posición Dominante (8), que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha sometido recientemente para la crítica y comentario de expertos así como de la comunidad en general, también refiere la necesidad de definir los mercados relevantes (9).

Es que, dependiendo de la definición de mercado relevante, podremos determinar si estamos frente a un "monopolio" o empresa con "posición dominante" o no.

Por ejemplo, trascendió que cuando se llevó a cabo la fusión de "Quilmes - Brahma" en el año 2003 quienes defendieron el caso desde el punto de vista técnico sostuvieron, con apoyo en su departamento de marketing, que el mercado es el "estómago del consumidor". Por lo cual, la cerveza compite con cualquier otra cosa que el consumidor ingiera. Si pensamos por un momento en bebidas (y no en todo lo que un consumidor ingiere), la cerveza de las empresas fusionadas compite ciertamente con otras cervezas, pero, siguiendo el lineamiento de quienes presentaron el caso, también compite con el vino, con el agua, con las gaseosas, con la leche, entre tantas otras bebidas.

Claramente, dependiendo de la cantidad de productos que la autoridad de aplicación finalmente admitiría como competidores de las empresas fusionantes, distinta era su participación de mercado. En efecto, si se consideraba solo cervezas, las fusionantes concentraban el 80%

(6) El destacado es propio.

(7) Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

(8) *https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-comision-nacional-de-defensa-de-la-competencia-somete-consulta-un-proyecto-de*.

(9) Ese proyecto de Lineamientos dispone sobre el particular: "Tal como se ha mencionado, la posición dominante se define siempre en relación a un determinado mercado. Para ello resulta necesario definir el mercado en cuestión, tanto en su dimensión de producto como en su dimensión geográfica. Dicha definición será llevada a cabo por la Autoridad de Aplicación, utilizando los criterios generales establecidos en los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas que se encuentran vigentes. No obstante, en algunos casos particulares el análisis de ciertas conductas podrá requerir de algunos criterios específicos. La existencia de una posición dominante puede ser evaluada de manera aproximada utilizando criterios cuantitativos basados en las participaciones de mercado de las empresas. Dichos criterios sirven, por ejemplo, para descartar la existencia de una posición dominante en situaciones en las cuales la empresa denunciada tiene una cuota de mercado inferior a la de otros competidores que operan en el mismo mercado. En cualquier caso, la posición de una empresa se evaluará primeramente por su participación de mercado".

del mercado, pero si se consideraba al vino, el agua, las gaseosas, la leche, etc., su participación terminaba siendo insignificante.

Este ejemplo, un poco exagerado pero traído de la realidad, demuestra la importancia técnica de la definición de mercado.

Desde el punto de vista técnico, los lineamientos en esta materia suelen apoyarse en el *test* del monopolista hipotético para definir los mercados relevantes. Es así que los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas (10) disponen: "Mediante el relevamiento de la información precitada (11), el mercado relevante del producto se definirá como el menor grupo de productos respecto del cual, a un hipotético monopolista de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio".

Luego, los citados lineamientos en su nota al pie 6 indican: "Si bien el concepto exacto de un aumento de precios 'pequeño, aunque significativo y no transitorio' podrá variar según lo indiquen las particularidades del mercado analizado, puede interpretarse que, en general, el mismo representa un aumento de precios en un rango del 5% al 10% en términos reales, que se mantenga durante un período no inferior al año". Este último aspecto del *test* del monopolista hipotético es comúnmente conocido como SSNIP por sus siglas en inglés (12).

Si bien esta es una herramienta comúnmente enunciada por los Lineamientos antitrust en el mundo, cabe hacer un paréntesis para indicar dos aspectos relevantes.

El primero es que en un país como la Argentina, que este año espera tener una inflación de más del 40%, resulta sumamente difícil realizar en la práctica este *test*. Esto es, no parece inicialmente sencillo hacer un ejercicio teórico que involucre un aumento "de precios en un rango del 5% al 10% en términos reales, que se mantenga durante un período no inferior al año" para determinar el comportamiento de la demanda, cuando ese ejercicio es llevado en mercados donde existe una enorme volatilidad de precios y aumentos que superan el 40% en ese mismo período tomado como base.

El segundo punto es que pocas veces realmente se observa que este *test* se lleve a la práctica en la Argentina y en el mundo. En efecto, si bien se aprecia que el *test* del monopolista hipotético y la aplicación del SSNIP están en muchos lineamientos emitidos por distintas autoridades, incluso la de la Argentina, lo cierto que a la hora de su utilización para determinar las dimensiones de los mercados relevantes no es utilizado en la gran mayoría de los casos. En algunos precedentes solo se realiza una referencia a su existencia y exigibilidad, ponderándose sus virtudes, pero luego no es calculado o, al menos, no se explica ni se infiere su utilización efectiva.

No obstante, la autoridad debería estar atada a utilizarlo en todos los casos en que pretende definir un mercado relevante.

(10) Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

(11) La información a la que allí se hace referencia es la siguiente: "Se puede afirmar que el mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes y/o servicios que son considerados sustitutos por quienes demandan dichos bienes o servicios, dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo. Si el bien producido por las empresas que se concentran es sustituible por otros bienes, entonces el poder de mercado de las mismas se verá limitado por la conducta de los consumidores. En efecto, dichas empresas no podrán aumentar unilateralmente el precio de su producto sin notar un traspaso significativo de sus consumidores hacia otros bienes alternativos. En definitiva, los bienes que son sustitutos entre sí compiten por captar la demanda del consumidor, con lo cual lo correcto es incluirlos dentro de un mismo mercado. A los efectos de considerar la posible respuesta de los consumidores ante un aumento en el precio relativo del bien o servicio, se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: a) indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otros bienes como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes (por ejemplo, calidad), b) indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre el supuesto de que existe sustitución en las demandas de distintos productos ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes; c) el tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otros bienes; d) las características de los consumidores de estos bienes, su posible división en segmentos o 'nichos', y la existencia de discriminación de precios entre dichos segmentos".

(12) SSNIP: *Small but Significant Non-transitory Increase in Price.*

Dicho esto, paso a analizar algunos inconvenientes que presentan las nuevas tecnologías a la hora de definir los mercados relevantes (13).

III. Mercados tremendamente innovadores, cambiantes y con muchas particularidades

Si hablamos de definiciones de mercado relacionadas con gigantes tecnológicos o las nuevas tecnologías, normalmente estamos inmersos en un sector dinámico y cambiante.

Por lo tanto, estamos tratando de centrarnos en la forma en que se debe determinar una definición de mercado en los sectores donde nada es estable.

Estamos hablando de mercados donde nadie puede asegurar si las condiciones actuales se mantendrán por mucho tiempo.

Se busca sacar una "foto" cuando la realidad es un "video de alta velocidad de un paisaje en constante cambio".

De hecho, hay evidencia que muestra que las condiciones actuales han cambiado recientemente y esperamos que esas condiciones también cambien drásticamente en el futuro cercano.

Es que inmediatamente pensamos en sectores altamente innovadores, relacionados con las nuevas tecnologías, pero también en los mercados donde la innovación ha sido el *driven* durante muchos años.

Es más, las nuevas tecnologías y particularmente las empresas que rápidamente se transforman en "temidos" gigantes tecnológicos, generalmente basan su sistema de comercialización en formas novedosas que revolucionan al mercado.

Muchas veces se advierte que cambian el foco en el cual se pone el acento en el negocio. Por ejemplo, son empresas que brindan servicios de forma gratuita o incluso bienes o *software*, que sus competidores hasta ese momento solo vendían.

Esa revolución descoloca a los competidores que rápidamente se ven desplazados y tecnológicamente superados.

También es común en las nuevas tecnologías los mercados de dos lados (14). De tal modo que suele ser gratuita o prácticamente gratuita la comercialización de uno de los mercados porque genera sinergias o efectos de red en otro mercado, que es donde se tiene el foco comercial.

Si bien este tipo de forma de encarar la comercialización de bienes y servicios no es nueva, sí lo es la forma en que se encaran y que desplazan a otras empresas, incluso otros gigantes tecnológicos en muy corto tiempo.

(13) En los últimos años, y como parte de una tendencia global hacia un enfoque más basado en los efectos de las investigaciones sobre políticas de competencia, la definición del mercado y un análisis estructural de las cuotas de mercado respaldado por la definición del mercado relevante ha puesto en crisis el concepto de participación de mercado. Como consecuencia de la reducción del papel de las cuotas de mercado, la definición del mercado también ha sido testigo de una rápida caída en varias jurisdicciones. En agosto de 2010, el Departamento de Justicia de los EE.UU. (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (FTC) publicaron sus Lineamientos de fusión horizontales revisadas, que introdujeron herramientas y enfoques adicionales, como la presión de precios al alza (UPP), cuyo objetivo era reemplazar directamente las cuotas de mercado como filtro inicial de las fusiones problemáticas. Al hacerlo, los Lineamientos también disminuyeron la importancia de la definición de mercado, al afirmar que: "El análisis de las Agencias no tiene que comenzar con la definición de mercado. Algunas de las herramientas analíticas utilizadas por las Agencias para evaluar los efectos competitivos no se basan en la definición del mercado, aunque la evaluación de las alternativas competitivas disponibles para los clientes siempre es necesaria en algún punto del análisis". Las agencias del Reino Unido, la Office of Fair Trading (OFT) y EC también adoptaron un enfoque similar cuando, en septiembre de 2010, publicaron conjuntamente sus nuevos lineamientos de evaluación de fusiones. Estos también introdujeron enfoques como UPP, mientras que minimizan sutilmente el papel de la definición de mercado "Market definition is a useful tool, but not an end in itself" y participaciones de mercado "to the extent that they use them, the Authorities will not normally have regard to market share and concentration thresholds calculated on anything other than the narrowest market that satisfies the hypothetical monopolist test". En 2013, la Irish Competition Authority se unió a esta tendencia y en sus lineamientos revisados para fusiones deja en claro que la definición de mercado no siempre es necesaria para llegar a una conclusión.

(14) *https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf.*

Pensemos en los gigantes tecnológicos actuales y pasados que, de repente, desaparecen como consecuencia de un pequeño innovador que se convierte en una súper estrella innovadora en un increíblemente corto período de tiempo.

Son grandes, incluso más grandes de lo que cualquiera pueda haber imaginado. De hecho, algunos autores refieren que estos gigantes lograron conquistar lo que ni César, ni Napoleón, ni Gengis Kan alguna vez lograron (15).

Sin embargo, las últimas décadas ofrecen ejemplos de muchos gigantes tecnológicos que, de repente, desaparecieron o se convirtieron en "pequeños gigantes".

Creo que la corta vida e intempestiva desaparición de estos gigantes tecnológicos rememora los colosos con pie de barro. En efecto, el coloso con pie de barro, según el pasaje de la Biblia del libro de Daniel (16), fue construido de oro y plata, pero con pies de barro cocido. Esto es, una obra magnífica, llena de esplendor y causa de admiración y quizás de temor, pero sostenida endeblemente, tal como los gigantes tecnológicos. Allí se relata que cuando una pequeña piedra afilada cayó de la montaña y golpeó los pies del coloso, este se vino abajo.

Esta imagen es elocuente para este sector de la economía. Muchos gigantes tecnológicos de repente casi desaparecieron como consecuencia de una pequeña piedra o golpe de innovación que destruyó su endeble sostén de barro cocido.

Pensemos en Kodak, Nokia, Sega y Panam. Pero también pensemos en IBM, Yahoo, Terra, Bing (¿o Facebook?).

Esta no es una nueva guerra. La innovación sucedió a lo largo de la historia de la humanidad.

Quizás lo nuevo es la velocidad de la innovación. Esa velocidad tal vez también provoca que la mayoría de nuestras ideas previas tengan también pies de barro cocido.

Otra particularidad de las nuevas tecnologías y particularmente de los gigantes tecnológicos es que muchas veces terminan siendo los únicos elegidos por los consumidores para la prestación de un determinado servicio.

Esto crea confusión. Esa característica, que nace de la elección del consumidor, es identificada como un monopolio y algo peligroso. Muchas veces esa característica no es más que una ilusión de monopolio.

Es que, como hemos visto en los numerosos casos existentes de grandes colosos que caen rápida y estrepitosamente, no se trataba de monopolios, de otro modo un pequeño entrante no hubiera podido desplazarlos tan rápidamente.

Son grandes e innovadores hasta que aparece otro nuevo jugador, muy pequeño, que capta la atención de los consumidores, brinda un mejor servicio o lo presta de un modo novedoso y distinto, terminando por desplazar al supuesto monopolio.

Esto lleva incluso a sostener que el "monopolio es la condición de cualquier negocio exitoso... Todas las compañías que fallan son iguales: fallaron en escapar a la competencia" (17). Creo que, en rigor, ese escapar a la competencia y el concepto de monopolio tienen que identificarse con la innovación, creatividad y la posibilidad de ser el único que brinda la solución creativa que es elegida por los consumidores.

En efecto, vemos que las compañías tecnológicas que persisten no lo hacen sobre la base de abusos de posición dominante o restricciones a la competencia, sino basados en estar constantemente invirtiendo en innovación.

Una nota final de estos mercados merece la determinación de si efectivamente se puede verificar la existencia de un daño. En nuestro medio, el abuso de una posición dominante debe afectar el interés económico general. En efecto, afectar al menos con carácter de "peligro" constituye un requisito del tipo (18). Pero, si estamos

(15) *https://www.nytimes.com/2018/02/20/magazine/the-case-against-google.html.*

(16) Daniel 2:26-45.

(17) Thiel, Peter - Masters, Blake, *Zero to One*, Crown Business, p. 34.

(18) El Proyecto de lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sobre este punto se remite al análisis económico ya realizado previamente por esa Comisión, en el cual el interés

ante sectores cambiantes y dinámicos, ¿estamos en condiciones de determinar la existencia de un daño real a la competencia?

IV. ¿Cómo se define el mercado en esta clase de mercados?

Siguiendo estas ideas básicas, ahora me concentraré en la definición de los mercados donde operan las nuevas tecnologías.

Anticipo mis conclusiones indicando que las herramientas habituales para definir un mercado están en crisis.

En efecto, las herramientas contempladas en la mayoría de los lineamientos de defensa de la competencia tal vez no son capaces de definir mercados, si el precio no es claro o no es fácil de determinar.

Es así que vemos a Benjamin Edelman tratando de definir los mercados donde no hay precios y extendiéndose en la problemática con resultados que no son aún visibles y, quizás, exagerando peligros que generan pánico (19).

Una característica saliente de estos mercados es que el paradigma para hacer negocios es distinto. En muchos casos el servicio que se presta y que se presume monopólico es gratis (20).

Ahora bien, si nos atenemos a los Lineamientos, deberíamos utilizar el *test* del monopolista hipotético que describí arriba, pero en muchos casos aparece como una herramienta vetusta.

Es que no se puede usar este *test* si no hay precio, esto es, no se puede realizar el cálculo SSNIP.

Esto fue objeto de análisis en el panel sobre *Market definition in dynamic/changing sectors* de la International Bar Association que se llevó a cabo en Buenos Aires en mayo de este año, al punto que luego de la disertación se suscitó una interesante discusión entre Logan Breed y Jorge Padilla sobre si era posible utilizar el *test* del monopolista hipotético en mercados donde no hay precios. La discusión se centró en que, si no hay precio, no se puede aplicar el aumento hipotético *de precios en un rango del 5% al 10% en términos reales, que se mantenga durante un período no inferior al año* como exige este *test*. Esto es, SSNIP no aplica.

Es que un aumento del 5% o 10% respecto de cero es siempre cero, como Logan Breed sostuvo.

Por su parte, Filistruchi (21) refiere usar un indicador distinto al SSNIP cuando la calidad es lo que cuenta. En estos casos, sugiere usar el *test* SSNIQ (22), cambiando el concepto de "precio" por el de "calidad". Jugando con la calidad se evalúan las modificaciones que se verifican en la demanda. Se sostiene que el *test* de SSNIP no es solo un *test* de precio, sino de valor ofrecido (23).

Sinceramente, no queda claro cómo ese *test* funcionaría y cómo se evaluaría y determinaría ese 5% o 10% de diferencia en calidad.

económico general se identifica con el excedente total de los agentes económicos. En particular, con el excedente del consumidor. Esto es, el interés económico general protege que el consumidor obtenga el mayor margen de beneficio posible, beneficio que se refleja en calidad, innovación, variedad, precio, etc. Sobre este punto cabe recordar que, en materia penal, quien comete una conducta tiene que poder representarse que la está cometiendo. Entonces no es posible identificar el interés económico general con el excedente del consumidor y también con el excedente total de los agentes económicos. En efecto, ¿es posible determinar tan fácilmente el excedente del consumidor y el excedente total de los agentes económicos? ¿Es posible determinarlo siempre? ¿Se puede determinar de antemano? Finalmente, ¿es lo mismo excedente del consumidor y excedente de todos los agentes económicos? Creo que esta forma de intentar definir el interés económico general no es precisa y posible en todos los casos, y menos de antemano.

(19) *https://www.competitionpolicyinternational.com/an-introduction-to-the-competition-law-and-economics-of-free-audio/?utm_source=CPI+Subscribers&utm_campaign=e524adb311-EMAIL_CAMPAIGN_2018_09_27_03_55&utm_medium=email&utm_term=0_0ea61134a5-e524adb311-236911325.*

(20) Wikipedia, Google, Dropbox, Facebook, LinkedIn, etcétera.

(21) *https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)27/FINAL/en/pdf.*

(22) SSNIQ: *Small but Significant Non-transitory Increase in Quality.*

(23) *https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf.*

Al menos vemos que también hay creatividad para tratar de destrabar los desafíos que presenta la definición de mercados relevantes.

Pero esa innovación también la vemos desde el lado de las autoridades de defensa de la competencia.

Es así que la Comisión Europea refiere que sí hay precio en estos casos y el precio son los datos que el usuario brinda al usar estas herramientas tecnológicas. Esto es, sostiene que el servicio que se brinda aparentemente de forma gratuita, en realidad lo pagamos con los datos que brindamos y se exigen para su utilización. En otras palabras, nuestros datos son el precio.

Frente a ello cabe preguntarse: ¿se aplica el *test* SSNIP cuando los datos son el "precio"?

Evidentemente no. Es que ¿cómo se cuantifican esos datos para poder aplicar SSNIP?

En cualquier caso, si se pretendiera una cuantificación, esta sería arbitraria y no tendría la capacidad de reflejar la información que arrojan los precios.

Más allá de lo "creativo", cuestionable o aceptable de la visión de la Comisión Europea (24), me pregunto si las herramientas usuales contempladas en los Lineamientos aún están actualizadas.

Si pagamos con datos para obtener algo que podemos obtener con diferentes soluciones tecnológicas que también están ansiosas por obtener datos, ¿continuaremos teniendo una definición marcada, estricta y limitada?

¿Deberíamos contemplar otros prestadores que requieren datos para proporcionar servicios o deberíamos seguir considerando la definición de mercado estrecha?

Es más, si aceptamos que nos enfrentamos a que nuestras concepciones tradicionales tienen pies de barro cocido, ¿no deberíamos cambiar el enfoque y centrarnos mucho más en la sustitución del lado de la oferta que en el de la demanda?

Por ejemplo, si pagamos el servicio con datos, ¿no deberíamos centrarnos mucho más en otros proveedores de servicios y demandantes de datos?

V. Si no hay definición de mercado, no se puede castigar al supuesto infractor

Mi reflexión final es: ¿podemos castigar a una empresa, si no podemos definir con certeza el mercado en el que participa?

Al menos puedo proporcionar esta respuesta.

Existen muchos precedentes en la Argentina que establecen que los principios y garantías generales del derecho penal se aplican a la defensa de la competencia (25).

Particularmente, el principio de legalidad que se relaciona con el daño real que debe causar la conducta anticompetitiva.

Si no estamos en condiciones de definir el mercado, tampoco estamos en la posición de determinar si la conducta es ilegal o no.

Ya vimos que la primera etapa de cualquier análisis dado es definir el mercado relevante. Es un requisito presente en la norma local, así como en muchos lineamientos y particularmente en los de la Argentina.

Eventualmente, este requisito puede dejarse a un lado cuando, independientemente de la definición del mercado, está claro que no parece haber daño a la competencia. Pero claramente ello no es posible en el caso inverso.

(24) Creo que está claro que no comparto el criterio de la Comisión Europea.

(25) En este sentido, "El Capítulo VII de la LDC trata de las sanciones por violación a las disposiciones de la LDC. Se trata de sanciones propias del derecho penal administrativo, debiéndose entender que rigen para las mismas todas las garantías propias del derecho penal" (Cervio, Guillermo J. - Ropolo, Esteban P., *Ley 25.156, Defensa de la Competencia, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 525). En el mismo orden de ideas, "De modo tal que si las importantes sanciones que prevé la ley intentan 'impedir' la comisión de determinadas conductas, debe estimarse que se trata de sanciones propias del derecho administrativo penal" (Pirolo, Federico G., "La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia. Competencia material en grado de apelación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. ¿Se habrá dicho la última palabra?", publicado en *elDial.com* - DC8F7. CSJN: Fallos 325:1702 y concordantes).

En efecto, si asumimos que hay daño a la competencia, tenemos que probarlo definitivamente definiendo el mercado. De lo contrario, no se completan las exigencias del tipo penal bajo análisis.

Pero, como vimos, no solo los Lineamientos obligan a definir un mercado. La Ley de Defensa de la Competencia 27.442 prohíbe ciertas conductas que tienen lugar en el mercado, como el abuso de posición dominante en el mercado, o la restricción o limitación del acceso al mercado.

Es que ninguna violación en materia de defensa de la competencia podría verificarse, si no existe una definición de mercado.

En consecuencia, si no somos capaces de definir mercados o si tenemos dudas relevantes sobre su definición, no podemos sancionar ninguna conducta dada.

El principio de legalidad nos obliga a que la conducta a reprimir tiene que estar contemplada por el tipo penal en cuestión. De otro modo, no existe conducta a reprimir, no se verifica el requisito de subsunción. Recordemos que "La relación entre un hecho y un tipo penal que permite afirmar la tipicidad del primero se denomina subsunción. Un hecho se subsume bajo un tipo penal cuando reúne todos los elementos que este contiene. En la práctica, la subsunción se verifica comprobando si cada uno de los elementos del tipo penal de la descripción del supuesto de hecho se da en el hecho que se juzga" (26).

En consecuencia, si tenemos dudas, si no se verifican con certeza los requisitos del tipo bajo análisis, aplicaremos la garantía *in dubio pro reo.*

Es particularmente llamativa la actitud que tomó la Comisión Europea ante los casos donde resulta difícil definir los mercados relevantes. Directamente dispuso que no es necesario definirlos (27).

Claramente, ello no es posible en nuestro medio. La definición de mercado es un requisito del tipo legal. Sin definición de mercado relevante no hay conducta a reprimir.

Finalmente, si tenemos que considerar teorías discutibles, nuevas y atractivas para llegar a una conclusión, pero que no están contempladas en el ordenamiento legal y Lineamientos, como pagar servicios con datos, está claro que no podemos sancionar al supuesto monopolista.

---

(26) *http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/subsuncion/.*

(27) Podemos encontrar un antecedente en el caso "Danone", EU:T:2005:367, donde se sostuvo: "La demandante alega que la Decisión impugnada adolece de una insuficiencia de motivación en la medida en que, por un lado, no contiene ninguna definición de los mercados pertinentes, pese a que se trata de un requisito necesario y previo para cualquier apreciación de un comportamiento contrario a la competencia y, por otro, se limita a una simple referencia, para el cálculo del importe de la multa, a las Directrices, sin indicar el alcance exacto de los criterios utilizados para la determinación del importe de la multa que se le impone", y se amplió: "Por lo que se refiere, en primer lugar, al motivo basado en una falta de definición previa del mercado pertinente por la Comisión, procede señalar que la Comisión no estaba obligada, en el presente asunto, a delimitar el mercado de referencia. En efecto, de la jurisprudencia se desprende que, en cuanto a la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, es preciso definir el mercado de referencia para determinar si el acuerdo puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92, Rec. p. II-289, apartado 74; Cemento, citada en el apartado 31 *supra*, apartado 1093, y de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T-62/98, Rec. p. II-2707, apartado 230). En consecuencia, la obligación de delimitar el mercado en una Decisión adoptada con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, se impone a la Comisión únicamente cuando, sin dicha delimitación, no es posible determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trata pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartados 93 a 95 y 105, y Volkswagen/Comisión, antes citada, apartado 230). Pues bien, la demandante no cuestiona que los acuerdos o las prácticas concertadas controvertidos podían afectar al comercio entre los Estados miembros y tenían por objeto restringir y falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. En consecuencia, dado que la aplicación que la Comisión ha hecho del artículo 81 CE en el presente asunto no exige una definición previa del mercado pertinente, no cabe apreciar ninguna vulneración de la obligación de motivación a este respecto".

Además, si la amenaza real para los gigantes tecnológicos es la de otros competidores inexistentes, ¿podemos alcanzar alguna conclusión en materia de defensa de la competencia relevante y sincera? ¿Estamos, y particularmente las agencias antimonopolio, en una posición de anticipar cuáles serán las reacciones del mercado en el futuro cercano? Si los gigantes tecnológicos y los competidores no son capaces de determinarlo, ¿por qué sí podría una agencia antimonopolio?

Pautas generales para la implementación del expediente judicial electrónico en aquellas jurisdicciones que aún no lo han consagrado

POR **GASTÓN E. BIELLI** (*) Y **ANDRÉS L. NIZZO** (**)

I. Introito

En la actualidad, no son pocas las jurisdicciones del país que han implementado —en mayor o menor medida— su propia concepción de expediente judicial electrónico.

En efecto, a lo largo del territorio nacional pueden encontrarse los más diversos matices en lo que respecta a la implementación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's) a los procesos judiciales. Y si bien existen muchos puntos de encuentro, existen a la par múltiples criterios adoptados con particulares características, que son necesarios poner de manifiesto.

Pues bien, en el presente trabajo intentaremos instituir y allanar el camino hacia aquel ideal, para aquellas jurisdicciones del país que aún no lo hayan implementado, estableciendo pautas certeras, eficaces y precisas con el objetivo de procurar la necesaria transformación digital a través de la conquista de este nuevo paradigma.

II. El expediente judicial electrónico. Breves nociones

Molina Quiroga ha definido con agudeza al expediente electrónico como *"…un conjunto sistematizado de actuaciones, peticiones y resoluciones, referidas a una pretensión efectuada ante un organismo administrativo o judicial, en el que la información se registra en soportes electrónicos, ópticos o equivalentes, y es recuperable mediante los programas y el equipamiento adecuados, para poder ser comprendido por los agentes del sistema (magistrados, funcionarios, agentes, letrados, peritos, litigantes en general)"* (1).

En lo que respecta al campo eminentemente técnico, hemos puntualizado que el expediente electrónico se manifiesta a través de la utilización de sistemas informáticos donde se aloja, analiza, resguarda, comunica y procesa toda aquella información ingresada por los operado-

(*) Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático. Secretario de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (ColProBA). Presidente de la Comisión de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora. Miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico. Coautor del libro *Derecho procesal informático*, Editorial La Ley, 2017.

(**) Auxiliar Letrado del Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 3 de Mar del Plata. Miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico. Docente de la cátedra Derecho Comercial en las Facultades de Ciencias Jurídicas y de Ciencias Económicas de la Universidad FASTA (Mar del Plata). Coautor del libro *Derecho procesal informático*, Editorial La Ley, 2017.

(1) Molina Quiroga, E., "Ley de expedientes digitales y notificaciones electrónicas", LL del 22/6/2011, p. 1, LL 2011-C-1224, *Enfoques* 2012 (enero), p. 70, cita online: AR/DOC/1996/2011.

res jurídicos, siendo así el espacio virtual donde confluye toda aquella serie de actos procesales que son requeridos para la válida tramitación de un proceso judicial (2).

Esta implementación trae consigo diversos beneficios. Como fácil es advertir, se procura una mayor celeridad en los plazos procesales, seguridad, transparencia, protección de la información y el cuidado del medio ambiente, mediante la necesaria "despapelización" de los trámites burocráticos (3).

III. El primer paso: elaboración de una normativa marco de adhesión a la ley 25.506

En primer lugar, cabe señalar que resulta necesario, en cada jurisdicción, el dictado de una ley marco para la adhesión a la normativa nacional vigente y relativa a la materia: nos referimos a la Ley de Firma Digital 25.506 (4).

La citada legislación impone al Estado nacional la utilización de las tecnologías contempladas en la ley en su ámbito interno y en relación con los administrados, de acuerdo con las condiciones que cada uno de los poderes fije vía reglamentaria, así como la promoción del uso masivo de la firma digital de modo tal que se posibilite el trámite de los expedientes por vías simultáneas, búsquedas automáticas de la información y seguimiento y control por parte de los interesados, propendiendo a la progresiva despapelización (5). Y, mediante su art. 50, se invita a todas las provincias de la Argentina a prestar adhesión a la misma.

Conforme esta convocatoria, se han producido sendas afiliaciones en las más diversas jurisdicciones del país.

En el ámbito nacional, y con fecha 1 de junio del año 2011, fue sancionada la ley 26.685, siendo esta el punto de partida para la adopción del expediente digital en la esfera del Poder Judicial de la Nación. A través de esta normativa, se faculta la aplicación de elementos especializados que emanan de la Ley de Firma Digital, en todos los procesos judiciales y administrativos que tramitan ante el Poder Judicial de la Nación.

Se produce así la instauración a nivel nacional del concepto de equivalencia funcional para los expedientes, firmas, comunicaciones y domicilios, dándole la misma eficacia jurídica y valor probatorio cuando los mismos se encuentran en modo electrónico. Se parte así de los conceptos de estructura y función, y se considera que cuando diferentes estructuras pueden desempeñar la misma función —y, por lo tanto, pueden sustituirse entre sí— son funcionalmente equivalentes (6).

En ese andarivel, la provincia de Buenos Aires se incorpora a la legislación nacional de firma electrónica mediante la ley 13.666 y su pertinente decreto reglamentario. En primer lugar, se dictó el decreto 1388/2008, siendo que, en el año 2012, se sancionó el decreto 305/2012 derogatorio del anterior, con el objeto de apresurar las gestiones vinculadas a las prestaciones que el Estado brinda y los procesos que se producen dentro de la función interna de la Administración Pública provincial relacionado con la temática. La citada disposición establece la aplicación del régimen de firma digital para todos los órganos gubernamentales, legislativos y judiciales unificando criterios con el marco nacional, debiéndose aplicar en forma paulatina.

En similar sintonía a la normativa vigente para el Poder Judicial de la Nación, la provincia de Entre Ríos se incorpora al entramado de la ley 25.506 por medio de la ley provincial 10.500. A través de la misma, se instituye que la utilización de expedientes electrónicos, documentos

(2) Bielli, G. - Nizzo, A., "El contralor efectivo del Sistema de Gestión Judicial. Su impacto procesal en el expediente judicial electrónico", LL del 11/9/2018, cita online: AR/DOC/1809/2018.

(3) Conforme lo establecido por el art. 48 de la ley 25.506, que dispone: "Implementación. El Estado nacional, dentro de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8º de la Ley 24.156, promoverá el uso masivo de la firma digital de tal forma que posibilite el trámite de los expedientes por vías simultáneas, búsquedas automáticas de la información y seguimiento y control por parte del interesado, propendiendo a la progresiva despapelización".

(4) Sancionada el 14 de noviembre de 2001 y promulgada de hecho el 11 de diciembre de 2001.

(5) Conf. arts. 47 y 48 de la ley 25.506.

(6) Granero, H. R., "La sanción de la Ley 26.685 de Expedientes Digitales, el principio de la equivalencia funcional y la firma digital", *elDial.com*, cita: CC2736.

electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, notificaciones, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, tendrá idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramiten ante el Poder Judicial de Entre Ríos (7).

Conforme lo esbozado, vemos necesario que se promulgue una adhesión normativa a la Ley nacional de Firma Digital, con el objeto de poder canalizar localmente todos los elementos, facultades y preceptos que son consagrados efectivamente bajo su amparo, a fin de ser replicados dentro del Poder Judicial de cada jurisdicción provincial adherente.

IV. Implementación de una infraestructura de firma digital

En nuestro país se define como PKI (*Public Key Infraestructure*) a la infraestructura de firma digital, a través de la cual deben necesariamente erguirse los sistemas informáticos judiciales de las distintas jurisdicciones que procuren implementar el expediente electrónico.

Resaltamos que dicho afianzamiento debe generarse mediante el destino de las partidas presupuestarias necesarias, a fin de establecer la realización de un sistema informático eficiente y revestido de todas las cualidades para su óptimo funcionamiento.

Pues bien, cuando nos referimos a la firma digital, estamos conceptualizando una metodología de suscripción de documentos electrónicos que permite garantizar su autoría, autenticidad e integridad, asegurando, a su vez, la identidad del firmante y permitiendo a terceras partes la posibilidad de corroborar que los contenidos transmitidos no han sido afectados.

Aclarado lo anterior, consideramos que la infraestructura deberá fundarse mediante la configuración de los siguientes puntos (8):

a) Una Autoridad Certificante (CA por sus siglas en inglés), también denominada "Entidad de Certificación o Certificador". La CA emite y garantiza la autenticidad de sus Certificados Digitales. Un Certificado Digital incluye la clave pública u otra información respecto de la clave pública;

b) Una Autoridad de Registro (RA por sus siglas en inglés), cuya función será validar los requerimientos de Certificados Digitales. La Autoridad de Registro autoriza la emisión de certificados de clave pública al solicitante por parte de la Autoridad Certificante;

c) Un sistema de administración de certificados;

d) Un directorio en el cual los certificados y sus claves públicas son almacenados;

e) El Certificado Digital incluirá el nombre de su titular y su clave pública, la firma digital de la Autoridad Certificante que emite el certificado, un número de serie y la fecha de expiración;

f) Suscriptores: son las personas o entidades nombrados o identificados en los certificados de clave pública, tenedores de las claves privadas correspondientes a las claves públicas de los certificados digitales;

g) Usuarios: son las personas que validan la integridad y autenticidad de un documento digital o mensaje de datos sobre la base del certificado digital del firmante.

Para promover este escenario, será necesaria la adquisición del *hardware* y *software* precisos para crear el ecosistema digital donde dicha plataforma judicial tendrá su basamento, en conjunto con la elaboración de sendas bases de datos donde se resguarden y conserven los documentos electrónicos que se generen dentro del proceso, el trazado de redes informáticas a fin de interconectar las diversas dependencias judiciales con los usuarios que indefectiblemente deberán intervenir en el trámite y, por último pero no menos importante, emplear a personal capacitado, no solo con conocimientos en el área de informática sino también con

(7) Warlet, A. R., "Hacia el expediente digital en el proceso civil entrerriano", *elDial.com*. del 9/8/2018, cita: DC25A1.

(8) Rivolta, M., tesis de maestría en Administración Pública: Infraestructura de Firma Digital Argentina: "Factores que explicarían su escasa masividad a 10 años de implementación en el Estado", Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 2011.

la debida comprensión sobre el campo del derecho procesal y la praxis profesional, a fin de profundizar las pericias que requiere esta implementación (9).

V. Delegación de facultades para reglamentar —limitadas— en los superiores tribunales provinciales

Vemos necesario que se establezca una delegación de atribuciones reglamentarias en los tribunales superiores de justicia, a fin de que se produzca una eficaz materialización del expediente electrónico conforme amerita el seguimiento de los avances tecnológicos en los tiempos que corren. Y debido a esta peculiaridad no vemos viable el hecho de pretender una reforma legislativa de los códigos procesales cada vez que sea necesario implementar una nueva característica al sistema informático judicial local.

En el análisis de casos concretos, encontramos que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires cuenta con amplias facultades de reglamentación conferidas por el ordenamiento procesal para regular la materia. Todo ello conforme con el art. 834 del Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As., según el cual queda facultada para dictar las medidas reglamentarias que aseguren el mejor cumplimiento de las normas de ese cuerpo legal, y asimismo por la Constitución Provincial, que en su art. 164 establece que "La Suprema Corte de Justicia hará su reglamento y podrá establecer las medidas disciplinarias que considere convenientes a la mejor administración de justicia".

A su vez, el art. 8º de la ley 14.142, que reformó el Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As., delegó en forma expresa la reglamentación al Alto Tribunal de la provincia en lo concerniente a la implementación específica del domicilio electrónico y las notificaciones electrónicas (10).

Pasando al ámbito nacional, dicha facultad se encuentra consagrada a través del art. 2º de la ley 26.685, donde establece expresamente, con relación a la implementación del expediente judicial electrónico, que "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación" (11).

A modo de conclusión sobre este acápite, es necesario dejar en claro que estas facultades reglamentarias deben ser limitadas al campo de la práctica forense y en consonancia con las mandas procesales establecidas en los códigos rituales. Una reglamentación emitida por acuerdo, acordada o resolución no puede, bajo ningún punto de vista, implicar una modificación sustancial a las formas procedimentales, en tanto tal facultad solo ha de quedar reservada exclusivamente al legislador.

VI. Elaboración de pautas de interpretación

Sostenemos que se debe buscar cardinalmente una unificación de criterios interpretativos sobre estas reglamentaciones emanadas por los superiores tribunales de justicia (a las cuales nos referimos en el acápite anterior) y que deben ser dirigidas hacia los organismos jurisdiccionales, letrados litigantes y otros auxiliares, con el objeto de brindar seguridad jurídica al sistema.

(9) En este marco, la Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina (IFDRA) ha adoptado los siguientes estándares tecnológicos: Formato de los certificados y de las listas de certificados revocados: ITU-T X509. Generación de las claves: RSA, DSA o ECDSA. Protección de las claves privadas de certificadores y suscriptores: FIPS 140. Políticas de certificación: RFC 5280 y 3739. Recuperado de: *https://www.argentina.gob.ar/firmadigital/estandares.*

(10) Ley 14.142, art. 8º: "La Suprema Corte de Justicia reglamentará el uso del correo Electrónico como medio de notificación y uso obligatorio para litigantes y auxiliares de la justicia".

(11) Esta norma tuvo recepción jurisprudencial en el fallo emanado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Recurso de hecho deducido por la Asociación Médica de Almirante Brown en la causa 'Erskis, Gerardo Alberto c. Clínica Estrada SA y otros s/daños y perjuicios resp. Prof. Médicos y Aux.'", de fecha 27 de diciembre de 2016, donde se estableció que "el Congreso de la Nación es la autoridad que —mediante la sanción de la ley 26.685— expresamente... puso en manos de este Tribunal —y del Consejo de la Magistratura— las facultades para reglamentar la utilización de las nuevas herramientas y disponer su gradual implementación, atribuciones que, precisamente, han sido puestas en ejercicio mediante las Acordadas...".

Todo a través de un criterio hermenéutico de interpretación.

En primer lugar, vale aclarar que las reglamentaciones pertinentes deben ser redactadas en forma precisa, clara, concreta y delimitada, no dando lugar a que se produzcan interpretaciones forzosas por parte de quienes, eventualmente, deberán hacerse eco de estas mandas en el marco de un proceso judicial.

En segundo lugar, y para complementar lo señalado en el párrafo anterior, vemos necesaria la generación de manuales con pautas de interpretación para la concreta aplicación de las nuevas herramientas tecnológicas al proceso, que vengan a integrar las reglamentaciones emanadas.

En ese andarivel, celebramos la metodología optada por la provincia de Entre Ríos, que para la implementación del Reglamento para la Notificación Electrónica en el Poder Judicial dictó en conjunto con la normativa principal un texto con los fundamentos del articulado mediante el cual se establece la correspondiente exégesis (12).

VII. Generación de un portal web de gestión judicial. Implementación de mecanismos sobre contralor y accesibilidad

Reviste capital importancia la necesidad de generar una plataforma digital que venga a materializar el expediente electrónico en el Poder Judicial, siendo que, por su intermedio, se producirá el intercambio de datos, documentos electrónicos, pases a diversas dependencias, presentaciones de escritos judiciales, remisión de notificaciones, dictado de resoluciones, ingreso electrónico de demandas e, incluso, la videograbación de audiencias, entre muchos otros actos procesales generados electrónicamente. Es decir, es el cuerpo digital donde se producirá la efectiva administración de justicia.

Sabido es que este sistema de gestión judicial deberá ser integral, parametrizable y esencialmente adaptable a las necesidades de cada fuero o tipo de proceso. Se tratará que todas las instancias o etapas del proceso tengan la misma concepción del sistema de gestión (13).

Con respecto al contralor del sistema, deberá designarse una dependencia u oficina de informática que tendrá a su cargo el trazado, organización, mantenimiento e implementación del sistema informático judicial que regirá en la correspondiente provincia. Siendo esta dependencia la responsable ante eventuales caídas o indisponibilidades que puedan verificarse, se deberán extremar los recaudos necesarios para que estas inclemencias no se sucedan, mediante un plan de contingencia.

Por lo dicho, vemos necesario que se establezca, normativamente y a través de mecanismos claros y detallados, una metodología eficiente de auditoría informática.

Hemos definido oportunamente esta concepción como aquel estudio pormenorizado que se ejecuta para corroborar la efectividad y el rendimiento informático de un sistema vinculado a la administración de justicia, así como a la utilización y uso material que se hace de aquel a través de los operadores jurídicos que se encuentran bajo su ámbito de aplicación (14).

Tampoco podemos dejar de lado la necesidad de establecer mecanismos técnicos de accesibilidad en la plataforma, esencialmente para aquellas personas que sufren discapacidades visuales y que requieran una adaptación especial para su uso y gestión. Proponemos que esta adaptación se genere de forma nativa a los portales web, sin la necesidad de utilizar programas externos que impliquen un desembolso extra de recursos para aquellos usuarios que lo requieran (15).

(12) Acuerdo general 15/18 del 29/5/2018. Fundamentos del anexo I del Reglamento para la notificación electrónica en el Poder Judicial de Entre Ríos. Recuperado de: *http://cotser.org.ar/wp-content/uploads/2018/09/NOTIFICACIONES-ELECTRONICAS.pdf.*

(13) Proyecto Informático en el marco del Plan de Fortalecimiento Institucional. Poder Judicial de la Nación Argentina. Comisión de Informática. Recuperado de: *https://www.csjn.gov.ar/files/tecnologia-innovacion/plan.pdf.*

(14) Bielli, G. - Nizzo, A., "El contralor efectivo...", cit.

(15) A modo de ejemplo de sitio web con interfaz de accesibilidad nativa: *https://www.calz.org.ar/.*

En resumidas cuentas, y como resalta la doctrina especializada, es necesario elaborar una plataforma informática única e integral, que permita homogeneizar la gestión administrativa de las causas, ello con miras a brindar un mejor y más eficiente servicio de justicia. Deberán estandarizarse los parámetros de carga del sistema, procurando la uniformidad de información, así como facilitar la confección de estadísticas, el control de gestión y la previsión de otras herramientas técnicas que coadyuven a un mejor funcionamiento (16).

VIII. Plan de contingencia

Se denomina plan de contingencia al conjunto de acciones a realizar, recursos a utilizar y personal a emplear en caso de producirse un acontecimiento intencionado o accidental que inutilice o degrade los recursos informáticos o de transmisión de datos de una organización (17).

Es así que se deben establecer, en forma anticipada, los riesgos a los que se deberán enfrentar los operadores de este sistema informático judicial, específicamente ante la ocurrencia de una falla o indisponibilidad del servicio y, consecuentemente, generar protocolos de actuación que determinen estándares de procedimiento a fin de resolver estas anomalías en forma rápida y segura.

A dichos fines, es imprescindible conocer las funciones críticas involucradas en la gestión del sistema, su incidencia interna y externa y haber medido las consecuencias que una falla puede producir. Si bien es imposible eliminar en su totalidad los riesgos posibles, es prioritario elaborar un conjunto de acciones que deberían llevarse a cabo en caso de emergencia (18).

En efecto, para el supuesto de suscitarse una contingencia, se deberán determinar una serie de planes escalonados y de ejecución secuencial, con el objeto de restaurar el pleno funcionamiento del sistema en el menor tiempo posible. Es decir que, ante la falla del plan primario, debe existir un plan secundario más abarcativo y meticuloso que el anterior, donde se establezcan procedimientos complementarios para resolver la problemática.

Asimismo, se debe informar a los usuarios, tanto internos como externos, acerca de todas las anomalías que se sucedan diariamente dentro del sistema y que sea plausibles de provocar una caída generalizada.

Con respecto a este punto, Bender ha sostenido la posibilidad de generar una sección complementaria del correspondiente portal web de gestión judicial, y de acceso público, que establezca un registro detallado y ordenado de toda la información relevante vinculada con el proceso de desarrollo, implementación y funcionamiento del sistema, donde también se constaten todos los reportes de incidentes producidos. Todo en pos de procurar el objetivo básico de transparencia en la función (19).

Finalmente, en el caso de originarse una incidencia que produzca una caída generalizada de la aplicación, se deberá contemplar la correspondiente suspensión de términos por el Alto Tribunal, en relación con el cómputo de los plazos procesales.

IX. Plan de asistencia y capacitación continua

Es necesaria la generación —en forma conjunta e interconectada a la interfaz principal de gestión— de un portal de asistencia web, donde todos aquellos operadores intervinientes como usuarios internos o externos puedan encontrar en forma remota y eficaz: instructivos, manuales, videotutoriales y otras herramientas de acceso rápido, ya sea con el objeto de tomar conocimiento sobre nuevas implementaciones y funcionalidades aplicadas, o para la resolución

(16) Ordoñez, C. J., "El sistema de gestión judicial bonaerense 'Augusta', su evolución e incidencia en la concepción clásica del expediente. Nuevos desafíos e interrogantes procesales", *elDial.com*. del 16/11/2017, cita: DC2448.

(17) Recuperado de: *https://www.ecured.cu/Plan_de_contingencia_en_seguridad_Inform%C3%A1tica*.

(18) Esperanza, S. L., "El derecho procesal electrónico en la Provincia de Corrientes", en Camps, C. E., *Tratado de Derecho Procesal Electrónico,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 523.

(19) BENDER, A., "El nuevo Código de Procedimiento Electrónico. Problemas de constitucionalidad, transparencia y dispersión normativa en la transición al expediente digital", *elDial*, del 19/2/2016, cita: DC208F.

de problemas u errores que se produzcan en el manejo diario de la herramienta (20).

En igual sentido, es preciso establecer un régimen de formación presencial uniforme y continuo, a través de la creación de una entidad capacitadora (en la cual se congreguen los Colegios de Abogados, Asociaciones de Magistrados, Ministerio Público, Área de Informática y otros organismos cuya participación sea necesaria) que aúne criterios y promulgue la enseñanza sobre esta nueva incumbencia, siendo que dichas capacitaciones serán dirigidas tanto a los funcionarios judiciales como a los letrados que ejercen en forma liberal la profesión y todo otro auxiliar de la justicia.

Decimos que esta capacitación deberá ser uniforme en sus contenidos, con el objeto de que no se establezcan criterios alejados o interpretaciones forzosas de las normativas y/o reglamentaciones emanadas, a fin de que la gestión e impulso de los trámites que se canalicen en el expediente electrónico sean lo más inequívocos posibles.

X. Domicilio electrónico y notificaciones electrónicas

Es necesario establecer un régimen obligatorio de domicilio electrónico y de notificaciones electrónicas, que se canalicen a través de sistemas de gestión informáticos, como primer paso en pos de procurar la integración completa del expediente judicial electrónico.

Reiteramos que este régimen deberá ser originariamente consagrado en los códigos de procedimientos en lo que concierne al cariz procesal, y en lo que hace a la faz práctica, debería ser —por delegación normativa— reglamentado por medio de resoluciones y/o acuerdos dictados por los Superiores Tribunales de Justicia. Todo a efectos de lograr introducir eficazmente los avances tecnológicos que puedan producirse a futuro, sin que esto implique la necesidad de una incesante modificación legislativa.

Hemos definido al domicilio electrónico como aquel lugar, espacio o casillero virtual que las personas involucradas en un proceso judicial —partes, letrados, auxiliares de justicia en general— constituyen a fin de recibir allí las notificaciones canalizadas por medios informáticos cursadas a lo largo de un pleito, con la característica particular y específica de que el mismo es intangible y no físico (21).

En este orden, también hemos definido a la notificación electrónica como un medio de notificación fehaciente que, a diferencia del soporte papel, se materializa en un formato electrónico - digital (22).

En lo que atañe a la faz técnica, estas notificaciones electrónicas remitidas al casillero virtual propio de los letrados y las partes que intervengan en el marco de un proceso judicial determinado serán, en su génesis, documentos electrónicos suscriptos mediante la tecnología de firma digital. Es decir que, como actos procesales, consolidarán con eficacia el anoticiamiento de resoluciones judiciales, produciendo plenos efectos.

A modo de ejemplo, la obligatoriedad de constitución de domicilio electrónico y la utilización de la notificación electrónica están consagradas en la normativa de rito de la provincia de Buenos Aires, a través de la reforma que se produjo en dicho cuerpo por la ley 14.142, conforme nos hemos referimos en los acápites anteriores. Asimismo, destacamos que el vigente "Reglamento para las notificaciones por medios electrónicos" fue aprobado mediante un acuerdo dictado por el Alto Tribunal de esa provincia (23).

XI. Presentaciones electrónicas

En igual sintonía a lo esbozado en el punto que antecede, es necesario producir una modificación legislativa a la normativa ritual que consagre, de manera expresa, la confec-

(20) A modo de mera mención, podemos invocar el Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático - IADPI: *www.iadpi.com.ar*.

(21) Bielli, G. E. - Nizzo, A. L., en *Derecho procesal informático*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 97.

(22) Ibídem, p. 188.

(23) Acuerdo SCBA 3845/17, del 22 de marzo de 2017 y que entró en vigencia, en forma obligatoria, a partir del 2 de mayo de 2017.

ción, rúbrica e ingreso de escritos judiciales a los procesos a través de medios electrónicos exclusivamente.

Una presentación electrónica puede ser definida como aquel documento escrito generado mediante un soporte electrónico, a través del cual se canalizan las peticiones de las partes dirigidas hacia el órgano jurisdiccional. Destacamos que dichas presentaciones, suscriptas con la tecnología de firma digital, deben ser consideradas autónomas, es decir, que correspondería prescindir completamente del soporte papel como medio para canalizar las peticiones de las partes.

Ahora bien, hemos considerado en diversas ocasiones que la gran mayoría de las normas contenidas en los códigos de procedimiento pueden considerarse "tecnológicamente neutras", en el sentido de que no exigen inexorablemente una reforma legal para reemplazar el soporte papel por el digital (24). Pero, sin perjuicio de sostener lo oportunamente señalado, consideramos de buen criterio legislativo la expresa introducción de los escritos electrónicos en el entramado normativo de forma, a fin de brindar sólidas bases legales para edificar el expediente judicial electrónico.

XII. Resoluciones judiciales electrónicas

El último bastión para arraigar el expediente judicial electrónico será la implementación de resoluciones, providencias y sentencias judiciales, generadas y suscriptas, íntegramente, a través del ecosistema digital instaurado.

Aquí también nos encontraremos con documentos electrónicos suscriptos mediante la tecnología de firma digital, siendo estos completamente independientes del soporte papel —conforme con el principio de equivalencia funcional (25)—, prescindiéndose de este último soporte.

Como nota relevante, destacamos que la provincia de San Luis ha avanzado sólidamente sobre este aspecto al establecer, en el art. 135 ter de su Cód. Procesal, que el expediente electrónico, documento electrónico, comunicaciones electrónicas, firma digital y domicilio electrónico constituido tienen idéntica validez jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Y en su art. 160 menciona, con respecto a la temática de marras, que en los expedientes digitales se considera cumplida la obligación de protocolizar copias fieles de las sentencias definitivas e interlocutorias, con la existencia de los documentos firmados digitalmente que las contienen y que obren en la base de datos del sistema informático (26).

Es así que, en esta provincia, no solo podemos hallar resoluciones judiciales firmadas digitalmente, sino también presentaciones y notificaciones electrónicas, digitalización de documentación en papel, consagración de la figura del letrado depositario, ingreso electrónico de causas, entre otros grandes avances, siendo hasta ahora la jurisdicción que más ha desarrollado el expediente judicial electrónico, a través de un excelente criterio de implementación.

XIII. Videograbación de audiencias

Una de las más destacadas tendencias actuales del proceso judicial es la adopción del principio de oralidad, lo que lleva a replantear

(24) Bielli, G. E. - Nizzo, A. L., en *Derecho procesal informático*, cit., p. 116.

(25) Es así que se parte del entendimiento de que el documento material tiene dos elementos principales: el soporte y el método de registro o conservación de la información. La doctrina especializada ha entendido que ambos tipos de documentos (papel y electrónico) tienen los mismos elementos, por lo que podían cumplir las mismas funciones, sin que obste a ello el que con los documentos digitales debamos recurrir a medios tecnológicos para traducir la información desde el lenguaje digital en que se registra en el soporte al lenguaje natural en el cual accedemos a ella. Mora, S. J., "Documento digital, firma electrónica y digital", LL del 31/12/2013, cita online: AR/DOC/3995/2013.

(26) Este artículo fue complementado por el acuerdo 61 del Superior Tribunal de Justicia de San Luis, que con fecha 24 de febrero de 2017 aprobó el Reglamento general de expediente electrónico siendo esta manda reproducida en el art. 7º. A su vez, el art. 49 establece que es obligación de los jueces y secretarios asegurar la publicación de los despachos diarios de expedientes hasta la hora siete con treinta minutos de cada día hábil de oficina. Para ello los decretos y demás actuaciones que deban publicarse deberán firmarse digitalmente en el sistema hasta la hora veintidós del día previo. Pasada esa hora, las actuaciones que se firmen no se publicarán en el despacho del día inmediato posterior sino al siguiente hábil.

necesariamente el modo en que se registra lo actuado en el marco de las audiencias que son fijadas durante el curso del procedimiento.

El principio de oralidad, que impone el reemplazo de los actos escritos, garantiza la expresión verbal de los participantes del proceso judicial. Y en ese marco es precisamente en donde la videograbación de las audiencias permite el óptimo y fiel registro de las peticiones de las partes y el accionar de jueces y funcionarios en tales ámbitos.

La videograbación de las audiencias permite prescindir del acta escrita y, además, es superadora de este tradicional medio de registración, en tanto brinda la posibilidad de documentar de manera completa y fidedigna todo lo acontecido en esos actos procesales.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia a través de la resolución 1904/12 puso en funcionamiento un sistema de videograbación de audiencias como prueba piloto. Posteriormente, el tribunal aprobó el desarrollo del proyecto de implementación de la oralidad en procesos de conocimiento destinado a los juzgados de primera instancia en lo Civil y Comercial, disponiendo la puesta en marcha del mismo en numerosos juzgados a lo largo y ancho de toda la provincia (27).

La experiencia implementada en la justicia bonaerense consiste en la videograbación de las audiencias de prueba, mediante la utilización del sistema llamado Cicero. A través de este último, se registra en soporte digital el desarrollo íntegro de la audiencia, y el archivo audiovisual resultante es firmado electrónica o digitalmente por el magistrado y por el funcionario intervinientes, asegurando así la inalterabilidad de su contenido.

Las ventajas del empleo de registros audiovisuales de las audiencias que se desarrollan en el proceso judicial son evidentes, en tanto permiten captar un exacto reflejo de lo actuado, registran una mayor cantidad de información sumamente relevante a los fines de resolver la causa y permiten un fluido y ágil desarrollo de la audiencia, con lo cual se concluye que debe contemplarse esta valiosa herramienta a la hora de implementar el expediente electrónico (28).

XIV. Reformas de códigos de procedimientos

De lo dicho hasta aquí, evidentemente, se colige que los múltiples inconvenientes que genera la implementación parcializada —y, muchas veces, de manera precaria— de diversos aspectos informáticos al expediente judicial, a través de acuerdos y resoluciones dictados por los superiores tribunales de cada jurisdicción, revela que inexorablemente es preciso de una reforma de carácter legal e integral, que contemple todos y cada uno de los aspectos que hacen al expediente electrónico.

Para ello es necesario entonces la reforma de los códigos de procedimientos, que contemple al expediente judicial como un agrupamiento de documentos exclusivamente digitales, donde el papel solo tenga lugar para instrumentar especialísimos actos o hechos.

Para ello no es solo imperiosa la reformulación de las formalidades del expediente (foliatura, compaginación de documentos, identificación, etc.), sino otros institutos tales como el "plazo de gracia" para la presentación de escritos judiciales con vencimiento, la ampliación de plazo para contestar demanda por razones de distancia, la formación de legajos de copias en procesos concursales, la instrumentación de legajos de apelación, la formación de incidentes de excusación o recusación, la exigencia de presentar copias para traslado, los sistemas de notificación, el préstamo de actuaciones, reglas sobre reconstrucción de expedientes, registración de sentencias y resoluciones, entre muchos otros aspectos.

(27) Resolución SCBA 2761/16, del 23/11/2016.

(28) Consultar el documento "Nueva gestión judicial. Oralidad en los procesos civiles", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, junio de 2016. Disponible para su descarga online en *http://www.saij.gob.ar/nueva-gestion-judicial-oralidad-procesos-civiles-coordinadores-hector-mario-chayer-juan-pablo-marcet-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-lb000200-2016-06/123456789-0abc-defg-g00-2000blsorbil*.

XV. La actuación de los organismos jurisdiccionales y los letrados frente al avenimiento del expediente electrónico

Para finalizar, resta ponderar que los nuevos paradigmas edificados en torno a la implementación de las herramientas tecnológicas al proceso en miras a la consecución del "expediente judicial electrónico", obliga a la totalidad de los sujetos involucrados en un proceso judicial a la necesidad de replantear la función que tradicionalmente han desempeñado en la gestión de aquel.

En efecto, la praxis tribunalicia es una de las actividades con mayor apego a las costumbres y prácticas clásicas, con una fuerte resistencia al cambio, por parte de todos los operadores intervinientes, dentro y fuera del Poder Judicial.

A su vez, es público el descrédito social que padece la Administración de Justicia, especialmente en lo que se refiere a la demora de los procesos judiciales y la calidad del servicio que prestan los órganos jurisdiccionales y, en este contexto, la incorporación de la tecnología a los procesos judiciales tiende sin duda a dotar de mayor agilidad y transparencia a la gestión judicial.

Podemos afirmar entonces que estamos frente a un camino imposible de desandar, en tanto las ventajas derivadas del empleo de las modernas herramientas en el expediente judicial son evidentes: agilidad, seguridad, celeridad, cuidado del medio ambiente, por citar solo algunas. Tal sendero, empero, no está exento de complejidades y desafíos, que requiere ir formulando los ajustes necesarios a fin de que el loable objetivo de la digitalización del proceso no se vea truncado.

En el entendimiento de que los operadores jurídicos involucrados en la gestión de un caso constituyen un engranaje central en la implementación del expediente electrónico, deviene imprescindible hacerse partícipes protagónicos de ese proceso. Y, en tal sentido, lo cierto es que por fuera de los evidentes beneficios que representa la adopción de las herramientas tecnológicas al proceso judicial, efectivamente se verifican ciertas situaciones que resultan —cuanto menos— problemáticas en su aplicación práctica.

Así, debe tenerse especialmente en cuenta que la implementación de los sistemas informáticos judiciales ha de estar guiada por un manejo cuidadoso por parte de todos los operadores intervinientes. Tal como fuera señalado recientemente, dicha actividad implica "asumir con autocrítica el rol que le toca a cada uno de los operadores del sistema en esta nueva etapa y también de la mejor manera (…), de generar confianza hacia el futuro en abogados, auxiliares y en la sociedad en general" (29).

Desde luego, ello exige una intensa y constante capacitación en el empleo de las nuevas herramientas tecnológicas, que permita su eficaz aplicación en pos de la eficacia procesal.

Pero no solo se trata de ser cuidadosos con la utilización de la tecnología, sino que además debe asumirse conciencia sobre la imperiosa necesidad de abandonar toda pasada práctica procesal formalista, si se cuenta con los medios electrónicos para sortear los obstáculos que, antaño y en el marco del reinado del expediente papel, podrían haber justificado un apego riguroso a la normativa ritual.

Ello, sin perder de vista que la implementación del expediente electrónico se da en un contexto de progresividad y razonabilidad, por lo que deben adoptarse criterios de interpretación que brinden a las partes la posibilidad de adecuarse a los nuevos requerimientos del sistema.

En palabras de Camps, a la hora de interpretar las nuevas reglas gestadas en torno a la implementación del expediente electrónico, "…la respuesta debe surgir de una mirada integral, donde los destellos de la tecnología no enceguezcan al intérprete y le hagan olvidar que el derecho procesal electrónico antes que electrónico, es derecho procesal", teniendo en cuenta al derecho procesal electrónico como una disciplina jurídica antes que informática, por lo que deberán siempre atenderse las garantías básicas del proceso que se verían gravemente menoscabadas si no son aplicadas con la prudencia y razonabilidad que demandan (30).

(29) CNCiv., sala I, en autos "P., A. c. M., H. s/medidas precautorias", resol. del 28/8/2018.

(30) Camps, Carlos E., "El proceso electrónico y el derecho procesal electrónico", publicado el 19/9/2018

XVI. Conclusiones. Síntesis de las bases para la implementación del expediente electrónico

A modo de cierre, enumeramos las pautas generales y básicas que, según nuestro modo de ver, deberían observarse para una adecuada y eficaz implementación del expediente electrónico en las diversas jurisdicciones del territorio nacional, sin perjuicio de las particularidades propias que habrán de ser seguidas en cada caso, atendiendo a las peculiaridades y características de cada sistema que se implemente.

a) Se requiere, ante todo, el dictado de normas provinciales que adhieran a la Ley Nacional de Firma Digital, a fin de establecer las bases para la implementación de las tecnologías allí consagradas en los ámbitos internos de los distintos poderes;

b) Es preciso el diseño y adaptación de infraestructuras de firma digital, que aseguren la generación y rúbrica de documentos electrónicos garantizando su autoría, autenticidad e integridad;

c) Resulta necesaria la inversión en *hardware* y *software* específicos para crear el ecosistema digital donde la plataforma judicial pueda desenvolverse con seguridad y transparencia;

d) Los superiores órganos de justicia de cada jurisdicción deben contar con suficientes —aunque limitadas— facultes reglamentarias, que posibiliten ir adaptando al proceso judicial las nuevas herramientas tecnológicas de las que se vaya disponiendo, sin necesidad de acudir a una constante y reiterada reforma legislativa;

e) Es de utilidad la elaboración de pautas interpretativas, manuales operativos y guías de gestión que integren las normas legales y reglamentarias para la correcta aplicación práctica de las herramientas tecnológicas al proceso;

f) Reviste capital importancia contar con una plataforma digital que sirva de sostén al expediente electrónico, donde se concentre todo el sistema y sus módulos relacionados a la gestión de las causas judiciales;

g) Es imprescindible que se prevean mecanismos de contralor y auditoría sobre los sistemas informáticos de gestión judicial, a efectos de resguardar no solo su adecuado funcionamiento sino también para garantizar la transparencia y seguridad de los documentos digitales;

h) Las plataformas de gestión deben contar con mecanismos idóneos que permitan el acceso sin limitaciones a los usuarios con discapacidades visuales;

i) Deben preverse planes de contingencia para los supuestos en que se produzcan acontecimientos intencionales o accidentales que inutilicen o impidan el pleno funcionamiento de los sistemas de gestión informáticos;

j) Se precisa una intensa y continua capacitación de todos los operadores involucrados en la gestión de las causas judiciales, con uniformidad de contenidos y criterios;

k) Es imperiosa la incorporación de institutos tales como domicilios, notificaciones, presentaciones y resoluciones judiciales electrónicas;

l) Deben implementarse mecanismos de videograbación de audiencias que permitan obtener registros audiovisuales de las actuaciones realizadas oralmente;

m) El expediente electrónico debe idealmente contar con sólidas bases normativas, para lo cual es preciso contar con códigos de procedimientos íntegramente adaptados a los entornos virtuales/digitales;

n) La actuación de los organismos judiciales y letrados ante el avenimiento del expediente electrónico debe estar guiada por nuevos paradigmas y novedosas maneras de pensar las reglas y principios procesales, teniendo especialmente en cuenta que se trata de un camino progresivo y siempre debe tenerse como norte el respeto de las clásicas garantías de las partes.

---

en el Foro de Derecho Procesal Electrónico: *https://e-procesal.com/el-proceso-electronico-y-el-derecho-procesal-electronico-1764*.

Tecnología, gestión judicial y proceso civil

POR **CARLOS E. CAMPS** (*)

I. Presentación: estado actual del tema

Resulta ya imposible mantenernos indiferentes a los cambios que la tecnología ha introducido en el proceso judicial argentino (1).

La incidencia de las denominadas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's) resulta hoy un hecho palpable tanto en el trámite de las causas del fuero civil y comercial como en lo que hace a los aspectos especiales de ciertas pretensiones —las llamadas *pretensiones informáticas*— (2).

Este desembarco de lo digital en los tribunales ha generado toda una nueva gama de problemáticas específicas de las que se ocupa el derecho procesal electrónico (3).

En esta ocasión, habremos de detenernos en el primero de los aspectos señalados: la profunda revolución en la forma de desarrollar un proceso judicial que significa la adopción del formato digitalizado.

Aparece aquí un nuevo paradigma: el del *proceso electrónico.*

Y, como manifestación concreta de este concepto técnico-procesal, surge la idea —en pleno desarrollo— del *expediente digital.*

Desde hace ya bastante tiempo observamos esta transfiguración del proceso. En general han sido los Superiores Tribunales de Justicia de nuestro país los que han tenido la iniciativa de modificar las prácticas procesales para introducir lentamente cambios que, en conjunto, lleven al aludido destino final del proceso electrónico.

En tales ámbitos se generó la normatividad aplicable —siempre varios pasos adelante respecto de la legislación procesal, mucho menos permeable a reaccionar con rapidez a las demandas de la hora actual—, se pusieron en práctica los cambios —con diferentes formatos de implementación, a veces aplicando las novedades en los procesos que tramitaban ante el mismo superior tribunal, a veces como pruebas pilotos en otros órganos de justicia inferiores— y se habilitaron las estructuras y recursos técnicos —diseño o control de *software* específico,

---

(*) Abogado. Especialista en Derecho Civil. Docente en las Universidades de Buenos Aires, de La Plata y Católica Argentina. Autor de libros y artículos y disertante sobre temas de derecho procesal general, constitucional, de familia, electrónico y ambiental. Director de las revistas La Ley Buenos Aires y del Código Civil y Comercial (Thomson Reuters) y Temas de Derecho Procesal (Erreius). Titular de la Secretaría Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

(1) El panorama tecnológico que observábamos hace más de cuatro años en nuestro aporte "El derecho procesal y la informática", LL del 30/4/2014, hoy se encuentra ya completado, consolidado y superado en cuanto a las previsiones originales.

(2) Camps, Carlos E., "El derecho procesal electrónico, la pretensión informática y la eficacia procesal", cap. I, en Camps, Carlos E., (director y coautor), *Tratado de derecho procesal electrónico* (tres tomos), La Ley, Buenos Aires, 2015.

(3) Disciplina en desarrollo y a la que nos hemos dedicado en el *Tratado de derecho procesal electrónico* referido, así como en otras publicaciones, clases, disertaciones y, desde hace poco y junto a varios colegas preocupados por estos temas, en el espacio en la web *www.e-procesal.com.*

acondicionamiento, mantenimiento y monitoreo de servidores oficiales donde se alojan los sistemas, las bases de datos y se practican los *back up* imprescindibles— para que el proceso electrónico empiece a desplazar, paulatinamente, al proceso tradicional, aquel que todos conocemos y que se corporiza en el secular expediente en papel.

Se trata de un fenomenal salto cualitativo. Es indudable que el reemplazo es ventajoso. Y, en lo que hace a la relación tecnología-proceso judicial, la época en que este cambio se produce no puede ser más propicia. Hoy se reclama del proceso judicial, además de las genéricas garantías tradicionales —igualdad, defensa en juicio y debido proceso— algo más: la *eficacia procesal* (4).

Y el derecho procesal electrónico puede aportar *eficacia* al proceso. Y mucha. Solo que, para ello y como todo instrumento, debe ser bien utilizado.

En el caso de herramientas procesales —como, en este caso, las herramientas procesales electrónicas— deben ser bien diseñadas por quienes emiten normas, bien implementadas por los encargados de la instrumentación concreta, bien interpretadas por los jueces en los casos de conflictos concretos y, en suma, bien aplicadas por los operadores todos.

De lo contrario, algo que de por sí evidencia claras ventajas puede llegar a verse desvirtuado, fruto de su inadecuado traslado al concreto campo de la litigación judicial.

Es momento, pues, de observar cuál es el impacto concreto de estas tecnologías en el proceso judicial. Para ello, resulta crucial indagar en la nueva forma que ha adoptado el oficio forense a partir de la incidencia de lo electrónico en la vida cotidiana del expediente.

La gestión judicial —en la que intervienen tanto los operadores internos, integrantes del Poder Judicial, como los externos, profesionales independientes— es lo que primero se ha de modificar con estas nuevas prácticas. Y todo ello, finalmente, incidirá en una nueva forma de administrar justicia. Lo deseable es que se trate de una nueva forma más simple, respetuosa de garantías básicas del proceso y, claro, más eficaz.

II. Domicilios y notificaciones electrónicas

Comencemos por analizar la cuestión relativa a los domicilios electrónicos y algo inmediatamente atado a ello: las notificaciones electrónicas.

Se trata de una de las primeras manifestaciones —en el tiempo— del derecho procesal electrónico. Tanto en el sistema procesal de la Nación como en el de la provincia de Buenos Aires se incorporó una carga adicional a los letrados de los litigantes: constituir un domicilio virtual o electrónico al cual, luego, habrían de practicarse ciertos anoticiamientos a través del novedoso sistema de la notificación electrónica.

Ello funcionó —y funciona— como un casillero virtual en servidores oficiales —gerenciados por dependencias técnicas de los superiores tribunales— en el cual se depositan comunicaciones electrónicas relativas a novedades de la causa. En el sistema de la Nación, la operatoria descripta sigue siendo regulada por las normas que dictó oportunamente la Corte Suprema de Justicia. En el de provincia, se pasó de un sistema de prueba piloto —voluntario— propuesto por el Superior Tribunal a, luego, un cambio normativo en el Código Procesal provincial en este punto. Ello hizo que se disiparan las dudas respecto de la validez del régimen que fuera creada por acordadas judiciales en colisión con previsiones de la ley procesal, planteos que —por el contrario— tuvieron lugar en la órbita nacional (5).

(4) Concepto en el que, también, venimos trabajando desde hace muchos años para lograr su difusión y aplicación en nuestro medio: comenzamos en esa senda con motivo del análisis de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, en Camps, Carlos E., "La recepción constitucional de la protección al medio ambiente: operatividad y eficacia", ED del 21/5/1996. Hoy hablamos de *eficacia procesal* en el sentido y con el alcance que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de fallos donde ha condenado a la Argentina por trámites judiciales *ineficaces*. Ver, entre otros, Camps, Carlos E., "Eficacia como estándar hermenéutico para la validez de normas procesales: breves reflexiones sobre el caso del arbitraje en el Código Civil y Comercial", *Revista del Código Civil y Comercial*, La Ley, junio de 2016.

(5) Ver el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27 de diciembre de 2016 CIV 73815/2010/1/

El sistema de domicilios y, especialmente, de notificaciones electrónicas posee diferente fisonomía y funcionamiento en los dos ámbitos mencionados. Dejando ya de lado el tipo de origen normativo de uno y otro, es importante analizar —por lo dicho más arriba— la *eficacia* que aporta al proceso uno y otro mecanismo.

De esa compulsa y sin perjuicio de señalarse inconvenientes operativos menores que se han ido superando con el tiempo y con la mayor familiaridad en el uso, notamos que el sistema nacional evidencia mayores ventajas cuando el tema es puesto bajo la lupa de la mentada *eficacia procesal digital*.

En la provincia de Buenos Aires, el diseño normativo de la figura excluye el uso de la notificación por medios electrónicos para la sentencia de mérito. Esta exclusión no encuentra justificación alguna y sí, por el contrario, impide optimizar una fase crucial del proceso cual es el momento en que debe ser conocida por las partes la decisión principal.

Asimismo, en cuanto al momento en que se considera cumplido el efecto notificatorio: en el sistema provincial se adoptó el mecanismo de la notificación ficta (el día de la nota, siguiente al del ingreso del aviso digital a la casilla oficial) mientras que, en la Nación, se lo equipara con la notificación por cédula (se notifica el día de la recepción o bien el inmediato hábil siguiente si se trata de un día u hora inhábil). Es evidente cómo el sistema de la Nación es mucho más eficaz, considerando ahora el mandato de resolver causas en *plazo razonable*.

Frente a los inconvenientes a que puede dar lugar la implementación de estos mecanismos, en ambas jurisdicciones se cuenta con la posibilidad de solicitar una auditoría al sistema informático oficial a través del cual se producen estos actos procesales de comunicación. De este modo, se pueden disipar dudas acerca de cómo fueron realizados concretamente los pasos a cargo de los letrados de las partes y, frente a una inquietud respecto del cumplimiento de alguno de los recaudos —lo que podría poner en jaque la validez de la notificación electrónica— se cuenta con este tipo de informes que disipará todo tipo de incertidumbre.

Una cuestión a resolver —en este aspecto y en todos los demás del derecho procesal electrónico que observamos en esta etapa— es la falta de una adecuación sistémica de todo el proceso civil. Esto es, dentro de la matriz de un proceso *tradicional* o *papelizado* ya operan institutos procesales con formato digital que generan la necesidad de ajustar varios aspectos del trámite clásico que, frente a las nuevas realidades, quedan descolocados o directamente carentes de sentido.

En el caso de las notificaciones electrónicas, lo que queda claramente descolocado es la carga de las partes de generar la notificación digital. Desde el momento en que el sistema cuenta con los domicilios electrónicos de las partes, la notificación electrónica de cualquier providencia debe ser hecha *de oficio*. O, empleando un giro propio del derecho procesal electrónico, *notificación automatizada:* es el propio sistema informático el que se debería encargar de anoticiar conociendo los destinatarios —sus casilleros virtuales— y el texto de la providencia.

Por supuesto —y siguiendo con la reflexión relativa a los ajustes sistémicos— la eliminación de los tiempos muertos que tradicionalmente insumía el trámite de generar las piezas a través de las que se cursaban notificaciones puede dar lugar a que se revisen los plazos para ejercer las cargas sucesivas (p. ej., apelar).

Para esta tarea —la de estudiar el fenómeno en su integralidad y proponer las reformas más adecuadas— encontramos los aportes del derecho procesal electrónico, disciplina que no es otra cosa que una consecuencia del ingreso del proceso judicial a la dimensión digital que ya anida en la sociedad. En este marco, es pertinente traer las ventajas que ofrecen estos nuevos formatos y nuevas realidades para profundizar el objetivo señalado de la *eficacia procesal*.

En este sentido —y siempre aludiendo a la cuestión de los domicilios— uno de los obstáculos que hoy se siguen señalando para la

RH1 *in re* "Erskis, Gerardo Alberto el Clínica Estrada S.A. y otros s/daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", citado en nuestro post "El proceso electrónico y el derecho procesal electrónico" (*https://carloscamps.com/2018/09/19/el-proceso-electronico-y-el-derecho-procesal-electronico/*).

plena despapelización es la imposibilidad de notificar digitalmente el traslado de la demanda, lo que da lugar a que ese tramo del proceso —que incluye una notificación mediante cédula tradicional a un lugar físico, el domicilio real de la parte, con copias también en papel— no pueda ser llevado adelante de modo electrónico. Al respecto hemos propuesto la notificación de esos casos a *domicilios reales virtuales*, concretamente a través de redes sociales para personas físicas y mediante los sitios web de las personas jurídicas (6). Claro está, previa aceptación y generalización social de este nuevo paradigma de actuación forense.

Asimismo, tanto en la aludida cuestión —la de las notificaciones electrónicas— como, en general en estos contextos innovadores, la interpretación jurisprudencial debe ser prudente y balancear de modo adecuado, en cada caso que llega a los tribunales, los intereses en juego. Así, una aplicación literal de este tipo de normativa, en determinadas ocasiones puede sacrificar derechos de tanto o mayor rango que el que subyace a la aplicación absoluta de las pautas del proceso electrónico (7).

Ese balance habrá de nutrirse necesariamente de una mirada integral, completa, de todo el cuadro de intereses que se pone en juego en una litis determinada y frente a las vicisitudes que se generan con la incorporación de lo digital. Una vez más, el derecho procesal electrónico es la disciplina que habrá de venir en auxilio de esta forma de argumentar, tanto de los letrados que buscarán en la revisión de lo decidido en su perjuicio no perder el derecho que se ha declarado caído como de los magistrados que quieran emitir una decisión *razonablemente fundada* que dé respuesta a los requerimientos de modernización del proceso pero sin sacrificar de modo desproporcionado otros derechos de igual o hasta mayor jerarquía (8).

III. Sistemas de gestión y consulta remota de causas

Otro punto importante a observar es el funcionamiento de los sistemas de gestión judicial que conforman el soporte digital del futuro expediente electrónico y lo que se vincula directamente a ello: las *mesas de entradas virtuales.*

Con el arribo de la informática al trabajo judicial, hace ya varias décadas, aparecieron los sistemas de gestión judicial para ayudar a organizar la tarea de las diferentes dependencias. En su origen, eran diseñados —cuando no reproducían— los sistemas de gestión de estudios jurídicos.

Con el paso del tiempo, estos sistemas resultan ser el germen de los que hoy se emplean en los tribunales y que, frente al desafío del proceso electrónico, constituyen el continente digital del *expediente electrónico*. Este *software* que tenía las funciones de un procesador de texto combinado con bases de datos —en muy resumida descripción— y era utilizado para ordenar el cúmulo de información que se generaba en la oficina judicial, hoy, adaptado, permite incorporar documentos electrónicos externos, generarlos, firmarlos, comunicarlos, enviar requerimientos

(6) Desarrollamos la idea en Camps, Carlos E., *Notificaciones electrónicas* (un tomo), Erreius, Buenos Aires, 2017, ps. 99 y ss.

(7) "Claros casos de adaptación de las respuestas jurisdiccionales a los nuevos tiempos y a los obstáculos o inconvenientes que inexorablemente aparecen en la implementación de los nuevos sistemas son los siguientes fallos: el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* 'Micheloud de Irace, Nilda B. y otros c. Obra Social del Personal de la Industria de la Alimentación y otros', sent. del 6/2/2004 ('debe revocarse la resolución que decretó de oficio la caducidad de instancia en un recurso de queja si, a raíz de un error en las fechas consignadas en el sistema informático de la mesa de entradas, se le informó al recurrente que el expediente continuaba a estudio en Secretaría') y el de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, *in re* 'Castro, Ángel Rogelio y otro c. Fasciolo, Héctor Ernesto y otro', sent. del 8/10/2009, publicado en DJ del 7/4/2010, p. 906. Cita Online: AR/JUR/57731/2009 ('debe considerarse que la contestación al traslado efectuada por el actor resultó temporánea, pues las consecuencias de que por error se hubiera subido el proveído al sistema informático de consulta de causas con una fecha posterior a la que figuraba en el expediente no deben ser soportadas por los litigantes, ni producirles perjuicio alguno, aun cuando la informatización del trámite no haya modificado el régimen de notificaciones vigente en el Código Procesal')". Camps, Carlos E., *Notificaciones electrónicas,* cit., p. 117, nota 26.

(8) Ver reflexiones generales sobre este concepto que incorpora el art. 3º del Cód. Civ. y Com. en "La sentencia ambiental razonablemente fundada", *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 43, julio-septiembre 2015.

a otras dependencias judiciales y no judiciales —convenios mediante—, etc. Y, por supuesto, almacenar todos esos archivos en servidores públicos, administrados por el Poder Judicial.

He aquí, si bien aún no completo, el *expediente digital*.

Estos sistemas, cuando son diseñados en los poderes judiciales —como ocurre en la provincia de Buenos Aires— evidencian ventajas respecto de aquellos que son adaptaciones de *suites* informáticas, concebidos originalmente con un objetivo distinto. Si bien ningún sistema es perfecto, aquellos desarrollados por cuadros informáticos del Poder Judicial son los que están en mejores condiciones para recoger los requerimientos de los operadores del sistema y, de esa manera, generar un *software* eficiente, amigable, más eficaz y ajustado a las reglas básicas del derecho procesal general que no por su *digitalización* habrán de perder vigencia.

Es crucial el diseño de este *software* para el éxito de esta empresa. Hoy, en la transición, se padecen muchos inconvenientes derivados de este proceso de adaptación de programas y sistemas de su anterior función (simple gestión de oficina judicial) a la nueva (marco o continente digital del *expediente electrónico)*.

Actualmente, en la provincia de Buenos Aires, donde una parte del expediente es digital —presentaciones, notificaciones, oficios, etc.— y otra continúa en formato papel —ciertas presentaciones y esencialmente, las providencias, resoluciones y sentencias—, es prioritario resolver la cuestión de la identificación de piezas (la vieja *foliatura*).

Otros inconvenientes se suscitan en lo que hace al traslado del tramo electrónico del expediente de una instancia a otra, donde, por características del sistema que se ha instrumentado, puede darse el caso de que archivos digitales presentados y debidamente incorporados a la causa no resulten visibles por el órgano revisor superior. Ello se agudiza en el fuero de familia, donde existe la reserva de las causas, reserva que, si bien se dirige a que litigantes no puedan tener acceso digital a las actuaciones salvo cuando el tribunal lo autorice, hoy se extiende —impropiamente— a todo otro órgano de la administración de justicia bonaerense (los órganos superiores no pueden conocer el contenido del trámite de la instancia inferior que deben revisar, a menos que se les conceda un permiso en cada caso).

Asimismo, es imprescindible amalgamar las diferentes herramientas que van surgiendo en este camino hacia la completa digitalización. Un caso notorio de esta falta de articulación de sistemas lo encontramos frente al empleo del sistema Cícero de videograbación de audiencias que se usa en la justicia bonaerense. Este sistema permite obtener un DVD con el registro de estos importantes actos procesales el cual se agrega —atado con un hilo— a la parte del expediente que aún se encuentra papelizado. Sin embargo, no existe aún la posibilidad de que ese material sea incorporado como un archivo más —en el caso, de audio y video— al *expediente digital* que se aloja en el sistema Augusta.

En todo este cambio es primordial contar con los recursos tecnológicos adecuados. Y no solamente en lo que hace a lo estrictamente informático, como son servidores adecuados, con altos estándares de seguridad y confiabilidad atento a la importancia de la información que almacenan así como una planta de ordenadores acordes a estas nuevas exigencias, sino también en lo atinente a elementos imprescindibles para una mejor experiencia en el uso del nuevo sistema, como podría ser monitores amplios que permitan la visualización a pantalla dividida (de un lado, el texto de la presentación a despachar, y de otro, el texto de la pieza judicial a producir) o bien unidades de reserva de energía que resuelvan la cuestión del súbito corte de suministro eléctrico y la eventual pérdida de datos.

Una de las ventajas que primero se evidenciaron de esta nueva forma de trabajar fue la posibilidad de la consulta remota del estado del trámite. Las *mesas de entradas virtuales* cambiaron profundamente la forma del trabajo cotidiano del abogado. Ya no es necesario acudir a los edificios de los tribunales para conocer el estado procesal de las causas en las que se interviene. Esto es importantísimo, especialmente para los departamentos judiciales grandes, con mucha distancia hasta la sede de los tribunales.

Todos estos cambios derivados del impacto de la tecnología en la gestión judicial, como vi-

mos, necesariamente hacen que el trámite procesal deba adaptarse. Ante esta realidad, el concepto que tenemos de lo que implica que a una parte se la tenga por constituido su domicilio en los estrados del juzgado —y la consiguiente notificación ficta— no es el mismo de antaño.

Si existe la posibilidad de que vía web el letrado consulte desde su estudio aquello que ocurre *en los estrados del juzgado*, aquel sentido sancionador que tenía la consecuencia de no cumplir con la carga de constituir domicilio procesal se desvanece.

Otro tanto habrá de ocurrir con las cargas relativas a las copias que regulan los Códigos Procesales. Todo documento digital (sea digital nativo o digitalizado) puede duplicarse automáticamente por el sistema para los usos que lo requieran y además está disponible (o debiera estarlo) para todas las instancias judiciales que intervengan en la causa. De allí que aquellas cargas que se basaban en el formato papel y que requerían que la parte que quería notificar algo a otra acompañara copias en papel bajo el terrible apercibimiento de tener por no presentado el escrito principal o bien las cargas de aportar copias por quien plantea una apelación que se habrá de conceder con efecto no suspensivo o bien articula un recurso de queja, carecen hoy de sentido si el documento original es visible en el sistema informático.

Por supuesto, en la transición, se enfrentan posibilidades técnicas que tornan absurdas muchas de estas previsiones que se sustentaban en otro paradigma, el secular del formato papel, pero que, sin embargo, siguen vigentes en la letra de la ley positiva. Ante ello, se han suscitado casos donde el juez adopta medidas basadas en las posibilidades tecnológicas pero que desconciertan al litigante, que actuó con base en lo que señala la ley procesal. Como se dijo, en cada uno de estos casos habrá que analizarse cuáles fueron las consecuencias concretas de estas decisiones judiciales teniendo en cuenta los derechos y garantías procesales que se pusieron en juego. El derecho procesal electrónico habrá de brindar pautas de hermenéutica específicas (9) para argumentar en pos de un intento revisor de tales conductas que, de acuerdo con el criterio de cada magistrado, ocurren en esta fase de transición.

IV. Presentaciones de las partes, resoluciones judiciales y firma digital

Luego, la cuestión de las presentaciones judiciales y un tema íntimamente relacionado: la firma digital.

Aquí, una vez más, encontramos una gran diferencia entre el plan de informatización del expediente en la Nación y en la provincia de Buenos Aires. El proyecto nacional se observa mucho menos ambicioso que el de la provincia. Como contrapartida, el de provincia genera mayores inconvenientes a la hora de la implementación y mayores incertezas derivadas de la aplicación. Nos referimos a que en el primero de los ámbitos no se ha decidido echar a andar la posibilidad —clave, entendemos, para la conformación del *expediente digital*— de que la regla en este tema sea la presentación electrónica, como sí lo es la provincia de Buenos Aires a partir del acuerdo 3886 del 14 de marzo de 2018.

En la jurisdicción nacional, solamente pueden ser introducidos al proceso en formato digital escritos de mero trámite por parte de los letrados, sean estos apoderados o patrocinantes.

La referida acordada 3886 de la Suprema Corte de Buenos Aires, como se indicó, sentó la premisa basilar: por regla, las presentaciones judiciales serán digitales. Luego señala excepciones —que, por supuesto, desvirtúan el sistema pergeñado y debilitan el impulso dado al expediente *completamente* digitalizado—. Hacemos votos para que en el futuro próximo se escuchen las propuestas que desde la doctrina venimos efectuando para que esas excepciones desaparezcan y así lograr el tan aludido objetivo de la *despapelización* sin mengua de otros derechos y garantías básicos del proceso.

De eso se trata hoy. De gerenciar del mejor modo posible esta transición, profundizando las medidas que tiendan a la digitalización plena, a la *eficacia procesal electrónica* sin sacrificio de garantías procesales de rango constitucional y convencional.

Es así como ingresa la cuestión de la firma digital en el debate. Una de las problemáticas

(9) Camps, Carlos E., post "El proceso electrónico...", cit.

que más cavilaciones ha generado —y la última acordada de la Corte bonaerense habla a las claras de las dificultades para darle una solución— es el tema de la firma en escritos donde la parte actúa con abogado patrocinante. En estos supuestos, sabido es, la parte debe firmar junto a su letrado y resulta que la parte carece de firma digital.

En la jurisdicción provincial, en un primer momento se optó por dejar de lado esta forma de actuar de los abogados (la figura del patrocinante), se acudió a facilitar el *apoderamiento a los fines electrónicos* mediante una "carta poder digital" que generó (por lo confuso de la figura) discusiones acerca de su alcance, posteriormente se buscó la forma de ampliar el elenco de los *escritos de mero trámite* y, finalmente y ante el fracaso de todos esos intentos, se acudió al recurso de hacer una excepción a la regla de los escritos digitales: en estos supuestos, donde el letrado no actúa como apoderado y la parte carece de firma digital, sobrevive el papel (10).

Ahora bien, otro plano de esta discusión se ubica en el tipo de firma con el que se suscriben estas presentaciones.

Desde hace tiempo, la Suprema Corte de Justicia —a través de convenios con los Colegios de Abogados departamentales— ofrece a los profesionales matriculados certificados de firma electrónica. Y a ella, a este tipo de firma, es a la que alude en sus acordadas cuando habla de *firma electrónica-digital*. Se genera así un sistema de validez *intraprocesal* de esta firma que, si bien no es la *digital* a la que hoy alude el Código Civil y Comercial argentino, es una de las firmas contempladas en la Ley de Firma Digital nacional.

A partir del carácter obligatorio —como regla, según vimos— de la presentación judicial digital de las partes (y, en algunos casos, incluso antes de este momento) muchos han creído ver un aval de la Suprema Corte de Buenos Aires para el empleo de este tipo de firma en las diferentes resoluciones judiciales —incluso, en las sentencias de mérito—.

Entendemos que ello no es así.

No solamente porque la misma Suprema Corte de Justicia se ha encargado de indicar que la acordada 3886 de presentaciones electrónicas no se aplica a las resoluciones judiciales (11), sino por el hecho de que solo recientemente la Suprema Corte local puede otorgar certificados de *firma digital* como la que menciona el Código Civil y Comercial en su art. 288 y que cumple con las condiciones de la Ley de Firma Digital (12).

Estos nuevos certificados —insistimos, de *firma digital*— recién han comenzado a distribuirse entre funcionarios y magistrados del Poder Judicial de la provincia. Es solo a partir de este momento cuando, contando con este certificado digital, un juez podría válidamente firmar una resolución judicial no ya por aplicación de la acordada de presentaciones electrónicas, sino haciendo operativa la clásica manda del Código Procesal Civil y Comercial que alude —para las providencias y sentencias— al requisito de la *firma del juez*, ello en conjunción con el mentado art. 288 del Cód. Civ. y Com. que remite a la *firma digital* —que no es otra que la describe la Ley de Firma Digital— y que, ahora, es la que se encuentra alojada en los *token* judiciales que han recibido los nuevos certificados a partir de la intervención de la ONTI.

Por supuesto que a esa posibilidad se le pueden oponer variados obstáculos operativos. El principal, la vigencia de la acordada 2514 de la Corte de Buenos Aires que sigue regulando

(10) Siempre creímos —y lo hemos sostenido públicamente— que el problema de la firma de la parte que actúa por patrocinio encuentra solución, en lugares donde se busca dotar de validez a presentaciones que exceden el mero trámite, aceptándose escritos digitales hechos por el patrocinante donde se acompañe copia digital de escritos en papel firmados por la parte y que conserva en custodia en su estudio por un eventual desconocimiento.

(11) Ver las FAQ publicadas por la Suprema Corte de Justicia en *http://www.scba.gov.ar/servicios/preguntasfrecuentes.asp*.

(12) Según surge de la acordada 3891 del 25 de abril de 2018, se produjo un cambio en la política inicial en cuanto a conseguir —vía trámites pertinentes ante la dependencia competente del Poder Ejecutivo nacional— la condición de autoridad certificante de firma digital: ahora —y mientras se consigue aquello— se obtuvo la condición de autoridad de registro del ONTI, que opera aquí como autoridad certificante.

la forma *papelizada* de las resoluciones judiciales, así como otro elemento importante: los Libros de Registro refiriéndose a ellos, claro, en soporte papel.

Si se utiliza la firma digital para firmar una sentencia, esta será digital y lo más lógico sería que el Libro de Registro sea sustituido por una forma de almacenamiento seguro en el servidor oficial del Poder Judicial. Esto es, el Registro Digital.

Para el resguardo de la seguridad jurídica, bueno sería que estas iniciativas se vean coordinadas por normas que uniformen este modo de actuar. Hoy no contamos con estas normas uniformadoras y sí, por el contrario, operan en la realidad diferentes formas de actuar por parte de jueces con distintas visiones respecto del fenómeno digital.

Los "tecno moderados" que no hacen más de lo que expresamente permiten las normas que emite la Corte, los "tecno resistentes" que en pos de la seguridad jurídica mantienen los formatos tradicionales hasta que exista una habilitación por parte del legislador al reformar el Código Procesal y, en las antípodas, los "tecno entusiastas" que con el objeto de llevar al máximo grado de rendimiento la digitalización del proceso, avanzan aplicando normas previstas para ciertos supuestos a otros casos o institutos, poniendo en jaque —muchas veces— derechos de fondo y prerrogativas procesales.

Como advertirá el lector, nada bien hace a la garantía procesal de la igualdad ni a los principios de previsibilidad, estabilidad y uniformidad de las soluciones jurisprudenciales esta variedad de miradas y actitudes judiciales frente al mismo fenómeno. Es imprescindible que se dicten reglas más claras —y, de ser posible, de rango legal— para que este vasto campo del derecho procesal (el *electrónico)* defina finalmente un perfil unívoco y consolidado mediante figuras eficaces y, al mismo tiempo, respetuoso de las garantías procesales básicas.

Finalmente, en esta recorrida por los aspectos salientes del impacto de las tecnologías en el proceso encontramos lo relativo a actos procesales concretos como son las audiencias —y su videograbación íntegra— y las subastas —y la posibilidad de ser desarrolladas de modo electrónico—. A ello deben sumarse convenios que permiten la realización de actos procesales de comunicación de modo electrónico, en particular con organismos de la administración pública (agencia de recaudación de impuestos, registros de la propiedad o de testamentos, bancos oficiales) (13).

V. Cierre

En suma, el proceso electrónico ya está entre nosotros.

Ya existen todos los recursos tecnológicos para lograr el objetivo final en este proceso evolutivo. Solo resta afianzar el uso de cada uno de estos subsistemas, modificando algunos diseños vigentes adaptando las figuras a partir de las experiencias recogidas.

En esta fase es necesario *pasar en limpio* las previsiones normativas que contemplan figuras del proceso electrónico que fueron puestas en funcionamiento. Habrá que mantener muchas de ellas, las que funcionaron con acierto y, especialmente, habrá que modificar muchas otras, aquellas que generaron —y generan— problemas operativos que restan *eficacia* al sistema y provocan, consecuentemente, inquietud y zozobra en los operadores aumentando así la resistencia al cambio que, por lo anunciado, ya es irreversible.

(13) Para conocer más en detalle estos otros aspectos del proceso electrónico, remitimos —otra vez— a nuestro *Tratado de derecho procesal electrónico*.

Inteligencia artificial y responsabilidad civil: un enfoque en materia de vehículos autónomos

POR **CECILIA C. DANESI** (*)

I. Introducción

¿Qué sabe el pez del agua donde nada toda su vida?

La pregunta de Albert Einstein nos invita a la reflexión. Nos convoca a poner entre paréntesis nuestro conocimiento previo en procura de una perspectiva crítica. Ese es el gran desafío que nos propone la inteligencia artificial.

Para tomar una pequeña dimensión del inconmensurable alcance de las nuevas tecnologías, el MIT nos brinda un "pequeño" listado: auriculares de traducción simultánea; impresoras 3D que producen piezas metálicas más ligeras, fuertes y complejas con control preciso de la microestructura, superando los logros de los métodos convencionales; ciudades sensibles en las que la toma de decisión política y de gestión se basa en una amplia red de sensores; embriones de células madre (sin óvulo, ni espermatozoide) solo con células de otro embrión; inteligencia artificial en la nube (aprendizajes autónomos); redes generativas antagónicas que emplean dos redes neuronales (modelos matemáticos simplificados del cerebro); gas natural libre de dióxido de carbono; privacidad digital perfecta; videncia genética, etc. (1). A estas se le suman: el sistema de emergencias médicas de Copenhague, mucho más eficiente que el operador humano (2); la tecnología Radio que permite detectar el cáncer (3), el proyecto EMI de David Cope centrado en la simulación de estilos de compositores como Mozart, Brahms, Bach (4); entre otros. Bienvenidos a la denominada por muchos: "Cuarta Revolución Industrial".

II. ¿Qué es la inteligencia artificial?

Si bien el debate acerca de la capacidad de pensar de las máquinas es anterior, el nacimiento del término inteligencia artificial se remonta a una reunión de jóvenes matemáticos en el verano de 1956, en el *Dartmouth College*, Hanover, del Estado de New Hampshire. Entre ellos se encontraban: C. E. Shannon, M. L. Minsky, N. Rochester y J. McCarthy. Y precisamente este último (profesor asociado de matemática, director y fundador del Laboratorio de Inteligencia Artificial en el Instituto de Tecno-

(*) Abogada UBA. Magíster en Derecho de Daños, Universidad de Girona (España) con beca de Fundación Carolina. Tesis calificada con "sobresaliente". Estudió en las Universidades de Salamanca y Paris II Panthéon - Assas, cursos de especialización en "Contratos y Daños" y "Derecho Continental", respectivamente. Investigadora y docente de la UBA en la materia Obligaciones Civiles y Comerciales. Autora del libro *Daños ocasionados por la circulación de vehículos* (Hammurabi).

(1) Disponible al 29/6/2018, en *www.emprendedores.es/gestión/mit/tecnologyreview*.

(2) Disponible al 29/6/2018, en *https://www.corti.ai/howitworks/*.

(3) Disponible al 29/6/2018, en *https://medium.com/data-analysis-center/automatic-lung-cancer-detecion-on-scans-of-computed-tomography-with-radio-945d781aa022*.

(4) Disponible al 29/6/2018, en *www.bbvaopenmind.com/articulos/la-inteligencia-artificial-y-las-artes-hacia-una-creatividad-computacional*.

logía de Massachusetts y en la Universidad de Stanford), es a quien se le atribuye el haber acuñado aquel término.

Turing fue un precursor en la materia a través de su famoso desafío (5): ¿Pueden las máquinas pensar? De este modo el científico se interrogaba a sí mismo e interrogaba a los otros a través de un juego de imitación (6). La computadora superaba el test, si un interrogador humano, después de formular algunas preguntas escritas, no podía distinguir cuando las respuestas provenían de una máquina o de un hombre. Para ello, las computadoras debían poseer las siguientes capacidades: procesamiento natural del lenguaje, representación del conocimiento, razonamiento y aprendizaje automáticos (*machine learning*) (7).

En la actualidad, no existe consenso en torno a la definición de inteligencia artificial (en adelante, también, IA). La Real Academia Española la conceptualiza como una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico. En una forma similar, el Diccionario del *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* la conceptualiza como la búsqueda de medios susceptibles de dotar los sistemas informáticos con capacidades intelectuales comparables a las de los seres humanos (8).

Por su parte, John McMarthy, quien —como se señaló— fue uno de los fundadores del término IA, la definió como un proceso consistente en hacer que una máquina se comporte de formas que serían llamadas inteligentes si un ser humano lo hiciera (9).

En el dictamen del Comité Económico y Social Europeo titulado "Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad" del 31 de agosto de 2017 (en adelante, también, el dictamen) (10), se precisa que el objetivo fundamental de la investigación y del desarrollo en materia de IA es la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir. También, se asevera que es un concepto que engloba muchas otras subáreas como la informática cognitiva (*cognitive computing*: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior —humano—), el aprendizaje automático (*machine learning*: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada (*augmented intelligence*: colaboración entre humanos y máquinas) o la robótica con IA (IA integrada en robots). Y distingue entre IA débil (*narrow* AI) e IA fuerte (general AI). La IA débil es capaz de realizar tareas específicas. La IA fuerte es capaz de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano.

Por su parte, la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, denominado "Inteligencia artificial para Europa" (11) del 25/4/2018 refiere que el término IA se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos. Aclara que los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej., asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de *hardware* (p. ej., robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del Internet de las cosas).

(5) Turing, Alan M., en *Revista Mind, Computing Machinery and Intelligence*, 1950.

(6) Otros programas de simulación se denominaron "Parry" y "Eliza".

(7) Russell, Stuart - Norving, Peter, *Artificial Inteligence. A modern approach*, 3rd ed., Prentice Hall, Nueva Jersey, 2009, p. 2.

(8) Disponible al 16/5/2018 en *http://www.cnrtl.fr/definition/intelligence*.

(9) Kaplan, Jerry, *Inteligencia artificial, lo que todo el mundo debe saber*, Oxford University Press, Teell, España, 2017, p. 1.

(10) Disponible al 16/5/2018 en *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.288.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2017:288:TOC*.

(11) Disponible al 21/6/2018 en *http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF*.

En suma, si bien no existe consenso en torno al concepto de IA, sí se puede afirmar que es un hito tecnológico que posee habilidades propias de los seres humanos. Quizás, el primer motivo por el cual no haya una definición aceptada de la IA, se debe a que versa sobre una tecnología multidisciplinaria y en plena evolución, cuyos alcances y limitaciones aún no están demarcados.

III. El ordenamiento jurídico frente a la inteligencia artificial

El primer problema con el que nos topamos es la ausencia de una regulación específica en la materia. La IA avanza en forma incesante beneficiando a las sociedades modernas. Pero ¿Quién responde por los daños ocasionados por IA?

El gran valladar que se nos presenta para intentar responder a este difícil interrogante, son las características de autoaprendizaje y de autonomía que posee la IA. En el anexo de la comunicación de la Comisión Europea "Inteligencia Artificial para Europa", titulado: *Liability for emerging digital technologies*(12) se plantean las cuestiones más relevantes a tratar en torno a esta problemática. Lo tomaremos como guía y analizaremos cada una de estas cuestiones desde la mirada del derecho argentino.

En primer lugar, se afirma que los robots o dispositivos avanzados habilitados por AI e IoT tendrán capacidades mejoradas para interpretar el entorno (a través de detección, actuación, visión cognitiva, aprendizaje automático, etc.), interactuar con los humanos, cooperar con otros artefactos, aprender nuevos comportamientos y ejecutar acciones de forma autónoma sin intervención humana. Cuanto más autónomos son los sistemas, menos dependen de otros actores (es decir, el fabricante, el propietario, el usuario, etc.) y mayor es su impacto en su entorno y en terceros. Asevera que la combinación entre el autoaprendizaje y la autonomía conlleva a que el comportamiento de estas tecnologías sea difícil de predecir. Esto podría plantear cuestiones relativas a la responsabilidad, en situaciones donde el daño causado por una "máquina" que opera con un cierto grado de autonomía no solo puede vincularse a un defecto o intencionalidad humana (p. ej., del conductor, el fabricante del automóvil, etc.), sino también en el contexto más amplio de las salvaguardas que deben introducirse para garantizar la seguridad de tales tecnologías (*v. gr.*, se debe permitir que las máquinas aprendan libremente de su contexto o se les impida aprender conductas inadecuadas-peligrosas). Como consecuencia, propone que debe examinarse la cuestión de cómo atribuir la responsabilidad cuando el resultado esperado de la tecnología no se identificó antes del lanzamiento al mercado o después de ese lanzamiento.

En segundo lugar, y en cuanto a los daños que pueden ocasionar, el documento consigna que las aplicaciones y los sistemas de la IA pueden generar una toma de decisiones autónoma y un comportamiento independiente en el entorno físico en el que operan, incluido el contacto físico con los seres humanos y sus propiedades. Pero, además del daño causado a través del contacto, también se presenta la particularidad de que estos pueden ser ocasionados por sistemas de IA que no están integrados en una estructura de *hardware*, p. ej., daños económicos causados por un algoritmo de negociación autónomo en la bolsa de valores.

Por último, se plantean los siguientes interrogantes. Se cuestiona si el instituto de la responsabilidad por el hecho ajeno (tutores, padres por los hijos, etc.) resulta aplicable para tecnologías como la IA. No es que se pretenda asimilar a los humanos a aquella, sino que al compartir con estos el carácter de autónomos, permite —ante el vacío legal— aplicar ciertos institutos por analogía. También aborda la corriente que propone utilizar las normas de responsabilidad por los daños causados por animales. Esta se basa en la similitud existente entre la falta de previsibilidad de las acciones de la IA y de aquellos, es decir, vinculado al comportamiento autónomo (13). En ambos supuestos (hecho ajeno

(12) "Commission Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies", SWD (2018) 137, Brussels, 25/4/2018, disponible al 25/6/2018 en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1529866817951&uri=CELEX:52018SC0137.*

(13) Un interesante análisis sobre la responsabilidad de los robots vinculada con la responsabilidad por el hecho ajeno (padres, tutores, representantes, dependientes, etc.), la de los animales y la personería legal

y animales), el ordenamiento jurídico argentino determina que la responsabilidad será objetiva (arts. 1756 y 1759 del Cód. Civ. y Com.), con lo cual (salvo algunas cuestiones), en cualquiera de los casos la solución es la misma.

En segundo lugar, sostiene que una pregunta fundamental a explorar es si corresponde aplicar a los sistemas de la IA las normas de la responsabilidad subjetiva u objetiva. Al respecto, precisa que la responsabilidad basada en la culpa generalmente se justifica por el razonamiento de que un sujeto no desplegó una conducta diligente (es decir, si se comportó con negligencia, imprudencia y/o impericia). Con lo cual, en este punto habría que determinar si podríamos hacerle un juicio de reproche a las cosas dotadas de IA, lo que resulta —cuanto menos— extraño. Asimismo, recordemos que para que el acto sea voluntario es menester que sea ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior (art. 260 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante, también, Cód. Civ. y Com.).

En cuanto a la responsabilidad objetiva, señala que reposa en el principio de que una persona que generó un riesgo para su propio beneficio, debería ser responsable de cualquier daño materializado en relación con ese riesgo. Y a continuación refiere que las disposiciones actuales de responsabilidad objetiva podrían aplicarse al uso de ciertos dispositivos alimentados con inteligencia artificial, en particular, en el caso de los automóviles automatizados. Precisamente, a partir del apartado VI nos abocaremos a la regulación del Código Civil y Comercial argentino en materia de daños ocasionados por la circulación de vehículos y a los causados por la intervención de ciertas actividades y cosas riesgosas.

Por último, el documento hace una disquisición de los casos en los cuales el daño podría haberse evitado o no y, en el primer supuesto (pudo haberse evitado), exonerar de responsabilidad. En otras palabras, propone que el propietario de un robot podría evitar la responsabilidad civil si, por ejemplo, hubiera usado y mantenido el robot correctamente, respetando las instrucciones de los productores y actualizando el *software* cuando sea necesario. Sin embargo, como se explicó anteriormente, estas tecnologías podrían de todos modos llevar a cabo un comportamiento autónomo y causar daños. El daño puede ocurrir incluso si el uso y el mantenimiento del robot son impecables. Teniendo en cuenta el aspecto de la autonomía, esto plantearía la cuestión de qué acciones podría tener una persona responsable para evitar el daño causado por el comportamiento autónomo de las tecnologías emergentes.

Resulta evidente que esa cuestión posee estrecha vinculación con la función preventiva de la responsabilidad civil regulada en los arts. 1710 y ss. del Código unificado (14). Allí se establece el deber en cabeza de todos los sujetos de prevenir el daño. Esto incluye evitar causar un daño no justificado (inc. a]); adoptar, de buena fe y conforme con las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (inc. b]) y; no agravar el daño, si ya se produjo (inc. c]) (15). Sin embargo, los alcances que se plantean en el documento no son los mismos que contempla el derecho argentino puesto que, en el primer caso (documento) se exoneraría de responsabilidad si —por ejemplo— se lleva a cabo un correcto mantenimiento (16) y, en el segundo

de aquellos, puede hallarse en Pagallo, Ugo, *The Laws of Robots, Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, New York-London, 2013, ps. 29-44. Esas cuestiones también son abordadas en "Suggestion for a Green paper on legal issues in robotics", *The European Robotics Coordination Action*, 31/12/2012, ps. 55-57.

(14) Sobre este tema ver: Danesi, Cecilia C. - Hiralde Vega, Germán, "La función preventiva", en *Derecho de daños*, Wierzba, Sandra - Meza, Jorge - Boragina, Juan Carlos (dirs.), Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

(15) La IA tiene un rol preponderante en materia de prevención de daños. Entre los muchos casos, mencionamos el de aquellos robots que detectan el cáncer (disponible al 29/6/2018 en *https://medium.com/data-analysis-center/automatic-lung-cancer-detecion-on-scans-of-computed-tomography-with-radio-945d781aa022*) y los vehículos autónomos que están dotados con tecnología de avanzada que reduce considerablemente la tasa de siniestralidad y el daño que padecen tanto los tripulantes del rodado como la cosa o las personas contra las que impacte (disponible al 29/9/2018 en *http://www.lanacion.com.ar/2053316-autos-autonomos-el-ingenioso-sistema-de-google-para-minimizar-danos-en-accidentes*).

(16) En el derecho español, se concibe la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (por las conductas cometidas por sus em-

(Código argentino), aun cuando se desplieguen todas las medidas preventivas, si el daño se produce, se repara en su totalidad. Esto está en sintonía con la regulación de la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades, donde se estipula en el art. 1757 que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Y, en su última parte, prescribe que la responsabilidad es objetiva y no son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Es decir, en ningún caso, la adopción de técnicas de prevención disminuye o aniquila la responsabilidad.

De todo lo dicho hasta aquí, podemos concluir que el gran escollo con el que se topa la responsabilidad civil en materia de IA es el vacío legal y la dificultad de las disposiciones vigentes para abordar sus particularidades. Algunos autores sostienen que conocer el nivel de inteligencia (incluso artificial) de una entidad, es crucial para establecer quién es legalmente responsable tanto de sus acciones como de cualquier daño ocasionado a los miembros de la sociedad. Es decir, la autonomía y la capacidad cognitiva son muy importantes para saber en qué medida el control humano está involucrado (17).

IV. ¿Qué son los vehículos autónomos?

Los orígenes de los Sistemas de Transportes Inteligentes (STI (18)) se remontan a unas décadas atrás. Uno de los proyectos pioneros fue "Prometheus", un programa de investigación gestionado por fabricantes de automóviles de seis países europeos cuyo objetivo era crear sistemas de tráfico integrados, compuestos de una red integrada de control del tráfico y de vehículos inteligentes capaces de dialogar e interaccionar electrónicamente entre sí y con el dispositivo integrado de carreteras. Por ello, los conductores podían decidir y controlar los desplazamientos, lo que suponía una gran reducción del gasto de energía física y mental (19). En Estados Unidos, un proyecto relevante fue "Navlab Thorpe", que en el año 1995 la minivan NavLab 5 recorrió en forma autónoma 2.800 millas entre Pittsburgh y San Diego (20).

Con el correr de los años, los avances en la materia han sido considerables y aún no se avizoran sus fronteras. Lo relevante de los vehículos autónomos es su participación en las sociedades modernas. En Singapur y Abu Dabi existen vehículos autónomos para el transporte público con capacidad para 24 personas (21), también han sido incorporados a las calles de Estocolmo (22) y la empresa Uber creó los nuevos autos automáticos (23), por nombrar solo unos pocos ejemplos.

Pues bien, los vehículos autónomos son módulos independientes capaces de transportar a personas y cosas sin la intervención humana en

pleados), cuando adopten las medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse (art. 31 bis, Cód. Penal español). Con ese propósito se creó la figura del *compliance,* que consiste en un programa de prevención de riesgos —adoptado por las empresas— y comprende medidas de detección y prevención. Entonces, una persona jurídica que cumple con esas medidas preventivas, puede lograr atenuar o eximirse de responsabilidad penal (al respecto ver Bachmaier Winter, Lorena, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*", LL España del 5/10/2012, año XXXIII, nro. 7938, cita: 16826/2012).

(17) Hilgendorf, Eric - Seidel, Uwe, *Robotics, Autonomics and the Law*, Nomos, Germany, 2017, ps. 32-33.

(18) En inglés, *Intelligent Transportation Systems* (ITS).

(19) Disponible al 4/7/2018 en *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-95-458_es.htm*.

(20) Disponible al 4/7/2018 en *https://www.cmu.edu/news/stories/archives/2015/july/look-ma-no-hands.html*. Más información acerca de la historia de los vehículos autónomos y sus descubrimientos en Janaia, Joel - Guney, Fatma - Behla, Aseem - Geigera, Andreas "Computer Vision for Autonomous Vehicles: Problems, Datasets and State of the Art", Autonomous Vision Group, Max Planck Institute for Intelligent Systems, Germany and Computer Vision and Geometry Group, Switzerland, 18/4/2017.

(21) Disponible al 4/7/2018 en *http://www.xataka.com/vehiculos/estos-modulos-autonomos-seran-parte-del-nuevo-y-futurista-transporte-publico-en-singapur.*

(22) Zanoni, Leandro, "Autorrevolución", *Clarín, Viva*, Buenos Aires, 25/2/2018.

(23) Disponible al 4/7/2018 en *http://www.clarin.com/sociedad/Uber-lanza-servicio-autos-chofer_0_1650435011.html* y en *http://www.xataka.com/vehiculos/estos-modulos-autonomos-seran-parte-del-nuevo-y-futurista-transporte-publico-en-singapur.*

la conducción (24). Estos perciben el entorno a través de cámaras y sensores que cuentan con una tecnología llamada Lidar (*light detection and ranging*, o detección por luz y distancia) que sirve para saber cuándo cambia el semáforo, o se cruzan peatones o ciclistas, o todo otro dato del entorno del vehículo.

La Dirección General de Tráfico de España mediante la Instrucción 15/V-113, destinada a la regulación de la concesión de las autorizaciones especiales para la realización de pruebas y ensayos de investigación efectuados con vehículos autónomos en vías abiertas al tráfico en general (25), los define como aquellos vehículos que poseen capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal.

La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, por su parte, incluye en los vehículos autónomos todas las formas del transporte por carretera, ferroviario, por vías navegables y aéreo pilotadas a distancia, automatizadas, conectadas y autónomas, comprendidos los vehículos, los trenes, los buques, los transbordadores, las aeronaves y los drones, así como todas las futuras formas que resulten del desarrollo y la innovación en este sector (26).

Pues bien, los vehículos autónomos se dividen en dos grandes categorías. Por un lado, los vehículos automatizados (o semiautónomos), que contienen un dispositivo que permite la realización automática de ciertas operaciones de conducción, es decir, la conducción debe estar bajo el control permanente del humano. Por el otro, los vehículos autónomos, que garantizan la totalidad de estas operaciones, por lo que —en los niveles más altos de automatización— el vehículo es capaz de operar sin intervención humana y con la automatización completa también en cualquier carretera y en cualquier condición. Es más, no es necesario que haya una persona dentro del vehículo ni que el automóvil esté equipado con un volante o pedales (27).

Existen distintos niveles de automatización de un vehículo. SAE *International* (Sociedad de Ingenieros de Automoción), es una organización enfocada en la movilidad de los profesionales en la ingeniería aeroespacial, automoción, y todas las industrias comerciales especializadas en la construcción de los vehículos. El principal objetivo de la sociedad es el desarrollo de los estándares para todo tipo de vehículos. En ese marco, y con el objetivo de proporcionar una terminología común para la conducción automática, publicó el nuevo estándar J3016, donde establece seis niveles de automatización de conducción desde "sin automatización" hasta "automatización completa". Así, en los niveles 0 (*no automation*), 1 (*driver assistance*) y 2 (*partial automation*), interviene el conductor humano; mientras que los niveles 3 (*conditional automation*), 4 (*high automation*) y 5 (*full automation*), poseen un sistema de conducción automatizado completo (28). Por otro lado, *The National Highway Traffic Safety Administration* emitió el "Preliminary Statement of Policy Concerning Automated Vehicles", donde consigna 5 niveles: 0 (*no automation*), 1 (*function specific automation*), 2 (*combined function automation*), 3 (*limited self driving automation*) y 4 (*full self driving automation*) (29).

(24) Como veremos más adelante, ello ocurre en los niveles más avanzados de automatización.

(25) Dirección General de Tráfico de España, Instrucción 15/V-113. Disponible al 5/7/2018 en *http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/normativa-legislacion/otras-normas/modificaciones/15.V-113-Vehiculos-Conduccion-automatizada.pdf*.

(26) Informe del 27/1/2017 de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones a la Comisión Europea para creación de una directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica, disponible al 29/10/2017 en *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0005&format=XML&language=ES*.

(27) Opinión de la Comisión de Transportes y Turismo (16/11/2016) para la Comisión de Asuntos Jurídicos, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica (2015/2103 - INL), p. 33, disponible al 5/7/2018 en *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0005&format=XML&language=ES#title4* y *Comission Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies*, SWD (2018) 137, Brussels, 25/4/2018, p. 13, disponible al 25/6/2018 en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1529866817951&uri=CELEX:52018SC0137*.

(28) SAE International, disponible al 5/7/2018 en *http://www.sae.org/misc/pdfs/automated_driving.pdf*.

(29) "National Highway Traffic Safety Administration, Preliminary Statement of Policy Concerning

NIVEL	DENOMINACIÓN	DEFINICIÓN	TAREAS DE CONDUCCIÓN		CONDUCCIÓN LONGITUDINAL (ACELERAR/FRENAR) Y LATERAL (DIRECCIÓN)	CONTROL DEL ENTORNO	RECUPERACIÓN DE LAS TAREAS DE CONDUCCIÓN EN CASO DE CONTINGENCIA	TAREAS DE CONDUCCIÓN REALIZADAS POR EL SISTEMA
			CONDUCTOR	SISTEMA				
0	SIN AUTOMATIZACIÓN	El conductor realiza continuamente todas las tareas asociadas a la conducción, incluso cuando son mejoradas a través de algún aviso o la intervención de sistemas.	El conductor realiza continuamente la tarea de conducción dinámica lateral y longitudinal.	N/A	CONDUCTOR	CONDUCTOR	CONDUCTOR	N/A
1	CONDUCCIÓN ASISTIDA	El sistema de ayuda a la conducción desarrolla una tarea específica, bien realiza la conducción dinámica lateral o longitudinal utilizando la información del entorno del vehículo, mientras que el conductor realiza el resto de tareas de conducción.	El conductor realiza continuamente la tarea de conducción dinámica lateral o longitudinal.	El sistema realiza la conducción longitudinal o lateral que no esté realizando el conductor.	CONDUCTOR Y SISTEMA	CONDUCTOR	CONDUCTOR	ALGUNAS
2	CONDUCCIÓN PARCIALMENTE AUTOMATIZADA	El sistema de ayuda a la conducción desarrolla la conducción dinámica lateral y longitudinal utilizando la información del entorno del vehículo, mientras que el conductor realiza el resto de las tareas de conducción.	Supervisión de las tareas de conducción dinámica y el entorno.	Conducción longitudinal y lateral en un caso de uso definido.	SISTEMA	CONDUCTOR	CONDUCTOR	ALGUNAS
3	CONDUCCIÓN AUTOMATIZADA CONDICIONADA	El sistema de conducción automatizada desarrolla todas las tareas de la conducción con la expectativa de que el conductor responda adecuadamente a la petición de intervención por parte de este.	No es necesaria la supervisión de la conducción automatizada pero siempre debe estar en una posición adecuada para reanudar el control.	Conducción longitudinal y lateral en un caso de uso definido. Reconoce sus límites de rendimiento y pide al conductor reanudar la tarea de conducción dinámica con margen de tiempo suficiente.	SISTEMA	SISTEMA	CONDUCTOR	ALGUNAS
4	CONDUCCIÓN ALTAMENTE AUTOMATIZADA	El sistema de conducción automatizada desarrolla todas las tareas de la conducción, incluso si el conductor no responde adecuadamente a la petición de intervención por parte de este.	El conductor no es requerido durante el caso de uso.	Conducción longitudinal y lateral en todas las situaciones de un caso de uso definido.	SISTEMA	SISTEMA	SISTEMA	ALGUNAS
5	CONDUCCIÓN PLENAMENTE AUTOMATIZADA	El sistema de conducción automatizada desarrolla todas las tareas de la conducción bajo todas las circunstancias de la vía y ambientales.	N/A	Conducción longitudinal y lateral en todas las situaciones encontradas durante toda la prueba. No se requiere conductor.	SISTEMA	SISTEMA	SISTEMA	TODAS

Como para el estudio de la responsabilidad civil la división de los niveles de automatización es de cabal importancia, tomaremos como referencia la contenida en la ya mencionada instrucción 15/V-113 de la Dirección General de Tráfico. En la tabla que copiamos *supra*, se indican 6 niveles. En el 0, no hay automatización, el conductor lleva a cabo todas las tareas. En el 1 "conducción asistida" y en el 2 "conducción parcialmente automatizada", el sistema colabora con la conducción. En el 3 "conducción automatizada condicionada", el sistema realiza todas las tareas atinentes a la conducción, pero se espera que el conductor responda ante la petición de su intervención. En el 4 la conducción es altamente automatizada y, a diferencia del anterior, lo hará aun cuando el conductor no responda. Y, por último, en el 5 la conducción es plenamente automatizada y, por lo tanto, el sistema desarrolla todas las tareas bajo cualquier circunstancia (30).

V. Algunas regulaciones en materia de vehículos autónomos

Existen algunos países con legislaciones de avanzada, que ya adoptan en su ordenamiento algunas disposiciones relativas a los vehículos autónomos. Uno de los más desarrollados es Estados Unidos, el que a lo largo de sus distintos Estados acopian una gran cantidad de normas en la materia (31).

Automated Vehicles", disponible al 5/7/2018 en *https://www.nhtsa.gov/staticfiles/rulemaking/pdf/Automated_Vehicles_Policy.pdf.*

(30) Dirección General de Tráfico de España, Instrucción 15/V-113, disponible al 5/7/2018 en *http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/normativa-legislacion/otras-normas/modificaciones/15.V-113-Vehiculos-Conduccion-automatizada.pdf.*

(31) Un excelente resumen de todas las disposiciones vigentes en "Autonomous Vehicles - Self-Driving Vehicles Enacted Legislation", 25/6/2018, disponible al 5/7/2018 en *http://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-self-driving-vehicles-enacted-*

California mediante la legislación SB 1298 autorizó la utilización de los vehículos autónomos en las vías públicas con fines de prueba. Los conductores —con el tipo licencia "adecuada" (32)— deberán estar sentados en el asiento correspondiente y monitorear en forma permanente el funcionamiento seguro de la unidad, de modo tal que, en caso de falla o emergencia, sean capaces de hacerse cargo inmediatamente del control manual del rodado (33). En el año 2017 se dictaron normativas que modificaban en algunos aspectos las anteriores (34).

El Distrito de Columbia dictó la "Autonomous Vehicle Act of 2012" que autoriza la circulación de vehículos autónomos en vías públicas, siempre y cuando estos posean una función de anulación manual que permita a un conductor asumir el control en cualquier momento. Además, mientras esté en funcionamiento el conductor debe estar sentado en el asiento de control. Una cuestión importante se encuentra en la sección 4, titulada: "Vehicle conversion; limited liability of original manufacturer". Señala que el fabricante original de un vehículo convertido por un tercero en un vehículo autónomo no será responsable en ninguna acción que resulte de un defecto del vehículo causado por la conversión de este, o por el equipo instalado por el convertidor, a menos que el supuesto defecto estaba presente en el vehículo como originalmente fabricado. Y, en el inc. b), consigna que la conversión a vehículos autónomos se limitará al modelo del año 2009 o posteriores, o vehículos construidos dentro de los 4 años de la conversión, cualquiera que sea el vehículo más nuevo (35).

Florida tuvo su primera legislación en la materia en el año 2012 (HB 1207) (36), y en el 2016, se dictó la HB 7027, que eliminó la exigencia de que el vehículo debía estar en prueba y que un conductor esté presente en el vehículo (37).

En Arkansas, la HB 1754 del 4/1/2017, regula las pruebas de vehículos con tecnología autónoma y se refiere puntualmente a los camiones equipados con sistemas de *platooning* de asistencia al conductor (38).

Colorado tiene una disposición que permite a una persona usar un método de manejo automático para conducir o controlar un vehículo a motor, si el sistema es capaz de cumplir con todas las leyes estatales y federales que se aplican a la función que ese sistema está operando; caso contrario, deberá requerir autorización (39).

Connecticut en la SB 260 determina los requisitos para las pruebas de los vehículos autónomos, exige la presencia de un operador sentado

---

legislation.aspx y en http://knowledgecenter.csg.org/kc/system/files/CR_automomous.pdf.

(32) El texto dice: "the proper lass of license for the type of vehicle being operated". Acerca del régimen de licencias especiales ver: *https://es.scribd.com/document/216865192/DC-Autonomous-Car-Proposal*, disponible al 5/7/2018.

(33) Senate Bill Nro. 1298, Chapter 570, disponible al 5/7/2018 en *https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120SB1298*. Más información disponible al 5/7/2018 en *https://www.lexisnexis.com/communities/state-net/b/capitol-journal/archive/2016/03/11/regulation-of-self-driving-cars-headed-for-fast-lane.aspx?utm_campaign=State+Net+Capitol+Journal+Newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_term=State+Net&utm_content=Volume+XXIII+No.+47+-+March+14+2016*.

(34) Alguna de ellas: SB 145, *http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201720180SB145,* SB 1, *http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201720180SB1,* AB 144, *http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB1444*, y AB 669, *http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201720180AB669*.

(35) Disponible al 5/7/2018 en *http://dcclims1.dccouncil.us/images/00001/20130110191554.pdf* y, en sentido similar, las disposiciones de Michigan Bill Nro. 663 *https://www.legislature.mi.gov/documents/2013-2014/publicact/pdf/2013-PA-0251.pdf* y Nro. 169 *https://www.legislature.mi.gov/documents/2013-2014/publicact/pdf/2013-PA-0231.pdf;* Nevada Nro. 313 *https://www.leg.state.nv.us/Session/77th2013/Bills/SB/SB313_EN.pdf.*

(36) Disponible al 5/7/2018 en *https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2012/1207/BillText/er/PDF.*

(37) Disponible al 5/7/2018 en *https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2016/7027/BillText/er/PDF* y, con relación a pruebas en camiones, ver *https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2016/7061/BillText/er/PDF.*

(38) HB 1764, 4/1/2017, disponible al 5/7/2018 en *http://www.arkleg.state.ar.us/assembly/2017/2017R/Acts/Act797.pdf.*

(39) Disponible al 5/7/2018 en *http://leg.colorado.gov/bills/sb17-213.*

en el asiento del conductor y tener un seguro de al menos $ 5 millones de dólares (40).

Georgia mediante la SB 219 exime a la persona que opera un vehículo a motor automatizado con el sistema de manejo automático de poseer una licencia de conducir. Especifica las condiciones que se deben cumplir para que un vehículo funcione sin un conductor humano en el vehículo, incluidos los requisitos de seguro y registro (41).

Por último, Tennessee (SB 0151) define al "sistema de conducción automatizado" (ADS, por sus siglas en inglés) como la tecnología instalada en un vehículo motorizado que tiene la capacidad de conducir el vehículo en modo de automatización alta o completa, sin supervisión de un operador humano y posee la capacidad de llevar automáticamente al vehículo a una condición de riesgo mínimo en caso de una falla crítica del vehículo o del sistema u otro evento de emergencia. Establece que mientras el ADS tenga el control del vehículo, el fabricante asumirá la responsabilidad por incidentes en los que el ADS tenga la culpa. El fabricante será inmune a cualquier responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por cualquier modificación hecha a un vehículo operado por ADS o un ADS por otra persona sin el consentimiento de aquel. También regula que el fabricante propietario del vehículo debe tener un seguro de responsabilidad civil y determina su cuantía mínima.

Añade que la responsabilidad por accidentes que involucren un vehículo operado por ADS se determinará de acuerdo con la ley de responsabilidad por productos, la ley común u otra ley federal o estatal aplicable. Cuando el ADS está completamente conectado, operando razonablemente y de acuerdo con las instrucciones y advertencias del fabricante, el ADS se considerará el conductor u operador del vehículo a los fines de determinar: a) la responsabilidad del propietario o arrendatario del vehículo por presunta lesión personal, muerte o daños a la propiedad en un incidente que involucre el vehículo operado por ADS, y b) la responsabilidad por la violación a las leyes de vehículos de motor (42).

Por otra parte, encontramos avances legislativos en la materia tanto en Japón como en Corea del Sur. En este último, el *Motor Vehicle Management Act* define a los vehículos a motor, como un instrumento fabricado con el propósito de moverse en tierra mediante un motor o un instrumento fabricado para desplazarse por tierra remolcado, y al vehículo de motor autónomo, como aquel que puede funcionar por sí mismo sin ninguna operación por parte de su conductor o pasajeros. Asimismo, establece que, la utilización de un vehículo motorizado autónomo con el propósito de probar y/o investigar, deberá cumplir con los requisitos de operación segura prescritos por la Ordenanza del Ministro de Tierra, Infraestructura y Transporte y obtener el permiso de operación temporal que emitirá el Ministerio. Deberán contar con los dispositivos necesarios para percibir y advertir el mal funcionamiento (43).

En Japón, el Primer Ministro publicó el "Public-Private ITS: Initiative/Roadmaps 2017" titulado "Hacia la implementación de varios sistemas de conducción altamente automatizados en la sociedad", tiene útiles definiciones sobre el tema, analiza el impacto social mediante la introducción de los vehículos autónomos y, además, expone en forma clara la tecnología y el funcionamiento de aquellos (44). En cuanto a su legislación, en el art. 709 se encuentra la norma base que prescribe que cuando una persona que ha afectado intencionalmente o por negligencia los derechos de los demás, o los intereses legalmente protegidos, será responsable de compensar los daños que resulten en consecuencia (45).

(40) Disponible al 5/7/2018 en *https://www.cga.ct.gov/asp/cgabillstatus/cgabillstatus.asp?selBillType=Bill&bill_num=SB00260&which_year=2017.*

(41) Disponible al 5/7/2018 en *http://www.legis.ga.gov/Legislation/20172018/170801.pdf.*

(42) Disponible al 5/7/2018 en *http://wapp.capitol.tn.gov/apps/BillInfo/Default.aspx?BillNumber=SB0151.*

(43) "Motor Vehicle Management Act", disponible al 6/7/2018 en *http://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=35841&lang=ENG.*

(44) "Public-Private ITS: Initiative/Roadmaps 2017", disponible al 6/7/2018 en *https://japan.kantei.go.jp/policy/it/itsinitiative_roadmap2017.pdf.*

(45) *Civil Code* disponible al 6/7/2018 en *http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ky=requirement+for+perfection&re=02&page=9&la=01.*

Asimismo, en el *Japanise Automobile Accident Compensation Act,* establece la responsabilidad del operador del vehículo, término que comprende no solo al conductor, sino también al propietario o a quien tenga el control o gane un beneficio. También prevé un seguro obligatorio. Bajo ese contexto, en el documento *On the Legal Issues of the Automated Driving*, que se apoya en la división de niveles de automatización propuesta por NHTSA (46), señala que a los niveles que van del 1 al 3, se les aplica el marco jurídico de responsabilidad extracontractual y el *Automobile Accident Compensation Act.* El problema se suscita a partir del nivel 4, puesto que la regulación responsabiliza al conductor, quien no debe estar presente para la conducción del rodado (47).

En el marco de la Unión Europea, la Comisión de Transportes y Turismo (48) sugiere que se elabore un régimen de responsabilidad civil que incluya la carga de la prueba adaptado al desarrollo de vehículos autónomos; insiste en la importancia de garantizar una distribución clara de las responsabilidades entre los diseñadores, los fabricantes de los diferentes componentes y los montadores de vehículos autónomos, los prestadores de servicios (servicios de transporte o servicios necesarios para el funcionamiento de los vehículos autónomos) y los usuarios finales, a fin de garantizar la seguridad y los derechos de los pasajeros, la protección de los datos y la protección contra los ataques informáticos.

Asimismo, el documento "Liability for emerging digital technologies" (49), expresa que varios Estados miembros han comenzado a considerar las implicaciones de las tecnologías digitales emergentes en sus regímenes nacionales de responsabilidad. Por ejemplo, los ministros de justicia de los estados federales alemanes adoptaron una resolución en junio de 2017 pidiendo la adopción de medidas legislativas, incluso a nivel de la UE, según sea necesario, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual para el funcionamiento de los sistemas autónomos. En particular, en el ámbito de los automóviles autónomos, algunos Estados miembros de la Unión han introducido o propuesto legislación sectorial específica. Alemania modificó su Ley de Tráfico para permitir que los automóviles autónomos operen en las calles, siempre que un conductor humano esté presente para tomar el control en todo momento. Suecia ha introducido una ley que permite la prueba de vehículos autónomos y, en el Reino Unido, el gobierno ha propuesto una legislación que modificaría la legislación de seguros en relación con el posible despliegue de vehículos autónomos (50).

Agregamos que el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso español, presentó el 21 de julio de 2017 la "Proposición no de Ley sobre el impulso y desarrollo del vehículo autónomo" (162/000451) para su debate en Pleno. Allí define al vehículo autónomo como un automóvil robótico, sin conductor, que se adapta a las circunstancias de la vía (límites de velocidad, peatones, obstáculos, condiciones climatológicas, etc.). Este coche permite relegar la figura del conductor a un mero pasajero, cuya única función es comunicar la dirección a la que quiere llegar. Es decir, nos encontramos frente a un nuevo método de transporte, que nada tiene que ver con el vehículo de mandos que actualmente se conoce. Por ello, se insta al gobierno a establecer un marco jurídico adecuado que permita: a) promover el desarrollo y uso del vehículo autónomo desarrollando legislación específica y clasificando las posibles lagunas legales que plantea la introducción en circulación del vehículo autónomo; b) impulsar el desarrollo de un ecosistema de PYMEs altamente innovadoras asociadas al sector del automóvil y a la creación de empleo de calidad, y

(46) National Highway Traffic Safety Administration.

(47) Hilgendorf, Eric - Seidel, Uwe, *Robotics, Autonomics and the Law*, Nomos, Germany, 2017, p. 161-162.

(48) Informe del 27/1/2017 de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones a la Comisión Europea para creación de una directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica, disponible al 29/10/2017 en *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0005&format=XML&language=ES.*

(49) *Comission Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies*, SWD (2018) 137, Brussels, 25/4/2018, disponible al 25/6/2018 en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1529866817951&uri=CELEX:52018SC0137.*

(50) "Automated and Electric Vehicles Bill 2017-19", disponible al 6/7/2018 en *file:///C:/Users/Cecilia.LEOCE/Downloads/CBP-8118.pdf.*

c) desarrollar medidas que permitan mantener la industria del automóvil en el país, facilitando su transición hacia las necesidades del vehículo autónomo (51).

Tal como podemos ver, son escasos los ordenamientos jurídicos que poseen una normativa específica y completa en materia de vehículos autónomos. Veamos a continuación las mayores problemáticas que aquellos representan para la responsabilidad civil.

VI. Los desafíos del derecho de daños ante los vehículos autónomos

La división en niveles de automatización es de gran relevancia para el área de la responsabilidad civil, por cuanto aquellos nos permiten diferenciar en forma certera el grado de injerencia que posee el conductor en la toma de decisiones. Recordemos la importancia que tiene —lógicamente— esta figura. En muchos ordenamientos jurídicos (*v. gr.,* España), los conductores son —salvo excepciones— los llamados a responder. Asimismo, en algunos convenios internacionales se precisan sus deberes. Por ejemplo, en la Convención sobre la circulación vial celebrada en Ginebra el 19 de septiembre de 1949, se dispone que todo vehículo o combinación de vehículos enganchados deberán llevar un conductor y estos deberán estar en todo momento en situación de controlar su vehículo. Al aproximarse a otros usuarios de la carretera deberán tomar todas las precauciones necesarias para la seguridad de estos últimos (art. 8.1 y 5) (52). En igual sentido, el art. 13.1 de la Convención sobre la circulación vial (Viena, 8 de noviembre de 1968) exige que "todo conductor de vehículo deberá tener en toda circunstancia el dominio de su vehículo, de manera que pueda acomodarse a las exigencias de la prudencia y estar en todo momento en condiciones de efectuar todas las maniobras necesarias" (53). Es decir, despojar al conductor del rol protagónico que tenía hasta ahora, nos invita a repensar las bases de la responsabilidad civil en materia de accidentes de tránsito.

Retomando la clasificación propuesta por la DGT, en el caso de los rodados semiautónomos (niveles 0 a 3), el conductor conserva un rol activo y, por tanto, se le deberían aplicar las normas vigentes de cada país relativas a responsabilidad civil. Ello, aun cuando tenga una participación secundaria, puesto que el sistema confía en él para realizar determinadas funciones, o para circular en algunos entornos o bien, ante la incertidumbre.

En ese orden de ideas, se afirma que, si bien es cierto que los sistemas de ayuda a la conducción (incluso los más básicos), socavan en cierta medida la autonomía del conductor, este igualmente debe ser responsable de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación (54). Esta posición se fundamenta en que lo está conduciendo de una manera significativa, ya que motoriza el entorno y realiza la supervisión continua de las tareas ejecutadas por los sistemas de ayuda a la conducción. Por tal motivo, puede ser considerado conductor en la medida que es la persona que va al mando del vehículo (pto. 1 del anexo I LTCSV) (55).

En cuanto al rol del conductor en los vehículos semiautónomos, podemos mencionar como ejemplo el accidente protagonizado el 7 de mayo de 2016 por un Tesla modelo S semiautomático, el que golpeó y pasó por debajo de un camión que estaba realizando una maniobra de giro, produciéndole la muerte al conductor del vehículo. Los datos de rendimiento del sistema descargados revelaron que aquel estaba operando el automóvil usando sistemas de control de vehículos automáticos: *Traffic-Aware*

(51) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D: General 8, septiembre de 2017, disponible al 7/7/2018 en *http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-D-204.CODI.%29#(P%C3%A1gina32).*

(52) Convención sobre la circulación vial. Ginebra, 19 de septiembre de 1949, disponible al 7/7/2018 en *https://www.dipublico.org/10823/convencion-sobre-la-circulacion-vial-ginebra-19-de-septiembre-de-1949/.*

(53) Convención sobre la circulación vial. Viena, 8 de noviembre de 1968, disponible al 7/7/2018 en *https://www.dipublico.org/10838/convencion-sobre-la-circulacion-vial-viena-8-de-noviembre-de-1968/.*

(54) En sintonía con la LRCSCVM española y los arts. 1769 y 1757/8 del Cód. Civ. y Com.

(55) Castells I Marquès, Marina, "Vehículos autónomos y semiautónomos", en *Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 111.

Cruise Control y sistemas de mantenimiento de carril *Autosteer*. Las investigaciones arrojaron que, aunque el piloto automático funcionaba como estaba diseñado, no detectó el camión, dado que este estaba cortando el camino del automóvil en lugar de conducir directamente enfrente de él (como es frecuente). El sistema no estaba entrenado para reconocer la parte plana del camión como una amenaza. La falta de capacidad de respuesta del conductor del Tesla indicaba una dependencia excesiva de la automatización, por lo que, la autoridad competente concluyó que el choque no fue causado por un defecto específico en el sistema de piloto automático y, consecuentemente, Tesla no fue responsable del accidente. Se señaló que Tesla hizo lo correcto al advertir a sus clientes que el sistema de piloto automático exige su supervisión permanente. Desde ese accidente, Tesla ha cambiado el sistema del piloto automático de modo que, si un conductor ignora repetidamente las advertencias del piloto automático, el sistema dejará de funcionar y no podrá reiniciarse mientras dure el viaje. Si el conductor nunca responde, el automóvil disminuirá gradualmente la velocidad hasta que se detenga y las luces intermitentes de peligro se encenderán (56).

Un análisis completamente diferente merecen los estadios más avanzados (niveles 4 y 5), en los cuales el conductor ocupa un rol pasivo, puesto que el sistema efectúa todas las operaciones propias del manejo. En efecto, en el nivel 5 se consigna que "no se requiere conductor" y hasta alguna de estas unidades carecen de pedales y volante. Por consiguiente, resulta difícil atribuirle responsabilidad por el hecho propio.

En consonancia con lo expuesto hasta aquí, el documento "Liability for emerging digital technologies" (57) expresa que, en los primeros niveles, donde hay intervención del conductor, este tiene la responsabilidad de supervisar el automóvil y estar preparado para volver a tomar el control si es necesario. En los niveles más altos de automatización, el vehículo es capaz de operar sin intervención humana y con la automatización completa también en cualquier carretera y en cualquier condición. Es posible que ni siquiera haya una persona dentro del vehículo. En los del segundo grupo (niveles más altos), propone que la responsabilidad por daños se le asigne al conductor-titular (58)del vehículo según las normas de responsabilidad civil o al fabricante del vehículo automatizado conforme con las normas que implementan la directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos.

Por su parte, la Comisión de Transportes y Turismo para la Comisión de Asuntos Jurídicos (59) destaca que, a los efectos de la responsabilidad civil, cabe distinguir entre vehículos automatizados (que contienen un dispositivo que permite la realización automática de ciertas operaciones de conducción) y vehículos autónomos (que garantizan la totalidad de estas operaciones). En el primer caso, la conducción debe estar bajo el control permanente y la responsabilidad total del conductor y, en el segundo, la conducción no necesita de la supervisión constante, ni ningún tipo de intervención por parte del usuario. Entonces, en el primer supuesto (vehículos automatizados) el régimen de responsabilidad civil no varía con respecto al vehículo clásico, mientras que en el segundo (vehículos autónomos) la normativa se tiene que adaptar.

Frente a la orfandad legal, algunos autores españoles proponen que se traslade la responsabilidad del conductor al productor, la cual será más manifiesta a medida que aumente el nivel de automatización. Asimismo, deberán respon-

(56) "Comission Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies", SWD (2018) 137, Brussels, 25/4/2018, disponible al 25/6/2018 en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1529866817951&uri=CELEX:52018SC0137.*

(57) "Comission Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies", SWD (2018) 137, Brussels, 25/4/2018, disponible al 25/6/2018 en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1529866817951&uri=CELEX:52018SC0137.*

(58) Específicamente, utiliza los términos "driver/holder".

(59) Informe del 27/1/2017 de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones a la Comisión Europea para creación de una directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica, disponible al 29/10/2017 en *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0005&format=XML&language=ES.*

der el propietario del vehículo o su poseedor, de ostentar el control de la cosa y servirse de ella. Se mantiene la exigencia de la suscripción de un contrato de seguro (DGT, instrucción 15/V-113, v. ap. 3.2.1), la que se explica por la responsabilidad objetiva derivada de los daños causados a terceros por un bien del que somos propietarios, en virtud de lo dispuesto por el art. 1908.1 del Cód. Civil español (60).

VII. La solución del derecho argentino: la aplicación del art. 1769 del Cód. Civ. y Com.

El Código Civil y Comercial argentino posee una norma para los daños ocasionados por la circulación de vehículos, el art. 1769: "los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos". Por lo tanto, se aplican los arts. 1757 y 1758 que establecen un supuesto de responsabilidad objetiva y responden el dueño y el guardián en forma concurrente (61).

Tal como lo hemos señalado en otras oportunidades (62), la terminología empleada por el nuevo Código ("circulación de vehículos") resulta flexible y dócil para acoger a las nuevas tecnologías que se descubran en el futuro. La Real Academia Española define al "vehículo" como al "medio de transporte de personas o cosas" (63). Esto comprende, no solo automóviles, motocicletas u ómnibus, sino también cualquier elemento que permita trasladar sujetos o cosas por la vía pública. Debido a ello, la utilización del término "circulación de vehículos" abarca cualquier tipo de siniestro vial y excluye la referencia a evento imprevisible que contiene la denominación "accidente" (64).

En ese orden de ideas, tiene dicho la jurisprudencia que "la denominación circulación de vehículos es más amplia que la usual de accidentes de tránsito porque incluye a los daños producidos por automóviles (comprensivos de bicicletas, motos, máquinas agrícolas, etc.) no solo durante la circulación vial, sino también en todos los casos en los que media su intervención activa, estén o no en movimiento. En realidad, más que accidentes de automotores, de tránsito o de la circulación, se trata de siniestros viales, expresión que excluye la referencia a evento imprevisible que contiene la denominación "accidente" (65).

Se coligue de todo lo expuesto que, a los daños ocasionados por la circulación de vehículos autónomos se le aplican las disposiciones del art. 1769 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. No obstante ello, las particularidades que encarnan estos vehículos nos imponen un estudio más exhaustivo. Tal es el caso del *software* que será analizado en el apartado siguiente.

VIII. El guardián y el sujeto que debe mantener el *software*

Los productos de tecnología digital están abiertos a extensiones de *software*, actualizaciones y enmiendas una vez que se han puesto en circulación. Cualquier cambio en el *software* del sistema puede afectar el comportamiento de todo el sistema o de componentes individuales o puede extender su funcionalidad. El *software* puede ser reparado, actualizado o revisado por el productor del sistema o por componentes individuales del sistema o por terceros, de una manera que pueda afectar la seguridad de estas tecnologías. Las actualizaciones suelen cerrar los agujeros de seguridad a través de correcciones, pero los nuevos códigos también agregan

(60) Navas Navarro, S., "Smart Robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana", *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, nro. 20, 2016, p. 96, citado por Castells I Marquès, Marina, "Vehículos autónomos y semiautónomos", en *Inteligencia artificial…*, p. 113.

(61) Las obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes (arts. 850 y ss. Cód. Civ. y Com.).

(62) Danesi, Cecilia C., "Daños ocasionados por la circulación de vehículos en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2016-VI, 23, cita online: AR/DOC/1390/2016.

(63) Disponible al 6/7/2018 en *http://lema.rae.es/drae/?val=circulaci%C3%B3n*.

(64) Galdós, Jorge M., en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, t. VIII, p. 635.

(65) CCiv. y Com., Azul, sala II, 14/7/2016, "Maldonado, María Fabiana c. Orliacq, Silvana s/daños y perjuicios", Rubinzal Online; RC J 3867/16.

o eliminan características de manera que cambian el perfil de riesgo de estas tecnologías (66).

En el particular caso de los vehículos autónomos, poseen un código de máquina (*machine code*), cuyo contenido (integrado a un conjunto de instrucciones) es interpretado por un *embedded software*, el cual es el programa de ordenador que hace posible que pueda interactuar en el mundo físico. Es por ello que un error en el *software* puede conducir a un accidente (67). Resultan especialmente relevantes aquellos que afectan al *crash optimization algorithm*, el cual se encuentra presente en los vehículos con un grado de automatización más elevado (niveles 4 y 5). Este algoritmo, cuyo objetivo es minimizar los daños causados por un accidente de tráfico inevitable, se encarga de decidir contra qué o contra quién debe impactar (68). Otro defecto de *software* es aquel que tiene lugar cuando el vehículo comete un error de lógica, como consecuencia de una incorrecta traslación de las normas de circulación (v. gr., para resolver los conflictos de normas) o por encontrarse con unas condiciones para las que no estaba adecuadamente programado para dar respuesta (69).

Añadimos la conservación del *software*, su mantenimiento, la incorporación de las actualizaciones, etc. Esto no solo incluye cuestiones de mantenimiento o antivirus, sino también la incorporación de nuevos caminos, señalizaciones, cambios en la normativa vial, etcétera.

Todas esas cuestiones deben estar a cargo de un sujeto quien, a nuestro modo de ver, reviste el carácter del guardián y, por tanto, además del dueño, deberá responder en virtud de los arts. 1757, 1758 y 1769 del Cód. Civ. y Com. Ello, sin perjuicio —claro está— de la responsabilidad que se pueda endilgar a tenor de las normas de defensa del consumidor o por productos defectuosos.

Si bien, previo a la puesta en vigor del Código unificado existían discrepancias en torno la conceptualización de la figura del guardián (70), el art. 1758 del cuerpo normativo mencionado puso fin a la discusión doctrinaria. Así, el guardián es "quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella".

Señalan los Dres. Picasso y Saénz que ese control (uso o dirección) tiene que ser autónomo e independiente respecto de cualquier otra persona, con lo que, si utiliza la cosa siguiendo las instrucciones o directivas de otro, no asume la condición de guardián (71). También será guardián quien "obtiene un provecho" de la cosa, que es la teoría que coloca el deber de reparar los perjuicios en cabeza de quien logra ventajas de la realización de cierta actividad.

De todo lo expuesto, podemos concluir que el sujeto que tenga a su cargo el deber de mantener el *software,* deberá ser reputado "guardián" del vehículo autónomo y, por consiguiente, responder por los daños que aquel ocasione de conformidad con lo previsto por los arts. 1757, 1758 y 1769 del Cód. Civ. y Com. Ello, por cuanto, aquel sujeto (que puede ser el mismo productor o un tercero) deberá repararlo y/o actualizarlo; lo que en este último caso incluye la importante tarea de incorporar —por ejemplo— nuevas normativas viales (v. gr., la modi-

(66) "Comission Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies", SWD (2018) 137, Brussels, 25/4/2018, disponible al 25/6/2018 en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1529866817951&uri=CELEX:52018SC0137.*

(67) Goodall, N. J., "Machine ethics and automated vehicles", ps. 94-95, citado por Castells I Marquès, Marina, "Vehículos autónomos y semiautónomos", en *Inteligencia artificial…*, p. 119.

(68) Gurney, J. K., "Crashing into the unknown", ps. 257-258, citado por Castells I Marquès, Marina, "Vehículos autónomos y semiautónomos", en *Inteligencia artificial…*, p. 119.

(69) Marchant, G. E. - Lindor R. A., "The coming collision between autonomous vehicles and the liability system", ps. 137-138, citado por Castells I Marquès, Marina, "Vehículos autónomos y semiautónomos", en *Inteligencia artificial…*, p. 120.

(70) Mazeaud, Henri, *Lecciones de derecho civil*, Ejea, p. 225; Arean, Beatriz A., *Juicio por accidentes de tránsito,* Hammurabi, Buenos Aires, 2012, t. 4A, p. 741; entre otros.

(71) Sáenz, Luis, en Herrera, Marisa, Picasso, Sebastián y Caramelo, Gustavo (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Buenos Aires, t. IV, p. 491. Disponible al 1/5/2016 en *http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf.*

ficación de las velocidades máximas y mínimas permitidas). Claramente, quien realice esta tarea, no solo puede controlar el vehículo, sino que también lo puede convertir en obsoleto, destruirlo y hasta incrementar su peligrosidad. Además, también obtiene un beneficio económico por esa tarea.

En suma, el titular registral (dueño) y el sujeto que tenga a su cargo el mantenimiento del *software* (guardián), responderán en forma concurrente por los daños que ocasione el vehículo autónomo.

IX. Conclusión

La autonomía que posee la inteligencia artificial es el gran desafío con el que se encuentra el derecho de daños. La imprevisibilidad en la toma de sus decisiones pone en jaque a los institutos tradicionales de la responsabilidad civil, por lo que resulta difícil hallar uno capaz de abordar todas particularidades de presenta la IA.

Frente a ello, y ante la ausencia de una regulación específica, la responsabilidad por la actividad de ciertas actividades y cosas riesgosas (arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.), aparece como la más razonable ante la elevada potencialidad dañosa que posee la IA.

En lo que concierne a los vehículos autónomos, en los niveles 0 a 3 (vehículos automatizados o semiautónomos) se aplicarán las mismas disposiciones que a los rodados "clásicos" por cuanto, el conductor conserva un rol activo. Ello sucede aun en el nivel 3, donde aquel debe estar permanentemente alerta a las intervenciones que le requiera el sistema.

La problemática se suscita en los niveles 4 y 5, en los cuales, el sistema puede desarrollar en cualquier entorno todas las funciones atinentes a la conducción. Afortunadamente, la terminología flexible utilizada por el art. 1769 del Cód. Civ. y Com. argentino brinda asidero legal a los daños que se ocasionen con los vehículos autónomos. Es más, gracias a la aplicación que hace —por remisión— a la Teoría del Riesgo Creado, logra cobijar bajo la figura del guardián al sujeto que tenga el deber de actualizar, mantener y reparar el *software*.

El futuro de la regulación en protección de datos personales en la Argentina

POR **JOHANNA CATERINA FALIERO** (*)

I. Introducción

La protección de datos personales, como aquella disciplina jurídica tuitiva que se encarga de proteger los datos personales de los titulares, débil jurídico de la relación de tratamiento de datos frente al responsable de estos, con miras a la preservación de su derecho de autodeterminación informativa, representa en la actualidad, en nuestra era de datos, un punto regulatorio clave en las normativas regionales y locales de todo el mundo.

La tutela de los datos personales, no solo como un desprendimiento de un derecho personalísimo del individuo, sino también como una manifestación y extensión de la soberanía nacional, se sitúa como una de las preocupaciones cardinales en las agendas gubernamentales de los estados.

Desde una visión institucional u organizacional, la planificación estratégica en materia de gobierno de datos ya no constituye una actividad o área que se limita solo a aquellas organizaciones o instituciones de gran porte que trabajan con grandes volúmenes y flujos de datos. Hoy día, todo actor que trabaja con datos, es decir, que realiza tratamiento de datos personales, independientemente de su envergadura, debe velar por la protección, integridad y seguridad de, muy probablemente, el activo más valioso que posee.

Los datos en relación constituyen información, y la información en la era de datos es mercancía de intercambio. El flujo de datos, su tráfico y la producción de valor a través de su tratamiento constituyen la manifestación más ostensible de que nuestra moderna economía se encuentra sostenida en lo intangible.

Por otra parte, la protección de datos personales encuentra minuto a minuto nuevos desafíos, riesgos y daños posibles, así como vacíos e interrogantes regulatorios, frente al incontenible avance de las técnicas de procesamiento de datos, las que, al incrementar sus velocidades, volúmenes, complejidad y posibilidades, generan escenarios nuevos, en los que se debaten los derechos de los titulares de los datos, las necesidades de la industria de procesamiento de datos y la realidad del hecho técnico que, cada vez, demuestra ser más incontenible en sus consecuencias.

Efectuado este breve racconto introductorio, no resulta sorpresivo comprender el porqué de la necesidad basal de actualizar la normativa en protección de datos personales, puesto que no solo no regula un derecho y un objeto estático, sino que condiciona una realidad tecnológica que se encuentra en permanente evolución y crecimiento.

(*) Consultora, asesora y representante legal especializada para Argentina, LATAM y Caribe en Derecho Informático, Data Privacy e Infosecurity, entre otras temáticas. Directora de Faliero Attorneys At Law. Doctoranda y especialista en Derecho Informático y abogada en Derecho Empresarial y Privado (F. Derecho UBA). Profesora (F. Derecho UBA, F. Ingeniería UNDEF, F. Derecho USAL, F. Derecho y F. Ingeniería UP, ADACSI-ISACA Bs. As. Chapter), investigadora adscripta Inst. Gioja, UBACyT, DeCyT y PII.

En el presente artículo se verá cómo se sitúa nuestro panorama regulatorio nacional frente a la reforma del actual régimen de protección de datos personales, cuál es el futuro de la regulación que se encuentra prevista en sustitución de la vigente y cómo se proyecta su impacto en esta área tan crítica de nuestra sociedad.

II. La protección de datos personales en la Argentina, la ley 25.326 y su proyecto de reforma

A modo de breve recorrido por nuestra evolución normativa, la primera regulación en materia de protección de datos personales en el sistema normativo argentino ha sido el juego del art. 33, protección de datos personales como un derecho implícito, art. 19 —principio de reserva— y art. 18 —inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados— de nuestra Constitución Nacional, y por medio del art. 1071 bis del entonces Cód. Civil —Código Civil de la Nación Argentina velezano—, el que fuera reemplazado por el actual art. 1770 del Cód. Civ. y Com. —Código Civil y Comercial de la Nación Argentina—, por vía de la regulación del derecho a la intimidad.

Tiempo más tarde, con la Reforma Constitucional del año 1994, se incorporó a la Constitución Nacional el art. 43 que, en su párrafo tercero, introduce la figura del hábeas data, en el que se reconocen los derechos clásicos en materia de protección de datos, conocidos como "derechos ARCO" por los de acceso-rectificación-confidencialidad/cancelación-oposición.

Finalmente, la protección de datos personales en la Argentina recibe su regulación específica con la sanción de la ley 25.326, de Protección de los Datos Personales, reglamentada por el decreto 1558/2001.

El objeto de la Ley de Protección de Datos Personales 25.326 es amplio y referido a la actividad que representa el tratamiento de datos y focaliza su eje protectorio en el derecho humano fundamental de origen constitucional implícito, es decir, el de autodeterminación informativa.

La Ley de Protección de los Datos Personales 25.326 enuncia en su art. 1º (1) que tendrá por objeto la protección integral de los datos personales, mas no define *per se* qué es la protección integral de los datos personales (2).

La ley 25.326, sancionada el 4 de octubre del año 2000 y promulgada el 30 de octubre del mismo año, estableció el régimen de protección con disposiciones y principios generales, la enunciación acabada de los derechos de los titulares de los datos, derechos y deberes de los usuarios y responsables, el deber de inscripción de las bases de datos, su control, un sistema sancionatorio frente al incumplimiento de la norma y la regulación procedimental de la acción de protección de datos personales.

La ley 25.326 fue reglamentada por el decreto 1558/2001, modificado por el decreto 1160/2010. Su actual órgano de control, es decir, su autoridad de aplicación —la Agencia de Acceso a la Información Pública (3)— tiene como una de sus funciones el dictado de las normas y reglamentaciones que se deben observar en el desarrollo de las actividades comprendidas por la ley, conforme con el art. 29, inc. b).

Para ello, a lo largo de los años ha dictado numerosas disposiciones regulatorias en una pluralidad de temas relativos a la protección de datos personales (p. ej., normas registrales,

(1) Ley 25.326, art. 1º: "(Objeto). La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

"Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal.

"En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas".

(2) Puccinelli, Oscar R., "Argentina frente a los requerimientos de la comunidad europea en materia de tratamiento de datos personales: es tiempo de cambios", MJ-DOC-3184-AR | MJD3184, 6/7/2007.

(3) Decreto 899/2017, Acceso a la información pública. Modificación por decretos 1558/2001, 357/2002 y 1172/2003. Ciudad de Buenos Aires, 3/11/2017. Art. 2º: "Toda referencia normativa a la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, su competencia o sus autoridades, se considerará referida a la Agencia de Acceso a la Información Pública".

régimen sancionatorio, regulaciones especiales, normas de inspección y control, guías de buenas prácticas, organización interna, registro nacional "no llame", etc.), disposiciones regulatorias que la misma autoridad de aplicación ha ido modificando progresivamente.

La Ley de Protección de Datos Personales actualmente se encuentra atravesando un proceso que tiene por objeto su reforma, que inicia en 2016. A estos fines y en el marco del Proyecto denominado Justicia 2020, creado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, durante el año 2016 se recibieron aportes de los más diversos y prestigiosos representantes de todos los sectores de la sociedad civil (sector privado, gobierno, academia, tercer sector) respecto de los puntos a reformar de la norma, a partir de los cuales se elaboró el documento "Ley de Protección de Datos Personales en Argentina. Sugerencias y aportes recibidos en el proceso de reflexión sobre la necesidad de su reforma. Agosto-Diciembre 2016" (4) de la entonces Dirección Nacional de Protección de Datos, ahora denominada Agencia de Acceso a la Información Pública.

En consonancia con estos aportes recibidos, se procedió a la redacción de una primera versión del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales (5), el que fuera publicado el 1 de febrero de 2017.

Luego de su publicación, y durante el transcurso de ese mismo mes, se recibieron nuevamente aportes críticos de los diversos representantes de todos los sectores de la sociedad civil, a partir de lo cual se elaboró una segunda versión de la redacción del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales (6).

De esta última versión y sus correcciones, se desprende el Proyecto de Reforma a la Ley de Protección de Datos Personales (7) que se envió el 19 de septiembre de 2018 al Congreso de la Nación, el que propone la derogación de la Ley de Protección de los Datos Personales 25.326, de su modificatoria 26.343 y de la ley 26.951, de creación, en el ámbito de la entonces Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, hoy Agencia de Acceso a la Información Pública, organismo descentralizado en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros, del Registro Nacional "No Llame".

Si dicho Proyecto se aprueba conforme a su redacción, se establece en su art. 89, del mismo modo que se efectuó con la sanción y entrada en vigencia del nuevo marco regulatorio europeo, tal como se verá en el título que sigue, un plazo de dos años desde su publicación en el Boletín Oficial para la entrada en vigencia de las disposiciones de la nueva ley.

III. El impacto del nuevo régimen regulatorio europeo en protección de datos y su recepción en la Argentina

Nuestra regulación a la fecha, así como la amplia mayoría de las regulaciones latinoamericanas en materia de protección de datos personales, ha seguido la orientación y desarrollos históricos que se originaron en Europa y su modelo protectorio. En líneas generales, las legislaciones latinoamericanas se han centrado en la protección de los derechos a la intimidad y privacidad, así como en la acción de hábeas data, lo que se ha incluido expresamente en sus constituciones, así como en leyes especiales, tal como es el caso argentino (8).

La regulación europea en materia de protección de datos personales ha sido de avanzada en el resguardo de las garantías individuales. Encuentra su sustrato jurídico en la protección del derecho fundamental a la intimidad y priva-

(4) Disponible en: *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento_aportes_reforma_ley25326_0.pdf*.

(5) Primera versión del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales. Disponible en: *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_de_ley_de_proteccion_de_los_datos_personales.pdf*.

(6) Segunda versión del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales. Disponible en: *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_reforma_ley_proteccion_de_los_datos_personales_nueva_version.pdf*.

(7) Proyecto de ley: INLEG-2018-46290265-APN-PTE, Ciudad de Buenos Aires, miércoles 19 de septiembre de 2018, ref.: EX-2017-01309839-APN-DGDYD#SLYT - Proyecto de Ley Datos Personales.

(8) Puccinelli, Oscar R., "Argentina frente a los requerimientos...", cit.

cidad que garantiza la Convención Europea de Derechos Humanos del año 1950 en su art. 8º.

La Unión Europea como región ha buscado garantizar principiológicamente la aplicación sistemática de este derecho desde su fundación en adelante. Para ello creó un marco institucional reforzado donde se plasmaron normas centrales y uniformes exigibles a nivel regional, de las cuales derivarían las legislaciones nacionales europeas en concordancia con las normas superiores. Este marco institucional al que se hace referencia en la actualidad está compuesto por el Tratado de Lisboa del año 2007 y el Programa de Estocolmo y el Consejo Europeo de junio de 2014, donde se fijó entre los objetivos de la región la optimización en la protección de datos personales.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza en particular en sus arts. 7º y 8º el derecho a la vida privada y la protección de los datos de carácter personal como derechos humanos autónomos y fundamentales.

En lo que respecta a la regulación central en protección de datos personales, el Convenio 108 de 1981 o Convenio de Estrasburgo fue el primer cuerpo sistematizado regional e internacional en el que se trató específicamente la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, sustentando en el derecho a la privacidad, del cual se derivaron las directivas y los reglamentos.

Los instrumentos legislativos regionales a nivel europeo en temáticas relativas a la protección de datos personales elaborados son los siguientes: la Directiva 2002/58/CE(9), modificada en 2009, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la Directiva 2006/24/CE(10) sobre la conservación de datos (declarada inválida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 8 de abril de 2014 por infringir el derecho a la vida privada y la protección de datos), el Reglamento (CE) 45/2001(11) sobre tratamiento de datos personales por instituciones y organismos comunitarios, la Decisión Marco del Consejo de 2008(12) relativa a la protección de datos personales en relación a tareas de cooperación policial y judicial en materia penal.

El instrumento central, imitado por nuestra legislación, que se encontró vigente hasta el 25 de mayo de 2018, ha sido la Directiva 95/46/CE(13) (Reglamento general de protección de datos) relativa a la protección de datos, del 24 de octubre de 1995(14).

Esta directiva se ocupaba de regular la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales, centrada en el principio de información y consentimiento explícito del titular de los datos, así como la libre circulación de estos. A su vez, establecía las condiciones generales de licitud de tratamiento, al mismo tiempo que enunciaba y definía los derechos de sus titulares, así como la definición de autoridades en la materia que debían actuar a nivel local.

A modo de síntesis, la Directiva 95/46/CE sirvió de estándar uniformador para las legislaciones en protección de datos, no solo de la Unión Europea sino también de todo el mundo.

A más de una década de su vigencia, e impulsada en los últimos años, se gestó la reforma y derogación de la Directiva 95/46/CE por el Reglamento del Parlamento Europeo y

(9) Disponible en: *https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/dir_2002_58_es.pdf* (4/3/2017).

(10) Disponible en: *https://www.boe.es/doue/2006/105/L00054-00063.pdf* (4/3/2017).

(11) Disponible en: *http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/application/286_es.pdf* (4/3/2017).

(12) UE. Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, del 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Disponible en: *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0977&from=ES* (4/3/2017).

(13) Disponible en: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:es:HTML* (4/3/2017).

(14) Martínez, Matilde S., "Nueva propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de datos personales. Protección de datos en el entorno digital. La realidad argentina", MJ-DOC-6339-ARMJD6339, 2/7/2013.

del Consejo (UE) 2016/679 (15) y la Directiva (UE) 2016/680 (16), dirigida a reformular la legislación de la Unión, salvaguardar los derechos de protección ya asentados profundizando su tutela, al mismo tiempo que procuró otras finalidades, relativas a la circulación de datos y la satisfacción de necesidades de índole económica-empresarial.

La reforma de 2016 se dio como respuesta a los cambios que evidenció el acceso, la recolección, el procesamiento y uso, así como el intercambio de los datos en los últimos tiempos, escenario tecnológico muy diverso respecto de aquel en el que se gestó la Directiva 95/46/CE.

A partir de ello, se les otorgó a los países integrantes de la región un plazo de dos años para adecuarse al nuevo marco regulatorio. Así lo hicieron, modificando sus respectivas leyes especiales, los países que así lo requerían, o creando protocolos de aplicación o adecuación.

El 25 de mayo de 2018 entraron en vigor el Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, junto con la Directiva (UE) 2016/680, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

La primera norma mencionada tiene por objetivo asegurar un marco de protección uniforme a nivel regional y de aplicación directa a los países miembros de la Unión, sin necesidad de adecuación legislativa local, dando un plazo generoso de dos años en cuanto a su entrada en vigencia y aplicabilidad, mientras que la segunda busca otorgar una normativa central y armónica en materia de cooperación transfronteriza en la región en la persecución delictiva y protección de datos que para ello se utilicen (17).

Entre sus contribuciones, se encuentran la profundización del sistema protectorio y los principios relativos al tratamiento de datos personales y al tratamiento de las categorías especiales de datos que define, la modernización y ampliación de conceptos, así como la incorporación de otros, la conservación de los derechos reconocidos de los titulares de los datos, y la facilitación de tareas a las empresas, por su introducción en la aldea comercial regional.

Las novedades troncales que introduce giran en torno a la jerarquización de la importancia del consentimiento expreso del titular del dato, el que caracteriza como "… un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen…", el que debe ser demostrable por el responsable de tratamiento, la introducción del derecho al olvido y el derecho de portabilidad de datos, así como a la creación de la figura del Delegado de Protección de Datos, el que debe ser nombrado en cada organismo público —a excepción de algunos— con el fin de velar por el cumplimiento del Reglamento en aquellos operadores que traten volúmenes de datos a gran escala.

Nuestra similitud regulatoria con el modelo europeo de protección de datos se dio centralmente con el objetivo de facilitar la transferencia de datos desde Europa, actividad fundamental de la industria de tratamiento y requerimiento básico por su carácter transnacional.

Es así que la Argentina fue considerada en el año 2003, por la "Decisión de la Comisión del 30/06/2003 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la

(15) Disponible en: *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES* (4/3/2017).

(16) Disponible en: *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=ES* (4/3/2017).

(17) Actiance, "GDPR Compliance and Its Impact on Security and Data Protection Programs", *Osterman Research White Paper,* January 2017. Disponible en: *https://www.mimecast.com/globalassets/documents/whitepapers/gdpr_compliance-_-impact_on_security_and_data_protection-programs.pdf* (21/12/2017).

adecuación de la protección de los datos personales en Argentina", como país adecuado para el tratamiento de datos personales conforme con el estándar europeo.

Claro está que, frente a la modificación del régimen europeo y tal como cualquier otro parámetro de certificación, al variar el marco regulatorio, dicha calificación indefectiblemente cae por cambiar las circunstancias que permitieron su afirmación.

Es así que, desde la entrada en vigor del nuevo régimen europeo, tanto nuestro país como los otros indicados como países adecuados para el tratamiento según sus estándares, debemos nuevamente adecuarnos para preservar dicha calificación.

También es necesario mencionar que el sector privado respondió de manera particular a la adecuación al nuevo Reglamento General europeo, uniformando su regulación, efectuando auditorías, tareas relativas al *compliance* normativo del nuevo reglamento, informes y evaluaciones, capacitaciones y *aggiornamiento* de procedimientos internos de tratamiento, en la medida de sus posibilidades y según su caso particular, de manera más o menos robusta.

Entre los fundamentos del Proyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales enviado al Congreso de la Nación en septiembre de 2018, se citan, además de dotar a nuestro país de una regulación moderna y actualizada, los antecedentes del nuevo contexto internacional en la materia, en alusión a la reforma del régimen europeo.

Es por ello que entre los fundamentos expuestos señala: "... Cabe destacar que la República Argentina desde el año 2003 es considerada por la Unión Europea como un país con legislación adecuada para la protección de los datos personales (Comisión de las Comunidades Europeas - Decisión de la Comisión C (2003)1731 de fecha 30 de junio de 2003 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina). Sin perjuicio de esto, se advierte que esta situación puede cambiar con la adopción del Reglamento (UE) 2016/679, motivo por el cual se propone la presente reforma con la finalidad de mantener los estándares internacionales a los que nuestra legislación supo adaptarse, lo cual traerá consigo nuevas posibilidades de innovación e inversión en nuestro país...". A su vez, y como referencia para el contenido de la reforma proyectada y su texto, se expresó que se ha tenido en cuenta la regulación internacional citada, entre ellas la europea.

IV. El Proyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales

El Proyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales, presentado al Congreso de la Nación el 19 de septiembre de 2018, sigue aproximadamente la estructura que tenía la ley 25.326 en cuanto a la sucesión de su articulado y la progresividad de cómo se suceden las temáticas planteadas, a excepción, claro está, de los artículos y segmentos que introducen temáticas o figuras novedosas anteriormente no receptadas.

Claro está que, *brevitatis causae,* no es posible aquí efectuar un análisis granular con la extensión y profundidad que merece el articulado de dicho Proyecto, lo que podría demandar por lo bajo cientos de páginas; la intención del presente artículo es señalar su proyección, impactos y reflexiones que emanan de la nueva redacción propuesta, en sus aspectos más salientes, específicamente en lo atinente a sus definiciones, principios y derechos, por los grandes cambios que vendrán en la materia y que nos generarán, como operadores jurídicos, la impostergable tarea de trabajar con ellos, y evaluar sus posibles respuestas, desafíos y consecuencias desde el plano legal y su repercusión en el ámbito de la protección de datos, así como en el de los derechos diversos que atañen a los titulares de los datos.

IV.1. Objeto

Conforme enuncia el art. 1º del Proyecto, "La presente Ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales a fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de sus titulares, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero, de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte".

Dicha redacción concluye el debate doctrinario que surgía en torno al ámbito de aplicación, ya que en la ley 25.326 se enunciaba que "La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes…", lo cual ocasionó desde lo técnico inmensa confusión. La protección integral del dato no puede verse limitada por la finalidad de la base de datos sobre la cual se encuentra asentada, por lo que resulta una clarificación positiva la simplificación del objeto que tutela la norma, en consonancia a cómo se enuncia el mismo en las normas observables de derecho comparado, que no han incurrido en ese error histórico.

IV.2. Definiciones

El art. 2º del Proyecto amplía el conjunto de definiciones de la norma, así como el nuevo Reglamento Europeo, el que también ensanchó este segmento introduciendo conceptos novedosos.

La ley 25.326 definía los conceptos de: datos personales, datos sensibles, archivo, registro, base o banco de datos, tratamiento de datos, responsable de archivo, registro, base o banco de datos, datos informatizados, titular de los datos, usuario de datos y disociación de datos.

El Proyecto, por su parte, define muchos más conceptos, como: autoridad de control, base de datos, datos personales, datos sensibles, disociación de datos, encargado del tratamiento, entidades crediticias, fuentes de acceso público irrestricto, fuentes de acceso público restricto, grupo económico, incidente de seguridad de datos personales, responsable de tratamiento, tercero, titular de los datos, transferencia internacional y tratamiento de datos.

Sin perjuicio de ello, lo cual resulta un innegable avance en consonancia con lo mencionado, existen ciertos puntos a destacar, los cuales resultan críticos en relación con el escenario actual en procesamiento de datos.

El primero de ellos es continuar definiendo al dato como sinónimo de información, error conceptual técnico en el que sigue incurriendo la regulación actual mayoritaria, puesto que la información son datos en relación, ambos conceptos son diversos en cuanto a funcionalidad y alcance. Un dato, en términos técnicos, es un registro, una representación formal de algo, un factor objetivo sobre algo determinado, mientras que la información es un conocimiento basado en datos procesados.

El segundo de ellos es definir que algo (una persona, por ejemplo) es indeterminable cuando "…para lograr su identificación, se requiera la aplicación de medidas o plazos desproporcionados o inviables", ya que ello no solo es un criterio subjetivo y circunstanciado al caso (p. ej., lo que resulta inviable para una organización que procesa datos de manera escasa resulta sobradamente viable para otra que se dedica a tareas de Big Data y minería de datos), sino que también se encuentra condicionado al momento científico.

Las técnicas de procesamiento de datos evolucionan a tal ritmo que aquello que hoy se concibe como imposible tal vez a poco de la entrada en vigor de la norma deje de serlo. Un clarísimo ejemplo de ello es la capacidad actual que existe de reversar, es decir, volver atrás los procesos de disociación de datos, por lo que todo el paradigma actual, que sostiene el procedimiento de disociación del dato como mecanismo seguro para seguir operando con datos una vez operado el cese de su finalidad de tratamiento, ya no es tal, sino que puede ser vulnerado.

El matiz abierto de la definición de dato sensible permite comprender o derivar razonablemente que las categorías de datos biométricos y datos genéticos, por su altísima sensibilidad, conforman parte de su tipología.

No obstante, resulta una oportunidad perdida continuar limitando la sensibilidad del dato a la capacidad de afectación de la esfera íntima del titular con potencialidad discriminatoria, puesto que la sensibilidad entendida en términos interdisciplinarios en procesamiento de datos no refiere únicamente a la discriminación, sino, más ampliamente, a la capacidad de afectar o dañar a su titular, lo cual nos hubiera situado de receptarlo en una legislación de punta y ejemplar en el tema.

Lo último referente en materia de definiciones es la relativa vaguedad conceptual, aunque se puede comprender que ello responde a alcanzar con esta norma un lenguaje más llano y cercano al lector. Del mismo modo que enuncié mi opinión con respecto a la terminología utilizada por el unificado Código Civil y Comercial en su momento, la simpleza del lenguaje no puede afectar la precisión técnica que se requiere en la ley como herramienta del derecho, por lo que se debe intentar un balance, para que el hecho de utilizar un lenguaje menos complejo no implique vaguedad conceptual y discrecionalidad a costa de su simplificación, porque la seguridad jurídica no es un bien renunciable a cambio de ello.

IV.3. Principios relativos al tratamiento de datos

La ley 25.326 receptaba los principios de licitud, calidad de los datos, consentimiento, información, seguridad, confidencialidad, cesión y transferencia internacional, como aquellos relativos al tratamiento de categorías específicas de datos. Por su parte, en la reforma se proyecta la introducción de nuevos principios, así como la modificación de los parámetros de algunos de los enunciados.

Se plantea en el Proyecto de Reforma, al igual que el régimen europeo actual, el principio de extraterritorialidad en el art. 4º, cuyos supuestos enuncian en cuanto al ámbito de aplicación: "Las normas de la presente Ley serán de aplicación cuando: a. El responsable del tratamiento se encuentre establecido en el territorio nacional, aun cuando el tratamiento de datos tenga lugar fuera de dicho territorio; b. El responsable del tratamiento no se encuentre establecido en el territorio nacional, sino en un lugar en que se aplica la legislación nacional en virtud del derecho internacional; c. El tratamiento de datos de titulares que residan en la República Argentina sea realizado por un responsable del tratamiento que no se encuentre establecido en el territorio nacional, y las actividades de dicho tratamiento se encuentren relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos titulares de los datos en la República Argentina, o con el seguimiento de sus actos, comportamientos o intereses; excepto cuando la ley del lugar donde se encuentra el responsable del tratamiento sea más favorable para la protección del titular de los datos".

El art. 5º del Proyecto enuncia los principios de lealtad, aplicable a los medios de tratamientos de los datos, los cuales no deben ser ni engañosos ni fraudulentos, y de transparencia, aunque no define qué implica esto último. Una interpretación posible de ello sería entender por transparencia el concepto actual que manejamos de transparencia informativa, la que debería versar no solo sobre qué datos se obtienen del titular y con qué finalidad se los procesa, sino también en informar a este sujeto de cómo se efectúa el tratamiento de los datos y en qué consiste su procesamiento.

Luego, en el art. 6º se encuentra receptado el principio de finalidad, que debe ser determinada, explícita y legítima, y el tratamiento de los datos deberá ser compatible con esta. No obstante, resulta una peligrosa afirmación aquello que se enuncia en su párrafo segundo, el que dice que "No se considerarán incompatibles con los fines iniciales tanto el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos, como tampoco el tratamiento de datos con fines que pudieron ser, de acuerdo al contexto, razonablemente presumidos por el titular de los datos", ya que aquello que razonablemente puede presumir un titular del dato se encuentra francamente limitado a aquello que puede imaginar desde su capacidad técnica, y el ensanchar la compatibilidad de finalidades expresas a aquellas que razonablemente se pueden presumir es algo no solo vago, sino que generará inseguridad jurídica.

En el art. 7º se enuncia el principio de minimización de datos, en el art. 8º el de exactitud, y en el 9º el principio de caducidad bajo el título "Plazo de conservación", principios cuya redacción resulta pertinente, clara y adecuada.

Por su parte, y tal como lo hiciera el nuevo régimen europeo, se introduce el principio de responsabilidad proactiva en el art. 10, lo cual resulta un gran avance, ya que pesa en cabeza del responsable de tratamiento el deber de demostrar a la autoridad de aplicación su cabal cumplimiento normativo y efectiva implementación de las medidas técnicas y organizativas que dispone la ley.

En lo que respecta al principio de licitud del tratamiento de datos, enunciado en el art. 11 del Proyecto, resulta necesario efectuar una detenida lectura del mismo completando su contenido, especialmente en sus supuestos más controvertidos, con las definiciones que la misma ley brinda, ya que cuando refiere a "consentimiento" debemos comprender que entiende por lícito todo aquello que la ley entiende por consentido, lo mismo respecto del tratamiento de datos de "fuentes de acceso público irrestricto", que en el art. 2º define como "Fuente de acceso público irrestricto: la que contiene información destinada a ser difundida al público, de libre acceso e intercambio por razones de interés general, accesible ya sea en forma gratuita o mediante una contraprestación", cuando ello podría generar incontables prácticas abusivas de perfilamiento conforme con las actuales y modernas técnicas de procesamiento de datos y la multiplicidad de bases de datos que revisten esta condición.

Por último, también es necesario detenerse en que se considerará lícito el tratamiento de datos conforme al inc. g), cuando "…sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos del titular de los datos, en particular cuando el titular sea un niño, niña o adolescente", lo cual podría dar lugar a abusos en el procesamiento por parte de los responsables de tratamiento, quienes unilateralmente, en principio, decidirían si su interés es legítimo y si, según su criterio industrial, este no cede frente al derecho humano del titular.

Una de las novedades más controversiales introducidas en los principios y que probablemente más nos distancian del nuevo régimen regulatorio europeo, es la redacción del art. 12 sobre consentimiento, en el que se prescribe que el tratamiento de datos requiere del consentimiento libre e informado, y que el mismo puede ser obtenido en forma expresa o tácita, receptando a su vez las excepciones que se listan en el art. 14 y la capacidad de revocarlo en cualquier momento en el art. 13.

Se define la admisibilidad del consentimiento tácito del siguiente modo: "El consentimiento tácito es admitido cuando surja de manera manifiesta del contexto del tratamiento de datos y la conducta del titular de los datos sea suficiente para demostrar la existencia de su autorización. Es admisible únicamente cuando los datos requeridos sean necesarios para la finalidad que motiva la recolección y se haya puesto a disposición del titular de los datos la información prevista en el artículo 15, sin que éste manifieste su oposición. El tratamiento de datos ulterior debe ser compatible con las finalidades manifiestas que surgen del contexto que originó la recolección. En ningún caso procede para el tratamiento de datos sensibles".

Sin perjuicio de que es posible considerar como antagónica la existencia de lo que se podría denominar sistemas de consentimiento, expreso y tácito, ya que el primero recepta excepciones, pero no admite el segundo, es a todas luces peligroso introducir la posibilidad de consentimiento tácito en relaciones jurídicas donde existe un sujeto vulnerable o débil jurídico.

Ni en el ámbito de los derechos del consumidor, ni en el ámbito de los derechos del paciente, se recepta en la actualidad la posibilidad de consentimiento tácito, por ser contradictorio con el paradigma protectorio vigente; la protección de datos no es ajena a ello, porque es otro de los tantos regímenes tuitivos de nuestro derecho.

Para enunciar un ejemplo muy gráfico de debilidad y potencia —relación experto a profano—, si una decisión sobre el cuerpo de un paciente fuera dependiente de lo que el médico unilateralmente decidiera sobre este bajo el precepto de que él presume la voluntad contextuada del paciente y entiende que surge de manera manifiesta del contexto y la conducta del paciente y la información que recibió, esto sería visto como un clarísimo ejemplo de paternalismo médico y como una aberrante conculcación al derecho de autodeterminación y autonomía de la voluntad del paciente y la disposición sobre su propio cuerpo, entre numerosísimos otros derechos humanos fundamentales que se verían vulnerados.

En materia de protección de datos personales, receptar la admisibilidad del consentimiento tácito es antagónico a la construcción del concepto de autodeterminación informativa del titular del dato, derecho humano fundamental

sobre el cual se apoya la protección de sus datos personales.

Conforme con la definición que nos brinda el Dr. Eduardo Molina Quiroga, jurista nacional referente en materia de protección: "La protección de datos personales, autodeterminación informativa o libertad informática forma parte del núcleo de los derechos denominados de 'tercera generación'.

El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal, como derecho de la llamada tercera generación, es uno de los exponentes del conflicto tecnología-Derecho, cuya razón de ser reside en dar al individuo la posibilidad efectiva de disponer y controlar los datos que le conciernen. Excede largamente el ámbito de la tutela a la intimidad o vida privada, aun cuando claramente la contiene" (18).

La autodeterminación informativa, derecho personalísimo de todo titular de gobernar los datos a él referidos, implica tres aristas a tener en cuenta: la autonomía de la voluntad del titular de los datos, el deber / derecho de información hacia el titular sobre los datos y acciones y condiciones de procesamiento que se efectúen sobre estos, y la información como sinónimo —inadecuadamente utilizado— del objeto jurídico protegido, los datos. En relación con esto último, se protege todo dato que procesado pueda transformarse en información.

El consentimiento tácito, conocido también como consentimiento fluido, no es otra cosa que aquello que requiere la industria de procesamiento de datos para agilizar su procesamiento, a costa del ejercicio del derecho de autodeterminación informativa de sus titulares.

El deber de información que pesa sobre el responsable de tratamiento, que se refleja en el derecho a la información del titular del dato, se expresa en el art. 15, en el que se enuncia a modo no taxativo la información que se le debe brindar al titular de los datos antes de su recolección.

Desde ya, hubiera sido un buen aporte incluir en el piso de información mínima a brindar la explicación al titular del dato relativa a las técnicas de procesamiento a aplicar sobre sus datos, en qué consisten y cuáles son sus consecuencias.

El principio de seguridad de los datos en el art. 19 se encuentra redactado con claridad y evidencia un innegable avance muy útil en la materia, que guarda correlación con el art. 20 que le sigue, relativo a la notificación de incidentes de seguridad.

Prácticamente todas las legislaciones avanzadas en protección de datos personales enuncian el deber de notificar los incidentes en un plazo breve, como el que se expresa de 72 h, a la autoridad de aplicación de la norma o autoridad de control, así como el deber de comunicación a los titulares de los datos cuando del incidente de seguridad se pueda derivar la posibilidad de daño a su persona o bienes, por lo que resulta una excelente incorporación.

Las medidas de seguridad que se pueden adoptar deberán tomarse considerando al menos los siguientes factores que enuncia el art. 19 *in fine*: "a. El riesgo inherente por el tipo de dato personal; b. El carácter sensible de los datos personales tratados; c. El desarrollo tecnológico; d. Las posibles consecuencias de un incidente de seguridad para los titulares de los datos; e. Los incidentes de seguridad previos ocurridos en los sistemas de tratamiento".

Las medidas de seguridad para el tratamiento de datos personales fueron recientemente actualizadas por la resolución 47/2018 de la Agencia de Acceso a la Información Pública, que estableció las "Medidas de seguridad recomendadas para el tratamiento y conservación de los Datos Personales en medios informatizados", y derogó la disposición 11/2006, que reguló medidas posibles aplicables en la recolección de datos, control de acceso, control de cambios, respaldo y recuperación, gestión de vulnerabilidades, destrucción de la información, incidentes de seguridad y entornos de desarrollo.

La disposición 11/2006 anteriormente vigente regulaba las medidas de seguridad para el tratamiento y conservación de los datos per-

(18) Molina Quiroga, Eduardo, "Aplicación del principio de calidad en el tratamiento de datos personales", Sup. Const. del 18/2/2014, p. 57, LL 2014-A-341.

sonales, establecía la obligatoriedad para los "responsables registrados" de poseer un "Documento de Seguridad de Datos Personales" y cumplir con uno de los "tres (3) niveles de seguridad: básico, medio y crítico, conforme la naturaleza de la información tratada…", mientras que la actual resolución 47/2018 en su anexo I no indica qué medidas son aplicables conforme con el tipo de dato tratado, sino que libra todas ellas al arbitrio del responsable de tratamiento, recomendando su aplicación de modo referencial.

Por otra parte, la seguridad de los datos se complementa con lo normado en los siguientes artículos inspirados en el nuevo régimen europeo: el art. 37 del Proyecto "Medidas para el cumplimiento de la responsabilidad proactiva", el art. 38, "Protección de datos desde el diseño y por defecto", el art. 40, "Evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales", el art. 41, "Contenido de la evaluación de impacto", y el art. 42, "Informe previo".

El deber de confidencialidad enunciado en el art. 21 y su ultraactividad en la etapa poscontractual se encuentra acabadamente redactado y no presenta confusiones o aristas conflictivas.

La cesión de datos, conforme con el art. 22 del Proyecto, enuncia claramente que "… el responsable del tratamiento a quien se ceden los datos personales queda sujeto a las mismas obligaciones legales y reglamentarias que el responsable cedente. Ambos responden por la observancia de aquéllas ante la autoridad de control y el titular de los datos de que se trate. En cualquier caso, podrán ser eximidos total o parcialmente de responsabilidad si demuestran que no se les puede imputar el hecho que ha producido el daño", por lo que el sistema de atribución de la responsabilidad establecido es objetivo y la responsabilidad es solidaria entre el responsable del tratamiento y el cesionario.

Régimen análogo se puede encontrar respecto del servicio de tratamiento de datos personales por medios tecnológicos tercerizados en el art. 26, aunque nuevamente en su redacción se repite como parámetro la razonabilidad del esfuerzo del responsable de tratamiento en elegir un proveedor que garantice el cumplimiento de la ley, lo cual es subjetivo e inadmisible en la temática, primando en ella factores objetivos atributivos de la responsabilidad (seguridad, información, etcétera).

Por último, en materia de transferencia internacional, en el art. 23, su licitud se encuentra condicionada al cumplimiento de al menos alguno de los siguientes supuestos: "a. Cuente con el consentimiento expreso del titular de los datos; b. El país u organismo internacional o supranacional receptor proporcione un nivel de protección adecuado; c. Se encuentre prevista en una ley o tratado en los que la República Argentina sea parte; d. Sea necesaria para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios; e. Sea efectuada a cualquier sociedad del mismo grupo económico del responsable del tratamiento, en tanto los datos personales sean utilizados para finalidades que no sean incompatibles con las que originaron su recolección; f. Sea necesaria en virtud de un contrato celebrado o por celebrar en interés inequívoco del titular de los datos, por el responsable del tratamiento y un tercero; g. Sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público, o para la procuración o administración de justicia; h. Sea necesaria para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial; i. Sea necesaria para el mantenimiento o cumplimiento de una relación jurídica entre el responsable del tratamiento y el titular de los datos; j. Sea efectuada en los casos de colaboración judicial internacional; k. Sea requerida para concretar transferencias bancarias o bursátiles, en lo relativo a las transacciones respectivas y conforme la legislación que les resulte aplicable; l. Tenga por objeto la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo, el lavado de activos, los delitos informáticos y el narcotráfico; m. El responsable del tratamiento transferente y el destinatario adopten mecanismos de autorregulación vinculante, siempre y cuando éstos sean acordes a las disposiciones previstas en esta Ley; n. Se realice en el marco de cláusulas contractuales que contengan mecanismos de protección de los datos personales acordes con las disposiciones previstas en la presente Ley".

IV.4. Tratamiento de categorías específicas de datos y supuestos especiales de tratamiento

El Proyecto regula el tratamiento de categorías específicas de datos, a saber: datos sensibles en su art. 16, antecedentes penales y contravencionales en su art. 17 y datos de niñas/niños y adolescentes en su art. 18.

Por el art. 16, se prohíbe el tratamiento de datos sensibles, excepto cuando: "a. El titular de los datos haya dado su consentimiento expreso a dicho tratamiento, salvo en los casos en que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización; b. Sea necesario para salvaguardar el interés vital del titular de los datos y éste se encuentre física o legalmente incapacitado para prestar el consentimiento y sus representantes legales no lo puedan realizar en tiempo oportuno; c. Sea efectuado por establecimientos sanitarios públicos o privados o por profesionales vinculados a la ciencia de la salud en el marco de un tratamiento médico específico de acuerdo a lo establecido por la Ley Nº 26.529 de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado y sus modificatorias; d. Se realice en el marco de las actividades legítimas que realice una fundación, asociación o cualquier otro organismo sin fines de lucro, cuyo objeto principal sea una actividad política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan un contacto regular por razón de su objeto principal; e. Se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial; f. Tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En estos dos (2) últimos casos, debe adoptarse un procedimiento de disociación de datos; g. Se refiera a datos personales que el interesado haya hecho manifiestamente públicos; h. Sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del titular de los datos en el ámbito del Derecho Laboral y de la Seguridad y Protección Social; i. Sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios; j. Se realice en el marco de asistencia humanitaria en casos de desastres naturales".

Puede llegar a resultar conflictivo en la práctica el inc. g), que refiere al tratamiento de datos sensibles cuando su titular los haya hecho manifiestamente públicos, puesto que el hacer público un dato no implica necesariamente que el titular de este haya brindado una autorización absoluta para su tratamiento irrestricto por cualquier sujeto. Esto puede devenir no solo en sorpresivo y abusivo para el mismo titular, sino engendrarle peligros tanto a su integridad psicofísica como económica, además de la afectación a sus derechos humanos personalísimos.

Por su parte, el art. 17 enuncia: "El tratamiento de datos relativos a antecedentes penales o contravencionales con el objeto de brindar informes a terceros sólo puede ser realizado por parte de las autoridades públicas competentes o bajo su supervisión.

"El empleador que conserve un certificado, documento o información de antecedentes penales o contravencionales de sus empleados no puede cederlo a terceros, salvo con el consentimiento expreso del titular de los datos".

El segundo párrafo presenta al menos una dudosa redacción. Resultaría contradictorio con el principio de caducidad y finalidad del dato que se conserven los antecedentes una vez cesada la relación laboral, y no resulta necesario aclarar que, si los conserva en vigencia de esta, cualquier cesión de dato del empleado que decida efectuar el empleador debe tener consentimiento expreso del empleado, sean estos u otros.

Por último, es destacable la incorporación de la categoría de sujetos hipervulnerables que constituyen en la aldea virtual los niños, niñas y adolescentes, y la protección de su interés superior conforme lo indica la regulación internacional de derechos humanos en la materia, la Convención sobre los Derechos del Niño.

El art. 18 reza: "En el tratamiento de datos personales de una niña, niño o adolescente, se debe privilegiar la protección del interés superior de éstos, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales que busquen su bienestar y protección integral.

"Es válido el consentimiento de una niña, niño o adolescente cuando se aplique al tratamiento de datos vinculados a la utilización de servicios de la sociedad de la información específicamente diseñados o aptos para ellos. En estos casos, el consentimiento es lícito si el menor de edad tiene como mínimo trece (13) años. Si la niña o niño es menor de trece (13) años, tal tratamiento únicamente se considera lícito si el consentimiento fue otorgado por el titular de la responsabilidad parental o tutela sobre la niña o niño, y sólo en la medida en que se dio o autorizó.

"El responsable del tratamiento debe realizar esfuerzos razonables para verificar, en tales casos, que el consentimiento haya sido otorgado por el titular de la responsabilidad parental o tutela sobre la niña, niño o adolescente, teniendo en cuenta sus posibilidades para hacerlo".

Es necesario mencionar que la regulación europea establece en el art. 8º, inc. 1º, del Reglamento que "…el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años", y nuestro proyecto optó por el piso mínimo que estableció ese marco, atendiendo al principio de capacidad progresiva.

En lo atinente a supuestos particulares de tratamiento, el Proyecto dedica un capítulo —el capítulo 6— a los "Servicios de Información Crediticia", en sus arts. 58 a 65 inclusive, y en el capítulo 7, "Supuestos Especiales", las "Bases de Datos Públicas" en el art. 66, el "Tratamiento de datos por organismos de seguridad e inteligencia" en el art. 67, y las "Bases destinadas a la publicidad" en el art. 68.

IV.5. Derechos de los titulares

El Proyecto enuncia los derechos de los titulares de los datos en su capítulo 3: derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de oposición, derecho de supresión, derechos en relación con las valoraciones personales automatizadas, derecho a la portabilidad de datos personales.

Asimismo, establece en el art. 35 la prohibición del abuso de derecho y las excepciones al ejercicio de los derechos enumerados en los arts. 27, 29, 30, 31, 32 y 33 en el art. 36, por su tratamiento en bases de datos públicas, las que deben ser fundadas en función de "la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros", o su información denegada cuando "… de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al titular de los datos".

El derecho de acceso, conforme con el art. 27, podrá ser ejercido por el titular de los datos "… previa acreditación de su identidad, tiene el derecho de solicitar y obtener el acceso a sus datos personales que sean objeto del tratamiento", y el contenido de la información que debe suministrarse al titular de forma clara y comprensible, según redacción del art. 28, debe versar sobre: "a. Las finalidades del tratamiento de datos; b. Las categorías de datos personales de que se trate; c. Los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se cedieron o se prevean ceder los datos personales, en particular cuando se trate de una transferencia internacional; d. El plazo previsto de conservación de los datos personales o, de no ser ello posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; e. La existencia del derecho a solicitar del responsable del tratamiento la rectificación, supresión de datos personales o a oponerse a dicho tratamiento; f. El derecho a iniciar un trámite de protección de datos personales ante la autoridad de control; g. Cuando los datos personales no se hayan obtenido del titular de los datos, cualquier información disponible sobre su origen; h. La existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles a que se refiere el artículo 32 y, al menos en tales casos, información significativa sobre la

lógica aplicada, sin que ello afecte derechos intelectuales del responsable del tratamiento", no podrá revelar datos de terceros y podrá suministrarse por medio escrito, electrónico u otros, en consonancia con el principio de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica.

La rectificación de datos personales se encuentra reconocida como derecho en el art. 29 del Proyecto, frente a la inexactitud, falsedad, error, incompletitud o desactualización.

El derecho de oposición enunciado en el art. 30 procede cuando el titular del dato no ha prestado consentimiento, lo que se clarifica en la enunciación del artículo, el que dice: "El titular de los datos puede oponerse al tratamiento de sus datos, o de una finalidad específica de éste, cuando no haya prestado consentimiento. El responsable del tratamiento debe dejar de tratar los datos personales objeto de oposición, salvo que existan motivos legítimos para el tratamiento que prevalezcan sobre los derechos del titular de los datos".

Para interpretar el presente artículo es menester recordar la definición que brinda el sistema del Proyecto en materia de consentimiento, donde este se entiende prestado de manera expresa o tácita. A su vez, es necesario interpretar la prevalencia de los derechos del responsable de tratamiento de manera absolutamente restrictiva respecto de los titulares de los datos. Esa prevalencia debería únicamente proceder en aquellos supuestos que enuncia taxativamente el art. 36 citado previamente.

El art. 31 del Proyecto establece el derecho de supresión del siguiente modo: "El titular de los datos tiene derecho a solicitar la supresión de sus datos personales de las bases de datos del responsable del tratamiento cuando el tratamiento no tenga un fin público, a fin de que los datos ya no estén en su posesión y dejen de ser tratados por este último.

"La supresión procede cuando: a. Los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recolectados; b. El titular de los datos revoque el consentimiento en que se basa el tratamiento de datos y éste no se ampare en otro fundamento jurídico; c. El titular de los datos haya ejercido su derecho de oposición conforme al artículo 30, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento de sus datos; d. Los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e. Los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal.

"La supresión no procederá cuando pudiese causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, prevalezcan razones de interés público para el tratamiento de datos cuestionado, o los datos personales deban ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las contractuales entre el responsable o encargado del tratamiento y el titular de los datos.

"La supresión tampoco procede cuando el tratamiento de datos sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información".

En los fundamentos del Proyecto se enuncia puntualmente respecto del derecho de supresión que "… Este último derecho engloba lo que en la actualidad se conoce como 'derecho al olvido', denominación usualmente utilizada pero que ha traído muchas discusiones teóricas y críticas sobre su aplicación en la práctica, dado que una deficiente implementación podría devenir en violaciones a otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión o el acceso a la información. De allí que en la propuesta que se somete a consideración, si bien se reconoce este derecho, se ha aclarado especialmente que el derecho de supresión no procede cuando el tratamiento de datos persiga un fin público o sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información".

Por "derecho al olvido" / "*right to oblivion*" / "*droit à l'oubli*", se entiende aquel derecho que posee el individuo a ser olvidado, a que la información que se refiera a este sea borrada —por su contenido y transcurso del tiempo— (19).

(19) Véase Fleischer, Peter, "The right to be forgotten, or how to edit your history", en Peter Fleischer: Privacy...? Blog, 29/1/2012, *http://peterfleischer.blogspot.com.ar/2012/01/right-to-be-1/forgotten-or-how-to-edit.html*; Kozinski, Alex, "The Dead Past", SLR Online. Perspectives. The Privacy Paradox, 64 Stanford Law Review Online 117, 12/4/2012, *http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/dead-past.*

El derecho al olvido digital en nuestro sistema, en miras a la protección de la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa, recepta mayores limitaciones que en el marco regulatorio europeo donde se lo reconoce en el art. 17 del Reglamento vigente.

En nuestro sistema no procede la remoción de contenidos por particulares, ya que la supresión de datos irrestricta y desregulada, sin control judicial suficiente, redunda en una causación de perjuicios a derechos e intereses legítimos de terceros individuales y colectivos, humanos, sociales y culturales. Es por ello que en nuestro sistema la decisión de supresión o remoción debe provenir de una autoridad judicial y no de los particulares, sean estos individuos o empresas.

Por último y para concluir, también reconoce el Proyecto el derecho a la portabilidad de datos personales, derecho reconocido a su vez por el Reglamento Europeo en su art. 20.

El art. 33 del Proyecto dice lo siguiente: "Si se brindan servicios en forma electrónica que incluyan el tratamiento de datos personales, el titular de los datos tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento una copia de los datos personales objeto de tratamiento en un formato estructurado y comúnmente utilizado que le permita su ulterior utilización. El titular de los datos puede solicitar que sus datos personales se transfieran directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible.

"Este derecho no procederá cuando: a. Su ejercicio imponga una carga financiera o técnica excesiva o irrazonable sobre el responsable o encargado del tratamiento; b. Vulnere la privacidad de otro titular de los datos; c. Vulnere las obligaciones legales del responsable o encargado del tratamiento; d. Impida que el responsable del tratamiento proteja sus derechos, su seguridad o sus bienes, o los derechos, seguridad y bienes del encargado del tratamiento, o del titular de los datos o de un tercero".

Cabe destacar que el derecho a la portabilidad de los datos personales debe garantizarse en las condiciones que exige la norma y bajo los principios de tratamiento que esta misma establece, tal como lo indica el artículo citado *in fine*.

Por otra parte, no resulta razonable el inc. a), en el que se establece que la posibilidad del ejercicio de este derecho dependerá de lo excesivo o no, o razonable o no, que resulte para el responsable de tratamiento garantizarlo, puesto que, si este ha decidido profesionalmente desarrollar su actividad y ofrecer el servicio de tratamiento de datos personales, no puede bajo estos pretextos de manera legítima sustraerse de sus deberes inherentes de cumplimiento.

Resulta, a estos mismos efectos, mucho más razonable al caso que el responsable de tratamiento se abstenga de tratar los datos de los titulares y se abstenga de insertarse en una actividad económica y técnica específica determinada, que es el procesamiento de datos, hasta tanto no sea capaz de garantizar los derechos de los titulares de los datos, la protección de sus datos personales y el tratamiento de los datos bajo el marco de los principios de tratamiento que exige la norma.

V. Conclusiones y reflexiones finales

Como se ha podido ver en este primer acercamiento a la regulación que propone el Proyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales, presentado en septiembre de 2018 en el Congreso de la Nación, este importa un escenario novedoso en materia de conceptos, principios, derechos y obligaciones, así como deberes y figuras no tratadas específicamente en este artículo, tales como la del Delegado de Protección.

La redacción del Proyecto formula una propuesta innovadora, no solo respecto de la regulación previa de la ley 25.326, sino también respecto del marco regulatorio europeo que entró en vigencia el 25 de mayo de 2018, por lo que resta tanto su debate parlamentario como futura posible aplicación, para verificar en la práctica sus aciertos y desaciertos y la materialización de las reflexiones aquí planteadas.

El futuro en protección de datos personales es prometedor y nos plantea y enfrenta con desafíos inconmensurables desde lo técnico y lo legal, y es nuestra responsabilidad como profesionales del derecho velar por el avance y la garantía de los derechos humanos y fundamentales que se encuentran en juego, así como por su no regresividad.

Asimismo, no debemos perder en vista que el examen de textos normativos, como el que aquí se realiza, tiene por objeto la tutela de un sujeto vulnerable, el titular del dato, que se encuentra en condiciones desiguales frente a su contraparte, el responsable de tratamiento. Su desigualdad se funda en los mismos extremos que los que comparte con otro débil jurídico, el usuario o consumidor, por su debilidad económica, estructural e informativa.

Es por ello que resulta necesario que la redacción que tome esta norma fundamental y especial de protección de datos personales abrace esta circunstancia y priorice el cumplimiento del derecho humano fundamental y personalísimo a la autodeterminación informativa del titular, por sobre el desarrollo avasallante que plantea la actividad industrial del procesamiento de datos.

El camino recorrido para alcanzar este momento de transición regulatoria ha sido extenso y aún resta mucho por delante, por lo que seguirá requiriendo de la participación y el compromiso profesional de todos, como así también el aporte y la apertura interdisciplinar a la realidad del objeto que regula, puesto que muchos errores que se suelen cometer en materia regulatoria ocurren por la ausencia del aporte técnico pertinente y la comprensión genuina y acabada de las consecuencias del hecho técnico regulado.

Por todo lo cual se espera que así sea y que nuestro futuro régimen de protección de datos en la Argentina nos ofrezca un entorno tuitivo robusto y sólido, que enaltezca la garantía y el ejercicio de los derechos humanos fundamentales en juego.

El largo viaje de Uber hacia la legalidad

POR **RAÚL A. FARÍAS** (*)

Los sufridos habitantes de Buenos Aires a diario somos testigos —y quizás protagonistas— de una gran variedad de asedios y campos de batalla donde se dirimen las más diversas guerras.

Una de ellas tiene, de un lado, al gremio de taxistas y, del otro, a la empresa Uber.

Algunos de estos estrategas acompañan las contiendas tribunalicias con bloqueos a la circulación y acciones violentas en las calles, buscando destruir a un competidor recién llegado, extraño, que muta de lo real a lo virtual una y otra vez, sin poder asirlo por completo.

Otros, en cambio, para alcanzar sus objetivos eligen la pasividad y soportan con paciencia las humillaciones públicas, confiando en ver cómo sus adversarios se "estrellan" con acciones judiciales y administrativas y cómo reciben el rechazo general de la ciudadanía a prácticas arcaicamente violentas. Desde luego, a veces pierden y repentinamente se descubren desterrados del espacio virtual. No encuentran su nube y sus trabajadores son perseguidos y vandalizados.

De esa forma, vemos por estos días la llegada de un original competidor al negocio del transporte público, justo en uno de sus nichos más combativos.

A falta de previsiones legales y administrativas acerca del tratamiento que deberían tener las empresas tecnológicas que irrumpen en el mercado laboral y de servicios, este problema va tomando la forma que los interesados en uno u otro bando logran asignarle cuando tienen la oportunidad —por las buenas o por las malas— de expresarse. Sin embargo, tiene una profundidad que va más allá de los intereses particulares de cada parte, porque se trata nada menos que de la llegada a nuestras tierras (al menos masivamente visibilizado) de un modelo de negocio novedoso que, más temprano que tarde, afectará muchas actividades, incluida la de nosotros, los abogados.

Conocer el modelo de negocio de Uber y su derrotero administrativo y judicial en distintos países, quizás, permita vislumbrar lo que le queda por recorrer en el nuestro hasta encuadrar su actividad en la normativa que le posibilite transformarse en una empresa bien reputada por usuarios y competidores y constituirse en fuente laboral de importancia, todo conforme el paradigma actual que, como veremos, es posible que esté rápidamente declinando, al punto de preguntarnos si será Uber quien debe adaptarse al modelo existente o si quienes deben adaptarse a la nueva forma de encarar el negocio, como lo propone Uber, serán las monolíticas estructuras comerciales y sindicales con décadas de arraigo.

(*) Abogado (UB). Posgrado de especialización en Derecho de Alta Tecnología (UCA). Director Académico en Fores (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia). Director del Programa de Entrenamiento para Abogados de Fores. Fundador y Director del CINTEC Fores Centro de Investigación de Nuevas Tecnologías para la Justicia. Fundador y Director de la ELOC (Escuela de Litigación Oral Civil de Fores). Director de la Diplomatura Derecho de las Ciencias y las Tecnologías, Dpto. de Estudios de Posgrado de la Universidad de Belgrano.

I. ¿Qué es Uber?

Cuando uno se hace esta pregunta, puede obtener varias capas de respuestas, según la profundidad con la que se quiera mirar. Hay una capa superficial, que es la que comúnmente llega a los medios de comunicación y público en general, dirigida desde distintos *lobbies,* que lo declaran tanto una actividad delictiva como una cuya legalidad ha sido declarada por la Corte Suprema. Entre ambas inexactitudes y por debajo de esa capa existen otras menos visibles que revelan las características reales de esta empresa y que pueden ayudar a darle un tratamiento que beneficie a los consumidores de este tipo de servicio.

Por eso, para comenzar diremos que Uber es la empresa creadora y desarrolladora de una plataforma tecnológica distribuida en una aplicación para dispositivos móviles que, por las características que luego se describirán, ha tenido su origen en las llamadas "empresas de economía colaborativa", aunque rápidamente ha tomado un curso propio, alejándose de esa génesis.

El objeto manifiesto de Uber es conectar la oferta con la demanda en el sector del transporte urbano de pasajeros relacionando directamente a clientes y prestadores del servicio, calificados como trabajadores autónomos.

Uber comenzó su actividad en la ciudad de San Francisco, California, en el año 2009.

En los primeros cuatro años de existencia experimentó un crecimiento exponencial al establecer su operación en 230 ciudades de 50 países, rondando actualmente las 600 ciudades en 70 países.

En América Latina, se encuentra operando en Brasil, Uruguay, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Ecuador, Perú, República Dominicana, Santo Domingo y desde principios de este año comenzó el reclutamiento de conductores en el vecino Paraguay.

A la fecha es una empresa de 62 billones de dólares (1) que viene de recuperarse de dos años de pérdidas con la venta de su operación del sudeste asiático a Grab (2), su principal competidor en la región, y la de Rusia a Yandex (3), el buscador de Internet ruso. El ranking 2018 de Kantar Millwardbrown de las 100 marcas más valiosas en el mundo (4) ubica a Uber en el puesto número 81.

La plataforma Uber es una aplicación gratuita para dispositivos móviles iOS y Android que aprovecha los servicios de geolocalización por GPS de estos aparatos para conectar a los usuarios particulares del servicio con los conductores de vehículos que lo prestan, partiendo de la premisa de que siempre hay vehículos disponibles.

Los servicios GPS permiten al usuario conocer el costo del viaje a realizar antes de tomarlo, con solo indicar el punto de destino; el sistema ya conoce su posición actual. Un algoritmo calcula instantáneamente el costo considerando diversos parámetros, como la distancia a recorrer, la duración del viaje conforme con el tránsito que registre en ese momento el trayecto, la demanda en tiempo real (5), el valor del combustible y todo tipo de regulación local que pueda afectar el precio. El contrato de transporte entonces se establece entre el usuario y el propietario del vehículo. Uber percibe una

(1) "Uber's Revenue Spiked 70% Last Quarter. But It Still Lost Tons of Money", by Bloomberg, May 24, 2018. "Uber also announced on Wednesday that investment firms Coatue Management, Altimeter and TPG plan to purchase between $ 400 million and $ 600 million in Uber stock from existing shareholders. *The deal values Uber at $ 62 billion*. *http://fortune.com/2018/05/24/uber-revenues-sales-drivers-quarter/*.

(2) *https://www.grab.com/sg*.

(3) Yandex es un buscador ruso que pertenece a la compañía homónima fundada en 1997 por Arkady Volozh e Ilya Segalovich. Es el buscador más utilizado en Rusia y países de la Antigua Unión Soviética, con más de 50 millones de visitantes diarios.

(4) The report tracks the value of the world's most valuable brands and provides insights on the potential of strong brands. The total brand value of the 2018 BrandZ Top 100 is $ 4.4 trillion following a record 21% growth - equating to a rise of nearly $ 750 billion, *http://www.millwardbrown.com/brandz/top-global-brands*.

(5) "La demanda influye en el valor del viaje, bajo la premisa de que siempre hay vehículos disponibles de modo que, si hay mucha demanda o poca oferta, se incrementa la tarifa de acuerdo con una ecuación mostrada antes de reservar el vehículo y que el cliente debe aceptar y confirmar antes de poder reservar ingresar la orden", *www.uber.com*.

comisión por el servicio de intermediación que, según el país, va del 5% al 25% del costo de cada viaje (6).

Al momento de desembarcar en los distintos países, no son pocos aquellos en los que encuentra una pradera virgen de regulaciones para instalar un negocio con una actividad jurídicamente indefinida, o al menos no definida aun con absoluta claridad.

El comité de recepción está siempre encabezado por sus principales competidores, los taxistas, con hechos de violencia desenfrenada. Indignado, el ciudadano medio expresa su solidaridad al recién llegado suscribiendo su servicio. Uber no pide permiso, pero se anuncia algún tiempo antes y activa su operación una vez que se ha asegurado de reclutar tantos (o más) conductores como taxistas tiene la ciudad y sobre ese hecho consumado, con una fuerza laboral que le juega de igual a igual a los taxistas, comienza a negociar con las autoridades.

La comprobación reiterada de estas historias alrededor del mundo lleva a concluir con cierto grado de acierto que tal escenario es parte importante de la estrategia de instalación comercial que practica Uber. Y, por cierto, no le ha ido mal.

Uno de los principales problemas que tienen las autoridades administrativas a la llegada de Uber es la falta de una normativa adecuada para el modelo de negocio en el que viene inserto, con leyes desactualizadas que nunca imaginaron que el transporte podría prestarse de la manera en que lo hacen estas compañías. Pero, a no desesperar, que aun a la ciudad de Nueva York le cuesta mantener a raya la cantidad de automóviles al servicio de Uber para evitar el colapso de las calles y ni siquiera se ponen de acuerdo en qué tipo de actividad es la que desarrolla (7).

Bajar de la capa "presentación" para definir con precisión el servicio que presta Uber en la categoría que le corresponde de acuerdo con la realidad tiene una importancia trascendental a la hora de poder regular (o quizás no) su actividad. Así, Uber se encuadra a sí misma como una compañía de servicios *ride-sharing* (viaje compartido), algo que en principio le permitiría en Estados Unidos y Europa no estar afectado a regulaciones estrictas.

Sin embargo, tal caracterización no resulta del todo exacta, dado que no cumple con un elemento esencial de esa categorización que es la ausencia de lucro en el servicio (8).

En Estados Unidos, la *Association for Commuter Transportation (ACT*) (9) define al *ride-sharing* como el realizado por un grupo de personas que comparten un viaje con origen y destino común o a lo largo de una ruta común, compartiendo o no el costo, pero sin que el conductor se beneficie por encima de los costos del viaje, es decir que no obtiene lucro. Para traer el concepto a términos conocidos por la mayoría de nosotros, diríamos que es un pool en el que propietario y pasajeros cargan por igual con los costos del viaje, sin obtener el primero

(6) "Cinco cifras para entender el fenómeno Uber", *https://www.dinero.com/empresas/articulo/cifras-para-entender-fenomeno-uber/216251*.

(7) Council Member Ruben Diaz Sr., a cowboy-hat sporting Democrat from the Bronx, characterized the legislation as an attempt to level the playing field. "Uber has about 80,000 vehicles in the city already, and no regulation - you think Uber is a taxi? We don't even know what Uber is". He added, "Now, we want to regulate Uber, and Uber will be a taxi", *https://www.theverge.com/2018/8/8/17661374/uber-lyft-nyc-cap-vote-city-council-new-york-*.

(8) Los demás elementos que definen el servicio de *ride-sharing* son: a) prestador y demandante del transporte son particulares; b) el transporte se realiza en un vehículo particular del oferente sin ánimo de lucro; c) la motivación del viaje es satisfacer las necesidades del oferente sea que llegue a ocupar en parte o no su vehículo; d) la compensación económica que obtiene se circunscribe a los costos del viaje (combustibles, peajes, estacionamiento, etc.); e) el conductor prestador y el o los pasajeros demandantes del servicio se relacionan y contactan a través de una plataforma tecnológica proporcionada por un tercero independiente de cualquiera de ellos; f) el titular de la plataforma recibe una comisión por el servicio del contacto de las partes.

(9) *http://actweb.org/*. The Association for Commuter Transportation (ACT), is an international association and leading advocate for commuter transportation and transportation demand management (TDM). Commuting by bus, train, rideshare, bike, walking, or telework improves our world by contributing to energy independence, better air quality, livability, mobility, and reduced congestion. Through advocacy, education, and networking efforts, ACT strives to improve the lives of commuters, the livability of communities, and the economic growth of businesses.

un lucro mayor (10). En ese sentido, establece que Uber, Sidecar y Lyft no realizan servicios de *ride-sharing*. No regulan el uso compartido real o el uso compartido del automóvil, de modo que los servicios brindados por estas empresas utilizan un modelo que permite que el conductor obtenga ganancias incentivándolo a generar viajes que normalmente este no haría.

Para la *ACT* el *ride-sharing* universalmente ha estado exento de regulaciones estrictas porque esta modalidad proporciona un bien público mensurable. Explica que el modelo *ride-sharing* debe estar específicamente exento de las regulaciones impuestas a estos nuevos servicios (en referencia a Uber, Lyft, etc.) dado que este modelo proporciona un bien público mensurable (11). Se concluye que el servicio de *ride-sharing* que dice prestar Uber no es tal, ya que la nota distintiva de este es la ausencia de ánimo de lucro y la empresa, claramente, lo tiene.

A esta altura es conveniente destacar algunas notas acerca del modelo de negocio de Uber.

Si bien puede concederse que se origina en el modelo de la llamada *economía colaborativa* (*sharing economy*), no es menos cierto que el volumen de negocio, la escala de presencia mundial y el exponencial crecimiento del valor de la compañía potenciados por su componente tecnológico, han llevado a crear su propio modelo económico, bastante alejado de lo virtuoso, también conocido como *uber economy* (12).

Aunque existen muy buenos y extensos trabajos y solo para poner en contexto a la *uber economy,* en apretada síntesis el concepto de *economía colaborativa* refiere a modelos de negocio en los que se promueven actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos frecuentemente por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes: I) *prestadores de servicios* que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias. Pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional —*pares*— o bien *prestadores de servicios profesionales*; II) *usuarios* de dichos servicios, y III) *intermediarios* que a través de una plataforma en línea conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (*plataformas colaborativas*) (13).

Resultan elementos propios de la economía colaborativa: a) las nuevas tecnologías de la información, p. ej., conexiones de todo tipo, los dispositivos móviles inteligentes y aplicaciones de geolocalización (gps) a través de Internet —entre otros—; b) los mercados multilaterales basados en plataformas tecnológicas colaborativas que conectadas a Internet permiten la interacción a escala de individuos, eliminando drásticamente los costos de transacción; c) los servicios *peer-to-peer* (14), esto es, la utilización de este método de conexión para la prestación de bienes y servicios entre personas que normalmente no hacen profesión del comercio, es decir, entre meros consumidores; d) el uso de recursos ociosos o subutilizados, que tiende a sustituir la adquisición de un bien por el alqui-

(10) La European Commission lo define así: Ridesharing (or carpooling) is the concept of "offer a ride" on vehicle where seats are available. It covers various options, the most common is when the owner of a vehicle has a predetermined journey and offers a seat to passengers going in the same direction in exchange for sharing the costs of the journey. The model has evolved to also include sharing of transport for employees of the same company or workers of the same area as well professional transport, such as sharing a taxi for the airport. Software companies have developed applications to match the offer and the demand some of them tailored for specific categories, such as co-workers, young people going out in the evening, sharing a taxi for the airport, or pre-arranged long distance ridesharing which provides a shared transport solution for long-distance, city-to-city journeys. "Study on passenger transport by taxi, hire car with driver and ridesharing in the EU. II.6.1 P58", European Commission, B-1049, Brussels.

(11) Conf. ACT Issues Policy Guidance Regarding the Definition of Ridesharing *http://actweb.org/wp-content/uploads/2014/12/ACT_PolicyStatement_Definition_of_Ridesharing_for_State_and_Local_Ordinances.pdf.*

(12) Conf. Hill, Steven, *Raw deal: How the "Uber economy" and runaway capitalism are screwing american workers hardcover*", October 2015, ISBN-10: 1250071585.

(13) Conf. "Una agenda europea para la economía colaborativa", Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Comisión Europea, Bruselas, 2/6/2016. Com. (2016) 356 final.

(14) Ver *Peer-to-peer*, *https://es.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer.*

ler de su uso y ello en relación tanto de bienes materiales como, p. ej., de tiempo ocioso de las personas; e) los servicios *on demand* o bajo demanda del usuario, modalidad en la que no hay excedentes de producto, sino que este se ofrece según la necesidad del momento del mercado, dependiendo su éxito de la capacidad para ofrecerlo-proveerlo de manera eficaz en el instante que el usuario lo solicite.

Más allá de Uber y sus competidores directos, existen numerosos ejemplos de plataformas colaborativas y sitios web nacidos e insertos en el modelo de la *economía colaborativa* que ponen en el centro de su negocio la conexión de la oferta con la demanda, esto es, conectar directamente a potenciales clientes con prestadores de servicios, estos últimos invariablemente calificados como trabajadores autónomos, con las consecuencias en las relaciones laborales que luego se analizarán.

Así, encontramos desde las más altruistas como *Neighborrow* (15), un sitio web que en New York organiza a los residentes de determinados vecindarios con elementos que pueden compartir gratuitamente y luego devolverlos, hasta otros que van profesionalizándose en su nicho, como *Myfixpert* (16), una plataforma que pone en contacto a técnicos expertos y a usuarios que necesitan reparar sus dispositivos tecnológicos. *Clintu* (17), limpieza de oficinas *on demand*. *TaskRabbit* (18), una tienda online y móvil que combina la mano de obra independiente con la demanda local, lo que permite a los consumidores encontrar ayuda inmediata para las más diversas tareas cotidianas, incluidas limpieza, mudanzas, entregas, reparaciones, armado de muebles Ikea y hasta reservar un lugar en la cola para sacar entradas para un espectáculo o acampar esperando la salida del nuevo modelo de iPhone (19). *Sharing Academy* es una plataforma web española que ofrece clases particulares entre compañeros de una misma universidad, bajo el slogan "Encuentra al universitario que te ayudará a aprobar" (20). *Amazon Mechanical Turk* (MTurk) es una plataforma que opera un mercado para trabajos que requieren inteligencia humana para, p. ej., identificar objetos en una foto o video, eliminar datos duplicados y redundantes, transcribir grabaciones de audio o investigar detalles de datos, etc. (21). *FON* (22) es una empresa creada en 2005 con el objetivo de crear una comunidad WiFi global, que mediante una *app* permite a sus usuarios la conexión gratuita a los puntos de acceso de otros usuarios, repartidos por todo el mundo, a la vez que brinda acceso pago a terceros mediante un sistema en el que las ganancias se reparten entre la compañía y el usuario que presta su conexión. Y así, decenas y decenas.

Para algunos, la economía colaborativa (también llamada "Consumo Colaborativo o Participativo) presenta rasgos positivos y prometedores que invitan a continuar con su desarrollo dentro de un marco legal y fiscal adecuado. Así se interpreta en la Unión Europea, a través del dictamen de 2014 sobre el tema emanado del Comité Económico y Social Europeo: "...En consecuencia, el consumo colaborativo o participativo representa la complementación ventajosa desde el punto de vista innovador, económico y ecológico de la economía de la producción por la economía del consumo. Además, supone una solución a la crisis económica y financiera en la medida que posibilita el intercambio en casos de necesidad" (23).

Para otros, en cambio, empresas del volumen de Uber, Airbone o Lyft han llevado el concepto

(15) Neighborrow, *http://beta.neighborrow.com/.*

(16) Myfixpert actualmente está gestionada por C&C IT solutions, *https://cygitsolutions.com/ y cuenta con el apoyo de Telefónica Open Future https://www.openfuture.org/.*

(17) "Clintu" es una plataforma española que resulta de la fusión de Clintu, especializada en la limpieza de hogares, y GetYourHero, especializada en limpieza de oficinas de hasta 600 m^2. *https://getyourhero.com/#/.*

(18) TaskRabbit, *https://www.taskrabbit.com/.*

(19) Pay someone to wait in line for your new iPhone. CNN Tech, *https://money.cnn.com/2013/09/19/technology/mobile/taskrabbit-iphone/.*

(20) Sharing Academy, *https://sharingacademy.com/es/.*

(21) Amazon Mechanical Turk, *https://www.mturk.com/.*

(22) Fon, *https://fon.com/.*

(23) Diario Oficial de la Unión Europea del 11/6/2014, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI" (Dictamen de iniciativa), *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013IE2788&from=ES.*

de la economía colaborativa varios pasos más allá, creando un demonio al que llaman *uber economy*. Autores como Steven Hill (24) son muy críticos con esta mutación exacerbada de la economía colaborativa. Para ellos, este modelo lleva inexorablemente hacia una alarmante precarización laboral; el uso por parte de los empleadores del pretexto del "contratista independiente" para evadir el consecuente costo laboral está causando una erosión rápida de la red de seguridad para los trabajadores y las familias que se forjó durante muchas décadas (25). Y ello así, dado que estas empresas tienen la capacidad de desplazar, con la velocidad de la herramienta tecnológica que utilizan, cantidades significativas de trabajadores de uno a otro sector e incluso retirarlos del mismo circuito formal con las consecuencias negativas que este hecho trae, sin ir más lejos, al sistema previsional y de seguridad social reflejados en la reducción de los estándares universales de protección social del trabajador.

Como comenté al principio, uno de los pilares del negocio de Uber se basa en la disponibilidad permanente de oferta a través de sus conductores. Es decir que dispone de una fuerza laboral prácticamente ilimitada para asegurarse de cubrir la demanda en todo momento. Esta estrategia solo es posible con la utilización de la plataforma tecnológica (la *app*) de acceso masivo, que mediante tácticas de *crowdsourcing* (26) le permite no solo la obtención del recurso laboral, sino también su administración a escala.

Los críticos de este modelo ven evolucionar aún más el concepto de *uber economy* al salirse de los límites propios de la compañía en análisis y expandirse a todas las demás plataformas colaborativas como las mencionadas más arriba. Sostienen que las empresas confían cada vez más en empleados "no regulares" —autónomos, contratistas, trabajadores temporales y trabajadores a tiempo parcial— y que esta práctica ha dado lugar al término *1099 economy* (27), en directa referencia al formulario 1099-MISC (28), un formulario de impuestos enviado por las empresas estadounidenses a trabajadores con contrato independiente con ingresos varios al final de un año fiscal. En 2014, se estimaba que para el año 2020 en Estados Unidos los trabajadores independientes superarían a los de relación de dependencia (29).

Resulta entonces interesante analizar las relaciones que se establecen (o no) entre las partes del servicio. Uber propone una relación triangular muy particular: por un lado, otorga una licencia de uso gratuito de la plataforma a los conductores que deben aportar una serie de datos verificables, tales como (en nuestro país) licencia de conducir, cédula del automóvil y póliza de seguro. Otros países, donde en lugar de prohibir su operación han habilitado el servicio, aun con imperfecciones, establecen requisitos más rigurosos como registros profesionales, habilitaciones especiales y pisos para los montos de cobertura de seguros.

Por otro lado, y con el fin de relacionar a los usuarios del servicio con los posibles prestadores, también les otorga una licencia de uso gratuito a los primeros. Así, la plataforma tecnológica conecta a los conductores prestadores del servicio con los pasajeros demandantes. Agregan valor las herramientas de localización y cálculo de costos comentadas más arriba.

Los conductores trabajan con automóviles de su propiedad o, al menos, que no son propiedad de Uber y cargan con los gastos de mantenimiento, combustible, VTV, patente, etcétera.

(24) Steven Hill is a Senior Fellow with the New America Foundation and author of the forthcoming *Raw deal: How the "Uber economy" and runaway capitalism are screwing american workers* from St. Martin's Press.

(25) Hill, Steven, "The Future of Work in the Uber Economy", *http://bostonreview.net/us/steven-hill-uber-economy-individual-security-accounts.*

(26) *Crowdsourcing* consiste en externalizar tareas que, tradicionalmente, realizaban empleados o contratistas, dejándolas a cargo de un grupo numeroso de personas o de una comunidad, a través de una convocatoria abierta. *https://es.wikipedia.org/wiki/Crowdsourcing.*

(27) 1099 Economy, *https://esellercafe.com/glossary/1099-economy/.*

(28) Form 1099-MISC, *https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f1099msc.pdf.*

(29) By 2020, independent workers will be the majority, *https://gigaom.com/2011/12/08/mbo-partners-network-2011/.* Si bien la encuesta no es actual, marca un piso si se tiene en cuenta que desde 2011 las compañías de plataformas colaborativas han crecido constantemente.

En cuanto a la relación laboral que eventualmente pudiera existir entre Uber y los conductores que prestan el servicio, a los que llama "socios conductores", una mirada superficial pareciera indicar que entre estas partes no puede presumirse relación laboral en el sentido del art. 23 de nuestra Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

De las características especiales del servicio surge —en principio— que no existe en esta relación subordinación técnica, jurídica ni económica alguna como tampoco sujeción a poderes de control, de organización, de dirección, disciplina ni de órdenes emanadas de Uber.

Ello así toda vez que, como primera medida, no existe un contrato laboral al inicio de la relación, sino solo una licencia de uso de la aplicación de parte de Uber hacia el conductor con términos y condiciones propios, relativos a buenas prácticas en la prestación del servicio que, de máxima y en caso de ser transgredidas, habilitan a Uber a bloquear el acceso al "socio conductor". Tampoco se establecen referencias a marcos normativos legales de ningún Estado ni sometimiento a ordenamiento laboral alguno y en los términos y condiciones de uso de la plataforma impone al "socio conductor" el reconocimiento de que "Uber no presta servicios de transporte de ningún tipo o de logística o funciona como una empresa de transportes y que dichos servicios de transporte o logística se prestan por terceros prestadores particulares independientes, que no están empleados por Uber ni por ninguno de sus afiliados" (30).

Para Travis Kalanick (31), cofundador y CEO de Uber hasta agosto de 2017, desde el inicio de sus operaciones la compañía es simplemente "una plataforma tecnológica que facilita viajes entre pasajeros y conductores y no un empleador de conductores". En una entrevista (32) con el *Wall Street Journal* preguntó al periodista: "¿Somos American Airlines o somos Expedia (33)?"; él sostiene que son como Expedia, simplemente un intermediario que conecta compradores y vendedores.

Por lo demás, los "socios conductores" de Uber acomodan su horario laboral a sus propias posibilidades y conveniencia. No están obligados —en principio— a cumplir con un determinado horario ni jornada laboral regular; tienen libertad de prestar el servicio en cualquier momento del día por el período que decidan, aunque Uber les envía por email "sugerencias" de buenas prácticas que comienzan a restringir la libertad del trabajador autónomo que venimos comentado. Como señalé antes, Uber descansa en la permanente disponibilidad de vehículos, lo cual se explica por la escala de "conductores socios", es por eso que tener encendida la aplicación no obliga a los conductores a responder a las solicitudes de los usuarios pasajeros, como tampoco tienen obligación de encender la aplicación por períodos regulares o predeterminados aunque, nuevamente, las sugerencias de cierta periodicidad y de responder a los llamados se hacen otra vez presentes en pos de mantener el estándar de servicio que Uber pretende.

Vale decir que —solo en principio— no existiría ningún tipo de dirección ni organización de Uber, como se podría pensar, por zonas, fechas,

(30) "Los Servicios constituyen una plataforma de tecnología que permite a los usuarios de aplicaciones móviles de Uber o páginas web proporcionadas como parte de los Servicios (cada una, una 'Aplicación') organizar y planear el transporte privado y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios, incluidos terceros prestadores particulares independientes de servicios de transporte privado y terceros proveedores logísticos independientes, conforme a un acuerdo con Uber o algunos afiliados de Uber ('Terceros proveedores'). A no ser que Uber lo acepte mediante un contrato separado por escrito con usted, los Servicios se ponen a disposición solo para su uso personal, no comercial. Usted reconoce que Uber no presta servicios de transporte de ningún tipo o de logística o funciona como una empresa de transportes y que dichos servicios de transporte o logística se prestan por terceros prestadores particulares independientes, que no están empleados por Uber ni por ninguno de sus afiliados'", *https://www.uber.com/legal/terms/ar/*.

(31) *Forbes*. Travis Kalanick Cofounder and CEO, Uber Technologies Inc., *https://www.forbes.com/profile/travis-kalanick/#7cad6ff16199*.

(32) Travis Kalanick: The Transportation Trustbuster. Travis Kalanick, co-founder of Uber, talks about how he's bringing limo service to the urban masses - and how he learned to beat the taxi cartel and city hall, *https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324235104578244231122376480*.

(33) Expedia es una agencia de viajes en Internet y tiene sus oficinas centrales en Estados Unidos con delegaciones en 31 países. Reserva billetes de avión, hotel, alquiler de vehículos, cruceros, paquetes vacacionales.

horarios, etc., sino que son los propios conductores quienes determinan por sí mismos el alcance del trabajo que realizan.

Pero ¿todo esto es realmente así? Si miramos un poco más allá de lo expresado por Uber, encontramos ciertas líneas directivas y sugerencias que Uber envía a los conductores, tanto a través de la aplicación móvil, como vía email, que exteriorizarían cierto ánimo de ejercer sobre los "socios conductores" algunos poderes de control, organización, dirección y disciplina.

Otro elemento, que es objeto de debate en el exterior y que gravita en la posibilidad de la existencia cierta de relación laboral entre los conductores y Uber, es el de la fijación de las tarifas.

Efectivamente, no es el "socio conductor" quien establece el precio del viaje, sino que este lo impone la empresa y se adelanta al usuario en la *app* con solo realizar la consulta.

En cuanto al pago del viaje por el usuario, Uber interviene la operación mediante la retención de su comisión. Haciendo la salvedad de lo que sucede actualmente en nuestro país, donde el pago se puede realizar únicamente en efectivo debido al bloqueo judicial ordenado a las tarjetas de crédito para procesar las transacciones de Uber (34), lo que normalmente debería ocurrir es que el pasajero, además de contar con esa opción, pudiera hacerlo también con tarjeta de crédito desde la propia aplicación donde se encuentra precargada, caso en el cual Uber integra en la cuenta del "socio conductor" el monto de lo cobrado por cada viaje con menos el 25% (o lo pactado en cada país) que retiene para sí en concepto de comisión.

Es así que, conforme con el estado de nuestra legislación, no llegaría a configurarse una auténtica relación laboral entre Uber y sus "socios conductores". Podríamos arribar entonces a la conclusión de este apartado afirmando que en nuestro país no hay relación laboral entre Uber y los "socios conductores", del mismo modo que —sin ánimo de igualarlos— no la hay entre los remiseros y las agencias de remís en las que desarrollan su actividad.

Como aquellos, el "socio conductor" de Uber "se comporta como un empresario (aun cuando fuera pequeño) dedicado al transporte de pasajeros, no verificándose una vinculación de carácter dependiente, sino una de tipo asociativo" (35), tal como lo han decidido en relación con los remiseros diversas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (36).

(34) Resuelvo: I. Ordenar, en el marco de la clausura/bloqueo preventivo en los términos del art. 29 de la ley 12, a las empresas prestadoras del servicio de tarjetas de crédito Prisma Medio de Pago S.A., American Express Argentina S.A., First Data Cono Sur SRL, Banco Comafi (Diners), Mastercard Cono Sur SRL, Citibank NA en Argentina, que se abstengan de habilitar puntos de venta de Uber Technologies Inc. y/o "Uber" y/o Uber B.V. y/o Uber Argentina SRL y/o Raiser Operations BV y/o percibir el cobro de los viajes de Uber Technologies Inc, y/o Uber y/o Uber B.V. y/o Uber Argentina SRL y/o Raiser Operations BV y/o realizar cualquier actividad que le permita y/o facilite a Uber Operations BV llevar a cabo sus transacciones; haciéndoles saber que deberán arbitrar todas las medidas conducentes tendientes a evitar que tales acciones se concreten. A tal fin, líbrense los oficios correspondientes. Fdo. Claudia Álvaro, jueza. Juzgado Nº 16 Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, 28 de abril de 2016.

(35) Conf. CNTrab., sala II, expte. 7422/2012, sent. def. 104.936, 21/5/2015, "Pueblas, Rafael César c. Remises First SRL y otros s/despido" (Maza-Pirolo-González).

(36) En el mismo sentido: "Relación laboral. Remisero. Ausencia relación laboral. Contrato asociativo. Si de los elementos que resultan de los escritos constitutivos y la prueba traída en la causa resulta que el actor era propietario del vehículo, se hacía cargo de los gastos y combustible del auto sin que resulte que el demandante fuera ajeno a los riesgos de su auto, obtenía el 80% de cada viaje quedándose la agencia con el 20%, no había obligación de cumplir un horario ni concurrir días determinados para los propietarios del vehículo y recibía la distribución de los viajes por parte de la agencia, es evidente que estos elementos integran el llamado 'haz de indicios' que, en el caso, llevan a confirmar lo resuelto en grado, en cuanto a considerar que en la causa ha sido desvirtuada la presunción prevista en el art. 23 LCT pues ha quedado demostrado que entre las partes existió una relación asociativa, ajena al derecho del trabajo... en un supuesto como el de autos en el que las circunstancias fácticas que rodearon el vínculo lo excluye de una vinculación laboral". CNTrab., sala IV, expte. 24.538/2011, sent. def. 97.343, 24/9/2013, "Maio, Juan Manuel c. Paklaian, Liliana Rosa y otro s/despido" (Pinto Varela-Marino) y CNTrab., sala II, expte. 610/2012, sent. def. 103.097, 30/4/2014, "Casella, Cristian Pablo c. Cía. de Servicios Aeroportuarios S.A. s/accidente - acción civil" (González-Pirolo).

Despejada la intervención de Uber como parte del contrato de transporte, se sigue que esta relación en los términos del art. 1280 del Cód. Civil solo se da entre el "socio conductor" y el pasajero usuario del servicio, solución adoptada por la nueva Ley de Movilidad Urbana que admite la operación de Uber en la provincia de Mendoza.

Sin perjuicio de ello y teniendo presente las pistas en sentido contrario señaladas hasta aquí, no debe perderse de vista la tendencia que se sigue en países con legislaciones laborales más flexibles que la nuestra, como ocurre en Estados Unidos y en algunos de la UE donde se debate la relación de la empresa con los conductores prestadores del servicio habiéndose llegado a determinar judicialmente la efectiva existencia de relación laboral.

En estos países se ha entendido que aun cuando Uber afirme de sí misma que es una plataforma tecnológica que conecta la oferta con la demanda de viajes y no una empresa que presta servicios de transportes, existen fuertes indicios (37) en su actividad que la quitarían de la calificación que pretende para colocarla en la que niega, lo cual resulta de importancia capital ya que en aquel ordenamiento, confirmada su pertenencia al sector de servicios, la relación laboral se presume, tal como se explica en el caso "Douglas O'Connor *et al*. v. Uber Technologies, Inc." (38).

Es así que el eje de la discusión, al menos en Estados Unidos, pasa por si Uber es, conforme con su legislación, una empresa tecnológica o una de servicios y todo parece indicar que se inclinan por la segunda opción habilitando de ese modo la relación laboral entre los conductores y la empresa.

En tal sentido, en 2015 la *Labor Commissioner State of California* condenó a Uber a pagar a Barbara Ann Berwick, una ex "socia conductora", la suma de u$ 4.152,20.- en concepto de "gastos reembolsables e intereses", por haber entendido que se trataba de una empleada de la compañía en lugar de una trabajadora autónoma (39).

Esa decisión, con efectos exclusivamente a favor de Berwick, tuvo inmediata repercusión en la *class action* que, buscando idénticos resultados, emprendieron cerca de dos mil socios conductores de Uber.

En septiembre de 2015, en la comentada acción "O'Connor, v. Uber Technologies, Inc.", el United States District Court, Northern District of California, certificó esa *class action* entendiendo que las diversas pretensiones eran lo suficientemente similares para resolverlas en una única acción. En los últimos días de septiembre de este año, la Novena Corte de Apelaciones del Circuito de EE.UU. en San Francisco anuló la certificación de clase indicando que los conductores que buscan clasificarse como empleados en lugar de contratistas independientes deberán arbitrar sus reclamos individualmente y no emprender demandas colectivas (40). Hacia el pronunciamiento de Barbara Ann Berwick se dirigen ahora uno a uno.

(37) "Moreover, Uber does not sell its software in the manner of a typical distributor. Rather, Uber is deeply involved in marketing its transportation services, qualifying and selecting drivers, regulating and monitoring their performance, disciplining (or terminating) those who fail to meet standards, and setting prices", "O'Connor, Douglas, et al., Plaintiffs, v. Uber Technologies, Inc., et al.", Defendants. No. C-13-3826 EMC. *https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1935&context=historical*.

(38) (…) see also "Yellow Cab Coop. Inc. v. Worker's Comp. Appeals Bd.", 226 Cal. App. 3d 1288, 1294 (1991) (explaining that under California law there is "a presumption that a service provider is presumed to be an employee unless the principal affirmatively proves otherwise"). United States District Court Northern District of California. Case 3:13-cv-03826-EMC Document251 Filed03/11/15 Page 6 of 27. O'Connor, Douglas, et al., "Plaintiffs, v. Uber Technologies, Inc., *et al*.", cit.

(39) Superior Court of California County of San Francisco. Case number: CGC-15-546378. "Uber Technologies, Inc., a Delaware Corporation v. Barbara Berwick", *https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1988&context=historical*.

(40) "No class action for unhappy Uber drivers: U.S. appeals court". The cases in the 9th U.S. Circuit Court of Appeals include "O'Connor et al., v. Uber Technologies Inc.", No. 14-16078; "Yucesoy v. Uber Technologies Inc.", No. 15-17422; and "Del Rio et al. v. Uber Technologies Inc. *et al.*", No. 15-17475. *https://www.reuters.com/article/us-uber-lawsuits/no-class-action-for-unhappy-uber-drivers-u-s-appeals-court-idUSKCN1M526F*.

II. ¿Qué ha pasado en el resto del mundo con Uber?

No he encontrado en esta investigación el caso de un solo país donde la llegada de Uber haya sido pacífica, como tampoco que las situaciones de conflicto se perpetuaran indefinidamente; siempre, y probablemente por la velocidad de las tecnologías que restringen tan rápido como se propagan, se han propuesto y encontrado soluciones de todo tipo que, al final del día, le han permitido a Uber comenzar a instalarse, aunque no como ellos pretendían, imponiendo su actividad, con sus propias reglas, sino siempre obligado a adaptarse a las leyes locales o comunitarias de los Estados donde decide operar y resignando en muchos casos su estandarte de empresa de servicios de tecnología para convertirse finalmente en aquello que no quería ser: una empresa de servicios de transporte.

Los siguientes casos de instalación efectiva y de procesos de instalación en algunos países de nuestra región y de Europa, tal vez expliquen mejor este hecho:

II.1. México

La Ciudad de México fue la primera de América Latina que reguló el servicio de Uber y Cabify. Su llegada en 2013 estuvo acompañada de violentos enfrentamientos con los taxistas, que se prolongaron por dos años hasta que en 2015 Uber pudo comenzar a trabajar en la legalidad, luego de que se aprobara una regulación por la que la empresa debe pagar 1,5% de cada viaje al *Fondo Público para el Taxi, la Movilidad y el Peatón* (41), cumplir reglas sobre las condiciones técnicas, de calidad, antigüedad, etc., de los autos y gestionar permisos anuales para los conductores. El mencionad *Fondo*, hoy muy cuestionado por el destino de lo recaudado (42), tenía por objetivo destinar los recursos a mejoras del servicio de taxis que el gobierno capitalino concesiona y a otros programas para mejorar la movilidad del peatón.

II.2. Brasil

El 26 de marzo de este año, después de dos años de discusiones, acompañadas de protestas en las calles tanto de los conductores que usan las aplicaciones como de los taxistas, la Cámara de Diputados de Brasil aprobó la ley 13.640 (*Altera a Lei 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros*) que regula las aplicaciones de Uber y Cabify. Los municipios controlarán que vehículos y conductores cumplan con el Código Nacional de Tránsito y podrán imponer exigencias locales. En virtud de esta norma, para poder ofrecer el servicio los conductores deberán cumplir una serie de condiciones, p. ej., acreditar los requisitos especiales exigidos a los vehículos, su licencia de conducir deberá indicar que ejerce esa labor en forma remunerada, inscribirse en el sistema de seguridad social brasileño, pagar los impuestos obligatorios y contratar seguros especiales para sus pasajeros. Por lo tanto, será considerado ilegal el transporte remunerado privado individual que no cumpla los requisitos previstos en esta ley y en su reglamentación municipal (43).

II.3. Chile

En julio de 2018, el actual gobierno de Sebastián Piñera introdujo una serie de reformas al proyecto de ley conocido como "Ley Uber", presentado en 2016 por la administración de Michelle Bachelet, que sirvieron para tranquilizar el exaltado estado de ánimo de los taxistas chilenos, particularmente en lo referido a que se regulen las plataformas como Uber y Cabify para que tengan que constituirse como empresas de transporte remunerado y queden sujetas al pago de los impuestos correspondientes. La llamada "Ley Uber" que a la fecha espera trato parlamentario, sin perjuicio de establecer los requisitos generales que se le imponen a los

(41) Más información en Secretaría de Movilidad de México, *https://www.semovi.cdmx.gob.mx/*.

(42) *Forbes*, "En total opacidad, los millones que Uber y Cabify entregan a CDMX", *https://www.forbes.com.mx/en-total-opacidad-los-millones-que-uber-y-cabify-entregan-al-gobierno/*.

(43) Lei 13.640, de 26 de março de 2018 ementa: Altera a Lei 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Câmara dos Deputados - Palácio do Congresso Nacional, *http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13640-26-marco-2018-786385-publicacaooriginal-155125-pl.html*.

taxistas, promueve el uso de plataformas tecnológicas como una solución eficiente para unir a los pasajeros con su transporte (44).

II.4. Uruguay

Hacia fines de 2016, en nuestro vecino Uruguay, el intendente de Montevideo presentó un proyecto de decreto complementario a un proyecto de ley del Poder Ejecutivo (aún a estudio del Legislativo) para regular las aplicaciones de transporte en el que se establece que los choferes de aplicaciones como Uber, EasyGo o Cabify deberán tener una libreta profesional, un seguro especial y aportar al Banco de Previsión Social (BPS), además de someter sus vehículos a un control técnico, al igual que sucede con los taxis. Por su parte, la comuna se reservará el derecho a limitar el número de vehículos que participen del negocio, autorizará un auto por persona, exigirá el pago de un canon y las plataformas deberán informar sobre sus conductores y dar cobertura en todos los barrios. Además, se prevén sanciones a los conductores de aplicaciones de transporte de pasajeros que incumplan con las normas existentes para la actividad mediante la retención de la licencia de conductor por hasta dos años.

II.5. Gran Bretaña

La Greater London Authority implementó algunas restricciones sobre el servicio Uber Black, la versión más exclusiva de Uber, mediante la fijación de tarifas, la imposición de un *delay* de 5 minutos antes de que el cliente pueda ser recogido por el auto Uber, así como otra al momento de abrir la aplicación que le impide ver en forma instantánea los autos disponibles en su área. La respuesta de Uber a estas medidas fue la cancelación de todos los servicios con el consiguiente desánimo de sus socios conductores, que inmediatamente comenzaron un movimiento de presión sobre las autoridades, logrando que las medidas restrictivas fueran levantadas. En 2015 el Tribunal Superior de Londres decidió que la aplicación para móviles Uber no infringe la ley, no se trata de un taxímetro, ya que la manera en la que dicha aplicación móvil calcula las tarifas de cada viaje entra dentro de la legalidad (45).

II.6. Alemania

En septiembre de 2014, la Audiencia provincial de Francfort hizo lugar a una medida cautelar solicitada por la cooperativa de taxis local, por la que prohibía a Uber actuar en todo el territorio alemán. Para mayo de 2017, se esperaba que el Tribunal Supremo alemán se pronunciara sobre la legalidad de Uber, pero decidió aguardar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (46), donde se ventilaba una demanda presentada en España y otra en Francia, lo que finalmente sucedió en abril de 2018, cuando ese alto Tribunal determinó que los países de la UE pueden multar a la compañía y suspender su servicio UberPop, en el que participaban conductores sin ningún tipo de licencia profesional, sin necesidad de avisar a Bruselas (47).

II.7. Francia

En 2015 se ordenó la suspensión del servicio "Uber Pop", llegándose a detener a su CEO en Francia, Thibaud Simphal y el Chief de la Unión Europea, Dimitri Gore-Coty, a quienes se les imputaba manejar una compañía de taxis ilegal y ocultar documentos. Sin embargo, la compañía continuó funcionando haciéndose cargo del pago de las multas que recibían los conductores. La resolución del TJUE de abril 2018 comentada en el párrafo dedicado a Alemania, estuvo precedida por una no menos importante del mismo Tribunal en diciembre de 2017, que resolvía "…ha de considerarse que *un servicio de intermediación,* como el del litigio principal, *que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de*

(44) Chile: "Ley Uber v. ley de la selva", DW. 30/7/2018, *https://www.dw.com/es/chile-ley-uber-vs-ley-de-la-selva/a-44889577.*

"Nuevo proyecto de ley Uber: aún perfectible", *La Tercera*, 21/8/2010, *https://www.latercera.com/opinion/noticia/nuevo-proyecto-ley-uber-aun-perfectible/289128/.*

(45) El Tribunal Superior de Londres dictamina que Uber es legal. *http://www.rtve.es/noticias/20151016/tribunal-superior-londres-dictamina-uber-legal/1239354.shtml.*

(46) DW. "Uber, en la mira de la Justicia", *https://www.dw.com/es/uber-en-la-mira-de-la-justicia/a-38896241.*

(47) *Euronews*, "Nueva derrota judicial para Uber en los tribunales europeos", *https://es.euronews.com/2018/04/10/nueva-derrota-judicial-a-uber-de-la-justicia-europea.*

una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de 'servicio en el ámbito de los transportes'" (48).

II.8. Argentina

Mientras tanto en nuestro país, el caos regulatorio sobre la actividad de Uber tiene un menú muy variado que va desde la prohibición total hasta una ley que reconoce su actividad, con algunos proyectos en el medio.

Su correlato en las calles de la ciudad lo vemos —y padecemos— casi todos los días con protestas de las más variadas: bocinazos, cartelazos, pintadas, escraches, piquetes en hora pico, *justicieros* de la "brigada anti-Uber" que detiene y entrega a choferes y pasajeros de autos Uber a la policía y vándalos "caza Uber" cuyo aporte más constructivo parece ser la destrucción de la propiedad privada mediante la quema intencional y organizada de autos de los cuales sospechan pueden estar al servicio de Uber. Caos y más caos.

Uber llegó a nuestro país en abril de 2016. Cuando activó su aplicación en el área metropolitana Buenos Aires ya contaba con 20.000 conductores inscriptos (hoy suman 35.000) e inmediatamente comenzó la batalla con los taxis. Las primeras repercusiones en el terreno judicial llegaron enseguida con 13 allanamientos (49) simultáneos realizados por la Policía Metropolitana junto al Cuerpo de Investigaciones Judiciales de la Fiscalía de la Ciudad, a oficinas, gerentes y socios conductores de Uber.

Las actuaciones fueron iniciadas de oficio por la Fiscalía de la Ciudad de Buenos Aires, que imputó a más de veinte personas por la utilización indebida del espacio público de la Ciudad con fines lucrativos y sin la habilitación necesaria, ni exigir a sus socios conductores registro profesional ni seguro para los pasajeros. Asimismo, al entender que el funcionamiento pone en riesgo la seguridad de los pasajeros, los fiscales solicitaron las siguientes medidas que fueron autorizadas por la titular del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 16: a) clausura de las plataformas digitales, aplicaciones y todo otro recurso tecnológico que permita contratar y/o hacer uso de los servicios de transporte de pasajeros que ofrece Uber; b) ordenar a las compañías de tarjetas de crédito que no realicen transacciones con la empresa; c) gestionar ante el Ente Nacional de Comunicaciones el bloqueo preventivo de la aplicación; d) clausura y bloqueo preventivo a las empresas prestadoras "Rapipago", "Pagofácil", "Neteller" y "CardNow" para que se abstengan de habilitar puntos de venta de Uber (50).

La historia continuó con el pedido fiscal al juzgado penal interviniente de detener a los directivos Diego Mariano Oliveira, Gerente General de Uber Argentina, y Mariano Otero, CEO de la empresa, y de clausura-bloqueo preventivo de la página web y app, dispuesta el 22 de abril de 2016 por el mencionado juzgado, solicitando además se haga extensiva a todo el territorio nacional.

(48) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017: "... deben interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de 'servicio en el ámbito de los transportes', a efectos del artículo 58 TFUE, apartado 1. En consecuencia, un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31". *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=172505.*

(49) Las actuaciones estuvieron a cargo de la Unidad de Investigaciones Complejas Oeste, a cargo del fiscal de Cámara, Martín Lapadú y el fiscal Néstor Maragliano, por infringir el art. 83 del Código Contravencional, que prohíbe la utilización del espacio público con fines lucrativos y los allanamientos fueron autorizados por la jueza Claudia Amanda Alvaro, titular del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 16.

(50) "La Fiscalía realizó 13 allanamientos a la empresa UBER y sus gerentes", Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. *https://www.fiscalias.gob.ar/project/la-fiscalia-realizo-13-allanamientos-a-la-empresa-uber-y-sus-gerentes/.*

El pedido de bloqueo al sitio web y a la app se fundó en la investigación de la Fiscalía oeste, según la cual Uber tiene la capacidad de alterar o borrar remotamente a través de su aplicación los registros de los socios conductores, y esa situación pone en riesgo la integridad de la prueba.

En febrero de 2018, la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas hizo lugar al pedido de clausura del fiscal de Cámara Martín Lapadú ordenando el bloqueo a nivel nacional del dominio *www.uber.com*, afectando así al sitio web y a la aplicación móvil. La medida fue apelada, y el 21 de junio de 2018 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires la revocó dictaminando la inconstitucionalidad del bloqueo "por atentar contra la libertad de expresión, la neutralidad de la red, el federalismo y los tratados internacionales de derechos humanos", en consonancia con el repudio expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, el levantamiento del bloqueo resulta de hecho parcial, ya que actualmente es posible acceder a la aplicación y solicitar un auto Uber sin inconvenientes, pero por otra parte continúa bloqueado el dominio *uber.com* de modo que no es posible entrar a ninguna página que comience *con www.uber*, no importa de qué país sea; en esos casos solo se obtiene un aviso destacado del proveedor de Internet (en mi caso Fibertel) con la leyenda "Aviso importante. Desde Cablevisión-Fibertel te sugerimos no ingresar a la siguiente página dado que está bloqueada por orden Judicial". De hecho, para consultar información necesaria para este artículo, debí acceder a la web de Uber vía servidor proxy web, engañando de alguna forma a la navegación normal.

En este punto resulta interesante comentar una resolución que comienza a "separar la paja del trigo" poniendo en su lugar determinadas acciones de Uber que no constituyen delito y, en definitiva, ordenando de alguna manera lo que sucede en el campo judicial, tanto por su contenido como por el rumbo que luego tomó.

Esta resolución es de agosto de 2016, del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nº 13, a cargo del Dr. Luis Alberto Zelaya, y en ella se rechaza el planteo de nulidad articulado por el sindicato de taxistas contra la solicitud de desestimación de las actuaciones por inexistencia de delito efectuada por el fiscal Jorge Ballesteros.

Los taxistas en su momento habían denunciado a 33 conductores de Uber por entorpecimiento del transporte, desobediencia, competencia desleal, instigación a cometer delitos y asociación ilícita. En aquella resolución el fiscal había descartado las hipótesis de la instigación delictiva o de la asociación ilícita, al puntualizar que "finalmente se trata del desarrollo de una actividad comercial lícita" y que no era necesario emprender una investigación criminal para declarar la atipicidad de los hechos denunciados, ya que para él la querella versa sobre "un entuerto netamente comercial". Confirmada por el juez la validez de la opinión del fiscal, coincidió en que no parece lógico que la intención de los acusados hubiera estado orientada a entorpecer el transporte al que pretenden sumar sus servicios. Asimismo, expreso que no cabía dar tratamiento a los delitos de desobediencia porque correspondía esperar a los magistrados que eventualmente hubieran sido desobedecidos, ni de competencia desleal, dado que la propia denuncia advierte de ese trámite en paralelamente en el fuero respectivo, amén de que "no parece correcto que los pretensos querellante se arroguen la exclusividad de una cartera de clientes-pasajeros que, por su amplitud y complejidad, es tan difícil de precisar respecto de su 'existencia real y efectiva'".

Descartado el delito de entorpecimiento, el resto de las posibles infracciones derivadas del accionar de los acusados tampoco lo son, como tampoco la asociación ilícita, porque "la reunión en el proyecto Uber no perseguiría otra cosa que realizar una actividad claramente lícita". Y finaliza los fundamentos de la resolución aclarando que la denuncia de los taxistas revela que "todo parece girar en derredor de la disconformidad de los denunciantes con la aparición de un competidor comercial", de modo que el fuero penal no es la vía apropiada para resolver el conflicto (51).

(51) Resolución del juez Zelaya que desestima una causa contra UBER. CIJ *https://www.cij.gov.ar/nota-*

La resolución comentada fue apelada ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional y confirmada en el fallo del 5/10/2016 de la sala VII (52). El camino recursivo de los taxistas terminó ante la Corte Suprema de Justicia, donde el 14 de agosto pasado y sin tratar el fondo de la cuestión se desestimó el recurso de queja intentado, por incumplimiento del art. 7º inc. c) del reglamento, acordada 4/2007, con lo cual por vía indirecta mantiene vigencia el pronunciamiento de primera instancia que reconoce que "Uber no perseguiría otra cosa que realizar una actividad claramente lícita" (53).

Mientras tanto, avanza en nuestro país la construcción de marcos normativos que permitan a Uber operar legalmente, como viene sucediendo con el proyecto de ley para habilitar el transporte mediante plataformas electrónicas que fue presentado el pasado 11 de julio en la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires (54), o la nueva modificación a la ley de tránsito 6082 de la provincia de Mendoza, llamada también Ley de Movilidad Urbana, que regula el transporte privado por plataformas electrónicas (55).

Uber de alguna manera va tratando de salir de su estrategia inicial de negociar sobre el hecho consumado y lentamente muestra señales de adecuar su negocio a la realidad que le toca vivir. Ello se advierte, por ejemplo, en las comunicaciones enviadas a sus socios conductores durante junio pasado con las que los intima a gestionar registros profesionales en el plazo de 90 días y pide adecuarse a las regulaciones impositivas locales. Es un gran avance para un monstruo que utiliza tácticas de conquista. El transporte público es algo serio, donde está comprometida nada menos que la vida de las personas, por eso es que resulte tan obvio que se deba estar sometido a las regulaciones del Estado. Las autoridades, por su parte, deben advertir el fenómeno económico que trae consigo la tecnología y no negarlo ni aniquilarlo con prohibiciones y persecuciones. No hay dudas de que Uber debe adaptarse y asumir las responsabilidades que le caben conforme a la realidad de los hechos, pagar sus impuestos y sujetarse a la ley local, pero tampoco las hay de que las antiguas estructuras sindicales también deben adaptarse al mundo de hoy —que cambia de un instante para el otro— y competir. Es muy descriptiva de esta realidad la manifestación del juez Zelaya arriba citada, en punto a que "no parece correcto que los (taxistas) se arroguen la exclusividad de una cartera de clientes-pasajeros que, por su amplitud y complejidad, es tan difícil de precisar respecto de su 'existencia real y efectiva'".

La Argentina, algunas veces por desgracia y otras por ventura, acostumbra llegar tarde a los adelantos tecnológicos y sus consecuencias. En no pocas oportunidades hemos visto alejarse el tren cargando innovación y desarrollos que, aun cuando fueran efímeros, nos hubieran permitido mantenernos en el mundo y dar el siguiente salto. En otras, en la medida en que podamos mirar lo que ocurre afuera de nuestra ventana, nos sirve aprovechar las malas experiencias que otros países tuvieron con esos adelantos para encontrarles una solución o directamente descartarlos.

23800-Resoluci-n-del-juez-Zelaya-que-desestima-una-causa-contra-UBER.html.

(52) Boletín de Jurisprudencia (2º semestre de 2016), ps. 220 y 221, elaborado por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. *https://www.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=105265&CI=INDEX100.*

(53) Secretaría de Jurisprudencia, acuerdo del 14/8/2018, voz: "Uber", Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina. *http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/acuerdos/verAcuerdo.html?fecha=14/08/2018.*

(54) D-2338/18-19-0, modificando artículos del dec.-ley 16.378/1957. Estableciendo la ley orgánica del transporte de pasajeros de la provincia de Buenos Aires. Uber, fecha de estado parlamentario: 16/8/2018. Autor: Castello, Guillermo Ricardo (Cambiemos, Buenos Aires) *https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/proyectos/18-19d23380.pdf.*

(55) Ley de Movilidad provincial. Se describe como plataformas electrónicas, al "servicio que con base en el desarrollo de tecnologías de dispositivos móviles, utilizando el sistema de posicionamiento global y plataformas independientes, permite conectar a usuarios que lo demanden, punto a punto, con conductores que ofrecen dicho servicio mediante el uso de la misma aplicación, para celebrar un contrato en los términos del art. 1280 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación, según se trate de un servicio de transporte público o privado, respectivamente". *http://www.hcdmza.gob.ar/web/mas-noticias/5150-media-sancion-a-la-ley-de-movilidad-provincial.html.*

Siendo la Argentina uno de los últimos países donde desembarca Uber y viendo que prácticamente en ninguno lo ha hecho pacíficamente, bien podemos darle un uso positivo a las experiencias que dibujan su largo camino hacia la legalidad y prestar atención a las diversas soluciones encontradas y a las que están en pleno desarrollo. Quizás alguna de ellas se adapte a nuestros marcos jurídicos o debamos crear otros nuevos métodos de inclusión y regulación de nuevas tecnologías que permitan la convivencia armónica de un mercado laboral crítico con el consiguiente beneficio para los ciudadanos.

Privacidad en el contexto digital: la geolocalización de dispositivos móviles

POR **DIEGO FERNÁNDEZ** (*) E **INÉS O'FARRELL** (**)

I. Introducción

En las últimas décadas los avances tecnológicos se han acelerado significativamente y han transformado la forma en la que vivimos, nos relacionamos y nos comunicamos.

En este contexto, ha sido y es frecuente que los marcos jurídicos con los que contamos para resolver algún conflicto hayan sido creados para situaciones y realidades distintas de las que enfrentamos hoy en día. Con mínimas excepciones, los ordenamientos jurídicos no pudieron prever el mundo digital y conectado en el que nos desenvolvemos hoy de forma totalmente natural. Las diferencias entre el mundo en el momento en el que se reguló o se sentó un precedente acerca de un cierto tema y el actual, es uno de los grandes desafíos legales que plantea la tecnología.

Así, por ejemplo, en la Argentina durante mucho tiempo se discutió si los proveedores de servicios de internet (PSI) debían responder bajo un factor de atribución objetivo o subjetivo por las infracciones generadas por contenidos de terceros. Frente a una situación hasta ese momento muy novedosa, los tribunales debieron aplicar los principios generales de derecho civil en materia de daños en la manera en que cada tribunal consideró justa. Así, las decisiones no fueron uniformes y se generó incertidumbre entre los PSI sobre cómo debían proceder en estos casos. Este tema recién comenzó a encontrar mayor certeza a partir de 2014 con el *leading case* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "María Belén Rodríguez c. Google Inc. y otro" (1), y las distintas decisiones posteriores construidas principalmente sobre los fundamentos de este fallo, tanto respecto del voto de la mayoría como lo sostenido en minoría.

En esencia, el problema que plantea la tecnología es que las regulaciones o construcciones con las que contamos muchas veces ya no responden a esta nueva realidad. Esto hace que sean necesarias nuevas reglas o bien interpretaciones que se ajusten mejor a las nuevas realidades.

En un mundo en donde el nivel de conexión y la cantidad de datos generados y almacenados genera permanentes desafíos a la privacidad de los individuos, esto se ha visto traducido muchas veces en interpretaciones nuevas acerca de qué implica —y cómo se protege— la intimidad de las personas.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la fluidez informativa que existe en la actualidad co-

(*) Asociada de Marval O'Farrell & Mairal (Propiedad Intelectual, Tecnologías de la Información y Privacidad). Completó una maestría en Relaciones Internacionales en la Universidad de Bolonia (Italia).

(**) Socio de Marval, O'Farrell & Mairal (Propiedad Intelectual, Tecnología de la Información y Privacidad). Máster en Tecnologías de la Información y Privacidad en The John Marshall Law School, Chicago.

(1) CS, "María Belén Rodríguez c. Google Inc.", Fallos 337:1174, 28 de octubre de 2014.

loca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo, debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. En consecuencia, la CIDH consideró que resulta necesario que el Estado asuma un mayor compromiso a fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada (2).

En este contexto, un supuesto paradigmático en relación con la posible afectación a la privacidad en el contexto de la tecnología actual es el uso de información de geolocalización obtenida de dispositivos móviles, en su mayoría teléfonos inteligentes, cuyo uso se encuentra muy generalizado.

Como discutiremos en detalle más adelante, los dispositivos móviles permiten la recolección de un sinfín de datos de sus usuarios y, muy en particular, permiten recoger datos sobre la ubicación del dispositivo en distintos momentos. Estos datos, que en la mayoría de los casos se encuentran en poder de las empresas prestadoras de los servicios de telecomunicaciones, son de gran interés para las autoridades y pueden generar afectaciones al derecho a la privacidad de las personas.

La discusión que existe en este escenario es propia de las jurisdicciones con sistemas penales acusatorios. En estas jurisdicciones, el fiscal tiene un rol vinculado con la investigación de la posible comisión de un delito, mientras que el juez es la figura que debe velar imparcialmente por la legitimidad del proceso y el respeto de las garantías constitucionales involucradas. Por lo tanto, en general existen reglas para determinar cuándo un fiscal puede actuar por iniciativa propia en el marco de una investigación, cuándo se requiere una orden judicial y qué estándar debe cumplir esa orden en su caso.

Tradicionalmente, se ha contemplado que las medidas que importan una intromisión en la vida privada de las personas, como por ejemplo los allanamientos de sus hogares o la interceptación de correspondencia privada, requieren de la intervención y orden de un juez. En este escenario, se comenzó a plantear cómo debía aplicarse esta protección a la privacidad de los individuos frente al avance de las tecnologías y la posibilidad de obtener su geolocalización a través de sus dispositivos móviles.

En particular, en los últimos años esta discusión se dio con mayor fuerza en los Estados Unidos sobre todo por su gran impacto práctico, ya que el acceso y uso de estos datos por parte de las autoridades se ha vuelto una práctica habitual. Al respecto, los tribunales adoptaron distintas posturas en relación con sus implicancias.

En ese contexto, el 22 de junio de 2018, en una decisión que generó mucha expectativa en la comunidad legal y en las organizaciones de protección de las libertades civiles, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó sentencia en el caso "Carpenter v. United States" (3). En "Carpenter", la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que en general resulta necesario un *warrant* (una orden judicial que alcance el estándar de "causa probable") para acceder a la información de geolocalización de dispositivos móviles.

Lo resuelto en "Carpenter" ha sido recibido como un precedente de gran importancia y como una expansión de los derechos de privacidad en un contexto digital (4), aunque también hay quienes han señalado sus limitaciones (5). En particular, esta decisión reconoce el rol fundamental que la tecnología tiene en la vida actual de las personas y también la necesidad de proteger los aspectos digitales de la vida privada.

En los Estados Unidos, "Carpenter" tiene repercusión inmediata en las prácticas de las autoridades en relación con los datos de geolocalización. A partir de este precedente, muchas agencias de investigación deberán readaptar sus prácticas y protocolos para cumplir con los

(2) CIDH, "Escher y otro c. Brasil", Serie C Nº 220, 6 de junio de 2009.

(3) CS Estados Unidos, "Carpenter v. United States", 585 U.S. ___ (2018).

(4) Liptak, Andrew, "In Ruling on Cellphone Location Data, Supreme Court Makes Statement on Digital Privacy", *The New York Times*, 22 de junio de 2018; Matsakis, Louise, "The Supreme Court Just Greatly Strengthened Digital Privacy", *Wired*, 22 de junio de 2018.

(5) Huq, Aziz, "The latest Supreme Court is being hailed as a big victory for digital privacy. It's not", *Vox*, 23 de junio de 2018.

estándares fijados por la Corte Suprema. Este tipo de precedentes extranjeros, y mucho más cuando se trata de decisiones de los máximos tribunales de una jurisdicción, suelen servir de inspiración para casos similares en nuestro país. Interesantemente, y pese a que se trata de una decisión muy reciente, "Carpenter" ya ha tenido recepción en nuestro país.

En septiembre de 2018, un Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires dictó dos resoluciones que citan a "Carpenter" y reflejan su razonamiento (6). En ambas, el tribunal declaró la nulidad de las medidas dispuestas por los fiscales en el contexto de dos investigaciones penales, que consistían en pedidos de informes cursados a empresas de telecomunicaciones en relación con distintas líneas telefónicas, e incluían una solicitud de adjuntar un listado de aquellas celdas de conexión que hubieran sido habilitadas por el dispositivo, con su correspondiente ubicación geográfica. En pocas palabras, el tribunal concluyó que una medida de este tipo, que implicaba conocer con cierta exactitud la ubicación en el tiempo de un dispositivo móvil a través de las celdas de conexión —y que por consiguiente permitía en principio conocer la ubicación del titular del dispositivo— no podía ser solicitada por un fiscal, sino que se requería una orden judicial.

Estas decisiones resultan novedosas, en tanto reflejan una genuina preocupación por la protección de la privacidad de las personas en el entorno digital y ya no solo limitado al entorno físico. En este sentido, estas decisiones demuestran un entendimiento flexible de qué es la intimidad en el mundo actual, y cómo debemos resguardarla de injerencias externas que no aparezcan como necesarias. Por supuesto que esto no implica que en los casos en los que el balance de los derechos en juego aconseje avanzar sobre la privacidad de las personas, los tribunales así podrán ordenarlo luego de someter la cuestión a un escrutinio.

(6) JPenal, Contravencional y de Faltas Nº 10 de la Ciudad de Buenos Aires, expediente 24452/18, registro interno 1429, 3 de septiembre de 2018; y expediente 25380/18, registro interno 1435, 4 de septiembre de 2018.

II. Celulares y geolocalización

Antes de analizar con más profundidad las discusiones jurídicas relacionadas a la privacidad y la geolocalización a través de dispositivos móviles, resulta necesario entender el contexto en el cual se dan estas discusiones.

Resulta innegable que los dispositivos móviles, en mayor medida los teléfonos inteligentes, son una parte central de la vida de la mayoría de las personas, y que es esperable que su uso continúe creciendo en el futuro inmediato. En tan solo algunos años, pasaron de ser un artículo accesible para algunos pocos, a ser un dispositivo esencial en la vida cotidiana de cualquier persona, por encima de muchos otros artículos. Ocupan un lugar tan central en la sociedad, y muchas veces no recordamos cómo eran las cosas antes de ellos.

De acuerdo con un informe realizado por GSMA Intelligence, una entidad que agrupa a operadores de telefonía móvil a nivel mundial, en 2017 el número de personas utilizando servicios de telefonía móvil superó los 5 mil millones. Se espera que esta cifra llegue a casi 6 mil millones de personas en 2025, lo que equivale al 71% de la población mundial. El crecimiento sería particularmente impulsado por los países en vías de desarrollo, incluyendo a la India, China, Pakistán, Indonesia, Bangladesh, y los países de África y América Latina (7).

El informe también considera que —pese a estas cifras— la velocidad del crecimiento en la cantidad de usuarios a nivel mundial en realidad está decreciendo. Esto se deba a la saturación que existe en los países más desarrollados, en donde no hay más lugar para un crecimiento en relación con la cantidad de usuarios. En línea con esto, por ejemplo, en "Carpenter" la Corte Suprema de los Estados Unidos se refiere al hecho de que existen 396 millones de cuentas de teléfonos celulares en los Estados Unidos, cuya población es de 326 millones de personas.

En América Latina, en la actualidad existe una penetración del 67% de la población en cuanto a uso de servicios de telefonía móvil. Sin embargo, en la Argentina en particular los nú-

(7) *The Mobile Economy 2018*, GSMA Association, 2018.

meros son más elevados. Argentina llegó a tener una línea por habitante en 2008 y, de acuerdo con cifras brindadas por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, 8 de cada 10 personas utilizaban un teléfono celular en el país en 2017 (8).

Los teléfonos celulares funcionan conectándose a distintas antenas con un rango determinado de cobertura. Estas antenas se conocen como "celdas" que, a su vez, están divididas en distintos sectores. Los teléfonos celulares continuamente intentan conectarse con la celda más cercana para obtener señal. En la actualidad, la mayoría de estos teléfonos se conectan a la red cada tanto, independientemente de si el usuario lo está utilizando o no. Esto genera un registro que identifica el tiempo y lugar de cada conexión. Por su parte, las empresas de telecomunicaciones recolectan y almacenan los datos generados por las conexiones a las celdas, a efectos de poder prestar sus servicios a los usuarios.

Cuantas más celdas existen en una zona, menor será el área de alcance de cada celda y más precisa será la información generada sobre la ubicación del dispositivo. A medida que aumenta el número de usuarios de dispositivos móviles, en principio también aumenta la cantidad de celdas existentes y disponibles. Esto hace que con el paso del tiempo la información de geolocalización se vuelva cada vez más precisa. Asimismo, las empresas de telecomunicaciones gradualmente han comenzado a almacenar cada vez más datos acerca de las conexiones de sus usuarios.

Es decir que, en la práctica, una gran parte de la población mundial tiene en su bolsillo o cartera un dispositivo que permite no solo ubicarlos en tiempo real, sino también reconstruir históricamente su ubicación en distintos momentos. Además, existe una tendencia al aumento en la cantidad y la precisión de la información recolectada, lo que hace que todos estemos virtualmente ubicados en tiempo y espacio durante la mayor parte del día.

Como ya hemos dicho, estos datos resultan extremadamente valiosos en el marco de investigaciones judiciales, sobre todo en el marco de investigaciones y juicios penales. Pueden ayudar a establecer que un determinado usuario se encontraba en el lugar donde se cometió un delito al momento de este o pueden también servir para identificar áreas relevantes a los fines de una investigación. Por lo tanto, resulta razonable que las autoridades quieran acceder a estos datos, y que recurran a las empresas de telecomunicaciones para obtenerlos.

La cuestión radica, entonces, en determinar cómo debe balancearse el derecho a la privacidad de los individuos frente al acceso de las autoridades a sus datos de geolocalización, y qué resulta razonable exigir para que este acceso sea legítimo.

III. La discusión en los Estados Unidos y el fallo "Carpenter"

En los Estados Unidos, la tensión entre las investigaciones policiales y el derecho a la privacidad de los ciudadanos se traduce en una discusión acerca de la necesidad o no de contar con un *warrant*, una orden judicial que llegue al estándar de "causa probable" (*probable cause* en inglés). Este estándar es el que se requiere para la emisión de una orden de intervención telefónica o, p. ej., una orden de allanamiento.

La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege a los individuos de los registros irrazonables (*unreasonable searches* en inglés (9)), y resguarda su derecho a la privacidad. De acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, cuando existe una expectativa de privacidad que la sociedad considera razonable, cualquier registro que realicen las autoridades requiere que un juez emita una orden judicial basada en una causa probable de la comisión de un delito.

Sin embargo, esto genera interrogantes acerca de a qué tipo de registros se refiere la Cuarta Enmienda, y cuándo existe una expectativa razonable de privacidad. Es evidente que, original-

(8) Módulo de Acceso y Uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación, Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina, 2018. Disponible en: *www.indec.gov.ar*.

(9) Este término no tiene una traducción exacta al español y hemos optado por utilizar "registro irrazonable" a efectos de este artículo.

mente, el texto fue ideado para proteger a las personas en el caso de registros físicos, como el allanamiento de sus hogares o el acceso a sus papeles privados. Sin embargo, en el contexto actual y teniendo en cuenta el avance de la tecnología, los tribunales debieron comenzar a analizar si esta protección pensada para un mundo físico debía extenderse del mismo modo al mundo digital, muy en particular en lo que hace a la información y datos generados por los dispositivos móviles.

El tema fue muy debatido en los últimos años, con diversas decisiones judiciales fallando en distinto sentido[10]. Algunos tribunales sostenían que la información de geolocalización de celdas de dispositivos móviles no se encontraba protegida por la Cuarta Enmienda, mientras otros consideraban que sí lo estaba. Pero hasta los tribunales que se encontraban en el mismo lado de esta discusión se apoyaban en distintas doctrinas jurisprudenciales y supuestos fácticos, lo cual ilustra la complejidad del tema.

Ya en 2014, en el caso "Riley v. California" (11) la Corte Suprema de los Estados Unidos extendió la protección que garantiza la Cuarta Enmienda de su Constitución a la información digital contenida en teléfonos celulares de personas que habían sido arrestadas. Esta decisión tuvo trascendencia e impacto por su reconocimiento de la importancia de los dispositivos móviles en la sociedad actual. En "Riley", p. ej., la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que los teléfonos celulares son una parte tan importante y constitutiva de la vida diaria, que contar con uno resulta esencial para la participación de las personas en la sociedad moderna. Algo con lo que difícilmente podamos estar en desacuerdo, más allá de la valoración personal que podamos hacer de una vida híper conectada.

Sin embargo, hasta la decisión en "Carpenter" la Corte Suprema de los Estados Unidos no se había expedido de forma expresa acerca del uso de los datos de geolocalización en relación con el derecho constitucional a la privacidad. Esta discusión es muy actual y tiene implicancias prácticas tangibles, debido a la frecuencia con que las autoridades norteamericanas recurren a este tipo de información al realizar sus investigaciones. La falta de certeza en este tema generó mucha expectativa acerca de cuándo y cómo intervendría el máximo tribunal en este asunto (12).

Finalmente, el 22 de junio de 2018 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó sentencia en el caso "Carpenter" y fijó un importantísimo precedente acerca de la geolocalización de individuos por medio de celdas de conexión de dispositivos móviles.

Los hechos del caso fueron los siguientes. En 2011, la policía federal detuvo a un hombre acusado de asaltar algunos comercios. Al ser interrogado, identificó a otras personas que habrían participado en varios otros robos en los meses anteriores, incluyendo a Timothy Carter.

En estas circunstancias, la policía le solicitó a un juez que emitiera una orden judicial con fundamento en la *Stored Communications Act* (Ley de Comunicaciones Almacenadas) para obtener datos de la ubicación del teléfono celular de Timothy Carpenter. Esta ley permite la obtención de información acerca de telecomunicaciones cuando existan fundamentos razonables para creer que son relevantes y materiales para una investigación penal (13). El juez concedió la orden y se recolectó información acerca de las celdas a las que el teléfono celular de Carpenter se conectó, indicando los momentos de inicio y finalización de sus llamadas por un período de cuatro meses.

Posteriormente, Carpenter fue acusado de cometer una serie de robos a mano armada. Antes del inicio del juicio, su defensa solicitó que se declarara inadmisible la información de geolocalización obtenida de su teléfono celular alegando que tal acceso importó una violación a su derecho constitucional a la privacidad. El tribunal de primera instancia rechazó la petición.

(10) Bedi, Monu, "The curious case of cell phone location data: Fourth Amendment doctrine mash-up", *Northwestern University Law Review*, vol. 110, 2015, p. 68.

(11) CS Estados Unidos, "Riley c. California", 573 U.S. __ (2014).

(12) Kanovitz, Jacqueline R. - Ingram, Jefferson L. - Devine, Christopher J., *Constitutional Law for Criminal Justice*, Routledge, Nueva York, 2019, 5.5.E.

(13) Código de los Estados Unidos, 2703(d).

Durante el trámite del juicio, el fiscal utilizó esta misma información para establecer que el teléfono celular de Carpenter había estado en las cercanías de los cuatro lugares en los que se cometieron los robos, mientras estos ocurrían. Eventualmente, Carpenter fue declarado culpable y condenado a más de 100 años de prisión. Oportunamente, la Cámara de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos confirmó la decisión del tribunal de primera instancia.

La defensa de Carpenter planteó un recurso de *certiorari,* que fue aceptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En una decisión que difiere de los lineamientos sentados en algunos precedentes del mismo tribunal, revocó el fallo apelado y devolvió el expediente a la instancia inferior para que se tomen medidas consistentes con esta nueva decisión.

El voto de la mayoría, compuesta por cinco de los nueve miembros del máximo tribunal, estableció que la información de geolocalización, obtenida de las conexiones que un teléfono celular hace a las distintas celdas de conexión, implica un registro a efectos de la Cuarta Enmienda, y que los usuarios de teléfonos celulares cuentan con una razonable expectativa de privacidad.

En particular, destacó que la información de geolocalización de dispositivos móviles implica un mayor peligro para la privacidad de los dispositivos que incluyen un GPS debido a que hoy en día todos llevamos teléfonos celulares con nosotros a toda hora, por lo que los datos sobre la ubicación de estos dispositivos son la forma perfecta de vigilancia. Además, estos datos no solo muestran una ubicación actual, sino que permiten reconstruir la ubicación en tiempo y espacio hacia el pasado, permitiendo en general determinar la ubicación varios años atrás.

Asimismo, otro aspecto central del fallo en "Carpenter" es que se distanció de la doctrina de la "tercera parte" consagrada por la misma Corte Suprema en los casos "Smith v. Maryland" y "United States v. Miller" (14). De acuerdo con esta doctrina, las personas no se encuentran protegidas por la expectativa de privacidad de la Cuarta Enmienda cuando se trate de datos que ellos mismos hubieran entregado voluntariamente a un tercero. El fundamento de esta doctrina es que, cuando un individuo les entrega información a terceros, su expectativa de privacidad se ve reducida.

En este sentido, como principal argumento el gobierno de los Estados Unidos había intentado establecer que los usuarios de telefonía celular habían voluntariamente entregado información a las empresas de telecomunicaciones, por lo que no podían tener una razonable expectativa de privacidad. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó este argumento e hizo énfasis en las particularidades del servicio de telefonía móvil. Adoptando un criterio realista, primero destacó la importancia de la información que obra en poder de las compañías de telecomunicaciones. Consideró que el hecho de que estos datos permitan constatar la ubicación física de las personas todos los días, y con varios años de antigüedad, los distingue de cualquier caso anterior. Además, resaltó que contar con un dispositivo móvil es esencial para participar en la sociedad moderna. Esto, combinado al hecho de que virtualmente cualquier uso de un teléfono celular genera datos geográficos de manera automática, hace que no se pueda hablar de un acto afirmativo de entrega de información por parte del usuario. En cambio, serían actos involuntarios automáticos que en realidad resultan imperceptibles para el usuario, lo que no alcanza en consecuencia para desvirtuar su expectativa de privacidad.

Sobre la base de lo expuesto, el tribunal sostuvo que la orden judicial emitida bajo el *Stored Communications Act* no resultaba suficiente para habilitar el acceso a los datos de geolocalización del teléfono celular de Carpenter ya que resultaba necesario contar con una orden judicial con un estándar superior, el mismo estándar que se requiere en caso de allanamientos, es decir, un *warrant* emitido con fundamento en una causa probable.

Por último, es también importante destacar que la decisión de la mayoría en "Carpenter" tiene sus limitaciones.

En primer lugar, los jueces expresamente establecen que la decisión es de aplicación restringida. El fallo destaca que "Carpenter" se limita

(14) CS Estados Unidos, "Smith v. Marlyland", 442 U.S. 735 (1979) y "United States v. Miller", 425 U.S. 435 (1976).

a decidir sobre las cuestiones que se planten en este caso en particular, y que no inhabilita la doctrina de la "tercera parte", no cuestiona la utilización de métodos de monitoreo y no se refiere a otra información de empresas que podría revelar datos geográficos.

En segundo lugar, "Carpenter" establece que la regla de la necesidad de un *warrant* queda sujeta a excepciones. La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que, aunque el acceso a información de geolocalización en general requerirá un *warrant*, pueden existir situaciones específicas en las cuales el registro pueda realizarse sin este. Entre ellas, mencionó supuestos en donde la urgencia de la situación, como sería por ejemplo capturar a una persona prófuga, proteger a individuos en peligro inminente, o prevenir la destrucción de pruebas, podrían habilitar el acceso a datos de geolocalización sin un *warrant*.

IV. Los efectos de "Carpenter" en la Argentina

Como hemos anticipado anteriormente, en el ámbito de la justicia penal, contravencional y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires, durante septiembre de 2018 se dictaron dos resoluciones relacionadas con los datos de geolocalización recolectados por las compañías de telecomunicaciones. Si bien se trata de resoluciones interlocutorias que no resuelven el fondo de la cuestión, resultan de importancia por los lineamientos y directrices que fijan.

Ambas resoluciones fueron dictadas por el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 10 de la Ciudad de Buenos Aires, involucran investigaciones relacionadas a la posible comisión del delito de producción o distribución de pornografía infantil contemplado en el art. 128 del Cód. Penal, y se resuelven de manera idéntica.

En ambos casos, en el marco de la investigación por la posible comisión de un delito el fiscal de la causa (i) solicitó que el tribunal librara oficios a *Facebook* y *Microsoft* a fin de recabar cierta información de usuario; y (ii) dispuso —sin orden judicial— el libramiento de un oficio a una compañía de telecomunicaciones a fin de que informara la titularidad de una línea telefónica del investigado, domicilio de facturación y listado de celdas de conexión habilitadas por esa línea, con su correspondiente ubicación geográfica, durante cierto período de tiempo.

En tiempo oportuno, el juzgado hizo lugar a los pedidos en relación con las firmas *Facebook* y *Microsoft*, y ordenó que se libraran los oficios solicitados.

Por otro lado, en lo que hace al oficio dirigido a la compañía de telecomunicaciones, el juzgado declaró su nulidad.

Para así decidir, consideró que los fiscales se encuentran habilitados para requerir autónomamente ciertos informes de acuerdo con el art. 93 del Cód. Proc. Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual dispone que a fin de desarrollar la investigación preparatoria los fiscales podrán citar a testigos, requerir los informes y peritajes que estimen pertinentes y útiles, practicar las inspecciones de lugares y cosas, disponer o requerir secuestro de elementos y todas las medidas que consideren necesarias para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, también destacó que el mismo artículo establece que se deberá solicitar orden judicial para practicar allanamientos, requisas o interceptaciones de comunicaciones o correspondencia.

En este sentido, el juzgado consideró que la información correspondiente a las celdas celulares de conexión de un determinado dispositivo móvil que permite establecer su ubicación geográfica, se encuentra en una categoría de sensibilidad desde la perspectiva de la privacidad, y que los usuarios tienen una razonable expectativa de privacidad respecto de ella.

En este escenario, el juzgado concluyó que, aunque la geolocalización a través de datos generados por las celdas de conexión no es una medida probatoria específicamente regulada en el Código de Procedimientos, de todos modos, resulta necesario priorizar una interpretación constitucionalizada de las normas procesales aplicables y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este caso, esto implicaría —según el tribunal— redimensionar el alcance del derecho a la intimidad y el alcance de la labor jurisdiccional. Eso se debe a que las medidas de prueba contempladas en las normas fueron ideadas exclusivamente para la investigación de hechos acontecidos en el mundo físico, y no en el mundo digital.

En este contexto, el juzgado hizo hincapié en la necesidad de contar con una interpretación amplia y dinámica del derecho a la intimidad. Además, enfatizó sobre la importancia de una interpretación progresiva de la definición de "información personal almacenada" a efectos del art. 13.8 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece que el allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, solo pueden ser ordenados por el juez competente.

Por lo tanto, y luego de hacer un fructífero análisis comparativo de los hechos y argumentos del caso "Carpenter" resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, consideró que correspondía declarar la nulidad del pedido de informe a la compañía de telecomunicaciones, ya que en las circunstancias del caso este pedido de información requiere una orden judicial.

V. Conclusión

Como hemos visto a lo largo de este artículo, la posible afectación a la privacidad de las personas relacionada con las nuevas tecnologías es algo que se encuentra en plena discusión y constante evolución, y está lejos de estar zanjada.

Prueba de estas discusiones son las recientes decisiones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, las que recogen algunos de los aspectos más relevantes del fallo de la CS Estados Unidos en "Carpenter".

En ambos casos, los tribunales reconocen y se refieren a la realidad y a las características de la sociedad moderna. Así, por ejemplo, al intentar redefinir el ámbito de la intimidad en la actualidad, se establece que es relevante el hecho de que las personas no nos desprendemos habitualmente de nuestros celulares, y que estos dispositivos parecen formar parte de la anatomía de la mayoría de los individuos.

Adicionalmente, en "Carpenter" se trasladan los estándares existentes en la época de los fundadores de los Estados Unidos, a la modernidad. Frente a los avances tecnológicos, la respuesta jurisprudencial es intentar preservar el mismo grado de privacidad existente el momento de la adopción del texto constitucional. Es decir, que aunque el texto constitucional que preserva la privacidad no varía, su interpretación evoluciona para adaptarse a la sociedad[15]. Las decisiones del juzgado de la Ciudad de Buenos Aires comparten este razonamiento.

De hecho, prueba de la complejidad del tema y de la multiplicidad de opiniones es el hecho de que "Carpenter" fue una decisión tomada por una mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos en su mínima expresión, y acompañada por distintos votos individuales.

En la Argentina, la discusión se encuentra todavía en una etapa más inicial, por lo cual será necesario analizar cómo resuelven los tribunales esta cuestión a medida que esta se vaya presentando.

---

(15) Danielsen, Erica L., "Cell Phone Searches After Riley: Establishing Probable Cause and Applying Search Warrant Exceptions", *Pace Law Review*, vol. 3, No. 36, 2016, p. 970.

Identificación de los sitios de Internet. La dirección numérica y el nombre de dominio. La ciberocupación

POR **HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH** (*)

I. Introducción. Las direcciones numéricas

Al poco tiempo de la aparición de Internet, se vio la necesidad de identificar de alguna forma a los diferentes sitios que componían la red.

A tal fin se creó IANA (Autoridad de Asignación de Números de Internet) (1), organismo no oficial vinculado a la Universidad del Sur de California, que es quien se ocupa desde entonces de la asignación de las direcciones numéricas a seis organismos regionales, a fin de que sean posteriormente asignadas por estos a los sitios de Internet existentes o que se creen, de forma tal que cada sitio de Internet tenga una dirección numérica única e irrepetible. Esta dirección numérica se encuentra relacionada con el nombre de dominio que los creadores de cada sitio le dieron al sitio de Internet.

Surge así una doble forma de identificación de los sitios: la *dirección numérica IP* y el *nombre de dominio (DNS).*

La primera, la dirección numérica IP, es un identificador de carácter técnico, mientras que el segundo, el nombre de dominio, es la designación que le dio al sitio su creador.

Es así como cada sitio de Internet tiene una dirección numérica fija y un nombre de dominio que se corresponde con esa dirección numérica.

Esta dirección numérica la forman un conjunto de cuatro números y letras separados por puntos. Este conjunto numérico, único e irrepetible, permite la ubicación del sitio en la red y su comunicación técnica. Durante muchos años se utilizaron las llamadas IP versión 4, pero el agotamiento de estas a mediados de la década pasada hizo que se crearan las IP versión 6 que son las que se utilizan actualmente. Las IPv6 son un nuevo protocolo usado a partir de 1999, cuyas direcciones son de 128 bits convencionalmente expresadas en cadenas hexadecimales, que admiten consecuentemente números hasta 9 y letras hasta F.

El usuario de Internet busca el sitio por el nombre de dominio, pero el proveedor de servicios que tenga contratado ese usuario ubica al sitio pedido por su dirección numérica y lo ofrece al usuario entablando la conexión entre el usuario y el sitio. Esta transformación del nombre de dominio del sitio en el número IP de este se produce a través de uno de los servidores raíz (*DNS Root Servers*) con que cuenta la red y que son los encargados de traducir los nombres de dominio a direcciones IP (2).

(*) Abogado, especialista en Derecho Informático y de las Nuevas Tecnologías. Profesor de Grado y Postgrado en Universidades argentinas y extranjeras. Autor de libros, entre ellos: *Internet: su problemática jurídica*, *Protección jurídica del software*, *Manual de derechos de autor, Manual de derecho informático.*

(1) La IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*), organismo que hoy integra ICANN (*The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), a través de ASO (*Adress Supporting Organization*) es el organismo que coordina y asigna a nivel mundial las direcciones numéricas.

(2) Los servidores raíz (*DNS Root Servers*) son trece: diez de ellos están ubicados en Estados Unidos, uno en Estocolmo, uno en Londres y uno en Japón. A estos

A los fines de la asignación de las direcciones numérica, IANA (hoy en día integrada dentro de ICANN), a través de ASO (*Adress Supporting Organization*) adjudica lotes de direcciones numéricas IP a los cinco diferentes registros regionales que existen:

• RIPE NCC (*Rape Network Coordination Center*) (3) es el registro delegado para Europa y Medio Oriente.

• APNIC (*Asia Pacific Network Information Center*) (4) es el registro delegado para la región de Asia y el Pacífico.

• ARIN (*American Registry for Internet Numbers*) (5) tiene la delegación para América del Norte.

• AFRINIC (*African Networks Information Center*) (6) es el registro delegado del África.

• LACNIC (Registro Regional de Direcciones IP Latinoamericanas y Caribeñas) (7): su creación fue aprobada en forma definitiva el 31 de octubre de 2002, en la reunión de ICANN celebrada en Shangai, China. Tiene su sede en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay. Su área de cobertura alcanza a Antillas Holandesas, Argentina, Aruba, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guyana Francesa, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Islas Falkland (Malvinas), México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, South Georgia and The South Sandwich Islands, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Estos cinco registros regionales reciben de IANA lotes de direcciones numéricas y, a su vez, los otorgan a los administradores regionales de nombres de dominios y proveedores de servicios de Internet, y estos asignan nuevamente las direcciones a proveedores más pequeños y, finalmente, a las páginas o sitios web.

Además de estas direcciones numéricas fijas, existen otras direcciones numéricas variables que se asignan cada vez que un usuario ingresa a Internet. En los últimos años, estas direcciones numéricas variables han adquirido también gran importancia, pues a través de ellas es posible localizar el origen de una transacción electrónica o de un correo electrónico.

II. Los nombres de dominio

Pero, como antes dijera, además de la dirección numérica, los sitios de Internet tienen un segundo elemento identificador, que es el nombre de dominio DNS (*Domain Name System*), que tiene como finalidad la individualización por parte del usuario del sitio cuya identificación técnica es la dirección numérica IP.

El nombre de dominio es un elemento necesario para toda persona o institución que quiera tener una presencia activa en Internet mediante una página o sitio, ya que cumple la finalidad de que cualquier usuario conectado a la red pueda identificarlo. De allí que generalmente el nombre de dominio de la página o sitio coincida con el nombre real de la persona física, o el nombre o marca de la empresa o de alguno de sus productos. Al mismo tiempo, ese nombre de dominio debe ser único y no puede repetirse.

---

trece servidores se los denomina por las primeras trece letras del alfabeto, y están en manos de organismos y corporaciones diferentes e independientes, principalmente universidades, empresas privadas y organismos relacionados con el ejército de EE.UU. Aproximadamente la mitad depende de organizaciones públicas estadounidenses.

Servidor A: Network Solutions, Rendón, Virginia, USA.
Servidor B: Instituto de Ciencias de la Información de la Univ. del Sur de California, USA.
Servidor C: PSINet, Virginia, USA.
Servidor D: Universidad de Maryland, USA.
Servidor E: NASA, en Mountain View, California, USA.
Servidor F: Internet Software Consortium, Palo Alto, California, USA.
Servidor G: Agencia de Sistemas de Información de Defensa, California, USA.
Servidor H: Laboratorio de Investigación del Ejército, Maryland, USA.
Servidor I: NORDUnet, Estocolmo, Suecia.
Servidor J: (TBD), Virginia, USA.
Servidor K: RIPE-NCC, Londres, Inglaterra.
Servidor L: (TBD), California, USA.
Servidor M: Wide Project, Universidad de Tokio, Japón.

(3) *https://www.ripe.net/.*

(4) *https://www.apnic.net/.*

(5) *https://www.arin.net/.*

(6) *https://www.afrinic.net/.*

(7) *http://www.lacnic.net/web/lacnic/inicio.*

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha definido con claridad el concepto expresando: "se entenderá por 'nombre de dominio' una serie alfanumérica que corresponda a una dirección numérica en Internet", agregando luego: "Los 'nombres de dominio' de Internet pueden describirse como cómodos sustitutos de las direcciones numéricas de Internet. Una dirección numérica de Internet (también conocida como 'dirección del protocolo Internet' o 'dirección IP') es un código numérico que permite la identificación de un ordenador dado, conectado a Internet. El nombre de dominio es el sustituto nemotécnico de dicha dirección que, si se escribiera en el ordenador, se convertiría automáticamente en la dirección numérica" (8).

Con referencia a los nombres de dominio, existen actualmente dos sistemas de nombres de dominios:

Los *dominios de primer nivel o nivel superior genéricos* (identificados con la sigla gTLDs) (9), que fueron los primeros que existieron y que podemos denominar dominios internacionales, son administrados actualmente por ICANN (*The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) (10), organismo a nivel internacional quien desde 1998 tiene a su cargo el manejo de las direcciones numéricas y de los nombres de dominio, fijando las políticas del régimen de nombres de dominio Internet a nivel internacional. ICANN absorbió a IANNA, que ha quedado virtualmente fusionada a ICANN. Esta entidad efectúa una tarea específicamente técnica, en cuanto maneja las direcciones numéricas y los nombres de dominio, de allí que muchas veces se dice que ICANN es el único gobierno de Internet que existe, destacándose que no efectúa ningún control de los contenidos que se transmiten. Puedo agregar que ICANN se autodefine como una corporación de beneficio público, sin fines de lucro, con participantes de todo el mundo dedicados a mantener una Internet segura, estable e interoperable.

Pero este sistema de dominios de primer nivel o nivel superior genéricos, que fue el original, resultó insuficiente, a lo que se sumó el pedido de los diferentes estados de tener cada uno un sistema nacional, surgiendo así ya hace años un segundo sistema de nombres de *dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países o territorios (ccTLDs)* (11).

Me referiré a continuación a ambos sistemas de nombre de dominio Internet.

III. Nombres de dominios de nivel superior genérico (gTLDs)

Este sistema de nombres de dominio genéricos se asigna de acuerdo con el destino o propósito para el que habían sido creados y no pertenecen a ningún país en particular. Son mantenidos y regulados directamente por ICANN o por entidades internacionales colaboradoras de esta. En el comienzo fueron definidos por la *Internet Engineering Task Force* (IETF) o Grupo de Trabajo de Ingeniería de Internet, en el documento RFC20 (12), Solicitud de Comentarios, publicado en el año 1984.

En un comienzo, existieron siete dominios de nivel superior genérico a los que se los conoce vulgarmente, atento a su naturaleza, como dominios internacionales. Estos siete dominios eran:

.com: Organizaciones comerciales.

.net: Administradores de red.

(8) Recomendación Conjunta relativa a las disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas, aprobada por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima cuarta serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI —20 a 29 de septiembre de 1999— art. 1º, apart. V, y notas sobre el art. 1º, apart. 1.4, punto V del documento).

(9) Dominio de nivel superior genérico (*generic Top Level Domain* o *gTLD*).

(10) ICANN es una corporación sin fines de lucro con sede en California, que tiene dos finalidades fundamentales: 1) La coordinación de políticas relacionadas con la asignación de nombres de dominio Internet, direcciones numéricas y protocolos de puertos y parámetros para los números; 2) La coordinación del sistema del *DNS Root Server* a través del *Root Server System Advisory Committee*.

(11) Dominio de nivel superior de código de país (ccTLD).

(12) El RFC20 puede ser consultado en *https://tools.ietf.org/rfc/rfc920.txt*.

.org: Organizaciones sin fines de lucro.

.edu: Instituciones educativas.

.gov: Dependencias del gobierno de EE.UU.

.mil: Instituciones militares de EE.UU.

.int: Organismos internacionales.

Posteriormente, se fueron creando nuevos dominios internacionales, existiendo para el año 2009 los siguientes 23 dominios internacionales:

.com: Organizaciones comerciales.

.net: Administradores de red.

.org: Organizaciones sin fines de lucro.

.edu: Instituciones educativas.

.gov: Dependencias del gobierno de EE.UU.

.mil: Instituciones militares de EE.UU.

.int: Organismos internacionales.

.biz: Sitios comerciales.

.info: Uso general.

.name: Nombres de personas.

.pro: Profesionales de determinadas categorías, agrupados en los subdominios:

.med.pro para médicos.

.law.pro para abogados.

.cpa.pro para auditores.

.museum: Museos.

.aero: Industria aeronáutica.

.coop: Cooperativas.

.cat: Comunidad cultural de Cataluña.

.jobs: Recursos Humanos.

.travel: Viajes.

.tel: Telefonía fija.

.mobi: Telefonía móvil.

.arpa: Administradores de red.

.asia: Sitios del Continente Asiático.

.xxx: Sitios de entretenimiento para adultos.

.post: comunicaciones postales.

Según información de Verisign, al 31 de marzo de 2017 había 330,6 millones de dominios gTLDs registrados.

Destaco que de ese total de dominios gTLDs la gran mayoría de ellos son dominios *.com*.

En la reunión que celebró ICANN en París en junio de 2008, se resolvió que a partir de 2009 se abriría la posibilidad de aprobar nuevos dominios internacionales, que fueran propuestos. Esta decisión fue ratificada en la reunión de Singapur de 2011, y se resolvió que entre el 13/1/2012 y el 30/5/2012 se podía solicitar la creación de nuevos dominios de este tipo. Posteriormente hubo un período para formular oposiciones.

Durante los años 2013 y 2014 fueron analizadas y aprobadas 1930 solicitudes de nuevos dominios, por lo que hoy en día podríamos decir que estos dominios gTLDs alcanzan a un alto número cercano a los 2000. Muchos de los nuevos dominios se encuentran ya habilitados y en funcionamiento (13).

Los nuevos gTLDs se clasifican en diferentes categorías: geográficos, generales, comunidades y empresas.

Se encuentran entre ellos los nombres de las empresas más importantes del mundo, de ciudades, etc. Pongo como ejemplo *.rugby*, *.africa*, *.divertido*, *.telefono*, *.hospital*, *.cabello*, *.boston*, *.volvo*, *.walmart*, *.macdonals*, *.amex*, por nombrar algunos.

(13) Los nuevos dominios aprobados pueden consultarse en *https://newgtlds.icann.org/en/program-status/delegated-strings*.

IV. Nombres de dominios de nivel superior correspondientes a países o territorios (ccTLDs - *Country Code Top Level Domain*)

El segundo sistema de nombres de dominio es el de los *dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países o territorios (ccTLDs)*.

Existen actualmente 295 dominios de este tipo y cada uno de ellos corresponde a una nación o territorio colonial, cuentan cada uno con una normativa distinta y propia y son administrados por algún ente público o privado del Estado al que corresponden, no teniendo dependencia alguna con ICANN.

Cada uno de estos dominios lleva un código de país identificado con dos letras derivado de la Norma 3166 de la Organización Internacional de Normalización (IS0 3166) (14).

Destaco que todos estos dominios territorios terminan con esas dos letras, que son el código identificador del país o territorio al que pertenecen, a diferencia de los dominios internacionales que nunca pueden terminar en dos letras.

Algunos países, como España, permiten a cualquier ciudadano del mundo registrar un dominio *.es*, siempre que tenga algún vínculo con ese Estado. Todo lo contrario ocurre con otros ccTLDs, como los *.ad* (Andorra) o *.au* (Australia), que solo pueden pertenecer a ciudadanos y empresas residentes en esos lugares.

En EE.UU., la mayoría de los registros de dominio han sido registrados como dominios internacionales, pese a la existencia de los dominios regionales y que a EE.UU. le corresponde en tal sistema la sigla *.us*.

Como dijera, estos dominios pertenecen a naciones o territorios coloniales, pero pese a ello encontramos hoy en día en la red ciertos sitios con nombres de dominio que aparentan tratarse de dominios internacionales, referidos a ciertas actividades, pero que no obstante tal apariencia se trata de dominios territoriales.

Tal el caso, por ejemplo, del dominio *.tv*.

En efecto, conforme con el sistema de registros territoriales, a Tuvalu, una nación formada por una serie de islas al oeste del Océano Pacífico, le fue asignado el ccTLD *tv*.

El gobierno de Tuvalu cedió mediante importantes pagos de sumas de dinero los derechos de administración y explotación de tal ccTLD a la empresa canadiense DotTV, primero por diez años y luego ha ido prorrogando esa administración mediante cánones importantes.

Esta empresa ha registrado desde entonces cerca de 7000 dominios territorialmente ubicados en otros países, pero que tienen relación con empresas vinculadas a la televisión, dada la equivalencia del prefijo *tv* asignado a Tuvalu con la abreviatura internacional de TV para televisión.

Pareciera así, al recorrer la web, que al encontrar dominios que terminan con la sigla *.tv* y se refieren a empresas televisivas de cualquier lugar del mundo, que tal dominio *.tv* es un nuevo dominio genérico.

Ello no es así. Con independencia de los propósitos con que se registre este dominio, este continúa siendo un dominio territorial ccTLD, correspondiente al Estado de Tuvalu.

V. Régimen de nombres de dominio de la República Argentina

En la República Argentina, el sistema de registro de dominios Internet es, al igual que en la Ley 22.362 de Marcas, de tipo atributivo, o sea que requiere primero la solicitud de concesión de un nombre de dominio y luego el otorga-

(14) La palabra ISO deriva del vocablo griego "iso", que significa "igual" y se lo utiliza como un término internacional para identificar, con independencia del idioma utilizado, a la "International Organization for Standardization". Comúnmente, se tiene la creencia equivocada de que el término ISO responde a la abreviatura de la entidad, pero como lo acabo de explicar no es así.

Esta entidad, en la que participan gran cantidad de Estados, fue fundada en 1946 con la finalidad de establecer pautas de normalización y tipificación de productos, fundamentalmente de origen industrial. La norma ISO 3166 es una tabla que asigna a los diferentes Estados o territorios códigos de dos letras. Esta norma se compone de tres partes: ISO 3166-1 (tabla básica de asignación por territorio o Estado), ISO 3166 2 (tabla de asignación por subdivisión geográfica de territorios contenidos en la 1 e ISO 3166 3 (otros territorios).

miento de ese nombre, lo que trae aparejado un derecho personal a favor del registrante (15).

En la Argentina, la administración del dominio de nivel superior de Internet *.ar* lo ejerció desde 1987 hasta diciembre de 2012 la Dirección de Informática, Comunicaciones y Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a quien se la designó con la sigla NIC-Argentina. El sistema implementado durante este período tuvo numerosos errores y deficiencias que han sido subsanadas casi íntegramente en la actualidad.

El 12 de diciembre de 2012 se dictó el decreto 2085 que dispuso la transferencia de la administración de NIC Argentina a una nueva entidad, la Dirección Nacional del Registro de Dominios de Internet, que depende de la Subsecretaría Técnica de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

La asignación de los nombres de dominio de nivel superior correspondientes a la Argentina se realiza a través de un procedimiento en línea y bajo uno de los siguientes subdominios:

.com.ar: Si bien pareciera que está destinado a organizaciones comerciales, puede registrar este dominio cualquier persona.

.org.ar: Está reservado a organizaciones sin fines de lucro, pudiendo solicitar su registro las personas jurídicas argentinas o extranjeras.

.gob.ar o *gov.ar*: Solo se registrarán cuando identifiquen a dependencias estatales, sean estas de carácter nacional, provincial o municipal.

.mil.ar: Es exclusivo para entidades pertenecientes a las fuerzas armadas de la República Argentina.

.net.ar: Se otorga a quien figura registrado como proveedor de servicios de valor agregado en Internet.

.int.ar: Organizaciones internacionales.

.tur.ar: Reservado para agencias de viajes y turismo habilitadas por el Ministerio de Turismo de la Nación.

.ar: Entidades gubernamentales muy restringidamente.

.musica: Es para el uso exclusivo de los usuarios inscriptos en el Registro Único de Músicos y Agrupaciones Musicales Nacionales o en el Registro de la Actividad Musical del Instituto Nacional de la Música (UNMU).

Existe además el dominio *edu.ar*, pero es administrado por la Red de Interconexión Universitaria (RIU o ARIU), que funciona en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires.

La resolución de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia dictada el 27/2/2014 reemplazó las 20 reglas que habían sido establecidas en la res. 654/2009 y que regulaban hasta ese momento el sistema. Posteriormente se aprobaron la res. 110/2016 (Reglamento para la Administración de Dominios de Internet en Argentina), la disp. 153-E/2016 y la res. 1-E/2017. Estas tres últimas normativas son las que regulan actualmente el sistema.

Los principales aspectos contemplados por la nueva normativa son:

1. El registro de un nombre de dominio se otorga a la persona física o jurídica que primero lo solicite (principio atributivo) y con limitadas excepciones.

2. El registro se realiza on-line mediante un formulario electrónico en la página web de NIC-Argentina. Previamente hay que registrarse como usuario.

3. El registro tiene una validez de un año a partir de la inscripción y es renovable dentro de los treinta días anteriores a la fecha de registración.

En caso de no pedirse la renovación antes del vencimiento del plazo, se otorga un plazo de gracia de 30 días más y luego se produce la baja automática. Esta regla, en cuanto a la obligación de renovación, estuvo suspendida hasta el 1 de junio de 2005.

(15) Como lo he afirmado, entiendo que el derecho sobre el nombre de dominio que surge del contrato de registración no es un derecho real ni un derecho intelectual, sino que es un derecho personal que genera la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación y derecho de usar ese nombre de dominio, que es oponible a terceros y que es exclusivo aunque no perpetuo (Fernández Delpech, Horacio, *Internet: su problemática jurídica*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004).

4. El registro era gratuito hasta el 5 de marzo de 2014; a partir de ese momento fue arancelado. La gratuidad del sistema fue una de las principales deficiencias del sistema, pues provocó que con fines especulativos se registraran miles de dominios sin activarse y que nuestro país fuera uno de los Estados que más dominios registrados tenía.

5. NIC-Argentina actúa como un mero registrador sin un real control sobre las registraciones, como lo hacen otras legislaciones, en donde se establece:

• el cruzamiento del nombre solicitado con otros registros;

• la registración preferente de titulares de marcas o de sociedades.

6. Hasta la aprobación de la actual normativa, no existía la publicación de la solicitud a los efectos de posibilitar la oposición de terceros que se consideren con mejor derecho. La normativa actual establece que todas las solicitudes de nuevos registros de nombres de dominio y las transferencias serán publicadas en la edición impresa y en la versión web del Boletín Oficial de la República Argentina, por el término de dos días.

7. Disputas. En la cláusula 7ª del nuevo reglamento se establece expresamente que NIC Argentina, excepto a través del proceso de disputas, no intervendrá en los conflictos que eventualmente se susciten entre usuarios y o terceros relativos al registro o al uso de un nombre de dominio.

• En las cláusulas 24 y siguientes se implementa un particular sistema de solución de disputas, estableciendo que todo usuario que considere poseer un mejor derecho o interés legítimo respecto de la titularidad de un nombre de dominio, podrá disputar su registro a través del procedimiento que la normativa prevé.

• El reclamante deberá interponer el reclamo ante la plataforma de trámites a distancia de NIC, deberá ser autosuficiente y acompañar toda la documentación que acredite su mejor derecho y el comprobante del pago del arancel por disputa.

• NIC dará traslado por diez días, pudiendo ampliarse este plazo por una vez y por igual término.

• Dentro de ese plazo el demandado podrá contestar el reclamo por correo electrónico.

• Luego NIC resolverá y notificará a las partes que podrán recurrir conforme con el régimen de derecho administrativo.

VI. Conflictos surgidos con relación al registro de nombres de dominio. La ciberocupación

La casi totalidad de las legislaciones del mundo han adoptado un similar sistema básico de registración de nombres de dominio Internet, que es el sistema atributivo, basado en el principio "*first come, first served*", y conforme con el cual solicitado un nombre de dominio y registrado el mismo, nace desde ese momento un derecho exclusivo para su uso a favor de la persona o entidad que lo solicitó y a quien se le otorgó.

Pero esto no significa que esa atribución de un nombre de dominio registrado sea definitivo e irrevocable, ya que puede ocurrir que, frente a determinadas circunstancias, fundamentalmente referidas a la comprobación de que se trata de un registro abusivo o efectuado de mala fe, se puede llegar a cancelar dicho otorgamiento.

Surgió así ya hace muchos años, a nivel internacional con los dominios internacionales y luego a nivel de los diferentes Estados, lo que se dio en llamar la *ciberocupación* (16), que en su concepto actual podríamos decir que es la acción y efecto de registrar un nombre de dominio, con conocimiento de que hay un tercero que tiene mejor título, con la finalidad de:

- negociar con ese tercero la transferencia de ese nombre en forma onerosa; o

- desviar el tráfico web hacia un sitio competidor.

(16) Conforme ICANN la ciberocupación es la acción de intentar obtener ganancias mediante la compra de nombres de dominio que tienen fines comerciales o están relacionados con marcas comerciales, para posteriormente revenderlos u otorgar licencias a los nombres de las compañías que desarrollaron la marca. El actual concepto amplía el ámbito de aplicación a conflictos no marcarios.

Con relación a este problema y respecto de los dominios internacionales, como resultado de un largo y minucioso trabajo llevado a cabo por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el 24 de octubre de 1999 ICANN aprobó dos documentos que implementan un sistema de solución de controversias que son de aplicación solo a los conflictos *entre nombres de dominio y marcas y con relación a los dominios genéricos de primer nivel (internacionales)*. Estos documentos son la "Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio" (La Política) y el "Reglamento Adjunto de la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio" (El Reglamento).

Genéricamente, el sistema es conocido por la sigla *UDRP* (Política Uniforme de Resolución de Disputas) (17) y contempla la posibilidad de que, quien se considere afectado por la ocupación abusiva de un nombre de dominio, pueda recurrir ante ICANN. Debo destacar, además, que este sistema es solo aplicable a los dominios internacionales (gTLDs), y dentro de ellos es solo aplicable a los conflictos que estén referidos a una marca de productos o servicios.

A partir de entonces, comienza la tramitación de esa política uniforme de resolución de disputas, designándose para resolver el conflicto a uno de los siguientes organismos internacionales:

- *OMPI* o *WIPO*. *Word Intelectual Property Organization* - aprob. 1/12/1999.

- *NAF. The National Arbitration Forum* - aprob. 23/12/1999.

- *CAC. The Czech Arbitration* - aprob. 1/1/2008.

- *ADNDRC. Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*.

El primero de ellos, la OMPI o WIPO, ha sido siempre el más requerido y los conflictos son arbitrados por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI que cuenta con un expreso mecanismo de solución de controversias en materia de gTLDs que se rige por la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio.

Como lo explico en detalle en mi libro *Manual de derecho informático* (18), las características del sistema de la UDRP son las siguientes:

- El procedimiento se abre ante la denuncia formulada por el reclamante que alega ostentar mejor derecho que el titular de un dominio de primer nivel registrado.

- El reclamante debe demostrar ser titular de un registro marcario y acreditar la mala fe del titular de dominio cuestionado, quien por su parte debe demostrar un interés legítimo para poder mantener ese dominio cuestionado.

- Se considera que existe interés legítimo cuando el dominio ha sido utilizado o se han efectuado preparativos reales para su uso.

- Las disputas son resueltas por ICANN a través del organismo designado para resolver la disputa.

- Los registradores acreditados por ICANN han acordado adherirse a estas políticas de resolución de disputas.

- Se presumen como casos de mala fe:

1. el intento del titular de vender el dominio al denunciante o a un competidor de este;

2. el uso del dominio con intención de atraer a una dirección web por la mera confusión;

3. el registro del dominio de la marca de un competidor con el simple fin de obstaculizar su actividad o impedir que este pueda llegar a registrar el dominio.

- Este procedimiento no sustituye ni es condición previa para efectuar un reclamo judicial.

- Las cinco etapas fundamentales del procedimiento administrativo de la política uniforme son las siguientes:

(17) El texto de la UDRP puede ser consultado en *https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-*.

(18) Fernández Delpech, Horacio, *Manual de derecho informático*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, ISBN 978: 950 20 2593 3, p. 119 y ss.

1) La presentación de una demanda ante un proveedor de servicios de solución de controversias acreditado por la ICANN y seleccionado por el demandante, o sea, ante cualquiera de los cuatro organismos mencionados párrafos atrás. A tal fin, existe un modelo de demanda tipo, dándose traslado al demandado.

2) La presentación de un escrito de contestación por parte de la persona o entidad contra la que se ha presentado la demanda.

3) El nombramiento de un experto o un grupo administrativo de expertos compuesto por tres personas, que resolverá la controversia. El nombramiento será efectuado por el proveedor de servicios de solución de controversias seleccionado;

4) La resolución del grupo administrativo de expertos y su notificación a las partes, a los registradores interesados y a la ICANN. En caso de que el demandado no conteste la demanda y no se presente, se lo considera rebelde y el procedimiento continúa y es resuelto por el experto teniendo en cuenta la demanda y demás evidencias del caso.

5) La ejecución de la resolución del grupo administrativo de expertos por los registradores interesados, en caso de que se dicte una resolución por la que haya que cancelarse o cederse el nombre o nombres de dominio en cuestión. Si la decisión ordena la cesión o cancelación del nombre de dominio por el que se efectuó la demanda, esta cesión o cancelación debe ser ejecutada por el registrador ante quien se registró el dominio dentro de los días diez hábiles de la notificación de la decisión, salvo que se haya informado que se ha efectuado una impugnación judicial. Hago presente que en escasísimos casos las decisiones del experto o grupo de expertos fueron apeladas judicialmente.

Este sistema solo es aplicable a los nombres de dominio internacionales, pero no a los dominios territoriales o de países, ccTLD.

La UDRP es un mecanismo excelente por su rapidez y por la idoneidad de los organismos y árbitros que estos designan, pero tiene un defecto que es que solo es aplicable a los conflictos surgidos entre nombres de dominio y marcas registradas. Esto es así, pues al comienzo los conflictos más comunes se referían a conflictos con marcas, pero hoy en día los conflictos pueden referirse a otros supuestos no marcarios que, por no estar comprendidos, no pueden ser solucionados mediante esta UDRP.

Sería importante que se ampliase el ámbito de aplicación de la UDRP a conflictos aun no marcarios, tema que fue tratado por la OMPI en el Segundo Proceso de la OMPI relativo a nombre de dominio Internet (19), pero que aún no ha sido resuelto.

Pero destaco ahora que atento a que el sistema de la UDRP de ICANN se aplica solo a los dominios internacionales (gTLDs), no existe un mecanismo uniforme de resolución de controversias en el caso de los dominios territoriales de naciones (ccTLDs). Es por ello que los diferentes Estados han adoptado alguna de estas soluciones:

- Se han adherido al sistema de la UDRP de ICANN, tal el caso en América de: Antigua y Barbado, Bahamas, Belice, Ecuador, Guatemala, Panamá, Trinidad y Tobago y Venezuela, que han adoptado a la UDRP como política de resolución de controversias y al Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI como el ente encargado de la resolución de los conflictos.

- Han creado un sistema de solución de controversias parecido al de la UDRP, a los que habitualmente se los conoce como Sistemas Locales de Resolución de Disputas (LDRP). Tal el caso de México y España.

- Han establecido algún procedimiento administrativo para solucionar la controversia, a cargo del propio ente registrador. Tal el caso de la República Argentina, en donde las cláusulas 36 y siguientes del reglamento de NIC.AR implementan un particular sistema de solución de disputas en el cual:

- El reclamante deberá interponerla ante NIC.AR, deberá ser autosuficiente y acompañar toda la documentación que acredite su mejor dere-

(19) *http://www.wipo.int/amc/es/processes/process2/report*.

cho, y el comprobante del pago del arancel por disputa.

- NIC dará traslado por 15 días, el cual podrá ser contestado por correo electrónico. Luego, NIC resolverá y notificará a las partes, que podrán recurrir conforme con el régimen de derecho administrativo.

VII. *Trademark Claringhouse* (TMCH)

Con relación a los dominios internacionales que han sido recientemente creados por ICANN y a fin de que no se produzcan casos de ciberocupación, como ocurrió con los dominios históricos, a partir del 25/3/2013 se abrió el sistema de registro de marcas en una entidad, designada por ICANN, llamada Centro de Información de Marcas (*Trademark Claringhouse* - TMH) (20).

Este sistema tiene las siguientes características:

• Es una base de datos en la cual se puede inscribir cualquier marca que se encuentre registrada en cualquier lugar del mundo. El sistema acepta y verifica una amplia gama de marcas:

- Marcas registradas.

- Marcas protegidas por un estatuto o tratado.

- Marcas validadas por un tribunal.

- Otras marcas respaldadas por derechos de propiedad intelectual de acuerdo con las políticas de *Trademark Clearinghouse*.

• Es requisito de la inscripción acreditar tal circunstancia y abonar un arancel de 150 dólares por el registro de una marca durante un año.

• La inscripción hace nacer el derecho al *Sunrise*, que es un período de registro preferente 30 días antes a la apertura al público en general de cualquiera de estos nuevos dominios.

• La inscripción otorga un servicio de alerta de marcas, que consiste en la notificación al solicitante del dominio que está intentando registrar un dominio que coincide con una marca registrada en TMCH.

• Si el solicitante continúa con el registro, se notifica al titular de la marca para que tome las medidas que crea conveniente.

• La inscripción de la marca se realiza directamente en TMCH o ante cualquiera de los agentes designados en diferentes partes del mundo.

• El sistema incluye un nuevo procedimiento de resolución de conflictos, la URS (*Uniform Rapid Suspension System*), creado para resolver de manera más rápida que la UDRP los conflictos entre marcas y nombres de dominio. Este sistema, como su nombre lo indica, produce la suspensión pero no la transferencia como ocurre con la UDRP.

VIII. Conclusiones

Como hemos visto hasta aquí, a poco del inicio de Internet se hizo necesario buscar una forma de identificación de los diferentes sitios que componían la red. Por impulso de IANA, surge así la dirección numérica y el nombre de dominio.

La dirección numérica (IPv4 e IPv6) es un conjunto de números únicos para cada sitio, que se corresponde con el nombre de dominio que se dio al sitio. Cada sitio de Internet tiene una dirección numérica única que se corresponde con un nombre de dominio.

Este sistema funcionó correctamente, pero es necesario señalar que con relación a los nombres de dominio existen dos sistemas, uno de carácter internacional (gTLDs) y otro que corresponde a países o territorios (ccTLDs).

Ambos sistemas subsisten, el primero administrado por ICANN y el segundo administrado por cada uno de los Estados.

Se podría decir que estos son el único gobierno de Internet existente, con la gran ventaja de que ninguno de los sistemas, ni el internacional ni los sistemas nacionales, se han ocupado de restringir o manejar los contenidos de Internet, sino que solamente han actuado como el sistema identificador de los sitios.

La ciberocupación u ocupación abusiva de nombres de dominio en el concepto actual es la acción y efecto de registrar un nombre de dominio, con conocimiento de que hay un tercero

(20) *http://www.trademark-clearinghouse.com/es.*

que tiene mejor título, con la finalidad de negociar con ese tercero la transferencia de ese nombre en forma onerosa, o desviar el tráfico web hacia un sitio competidor.

La ciberocupación es un fenómeno que se da en los dos sistemas de nombres de dominio. En el sistema internacional (gTLDs), ICANN ha aprobado una política uniforme de resolución de disputas (UDRP), pero que es solo aplicable a los conflictos que se den con relación a marcas comerciales.

Creo que sería importante ampliar este ámbito de aplicación a cualquier otro tipo de conflicto y no restringirlo a los conflictos marcarios.

En los sistemas territoriales o de naciones (ccTLDs) no existe un criterio unánime para la solución de conflictos, habiendo surgido en los últimos años las LDRP, o sea, las políticas locales de resolución de disputas, regímenes similares a la UDRP pero adecuados a las características de cada Estado.

Por último, destaco que para los nuevos dominios internacionales creados en el 2013 y 2014 existe un nuevo procedimiento de resolución de conflictos, la URS (*Uniform Rapid Suspension System*), creado para resolver de manera más rápida que la UDRP los conflictos entre marcas y nombres de dominio. También ha sido creado el sistema de registro de marcas en una entidad, designada por ICANN, llamado Centro de Información de Marcas (*Trademark Claringhouse* - TMH) que brinda a los propietarios de marcas registradas un proceso rápido y de bajo costo para eliminar sitios web que infringen sus derechos de propiedad intelectual.

Consideraciones jurídicas sobre servicios *cloud* en la Argentina

POR **LISANDRO FRENE** (*)

I. Introducción. Los servicios de la nube (*cloud*)

La influencia de la tecnología en el derecho es tan evidente como versátil y exponencial en su crecimiento. Inicialmente comenzó siendo —y continúa siendo— un medio para agilizar y facilitar actos jurídicos, haciéndolos en definitiva más eficientes. En relativamente poco tiempo surgieron nuevos negocios basados casi exclusivamente en la tecnología o dependientes de ella en su esencia misma. De hecho, actualmente suele decirse —a mi criterio acertadamente— que cualquier compañía es una compañía de tecnología, sin importar qué tipo de bienes o servicios brinde (1), ya que en la actualidad difícilmente una empresa puede realizar, distribuir o comercializar sus productos eficientemente sin tecnología.

A nivel de nuestro país, tan axiomático como la influencia tecnológica en el escenario jurídico es el déficit regulatorio al respecto. Debe reconocerse que en los últimos años se han dictado normas que muestran indicios de modernización legislativa en este aspecto (2), si bien muchas de ellas han tenido hasta hoy escasa aplicación práctica. De todos modos, en muchos casos debemos analizar jurídicamente la realidad tecnológica actual con normas sancionadas en tiempos en que ni siquiera existía Internet (o incluso anteriores). El caso más paradigmático quizás sea el de la falta de regulación de los proveedores de servicios de Internet, pese a los cientos de fallos sobre el tema (principalmente contra buscadores de Internet), dos de ellos emanados de nuestro máximo tribunal (3), a las muchas opiniones doctrinarias y a los proyectos de ley sobre el tema, el último de ellos consensuado por los dos principales partidos políticos del país y aprobado unánimemente en el Senado de la Nación (4).

Por lo dicho precedentemente, pretender desarrollar un análisis omnicomprensivo acerca de la injerencia de la tecnología en el derecho argentino de hoy resultaría poco menos que inabarcable. Es así que enfocamos este artículo en alguna de las implicancias legales de los denominados "servicios informáticos en la Nube", comúnmente conocidos como servicios *cloud*.

(*) Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires, Máster of Laws (LLM) de Yeshiva University, New York. Socio del Estudio Richards, Cardinal, Tutzer, Zabala & Zaefferer, a cargo del Departamento de IT. Profesor de Datos Personales de la Universidad Austral (Master de Derecho Empresario).

(1) En este sentido recomiendo el artículo de Stone, Stephenie, "Why every company is a Technology Company", accesible en *https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2017/01/23/why-every-company-is-a-technology-company/#352051c857ae.*

(2) Frene, Lisandro, "Privacidad y tecnología en el derecho argentino actual", publicado en *Abogados.com.ar* del 19/12/2017.

(3) CS, 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén c. Google s/daños y perjuicios', y CS, 12/9/2017, "Gimbutas c. Google s/daños y perjuicios".

(4) Proyecto de ley sobre Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet de los senadores Federico Pinedo y Liliana Fellner, aprobado en el Senado.

Lejos de tratarse de un concepto jurídico, el concepto de "nube" o "*cloud*" fue acuñado por la industria informática. Y dejando de lado definiciones técnicas (5), en términos muy llanos podemos decir que los servicios en la nube permiten que los archivos y contenidos que están en los dispositivos de *hardware* particulares de los usuarios (PC, servidor, Tablet, etc.) puedan ser alojados en un conjunto de servidores, a los que los usuarios pueden acceder a través de Internet y que forman la "nube", a través de diversas modalidades de contratación (6). En definitiva, los servicios que permiten a los usuarios almacenar dichos contenidos, acceder a los mismos en forma inmediata y desde cualquier punto, procesarlos —por sí o a través de terceros— y ofrecer servicios asociados a los usuarios finales, son "servicios en la nube" provistos masivamente a través de una red (usualmente Internet).

Pese a la casi inexistencia de legislación específica sobre la nube, existen en nuestro país disposiciones que —en adición a la normativa general aplicable a la locación de servicios— regulan la implementación de tecnología y son usualmente consideradas en la contratación de servicios *cloud* para ciertas industrias o áreas del derecho. En ellas centraremos este trabajo.

II. Datos personales: procesamiento informatizado. Régimen legal

Gran parte del contenido en la nube está compuesto por "datos personales" (7). Resulta pertinente al respecto la explicación del profesor Travieso: "¿Qué sucede con la información y los datos personales? En general, los gobiernos, empresas, bancos y en general todas las organizaciones, manejan y operan información personal referente a empleados, proveedores, clientes, usuarios, etc. (…) Lo cierto, es que todas las empresas, tienen datos personales de mayor o menor entidad. Esta información es recolectada, procesada y resguardada, por redes de comunicación y se halla diseminada en varias computadoras radicadas en dispositivos internos, a nivel nacional o internacionalmente en dispositivos remotos. En la actualidad, gran parte, y en algunos casos la totalidad de esa información, se halla ubicada y resguardada, por cuestiones de costos, remotamente en la denominada nube (*cloud computing*), refiriéndose a instalaciones remotas que buscan tener todos nuestros archivos e información en Internet y sin depender de poseer la capacidad suficiente para almacenar información. Sea cual fuera el sistema de almacenamiento, la afectación de estos datos puede tener graves consecuencias para el patrimonio, el honor e incluso, la integridad física de sus titulares. Así, la protección de los datos personales se ha transformado en un requerimiento de la actividad de toda organización, que gatilla su responsabilidad jurídica (…). Por tanto, es indispensable el cumplimiento de exigencias legales. Pero también, la actividad de cumplimiento normativo se presenta como una exigencia ética y de competitividad, ya que los clientes, cada vez valoran más el resguardo de su privacidad" (8).

Queda claro entonces que la legislación sobre datos personales (9) tiene impacto directo en toda contratación de servicios *cloud*. En este sentido, resulta indudable que tales servicios constituyen un tratamiento informatizado de datos personales en los términos del art. 25 de

(5) Se ha definido a los "servicios en la nube" como un modelo que habilita el acceso ubicuo sobre demanda y mediante una red de computadoras, a un conjunto de recursos compartidos que pueden ser rápidamente aprovisionados y liberados con un esfuerzo mínimo de administración o de interacción con sus proveedores, cf. Rodrigues Moreira, Rafael Henrique, "Computación en la nube y políticas públicas en Brasil", publicado en el *Newsletter* 2015, titulado "El Avance de la Computación en la Nube" y publicado por la CEPAL. Disponible en: *http://www.cepal.org/socinfo/noticias/paginas/3/44733/newsletter19.pdf*.

(6) Del Río, Mariano M., "¿Qué es el *Cloud Computing*?", publicado en el marco del Programa Nacional de Infaestructuras Críticas de Información y Ciberseguridad. Disponible en: *http://www.internetsano.gob.ar/archivos/Cloud_computing_usuarios.pdf*.

(7) De acuerdo con el concepto amplio de nuestra legislación se entiende a los datos personales como la: "Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables" (ley 25.326, art. 2º).

(8) Conf. Travieso, J. A., "La protección de datos personales: problemas y sistemas", LL del 8/4/2014, p. 1.

(9) En la Argentina, ley 25.326 y diversas resoluciones dictadas por la Agencia de Acceso a la Información Pública, autoridad de aplicación de la ley antedicha.

la LPDP (10). En los casos en que el proveedor de servicios *cloud* se encuentre domiciliado fuera de la Argentina o aloje los datos que procesa en servidores fuera de la Argentina (lo cual sucede en la mayoría de los casos), habrá un tratamiento internacional de datos. De hecho, la entonces Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (actualmente Agencia de Acceso a la Información Pública, autoridad de aplicación de la ley 25.326) ha reconocido normativamente que "el almacenamiento en la nube se considera una transferencia internacional de datos" (11).

Sin regulación durante años, en 2016 se dictó la disposición 60-E/2016 (12), que legisla expresamente el tratamiento internacional de datos personales y resulta plenamente aplicable a la contratación de servicios en la nube. En lo sustancial, dicha norma establece un modelo de contrato de transferencia internacional de datos personales a tales efectos, cuyos principios, garantías y contenidos relativos a la protección de los datos personales deberá ser adoptado por quienes deban realizar transferencias internacionales de datos a países sin "legislación adecuada".

El dictado de esta norma —primordial en la contratación de servicios *cloud*— fue bienvenida por casi toda la industria ya que reguló un servicio en plena expansión global como es el "*outsourcing* de datos" y los servicios *cloud*, máxime con el advenimiento del *big data* (13); puso en legislación positiva criterios que antes estaban contenidos en meros dictámenes de la DNPDP (14), sin la fuerza vinculante de disposición legal; sigue casi al pie de la letra el modelo europeo en esta materia (15), lo cual resulta armónico con las fuentes de la ley 25.326 y la legislación más avanzada en este campo; y brinda certidumbre y seguridad jurídica sobre este tipo de servicios (16).

Otro aspecto destacable de esta norma es el favorable tratamiento de la responsabilidad del proveedor de servicios *cloud* (procesador de datos). El criterio doctrinario predominante —con el cual coincidimos— considera que, lejos de ser solidariamente responsables, el cliente (responsable del banco de datos) y el prestador de servicios de la nube tienen responsabilidades bien distintas bajo la ley 25.326 (17). Bajo este criterio, el importador encargado del tratamiento únicamente resultaría responsable si se aparta de las instrucciones impartidas por el cliente o infringe las obligaciones expresamente establecidas en el contrato de servicios de tratamiento.

Este último criterio fue también confirmado en una opinión formal de la ex Dirección Nacional de Protección de Datos Personales dictada en enero de 2014, mediante la cual dicho organismo confirma que la responsabilidad solidaria prevista para la cesión de datos (art. 11, de

(10) Conf. Frene, Lisandro y Liefeldt, Luciana, "Privacidad en la nube", LL del 29/11/2015.

(11) Disposición DNPDP 18/2015 (Anexo I, cap. 4, inc. 7º).

(12) BO 33.507 del 18/11/2016.

(13) *Big data* es un término usado para describir la aplicación de técnicas analíticas para buscar, agregar y grandes conjuntos de datos de referencia cruzada con el fin de desarrollar la inteligencia y puntos de vista. Conf. *https://www.privacyinternational.org.* Al respecto, ver también González Allonca, Juan Cruz y Ruiz Martínez, Esteban, "Big Data: riesgos y desafíos en el tratamiento masivo de datos personales", por LL del 8/4/2016, p. 1.

(14) Dictámenes de la DNPDP 248/2005; 9/2008; 16/2008; 18/2012; 12/2013; 5/2015; 3/2016 y muchos otros.

(15) Decisión 2001/497/CE del 15 de junio de 2001 y la Decisión 2010/87/UE del 5 de febrero de 2010; especialmente esta última en cuanto establece cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE. Ello continúa vigente aun después de la entrada en vigencia del GDPR en virtud de lo dispuesto por el propio GDPR en su art. 46, inc. 5.

(16) Conf. Frene, Lisandro, "Tratamiento informatizado de datos personales: saludable evolución normativa", LL del 13/12/2016.

(17) "Como el acceso del prestador del servicio no supone la revelación de datos al mismo en los términos en que la norma concibe la cesión, hay que entender que los deberes impuestos a los cesionarios no le son aplicables a quienes traten datos por cuenta de terceros". Tanús, Gustavo D., "El contrato de prestación de servicios de tratamiento de datos personales (el *outsourcing* de datos)", SJA 28/4/2004 - JA 2004-II-1445; Lexis Nº 0003/010498 o 0003/010506.

la ley 25.326) *no* aplica al tratamiento de datos previsto en el art. 25 de la ley 25.326 (18).

La disposición 60/2016, aunque con redacción deficiente e incompleta a nuestro entender, también parece inclinarse por esta última interpretación, por cuanto se adjuntan a la norma dos anexos con modelos distintos de cláusulas contractuales tipo de transferencia internacional —uno para cesión y otro para prestación de servicios— con cláusulas de responsabilidad diferentes para el importador en uno y otro caso (19).

III. Sector financiero: contratación de servicios de tecnología informática y tercerización de actividades

La bancaria es a nivel mundial una de las industrias más reguladas y a la vez que más reclama la posibilidad legal de implementar servicios *cloud* por la gran cantidad de datos que necesitan procesar.

En la Argentina, este tipo de servicios para las entidades financieras están regulados tanto por la legislación de Protección de Datos Personales como por la legislación bancaria aplicable; y, por lo tanto, las entidades financieras deben cumplir con ambos regímenes legales.

Hasta fines de 2017, la falta de regulación específica, lejos de permitir a los bancos acceder a los servicios tecnológicos avanzados, prácticamente impedían cualquier tipo de migración de datos fuera de las instalaciones de las entidades financieras. En efecto, en base a lo dispuesto por las Comunicaciones del BCRA A 4989, A 6126, A 5374 y A 6207, el BCRA restringía muy fuertemente —por así decirlo— la implementación de servicios en la nube y cualquier tipo de tercerización de actividades de las entidades financieras argentinas fuera del país; al punto que prohibía que los datos sobre las operaciones financieras constitutivas del núcleo de la actividad bancaria fueran almacenadas o procesadas en el exterior, salvo que se tratase de la casa matriz de bancos con sucursales o subsidiarias en la Argentina. Este marco regulatorio representaba una traba legal para que las entidades financieras argentinas accedieran a los servicios en la nube (actualmente, la esencia misma de los servicios informatizados de procesamiento de datos) (20).

En noviembre de 2017, el Banco Central de Argentina ("BCRA") emitió la comunicación A 6354, días después modificada por la comunicación 6375, vigentes hasta hoy, que establecen requisitos específicos para entidades financieras con la intención de contratar servicios de tecnología informática ("STI") y de descentralización y tercerización de actividades (secciones 7 y 2 de la norma respectivamente) (21). Esta norma regula directamente la provisión de servicios *cloud* —entre otros— a entidades financieras, estableciendo diversos requisitos operativos, técnicos y legales que deben cumplir tanto la entidad financiera como el proveedor de servicios *cloud*.

Entre los principales requerimientos de índole estrictamente legal establecidos por la com. 6375, cabe reseñar los siguientes:

(18) Nota de la DNPDP 32/2014, de enero de 2014, en la que dicho organismo sostiene: "cabría aclarar que la prestación de servicios informatizados de datos personales previsto en el art. 25 excluye la aplicación del art. 11 de la ley 25.326, por tratarse de una prestación de servicios y no de una cesión de datos".

(19) Disp. 60/2016, cláusula 5ª del Anexo I para el caso de cesión; y cláusula 6 del Anexo II para el caso de prestación de servicios.

(20) Conf. Frene, Lisandro, "Procesamiento de datos de entidades financieras", publicada el 3 de abril de 2018 en *Abogados.com.ar*, disponible en *http://www.abogados.com.ar/procesamiento-de-datos-de-entidades-financieras-nuevo-marco-regulatorio/21210*.

(21) La propia com. 6375 define a los "Servicios de Tecnología Informática (STI)": Comprende a la prestación formal, regular, periódica, delimitada y controlada de recursos de tecnología informática indispensables para brindar alguno o varios de los siguientes servicios: infraestructura informática, procesamiento de datos, operaciones y mantenimiento, comunicaciones, almacenamiento y custodia, desarrollo de aplicaciones y contingencia; siempre que los mismos tengan un impacto directo o indirecto sobre datos del cliente, datos contables-financieros o datos transaccionales.

En tanto, establece que "STI tercerizados". Corresponde a la prestación de servicios de administración y/o gestión operativa informática, mediante acuerdos con terceros, que cuenten con recursos aptos para ofrecer servicios de tecnología informática (STI) que pueden ser prestados parcial o totalmente a una o más organizaciones de manera conjunta o individualizada en el país o en el exterior en conformidad con lo establecido en las normas sobre "Expansión de entidades financieras".

(a) Ante todo conviene dejar aclarado que la com. 6375 permite expresamente a las entidades financieras realizar actividades de descentralización y tercerización, lo cual implica, entre otras cuestiones, poder alojar sus datos en instalaciones de terceros (es decir, contratar la provisión de servicios en la nube), siempre que tanto la entidad financiera como el proveedor de STI cumplan con los requisitos establecidos en la nueva regulación (22).

(b) Las entidades financieras que tengan la intención de realizar actividades de descentralización y/o tercerización deberán informarlo a través de una comunicación a la Secretaría de Entidades Financieras y Cambiarias ("SEFyC") al menos 60 días antes de iniciar tales actividades (23). En dicha comunicación, la entidad financiera debe incluir información obligatoria y una copia del contrato de prestación del servicio en formato *pdf* (24).

(c) Las actividades descentralizadas y/o tercerizadas "estarán sujetas a las reglamentaciones técnicas aplicables a la naturaleza de dichas actividades" (25). En el caso de los STI, las entidades financieras y los proveedores de STI deberán cumplir con los requisitos técnicos reglamentarios indicados en la sección 7 de la com. 6375. La obligación de cumplir con tales requisitos debe ser incluida expresamente en el acuerdo entre la entidad financiera y el proveedor de STI (26); y la facultad de la SEFyC de auditar dicho cumplimiento de forma periódica (27). En otras palabras, para proporcionar servicios STI a los bancos argentinos, en cumplimiento con lo requerido por la com. 6375, el proveedor de servicios *cloud* debería incluir en su contrato con el banco su compromiso expreso de cumplir con dicha norma.

(d) Los proveedores de STI deberán otorgar a la SEFyC acceso a las instalaciones de dicho proveedor "cuando sea necesario para cumplir con el deber de supervisión de la SEFyC" (28). Tal compromiso debe incluirse expresamente en el acuerdo entre la entidad financiera y el proveedor de STI (29).

(e) Los proveedores de STI en los que las entidades financieras descentralicen actividades deben realizar auditorías internas todos los años teniendo en cuenta en dicha auditoría el cumplimiento de la com. 6375; y enviar una copia de dicha auditoría a la Unidad de Auditoría Externa de la SEFyC (30).

(f) Los servicios *cloud* contratados a com. 6375, cualquiera sea el propósito para el que se lo contrate (31), deberán cumplir con las características de seguridad (una lista de procesos de seguridad funcional más que medidas técnicas específicas propiamente dichas) descritas en la secc. 7.2 de la com. 6375.

(g) Si bien se trata de un requerimiento más técnico que legal, la com. 6375 requiere que, al contratar STI, las entidades financieras mantengan un "Punto de acceso unificado" ubicado en la Argentina bajo la administración de cada entidad, que permita a la misma realizar un control permanente de las actividades llevadas a cabo por el proveedor de los STI. La norma establece las condiciones que debe reunir ese "punto de acceso unificado", si bien con un léxico poco claro, o al menos que se ha prestado y se sigue prestando con dificultad interpretativa (32).

(h) Respecto de la responsabilidad por los STI, estos deben cumplir con todos los requisi-

(22) Sección 2.1.2 de la com. 6375.

(23) Sección 2.1. de la com. 6375.

(24) Secciones 2.3 y 2.3.5. de la com. 6375.

(25) Sección 2.2.1 de la com. 6375.

(26) Sección 2.2.2.1 de la com. 6375: "2.2.2. En el contrato de tercerización o acuerdo de servicio de descentralización deberá estar expresamente estipulado lo siguiente: 2.2.2.1. La aceptación y el compromiso de cumplimiento de las condiciones a que se refiere el punto 2.2.1., por todas las partes intervinientes".

(27) Sección 2.2.2.2 de la com. 6375.

(28) Sección 2.2.5 de la com. 6375.

(29) Sección 2.2.2.2 de la com. 6375.

(30) Sección 2.2.4 de la com. 6375.

(31) Entre los varios STI, el art. 7.1 de la com. 6375 menciona los siguientes servicios, cada uno de los cuales se encuentra definido en el Glosario: 7.1.1. Infraestructura de Tecnología y Sistemas (SIS). 7.1.2. Procesamiento de Datos (SPD). 7.1.3. Soporte, Prevención y Mantenimiento (SPM). 7.1.4. Comunicaciones (STC). 7.1.5. Almacenamiento y Custodia (SAC). 7.1.6. Desarrollo de Aplicaciones (SDA). 7.1.7. Contingencia y Recuperación (SCR).

(32) Sección 7.3.2.2 y 2.3 de la com. 6375.

tos de dicha norma, "incluyendo a los propietarios de licencias o marcas que por acuerdo con las entidades financieras facilitan el uso de sus recursos e infraestructura" (33).

Por otra parte, como señalamos al principio, la com. 6375 es esencialmente una norma que principalmente lista requerimientos de índole técnico (34). Si bien el análisis de los mismos excede lo jurídico y el alcance de este memorándum, sobre la base de la experiencia con otros clientes entendemos que hasta la fecha existe incertidumbre entre las entidades financieras y los prestadores de STI respecto del alcance de tales requisitos técnicos.

En líneas muy generales, cabe señalar que la com. 6375 establece tres (3) diferentes "escenarios de los STI" clasificados según el tipo de datos que se transferirán al proveedor de tecnología informática y el riesgo derivado (35); e impone varios "requisitos técnicos y operativos" para cada escenario, que tanto el banco como el proveedor de STI deberán cumplir (36).

Además, los requisitos antes mencionados se describen en siete (7) categorías (con una "tabla" de requisitos para cada categoría), de la siguiente manera:

- Gobierno de la seguridad de la información ("Gobierno de la seguridad de información").
- Concientización y entrenamiento ("Concientización y Capacitación").
- Control de acceso ("Control de acceso").
- Integridad y seguimiento ("Integridad y Registro").
- Monitoreo y Control ("Monitoreo y Control").
- Gestión de incidentes ("Gestión de incidentes").
- Continuidad Operativa ("Continuidad Operativa").

(33) Sección 7.3.3.3 de la com. 6375.

(34) Gran parte de los mismos se encuentra en la sección 7 y en "Tablas de requisitos técnico-operativos" listados en la sección 7.7.

(35) Secciones 7.4 y 7.5 de la com. 6375.

(36) Sección 7.7 de la com. 6375.

En suma, la reciente comunicación BCRA A 6375 permite a las entidades financieras contratar servicios en la nube. Debe decirse que para ellos establece numerosos requerimientos técnicos y normativos, engorrosos, difíciles de interpretar e incluso de entender. Pese a ello, la norma constituye un paso adelante en el acercamiento normativo de la tecnología a las entidades financieras.

IV. Sector salud: historia clínica digital. La nube en los hospitales

En el sector salud existe una aseveración común —carente de todo asidero jurídico, probablemente derivada del temor a lo nuevo— de que la nube no puede ser utilizada en dicha industria porque los datos de salud deben quedar "dentro de las instalaciones de cada hospital o sanatorio". Al respecto conviene dejar claro que ninguna disposición en la legislación argentina prohíbe o restringe el uso de la nube en el sector salud. Por el contrario, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Derechos del Paciente e Historia Clínica 25.629 y la Ley de Protección de Datos Personales 25.326, las entidades del sector salud se encuentran habilitadas para contratar servicios en la nube siempre que cumplan determinados requisitos. Más aún, leyes de algunas jurisdicciones (como por ejemplo la Ciudad de Buenos Aires) incluso exigen la implementación de servicios en la nube para "garantizar que la información sanitaria esté disponible en todo momento y en todos los establecimientos asistenciales con asiento físico en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", cumpliendo también ciertos requisitos técnicos y legales.

La historia clínica está constituida por datos personales del paciente, titular de la misma (37), encontrándose regulada genéricamente por la ley 25.326 —en cuanto a los datos personales— y específicamente por la ley 25.629. Esta última norma prevé expresamente la informatización de la historia clínica (38), al establecer que la misma "puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad,

(37) El art. 14 de la ley 25.629 dispone que "El paciente es el titular de la historia clínica".

(38) Art. 13 de la ley 26.529.

autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad".

El dec. 1089/2012, al reglamentar la disposición antedicha, establece que "la historia clínica informatizada deberá adaptarse a lo prescripto por la ley 25.506, sus complementarias y modificatorias" (corresponde señalar que resulta poco claro el alcance de este último requisito, ya que la ley 25.506 prevé tanto la firma electrónica como la firma digital, con efectos prácticos e implicancias jurídicas distintas para cada una de ellas (39)).

Muchas leyes provinciales adhirieron a la ley nacional 26.529, manteniendo sus principios y posibilitando la implementación de la historia clínica digital o electrónica (40). La más avanzada al respecto parecería ser la Ciudad de Buenos Aires, que sancionó la "Ley de Historia Clínica Electrónica" (41) estableciendo recaudos específicos —que exceden el marco de este trabajo— para digitalizar la misma. La norma en cuestión dispone que "la Historia Clínica Electrónica (HCE) es equivalente a la historia clínica registrada en soporte papel en los términos de la ley 26.529" (42).

Respecto de la posibilidad de contratar servicios *cloud* para "subir" los datos de salud a la nube de los proveedores de tales servicios, como principio cabe remitirse a lo apuntado en el punto II del presente, en tanto ello otorga sustento normativo expreso a la contratación de servicios de procesamiento informatizado de datos, incluyendo la posibilidad de hacerlo con datos sensibles, como lo son los de la salud.

Con relación a la posibilidad más específica de que la historia clínica de un paciente pueda ser accedida por profesionales de la salud de establecimientos distintos de aquel en el cual la historia clínica se encuentra archivada, ello depende en buena medida de la legislación local de cada jurisdicción.

La ley 26.529 se refiere siempre a la posibilidad de que los médicos de un mismo establecimiento accedan a la historia clínica, sin contemplar —al menos expresamente— la posibilidad de que la misma sea compartida con profesionales de otros establecimientos. Así la norma establece: "Cada establecimiento asistencial debe archivar las historias clínicas de sus pacientes, y la documentación adjunta (...). Los profesionales del establecimiento que realizan la asistencia al paciente y participan de su diagnóstico y tratamiento deben tener acceso a su historia clínica como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. A estos fines cada centro debe arbitrar los recaudos para permitir su acceso" (43).

Por su parte, el art. 18 de dicha ley regula la inviolabilidad de la historia clínica y establece que "Mientras se mantenga en custodia la Historia Clínica, se permitirá el acceso a la misma, por parte de los profesionales de la salud en los siguientes casos:(a) Cuando se trate de los profesionales tratantes; (b) Cuando se encuentre en peligro la protección de la salud pública o la salud o la vida de otras persona/s, por parte de quienes disponga fundadamente la autoridad sanitaria; (c) Cuando sea necesario el acceso a

(39) La "firma electrónica" es cualquier dato o medio electrónico utilizado por el signatario del mismo para identificarse (por ejemplo, "la firma al pie del presente mail..."), que carece de los atributos para ser considerado "firma digital" (conf. ley 25.506, art. 5º). Si bien es admisible como medio de principio de prueba por escrito, *no* es jurídicamente equiparable a la firma ológrafa. La firma digital, en cambio, sí es equiparable a la firma ológrafa, conforme lo dispuesto por la ley 25.506 (arts. 2º, 7º y 8º) y recientemente por el art. 288 del Cód. Civ. y Com. Para ser considerada como tal, necesita un "Certificado Digital" adjunto emitido por un "Certificador" licenciado. En otras palabras, a través de un certificado digital, un certificador licenciado garantiza a los terceros que el documento digital que contiene una determinada firma digital (i) ha sido *realmente* firmado por la parte firmante y (ii) que no ha sido alterada.

(40) En la República Argentina, en Catamarca (ley 5325), Corrientes (ley 5971), Chaco (ley 6925), Chubut (ley I-436), Jujuy (ley 5645), Río Negro (ley 4692), Santa Cruz (ley 3288), Tierra del Fuego (ley 884), Buenos Aires (ley 14.464) y CABA (ley 5669) han adherido a la ley nacional 26.529.

(41) Ley 5669 CABA, sancionada en octubre de 2016.

(42) Art. 10 de la ley 5669 CABA.

(43) Regl. art. 12 del dec. 1089/2012.

la información para la realización de auditorías médicas o la labor de los agentes del seguro de salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente".

Ahora bien, algunas legislaciones locales, como la ley 5669 CABA, contemplan y permiten expresamente que —con determinados recaudos de seguridad— se comparta la historia clínica entre distintos establecimientos, de modo que esta pueda ser accedida desde todos los establecimientos sanitarios de la misma jurisdicción.

Esta norma, sancionada a fines de 2016, establece el "Sistema Integrador de Historias Clínicas Electrónicas (SIHCE) para todos los habitantes que reciban atención sanitaria en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cuyo efecto se crea por la presente la Base de Datos única, que permitirá el almacenamiento y gestión de toda la información sanitaria, desde el nacimiento hasta el fallecimiento, contenida en historias clínicas electrónicas...". (44)

De hecho, el objeto de dicha norma —de avanzada en la materia— es "la integración y organización de la información sanitaria de las personas en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." (45). La norma consagra expresamente el principio de "Accesibilidad" disponiendo que "debe garantizarse que la información esté disponible en todo momento y en todos los establecimientos asistenciales con asiento físico en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (46).

En el mismo sentido se prevé que "Todos los Establecimientos asistenciales ubicados en el territorio de la CABA, sean públicos, privados o de la seguridad social, deben facilitar los medios necesarios para la concreción del Sistema Integrador de Historias Clínicas Electrónicas (SIHCE) y el Registro de Historia Clínicas Electrónicas de la CABA (RHCE)" (47), y que "los establecimientos asistenciales que presten servicios en el ámbito del territorio de la CABA, deben (...) Generar los medios para poner a disposición y compartir la información, así como las funcionalidades y soluciones tecnológicas, entre aquellas que lo requieran" (48).

Concordantemente, la doctrina ha entendido que "A partir del Sistema Integrador de Historias Clínicas Electrónicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (SIHCE), se centraliza la compatibilización e integración de la totalidad de la información sanitaria contenida en las Historias Clínicas Electrónicas pertenecientes a pacientes que reciban asistencia a la salud en establecimientos asistenciales, públicos, de la seguridad social o privados, o en consultorios privados dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (49).

Respecto de los recaudos técnicos para la guarda de las historias clínicas en la nube, la normativa vigente determina que estas —en tanto se trata de datos relativos a la salud— deben ser objeto de medidas de seguridad particularmente "severas", sustancialmente más estrictas que las aplicables a otro tipo de datos. Ello surge de la ley de historia clínica (50), de la ley de protección de datos personales (51) y

(44) Ley 5669 CABA, art. 1º.

(45) Ley 5669 CABA, art. 2º.

(46) Ley 5669 CABA, art. 4º.

(47) Ley 5669 CABA, art. 15.

(48) Ley 5669 CABA, art. 22, inc. 4º.

(49) Corvalán, Juan G. - Gimbatti, Silvia, "Historias clínicas digitales. La consolidación del big data sanitario", LL del 18/8/2017, p. 1, cita online: AR/DOC/2178/2017. Allí se sostiene que "la previsión de los principios en la nueva Ley de Historia Clínica Electrónica de CABA no hace más que reafirmar el contenido de otras normas o disposiciones tanto internacionales como locales, que regulan la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación a diversos procedimientos".

(50) Art. 18 de la ley 26.529: "La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas".

(51) La Ley de Protección de Datos Personales 25.326 ("LPDP"), en su art. 9º, establece que "El responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan

también de la reciente disposición 47/2018 de la Agencia de Acceso a la Información Pública, cuyas medidas de seguridad allí establecidas —si bien son "recomendadas"— establecen medidas diferenciadas y especialmente estrictas para los datos sensibles, como lo son los datos relativos a la salud.

V. Documentación societaria en la nube

En materia de documentación societaria, diversas normas fueron permitiendo digitalizar los libros societarios y contables. Una norma que abrió la puerta a ello fue la resolución general 6/2017 de la Inspección General de Justicia que, en base a la flexibilización de los formatos societarios tradicionales que dispuso la ley 27.349, reglamentó los aspectos registrales de las nuevas Sociedades por Acciones Simplificadas (las SAS) terminando de redondear una ambiciosa modernización en diversos aspectos relativos a la constitución y el funcionamiento de las SAS.

Esta "desmaterialización de la documentación societaria" —al decir de Borthwick(52)— se inició con las SAS y fue extendida luego a otros tipos sociales mediante la reciente ley 27.444 de "Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Argentina", que modificó para ello el art. 61 de la Ley General de Sociedades. Esta última norma dispone en lo pertinente que "Podrá prescindirse del cumplimiento de las formalidades impuestas por los artículos 73, 162, 213, 238 y 290 de la presente ley, como así también de las impuestas por los artículos 320 y subsiguientes del Código Civil y Comercial de la Nación para llevar los libros societarios y contables por Registros Digitales mediante medios digitales de igual manera y forma que los registros digitales de las Sociedades por Acciones Simplificadas instituidos por la ley 27.349.

El libro diario podrá ser llevado con asientos globales que no comprendan períodos mayores de un (1) mes. El sistema de contabilización debe permitir la individualización de las operaciones, las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación, con arreglo al artículo 321 del Código Civil y Comercial de la Nación. La Comisión Nacional de Valores dictará la normativa a ser aplicada a las sociedades sujetas a su contralor. Para el caso que se disponga la individualización, a través de medios digitales, de la contabilidad y de los actos societarios correspondientes, los registros públicos deberán implementar un sistema al solo efecto de comprobar el cumplimiento del tracto registral, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente".

El indudable avance de la normativa antes referida encuentra un óbice operativo en el criterio de la Inspección General de Justicia, pues el art. 53 de la resolución general 6/2017, antes citada, exige que el servidor donde se alojan los archivos societarios esté en la sede social, y que la sociedad guarde dos copias de cada archivo digital en dos lugares diferentes a la sede social, debiendo al menos uno ser virtual. Conforme al artículo citado de la RG IGJ 6/2017 la sociedad deberá informar a la Inspección General de Justicia la localización de las copias adicionales y actualizar inmediatamente cualquier cambio. No queda claro si la copia adicional virtual podría ser alojada en la nube, ya que la exigencia de informar la localización de los archivos digitales constantemente puede tornarse de difícil concreción, a pesar de que algunas empresas que alojan información en la nube ofrezcan comunicar la localización específica de los datos guardados.

Esta tesitura del organismo viene desde antes de la sanción de las normas antes citadas. La reglamentación se enrola en el tradicionalismo que impera sobre la obligación de conservar los libros y registros en soporte papel en el domici-

detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado".

(52) Borthwick, Sebastián, "Hacia la desmaterialización de la documentación societaria", publicado en *Abogados.com.ar* del 15 de agosto de 2017, en donde se dijo que "La regulación de las SAS implica un necesario cambio de paradigma en lo que hace a la elaboración y registración de diversos documentos societarios que resultan vitales para el ente societario. El sendero impuesto por la ley 27.349 y la resolución 6/2017 plantea, sin dudas, múltiples inquietudes y desafíos; creemos, sin embargo, que estas normas, disruptivas para el mundo jurídico tradicional, han llegado para revolucionar el Derecho Societario, ya que creemos que ante un exitoso funcionamiento el legislador extenderá su aplicación a otros tipos societarios (como la SRL) por imperio del avance tecnológico".

lio de su titular (53), esto es, la sede social. La labor jurisprudencial ha respaldado esta obligación desde antaño sosteniendo que "los libros y registros de una sociedad deben mantenerse en el domicilio social de la misma" (54), que "en principio tales libros societarios no deben ser retirados del domicilio social por moverse del domicilio social debido al uso periódico de los mismos" (55) y que los libros "no pueden hallarse bajo el poder de algún director en particular, sino que deben encontrarse en la sede social a efectos de permitir que sea llevada adelante la operatoria concerniente al objeto de esta" (56).

Tal concepción, de carácter histórico, es calificable como razonable para los registros en soporte papel, pero luce anacrónica para aquellos registros que sean digitales. Indudablemente, el acceso a los datos alojados en la nube despierta diversas inquietudes en la comunidad jurídica, desde que accionistas, directores y síndicos deben tener acceso, conforme al marco legal y estatutario de cada sociedad, a los archivos digitales alojados en la nube. Pero tales inquietudes pueden y deben ser superadas, estableciendo una reglamentación, similar a las citadas en el punto 3 de este trabajo dictadas por el Banco Central de la República Argentina para el sector financiero, que dispone requisitos operativos, técnicos y legales a cumplir por la sociedad titular de los registros digitales como el proveedor de servicios *cloud*.

La *ratio legis* de los principios antes referidos ha quedado completamente obsoleta, siendo superada por el avance de la tecnología plasmada en normas dictadas por la propia Inspección General de Justicia. El criterio de este último organismo (requerir que el servidor donde se alojan los libros sociales digitalizados se encuentre físicamente en la Argentina) obstruye la contratación de servicios *cloud* para guardar la documentación societaria y reemplazar los registros tradicionales. Confiamos en que, a tono con la modernización normativa de los últimos dos años, el organismo cambiará dicho criterio.

VI. *Cloud* en el sector público

Convencidos sobre los beneficios de la tecnología *cloud*, a nivel gubernamental se han puesto en marcha una serie de iniciativas para fomentar el uso de la nube en diversos sectores. Un número creciente de entidades públicas está migrando a este modelo de computación y de hecho los servicios en la nube han sido y siguen siendo contratados por diversas entidades del sector público argentino, incluyendo entes gubernamentales, Ministerios nacionales, gobiernos de distintas provincias y de la Ciudad de Buenos Aires.

La provincia de Buenos Aires fue pionera a nivel regulatorio al contemplar expresamente mediante el dec. 875/2016 la posibilidad de contratación de servicios *cloud computing* para toda la administración pública provincial, centralizada y descentralizada, requiriendo para ello previa intervención de la Dirección Provincial de Sistemas de Información y Tecnologías (57).

La Ciudad de Buenos Aires, por su parte, dictó la hasta el momento única norma que regula de manera más integral la contratación de servicios en la nube para entidades gubernamentales de esa jurisdicción. En efecto, la Agencia de sistemas de la Información del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —organismo que debe autorizar la contratación de bienes informáticos de dicho gobierno— dictó la resolución 12/2017 aprobatoria del "Marco Normativo de *Cloud Computing*" que deben observar todas las dependencias del Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires. En el Anexo I se contempla expresamente "la posibilidad de tratamiento de los datos fuera del ámbito gubernamental, incluso fuera del territorio nacional (como) una

(53) Conf. art. 325 del Cód. Civ. y Com.

(54) CNCom., sala B, 29/8/1956, LL 85-233, sala A, 6/6/1961, LL 106-975, S-7690.

(55) CNCom., sala A, 27/5/1963, ED 5-745.

(56) CNCom., sala C, 30/8/2012, "Tpyac SA s/medida precautoria".

(57) El dec. 875/2016, en su art. 3º dispone que los organismos de la administración pública provincial deben requerir "la previa intervención de la Dirección Provincial de Sistemas de Información y Tecnologías, en toda contratación de *software*, *hardware* y *cloud computing*, entendiéndose por este concepto las modalidades de *software* como servicio (*SaaS*, por sus siglas en inglés), plataforma como servicio (*PaaS*, por sus siglas en inglés) e infraestructura como servicio (*LaaS*, por sus siglas en inglés)".

característica propia de *Cloud Computing*". Asimismo, la norma reconoce que "la implementación del *Cloud* tiene como objetivo principal disminuir los gastos de infraestructura y proporcionar recursos informáticos flexibles y medibles, así como también minimizar los gastos de acceso a la información, permitiendo reducir costos innecesarios".

En similar sentido, la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información —organismo dependiente del Ministerio de Modernización— dictó recientemente la disposición 2/2018 (58), vigente desde octubre de 2018 (59), por la que se aprobó el Código de Buenas Prácticas en la elaboración, ampliación y mejora de Soluciones Tecnológicas para el Sector Público Nacional, conocido como "Decálogo Tecnológico ONTI". Entre los lineamientos contemplados por la norma para la elaboración de requerimientos de soluciones de tecnologías de la información y comunicación en el Estado, se encuentra aquel que propicia las soluciones que utilicen la Nube (60) y se especifica que el Gobierno identifica a la "nube híbrida" como el mejor escenario para cubrir todas las necesidades de infraestructura TIC en forma más eficiente.

Puntualmente, se reconoce que "el uso de la nube permite minimizar costos y gastos de mantenimiento, brindando a la vez escalabilidad y confiabilidad. La nube pública ofrece una amplia variedad de servicios, mientras que la nube privada ofrece un entorno controlado necesario para ciertas situaciones o requerimientos en ambientes de gobierno". Concretamente, el decálogo mencionado dispone que "los organismos de gobierno —al requerir servicios nuevos TI o crecer en existentes— deben optar por soluciones en la nube antes que por cualquier otra opción" (61).

Los conceptos vertidos por la resolución ASI 12/2017 y por la disposición ONTI 2/2018 antes citados resumen las principales ventajas de los servicios *cloud* y explican la contratación de los mismos por numerosos organismos del sector público argentino.

(58) BO del 13/8/2018.

(59) Conforme con el art. 6º de la disposición, esta entrará en vigencia a los 45 días corridos de su publicación en el Boletín Oficial.

(60) Punto 3 del decálogo tecnológico de la ONTI.

(61) Punto 3 del Anexo I de la disp. ONTI 2/2018 (decálogo tecnológico de la ONTI).

El rol de la regulación ante la innovación tecnológica

POR **ENRIQUE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ** (*)

I. Introducción

El automóvil moderno fue inventado en Inglaterra, pero fue comercializado con enorme éxito en los Estados Unidos: si bien Henry Ford había comenzado a diseñar automóviles en 1896 en Inglaterra, sus autoridades regulatorias, preocupadas por la peligrosidad del nuevo invento y la industria preexistente de carruajes, establecieron la *Red Flag Act* y diversas reglamentaciones complementarias. Según estas, todo automóvil tenía que ser conducido por tres personas (un conductor, una persona para alimentar el combustible y otra persona que portara una bandera roja de señalización) y a un límite máximo de 2 millas por hora en zonas urbanas. Pero el modelo "T" de Ford podía ser conducido por una sola persona y llegar a las 45 millas por hora, y por eso se convirtió en un éxito de ventas y generó una revolución industrial sin precedentes no en Inglaterra, sino en los Estados Unidos, que carecía de tales regulaciones que dejaban de lado al consumidor y ahogaban la innovación (1).

La relación entre la regulación económica y la innovación tecnológica genera tensiones entre lo normativo y lo fáctico. En efecto, la regulación puede tanto incentivar la innovación como estancarla, al tiempo que la innovación tecnológica puede dejar obsoleta a la regulación, o bien abrirle nuevos senderos para su expansión (2).

Además de poner en jaque el esquema regulatorio preexistente, los avances tecnológicos —particularmente los ocurridos en el sector de las telecomunicaciones en virtud de Internet— han permitido la prestación de innovadores servicios a los consumidores. En este sentido, se ha dicho que la innovación puede destruir completamente una industria como también crear una nueva, todo de un momento a otro (3). Así,

---

(*) Abogado por la Universidad Marista de México, máster en Leyes de la Universidad Complutense de Madrid.

(1) Cfr. Khanna, Derek, "Regulations Stifle Innovation", *The Hill,* 15/09/2015, *http://thehill.com/blogs/congress-blog/technology/253625-regulations-stifle-innovation.* Paradójicamente, un siglo después Tesla Motors tendría problemas similares en los mismos Estados Unidos, en los que ciertas regulaciones a favor del modelo tradicional de venta de automóviles por concesionarios le impedirían implementar su innovador negocio de venta sin intermediarios a sus consumidores (cfr. Harpaz, Joe, "How Regulation Stifles Technological Innovation", *Daily Reckoning*, 6/05/2014, *https://dailyreckoning.com/how-regulation-stifles-technological-innovation/*).

(2) "Diseñar un esquema regulatorio que asegure la seguridad de los usuarios y del público al tiempo que facilite el uso comercial y el disfrute por los consumidores de la innovación disruptiva es un proyecto desafiante. Esto es particularmente verdad en contextos contemporáneos, donde la innovación es más veloz y la diseminación global de dicha tecnología es mucho más rápida". Kaal, Wulf, "What happens when technology is faster than the Law?", *The CLS Blue Sky Blog*, 22/09/2016, *http://clsbluesky.law.columbia.edu/2016/09/22/what-happens-when-technology-is-faster-than-the-law/* (la traducción es propia).

(3) Cfr. Hovenkamp, Hebert, "Antitrust and the the movement of technology", *Geo Mason Law Review*, vol. 19:5, 1120, en donde afirma: "Como intenso contraste, la innovación habitualmente produce resultados muy abruptos e impredecibles. Puede matar completa-

a través de dichas plataformas se ofrecen ahora (i) servicios de "redes de transporte" en los que oferentes y demandantes de servicios de transporte pactan contratos privados de dicho servicio (Uber, Lyft, conocidas como empresas de redes de transporte o "ERT" (4)); (ii) transmisión de contenido audiovisual (Netflix, Youtube); (iii) cursos e incluso carreras universitarias *online*; (iv) comunicaciones electrónicas (servicios gratuitos de correo electrónico como Gmail o Yahoo, o de voz como Skype, WhatsApp Voice); (v) redes sociales de intercambio de contenido (Facebook); (vi) redes en las que oferentes y demandantes intercambian bienes y servicios variados (Mercado Libre, Amazon, eBay) o servicios de alojamiento privado (Airbnb); (vii) sistemas de pago y financiamiento (Mercadopago); (viii) sistemas de envíos por correo tradicional (Mercadoenvíos) o incluso por drones (Amazon).

Todos estos son ejemplos de innovaciones tecnológicas diseñadas creativamente en un marco de competencia empresarial, puestas al servicio del consumidor, que ponen en discusión las regulaciones preexistentes, sea por inadecuadas o por contradicción.

II. Rol de la innovación tecnológica en los procesos de competencia y satisfacción del consumidor

La innovación tecnológica —esto es, la aplicación de la tecnología existente para generar mejores soluciones en la satisfacción de las necesidades de las personas (5)— es siempre un elemento esencial para la competencia en el mercado. Ha sido la responsable del mejoramiento de las condiciones de vida a lo largo de la historia. Sin innovación tecnológica no hay generación de riqueza, ni mejora de calidad y abaratamiento de los productos y servicios, ni progreso social o económico.

La innovación es esencial a la libre competencia (siempre el nuevo operador compite con los anteriores) y genera una mejora en la calidad de vida de los consumidores (6). Esto ocurrió con el paso del correo postal al fax, del fax al correo electrónico, de la telefonía fija a

---

mente una industria en pocos años, como lo hicieron las calculadoras electrónicas a las reglas de cálculo en la década de 1960. En el proceso, puede crear una industria completamente nueva en un tiempo igualmente breve. Puede producir resultados muy diferentes a los que investigadores esperaban, como el éxito del Viagra, que fue la culminación de una búsqueda para encontrar un tratamiento para la angina y no para la disfunción eréctil. La innovación puede producir repentinos y dramáticos cambios en los precios o producciones y casi instantáneamente expandir el rango de elección de los consumidores. Como resultado, predecir y manejar procesos competitivos en industrias con alta innovación es mucho más difícil que hacerlo en mercados en los que la tecnología es constante y la mayoría de los movimientos afectan únicamente la producción y el precio de un conjunto de productos que no cambian" (la traducción es propia).

(4) La Comisión de Asuntos Públicos de California (*California Public Utilities Commission*) ha definido a las ERTs (o TNCs en inglés, en referencia a *Transportation Network Companies*) del siguiente modo: "Las Empresas de Redes de Transporte (ERTs) proporcionan servicios de transporte preacordados a cambio de una compensación usando una aplicación o plataforma vinculada a la red (como aplicaciones móviles de teléfonos inteligentes) para conectar conductores que usan sus propios vehículos con los pasajeros". Dicha definición está disponible en *http://www.cpuc.ca.gov/tncinfo/* (La traducción es propia).

En un documento preparado por el Gobierno de Alberta, Canadá, disponible en *http://www.transportation.alberta.ca/documents/TransportationNetworkCompanyFAQs.pdf,* las ERTs (o TNCs en inglés, en referencia a *Transportation Network Companies*) han sido definidas como "aquella entidad o persona que conecta pasajeros con sus conductores para un servicio de transporte preacordado exclusivamente a través de una red de transporte. Las ERTs y los conductores persiguen un fin de lucro" (la traducción es propia).

(5) Cfr. Ashford, Nicholas y Heaton, George, "Regulation and technological innovation in the chemical industry", *Law and Contemporary Problems,* vol. 46, nro. 3, p. 110, *http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3727&context=lcp.* La innovación se distingue así de la invención, que es el desarrollo de una nueva idea tecnológica, y de la difusión, que es la adopción ulterior de la innovación por quienes no la desarrollaron.

(6) En el ámbito del transporte, la Federal Trade Commission (Federal Trade Commission, Respuesta a propuesta de Ordenanza O2014-1367, 15/4/2014) expresa que "[l]as aplicaciones de software que facilitan el uso de automóviles personales para proporcionar servicios de transporte al público pueden ofrecer a los consumidores opciones de transporte expandidas, a precios potencialmente más bajos, satisfaciendo mejor la demanda del consumidor y potencialmente incrementando la competencia y promoviendo un uso económicamente más eficiente de vehículos personales" (Federal Trade Commission, Respuesta a propuesta de Ordenanza O2014-1367, 15/04/2014).

la telefonía móvil, de la radiografía a la tomografía computarizada, y ocurrirá con el paso de los servicios actuales a los servicios del futuro. Como afirmara el juez Richard Posner en una relevante decisión relativa al funcionamiento de Uber en Chicago:

> "cuando surgen las nuevas tecnologías o los nuevos métodos de negocio, un resultado común de ello es la declinación o incluso la desaparición de las tecnologías y métodos anteriores. Si estos últimos tuviesen un derecho constitucional para prevenir la entrada de los nuevos en sus mercados, el progreso económico podría detenerse. En lugar de taxis podríamos tener caballos y carruajes; en vez de teléfonos, el telégrafo; en vez de las computadoras, reglas de cálculo. Obsolescencia sería equivalente a privilegio" (7).

A través de la innovación tecnológica los distintos oferentes de bienes y servicios —guiados por la búsqueda de beneficios— intentan diferenciarse del resto, mejorar sus prestaciones o reducir sus costos, compitiendo entre ellos por el favor del consumidor (8).

Se suele aludir al carácter "disruptivo" de algunas innovaciones, para hacer referencia a las que alteran profundamente la estructura de la producción del mercado (9). En esta línea, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ha advertido que la imposición de limitaciones a la prestación del servicio de transporte a través de plataformas tecnológicas directamente al usuario podría inhibir el desarrollo de innovaciones disruptivas que resuelvan eficientemente las fallas del mercado sin requerir la intervención del estado en la economía (10). El Estado no puede prohibir la innovación, pues hacerlo violaría derechos constitucionales reconocidos en instrumentos internacionales.

Como ya se dijo, las innovaciones tecnológicas utilizan creativamente invenciones ya existentes, lo que lleva a que tengan un tratamiento legal esencialmente distinto al de las invenciones: carecen de una protección jurídica similar a las patentes de invención y, por ende, no

(7) CApelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos, "Illinois Transportation Trade Association, *et al.,* c. City of Chicago and Dan Burgess, *et al*.", publicada en español en LL, US/JUR/3/2016. Cfr., asimismo, el comentario de Serebrinsky, Diego, "El caso 'Uber' en los Estados Unidos: un fallo ejemplar sobre el derecho de los consumidores a la libertad de elección", LL del 28/12/2016.

(8) Cfr. Castro Videla, Santiago y Maqueda Fourcade, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción*, Ábaco, Buenos Aires, 2015, ps. 72-73; en donde afirman: "Este proceso [de mercado], como se ve, está caracterizado por la competencia, esto es, la rivalidad entre las distintas personas que ofrecen sus bienes y servicios. Estas, para que el consumidor adquiera tales bienes o servicios, buscan mejorar sus condiciones, sea incrementando su calidad o disminuyendo su precio. Todos estos procesos sociales espontáneos, que surgen y se plenifican en condiciones de tutela jurídica del derecho de propiedad privada y libertad económica, tienen como resultado la constante tendencia a la reducción de la escasez, mediante la búsqueda creativa de formas más eficientes de utilizar los recursos de la sociedad y la mayor satisfacción de las necesidades humanas".

(9) La noción de innovación "disruptiva" sirve para explicar por qué los operadores preexistentes bien manejados encuentran sin embargo problemas para mantener su éxito ante nuevos operadores entrantes. En este sentido, Horn, Michael, "Uber, disruptive innovation, and regulated markets", *Christensen Institute,* 16/06/2016, *http://www.christenseninstitute.org/blog/uber-disruptive-innovation-and-regulated-markets/* afirma: "Las lecciones de industrias reguladas demuestran que los disruptores pueden hacer colapsar a los incumbentes en tales industrias al primero innovar fuera del alcance de los reguladores; y a medida que acumulan un número significativo de consumidores, los reguladores ceden *ex post facto* a la nueva realidad en reacción al éxito del innovador" (la traducción es propia).

Las autoridades gubernamentales de Estados Unidos (U.S. Federal Trade Commision & U.S. Departament of Justice, Horizontal Merger Guidelines, 19 de agosto de 2010) definen el agente disruptivo del siguiente modo: "Las Agencias considerarán si una concentración disminuirá la competencia por eliminar a un maverick, *i.e.* una empresa que juega un papel disruptivo en el mercado para beneficio de los consumidores. Por ejemplo, si una de las empresas en consideración tiene una posición fuerte en el mercado y la otra empresa amenaza con romper las condiciones de mercado a través de nueva tecnología o un plan de negocios diferente, su concentración puede involucrar la pérdida de competencia presente o competencia potencial" (la traducción es propia).

(10) Superintendencia de Industria y Comercio, Actuación No. 440. Respuesta, 26/11/2015.

tienen ningún trato privilegiado que impida la competencia por potenciales imitadores.

Así, las innovaciones nacen usualmente en una suerte de aparente "limbo" jurídico: no están expresamente prohibidas (lo que, como veremos, significa permisión), ni poseen una regulación sectorial expresa, y no otorgan al innovador un título jurídico que lo blinde frente a posibles imitadores. Por un lado, el principio básico de derecho de la libertad cobra una relevancia fundamental en materia de innovaciones, pues indica que éstas deben estar permitidas por no estar prohibidas. Pero, por otro lado, esa falta de regulación expresa es también un grave riesgo para el innovador pues, por la presión de las agrupaciones sindicales o empresariales del sector económico en el que ingresa, las autoridades podrían intentar aplicarle —sea directamente, por analogía o de forma supletoria— las regulaciones preexistentes, que no se pensaron y diseñaron ni están adaptadas para esa clase de soluciones tecnológicas (11).

¿Es legítimo que el regulador prive a la sociedad toda de un nuevo servicio que satisface de un modo diferente a los consumidores? ¿Es legítimo que el regulador anule la existencia de un competidor, consolidando la posición del operador establecido? La respuesta es clara: no es legítimo que el regulador prive a la sociedad de un nuevo servicio que satisface de un modo diferente (y a veces, mejor y con precios más bajos) a los consumidores, y no es legítimo que el regulador anule la existencia de un competidor, consolidando la posición del operador preexistente. No es legítimo que el Estado prive a los consumidores de la innovación (12).

Descartada entonces la posibilidad de prohibir la innovación (porque sería abiertamente contrario a derecho, a diversas constituciones y a tratados internacionales), los reguladores pueden adoptar tres posturas frente a la innovación tecnológica: (i) no regularla específicamente; (ii) dictar regulaciones específicas; o (iii) aplicar la regulación preexistente. Las analizamos a continuación.

II.1. Primera alternativa: no regular la innovación tecnológica de manera específica

Esta alternativa implica que, en lugar de sancionar una norma específica, la innovación se desarrolle bajo la protección generalmente constitucional del principio de reserva de ley (lo que no está prohibido, está permitido) y de los derechos constitucionales (libertad de empresa, libertad de asociación con fines lícitos, etc.) (13), así como bajo las regulaciones de fondo, tales como el régimen de responsabilidad civil, de contratos, de defensa de la competencia, defensa del consumidor, etcétera (14).

---

(11) En este sentido, la OECD (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Regulatory Reform and Innovation, http://www.oecd.org/sti/inno/2102514.pdf,* p. 3) ha explicado: "Las diferencias regulatorias pueden no sólo constituir barreras al acceso al mercado, sino que también pueden impedir el avance técnico y la difusión tecnológica como ocurre en el caso de leyes contradictorias en materia de competencia, financiera y de derechos de propiedad intelectual. Las diferencias en el contenido y aplicación pueden crear incertidumbre entre las firmas, lo que disminuye la inversión en investigación y la innovación" (la traducción es propia).

(12) Pelkmans, Jacques - Renda, Andrea, "Does EU regulation hinder or stimulate innovation", *CEPS Special Report*, no. 96, noviembre de 2004, Centre for European Policy Studies Report, p. 26-27, *https://www.ceps.eu/system/files/No%2096%20EU%20Legislation%20and%20Innovation.pdf*. Allí afirma que "Típicamente, la regulación más prescriptiva y rígida puede frenar la actividad innovadora al reducir el atractivo de incurrir en investigación y desarrollo, limitando formas de comercialización, y creando efectos de cerrojo que fuerzan la economía a someterse a estándares subóptimos. Cuanto más flexible es la regulación, tal como ocurre en esquemas co-regulatorios (y sujeta a las reglas de derecho de la competencia), o en el uso de estándares basados en el desempeño o el resultado, tanto más puede ser estimulada la innovación" (la traducción es propia).

(13) En este sentido, la Superintendencia General del Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil, ha expresado que "la prohibición de las ERTs violaría los principios constitucionales de la libre iniciativa, de la libertad en el ejercicio de cualquier trabajo, de la libre competencia y del libre ejercicio de cualquier actividad económica" (Superintendencia General del Consejo Administrativo de Defensa Económica [CADE], Procedimientos Preparatorios Nº 08700.004530/2015-36 y Nº 08700.006964/2015-71, 09/09/2016).

(14) En este sentido, Edith Ramírez, expresidenta de la *Federal Trade Commision*, en referencia al rol de los reguladores de transporte ante las nuevas tecnologías comenta: "la pregunta crucial para los responsables políticos que buscan regular los nuevos modelos *peer-to-peer* debe ser si existe una justificación o interés público suficiente para regular el servicio modo alguno, ya sea a

Numerosas innovaciones permanecen bajo este marco de legalidad que, por llamarlo de algún modo, es "supra sectorial": no poseen una regulación del sector al que pertenecen (electricidad, telecomunicaciones, transporte, etc.), sino que funcionan bajo la generalidad del marco constitucional y legal aplicable.

Por ejemplo, Netflix no funciona bajo el marco regulatorio "sectorial" de las telecomunicaciones y la radiodifusión, pues ninguna norma de este tipo trata el funcionamiento del servicio prestado por dicha empresa. Es que Netflix no es televisión radiodifundida ni televisión por cable: es una plataforma tecnológica a demanda que funciona sobre la red de un prestador del servicio de acceso a Internet. De este modo, Netflix opera bajo la legalidad "supra sectorial" proporcionada por las mencionadas normas constitucionales y legales.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sucede algo similar con Uber, ya que se trata de una aplicación móvil que conecta a dos puntas, es decir, a quien ofrece un servicio de transporte con quien lo requiere. Así como Mercado Libre conecta oferta y demanda de compradores y vendedores sin ser un hipermercado, o como LinkedIn conecta oferta y demanda de puestos laborales sin ser una empresa de recursos humanos, Uber conecta oferentes y demandantes de servicios privados de transporte sin ser una empresa de transporte. De este modo, Uber no funciona bajo el marco regulatorio "sectorial" del transporte urbano de la Ciudad de Buenos Aires, pues ninguna norma de este tipo trata el funcionamiento del servicio de intermediación tecnológica prestado por dicha empresa, ni tampoco lo prohíbe. Uber, en cambio, opera bajo la legalidad "supra sectorial" proporcionada por las normas constitucionales y legales aplicables.

II.2. Segunda alternativa: regular la innovación tecnológica mediante una norma específica

La segunda opción ofrece la oportunidad a las autoridades de adecuar y modernizar sus regulaciones para fijar los incentivos correctos frente a la defensa de la competencia y los derechos de los consumidores. En esta línea se insertan las prácticas de diversas autoridades regulatorias —particularmente, de las telecomunicaciones— en los Estados Unidos de América y el Reino Unido, quienes generalmente cada tres años, y en cumplimiento de mandatos legales tendientes a evitar la obsolescencia regulatoria, realizan una revisión general de las regulaciones existentes (15). También en el derecho comparado se han implementado sistemas de "testeo" limitado de regulaciones (16).

II.3. Tercera alternativa: aplicar una regulación pensada para un servicio preexistente

La tercera opción es que se aplique la regulación pensada y creada para el servicio dado por el operador preestablecido. Lamentablemente y como es previsible, en este caso la regulación impone severas limitaciones técnicas a la innovación.

Así, podría ocurrir que el regulador de telecomunicaciones observe que determinado servicio *Over The Top* (17), como Netflix, se encuen-

través de una expansión de las regulaciones existentes o la creación de unas completamente nuevas. Si no existe un interés público suficiente que justifique una regulación, los legisladores deberían permitir que la competencia se desarrolle sin restricciones".

(15) En Estados Unidos, tal es el caso de la Federal Communications Commission (*www.fcc.gov*) y la Federal Transit Administration (*www.transit.dot.gov*), entre otras agencias. En el caso del Reino Unido, todos los organismos estatales deben realizar revisiones cada tres años, en cumplimiento de una disposición de la *Cabinet Office* (*https://www.gov.uk/government/collections/triennial-review-reports*).

(16) En concreto, se han implementado en ciertas industrias unos esquemas de "arenero regulatorio" o *regulatory sandbox*, esto es, una estructura regulatoria provisoria y de "testeo" limitado, que permite a los regulados y a los reguladores estudiar con más flexibilidad e información el impacto que la regulación en cuestión tendrá sobre la innovación. Cfr., por ejemplo, el informe preparado por la Financial Conduct Authority del Reino Unido, "Regulatory Sandbox", Financial Conduct Authority, noviembre de 2015, *https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf.* El *regulatory sandbox* busca así examinar la eliminación de barreras y la implementación de protecciones adicionales a las innovaciones en cuestión. Cfr. también "Regulatory Sandbox: Can innovation and regulation coexist?", *Trulioo,* 22/12/2015, *https://www.trulioo.com/blog/regulatory-sandbox-can-innovation-regulation-coexist/.*

(17) Los OTT permiten al consumidor acceder a un determinado contenido audiovisual a la hora en que desee, sin horario fijo, con la posibilidad de pausarlo

tra en el mismo "mercado relevante" (se entiende por mercado relevante al "ámbito en el que se le imputa poder de mercado a un agente económico, ya que es en dicho ámbito donde se valorará la actuación de ese agente" (18)) que la televisión paga y que, por tanto, ambos deben cumplir con la regulación existente (que es la aplicable al servicio preestablecido, en el ejemplo, la televisión). En este caso el regulador podría enumerar algunas disposiciones que el operador de televisión paga cumple y Netflix incumple: abonar las tasas regulatorias, transmitir el himno nacional a la medianoche, poseer determinada infraestructura, etcétera.

Volviendo al ejemplo de Uber, se ha afirmado que debería cumplir con las regulaciones vigentes para el servicio de taxi o cualquier otro ya existente en la regulación sin percatarse de las sustanciales diferencias entre ellos. Estos servicios y Uber son ontológicamente distintos (19). De hecho, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dirimió la discusión sobre si Uber debía ser considerado un "servicio de la sociedad de la información" (como lo son los servicios de telecomunicaciones) o un "servicio de transporte" (como lo es el taxi), resolviendo por una tercera opción al clasificarlo como un "servicio en el ámbito de los transportes", como lo es también el servicio de alquiler o revisión técnica de vehículos, el de reparación de equipos de transporte ferroviario y el de servicios de almacenamiento de contenedo-

y continuar en otro momento, se encuentre donde se encuentre, utilizando el televisor, computadora de escritorio, computadora portátil, tableta o celular. Los OTT surgieron a inicio de esta década y han registrado crecimientos exponenciales en un brevísimo lapso de tiempo. Las redes convergentes de telecomunicación, por las cuales pueden transitar indistintamente diferentes servicios de telecomunicaciones (telefonía, Internet y audio y video), han permitido la explosión de esta tecnología y la consecuente modificación en las formas en que el consumidor se comporta.

Es que la experiencia del usuario de un OTT, si bien puede ser distinta a la de los servicios tradicionales de televisión, es en la mayoría de los casos más agradable que la de la televisión, lo que explica no solo su incesante expansión, sino que hace esperable que el uso de esta tecnología aumente. Si a esto le sumamos que los OTT no requieren, por lo general y por sus características de funcionamiento, concesiones estatales para operar, el crecimiento debería ser aún mayor.

(18) Padilla, Jorge - Gutiérrez, Inmaculada, en Beneyto Pérez, José M. (dir.) - Maillo González-Orús, Jerónimo (coord.), *Tratado de derecho de la competencia. Unión Europea y España*, Bosch, Madrid, 2005, t. I, p. 34. La definición de mercado relevante se relaciona con la posibilidad del consumidor de "sustituir" el producto analizado por otro producido por uno o varios oferentes alternativos, dentro de un ámbito geográfico determinado. Esta determinación tiene una doble vertiente: la geográfica y la de producto. La geográfica se relaciona con el territorio al cual se limita el mercado analizado (el mercado de la manteca en Buenos Aires), y el de producto o cualitativa, que define los bienes o servicios involucrados (el mercado de la manteca en Buenos Aires).

(19) El Poder Judicial de Brasilia (Poder Judicial de Brasilia, Proceso 2015.01.1.050411, 25/7/2016), por ejemplo, diferencia el transporte público individual del transporte privado individual al decir "Como se puede observar, el 'transporte público individual' difiere del 'transporte privado individual', porque el primero es 'abierto al público', es decir, en el 'transporte público individual' hay obligatoriedad de atención universal, por lo que el taxista no puede rechazar el pasajero o el trayecto por él solicitado, mientras que en el 'transporte privado individual' impera la autonomía de la voluntad del conductor, que tiene el derecho de aceptar firmar el contrato de transporte con el consumidor, de acuerdo con su conveniencia".

La Comisión Federal de Competencia Económica de México también ha señalado lo que antecede. En su Opinión OPN-008-2015, 4/6/2015 (que resultó ganadora en el Concurso de Promoción de la Competencia que anualmente organizan el Banco Mundial y la Red Internacional de Competencia) dijo que "[las ERT] construyen un nuevo producto en el mercado, ya que ofrecen al pasajero, además de movilidad, atributos nuevos y diferenciados (...) Incluso existen estudios a nivel internacional que exponen que esta modalidad de redes de transporte satisface una demanda no satisfecha de viajes urbanos de punto-a-punto, al ofrecer un servicio diferente en términos de calidad, seguridad, precio y conveniencia, respecto de los servicios tradicionales de taxi, y se erige incluso como una alternativa al uso del automóvil particular".

En similar sentido, la Federal Trade Commission también ha expresado que "[e]stas tecnologías y nuevos métodos parecen responder a la demanda del consumidor y también pueden promover una asignación más eficiente de recursos (por ejemplo, vehículos y conductores) para los consumidores, ayudar a satisfacer la demanda no satisfecha de servicios de transporte de vehículos de pasajeros y mejorar el servicio en áreas tradicionalmente insatisfechas. También pueden reducirse los costos de transacción de los consumidores en lo referente a la concertación y pago de dichos servicios. Al menos, estas tecnologías y métodos brindan a los consumidores nuevas alternativas a los pedidos del servicio por teléfono o el pedido del servicio en la calle".

res (20). De este modo, negó, con acierto, que se trate de un servicio análogo al del taxi.

Veamos algunas de estas diferencias. Un conductor de remís, transporte especial, transporte ejecutivo, entre otras categorías existentes a lo largo de América Latina, trabaja necesariamente para una agencia, que es quien le asigna los viajes. En Uber la figura de la "agencia" que recibe llamados telefónicos y pasajeros no existe: todo se coordina mediante un *software* que identifica quién necesita un viaje, y quién podría estar dispuesto a realizarlo, por diversos factores (como la cercanía, demora, etcétera).

Los conductores que utilizan Uber, en cambio, son personas particulares (que bien pueden ser amas de casa que en sus ratos libres hacen algunos viajes, o profesionales que cuando salen de sus trabajos regulares dedican algunas horas a manejar). La "economía colaborativa" (21) les permite conectarse con otros particulares que necesitan ser transportados de un lugar a otro, usando todos ellos una misma aplicación en sus teléfonos inteligentes.

La forma de solicitud del servicio es distinta: para tomar un taxi basta levantar la mano en la calle por lo que, además, se les exige estar pintados de un color particular y tener cierta licencia, placa o chapa; para tomar un remís o servicio especial, hay que ir o llamar telefónicamente a una agencia sin que sea necesario ni siquiera identificarse; y para tomar un Uber hay que bajar una aplicación móvil, registrarse ingresando datos identificatorios, teléfono móvil y correo electrónico, entre otros requisitos.

Otra diferencia se encuentra en la tarifa: en el caso del taxi es fijada por la autoridad gubernamental y no varía según la oferta y demanda en un tiempo y lugar determinado; en el caso del remís se pacta anticipadamente para el recorrido total sin importar el tiempo y la distancia efectivamente recorrida; mientras que en Uber varía según tiempo, distancia, momento y lugar en el que se solicita, y no es determinada por la autoridad gubernamental (22).

(20) Para ampliar puede verse Perotti, Alejandro D., "Uber, en el laberinto de la Justicia", *La Nación*, 9/1/2018, disponible en *https://www.lanacion.com.ar/2098875-uber-en-el-laberinto-de-la-justicia*.

(21) El concepto de "economía colaborativa" fue definido por la Comisión Europea del siguiente modo: "A los efectos de la presente Comunicación, el término 'economía colaborativa' se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional ('pares') o prestadores de servicios que actúen a título profesional ('prestadores de servicios profesionales'); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos ('plataformas colaborativas'). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro" (Comisión Europea, Com. (2016) 356 final, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Europea para la economía colaborativa", Bruselas, 2/6/2016, p. 3).

(22) Cfr. Serebrinsky, Diego, "El caso 'Uber' en los Estados Unidos: un fallo ejemplar sobre el derecho de los consumidores a la libertad de elección", LL del 28/12/2016, en donde ha explicado que "Uber y las ERTs prestan un servicio sustancialmente distinto del que prestan los taxis y remises", pues (i) "los taxis [...] pueden ser tomados en la vía pública con solo levantar el brazo —es decir, se ofrecen indiscriminadamente a cualquier persona que se encuentre dentro de los límites territoriales de la Ciudad de Buenos Aires—, usan un aparato reloj taxímetro, la tarifa es fijada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, no existe ningún tipo de necesidad de registro previo, de identificación por parte del pasajero, entre otras"; (ii) "los remises, por su parte, pueden ser solicitados por cualquier persona a una agencia físicamente establecida, sin necesidad de brindar una identificación, la tarifa se encuentra prefijada para el recorrido total, el pasajero no debe registrarse ni proporcionar datos en ningún sitio, entre otras"; (iii) "en torno a Uber y otras [empresas de redes de transporte], se establecen relaciones jurídicas complejas que exceden, ampliamente, a la de provisión de un servicio de transporte local", pues "nos encontramos con distintos contratos celebrados a través de redes de telecomunicaciones, entre la [empresa] y el pasajero, entre la [empresa] y el conductor, y entre el pasajero y el conductor"; y (iv) "en Uber y las demás [empresas de redes de transporte] existe un vínculo contractual previo con el consumidor, del cual ya surgen las obligaciones en materia de seguridad y en el que se establecen los demás derechos y obligaciones aplicables, encontrándose ambas partes perfectamente identificadas [...] y monitoreadas mientras se presta el servicio de transporte a través de sistemas de posicionamiento global" .

El mecanismo para controlar la calidad en la prestación del servicio también es sustancialmente distinto: en Uber existe un control continuo mediante un sistema de calificación inmediato y sencillo, que se realiza con solo tocar la pantalla del celular. El pasajero, apenas termina el viaje, puede calificar a su conductor con un puntaje del 1 al 5, que se promedia automáticamente con el puntaje que han puesto los demás pasajeros, pudiendo detallar (o no) el motivo de la calificación negativa (trato poco amable, limpieza del auto, etc.). Esto genera un fuerte incentivo al conductor para prestar un servicio de calidad, pues conoce en tiempo real qué piensa la clientela de sus servicios, para poder mejorar lo que sea necesario a fin de poder seguir utilizando la aplicación para conducir (23). El sistema de control de la calidad del servicio de taxi es muy diferente y pertenece a la era pretecnológica. En efecto, quien no está conforme con el servicio prestado, debe identificarse y presentar una denuncia escrita ante la autoridad de contralor, la que luego de un largo procedimiento administrativo y para el caso de que se tuviera por probada la falta (pues el conductor del taxi suele estar amparado por las garantías de defensa en el procedimiento administrativo), dictará una sanción administrativa. Los incentivos de los pasajeros para realizar este tipo de denuncias son extremadamente bajos.

Adicionalmente, los futuros pasajeros desconocen cuántas denuncias (y de qué gravedad) ha tenido cada taxi al momento de contratarlos, pues salvo que un conductor reciba la caducidad de su licencia (supuesto excepcional), puede seguir conduciendo con múltiples denuncias en trámite. El incentivo económico, entonces, que tiene el taxi para mejorar su servicio, es nulo (24).

Por último, la identificación y seguimiento del conductor y del viaje en tiempo real por parte de la aplicación hace que, si el conductor comete un delito contra el pasajero, sea inmediatamente identificado. Con los taxis ocurre lo contrario, el anonimato es la regla y por lo tanto el incentivo al delito es mucho más alto (25).

¿Qué motivos llevan al regulador a aplicar al innovador la regulación del servicio precedente, a pesar de las diferencias entre ambos? Son tres: (i) el incorrecto análisis de los mercados involucrados, (ii) la voluntad de tutelar los intereses del operador preexistente por el temor del regulador a perder poder en el sector regulado y (iii) la inversión del principio básico del derecho al pretender que "lo no regulado está prohibido".

II.3.1. Incorrecto análisis de mercados relevantes involucrados

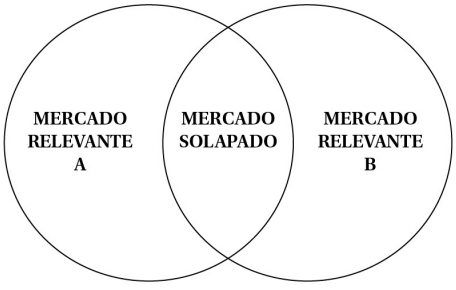
El primer motivo que lleva a una autoridad a aplicar al innovador la regulación del servicio precedente es el incorrecto análisis de los mercados relevantes involucrados. La autoridad somete a dos mercados relevantes distintos a las mismas reglas, las cuales son las vigentes en el mercado relevante preexistente, sin advertir que cada servicio satisface demandas distintas (aunque en algunos casos se solapen) y que hay fuertes incentivos para contratar uno en vez de otro dependiendo de las circunstancias.

(23) En tal sentido ver el punto 41 del Working Party No. 2 on Competition and Regulation: "Taxi, ride-sourcing and ride-sharing services - Background Note by the Secretariat", del 4/6/2018, en el que la OCDE manifiesta que "[a]unque los proveedores de servicios tradicionales están sujetos a normas de calidad y regulación de la conducta del conductor, las encuestas sugieren que el sistema de reputación utilizado por las aplicaciones usualmente funciona mejor" (la traducción es propia).

(24) Me refiero al incentivo económico, no moral. El incentivo moral consiste en el beneplácito personal originado por el servicio al otro, y no es analizado aquí.

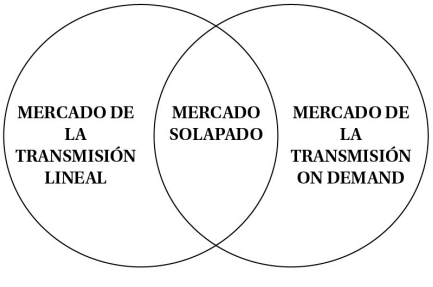
(25) Por tal motivo, los pasajeros que han consumido alcohol (lo que los coloca en una situación de vulnerabilidad para ser víctimas de robos o ataques sexuales) se sienten mucho más seguros tomando un auto monitoreado por una aplicación en tiempo real que un taxi anónimo en la calle. Esto ha reducido la cantidad de accidentes por conducción bajo el efecto del alcohol. Así, por ejemplo, en un estudio realizado por la Temple University, Greenwood, Brad N. - Wattal, Sunil, "Show me the way to go home: An empirical investigation of ride sharing and alcohol related motor vehicle homicide" afirman que "[e]conómicamente, los resultados indican que la entrada de Uber X resulta en una reducción de entre el 3,6% y el 5,6% del promedio de homicidios en automóviles por trimestre en el Estado de California. Con más de 13.000 muertes anuales a nivel nacional debido a accidentes bajo la influencia del alcohol a un costo de 37 billones de dólares, los resultados indican que una completa implementación de Uber X acarrearía un bienestar social neto de más 1.3 billones a los contribuyentes americanos y salvaría alrededor de 500 vidas anualmente" (la traducción es propia).

Esta incorrecta identificación de los mercados relevantes se genera como consecuencia del solapamiento que pueden tener entre ellos. Veámoslo en un gráfico:



El mercado relevante A corresponde al mercado preexistente, en el que está vigente una regulación. El mercado relevante B corresponde al mercado del innovador, en donde no existe regulación. El mercado solapado es aquel en el que ambos mercados coinciden, es decir, en donde el servicio ofrecido es compartido, común, ya que satisfacen la demanda de los mismos usuarios. Ambos mercados —diferentes— coinciden en una pequeña porción. El regulador se enfoca en el solapamiento, pero no advierte que, en rigor, existen también dos mercados distintos (A y B). Cree que se trata de un mismo mercado (el solapado). En consecuencia, entiende que todo el servicio del mercado relevante B debe desarrollarse de acuerdo con las regulaciones preexistentes, dictadas para el mercado relevante A.

Volviendo al ejemplo de Netflix, entonces, el gráfico quedaría así:



El mercado de la transmisión lineal es el mercado en el que operan los proveedores de la televisión paga: el proveedor determina una programación de canales, que transmiten sus contenidos linealmente, y el usuario no tiene control de dicha programación. Solo puede elegir entre los distintos canales y ver lo que se esté transmitiendo en el momento preciso en que decide entretenerse, sin siquiera poder pausarlo para continuar luego. Si el usuario quiere ver, por ejemplo, toda la temporada de una serie, no podrá hacerlo sin esperar el tiempo que el programador haya determinado que debe transcurrir entre un capítulo y otro (que puede ser un día, una semana, quince días, etc.). Además, debe contar con un televisor.

El mercado de la transmisión *on demand* es el de Netflix, y es sustancialmente distinto al anterior: el usuario dispone de un catálogo casi inagotable de contenidos, a los que accede cuando quiere, en el momento que quiere, desde el dispositivo que quiere (televisor, *tablet* o celular). Si quiere ver una temporada completa de una serie en un día, puede hacerlo. Ahora bien, el usuario de Netflix no podrá ver un noticiero en vivo, ni podrá ver un partido de fútbol en vivo, porque esos contenidos no están disponibles en Netflix, pero sí en la televisión paga.

Ambos proveedores pueden, en algunos casos, satisfacer la demanda de los mismos usuarios. Puede ocurrir que una persona desee ver una película, y que le resulte indiferente buscarla entre los canales de su paquete de televisión contratada o en Netflix. Este es el mercado solapado.

Pero hay porciones sumamente relevantes de la demanda que no pueden ser satisfechas indistintamente: el usuario de Netflix no puede ver deporte o noticieros, y el usuario de televisión paga no tiene tanta variedad de contenidos ni puede elegir qué ver y cuándo verlo. Se trata del mercado relevante específico de cada uno de los mencionados operadores.

Y aquí es donde ocurre el error de razonamiento del regulador. Por ese circunstancial solapamiento de dichos servicios, ubica a los dos proveedores como competidores de un mismo y único mercado. Y luego extiende al innovador las regulaciones aplicables en el mercado preexistente (que serían, en el ejemplo, las de la televisión paga), logrando así regular el mer-

cado relevante de los OTT con la regulación de la televisión paga.

En el caso de Uber ocurre un fenómeno idéntico (26).

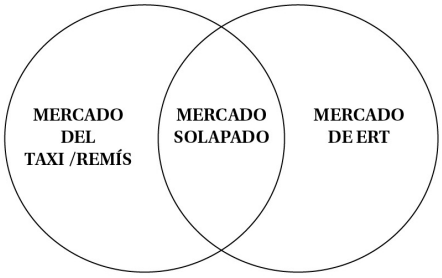
Así, por ejemplo, una persona que tiene que ir a un aeropuerto podría decidir tomarse un Uber o un taxi, indistintamente, si el tiempo de demora del Uber coincide sustancialmente con el tiempo de demora de un taxi. En ese caso, ambos servicios podrían satisfacer la misma demanda. Sin embargo, si el tiempo de espera de un Uber fuese tal que pone al pasajero en riesgo de perder su vuelo, probablemente prefiera levantar la mano en la calle y tomar el primer taxi que pase. En ese caso, Uber no puede satisfacer la demanda que satisface el taxi.

O podría suceder también que una persona, luego de una fiesta y a altas horas de la madrugada, no esté dispuesta a tomarse un taxi, pero sí un Uber porque se siente más segura viajando con una persona identificada y que su viaje sea monitoreado por sistema GPS en tiempo real. O que por más que esté dispuesta a tomarse un taxi no pueda hacerlo porque no se encuentra en una zona que los taxis frecuenten. En ese caso, Uber satisface una demanda diferente a la que puede satisfacer el taxi.

En efecto, los análisis del Departamento de Estudios Económicos del Consejo Administrativo de Defensa Económica en Brasil mostraron que:

> "la aplicación [de Uber], en lugar de absorber una parte relevante del mercado de viajes en taxi, en su mayoría adquirió nuevos clientes que no acostumbraban tomar servicios de taxi. En resumen, esto significa que hasta ahora Uber no se ha 'apropiado' de ninguna porción sustancial de los clientes de taxis ni afectó significativamente el negocio de los taxis, sino que creó una nueva demanda" (27).

Entonces, en el gráfico, el análisis se vuelca de la siguiente manera:



Como el mercado del servicio de remís-taxi se solapa circunstancialmente con el mercado de empresas de redes de transporte (en el caso de aquellas personas a quienes, por alguna razón particular, les da lo mismo tomar uno u otro), el regulador solo observa dicho mercado solapado y resuelve aplicar a ese "único" mercado las normas del servicio preexistente (el taxi o el remís), sin notar que al hacer esto también aplica dichas normas al mercado de las ERT.

De este modo, imponer la normativa del operador preestablecido al entrante dificulta su operación pues se ignoran las características propias y distintivas del servicio, de su naturaleza, de su modelo de negocios, de sus particula-

(26) En esta línea incluso se ha planteado que Uber, en realidad, compite con el auto particular más que con otros servicios públicos de transporte. En un estudio encargado por la Asociación Americana de Transporte Público (Shared-Use Mobility Center, "Shared Mobility and the Transformation of Public Transit", 2016) se concluyó que "Mientras más gente use servicios compartidos, más probabilidad existe de que usen transporte público, tengan menos autos, y gasten menos transporte en general. Los usuarios habituales de servicios de transporte compartidos, tanto en bicicletas, automóviles (como car2go o Zipcar) o incluso redes de transporte (como Lyft y Uber), ahorran más dinero y poseen la mitad de los autos que tienen las personas que usan sólo el transporte público" (la traducción es propia).

(27) Departamento de Estudios Económicos del CADE, Working Paper 003/2015, "Rivalidad posterior-ingreso: impacto inmediato de la app Uber en los servicios de taxi puerta a puerta", diciembre 2015. En el mismo sentido se pronunció la OCDE: ver punto 18 del Working Party No. 2 on Competition and Regulation: "Taxi, ride-sourcing and ride-sharing services - Background Note by the Secretariat", del 4/6/2018 en el que sostiene que "El crecimiento sostenido de la cuota de mercado de las ERTs y de las empresas de viajes compartidos no se debe sólo a la sustitución de los taxis tradicionales. De hecho, si bien atrae a un número significativo de pasajeros de taxi, los servicios de ride sourcing también satisfacen la demanda insatisfecha de movilidad de puerta a puerta" (la traducción es propia).

ridades. Y se corre el serio riesgo de impedir o dificultar sustancialmente su funcionamiento, con el consiguiente perjuicio a los consumidores.

Por ejemplo, es parte del modelo de negocios de Netflix no tender redes propias de telecomunicaciones, sino utilizar la infraestructura de banda ancha de terceros operadores de Internet, es parte también de dicho modelo de negocios no pasar programas lineales sino brindar una plataforma donde sea el usuario del servicio el que elija qué y cuándo ver. Si se le exige a Netflix desplegar su propia infraestructura de cableado o pasar programas lineales se estaría desconociendo el modelo de negocios de este servicio y por tanto su operación se tornaría inviable dejando a los consumidores con una opción menos.

Del mismo modo, es parte del modelo de negocios de Uber no poner una "agencia" que reciba llamados y pedidos personales, ni que tenga un estacionamiento, base o parada, para que los vehículos esperen allí hasta que se les asigne un viaje. Tampoco es parte del modelo de negocios de Uber contratar conductores de tiempo completo, ni exigirles que manejen una cantidad mínima de horas (28). Tampoco Uber requiere que los vehículos se pinten o se les agregue cierta "cromática" para que cualquier persona los identifique en la calle y pueda hacerles una seña con la mano. Si se exigiera que Uber cumpliera con todo esto, en realidad se le exigiría que despliegue otro negocio distinto al que desarrolla, siendo la consecuencia la imposibilidad de la operación, lo que perjudicaría al consumidor y reduciría el nivel de competencia (29).

II.3.2. La voluntad de tutelar al operador preexistente para no perder poder en el sector

El segundo motivo que lleva a la autoridad a aplicar al innovador la regulación del servicio precedente es que dicha autoridad suele pensar, ante el ingreso de un innovador, en los intereses del operador preexistente, como si la función del regulador fuera la de perpetuar su condición monopólica impidiendo la competencia. Esta no es la función del regulador, sino todo lo contrario: su función es promover la competencia para beneficiar al consumidor (30).

(28) En efecto, son numerosos los precedentes que han establecido la inexistencia de una relación laboral entre Uber y los conductores, entre ellos: Fair Work Commission de Australia, "Mr Michail Kaseris v. Rasier Pacific V.O.F", 21/12/2017, *https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2017fwc6610.htm#P31_1212*; Corte en lo Civil del Distrito de Western Australia de Perth, Australia, "Oze Igiehon vs Rasier Operations BV", 9/12/2016; Corte de Apelaciones del Tercer Distrito de Florida, USA, "Darrin McGillis vs Department of Economic Opportunity; and Rasier LLC, d/b/a UBER", 1/2/2017; Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Regiâo 37ª Vara Do Trabalho, Brasil, "Artur Soares Neto c. UBER do Brasil Tecnología Ltda., UBER International B.V. e UBER International Holding B.V.", 30/1/2017; Tribunal de Comercio de París, "Siarl Viacab – Societe Uber International B.V.", 30/1/2017; Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de Chile, "Ronald Andres Thompson Cuñado vs. UBER Chile SPA", 14/7/2015; Laudo arbitral de California "UBER Technologies, Inc. *et al*. v. Y.E.", 23/11/ 2016.

(29) La Federal Trade Commission ha expresado que "estas nuevas tecnologías y métodos pueden responder mejor a las demandas de los consumidores, promoviendo una asignación más eficiente de los recursos (p. ej., de vehículos y conductores) que favorece a los consumidores, ampliando la demanda de servicios de transporte de pasajeros y reduciendo los costos de transacción de los consumidores al momento de pagar los servicios. Por lo menos, estas tecnologías y métodos proporcionarán nuevas alternativas para los consumidores" (Federal Trade Commission , "Response to Second Proposed Rulemakings Regarding Chapters 12, 14 and 16 of Title 31 of the D.C. Municipal Regulations", Comentarios vinculados con el nuevo proyecto de regulación de transporte por vehículos automotores, dirigidos a la Comisión de Taxis del Distrito de Columbia, 7/6/2013).

También indicó que "[l]as reglamentaciones no deberían, generar o tener como efecto, favorecer a un grupo de competidores sobre otro o imponer cargas innecesarias a las aplicaciones o conductores que impidan su capacidad de competir sin ninguna justificación que implique el beneficio del interés público" (Federal Trade Commission. Respuesta a propuesta de Ordenanza O2014-1367, 15/4/2014).

(30) Así, la Cámara de Apelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos, en una sentencia redactada por el reconocido juez Posner ("Illinois Transportation Trade Association, et al. c. City of Chicago and Dan Burgess, et al.", publicada en español en LL US/JUR/3/2016), al validar una regulación sectorial expresa de este tipo de servicios que difería de las regulaciones clásicas de taxis, explicó:

"'Propiedad' no incluye un derecho a estar libre de competencia. Una licencia para operar una cafetería no autoriza al licenciatario a prevenir la apertura de una casa de té. Cuando la propiedad consiste en una licencia para operar en un mercado de una forma de-

Y esto ocurre porque el regulador posee la tendencia *egocéntrica* (como cualquier organismo del sector público) de acaparar más poder, evitando que haya actores del mercado que no estén sujetos a sus decisiones. En efecto, hasta que no se genere una norma que regule Netflix, o se siga considerando que Netflix no es TV, el regulador de la TV tendrá menos campo de acción, menos tasas regulatorias a recaudar, menos empresas por él reguladas (menos poder). Lo que no significa necesariamente menos satisfacción del consumidor y menos competencia. En este sentido, cuando aparecen innovaciones suelen verse las consecuencias de la denominada "captura del regulador" (31) por parte del operador preexistente: este suele "capturar" a la autoridad regulatoria e influirla para impulsar el dictado de regulaciones que impidan o dificulten la entrada de los agentes innovadores. El innovador, por su reciente ingreso al sector, no suele poseer un cuerpo de ejecutivos de larga relación con el regulador, por lo que puede encontrarse en desventaja en esta puja por el favor del Estado.

II.3.3. La inversión del principio "lo que no está prohibido está permitido": se cree que lo no regulado, está prohibido

El tercer motivo que lleva a una autoridad a aplicar al innovador la regulación del servicio precedente es la idea de que son los nuevos servicios los que deben adaptarse sí o sí a las normas vigentes, sean o no aplicables. Bajo esta idea, se asume que como las leyes regulan la vida en sociedad, todos los hechos y actos deben adaptarse y encajar a la perfección en lo previsto en aquellas normas.

Esta postura implica contemplar al innovador no como quien mejora el servicio precedente satisfaciendo al consumidor y potenciando la competencia, sino como un operador ilegal del servicio anterior. Desde una perspectiva formalista y desenfocada de la *ratio legis* de la regulación, esa postura podría parecer acertada: ¿por qué —se pregunta el regulador— el proveedor de televisión paga tiene que abonar las tasas regulatorias, entre otras severas cargas regulatorias, y Netflix no? De mismo modo, ¿por qué el taxista tuvo que pagar el costo de una licencia o placas, pero los conductores que utilizan la app de Uber no tienen que hacerlo? ¿Por qué permitir que el nuevo operador compita con el anterior sin respetar las mismas normas? Se ha llegado a plantear equivocadamente, bajo esta óptica, que los innovadores ejercerían una especie de "competencia desleal" con los operadores establecidos, al no cumplir con las cargas regulatorias de ellos (32).

Este modo de analizar el asunto es erróneo. Como ha afirmado el Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, "el simple hecho de que una actividad innovadora no se encuentre regulada, no implica, *a priori*, que la misma sea ilícita" (33). Como se explicará luego, el princi-

terminada, no lleva consigo el derecho a estar libre de competencia en ese mercado. Una patente otorga un derecho exclusivo para producir y vender el producto patentado, pero ningún derecho para prevenir que un competidor invente un producto sustituto y que no infrinja la patente pero que erosione las ganancias del titular de la patente".

(31) Dal Bó, Ernesto, "Regulatory capture: A review", *Oxford Review of Economic Policy*, 22(2): 203- 25, 2006, afirma que la "captura del regulador" (*regulatory capture*), en un sentido amplio, es "el proceso a través del cual los intereses especiales afectan la intervención estatal en cualquiera de sus formas"; en un sentido más restringido, es "el proceso a través del cual los monopolios regulados terminan manipulando las agencias estatales que supuestamente deben controlarlos" (la traducción es propia).

(32) Al respecto, el Poder Judicial del Estado de Río Grande do Sul (Decisión 001/1.16.0065894-7, 27/5/2016) rechazó un pedido de medida cautelar para bloquear a Uber que alegaba que existía competencia desleal, afirmando que "[e]n cuanto al pretendido carácter predatorio y desleal de la actividad, susceptible de causar irreparables daños al servicio de taxi, queda evidenciado que tras un año de funcionamiento, Uber no inviabilizó el mercado del taxi que sigue activo haciendo observar la convivencia posible entre las dos modalidades de transporte de pasajeros. De este modo, no se verifica un daño irreparable o riesgo inminente de deterioro de la actividad económica ejercida por los operadores del servicio de taxi que justifique la concesión de la medida provisional prohibitiva al servicio prestado por la agravada".

Por su parte la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay también determinó (Resolución 93/2016, 5/8/2016) en Uruguay que con relación a Uber "no se ha acreditado la existencia de conductas que contravengan la normativa sobre libre concurrencia".

(33) Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, Decisión 1054861-85.2015.8.26.0100, 16/6/2015. En esta

pio de reserva de ley y de legalidad plantean que todo lo que no está prohibido está permitido. Por ende, no puede sostenerse fundadamente que si la actividad innovadora no encuadra en ninguna de las categorías preexistentes, no puede realizarse, puesto que iría en contra de principios básicos del derecho.

III. Los principios de legalidad y razonabilidad en la regulación

La regulación sobre la innovación tecnológica no solo no debe obstaculizar la competencia, sino que debe observar los distintos principios constitucionales que limitan tanto formal como sustancialmente a la regulación. En efecto, por virtud del principio de legalidad en la reglamentación de los derechos, toda regulación debe tener origen en una ley con carácter formal. Y, por virtud del principio de razonabilidad, los medios que establece deben ser idóneos, necesarios y proporcionales para el logro de legítimas finalidades públicas.

La aplicación de estos principios impone una adecuación de las regulaciones cuando se genera una innovación tecnológica. En efecto, muchas veces el producto o servicio innovador es distinto de los productos o servicios contemplados por las regulaciones preexistentes de dicho mercado relevante.

Tal ha sido, por ejemplo, el caso de Uber o Lyft, para los cuales la aplicación de las regulaciones preexistentes para taxis resulta absurda, inadecuada e irrazonable. Como afirmara el juez Richard Posner en la sentencia ya citada:

> "Los taxis, pero no los ERTs [*i.e.*, empresas de redes de transporte como Uber y Lyft], pueden levantar a pasajeros que les hagan la seña en la calle. Raramente el pasajero tendrá una relación previa con el conductor, y frecuentemente no la tendrá tampoco con la compañía de taxis; y por ende tiene sentido para la Ciudad intentar proteger a los pasajeros al monitorear los conductores de taxis para asegurar que sean competentes e imponiendo un sistema uniforme de tarifas basado en el tiempo o la distancia o ambos. Así como el servicio de taxi está regulado por la Ciudad de Chicago, también está regulado el servicio de los ERTs, pero de forma diferente porque el servicio es diferente del servicio de taxi. La principal diferencia está en que los consumidores, en vez de poder parar un auto de Uber en la calle, deben registrarse en Uber antes de poder solicitarlo, y la registración crea una relación contractual especificando cuestiones tales como tarifas, calificaciones de choferes, seguros, y cualquier necesidad especial del potencial consumidor debido a una discapacidad. A diferencia del servicio de taxis, Uber asume responsabilidad primaria en el monitoreo de potenciales choferes y en la contratación de sólo aquellos que considere calificados, y los pasajeros reciben más información de antemano acerca de sus viajes prospectivos —información que incluye no sólo el nombre del conductor sino también fotos de él (o ella) y del auto—. Asimismo, los ERTs usan extensivamente a choferes de medio tiempo, y se cree que estos choferes de medio tiempo manejan sus autos menos millas en promedio que los choferes de taxi, quienes están constantemente patrullando las calles en espera de ser parados; y las menores millas recorridas implican menor probabilidad de que un vehículo se dañe de modo tal que afecte el confort de un viaje en él o que incluso incremente el riesgo de accidente o rotura" (34).

En esta clase de casos, la regulación preexistente no debe extenderse a la innovación, ni por aplicación directa ni por analogía, por el hecho de solaparse en algunos casos puntuales, pues se estaría aplicando una regulación pensada para un producto o servicio distinto del prestado a través de dicha innovación tecnológica. Y ello implicaría violar las exigencias de legalidad (pues se estaría aplicando una regulación a un supuesto distinto que el legislador no quiso regular) y razonabilidad (pues una regulación

decisión el tribunal rechaza el pedido de una medida cautelar que suspenda la actividad de Uber, interpuesto por sindicatos de taxistas.

(34) CApelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos, "Illinois Transportation Trade Association, et al., c. City of Chicago And Dan Burgess, et al.", publicada en español en LL US/JUR/3/2016.

pensada para un supuesto distinto será inadecuada, innecesaria y desproporcionada para el logro de las finalidades buscadas).

La solución razonable en tales casos es, entonces, innovar en la regulación y seguir los procedimientos para el dictado de normas que se ajusten a las características del nuevo producto o servicio, o aplicar el principio de reserva legal y no impedir la prestación del servicio, que se prestará bajo las leyes de fondo (defensa de la competencia y del consumidor, legislación sobre contratos, etcétera).

En otras palabras, los innovadores tecnológicos deben ser regulados de acuerdo con lo que son, no a lo que el regulador imagina que deberían ser —generalmente, el servicio anterior—. En efecto, el regulador puede intentar asimilar Netflix con la televisión radiodifundida, Skype con la telefonía tradicional, Mercado Libre con un centro comercial, Uber con los taxis y Airbnb con un hotel. Si lo hace, y aplica a los innovadores la regulación del operador preestablecido, se elimina al innovador perjudicándose así al consumidor.

Además de los principios de legalidad y razonabilidad, cobra también especial relevancia en esta materia el principio de interpretación restrictiva de las regulaciones. En efecto, las regulaciones deben interpretarse de forma favorable a los derechos constitucionales en juego y no a favor de privilegios de fuente legal.

Este principio ratifica lo señalado en el punto anterior en materia de aplicación a innovaciones tecnológicas, de regulaciones aplicables a servicios preexistentes: como regla, no deberán aplicarse a fin de evitar impedir el nuevo servicio.

El regulador deberá dictar reglas idóneas para tales innovaciones, u optar por no emitir una regulación sectorial específica en virtud de la existencia de normativa general de defensa de la competencia y del consumidor, legislación sobre contratos, etcétera.

IV. Pautas y límites convencionales y constitucionales para la regulación de la innovación tecnológica

La regulación es, al mismo tiempo, una oportunidad y una amenaza para las innovaciones tecnológicas y el beneficio del consumidor. A efectos de convertirla en una oportunidad y evitar que sea una amenaza, a continuación plantearemos algunas guías y limitaciones impuestas por el derecho constitucional y convencional, particularmente en materia de derechos del consumidor y derechos económicos, sociales y culturales, a fin de que de algún modo la regulación incentive y no estanque la innovación.

IV.1. Los fines legítimos de la regulación económica

El primer criterio para guiar la regulación de la innovación tecnológica está vinculado a la finalidad misma de la regulación, que es atender de forma subsidiaria a las denominadas "fallas del mercado", para solucionar los problemas que provoca la ausencia de competencia, emulando las condiciones que existen cuando la competencia es real.

Una de las variables que el regulador suele ajustar es el precio. Por ejemplo, históricamente en la telefonía fija, la red de cobre constituyó una fuerte barrera de entrada al mercado, lo que transformó a dicho servicio en un monopolio natural. Al no haber entonces competencia, se consideró que el prestador monopólico tendería a subir sus precios, lo que justificó en su momento la fijación de tarifas públicas.

Otra variable de ajuste es la calidad del servicio. Del mismo modo que la red alámbrica para la telefonía domiciliaria, la irrazonabilidad de la duplicación de la red de agua potable también genera un monopolio natural. Al no haber competencia en ese mercado, si la decisión dependiese solo de la empresa prestadora, la calidad del agua sería la más baja posible (siempre que no genere daños ostensibles a la salud y por tanto demandas judiciales reclamando su reparación), ya que los clientes no podrían cambiar de prestador. Esto justifica que el Estado regule la calidad del agua.

Otra posible variable de ajuste es la extensión del servicio. En servicios como los mencionados, lo más eficiente para el prestador monopólico es colocar el precio por encima del costo marginal, lo cual le permite obtener ganancias monopólicas a expensas de los consumidores. Esto llevaría a que solo quienes puedan pagar dicho precio gocen del servicio,

por lo cual no habría incentivo para que el operador monopólico extienda el servicio a consumidores que no puedan pagar esos precios monopólicos. Por tal motivo, el Estado además de fijar el precio, establece zonas de cobertura obligatoria para asegurar su prestación a la sociedad en su conjunto (35).

En tales casos la regulación económica está justificada, y debe ordenarse a fijar las pautas necesarias para que el operador monopólico u oligopólico sea eficiente en términos de precio y calidad, y expanda el servicio para atender a las demandas de los usuarios.

En cambio, cuando en determinado mercado se constata la existencia de competencia, la regulación económica debe reducir su intensidad (36).

IV.2. Los derechos del consumidor como eje del sistema regulatorio

El fin último de la regulación es siempre la satisfacción del consumidor, este principio suele estar constantemente protegido a nivel constitucional en diversas jurisdicciones.

De este modo, poner como eje central a los derechos del consumidor tiene sustanciales implicancias para la regulación. Entre varias regulaciones posibles deberá optarse por la que más favorezca a los consumidores, entendiendo por tal la que permita mayores opciones y mejor calidad y precio. En particular, deberá también respetarse la libertad de los consumidores de elegir de qué forma satisfacer sus necesidades y de elegir los servicios o productos que deseen.

Asimismo, el regulador deberá ser consciente de los problemas de acción colectiva —esto es, dificultades o imposibilidades que tienen los miembros de un grupo social extenso para organizarse de forma colectiva y actuar unificadamente (37)— que tienen lugar respecto de los derechos de los consumidores. En efecto, muchas regulaciones, a veces bajo la apariencia de tutelar algún bien público, en rigor protegen intereses privados de ciertos grupos de interés. Esos grupos reciben elevados y concentrados beneficios como consecuencia de la decisión regulatoria que se adopta (v. gr., regular, no regular, prohibir, permitir), mientras que los costos de dicha decisión están dispersos y no visibles en los consumidores en su conjunto. De este modo, el grupo de interés del operador preestablecido tiene elevados incentivos para impulsar y defender la decisión que los favorece (que se prohíba la innovación, o que al menos se la dificulte sustancialmente), mientras que los consumidores no tienen ningún incentivo para coordinar sus acciones y oponerse a ella, con la singular excepción de las asociaciones de consumidores.

Esta dinámica suele ocurrir muy frecuentemente en casos de innovaciones tecnológicas, en los que grupos de interés previamente establecidos, y que no cuentan con dichas innovaciones, prefieren mantener el *statu quo* y se oponen a su utilización por parte de los competidores entrantes. Por ejemplo, ante el advenimiento de aplicaciones y páginas webs como Uber y Airbnb, los intereses concentrados de las corporaciones empresarias y sindicales de propietarios de —respectivamente— taxis y de hoteles, actuarán con su mayor capacidad de lobby ante funcionarios, legisladores y jueces para evitar que los consumidores puedan optar por los servicios brindados por dichas plataformas de intermediación. El éxito de estas corporaciones empresarias y sindicales implicará el fracaso y el perjuicio del consumidor. Y viceversa.

IV.3. El derecho al disfrute de los avances tecnológicos y el efectivo goce de los derechos económicos, sociales y culturales

A la par de los derechos del consumidor, la regulación debe también atender a promover el más pleno uso y goce de los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por

(35) No solo ocurre con prestadores monopólicos sino también con oligopólicos, como ocurre con la telefonía móvil.

(36) Excepcionalmente, la regulación de las actividades económicas se ha realizado en algunos casos para proteger determinados sectores e incluso para proteger a los operadores preexistentes frente a los posibles entrantes e innovadores. Sin embargo, en tales casos la regulación debe ser explícita en cuanto a que tales son sus fines, no pudiendo ocultarlos declamando falsas finalidades.

(37) Cfr., en general, Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1965.

los tratados internacionales, y en particular el derecho al disfrute de los avances tecnológicos.

La sociedad actual está caracterizada por un constante avance y desarrollo tecnológico, que se produce de forma exponencial (38). Estos descubrimientos técnicos y científicos se producen en diversos campos como las comunicaciones, los medios de transporte, la salud, etc. El acceso inmediato y eficiente a la información, la creación de redes de comunicación eficaces, las mejoras en la educación y en la calidad de vida son un nuevo y pujante medio facilitador y muchas veces garante del ejercicio de derechos humanos civiles y políticos.

Este panorama posee ciertos desafíos. Existen numerosos vacíos legales que permiten afectar los derechos humanos en el contexto de la utilización de nuevas tecnologías (39).

Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, las innovaciones tecnológicas están previstas desde al menos 1948; ese año la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (40) dispuso que "[t]oda persona tiene el derecho de (…) disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos". Este texto se adelantaba a las futuras necesidades de las personas, al sancionar que el acceso y utilización de los progresos científicos era un derecho humano.

En la misma línea regional, en el año 1988 los países de América firmaron el Protocolo de San Salvador (41), que en su art. 14.1.b establece que "[l]os Estados reconocen el derecho de toda persona (…) a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (…)".

En relación con el contenido del derecho a gozar del progreso científico y tecnológico, señala que "comprende la posibilidad de acceder o no, de manera individual o colectiva al saber y al uso de los conocimientos científicos y aplicaciones tecnológicas, encaminadas a satisfacer los derechos humanos de todas las personas y pueblos" (42).

Por su parte, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que data de 1966, en su art. 15.1b reconoce este derecho, comúnmente conocido como derecho a la ciencia: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones". Y dado que la tecnología es la ciencia aplicada (43), esta norma reconoce el derecho de toda persona al disfrute de los avances e innovaciones tecnológicas (44).

---

(38) Kurzweil, Raymond, "The Law of Accelerating Returns", 7/3/2001, disponible en *http://www.kurzweilai.net/the-law-of-accelerating-returns* (14/9/2017).

(39) Jørgensen, R. F., "Human rights and the digital domain", en Heidrun, Friese *et al.* (ed.), *Handbook: Social Practices and Digital Life-Worlds*, Springer Verlag, Berlin, 2017.

(40) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la Novena Conferencia de los Estados Americanos, (1948), disponible en *http://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos1.htm*.

(41) Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17/11/1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General disponible en *http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html*. A fin de precisar el derecho a estos beneficios, el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador ha elaborado diversos indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en dicho instrumento. De acuerdo al grupo de trabajo, el art. 14 del Protocolo consagra el derecho humano a los beneficios de la cultura, el cual "es considerado como parte integrante de los derechos humanos y es un derecho universal, indivisible e interdependiente y su satisfacción es esencial para desarrollar todas las capacidades de los seres humanos y de las colectividades, y para la construcción de un Estado democrático de derecho".

(42) Ibíd, párr. 47.

(43) Cfr. *Diccionario* de la Real Academia Española, edición del Tricentenario, vocablo "tecnología", primera acepción ("Conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico").

(44) La exégesis que han hecho los mecanismos internacionales encargados de la supervisión de estos textos es consistente con su letra. En su informe del año 2012 sobre el derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones, la Relatora Especial sobre Derechos Culturales calificó este "derecho como un medio para promover la realización de otros derechos humanos y satisfacer las necesidades comunes a toda la humanidad" (Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed, The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, A/HRC/20/26, disponible en *https://documents-dds-ny.*

Resulta fundamental exigir el cumplimiento del derecho al acceso a los avances de ciencia y tecnología como medio capaz de hacer efectivos otros derechos y libertades fundamentales en nuestra sociedad. Así, servicios basados en plataformas web como Netflix mejoran el derecho al acceso a la información y cultura; Uber y Lyft el derecho a un transporte seguro y más económico; Skype el derecho a comunicarse, etcétera.

En síntesis, de acuerdo con estos instrumentos, el Estado debe respetar y garantizar el derecho humano al goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

IV.4. El derecho humano a Internet

En mayo de 2004 la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información reconoció que las tecnologías de la información y las comunicaciones cumplen un rol fundamental para la promoción de los derechos humanos, y que "pueden ser un instrumento eficaz para acrecentar la productividad, generar crecimiento económico, crear empleos y fomentar la ocupabilidad, así como mejorar la calidad de la vida de todos" (45).

En junio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU observó que "el ejercicio de los derechos humanos [...] en Internet es una cuestión que reviste cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones". Asimismo, reconoció "la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas" y exhortó a que los Estados "promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países" (46).

Como puede verse, el crecimiento de Internet ha traído consigo un florecimiento de las libertades del ser humano. La libertad expresiva, de todas ellas, es posiblemente la más beneficiada: la conexión horizontal existente entre personas de todo el mundo da alas a una comunicación inédita en la historia humana. Las barreras de entrada son mínimas, la información está disponible de manera democrática y plural, la red permite difundir expresiones de todo tipo y a toda hora.

El notable efecto en la libertad de expresión no empequeñece los impactos de Internet en otras áreas. Internet es una herramienta de cambio y transformación, con un potencial único para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información, pero también para "servir de plataforma efectiva para la realización de otros derechos humanos" (47) (48).

---

un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/134/91/PDF/G1213491.pdf?OpenElement). Dicho informe lo relaciona con el derecho a la cultura, presentándolo como base para fomentar en las personas su capacidad de aspirar un futuro mejor y establece que los nuevos conocimientos científicos y las innovaciones aumentan las opciones disponibles, fortaleciendo la capacidad de las personas de concebir un futuro mejor, para el cual el acceso a tecnologías determinadas a veces puede ser decisivo.

A lo expuesto cabe sumar una de las conclusiones del informe del seminario sobre el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones llevado a cabo ante la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, que sostuvo que "el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico es un derecho que ha recibido muy poca atención, pese a su importancia para el disfrute de otros derechos humanos y libertades fundamentales en el mundo moderno" (Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe del seminario sobre el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, 1/4/2014).

(45) Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, WSIS-03/GENEVA/4-S, 12/5/2004, principio nro. 9.

(46) Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/20/L.13, 29/6/2012.

(47) CIDH, Informe anual 2013, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, capítulo IV (libertad de expresión e Internet), OEA/Ser.L/V/II.149, Doc. 50, 31/12/2013, párr. 53, disponible *http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf.*

(48) Los impactos positivos en los derechos humanos que tiene Internet rastrean su origen en los mismos principios con los que fue diseñado: la pluralidad, la neutralidad, la horizontalidad. Tal como ha dicho la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "En la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se

Resulta interesante considerar el caso del bloqueo de la página web y de la aplicación de Uber en Buenos Aires ("bloqueo"). Al respecto, el Tribunal Superior de la CABA sentenció unánimemente que el bloqueo ordenado por primera y segunda instancia del Fuero Contravencional de la CABA, era inconstitucional (49).

En el voto de la jueza Ana M. Conde, se expresó que el bloqueo lesionaba innecesaria y desproporcionadamente derechos como el acceso e intercambio de información; la obtención de conocimientos y transmisión de ellos mediante la utilización de contenidos, de herramientas y de aplicaciones; y la posibilidad de cualquier usuario de Internet de comunicarse. También se manifestó que ponía en riesgo el "derecho humano a las comunicaciones a través de Internet" y el principio de neutralidad de las redes.

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había condenado expresamente el bloqueo en su informe sobre la libertad de expresión en Internet en la Argentina, del año 2017 (50).

IV.5. La competencia económica como un fin en sí mismo y como un medio para asegurar los derechos del consumidor

Además de no afectar los derechos reseñados en los puntos anteriores, la regulación tampoco debe obstaculizar la competencia entre los distintos operadores económicos. En efecto, las regulaciones no deben constituir barreras de en-

---

ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación". CIDH, Informe anual 2015, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, párr. 636.

(49) Bloqueo contra la página web, tarjetas de crédito utilizadas para el pago, y aplicación móvil de Uber, decretado por la jueza subrogante del Juzgado Nro. 16 en lo Penal, Contravencional y de Falta de la Ciudad de Buenos Aires durante enero de 2017, que fuera confirmado por la sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero.

(50) El relator especial para la libertad de expresión de la CIDH, había ya expresado que "medidas drásticas como la bajada de aplicaciones enteras, considerándolas ilegales sin ningún test o sin una ley precisa y clara que determine cuál sería la ilegalidad respecto al test de necesidad, proporcionalidad y legalidad que establece el Derecho Internacional; la supresión de contenidos basadas en normas ambiguas, etc., afecta gravemente y de forma desproporcionada a internet (...) hay algunas discusiones en (...) Argentina (...) respecto a aplicaciones que tienen que ver con el tránsito y es un buen ejemplo de cómo aplicar una decisión judicial de bajar toda una aplicación puede ser, justamente desproporcionada tanto en lo que tiene que ver con la jurisdicción y también en lo que tiene que ver con el entendimiento de Internet. Porque muchas veces las aplicaciones acercan a las puntas, y a las personas que buscan información y servicios, y no son en sí mismas, o no contienen en sí mismo, expresiones ilícitas (...)" (en su conferencia en *Internet Day*, Cabase, 17/5/2017). Algunos académicos nacionales habían hecho notar que bloquear una página web o una aplicación viola la libertad de expresión y al principio de neutralidad de la red, salvo en casos de pornografía infantil y apología del odio racial o la guerra. Cfr. F. Toller, "Jueces y libertad de expresión en Internet", en *La Nación* del 29/4/2017, disponible en *http://www.lanacion.com.ar/2019083-jueces-y-libertad-de-expresion-en-internet:* "el bloqueo de un sitio web de una empresa, cuando se está en medio de un debate público y de un proceso sobre la legitimidad de sus actividades, y cuando el censurado está esgrimiendo varios derechos fundamentales, no puede encontrarse entre los casos especiales que habilitan una intervención drástica. Esta afectación a la libertad de expresión pondría en crisis al principio de neutralidad en la red, por el cual los prestadores no pueden censurar contenidos salvo los casos mencionados, y los usuarios tienen derecho al acceso universal. El caso Uber no se encuentra entre los pocos casos justificados de prevención judicial de daños derivados de informaciones, sino que implica una extralimitación innecesaria". En el mismo sentido se dijo que "no existe un solo argumento que califique al contenido en sí, a la Aplicación, como un contenido ilegítimo (...) El fallo no logra sustentar que se cumpla exitosamente la regla de proporcionalidad. La clausura en términos de contenido se traduce en censura. Y la censura sólo puede ser consecuencia de una responsabilidad ulterior, sujeta al test ya mencionado, y por la ilegitimidad del contenido en sí (...) Esta es la única y gran pregunta que debería haber respondido el fallo: ¿es proporcionada la restricción del contenido en los términos del artículo 13 de la Convención Americana? Que la medida sea 'útil' (y esto es relativo por la arquitectura misma de la Internet) no avala, jurídicamente, su procedencia", P. V. de Brez, "La cautelar contra la contravención de UBER: una contravención al Sistema Interamericano de libertad de expresión - Comentario al fallo 'Incidente de apelación de clausura preventiva art. 29 LPC en autos UBER SRL s/infr. 83 CC'", *El Dial*, 11/5/2016. Ver también Pisanu, G., "Bloqueo de aplicaciones en Argentina: inseguridad jurídica en internet", *Access Now*, 29/6/2018.

tradas legales al ingreso de nuevos operadores económicos a determinado mercado.

La tutela de la competencia económica es así tanto un fin en sí mismo como un medio para la tutela de los derechos del consumidor. En este sentido, Robert Lande y Neil W. Averitt sostienen que el beneficio del consumidor es el fin último del derecho *antitrust* (51). Pero incluso Robert Bork, quien destaca ante todo que el objetivo del derecho antimonopólico es lograr una mayor eficiencia económica, admite que esta eficiencia redundará al menos "indirectamente" en beneficio del consumidor (52). De este modo, la tutela de la competencia es un fin en sí mismo, pues la competencia económica permite la economización de recursos y, con ello, el logro de una importante prioridad social. Y es también un medio para la tutela de los derechos del consumidor, pues la competencia económica permite la detección de nuevas, mejores, más baratas, y más seguras formas de atender las necesidades y deseos de los consumidores (53).

Por todo esto, la regulación sobre las innovaciones tecnológicas no debe nunca obstaculizar la competencia ni utilización de la tecnología para innovar y competir en soluciones creativas que apunten a la satisfacción del consumidor.

***

Con estas cláusulas, así, termina de ratificarse la tesis general que se ha planteado en esta última sección: la regulación debe incentivar y premiar —y no desalentar y castigar— la innovación tecnológica que satisface con mejor calidad y de forma más barata las necesidades de los consumidores, por más disruptiva que sea, ya que la disrupción significa, precisamente, que se trata de un servicio o producto que supera a su predecesor.

Si para ello es necesario dictar nuevas regulaciones, así debe hacerse: también los reguladores deben innovar constantemente en su producto —la regulación— para la mejor satisfacción de todos los involucrados —consumidores y empresas—.

Por el contrario, si se considera más eficiente que el agente innovador no posea regulación específica y funcione bajo los códigos y leyes de fondo, también es una opción válida y sumamente utilizada.

---

(51) Cfr. Lande, Robert - Averitt, Neil, "Using the 'Consumer Choice' Approach to Antitrust Law", 74 *Antitrust Law Journal*, p. 175 (2007).

(52) Cfr. Bork, Robert, *The Antitrust Paradox, A policy at war with itself*, Nueva York, 1978, ps. 50 y ss.

(53) La OECD ha sostenido (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Regulatory Reform and Innovation, http://www.oecd.org/sti/inno/2102514.pdf,* p. 34), analizando el impacto de la reforma regulatoria en la innovación, que "[m]ás allá de las ventajas que las grandes firmas tienen sobre las firmas pequeñas en obtener recursos para investigación e innovación, un cierto grado de competencia es esencial para el proceso de innovación. Las reformas que han promovido la competencia entre las firmas, grandes o pequeñas, han estimulado la innovación en la mayoría de los sectores, incluyendo telecomunicaciones, servicios públicos, servicios financieros y distribución" (la traducción es propia).

Por supuesto, la existencia de mecanismos *ex post* de defensa de la competencia no excluye la posibilidad de que en ciertas situaciones sea necesario establecer mecanismos *ex ante* de regulación. En determinados sectores económicos (puertos, electricidad, gas, agua y saneamiento, telecomunicaciones y radiodifusión) la mera aplicación de la legislación antimonopólica no es suficiente para asegurar el bienestar económico general. En estos casos es menester la existencia de regulación sectorial específica, que actúe *ex ante*, para promover la concurrencia y complementar la aplicación de la legislación antimonopólica, a fin de mantener los altos fines que esta posee para el entramado social. La regulación *ex ante* estructura previamente la configuración del mercado estableciendo precios, cantidad de actores, zonificando servicios, mínimos de calidad, etcétera.

Regulación de la industria Fintech. Marco aplicable en la República Argentina

POR **ALEJANDRO ESTEBAN KULIK** (*)

I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad estudiar los distintos enfoques normativos existentes para regular el fenómeno de la industria "Fintech".

De igual modo, intentará servir de guía para comprender cuál es la posición adoptada por nuestro país en esta materia. Para ello, realizaré un análisis del marco jurídico aplicable, con especial atención a la estrategia definida por el Banco Central de la República Argentina, la existencia de regulación específica y la aplicación del derecho de fondo.

II. Definición del concepto "Fintech" y causas que contribuyeron al desarrollo de esta industria

Dado su origen anglosajón, el término Fintech aún no fue receptado por el *Diccionario* de la Real Academia Española. Sin perjuicio de ello, existen diversas definiciones que podemos tomar para comprender su significado. En primer lugar, el diccionario de Oxford describe al término Fintech como aquellos "programas de computación y otras tecnologías utilizadas para brindar o hacer posibles servicios bancarios y financieros". Por su parte, el Consejo de Estabilidad Financiera —organismo encargado de supervisar el correcto funcionamiento del sistema financiero internacional— utiliza el término Fintech para referirse a "la innovación en los servicios financieros posibilitada por la tecnología, que podría dar lugar a nuevos modelos empresariales, aplicaciones, procesos o productos y podría conllevar efectos asociados significativos en los mercados e instituciones financieros y en el modo en que se prestan los servicios financieros" (1). En tanto, la Asociación Española de Fintech e Insurtech engloba dentro del término Fintech a aquellas "actividades que impliquen generalmente el empleo de la innovación y los desarrollos tecnológicos sobre el Sector Financiero, aportando un valor diferencial sobre la forma en que los productos y servicios financieros son concebidos por la Industria Financiera y por los consumidores" (2). Estas definiciones nos permiten concluir que, en esencia, el concepto Fintech consiste en la aplicación al sector financiero de la innovación tecnológica con la finalidad de modificar el modo en que se crea y entrega valor a los consumidores, generando, en la mayoría de los casos, nuevos servicios, o transformando el modo de prestación de los servicios tradicionales.

Definido nuestro objeto de estudio, corresponde indagar entonces en aquellas causas

(*) Abogado egresado de la Pontifica Universidad Católica Argentina, especializado en temas vinculados con derecho y tecnología.

(1) Las definiciones en idioma original pueden ser consultadas en *https://en.oxforddictionaries.com/definition/Fintech* y *http://www.fsb.org/what-we-do/policy-development/additional-policy-areas/monitoring-of-Fintech/* (visitadas el 2/9/2018).

(2) Asociación Española de Fintech e Insurtech, "Libro Blanco de la Regulación Fintech en España", año 2017, p. 12. Puede ser accedido desde el siguiente enlace: *https://solucionesconfirma.es/observatorio/wp-content/uploads/LibroBlancoFintech.pdf* (visitado el 6/9/2018).

que determinaron su crecimiento exponencial en los últimos años. En este sentido, es posible identificar cuatro factores fundamentales en el desarrollo de la industria Fintech, ellos son: a) la innovación tecnológica, b) el cambio generacional en los usuarios de servicios financieros, c) la globalización y d) la crisis financiera internacional del año 2008.

No es casual la mención de la innovación tecnológica como primer factor de desarrollo de la industria, ya que esta generó la infraestructura necesaria para brindar esta clase de servicios. Como muestra de ello, basta con señalar algunos de los avances tecnológicos de los últimos 10 años, entre los que podemos citar la aparición de los teléfonos inteligentes, la mejora en la conectividad de las redes de comunicación, el incremento en la capacidad de procesamiento de los equipos que posibilitó a su vez el tratamiento de datos a gran escala y la reducción de los costos derivados de ello, la computación en la nube, etcétera.

En segundo lugar, el paso del tiempo ha determinado que una nueva generación de usuarios se incorpore en el mercado de consumo de los servicios financieros. Esta afirmación no parecería tener nada de particular, si no fuera porque nos estamos refiriendo a la generación denominada *millennials* (personas nacidas entre los años 1981 y 1996)(3). Se trata de la primera generación que en su totalidad se encuentra conformada por nativos digitales(4). Personas que se vinculan de modo natural con la tecnología, dado que esta ha formado parte de su entorno desde su nacimiento. En virtud de ello, desarrollan gran parte de sus actividades relacionándose con los demás a través de dispositivos electrónicos. Otra característica derivada de esta circunstancia consiste en la pretensión de obtener respuestas a sus necesidades en cualquier momento y casi de modo instantáneo. Teniendo en cuenta ello, resulta lógico pensar que estas conductas y expectativas se verán plasmadas también en su rol de consumidores. Esto ha determinado que las entidades bancarias y financieras se vean compelidas a modificar la forma en que prestan sus servicios (horarios, canales, modalidades, etc.), en pos de no perder participación en el mercado.

Luego, la globalización se presenta como un factor determinante, dado que ha permitido el crecimiento del comercio electrónico y, de este modo, de todo el ecosistema de servicios digitales, entre los que se encuentran los servicios prestados por las Fintech.

Finalmente, debemos mencionar como última causa del desarrollo de la industria Fintech la crisis financiera internacional del año 2008, provocada por el colapso del sistema hipotecario de los Estados Unidos. Esta crisis impactó de múltiples maneras en el sistema financiero tradicional. Inicialmente, generó la desconfianza generalizada de los consumidores en las entidades financieras, luego provocó una restricción crediticia y, finalmente, ambas circunstancias derivaron en una reducción del negocio bancario. Asimismo, como respuesta a esta coyuntura, los supervisores financieros procuraron establecer una normativa bancaria más estricta, con el consiguiente aumento de costos regulatorios. La crisis financiera permite entonces explicar el motivo por el cual las entidades financieras tradicionales no han podido aprovechar el contexto favorable para el desarrollo de nuevos servicios o modelos de negocio basados en la innovación tecnológica, dejando que este espacio fuera ocupado por nuevos actores, las Fintech.

III. Enfoques normativos para la regulación de las Fintech

III.1. Enfoques generales

Conforme lo describe el Banco Interamericano de Desarrollo en su Informe "Sandbox Re-

(3) Franja etaria comprendida dentro de esta generación conforme estudio realizado por el Pew Research Center, cuyas conclusiones pueden ser accedidas a través del siguiente enlace: *http://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/03/01/defining-generations-where-millennials-end-and-post-millennials-begin/* (visitada el 7/9/2018).

(4) El término "nativo digital" describe a alguien nacido en la era digital, a diferencia de quienes adquirieron familiaridad con los sistemas digitales ya siendo adultos. Para profundizar el concepto de "nativo digital" ver Prensky, Marc, "Digital Natives, Digital Immigrants" (2001), disponible para ser consultado en el siguiente enlace: *http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf* (visitado el 7/9/2018).

gulatorio en América Latina y el Caribe para el ecosistema Fintech y el sistema financiero" (5), ante la irrupción del fenómeno Fintech las autoridades pueden adoptar alguno de los siguientes enfoques normativos: a) aproximación *ex ante* (enfoque restrictivo), b) aproximación *ex post* (enfoque proactivo) y c) aproximación *ex post* (enfoque vigilante).

El enfoque restrictivo busca prohibir o limitar los productos o procesos disruptivos con la finalidad de mitigar sus riesgos o la incertidumbre que pueden producir en el público general, o en el mismo regulador. Nos encontramos ante un enfoque que prioriza minimizar el riesgo, aun a costa de limitar el progreso y la innovación. Un claro ejemplo de adopción de este modelo lo representa China con su política de prohibición aplicada sobre el mercado de las criptomonedas.

La aproximación *ex ante*, en su vertiente proactiva, busca facilitar y regular los nuevos servicios, teniendo en miras sus beneficios sociales y económicos. Dentro de este modelo podemos ubicar a México a partir de la sanción de la "Ley Fintech" (6).

Finalmente, la aproximación *ex post* con un enfoque vigilante plantea actuar únicamente cuando los riesgos se han materializado o cuando la actividad ha alcanzado un volumen suficiente. Dentro de este modelo se enrola, por ejemplo, la postura del Banco Central de la República Argentina.

Expuestas las características principales de cada enfoque, debemos resaltar que, en general, el ser humano pretende comprender los hechos o realidades nuevas utilizando las estructuras cognitivas previamente adquiridas, tendiendo de este modo a rechazar aquellas situaciones que no se adaptan a ellas. Por este motivo, no resulta extraño que el enfoque restrictivo sea el modelo más frecuentemente utilizado por los reguladores durante los primeros años en que se desarrollaron las Fintech.

Sin perjuicio de ello, con el tiempo, algunos reguladores se han adaptado a las modificaciones impuestas por la nueva realidad, y comenzamos a vislumbrar la aplicación de un modelo de aproximación *ex post* con enfoque proactivo, que permite la existencia controlada y prudencial de las Fintech.

Otras jurisdicciones, por el contrario, han logrado imponer un enfoque vigilante, dando preminencia al desarrollo de la innovación y a la generación de nuevos servicios y modelos de negocio disruptivos, permitiendo a las Fintech operar libremente.

III.2. Enfoque intermedio. Bancos de pruebas regulatorios

En el apartado previo, por una cuestión de orden didáctico se describieron los enfoques normativos aplicables a las Fintech en su versión pura. Ahora bien, en la realidad suelen presentarse modelos que combinan elementos de uno y otro enfoque. Uno de los casos más relevantes en este sentido es el de los bancos de prueba regulatorios o *sandboxes*. Este modelo toma características de los enfoques proactivo y vigilante, contando así con la agilidad necesaria para adaptarse a los cambios de un modo rápido, respetando el principio de neutralidad tecnológica y permitiendo asegurar que la misma actividad se encontrará sujeta a la misma regulación, sin importar la forma en la cual se preste el servicio.

Pero, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de bancos de pruebas regulatorios? El término inglés *sandbox*, en una de sus múltiples acepciones es definido como un "espacio virtual en el que se puede operar en forma segura con *software* o códigos nuevos o que no han sido probados" (7). En este sentido, podemos con-

(5) Informe "Sandbox Regulatorio en América Latina y el Caribe para el ecosistema Fintech y el sistema financiero", marzo de 2018. Puede accederse al informe completo a través del siguiente enlace: *https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8795/Sandbox-Regulatorio-en-America-Latina-y-el-Caribe-para-el-ecosistema-Fintech-y-el-sistema-financiero-vf.pdf* (visitado el 8/9/2018).

(6) Ley para regular las instituciones de tecnología financiera, sancionada el 9/3/2018, ver texto completo de la ley en el siguiente enlace: *https://dof.gob.mx/nota_to_doc.php?codnota=5515622* (visitado el 8/9/2018).

(7) *Diccionario Oxford*, segunda acepción: "Computing: A virtual space in which new or untested software or coding can be run securely". *https://en.oxforddictionaries.com/definition/sandbox* (visitado el 7/9/2018).

cebir a los bancos de pruebas regulatorios en el sector financiero como espacios de experimentación que permiten a las empresas innovadoras operar temporalmente y bajo condiciones determinadas. A través de ellos, las Fintech pueden probar sus productos o servicios en ambientes controlados y ante la atenta mirada de los reguladores. Su finalidad consiste en establecer un diálogo directo entre empresas y supervisores que permita entender la naturaleza de los nuevos modelos de negocio y, de esta manera, tener una transición suave hacia una regulación basada en las necesidades de cada actividad. Este diálogo entre las empresas y los reguladores resulta trascendental para arribar a una regulación razonable, toda vez que permite eliminar la asimetría de conocimiento que existe entre ambos.

En consecuencia, los bancos de pruebas regulatorios surgen como una respuesta racional de los supervisores a los desafíos que plantean los nuevos servicios basados en tecnologías innovadoras y disruptivas. Con su implementación se permite alcanzar un triple objetivo. Por un lado, con relación a las Fintech se reduce la incertidumbre normativa; por otro, respecto de los reguladores, se reduce la asimetría en el conocimiento de las nuevas tecnologías y, finalmente, ambas situaciones permiten que se logre un tercer objetivo, consistente en minimizar los riesgos y maximizar los beneficios originados por estas nuevas actividades para los consumidores.

La incertidumbre normativa no resulta un tema menor para las empresas, dado que puede convertirse para ellas en una gran barrera de entrada al mercado. Esto se debe a que en general el marco normativo aplicable a esta clase de actividad suele ser complejo, por lo que deben destinar una gran cantidad de tiempo y recursos a su estudio. Asimismo, una vez superado este escollo, aún deben afrontar la tarea de dar cumplimiento a los requisitos exigidos para poder operar. Al mismo tiempo, en caso de verificarse un incumplimiento a dicho marco normativo, sus consecuencias podrían ser irreparables llegando a determinar la imposibilidad de continuar operando en el mercado.

El complejo entramado normativo que regula al sector financiero reconoce su fundamento en que, debido a su criticidad, la actividad financiera es considerada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos como de interés público. En consecuencia, resulta imperioso que la sociedad mantenga su confianza en el sistema financiero, y este objetivo se logra a través de una regulación que establece las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la actividad. Es por esta razón que las innovaciones tecnológicas en este campo presentan fuertes desafíos para los reguladores. Ante este escenario, los bancos de pruebas regulatorios surgen como un espacio que promueve el diálogo con las empresas y que permite a las autoridades entender cómo funcionan estos modelos de negocio desde las primeras etapas. De este modo, los reguladores pueden detectar los aspectos más peligrosos y adoptar reglas con el objetivo minimizar los riesgos y maximizar los beneficios.

III.2.1. Participantes de los bancos de pruebas regulatorios

Aclarado el objetivo principal de los bancos de pruebas regulatorios, corresponde determinar quiénes pueden participar de estos. En este sentido, en principio serán tres las clases de sujetos que podrán interactuar en el marco de un *sandbox*: a) los reguladores, b) las empresas y c) los usuarios. Respecto de la participación de los reguladores, dependerá si nos encontramos en una jurisdicción en la cual la competencia reguladora se encuentra concentrada o dispersa. En el primer caso, participará una única autoridad, que será aquella que tenga la capacidad de llevar adelante su rol de manera integral. Caso contrario, deberán participar todas aquellas autoridades que, teniendo en cuenta el servicio a probar, puedan verse afectadas en su ámbito de supervisión (p. ej., reguladores bancarios, de seguros, organismos de defensa del consumidor, de protección de datos personales, etc.). Con relación a las empresas, toda vez que el aspecto relevante para integrar un banco de pruebas regulatorio consiste en haber desarrollado un servicio novedoso, o una forma innovadora de prestar un servicio tradicional, podrán participar del *sandbox* tanto empresas nuevas como empresas "tradicionales" ya reguladas. Finalmente, es necesaria la participación de clientes, quienes deben conocer previamente las condiciones específicas de la prueba y aceptar los riesgos a los que se exponen.

III.2.2. Características de los bancos de pruebas regulatorios

Los elementos esenciales que presentan los bancos de pruebas regulatorios son las siguientes: a) son ámbitos de experimentación, b) poseen una duración limitada en el tiempo, c) brindan soluciones para cada caso concreto, d) plantean medidas alternativas y e) son de carácter excepcional. A continuación, vamos a repasar cada una de estas características en particular:

a) Ámbitos de experimentación: como lo mencionamos precedentemente, se trata de entornos de prueba, por lo que el éxito no está garantizado.

b) Duración limitada: las empresas no pueden permanecer eternamente en ellos. El *sandbox* solo debe mantenerse durante el tiempo que resulte necesario para cumplir con su finalidad.

c) Soluciones caso a caso: los bancos de pruebas regulatorios se estructuran sobre principios básicos que es posible adaptar a modelos de negocio diversos, permitiendo un tratamiento individualizado basado en los riesgos de cada propuesta. Las cuestiones particulares, tales como la información a reportar o las condiciones de las pruebas, pueden fijarse caso a caso, teniendo en cuenta la complejidad y las características de los servicios.

d) Medidas alternativas: como lo mencionamos previamente, estamos en el marco de un enfoque regulatorio flexible, motivo por el cual los supervisores pueden escoger aquellas opciones regulatorias que se adapten a cada servicio. Algunos ejemplos de estas medidas pueden ser: orientar a las empresas sobre el modo en que deben interpretar y aplicar la regulación vigente, comprometerse a no ejecutar acciones coercitivas durante el período de prueba, otorgar una licencia temporal, brindar exenciones en el cumplimiento de algunas normas.

e) Excepcionales: los bancos de pruebas regulatorios son de aplicación limitada, no se trata de esquemas generales. Para participar de ellos se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, tales como que el proyecto sea viable, que los servicios sean disruptivos, que creen valor para los consumidores, etcétera.

III.2.3. Requisitos legales de los bancos de pruebas regulatorios

A los fines de brindarle al banco de pruebas regulatorio un marco jurídico consistente, resulta imprescindible que exista un acto administrativo previo dictado por autoridad competente, mediante el cual se determine su creación, así como también se le otorguen las facultades necesarias al ente supervisor que será responsable de velar por su funcionamiento.

De igual modo, el supervisor debería establecer un proceso previo que le permita asegurarse que aquellas empresas que integren el *sandbox* cumplirán con ciertos estándares mínimos. A estos efectos, se pueden mencionar tres clases de requisitos que deben establecerse en los bancos de pruebas regulatorios: a) criterios de entrada, b) requisitos de las empresas participantes y c) requisitos sobre el procedimiento.

Con relación a los criterios de entrada, el servicio o modelo de negocio debe:

i) Ser innovador: entendiéndose por tal aquel que no existía previamente o que, existiendo, utiliza para su prestación un nuevo canal o tecnología no probada con anterioridad. El regulador podrá igualmente permitir la participación de una empresa cuyo servicio reúna cualquier otra circunstancia que, a su criterio, pueda ser considerada innovadora;

ii) Contar con un estado de madurez tal que le permita estar listo para operar en modo de prueba; y

iii) Favorecer la generación de valor para el usuario financiero.

En cuanto a los requisitos que deben reunir las empresas participantes, el banco de pruebas regulatorio debería exigirles que acrediten poseer capacidad técnica, jurídica y financiera suficiente, y un plan de negocios consistente. Estas circunstancias podrían verificarse a través de la presentación de una solicitud de admisión que contenga la siguiente información: i) la documentación legal correspondiente (p. ej. estatuto); ii) un plan de negocios que detalle el problema que el servicio viene a solucionar, el mercado objetivo al cual está dirigido, el análisis de los riesgos derivados del servicio, así como las

políticas para gestionarlos y el procedimiento a seguir para la entrada en producción al público en general para el caso de que la prueba resulte satisfactoria; iii) las soluciones previstas para los posibles perjuicios que se puedan ocasionar a los clientes durante el período de prueba, y iv) un procedimiento de salida que posibilite a la empresa concluir sus actividades en caso de que ello sea solicitado por el regulador, sin afectar a sus clientes.

Por último, encontramos los requisitos a tener en cuenta para delinear un procedimiento estándar, ellos son:

i) Establecer la duración del *sandbox*: se recomienda una duración aproximada de seis meses, con posibilidad de ser prorrogada por el supervisor. Ello, en virtud de los costos de supervisión asociados y por tratarse de un período de prueba;

ii) Establecer el número y la conformación de los clientes que participarán de la prueba: podrá variar en cada caso por diversos factores, pero la cantidad siempre deberá resultar estadísticamente significativa para llevar a cabo la validación buscada. Respecto de la conformación, el grupo participante deberá estar compuesto por personas que reúnan características diversas y sin potenciales conflictos de interés;

iii) Deber de información: la empresa tiene la obligación de informar a sus clientes, en forma previa a su participación en el *sandbox*, acerca de los riesgos a los que se verán expuestos y los mecanismos de cobertura previstos para su resarcimiento. Por su parte, los clientes deberán manifestar por escrito su aceptación respecto de las condiciones de participación, y

iv) La remisión de información al supervisor: se deberá establecer qué datos se deben informar al regulador, así como la periodicidad de su envío.

III.2.4. Resultados de los bancos de pruebas regulatorios

La interacción de los sujetos participantes en los bancos de pruebas regulatorios, combinada con sus elementos esenciales y requisitos, puede tener como consecuencia dos escenarios posibles: a) que la prueba resulte exitosa, en cuyo caso se procederá a la regulación y comercialización del servicio a gran escala, o b) que la prueba resulte fallida, supuesto bajo el cual deberán esclarecerse los motivos del fracaso a los fines de determinar si se debe prohibir o limitar la comercialización del servicio, o realizar una nueva prueba bajo otras circunstancias.

III.2.5. Bancos de pruebas regulatorios. Casos de éxito: Reino Unido y Singapur

III.2.5.1. Reino Unido

La Financial Conduct Authority (FCA), autoridad responsable de la regulación de los servicios y mercados financieros del Reino Unido, en el año 2014, creó un programa con el objetivo de estimular la competitividad y el desarrollo de servicios financieros inéditos en su mercado. Este programa se encuentra orientado a la promoción de pequeñas y medianas empresas que ofrezcan productos y servicios disruptivos que puedan contribuir a mejorar la experiencia de los clientes.

El programa cuenta con tres ejes fundamentales: a) laboratorios de innovación, b) una unidad especializada de asesoramiento a empresas, y c) *sandboxes* regulatorios.

Con respecto a estos últimos, en noviembre de 2015 entraron en vigencia, bajo la supervisión de la FCA. Se trató de la primera experiencia de este tipo a nivel mundial, replicada luego en diversos países tales como Singapur y Países Bajos en el año 2016, y Australia y Canadá en 2017.

Los *sandboxes* regulatorios del Reino Unido, con relación a los criterios de admisión, permiten la participación tanto de entidades reguladas como no reguladas, debiendo para ello acreditar las siguientes circunstancias: i) que proponen una solución disruptiva en el sector regulado, ii) que los servicios ofrecidos resultan inéditos en el Reino Unido, iii) que la comercialización de esos servicios a gran escala puede redundar en beneficios para los consumidores, iv) un modelo de negocio consistente, v) que han invertido recursos suficientes para analizar la regulación y mitigar los riesgos y vi) que están en condiciones de operar y probar sus servicios en un entorno real.

Para el caso de las empresas no autorizadas, el modelo prevé un proceso de autorización exprés con limitaciones, que les posibilita testear sus servicios durante un plazo de entre tres y seis meses y ofrecerlo a un número restringido de clientes. Sin perjuicio de estas ventajas, el otorgamiento de la licencia no es inmediato, y posee costos asociados. Asimismo, se encuentran excluidos del ámbito de otorgamiento de esta licencia reducida los servicios de pago y operaciones de dinero electrónico, y aquellas actividades cuya regulación se encuentra armonizada con la de la Unión Europea.

En el supuesto de las entidades autorizadas, el modelo busca reducir la incertidumbre respecto de las normas aplicables a través de la emisión de cartas de no intervención y el asesoramiento brindado por parte de la FCA, que permite a las entidades realizar sus pruebas con la tranquilidad de que cuentan con la conformidad del supervisor.

Con el objetivo de mitigar los riesgos asociados a los servicios bajo prueba y evitar que estos generen perjuicios a los clientes que participan de la prueba, la FCA plantea diferentes esquemas de protección, tales como: restringir la participación en las pruebas solo a aquellos clientes que hayan prestado su consentimiento, exigir a las empresas que cuenten con recursos suficientes para afrontar los daños que pudieran producirse, otorgar a los clientes los mismos derechos que poseen los consumidores de la entidades supervisadas y, finalmente, determinar en cada caso medidas de transparencia, protección y compensación.

En cuanto a los resultados, la FCA ha publicado en octubre de 2017 un informe titulado *Regulatory sandbox lessons learned report* (8), en el cual resume la experiencia obtenida durante el primer año de vigencia del *sandbox* regulatorio. En él se detalla que han participado del modelo 50 empresas, de un total de 146 solicitudes recibidas. Con relación a los objetivos planteados, el documento menciona que, en general, se han alcanzado, reduciendo el tiempo y los costos vinculados con la creación de nuevos servicios, el financiamiento empresario y ampliando la viabilidad técnica y comercial de las soluciones ofrecidas. Como corolario de ello, la gran mayoría de las empresas que han participado se encuentran avanzando hacia la fase de comercialización de sus productos en el mercado. De igual modo, la interacción de las empresas con los supervisores en el marco del *sandbox* ha permitido a estos últimos establecer regulaciones razonables y proteger adecuadamente a los consumidores.

III.2.5.2. Singapur

Singapur es un claro ejemplo de cómo los países emergentes pueden valerse de estos mecanismos para fomentar iniciativas que promuevan la competitividad de sus empresas, generando valor agregado a sus economías y nuevos servicios exportables al mundo.

En este orden de ideas, Singapur en el año 2015 constituyó el Grupo de Innovación de Tecnologías Financieras (GITF), dependiente de la Autoridad Monetaria de Singapur (9), con el objetivo de desarrollar políticas y estrategias que fomenten la innovación.

Para alcanzar esta finalidad, el GITF propone a las empresas la posibilidad de participar de un *sandbox* regulatorio, bajo su supervisión. En él se pueden probar productos y servicios innovadores en un espacio controlado, flexible y por tiempo limitado. Hablamos de un espacio controlado pero flexible dado que durante la vigencia del *sandbox*, por un lado, se aplican sin más las normas que repercuten directamente sobre los riesgos de los consumidores, pero, por otro, se pueden suavizar algunos requisitos legales como son la composición del órgano de administración, las exigencias de un capital mínimo, etcétera.

A los fines de poder participar del *sandbox* las empresas deben acreditar requisitos similares a los enunciados en la descripción del régimen general de los bancos de pruebas regulatorios. En el caso del Reino Unido, cabe resaltar los siguientes: i) el servicio a ofrecer debe ser nove-

(8) Versión completa del informe disponible para ser descargada desde el siguiente enlace: *https://www.fca.org.uk/publications/research/regulatory-sandbox-lessons-learned-report* (visitado el 9/9/2018).

(9) Página web de la Autoridad Monetaria de Singapur: *http://www.mas.gov.sg/* (visitada el 10/9/2018).

doso y generar una solución que agregue valor a los consumidores, ii) debe existir en la empresa una decisión clara y recursos suficientes para comercializar el servicio en el mercado, iii) la empresa debe contar con procedimientos para mitigar los riesgos que pudieran derivarse de la operatoria del servicio y con mecanismos de transición y salida para el supuesto que el resultado del *sandbox* no resulte satisfactorio.

Como en todo banco de pruebas regulatorio, una vez concluido su período de vigencia, si el resultado fue exitoso, la empresa podrá comenzar a comercializar su servicio en el mercado, pero ya sujeta a las regulaciones legales que apliquen a su actividad.

III.3. Visión de los Organismos Internacionales respecto del fenómeno Fintech

La irrupción de las empresas Fintech en el mercado financiero no ha pasado desapercibida para los organismos internacionales, quienes han comprendido la magnitud del cambio que se avecina y los posibles beneficios y riesgos que este trae aparejado. Al respecto, encontramos coincidencia en la postura adoptada por los diferentes organismos con relación a cuáles son los aspectos más relevantes a tener en cuenta para trabajar de manera coordinada con estrecha colaboración internacional. En este sentido, tanto en el informe emitido por el Comité de Estabilidad Financiera titulado *Financial Stability Implications from Fintech* (10), como en el documento redactado por el Fondo Monetario Internacional, *Fintech and Financial Services: Initial Considerations* (11), ambos de junio de 2017, los organismos coinciden en que las áreas prioritarias sobre las que hay que trabajar son la prevención de riesgos (incluidos los riesgos operacionales de los nuevos servicios, los ciberataques y las operaciones de lavado de dinero y financiamiento de terrorismo) y la estabilidad para preservar la confianza en el sistema financiero.

En igual sentido se expidió la Autoridad Bancaria Europea, a través de su presidente Andrea Enria, en su discurso brindado en la Copenhagen Business School en marzo de este año (12). En esa oportunidad, la Autoridad Bancaria Europea resaltó la importancia de un enfoque regulatorio regional para las Fintech, que permita garantizar un trato equitativo a las empresas e igualdad de protección para los consumidores de esta clase de servicios en todo el mercado común. De cumplirse este objetivo, será posible el crecimiento a gran escala de las empresas, y los beneficios producidos se distribuirán en todas las jurisdicciones. Asimismo, a partir de los resultados de un relevamiento realizado por este organismo, podemos advertir que las entidades financieras de la Unión Europea han adoptado una postura similar a la expuesta oportunamente por los Bancos de nuestro país, abogando por que la irrupción de las empresas Fintech no genere un desnivel en el marco regulatorio que unos y otros deben cumplir para el desarrollo de sus actividades. Sobre este punto, Andrea Enria expresa que, si bien es cierto que las Fintech prestan servicios similares o vinculados a los servicios financieros, por lo que es posible que respecto de ellos compitan con los bancos por los mismos clientes, esta situación no determina *per se* que estas empresas deben estar licenciadas o sujetas al mismo marco regulatorio que las entidades financieras. Para comprender si esto debe ser efectivamente así, se debe realizar una distinción entre aquellos servicios que hacen a la esencia de la actividad bancaria, y que por lo tanto su prestación debe estar reservada solo para aquellas entidades que posean licencia bancaria, de aquellos que son servicios adicionales a estos y que por lo tanto pueden ser ofrecidos tanto por los bancos tradicionales como por las empresas Fintech, sin estar sujetos a la obtención de una licencia.

(10) *Financial Stability Implications from Fintech,* informe completo disponible en el siguiente enlace: *http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/07/informeFintech.pdf* (visitado el 15/9/2018).

(11) *Fintech and Financial Services: Initial Considerations,* informe completo disponible en el siguiente enlace: *https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2017/06/16/Fintech-and-Financial-Services-Initial-Considerations-44985b* (visitado el 15/9/2018).

(12) Discurso titulado "Designing a Regulatory and Supervisory Roadmap for Fintech", accesible desde el siguiente enlace: *https://www.eba.europa.eu/documents/10180/2151635/Andrea+Enria%27s+speech+on+Fintech+at+Copenhagen+Business+School+090318.pdf* (visitado el 15/9/2018).

En este sentido, se puede afirmar que la esencia de la actividad bancaria radica en la posibilidad que tienen los bancos de proveer liquidez a los otros sectores de la economía, a través de los depósitos y los préstamos de dinero. Es este rol fundamental, que los bancos cumplen a través de la creación secundaria de dinero, el que determina la esencia de su actividad, les da a un rol especial frente a las situaciones de crisis y los hace actores principales para conservar la estabilidad del sistema. En consecuencia, esta es la actividad que debe estar reservada exclusivamente a las entidades financieras y sujeta a la estricta supervisión de los reguladores. Las restantes actividades que no se encuentran intrínsecamente relacionadas con la descripta precedentemente pueden ser provistas por otros intermediarios, en competencia con los bancos tradicionales.

IV. Marco jurídico aplicable a las Fintech en la República Argentina

A la luz de los enfoques normativos descriptos al inicio del presente trabajo, considero que la Argentina ha adoptado respecto del sector Fintech una aproximación *ex post* de carácter vigilante. Esto significa que, en principio, no se advierte la necesidad de contar con una regulación específica para esta clase de empresas, a las que corresponde aplicar el ordenamiento jurídico general. Recordemos que, para este enfoque, el dictado de normativa particular debe darse una vez que los riesgos del sector se hayan materializado o cuando la actividad haya alcanzado un volumen suficiente.

Ahora bien, para comprender acabadamente cómo y porqué el marco jurídico aplicable a las empresas Fintech se configuró del modo en que lo hizo en nuestro país, resulta necesario previamente abordar las siguientes cuestiones conexas: a) el estado actual de desarrollo de esta industria en nuestro mercado, b) la regulación aplicable al sistema financiero argentino tradicional, c) las diferencias entre las actividades desarrolladas por las Fintech y las entidades financieras, identificando aquellas que hacen a la función esencial de estas últimas y d) el nivel de inclusión financiera que presenta nuestro país, así como las acciones que adoptó el BCRA al respecto.

IV.1. Actualidad del sector Fintech en la Argentina

Con relación al estado actual de la industria Fintech en nuestro país, conforme surge del relevamiento realizado por Finnovista (13) en marzo de este año, existen más de 100 empresas de estas características. Como dato relevante acerca del nivel de desarrollo de este sector, debemos resaltar que el año pasado se conformó la Cámara Argentina de Fintech (14), ente privado que tiene por finalidad promover la inclusión y la educación financiera, la interacción con el público de interés y las mejores prácticas entre sus miembros. Los principales segmentos de mercado en los que estas empresas operan son los siguientes: i) pagos y remesas, ii) préstamos, iii) gestión de finanzas empresariales y iv) tecnología para las entidades financieras. Asimismo, del universo de Fintech que participó del relevamiento realizado por Finnovista, el 67% se encuentran radicadas en Buenos Aires y más de la mitad operan regionalmente. Por su parte, la antigüedad promedio de las empresas es de 1 a 5 años, y el 41% dirige sus servicios a consumidores financieros y pequeñas y medianas empresas. Finalmente, respecto del financiamiento del sector, el 59% de las empresas respondió que recibió financiación externa, el 70% mencionó que se encuentra actualmente buscando inversiones y el 83% manifestó que ofrecería participación accionaria a cambio del financiamiento. Estos indicadores reflejan que la industria Fintech de nuestro país se encuentra en plena expansión, pero que aún no se ha expresado en su máximo potencial.

IV.2. Regulación del sistema financiero

El sistema financiero argentino se encuentra regido principalmente por la Ley de Entidades Financieras 21.526 (LEF), sus normativas complementarias y modificatorias (15) y por las comunicaciones dictadas por Banco Central de la

(13) Los resultados completos del relevamiento pueden ser accedidos a través del siguiente enlace: *https://www.finnovista.com/actualizacion-Fintech-radar-argentina-2018/* (visitado el 15/9/2018).

(14) *https://camaraFintech.com.ar/.*

(15) El texto vigente de la ley 21.526 puede ser accedido a través del siguiente enlace: *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16071/texact.htm* (visitado el 16/9/2018).

República Argentina, organismo designado por la propia ley como su autoridad de aplicación. En sus tres primeros artículos, la LEF describe su ámbito de aplicación personal, alcanzando a aquellas personas y entidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, a las entidades mencionadas expresamente en el art. 2º, y pudiendo hacerse extensivo a aquellos sujetos que, a criterio del Banco Central de la República Argentina (y en virtud del volumen de sus operaciones o por cuestiones de política monetaria y crediticia), así lo ameriten. Del análisis de este marco normativo, podemos concluir que, en principio, las empresas Fintech no se encuentran incluidas en su regulación.

IV.3. Actividades desarrolladas por las entidades financieras y por las Fintech

A los fines del presente trabajo, podemos resumir las actividades desarrolladas por las entidades financieras en las siguientes: a) captación de depósitos, b) otorgamiento de créditos, c) emisión de tarjetas de crédito, d) administración de inversiones, e) prestación de servicios de cobros y pagos, y de otros servicios complementarios.

Dentro de las actividades enumeradas en el párrafo precedente, continuando con lo manifestado por la Autoridad Bancaria Europea, podemos concluir que aquellas indicadas en los puntos a) y b) son las que determinan la función esencial de los Bancos, entendida ella como la intermediación financiera.

Adicionalmente al marco normativo general aplicable a las entidades financieras que describimos en el punto precedente, en virtud de las actividades que estas desarrollan y su criticidad, también se encuentran sujetas a un marco regulatorio específico, el cual resulta complejo y extenso y comprende normativa referida a: a) el control de riesgos tecnológicos, b) los seguros de depósitos, c) capital mínimo, d) políticas de crédito, e) el secreto bancario, f) defensa de la competencia, g) el mercado de capitales, h) la prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, i) las tarjetas de crédito, j) defensa del consumidor y protección de los usuarios financieros, k) impuestos, l) la protección de datos personales, m) los aspectos societarios, n) los principios y buenas prácticas internacionales (Basilea III, Sabanes-Oxley-NIFF), etc. Este entramado normativo tiene por finalidad asegurar la viabilidad de las entidades financieras, así como su liquidez y solvencia.

Por su parte, como se mencionó previamente, las Fintech de nuestro país principalmente prestan servicios vinculados con: a) plataformas de financiamiento colectivo, b) plataformas de pagos electrónicos, c) plataformas de intercambio de bienes y servicios con otorgamiento de crédito asociado, d) criptomonedas, e) otorgamiento de créditos con fondos propios, y f) la administración y el manejo de finanzas empresariales y personales. A consecuencia de ello, se ven alcanzadas principalmente por normativa relativa a: a) defensa de la competencia, b) mercado de capitales, c) prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, d) defensa del consumidor, e) impuestos, f) protección de datos personales, g) aspectos societarios.

Como podemos observar, si bien existe entre ambas clases de entidades un núcleo de coincidencia respecto de aquella normativa que resulta aplicable al común de las empresas, lo cierto es que las entidades financieras deben dar respuesta a un marco regulatorio más complejo y extenso. Este tratamiento normativo diferencial, que incluye no solo normativa específica vinculada a las actividades que ellas desarrollan, sino también regulaciones que tienen por finalidad garantizar la sustentabilidad de las entidades financieras, reconoce como sustento la función esencial que las entidades financieras desarrollan como actores fundamentales del sistema financiero y de la economía del país.

IV.4. Inclusión financiera

De acuerdo con la definición brindada por el Banco Mundial (16), la inclusión financiera consiste en el acceso que las personas humanas y jurídicas poseen a productos financieros útiles y asequibles, que satisfagan sus necesidades y que sean prestados de manera responsable y

(16) *https://www.bancomundial.org/es/topic/financialinclusion/overview* (visitado el 16/9/2018).

sostenible. Este concepto es de tal importancia para la economía moderna, que la propia Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, en su art. 3º, menciona a la promoción de la inclusión financiera como una de las funciones y facultades que posee el organismo, a saber: a) definir y ejecutar las políticas monetaria, crediticia y cambiaria, b) defender el ahorro y el crédito, c) promover la inclusión financiera, d) regular el sistema nacional de pagos y e) proteger a los usuarios financieros. De igual modo, la inclusión financiera y la bancarización forman parte de los objetivos anuales del organismo (17).

A pesar de ello, los porcentajes de inclusión financiera en nuestro país siguen siendo muy bajos. Conforme se desprende de una encuesta realizada por la Universidad de Palermo durante el primer trimestre de este año, el 52% de la población mayor de 18 años no posee cuenta bancaria. Nuestros vecinos, Chile, Brasil y Uruguay respecto de este indicador poseen valores del 26%, 30% y 36%, respectivamente.

A los fines de revertir esta realidad, el Banco Central ha decidido trabajar sobre ella utilizando diversos instrumentos. Uno de las más importantes es la innovación financiera, entendida como la creación de nuevos productos y servicios financieros a través de la aplicación de nuevas tecnologías que permitan agilizar los procesos, reducir los costos y, de este modo, llegar a nuevos usuarios. En este sentido, el Banco Central se ha propuesto desarrollar la innovación financiera a través de tres herramientas diferentes: la regulación, una mesa de innovación y un programa de innovación financiera.

En materia de normativa, el Baco Central analiza recomendaciones y mejores prácticas brindadas por los organismos de regulación y supervisión internacional, y las adapta a nuestro contexto. De este proceso, ha surgido numerosa normativa tendiente a aprovechar las nuevas tecnologías disponibles, a generar más competencia, a fomentar el desarrollo de nuevos servicios y productos financieros y a propender el diseño de soluciones con foco en el usuario. La profusa actividad regulatoria desarrollada por parte del Banco Central en los últimos dos años incluyó, entre otras, las siguientes medidas: a) desarrollo de plataformas de pagos móviles, b) apertura de cajas de ahorro a distancia, c) depósito electrónico de cheques, d) creación del alias CBU, e) implementación del sistema DEBIN, f) ampliación de la actividades complementarias que las entidades financieras tienen permitido realizar, g) posibilidad de que las entidades financieras contraten servicios de procesamiento de datos en la nube, h) especificaciones técnicas para la interoperabilidad de códigos QR, i) adopción de un código uniforme para identificar a las billeteras virtuales (CVU).

A través de la mesa de innovación, se propone un espacio de trabajo y de colaboración público-privada. Se encuentra integrada por especialistas del Banco Central, empresas Fintech, entidades financieras, emprendedores y organismos públicos y privados. En este ámbito, los participantes trabajan para desarrollar herramientas y soluciones que logren mayor inclusión financiera, y un sistema financiero más eficiente. Las mesas de trabajo se estructuran sobre los siguientes ejes: a) medios e infraestructura de pagos, b) tecnologías y sistemas transversales, c) canales alternativos de créditos y ahorros, d) soluciones por medio de la tecnología *blockchain*.

Finalmente, con el programa de innovación financiera se busca convocar a emprendedores, estudiantes y profesionales de diferentes especialidades relacionadas con el mundo financiero para generar proyectos que tiendan a resolver los desafíos actuales: digitalización, pagos digitales, bancarización y *scoring* alternativo.

En virtud de lo expuesto, resulta claro que, en la situación actual de nuestro sistema financiero, el Banco Central de la República Argentina advierte en las Fintech un aliado estratégico para llevar a cabo los objetivos de dinamizar y modernizar el sector, ampliar los niveles de competencia dentro de este y mejorar los niveles de inclusión financiera.

(17) El documento completo titulado "Objetivos y planes respecto del desarrollo de la política monetaria, cambiaria, financiera y crediticia para el año 2018" puede ser accedido a través del siguiente enlace: *http://www.bcra.gob.ar/Pdfs/Institucional/ObjetivosBCRA_2018.pdf* (visitado el 16/9/2018).

IV.5. ¿Ausencia de regulación?

Habiendo descripto el enfoque normativo general adoptado por nuestro país respecto del sector Fintech, y comprendiendo el contexto que determinó su adopción, corresponde ahora responder a la pregunta acerca de si esta industria se encuentra exenta de regulaciones. Como fue descripto en los acápites anteriores, el hecho de que no exista una normativa específica para esta clase de empresas (como sucede en países como México) no significa que las mismas se desarrollen en un entorno desregulado. A la luz de nuestro ordenamiento jurídico vigente, las empresas Fintech constituyen sujetos de derecho, lo que las hace pasibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, del mismo modo que los restantes actores del sistema jurídico. En este sentido, en general las Fintech se constituirán como personas jurídicas privadas, debiendo por tanto dar cumplimiento al plexo normativo que resulta aplicable a estas, dentro del cual podemos destacar normas de derecho societario, tributario, comercial, penal e incluso administrativo (para el caso de que la actividad de fondo que vayan a desarrollar resulte dependiente de la obtención de una licencia o autorización). Respecto del marco jurídico de fondo debemos resaltar que, desde hace algunos años, este se encuentra afrontando el mayor proceso de actualización de su historia en lo que a recepción de la evolución tecnológica se refiere. Ejemplos de ello son el dictado de la normativa que tornó operativa la infraestructura de firma digital de nuestro país, la creación en su marco de la plataforma de firma digital remota, administrada por el Estado y que permite a los ciudadanos obtener de manera gratuita certificados digitales que será posible utilizar para cualquier finalidad, la incorporación en nuestro Código Civil y Comercial del principio de equivalencia funcional entre los documentos contenidos en soporte físico y electrónico y entre la firma digital y la ológrafa (aspectos que ya se encontraban previstos en la Ley de Firma Digital), la posibilidad de suscribir mediante firma electrónica avanzada letras de cambio, cheques y pagarés, así como también contratos de tarjeta de crédito, el establecimiento de sistemas de autenticación digital de identidad, la posibilidad de llevar los libros legales de la empresa de manera digital, etc. Estas modificaciones a nuestro sistema jurídico no fueron introducidas específicamente para regular al sector Fintech, sin perjuicio de lo cual están generando un ecosistema normativo que promueve el desarrollo de los negocios digitales. Por otro lado, si bien las empresas Fintech por el momento se encuentran fuera del alcance de la autoridad de contralor del Banco Central, la gran profusión normativa en materia de regulación del sistema financiero, que este organismo ha generado con el objetivo de alcanzar un alto grado de competencia e inclusión financiera, ha provocado una clara interacción y sinergia entre las entidades financieras y las empresas Fintech que redunda en un beneficio general para el sistema.

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que nuestro ordenamiento jurídico vigente resulta adecuado y suficiente para promover el desarrollo del sector Fintech en nuestro país. Desde ya que, en algunos supuestos, su aplicación a los casos concretos requerirá de la interpretación analógica de sus normas cuando ello corresponda y sea posible, trabajo que los operadores del sistema jurídico se encuentran preparados para realizar. Esta circunstancia no obsta la posibilidad de generar regulación específica para aquellos casos que lo ameriten, como ocurrió en el caso de las plataformas de financiamiento colectivo (18).

V. Conclusiones

A nivel global, podemos advertir tres clases de enfoques regulatorios respecto de la industria Fintech: uno restrictivo, uno proactivo y uno vigilante. Sin perjuicio de ello, es posible generar enfoques intermedios que combinen elementos de los enfoques puros a los fines de lograr un abordaje más integral, como es el caso de los bancos de prueba regulatorios. Esta metodología adoptada por algunos países ha demostrado en la práctica ser muy útil, permitiendo a quienes la utilizan alcanzar el objetivo propuesto de promover la innovación en un entorno controlado, mitigando los riesgos de los nuevos modelos de negocio, maximizando sus beneficios y eliminando la asimetría de co-

(18) El texto vigente de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor puede ser accedido desde el siguiente enlace: *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273567/texact.htm* (visitado el 18/9/2018).

nocimiento regulatorio y tecnológico existente entre las empresas y los supervisores. Nuestro país ha adoptado un enfoque vigilante, consistente en observar y promover el desarrollo del sector, sin generar normativa específica que lo regule, dejando esta herramienta disponible para cuando los riesgos se hayan materializado o cuando la actividad haya alcanzado un volumen suficiente. Este enfoque no implica la ausencia de regulación para la industria, la cual, como cualquier otro sector de la economía, deberá dar cumplimiento al marco jurídico general, aplicándolo analógicamente cuando ello sea posible y así lo requiera la situación. En este contexto, cobra vital importancia la evolución dinámica del sistema jurídico general para receptar la innovación tecnológica, proceso que nuestro país se encuentra afrontando.

Estructuración legal de proyectos de "billetera digital" y préstamos *online*

POR **LUCIANA MARINA LIEFELDT** (*)

I. Introducción

Existe en la actualidad una incesante demanda de recursos financieros (en su mayoría, préstamos a corto plazo) y servicios asociados que no siempre han encontrado oferta por parte del sistema financiero formal y, en particular, los bancos. Ello, en tanto tales entidades exigen el cumplimiento de requerimientos como ser solvencia crediticia, presentación de garantías, etc., que no son de factible cumplimiento para todos los consumidores.

Las nuevas generaciones de clientes *millennials* buscan —en adición al producto financiero en sí— formas más prácticas de acceder y gestionar tal financiamiento y disponer de sus recursos por medios digitales, en línea con la forma en la que acceden a otro tipo de bienes y servicios y la manera en que los abonan en la actualidad.

Ello dio la señal de largada para una gran cantidad de compañías que detectaron tal necesidad y comenzaron a competir para ofrecer servicios financieros a través de medios digitales que fueran más atrayentes al público joven. Ofrecen vías rápidas y sin burocracia; por ejemplo, préstamos solicitados con un simple clic en una página web o el envío de un mensaje de texto o formas de pago a través del propio teléfono celular o una aplicación, mediante las conocidas "billeteras digitales".

Las billeteras digitales pueden ser definidas como un medio de pago que "permite enviar dinero entre personas a través de la web o mediante una aplicación en el celular, sin costo" (1). Su funcionamiento es simple: se descarga la aplicación en el teléfono celular o en la computadora, se cargan los datos correspondientes a las cuentas bancarias o tarjetas de crédito y débito que se desean vincular y utilizar, y luego se realizan las operaciones.

Para prestar servicios financieros, las empresas no financieras hicieron uso de lo que podría ser interpretado como una ventaja competitiva esencial: bajo la bandera de no realizar "intermediación financiera", consideran que no revisten la calidad de entidades financieras según la normativa actual y, por ende, no estarían sujetas a los controles del Banco Central de la República Argentina ("BCRA") en los mismos términos que sus competidoras más significativas (los bancos). Ello les permitiría operar con cierta flexibilidad.

Ahora bien, lo anterior no significa que estos proveedores presten servicios sin regulación.

(*) Egresada de la Universidad de Buenos Aires con Diploma de Honor. Ha realizado numerosas capacitaciones en materia de propiedad intelectual y derecho del consumidor, entre las cuales pueden mencionarse la Actualización en Derecho de Autor y Derechos Conexos en la UBA y la Diplomatura Anual en Defensa del Consumidor y Derecho de la Competencia en ESEADE. Se especializa en asesoramiento corporativo.

(1) Conforme con la definición establecida por el BCRA y disponible en el siguiente sitio web: *http://www.bcra.gob.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Sistemas_de_Pago.asp.*

Respecto de su relación con sus clientes, el Código Civil y Comercial de la Nación ("Cód. Civ. y Com.") contiene una regulación general sobre prestación de servicios y, en particular, respecto de contratos de consumo y la Ley de Defensa del Consumidor ("LDC") y posee una previsión específica respecto del otorgamiento de préstamos —el art. 36—.

La otra faceta del negocio que muchas veces es soslayada en el material doctrinario de consulta es el propio desarrollo y diseño legal de la estructura que el prestador de servicios deberá implementar para llevar adelante su actividad.

Tal estructura no solo incluye cuestiones contractuales, sino también de propiedad intelectual, protección de datos personales y secreto bancario que deben analizarse. Adicionalmente, si el prestador requerirá la intervención de terceros para alguna etapa del proyecto (por ejemplo, desarrollo de la aplicación, tratamiento de datos, etc.), ello requiere cierta regulación especial, como ser un régimen de responsabilidad e indemnidades "internas" entre el prestador y sus subcontratistas. Estas disposiciones hacen a la viabilidad económica y al análisis de riesgo del proyecto en general.

En línea con la introducción realizada precedentemente, este artículo contiene unas breves notas sobre algunos aspectos para tener en cuenta por empresas no financieras prestadoras de servicios para el diseño y desarrollo de proyectos de billetera digital y comercialización de productos financieros.

II. Regulación financiera y bancaria

II.1. La Ley de Entidades Financieras

La ley 21.526 de Entidades Financieras ("LEF") regula a todas aquellas entidades bancarias y financieras autorizadas para realizar intermediación financiera. Ello incluye a las personas o entidades privadas o públicas, oficiales o mixtas, que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros (2). En conjunto con la normativa adicional, se establece un régimen aplicable a toda la actividad de intermediación financiera en la Argentina.

El art. 2º de la LEF expresamente incluye a los bancos comerciales, bancos de inversión, bancos hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para vivienda u otros inmuebles y cajas de crédito. Dicha enunciación no es taxativa, sino que se encuentran reguladas por esta norma todas aquellas entidades que realicen la actividad de intermediación financiera. Solo las entidades financieras debidamente autorizadas por el BCRA (3) pueden realizar intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros por parte del público en general (4).

Si una compañía realiza la actividad de intermediación financiera (5), ello implica que

(2) Art. 1º de la ley 21.526 de Entidades Financieras.

(3) La autoridad de aplicación de la LEF y de control de las entidades sujetas a su cumplimiento es el BCRA, quien emite regulaciones llamadas "comunicaciones" que prevén procedimientos y políticas que las entidades financieras deben cumplir en su actividad.

(4) Cualquier entidad que infrinja esta restricción (y sus directores, empleados, etc.) se encontrará sujeta a multas o sanciones penales, dependiendo del caso. En este sentido, la ley 26.733 (modificatoria del Código Penal) introdujo el concepto de "intermediación financiera no autorizada" como un delito en el Código Penal en su art. 309, que dice: "Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis (6) años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente. En igual pena incurrirá quien captare ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente. El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva".

(5) A la luz de los precedentes judiciales y comentarios doctrinarios, es razonable entender que el concepto de "intermediación financiera" aplica cuando una entidad toma en préstamo fondos de terceros y los utiliza para realizar préstamos a otros terceros, a efectos de obtener una ganancia (*i.e.,* el interés). En otras palabras, cuando el objetivo de una entidad es la captación de

asume dos obligaciones distintivas y específicas: en primer término, asume el riesgo de incobrabilidad por aquellos préstamos que haya otorgado a terceros con los fondos obtenidos del público; y, en segundo término, asume la obligación de pago frente al público por los fondos obtenidos para llevar adelante su actividad.

Considerando la definición anterior, los prestadores de servicios (aun cuando otorgaran préstamos) no constituirían entidades financieras reguladas según la definición actual de intermediación financiera de la LEF. Ello implicaría que uno de los principales instrumentos de protección de los usuarios de servicios financieros (la comunicación "A" 5990 del BCRA que establece el régimen de protección de los usuarios de servicios financieros) no les aplicaría por no encontrarse éstos dentro de sus sujetos comprendidos.

En cualquier caso, es fundamental realizar un análisis específico del prestador y de la actividad que realizará, para determinar si se encuentra subsumido en el régimen de la LEF. Asimismo, también debe realizarse un análisis exhaustivo de los servicios en sí, ya que si el servicio se encuentra comprendido dentro de la Plataforma de Pagos Móviles (PPM) (6) o es encuadrado en el concepto de Pagos Electrónicos Inmediatos (PEI), estos tienen regulación específica que debe cumplimentarse y requerimientos de BCRA a los que deberá adecuarse el prestador.

III. Regulación del consumidor

III.1. El marco regulatorio aplicable a las operaciones con el consumidor

La protección legal disponible para los consumidores de servicios financieros puede remitirse en forma inicial y originaria al art. 42 de la Constitución Nacional, que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la protección de sus intereses económicos (entre otros), a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a las condiciones de trato equitativo y digno, en la relación de consumo.

La complejidad normativa recae, en particular, en el otorgamiento de préstamos online a través de la aplicación. Veamos.

III.1.1. Regulación civil y comercial

Respecto del Cód. Civ. y Com., el otorgamiento de un préstamo o financiamiento por parte de una entidad no financiera proveedora de crédito a un consumidor está regulado en sus múltiples aspectos.

El primero de ellos es la regulación como contrato de consumo en los arts. 1092 a 1122 del Cód. Civ. y Com. Podría considerarse que existe un contrato de consumo si un proveedor no financiero de crédito otorga a un consumidor (sea persona física o humana) un préstamo en forma onerosa (mediante el cobro de intereses) como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar. Un crédito personal para reformar su vivienda familiar o para adquirir un electrodoméstico, por ejemplo, serían ejemplos usuales de contratos de consumo.

Considerando que el contenido del título III del Código Civil y Comercial aplica a los préstamos otorgados por proveedores no financieros de crédito a consumidores, ello implica que se vuelve aplicable la protección allí contenida.

Uno de los puntos más significativos que integran tal protección es el principio de protección al consumidor, acceso al consumo sustentable e *in dubio pro consumidor* (arts. 1094 y 1095). Se trata de una disposición de orden público —imperativa y no disponible— en virtud de la cual toda normativa y contrato que regule relaciones de consumo debe ser aplicada e interpretada en favor del consumidor. Esta circunstancia se ve acentuada en las contrataciones por servicios financieros, en tanto la existencia de cláusulas ambiguas en los contratos de préstamo puede conducir a diferencias económicas significativas para el consumidor (7).

---

fondos del público para volcarlos luego en el mercado interno en forma de préstamos se entiende que desarrolla una actividad de "intermediación" entre la oferta y la demanda de recursos financieros.

(6) Conforme comunicación "A" 6043 del BCRA.

(7) Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. III, SAIJ: "Lo que el precepto exige es que, en caso de contarse con más de una posibilidad

Otro principio con significancia para la operatoria de los prestadores de servicios a través de aplicaciones es el principio de información clara, cierta y detallada (art. 1100). Este principio es harto conocido y difundido en el derecho de consumidor y tiene su recepción expresa en el nuevo Código Civil y Comercial. El envío de información clara y detallada al consumidor sobre las características del préstamo que requiere es fundamental.

Por otro lado, se encuentran establecidas ciertas prohibiciones sobre publicidad (art. 1101): el interés del legislador respecto de esta previsión radica en evitar que el potencial consumidor perciba en forma errónea las características del servicio financiero que contratará (y, en particular, su costo final) y lo contrate basado en esa información publicitaria recibida. Es crucial en el caso de servicios financieros, y en línea con el deber de información descripto precedentemente, que la publicidad que emitan los proveedores no financieros de crédito cumpla con los estándares de exactitud y claridad necesarios a efectos de que el consumidor posea un acabado entendimiento de los plazos, costos y condiciones financieras a las cuales se obligará (8).

También es destacable la regulación sobre cláusulas abusivas (arts. 1117 a 1122): el Código Civil y Comercial recepta la protección desarrollada en la normativa del consumidor existente a efectos de regular el mecanismo más usual utilizado por los proveedores al cometer abusos contra los consumidores: la inclusión de cláusulas en detrimento del consumidor que le son impuestas con base en el abuso del poder económico que tiene el proveedor en tal relación, y que el consumidor debe aceptar como condición para acceder al servicio que necesita.

Otro aspecto significativo regulado por el Código Civil y Comercial son las modalidades especiales de contratación. En particular, son de interés las previsiones incluidas en el Capítulo 3 del Título III del Cód. Civ. y Com. referidas a modalidades electrónicas. Actualmente existe una tendencia creciente por parte de los proveedores no financieros de crédito de otorgar sus préstamos a través de páginas web u otros medios electrónicos.

La nueva regulación del Código Civil y Comercial contiene previsiones específicas en relación con el reconocimiento expreso del soporte electrónico o tecnología similar como medio válido para cumplir el requisito "por escrito" de la contratación; la obligación del proveedor de informar al consumidor todos los datos necesarios para la adecuada utilización del medio electrónico elegido para contratar; la vigencia y validez de las ofertas emitidas por medios electrónicos y sus mecanismos de aceptación; la imposibilidad de prorrogar la jurisdicción; y el derecho irrenunciable del consumidor a revocar la aceptación, entre otros.

Finalmente, cabe mencionar que el Código Civil y Comercial contiene regulación sobre contratos bancarios en su parte especial (arts. 1378 y ss.). No obstante, sus principios protectorios (entre ellos, la transparencia en las condiciones contractuales) solo aplica a contratos bancarios, entendidos como tal aquellos que son celebrados por entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras o aquellas a las que el BCRA expresamente les hubiese extendido tal tratamiento.

III.1.2. Regulación de defensa del consumidor

La LDC contiene previsiones generales respecto de las contrataciones entre proveedores y consumidores y las relaciones de consumo derivadas de ellas. Sus principios protectorios se encuentran alineados con los contemplados en el Código Civil y Comercial y que se han descripto en el acápite anterior (a los cuales me remito en honor a la brevedad).

Sin embargo, la LDC avanza un paso más y regula, en su art. 36, las operaciones financieras y las de crédito para consumo, que incluirían las contrataciones entre un proveedor no finan-

interpretativa para una determinada disposición contractual en un contrato de consumo, debe el intérprete siempre adoptar la alternativa que resulte más favorable para el consumidor. La situación favorable puede vincularse con una menor onerosidad de la prestación a su cargo o con la ampliación del contenido prestacional al que tiene derecho en razón de las obligaciones asumidas por el proveedor, entre otros supuestos".

(8) Cabe mencionar que la Dirección de Lealtad Comercial efectúa controles sobre las piezas publicitarias emitidas por las entidades y verifica el cumplimiento de los requisitos de información.

ciero de crédito y un consumidor, en la que el primero le otorga al segundo un préstamo.

Estas contrataciones incluyen: (i) los contratos de financiamiento autónomo (en los cuales no se identifica la finalidad de los fondos y son independientes de su utilización); (ii) los contratos de financiamiento en los cuales el propio proveedor del bien o servicio a adquirir otorga el financiamiento (venta a plazos); y (iii) los contratos de préstamo y de adquisición de bienes que se efectúan en forma separada, pero son conexos en los términos del art. 1073 del Cód. Civ. y Com. (9).

Esta previsión hace foco en la información específica que debe ser provista por el proveedor al consumidor en virtud de tal contratación (10) y prevé la nulidad del contrato (total o parcial) como sanción al proveedor que incumpla con tal deber (11).

(9) Pita, Enrique M. - Moggia de Samitier, Catalina - Rouillon, Adolfo A.N., "Comentario al art. 36 de la LDC", publicado en LL.

(10) El art. 36 requiere la inclusión, bajo pena de nulidad, de la siguiente información: 1) la descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios; 2) el precio al contado, solo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios; 3) el importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado; 4) la tasa de interés efectiva anual; 5) el total de los intereses a pagar o el costo financiero total; 6) el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; 7) la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar; 8) los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere: 9) en las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el BCRA vigente a la fecha de celebración del contrato.

(11) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 8/4/1999, "Solanas Country S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", Cita Online: AR/JUR/1263/1999: "La infracción establecida en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (Adla, LIII-D-4125) se configura por la falta de precisión en la documentación que se extiende con motivo de una operación de crédito para la adquisición de cosas o servicios, no siendo necesaria la existencia de intencionalidad fraudulenta en su autor. Ello así, pues tal norma pretende preservar a los consumidores de inequívocos en la naturaleza y alcance de los servicios que se ofrecen al público, y que puedan generar en los posibles interesados comportamientos erróneos en relación con su interés respecto del verdadero servicio ofrecido".

IV. Estructura contractual

La prestación de servicios de billetera digital y préstamos online requiere un entramado contractual a efectos de: (i) disponer de la infraestructura necesaria para la prestación efectiva de los servicios (desarrollo de la aplicación a ser utilizada por los clientes, tercerización de ciertos servicios en subcontratistas, entre otros); y (ii) regular la relación con los clientes que harán uso de los servicios.

IV.1. Aplicación

El elemento clave de la prestación de los servicios de billetera digital y préstamos online es la aplicación que se utilizará. La aplicación es un programa de software que se descarga e instala en un dispositivo móvil (p. ej., un teléfono celular) y permite "cargar" información relativa a nuestras cuentas bancarias en entidades financieras con las que operamos y de nuestros medios de pago disponibles, como ser tarjetas de débito y crédito.

En otras palabras, la aplicación es un "reemplazo" de las tradicionales tarjetas plásticas que permite no solo no tener que contar con ellas para realizar cada pago, sino que evita que el cliente deba introducir los datos de sus medios de pago en cada página web o comercio en el que realiza una transacción (12). Mediante la billetera digital se introducen los datos por única vez.

IV.1.1. Desarrollo por personal del prestador

Estas aplicaciones son diseñadas y desarrolladas por personal específico. En caso de que fueran desarrolladas por el propio personal del prestador de servicios, debe tenerse en cuenta que las invenciones laborales están contempladas en las leyes 20.744 y 24.481, que regulan las siguientes situaciones: (i) inventos desarrollados por el empleado que ha sido contratado para ello ("invenciones por encargo", que están reguladas por la ley 11.723); (ii) inventos

(12) Veltani, J. Darío, "Billetera electrónica y falla estructural en el diseño de un servicio. Su proyección al 'on boarding' digital de las entidades financieras", LL del 5/3/2018, p. 1, LL 2018-A-1161.

desarrollados por el empleado que no fue contratado para ello, pero lo hace valiéndose de elementos provistos por el empleador ("invenciones de servicio"); (iii) inventos propios o personales del empleado.

Respecto del *software* en particular, si el autor es un empleado contratado, resultaría de aplicación el art. 82 de la ley 20.744 que establece que son propiedad del empleador las invenciones que se obtengan habiendo sido el trabajador contratado con tal objeto.

En este sentido, el art. 4º inc. d) de la ley 11.723 indica que son titulares de los derechos de propiedad intelectual las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario (inc. d] incorporado por art. 2° de la ley 25.036).

En la medida en que el personal que hubiera desarrollado la aplicación lo hiciera por encargo del prestador de servicios, los derechos sobre tal aplicación le corresponderían a este último. Sin perjuicio de ello, es recomendable que exista con tal personal un documento de cesión de derechos en virtud del cual se ceden en forma irrevocable los derechos de propiedad intelectual sobre la aplicación al prestador de servicios. Ello, en tanto el servicio requiere inexorablemente la aplicación, y es fundamental asegurar contractualmente que se dispondrá de ella.

IV.1.2. Desarrollo por terceros

En caso de que la aplicación sea desarrollada por un tercero, los derechos de uso por parte del prestador de servicios pueden ser dispuestos por medio de una cesión (en tal caso, todos los derechos de propiedad intelectual serían de titularidad del prestador) o por medio de una licencia de uso (13).

En este último caso, el prestador de servicios no tendría la propiedad de la aplicación, sino una autorización para usarla como billetera digital. Esta opción es legalmente viable en la medida en que en el contrato que se suscriba con el desarrollador, se asegure que la vigencia de la licencia se mantendrá al menos durante la prestación de los servicios y con los alcances necesarios (en particularidad, respecto de su territorialidad).

Si la aplicación incluyera algún aspecto novedoso, también es recomendable asegurar que se dispondrá de la licencia en forma exclusiva, lo que debe ser pactado expresamente en el contrato. Finalmente, un aspecto más a considerar a nivel contractual es la posibilidad de incluir una opción de compra de la aplicación (o de su código fuente) por parte del prestador de servicios.

IV.1.3. Aspectos generales

Sin perjuicio de quién realice el desarrollo, es relevante a efectos contractuales asegurar que el proveedor incluirá todas las medidas de seguridad necesarias para la utilización de la aplicación en forma segura. No debe olvidarse que los datos que recibirá la aplicación son muy significativos (son datos financieros) y su divulgación no autorizada puede provocar serios daños y generar enorme responsabilidad para el prestador de servicios.

Tal responsabilidad —al menos, frente a consumidores— no podrá ser deslindada en el desarrollador en caso de conflicto, por lo cual la inclusión de indemnidades en favor del prestador de servicios es clave en este tipo de contratos.

Adicionalmente, el proveedor debe garantizar que la aplicación funcionará conforme a determinadas especificaciones. Es usual que se incorpore a este tipo de contratos de desarrollo o licencia, la prestación de servicios de actualización y mantenimiento. Estos servicios deben estar correctamente descriptos a efectos de asegurar no solo su prestación, sino que se presten en los tiempos de respuesta necesarios, teniendo en cuenta que cualquier interrupción en el servicio tendrá implicancias graves en la operatoria del prestador. Un sistema de penalidades puede ser útil para disuadir al proveedor de eventuales demoras en el cumplimiento de sus obligaciones.

(13) Conforme con el art. 55 bis de la ley 11.723: "La explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluirá entre otras formas los contratos de licencia para su uso o reproducción".

IV.2. Tercerización

Dentro de las modalidades disponibles para implementar un proyecto de billetera digital y prestamos online, existe la posibilidad que la operatoria de billetera digital funcione en forma "integrada" con la operación de una entidad bancaria o también que los préstamos otorgados por una entidad bancaria sean solicitados, aprobados y otorgados dentro de la misma aplicación.

Al respecto, resulta significativo determinar el rol que la entidad financiera desempeñará en el proyecto (p. ej., como otorgante de los préstamos online, pero no como prestador de los servicios de billetera digital en sí), a fin de evitar que exista una tercerización de actividades no permitidas por el BCRA por parte de la entidad bancaria (14).

IV.3. Relación con el cliente

Una vez asegurado el activo clave para la prestación de los servicios (la aplicación de billetera digital), debe disponerse de unos términos y condiciones que funcionarán como regulación de la relación entre el prestador de servicios y cada uno de sus clientes.

Estas aplicaciones suelen operar con dos tipos de clientes: (i) los clientes "consumidor final", que son aquellos usuarios que utilizan la aplicación para realizar pagos o contratar servicios financieros; y (ii) los clientes "corporativos", que son aquellos usuarios que comercializan bienes o prestan servicios aceptando la billetera digital como medio de pago o las entidades financieras que otorgan los préstamos. Es usual que a los clientes se les asigne una "cuenta virtual"; tal cuenta virtual no es una cuenta bancaria separada en sentido literal sino una "subcuenta" dentro de la cuenta recaudadora del operador, donde se realizan los débitos y créditos de fondos instruidos por el cliente mediante la aplicación.

En el caso (i) precedente, los términos y condiciones deben ser aceptados por el cliente al descargar la aplicación o, al menos, en forma previa a su utilización. Se recomienda la utilización del mecanismo de *scroll down* (15) a efectos de contar con mayores elementos para acreditar que el cliente estuvo debidamente informado, en consonancia con los requerimientos de la LDC.

En cuanto a su contenido, se regulan los siguientes aspectos de la vinculación con el cliente: (i) el mecanismo de acceso y provisión de datos personales por parte del cliente a la aplicación (para mayores precisiones, por favor referirse al capítulo V de este trabajo); (ii) las operaciones disponibles a través de la aplicación; (iii) la responsabilidad por parte del prestador de servicios respecto de la seguridad e integridad de las operaciones; (iv) los costos asociados a la utilización de la aplicación; (v) las reglas de conducta y utilización de la aplicación por parte del cliente; (vi) los mecanismos de resolución en caso de fraude o impugnación de cargos por parte del cliente; entre otros.

En el caso (ii), y en adición a lo indicado anteriormente, suelen incorporarse algunas previsiones adicionales como: (a) la obligación del cliente de mantener fondos en su "cuenta virtual" por una cantidad mínima de tiempo; (b) los mecanismos para extraer fondos de esa "cuenta virtual" a sus cuentas bancarias; (c) las comisiones a abonar al prestador de servicios; entre otros.

(14) La comunicación BCRA "A" 6342 establece que las entidades financieras no se encuentran facultadas a efectuar —cualquiera sea su modalidad— operaciones ajenas a la intermediación financiera, conforme con las previsiones contenidas en el título II de la LEF. Ello significa que se encuentra prohibida la explotación por cuenta propia de todas las actividades industriales, agropecuarias, comerciales y de cualquier otra índole no financiera salvo las específicamente admitidas por el BCRA.

(15) Bilvao Aranda, Facundo M., "Apuntes sobre la responsabilidad civil de los buscadores de contenidos en Internet", cita: AR/DOC/1269/2011: "Una de las formas más utilizadas es prever la inclusión de las condiciones generales de contratación en el mismo proceso de registración, de manera tal que sea ineludible su exposición clara al usuario para su lectura y conformidad, y no mediante un link al final de la página, es decir que el sitio web requiera que el usuario indefectiblemente tenga que hacer un *scroll down* (bajar la barra lateral del navegador hasta el final) a fin de que recién en ese acto aparezca el botón o la casilla de 'Acepto' o 'Estoy de acuerdo' para recién luego quedar habilitado el siguiente paso para la registración".

Cabe mencionar que todos los aspectos antedichos deben estar en línea con las normas aplicables a la relación entre el prestador de servicios y el cliente (en particular, si resulta ser un consumidor final), las que se reseñan en el capítulo III de este trabajo.

V. Protección de datos personales

Como resultado del funcionamiento de la aplicación y la prestación de los servicios, el prestador recibirá un gran caudal de información de sus clientes. Dentro de tal información se encontrarán los datos personales de los clientes.

La ley 25.326 de Protección de Datos Personales (y, a mayor abundamiento, toda la doctrina que se ha pronunciado al respecto) es clara al requerir el consentimiento del titular del dato para la recolección y procesamiento de los datos personales. Asimismo, su tratamiento y utilización debe ser acorde a tal normativa, que también establece los niveles de seguridad que deben implementarse (16).

Los requerimientos normativos anteriores requieren la confección de una política de privacidad que indique a los usuarios la forma en la cual el prestador de servicios recolectará, tratará, procesará, utilizará y eventualmente destruirá sus datos personales. Dicho documento debe ser aceptado por el usuario en la misma forma en la que serán aceptados los términos y condiciones que regulan la utilización de la aplicación y su relación con el prestador de servicios.

En caso de que el prestador de servicios actúe en forma coordinada con una o más entidades financieras, suele requerirse que la entidad financiera donde el usuario tiene su cuenta bancaria y sus productos financieros suministre al prestador de servicios cierta información del usuario. Ello, para facilitar y agilizar el uso de la aplicación. A este respecto, cabe destacar que las entidades financieras deberán tener el previo e informado consentimiento de los titulares del dato a efectos de suministrar cualquier información de ellos al prestador de servicios.

Asimismo, si se tercerizara el procesamiento o tratamiento de datos personales recolectados por la aplicación en un subcontratista, el contrato a suscribirse a esos efectos deberá contener las cláusulas necesarias para asegurar la protección de los derechos del titular de datos personales en los términos de la normativa aplicable.

VI. Secreto bancario

Uno de los aspectos más relevantes en las aplicaciones utilizadas para prestar servicios de billetera digital es la posibilidad de permitirle a los usuarios visualizar en tiempo real, y dentro de la propia aplicación, el estado de sus operaciones activas (créditos) y pasivas (saldo a la vista o disponible) con sus entidades financieras. Para hacer esto posible, la entidad financiera debería suministrar información respecto de sus clientes a través de la plataforma de un tercero (el prestador de servicios) quien, por ende, tendría acceso a dicha información (aunque al menos sea para exhibirla a los usuarios de la aplicación).

Esta especificación de la aplicación no solo tiene implicancias en materia de protección de datos personales (como se indica en el capítulo V de este trabajo), sino también en materia de secreto bancario.

La LEF prevé la imposibilidad de las entidades financieras de relevar las operaciones pasivas que realicen (17). Eso incluye la información respecto de depósitos a la vista o a plazo de los clientes, no así la información sobre las operaciones activas (por ejemplo, préstamos otorgados al cliente). La norma también prevé ciertas excepciones, todas ellas relacionadas con requerimientos judiciales, del propio BCRA, de los organismos recaudadores de impuestos y de las propias entidades en casos especiales (18).

(16) Para mayores precisiones, ver: disposición 18/2015 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (Guía de Buenas Prácticas en Privacidad para el Desarrollo de Aplicaciones) y disposición 11/2006 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (Implementación Medidas de Seguridad en Bases Privadas).

(17) Art. 39 de la LEF.

(18) La comunicación BCRA "A" 2911 y modificatorias reproduce y reglamenta estas mismas excepciones y agrega otras, p. ej., los informes solicitados por bancos centrales del exterior y los informes solicitados por la ANSeS.

Sin embargo, no se ha previsto ninguna excepción para el caso en que la entidad financiera remite la información para la prestación de servicios por parte de un tercero. Por el contrario, es la entidad financiera la que tiene la obligación de asegurar que ninguna divulgación no autorizada de datos tenga lugar (19).

No encontrándose prevista la excepción en forma específica, corresponde analizar la posibilidad de realizar tal provisión de información obteniendo un consentimiento expreso por parte del usuario a efectos de que su entidad financiera provea la información de sus operaciones pasivas al prestador de servicios (20).

Si bien la provisión de tales datos permitiría al usuario acceder con mayor facilidad y en forma simplificada a su información financiera a través de la aplicación, cabe mencionar que la interpretación general es que las normas que regulan la actividad financiera son de orden público. Siendo así, aún con el consentimiento del usuario, la entidad financiera igualmente se vería impedida de proveer la información al prestador de servicios (21). Adicionalmente, es también interpretación general que las excepciones previstas en la LEF son taxativas y deben interpretarse restrictivamente (22).

Por otro lado, existen algunos argumentos que permitirían sostener la postura respecto a que el secreto bancario sería disponible para los clientes, en la medida en que ha sido establecido en su favor.

En cualquier caso, si se deseare implementar esta característica de la aplicación, sería recomendable que el cliente sea informado y acepte en forma expresa (y previa a cualquier provisión de datos por parte de la entidad financiera) lo siguiente: (i) que existe en su favor una protección por secreto bancario respecto a ciertos datos financieros; y (ii) que se le solicite al cliente su consentimiento para que su entidad financiera transmita su información al prestador de servicios y releve a la entidad financiera del deber de secreto bancario. Va de suyo que tal información solo puede ser utilizada para la prestación de servicios al cliente y que debe ser protegida con los estándares de seguridad informática que sean aplicables según la normativa vigente.

VII. Síntesis

Como puede apreciarse, son numerosos los aspectos que deben tenerse en cuenta a efectos de desarrollar e implementar un proyecto de billetera digital y otorgamiento de créditos a través de aplicaciones digitales. Todas las implicancias reseñadas (junto con muchas otras más relativas a cuestiones regulatorias e impositivas, entre otras) ofrecen dificultades específicas en tanto se busca un balance entre

(19) ST Formosa, 4/2/2003, "P., R. D. y otro c. Banco de Formosa", LLLitoral 2003 (agosto), 833, AR/JUR/849/2003: "Es responsable del perjuicio causado al actor la entidad bancaria demandada que dejó trascender información de un usuario —en el caso, llegó a manos de terceros que la utilizaron con fines ajenos a los que tuvo en mente el interesado, cuando la otorgó al banco— toda vez que, quien recurre a una entidad, sea pública o privada, lo hace con el convencimiento de que cualquiera fuera la naturaleza de sus requerimientos estos no van a trascender del acotado ámbito de la propia entidad bancaria, lo que presupone la adopción de mínimos recaudos por parte de la entidad para que la información no trascienda".

(20) Levi, Daniel; "Marco legal de las actividades 'fintech' en la Argentina", cita: AP/DOC/351/2018: "En la medida que el acceso a la cuenta bancaria del usuario permita visualizar información respecto de sus operaciones pasivas con la entidad bancaria donde se aloja la cuenta, nos pondrá ante la situación de tener que analizar el deber de secreto bancario previsto en el art. 39 de la ley 21.526 y entender si las entidades financieras que administran las cuentas (sobre las que pesa ese deber legal) podrían (o deberían) restringir el acceso a dicha información o si podrían ser pasibles de sanciones u otro tipo de responsabilidades por permitirlo".

(21) D'Auro, Maximiliano, "Protección de datos personales y actividad financiera", disponible en: *http://www.jus.gob.ar/media/84308/dr.%20maximiliano%20dauro.pdf*.

(22) TEnjuiciamiento de Magistrados, 4/7/1979, "Lavao, Vidal, Osvaldo W.", LL 1979-C-456, AR/JUR/5680/1979: "Con el secreto bancario se garantizan los derechos constitucionales de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, el principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y la protección de la libertad individual. Dicho secreto debe mantenerse, salvo cuando puedan estar comprometidos intereses públicos, en cuyo supuesto el legislador ha procedido a determinar en forma taxativa, las únicas excepciones válidas para el depositario de la confidencia, entre ellas las del inc. 1° del art. 39 de la ley 21.526 (Adla, XXXVII-A, 121)".

la flexibilidad que el servicio necesita para ser atrayente al público y el cumplimiento con los requerimientos legales.

Entendemos que este trabajo ofrece un punto de partida práctico a efectos de realizar el análisis de la estructura legal a adoptar para la prestación de este tipo de servicios, alcanzando un completo nivel de cumplimiento de la normativa aplicable que acompañe los avances técnicos y las crecientes demandas de agilidad e inmediatez del mercado financiero actual.

Responsabilidad de los buscadores en Internet: libertad de expresión y función preventiva de la responsabilidad

POR **EDUARDO MOLINA QUIROGA** (*)

I. Internet y libertad de expresión

Internet aumentó exponencialmente la capacidad de las personas de recibir, buscar y difundir informaciones y opiniones. Dadas sus características —la naturaleza multidireccional y abierta, la velocidad y alcance global a un relativo bajo costo— permite la creación individual y conjunta de contenidos, además del intercambio y la colaboración permanente. En el entorno digital, cualquier persona puede ser autor y editor (1).

Como ampliaremos más adelante, una de las consecuencias de este fenómeno es que exista una tensión entre derechos personalísimos, como la intimidad, la reputación o el honor, el derecho a la imagen o la protección de datos personales, por un lado, y la libertad de expresión y derecho de acceso a la información por el otro.

Básicamente por estos motivos, Internet ha provocado en el mundo jurídico numerosas perplejidades y actualmente uno de los fenómenos que ha producido más controversia es la eventual responsabilidad por los contenidos publicados en la red, especialmente con respecto a los denominados "buscadores", que son sujetos intermediarios entre los generadores de contenidos publicados en la red y los usuarios que utilizan los procedimientos de búsqueda para acceder a los sitios web donde se encuentran los referidos contenidos.

II. Los buscadores

Los denominados "buscadores" de Internet son servicios que facilitan enlaces a otros contenidos o incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos.

Pertenecen al género *motores de búsqueda*, sistemas informáticos que indexan archivos almacenados en servidores web. Son bases de datos que incorporan automáticamente páginas web mediante "robots" de búsqueda en la red. Cuando se pide información sobre algún tema, el buscador realiza la exploración por medio de palabras clave o con árboles jerárquicos por temas. El resultado de la búsqueda es un listado de direcciones Web (URL) (2) en los

(*) Abogado. Doctor en Derecho UBA, Co-Director Carrera Especializacion en Derecho Informático UBA, profesor de grado y posgrado en UBA, UADE, UNL, UCES. Autor de libros, entre ellos *Tratado de derecho informático* (con Daniel Altmark).

(1) Declaración de marzo 2017 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH sobre Estándares para una Internet libre, abierta e inclusiva*: https://estandares.net/.*

(2) Un localizador de recursos uniforme (conocido por la sigla URL, del inglés *Uniform Resource Locator*) es un identificador de recursos uniforme (*Uniform Resource Identifier,* URI) cuyos recursos referidos pueden cambiar, esto es, la dirección puede apuntar a recursos variables en el tiempo. Están formados por una secuencia de caracteres, de acuerdo con un formato modélico y estándar, que designa recursos en una red, como Internet. Los URL fueron una innovación en la historia de la Internet. Fueron usadas por primera vez por Tim Berners-Lee en 1991, para permitir a los autores de documentos establecer hiperenlaces en la World Wide Web (WWW). Desde 1994, en los estándares de Internet, el concepto de "URL" ha sido incorporado

que se mencionan temas relacionados con las palabras clave buscadas.

La navegación a través de los sitios en la red se facilita con la ayuda de "buscadores", que se utilizan para la ubicación de los sitios que tengan las particularidades definidas previamente por el usuario (se utilizan "palabras claves" al estilo de las voces de las revistas jurídicas o tesauros).

Estos programas especiales son como *robots* que recorren constantemente las páginas web que existen en Internet accediendo a su contenido. De este repaso extraen una clasificación que les permite luego individualizar cuáles sitios web contienen información o prestan servicios vinculados con la palabra clave utilizada como argumento de búsqueda. El sistema realiza una reproducción de archivos que almacena, y esta versión *caché,* se utiliza para juzgar la adecuación de las páginas respecto de las consultas de los usuarios y proveer una copia de *backup* a la cual se puede llegar con más celeridad (3).

Si el interesado desea leer más, debe entrar en ese localizador uniforme de recursos (URL) y salir de la página del motor de búsqueda.

La descripción de los sitios web que se publica en la lista de resultados de los buscadores está conformada por fragmentos extraídos de cada uno de los sitios que contienen las palabras ingresadas por el usuario y, en su caso, imágenes que se relacionan con ellas. Todo este procedimiento se realiza sin la intervención del ser humano.

El criterio de búsqueda de los intermediarios de Internet parte de la "lectura" que el buscador hace de etiquetas HTML (4), conocidas como *meta tags*, cuyo propósito es incluir información de referencia sobre la página en cuestión (5). Esta información podría ser utilizada por los robots de búsqueda para incluirla en la base de datos de sus buscadores y mostrarla en el resumen de búsqueda, o bien podría ser simplemente tenida en cuenta durante las búsquedas y resultaría invisible para un visitante normal. O sea, los *meta tags* son los códigos que permiten identificar los contenidos de las páginas web, aunque no siempre los reflejan total o parcialmente (6).

Los robots que buscan información en la red acerca de sitios web son en realidad un software llamado *crawler*, *metacrawler* o *spider* (araña), que se encuentra en la red buscando constantemente nuevos sitios, o nueva información acerca de los ya existentes, y es la herramienta para indexar sitios y contenidos. Luego se clasifica el contenido y se lo almacena, para ser utilizado en las búsquedas que se realizan en las páginas de los buscadores por parte de los usuarios.

Cuando se realiza una nueva exploración de las páginas web ya almacenadas se actualiza la memoria caché para mantener al día el directorio del buscador.

---

dentro del más general de URI, pero el término URL todavía se utiliza ampliamente. Es distinto a un "sitio web", que es el continente mayor donde se encuentran diversos documentos, imágenes, etc., que se localizan con sus respectivos URL.

(3) En Informática, la memoria *caché* es una memoria de acceso rápido de un computador, que guarda temporalmente las últimas informaciones procesadas. Cuando el procesador necesita leer o escribir en una ubicación en la memoria principal, primero verifica si ese dato ya está referenciado, accediendo al valor almacenado en la ubicación origen. La copia literal de datos, también se realiza para ir liberando tiempos de espera entre diferentes partes de la electrónica. Así, si el disco duro recibe la orden de rescatar información, el hecho de que el bus de dispositivos de almacenamiento esté gobernado por su propio reloj, le permite aislarse del procesador principal, resolver la solicitud y retornar el resultado a la memoria caché asignada al bus por el cual retornará la información a la memoria principal cuando el reloj principal asigne el ciclo al procesador para ejecutar la demanda del resultado. El acceso a la memoria principal por referencia evita tener que pasar por los diferentes buses, con sus ciclos de reloj parciales y los tiempos de espera asociados a cada uno de ellos, pues es lo que se necesita en el proceso nativo del dato.

(4) HyperText Markup Language, lenguaje de marcado de hipertexto. Es un lenguaje que permite la creación de páginas web. No es un lenguaje de programación como tal, más bien es un lenguaje de marcas.

(5) Autor, título, fecha, palabra clave, descripción, etcétera.

(6) Los *metatags* se deben escribir dentro del *tag* general <head>, que podemos definir como líneas de código que, indican a los buscadores que le indexan por qué términos debe ser encontrada la página. Dependiendo de la utilización, caracterización y objetividad de dichos meta, se puede conseguir una excelente posición en el listado resultante de una búsqueda.

El buscador Google, p. ej., guarda contenidos en su memoria caché y obtiene las imágenes que se muestran en su página web de la versión guardada en sus servidores. Se "toma una instantánea" de cada página examinada mientras explora la web y se guarda en caché como copia de seguridad para el caso de que la página original no esté disponible. El caché siempre guarda la instantánea de la búsqueda anterior. Es decir, se puede visualizar la página deseada aun cuando esta no sea accesible (p. ej., por saturación), o el sitio se encuentre fuera de línea, o incluso cuando el propietario haya decidido sacarla de línea.

Si bien en la mayoría de los casos no existe una relación previa entre el motor de búsqueda y el sitio vinculado (o *linkeado*), también hay "enlaces patrocinados". En este caso, quien contrata el servicio logra que su página web aparezca entre los primeros lugares de los resultados de las búsquedas.

Los buscadores comparan la palabra buscada por el usuario con un archivo índice de datos procesados previamente y almacenado en un lugar determinado y en base a las coincidencias encontradas, publican los resultados de acuerdo con los criterios preestablecidos por cada buscador. Para deducir los registros más pertinentes, el algoritmo de búsqueda aplica estrategias clasificatorias diseñadas por cada buscador. El análisis de enlaces constituye otra estrategia muy utilizada. Esta técnica estudia la naturaleza de cada página (si se trata de una "autoridad", porque otras páginas remiten a ella, o si es un "eje", porque remite a otras páginas) (7).

Como operan en forma automática, los motores de búsqueda contienen generalmente más información que los directorios. Sin embargo, estos últimos también han de construirse a partir de búsquedas (no automatizadas) o bien a partir de avisos dados por los creadores de páginas (lo cual puede ser muy limitativo) (8).

III. Buscadores de imágenes

En lo que atañe a los buscadores de imágenes, existen herramientas tecnológicas que permiten hacer *links* o mostrar reducciones de imágenes de otros sitios sin necesidad de que el buscador participe en el armado del sitio original. Estas imágenes reducidas —conocidas como "*thumbnails*" (9)— permiten reconocer una imagen y cargarla más rápidamente y son usuales para publicar galerías de imágenes. Muestran al usuario una copia del original, pero de menor tamaño, tanto en píxeles como en bytes. Debajo de la imagen reducida, a veces aparece el autor o dueño de ella, y luego la dirección de la página donde se encuentra el original. Para crear los *thumbnails* se necesita un *software* editor de imágenes, que reduce el original hasta el tamaño deseado a través de algoritmos matemáticos que modifican o quitan determinados píxeles (10).

(7) Extracto del informe del perito informático actuante en JNCiv. 1ª Instancia, Nº 95, 4/3/2010, "Rodríguez María Belén c. Google Inc. s/daños y perjuicios", *www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaFalloRodriguezcGoogle.html*.

(8) La mayoría de grandes buscadores internacionales de uso habitual y conocidos son del tipo *spiders*, que requieren muchos recursos para su funcionamiento: Recorren las páginas recopilando información sobre los contenidos de estas. Cuando se busca una información en los motores, ellos consultan su base de datos y presentan resultados clasificados por su relevancia. De las webs, los buscadores pueden almacenar desde la página de entrada, a todas las páginas de la web. Si se busca una palabra, p. ej., "ordenadores". En los resultados que ofrecerá el motor de búsqueda, aparecerán páginas que contengan esta palabra en alguna parte de su texto. Si consideran que una web es importante para el usuario, tienden a registrarlas todas. Si no la consideran importante, solo almacenan una o más páginas. Cada cierto tiempo, los motores revisan las webs, para actualizar los contenidos de su base de datos, por lo que no es infrecuente que los resultados de la búsqueda estén desactualizados. Ejemplos de *spiders*: Google, MSN Search, AltaVista, Hotbot, etcétera.

(9) Expresión que podemos traducir como "uña de pulgar", y que se refiere a una imagen de pequeño tamaño y muy baja resolución, a cuyo pie se indica la dirección URL de la página de Internet que contiene la imagen original.

(10) Un píxel o pixel, plural píxeles (acrónimo del inglés *picture element*, "elemento de imagen"), es la menor unidad homogénea en color que forma parte de una imagen digital. Ampliando lo suficiente una imagen (*zoom*) en la pantalla de una computadora, pueden observarse los píxeles que componen la imagen. Los píxeles son los puntos de color (siendo la escala de grises una gama de color monocromática). Las imágenes se forman como una sucesión de píxeles. La sucesión marca la coherencia de la información presentada, siendo su conjunto una matriz coherente de información para el uso digital. El área donde se proyectan estas matrices

En definitiva, la imagen digital está formada por píxeles; a mayor cantidad de ellos, mejor es la calidad. Al reducir los píxeles hay una menor calidad y resolución respecto de las fotografías originales exhibidas en las páginas de terceros (11).

IV. Libertad de expresión

Bajo la garantía de la "libertad de expresión" universalmente se comprenden "la libertad de emitir opinión y el derecho de dar o recibir informaciones o ideas, sin censura previa o sin injerencia de autoridades" (12). Se la considera como una de las garantías fundamentales de las sociedades democráticas, y cualquier persona puede reivindicar que se le respete el ejercicio de esta garantía.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19); el Convenio de Roma de 1950 (art. 10); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Estrasburgo, 2007 (art. 11); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombres, Bogotá, 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 1981 (art. 9); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 13). También en constituciones como la de España (art. 20), entre otras.

A su vez, la libertad de prensa se encuentra vinculada a la libertad de expresión en una relación de medio a fin. Esa relación puede sintetizarse diciendo que comprende expresar lo que se piensa (que modernamente implica buscar, recibir y difundir ideas u opiniones sobre cualquier asunto) por cualquier medio audiovisual (13).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (14) indica que la "libertad de expresión", en un sentido amplio, es el derecho sustancial de dar-recibir información que asiste a todos los individuos en tanto "habitantes" de un estado democrático (15); y define la "libertad de prensa", también en sentido amplio, como un derecho instrumental, siendo el medio que permite satisfacer esa necesidad social (16).

En una línea similar, cabe tener presente la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resalta que la libertad de expresión tiene una "doble dimensión": individual y social, incluyendo en esta última a los medios de comunicación social que sirven para "materializar" el ejercicio de la primera, y que ambas deben ser garantizadas en forma simultánea (17).

En nuestro derecho, el sustento de la libertad de prensa y de expresión está contemplado fundamentalmente por los arts. 1º, 14, 19, 32 y 33 de la CN, y por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional incorporados por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), a los que ya nos hemos referido.

Aun cuando todas las normas internacionales e internas de los Estados reconocen y consagran la garantía de la libertad de expresión, se trata de un derecho sujeto a restricciones, generalmente fundadas en razones de orden público, tales como la concesión de licencias de radiodifusión que administra la autoridad pertinente, o cuyo ejercicio puede originar responsabilidades derivadas de su mal uso, como cuando con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión se atenta contra otros derechos, tales como el honor, la intimidad de las personas o la protección de los datos personales, la incitación o exaltación del odio racial o la práctica de la discriminación. En este sentido, la Convención Internacional contra todas las for-

---

suele ser rectangular. La representación del píxel en pantalla, al punto de ser accesible a la vista por unidad, forma un área homogénea en cuanto a la variación del color y la densidad por pulgada, siendo esta variación nula, y definiendo cada punto sobre la base de la densidad, en lo referente al área.

(11) Mientras que los *thumbnails* tienen un tamaño de 125 x 86 píxeles, el de la imagen original es de 500 x 344 píxeles.

(12) Jijena Leiva, Renato J., "Contenidos de Internet: censura o libertad de expresión", *www.mass.co.cl/acui/leyes-jijena2.html*.

(13) Descalzi, José Pablo, "Ley 26.032: Internet y libertad de expresión", DJ 2005-2-965.

(14) Ver Fayt, Carlos S., *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

(15) CS, 19/11/1991, "Vago, Jorge A.", Fallos 314:1517.

(16) CS, 12/3/1987, "Costa, Héctor R.", Fallos 310:508.

(17) CIDH, 13/11/1985, "La colegiación obligatoria de periodistas (A instancia del Gobierno de Costa Rica)", Opinión Consultiva 5/85, num. 29 y ss.

mas de Discriminación Racial en su art. 4º prevé restricciones, lo mismo que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. III), así como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13).

La libertad de pensamiento y expresión, definida en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo y sin ningún tipo de fronteras. Este derecho comprende la expresión artística, escrita, oral, impresa o por cualquier otro medio de comunicación. Las reglas para imponer limitaciones a este derecho se encuentran en los incs. 2 al 5 de dicho artículo. Dentro de dichas reglas se destaca que no podrá existir censura previa, sino la imposición de responsabilidad con posterioridad a que se realice la expresión.

La Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (18) ha declarado como principio general, que "la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación". Esto implica que cualquier restricción al ejercicio de este derecho en Internet debe seguir los estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, la Relatoría Especial ha enfatizado que, al momento de establecer medidas que puedan impactar a Internet, se deben tener en cuenta las características que hacen de ese medio un espacio único para el ejercicio cada vez más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión.

Internet es un instrumento único para el despliegue de los derechos humanos, especialmente la libertad de expresión. La creciente expansión de este medio en el mundo y en las Américas ha traído, además de mejores oportunidades para el ejercicio de esos derechos, beneficios sociales e inclusión. El debido desarrollo de estos beneficios depende de políticas y prácticas que se fundamenten en el respeto y garantía de los derechos humanos. Dentro de estos últimos, la libertad de expresión juega un rol especial, pues habilita el ejercicio de otros derechos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el sistema internacional que ha brindado un mayor alcance a la libertad de pensamiento y expresión. Esto ha sido posible bajo un marco jurídico que busca reducir las restricciones a la libre circulación de informaciones, opiniones e ideas. De acuerdo con los instrumentos interamericanos, la libertad de expresión es la "piedra angular" de las sociedades democráticas, además de ser fundamental para el avance de los objetivos del desarrollo y una herramienta para el ejercicio de otros derechos humanos.

La CIDH ha destacado tres funciones principales que cumple la libertad de expresión en los sistemas democráticos: 1. es un derecho individual que refleja la virtud de pensar el mundo de una forma propia y comunicarse entre sí; 2. como medio para deliberar de forma abierta y desinhibida sobre temas que sean de interés público; 3. como instrumento para el ejercicio de otros derechos, como la participación política, la libertad religiosa, la cultura, la educación, la igualdad, entre otros. Complementariamente, tanto la CIDH como la Corte Interamericana han reconocido que la libertad de expresión cuenta con una dimensión individual y una social, interrelacionadas entre sí. La garantía de ambas dimensiones debe ser plena y simultánea.

El Sistema Interamericano también otorga una protección amplia al tono de las expresiones. En este sentido, las expresiones inofensivas o indiferentes son protegidas al igual que aquellas que "ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población". Adicionalmente, la emisión de discursos erróneos, equivocados y falsos, sin perjuicio de las responsabilidades que se impongan con posterioridad, son protegidos por la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. A su vez, los Estados deben mantener una posición neutral frente a los contenidos de las expresiones, de forma que no existan exclusiones de personas, grupos, ideas o medios de expresión.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia de tres tipos de expresiones que, dado su valor dentro del sistema democrático, deben tener una mayor protección: (a) el discurso político y

(18) Declaración de marzo 2017 sobre Estándares para una Internet libre, abierta e inclusiva: *https://estandares.net/.*

sobre asuntos de interés público; (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y (c) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa.

Con relación a las limitaciones permisibles a la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado un "test tripartito" fundamentado en el art. 13 de la Convención Americana. Este test exige 1) que la limitación a imponerse esté definida de forma clara y precisa en una ley formal y material que esté orientada a lograr objetivos imperiosos que estén autorizados por la Convención; 2) que la limitación cumpla con los requisitos de necesidad e idoneidad para lograr esos objetivos y; 3) que la limitación sea estrictamente proporcional a la finalidad que se persigue. Por último, las responsabilidades que se establezcan con posterioridad a las expresiones siempre deben ser ordenadas por un juez o autoridad jurisdiccional independiente e imparcial, junto con las garantías del debido proceso.

Como efecto de lo anterior, la Relatoría ha enfatizado que el desarrollo de políticas públicas y las actuaciones de los particulares deben adecuarse a los principios de acceso a Internet en igualdad de condiciones, la promoción del pluralismo, la no discriminación y la privacidad, así como la neutralidad de la red y la gobernanza multisectorial como componentes transversales de estos principios.

Las tensiones entre la libertad de expresión en Internet y la viabilidad técnica de controlar los contenidos que circulan por la red, han sido tema de publicaciones anteriores de nuestra autoría.

En cuanto a la equiparación de Internet a un medio de comunicación, sin perjuicio de remitirnos a nuestros anteriores trabajos, volvemos a señalar que las nuevas tecnologías digitales de la información y la comunicación plantean nuevos retos a la hora de "constitucionalizar" derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la intimidad y la denominada autodeterminación informativa (protección de datos personales) y que en tal sentido la expresión de la ley 26.032 "difusión de información de toda índole" a través de Internet, debe ser interpretada en armonía con la protección de estos últimos dos derechos, la privacidad y la autodeterminación informativa, y es tarea de los jueces que la síntesis se realice desde una perspectiva *pro homine*.

"Los buscadores son, en definitiva, el mecanismo técnico central a través del cual las personas satisfacen en Internet su derecho a buscar y recibir información, garantizado en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los arts. 14 y 32 de la Constitución argentina. Desde esta perspectiva, los motores de búsqueda tienen la capacidad de potenciar la 'dimensión social' de la libertad de expresión, en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto permiten 'recibir la información y conocer la expresión del pensamiento ajeno' que está disponible en Internet" (19).

La Corte Federal de Estados Unidos, en el conocido caso "Reno" (20), dijo que la red Internet puede ser vista como una conversación mundial sin barreras, por lo que el gobierno no puede a través de ningún medio interrumpir esa conversación y que como es la forma más participativa de discursos en masa que se haya desarrollado, Internet merece la mayor protección ante cualquier intromisión gubernamental".

(19) Como ha observado la CIDH, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social ya que "ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (Corte IDH, "La colegiación obligatoria de periodistas —arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos—", Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/1985, Serie A Nº 5, párr. 30). Esta dimensión social de la libertad de expresión no puede ser infravalorada dado que "para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia".

(20) CS EE.UU., 26/6/1997, "Janet Reno, Fiscal General de los Estados Unidos de América, et al., apelantes c. American Civil Liberties Union, et al., No. 96-511, elDial AA1748 (texto completo en español) (1997 U.S., Lexis 4037).

V. Responsabilidad de los intermediarios

La transmisión de contenidos en Internet depende de los intermediarios. En términos generales, los intermediarios son "cualquier entidad que permita la comunicación de información de una parte hacia otra". Sin embargo, la definición legal de "intermediario" puede ser distinta entre jurisdicciones o entre países. Por razones prácticas consideraremos intermediarios a los proveedores de servicios de Internet, los motores de búsqueda, los servicios de blogs, las plataformas de comercio electrónico, los servidores web y las redes sociales, entre otros.

Una de las medidas que más directamente puede afectar la actuación de los intermediarios en Internet es el régimen de responsabilidad que legalmente se les imponga por contenidos de terceros, dado que es fundamental para generar los incentivos adecuados para la protección y garantía de los derechos humanos. En todos los casos el régimen de responsabilidad debe seguir el test tripartito de legalidad, necesidad y proporcionalidad, establecido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Ningún actor que se limite a ofrecer servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché, debe ser responsable por los contenidos generados por terceros que se difunden o almacenan en sus servicios. Lo anterior se aplica, siempre que el intermediario no intervenga en dichos contenidos o se niegue a cumplir una orden judicial cuando esté en condiciones de hacerlo. En el mismo sentido, las responsabilidades posteriores deben ser impuestas sobre los autores de la expresión y no sobre los intermediarios (21).

La responsabilidad objetiva o "estricta" que responsabiliza al intermediario por cualquier contenido considerado ilícito en su plataforma, es incompatible con la Convención Americana por ser desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática. Este tipo de regímenes promueve el monitoreo y la censura de los intermediarios para con sus propios usuarios.

En cambio, los sistemas de responsabilidad condicionada se alinean en mayor medida con los estándares internacionales, siempre que cumplan con los principios de necesidad y proporcionalidad. Bajo la responsabilidad condicionada, se ofrece al intermediario un "puerto seguro" a salvo de cualquier responsabilidad legal siempre y cuando cumpla con ciertos deberes concretos.

Estos regímenes incluyen los sistemas de "notificación y retiro", en el marco del cual el intermediario deberá retirar el contenido una vez notificado de su existencia; el sistema de "notificación y notificación", en el cual el intermediario deberá notificar al autor de cualquier denuncia recibida respecto a sus contenidos, y el sistema de "notificación y desconexión", en el cual el intermediario desconectará al usuario cuando luego de notificarlo aquel no tome medidas para remover el contenido denunciado.

Estos modelos de responsabilidad condicionada no imponen un deber de monitoreo o filtrado de contenidos en forma proactiva. Sin embargo, no siempre respetan el derecho al debido proceso y garantías mínimas, en tanto trasladan al intermediario la responsabilidad estatal de analizar y decidir sobre la licitud o ilicitud del contenido susceptible de remoción. Para la Relatoría Especial, estos modelos serán compatibles con la Convención Americana en la medida en que protejan la libertad de expresión y no impongan obligaciones ambiguas o desproporcionadas.

Los Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios (22), redactados por numerosas organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, proponen un marco de referencia de garantías mínimas y buenas prácticas para los Estados en materia de responsabilidad de intermediarios, sobre la base

(21) Declaración de marzo 2017 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH sobre Estándares para una Internet libre, abierta e inclusiva: *https://estandares.net/.*

(22) Guía de Buenas Prácticas que delimitan la Responsabilidad de los Intermediarios de Contenidos en la Promoción de la Libertad de Expresión e Innovación. Una iniciativa global de la sociedad, marzo 2015, *https://www.eff.org/files/2015/06/23/manila_principles_1.0_es.pdf.*

de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Estos Principios recomiendan:

V.1. Los intermediarios deberían estar protegidos por ley de la responsabilidad por contenido de terceros

a) Cualquier disposición que rija la responsabilidad de intermediarios debe ser establecida por leyes, que deben ser precisas, claras y accesibles.

b) Los intermediarios deberían ser inmunes a la responsabilidad por el contenido de terceros en circunstancias en las que no han estado involucrados en la modificación de dicho contenido.

c) Los intermediarios no deben ser responsabilizados por no restringir el contenido lícito.

d) Los intermediarios nunca deben ser responsabilizados conforme los lineamientos del modelo de responsabilidad objetiva por alojar contenido ilícito de terceros, ni deben ser obligados a monitorear contenido proactivamente como parte de un régimen de responsabilidad de intermediarios.

V.2. No debe requerirse la restricción de contenidos sin una orden emitida por una autoridad judicial

a) Los intermediarios no deben ser obligados a restringir contenidos a menos que una orden emitida por una autoridad judicial independiente e imparcial haya determinado que el contenido en cuestión es ilícito.

b) Las órdenes de restricción de contenido deben:

1. Explicitar la determinación de que el contenido es ilícito en la jurisdicción.

2. Indicar el identificador de Internet y la descripción del contenido ilícito.

3. Proporcionar evidencia suficiente para documentar el sustento legal de la orden.

4. De ser aplicable, indicar el período de tiempo durante el cual el contenido debería ser restringido.

c) Cualquier responsabilidad impuesta sobre un intermediario debe ser proporcional y directamente correlacionada al comportamiento ilícito del intermediario de no cumplir adecuadamente la orden de restricción del contenido.

d) Los intermediarios no deben ser responsabilizados por el incumplimiento de cualquier orden que no cumpla con este principio.

V.3. Las solicitudes de restricción de contenidos deben ser claras, inequívocas y respetar el debido proceso

De forma congruente con el Principio II, los intermediarios no deberían ser obligados a restringir contenidos sin una orden de una autoridad judicial.

En el caso de que los gobiernos o particulares soliciten la restricción de contenidos, rigen los siguientes principios:

a) No puede obligarse a los intermediarios a evaluar sustantivamente la legalidad del contenido de terceros.

b) Una solicitud de restricción relativa a contenido ilícito debe, como mínimo, contar con lo siguiente:

1. El fundamento jurídico para afirmar que el contenido es ilegal.

2. El identificador de Internet y una descripción del contenido supuestamente ilícito.

3. La consideración proporcionada a las limitaciones, excepciones, y mecanismos de defensa disponibles al usuario proveedor del contenido.

4. Los datos de contacto de la parte emisora o su representante, a menos que esto esté prohibido por ley.

5. Evidencia suficiente para documentar la legitimación legal para emitir tal solicitud.

6. Una declaración de buena fe de que la información brindada es exacta.

c) Las solicitudes de restricción de contenidos concernientes a las políticas de restricción de contenido de un intermediario deben, como mínimo, contar con lo siguiente:

1. Las razones por las que el contenido en cuestión incumple las políticas de restricción de contenido del intermediario.

2. El identificador de Internet y una descripción de la presunta violación de las políticas de restricción de contenido.

3. Los datos de contacto de la parte emisora o su representante, a menos que esto esté prohibido por ley.

4. Una declaración de buena fe de que la información brindada es exacta.

d) Los intermediarios que alojan contenido pueden ser obligados por ley a responder a solicitudes de restricción de contenido concernientes a los ilícitos, ya sea reenviando solicitudes lícitas al usuario proveedor del contenido, o notificando al denunciante la razón por la cual no es posible hacerlo ("notificación y notificación").

Los intermediarios no deberían ser obligados a asegurar que tengan la capacidad de identificar usuarios.

e) En el reenvío de la solicitud, el intermediario debe proporcionar una explicación clara y accesible de los derechos del usuario proveedor del contenido, incluyendo en todos los casos en que el intermediario esté obligado por ley a restringir contenidos, una descripción de cualquier mecanismo de apelación o contra-notificación disponible.

f) Si los intermediarios restringen contenidos alojados por ellos sobre la base de una solicitud de restricción de contenidos, deben cumplir con el Principio VI sobre transparencia y rendición de cuentas que se encuentra abajo.

g) Las solicitudes de restricción de contenido abusivas o de mala fe deberían ser penalizadas.

V.4. Las leyes, órdenes y prácticas de restricción de contenidos deben cumplir con los tests de necesidad y proporcionalidad

Las leyes, órdenes y prácticas sobre restricción de contenido en una sociedad democrática deben ser necesarias y proporcionales:

a) Cualquier restricción de contenido debería estar limitada al contenido específico en cuestión.

b) Cuando se restrinja contenido, deben utilizarse los medios técnicos menos restrictivos.

c) Si se restringe un contenido porque es ilícito en una región geográfica específica, y si el intermediario ofrece un servicio geográficamente diversificado, entonces el alcance geográfico de la restricción debe limitarse a dicha zona.

d) Si se restringe un contenido por su ilicitud durante un período limitado, la restricción no puede durar más allá de dicho lapso, y la orden debe ser revisada periódicamente para asegurar que la restricción siga siendo válida.

V.5. Las leyes, políticas y prácticas de restricción de contenido deben respetar el debido proceso

a) Antes de que se restrinja cualquier contenido por una orden o solicitud, el intermediario y el usuario proveedor de contenido deben poder gozar del derecho a ser oídos, excepto en circunstancias excepcionales. En este caso, debe efectuarse una revisión *post facto* de la orden y su implementación tan pronto como sea posible.

b) Cualquier norma que regule a los intermediarios debe proporcionar, tanto a los usuarios proveedores de contenido como a los intermediarios, el derecho de apelación contra las órdenes de restricción del contenido.

c) Los intermediarios deberían ofrecer, a los usuarios proveedores del contenido, mecanismos para revisar decisiones que restrinjan contenidos violatorios de sus políticas de restricción.

d) En el caso de que un usuario proveedor de contenido gane una apelación en los términos del punto b), o una revisión en los términos del punto c) en contra de la restricción de contenido, los intermediarios deberían restablecerlo.

e) Un intermediario no debería revelar información personal que permita identificar a un usuario sin una orden emanada de una autoridad judicial.

Un régimen de responsabilidad de intermediarios no debe requerirles a estos que revelen

ninguna información personal que permita identificar a un usuario sin una orden emitida por una autoridad judicial.

f) Al momento de elaborar y de hacer cumplir sus políticas de restricción de contenidos, los intermediarios deben respetar los derechos humanos.

Asimismo, los gobiernos tienen la obligación de asegurar que las políticas de restricción de contenidos de los intermediarios respeten los derechos humanos.

V.6. La transparencia y la rendición de cuentas deben ser incluidas dentro de la normativa, políticas y prácticas sobre restricción de contenido

a) Los gobiernos deben publicar en Internet toda legislación, políticas, decisiones y cualquier otro tipo de regulación que sea relevante respecto de la responsabilidad de los intermediarios en forma oportuna y en formatos accesibles.

b) Los gobiernos no deben utilizar medidas extrajudiciales para restringir contenido. Esto incluye presiones colaterales para forzar cambios en los términos de uso, para promover o implementar las llamadas prácticas "voluntarias" y para asegurar acuerdos de restricción del comercio o de difusión pública de contenidos.

c) Los intermediarios deberían publicar en línea sus políticas de restricción de contenidos, en un lenguaje claro y en formatos accesibles, mantenerlas actualizadas a medida que evolucionen y notificar los cambios a los usuarios, según corresponda.

d) Los gobiernos deben publicar informes de transparencia que otorguen información específica sobre todas las órdenes y requerimientos solicitadas por ellos ante los intermediarios.

e) Los intermediarios deberían publicar informes de transparencia que proporcionen información específica acerca de todas las restricciones de contenido adoptadas por el intermediario, incluyendo las acciones realizadas ante peticiones gubernamentales, órdenes de tribunales, requerimientos de privados, y sobre la implementación de sus políticas de restricción de contenidos.

f) Cuando se restrinja contenido en un producto o servicio del intermediario que permita desplegar un aviso cuando se intenta acceder a dicho contenido, el intermediario debe desplegar un aviso claro que explique qué contenido fue eliminado y por qué.

g) Los gobiernos, los intermediarios y la sociedad civil deberían trabajar juntos para desarrollar y mantener mecanismos de supervisión independientes, transparentes e imparciales para garantizar la rendición de cuentas relativas a las políticas y prácticas de restricción de contenidos.

h) Los marcos y legislación sobre responsabilidad de intermediarios deberían estar sometidos a una revisión regular y sistemática de las reglas y lineamientos para asegurar que estén actualizadas, que sean efectivas y que no sean excesivamente gravosas. Esta revisión periódica debería incorporar mecanismos de recolección de evidencia acerca de su implementación e impacto, y también proveer una revisión independiente que analice sus costos, beneficios demostrables e impacto en los derechos humanos.

Por su lado, los estándares a los que ya hemos hecho referencia proponen que a través de la autorregulación y la corregulación, los intermediarios deben comprometerse con el respeto y promoción de la libertad de expresión y actuar con transparencia. Es de suma importancia que proporcionen información clara sobre el tipo de contenidos que pueden ser removidos de la plataforma, según sus términos de servicio o directrices comunitarias. Igualmente, es importante señalar claramente cómo funciona esta remoción y qué mecanismos tiene el usuario para cuestionar la eliminación equivocada de su contenido.

Conviene destacar que, teniendo en cuenta el alcance global y transnacional de Internet, los Estados deben aspirar a lograr uniformidad en las normas que rigen la responsabilidad de intermediarios como un aspecto fundamental para mantener un Internet libre, abierto y global. Al momento de dirimir cuestiones de responsabilidad, los jueces competentes deberían ser aquellos que cuenten con los contactos "más estrechos" con el caso, atendiendo a

donde reside el damnificado, donde se originó el contenido, o donde reside su autor. Los jueces tienen la responsabilidad de evitar lo que se conoce como "turismo de difamación" o *forum-shopping*, declarándose incompetentes cuando no exista un perjuicio sustancial demostrable en su jurisdicción.

Esta cuestión se ha planteado reiteradamente en las decisiones judiciales relativas al denominado "derecho al olvido", en las que un juez de un país ordena la dexindexación de un resultado de búsqueda específico no solo de la plataforma vinculada a la jurisdicción competente, sino también de otros países (incluso globalmente). Esto podría dar lugar a una aplicación extraterritorial de una orden judicial nacional y plantea cuestiones complejas sobre el futuro de la jurisdicción en Internet y su interacción con la soberanía nacional.

VI. El discurso de odio en Internet

Siempre siguiendo los "estándares" mencionados previamente, coincidimos en que solo a través de una política comprensiva y sostenida, que exceda las medidas legales e incluya mecanismos de prevención y educación, podrá combatirse efectivamente el discurso de odio y garantizarse el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas, tanto en Internet como en el entorno físico.

Para combatir este grave problema en Internet, los Estados no deben tomar medidas especialmente restrictivas de la libertad de expresión en Internet. Las medidas de bloqueo o filtrado de contenidos tendientes a combatir el discurso de odio son medidas a adoptar en última instancia, y solamente proceden cuando sean necesarias y proporcionales con la finalidad imperativa que persiguen. Los Estados que adopten estas medidas deben, además, diseñarlas de forma tal que no alcancen discursos legítimos que merezcan protección.

La Unesco (23) destaca como medidas adecuadas y pertinentes contra el discurso de odio, la alfabetización digital, el acceso universal y la promoción de técnicas como las contra-narrativas (o *counter-speech*). El propósito es enseñar a las personas a detectar el discurso de odio y contrarrestarlo mediante discursos tolerantes y antidiscriminatorios.

VII. La remoción y desindexación de contenidos: el derecho al olvido

La Relatoría Especial ha advertido sobre el impacto que pueden tener en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión —en su dimensión individual y colectiva— las medidas de remoción o desindexación de contenidos de Internet que realizan los intermediarios, ya sea por iniciativa propia o como consecuencia de una orden de los Estados.

A raíz de la decisión de 2014 adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) —conocido como el "caso Costeja" (24)— surgió un nuevo debate sobre la legitimidad de las medidas de remoción y desindexación de contenidos en línea y la adecuada ponderación de los límites entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de expresión e información en Internet. La decisión —que dio origen a un denominado "derecho al olvido"— reconoce una eventual posibilidad de desindexación limitada a la información enlistada o vinculada directamente con el nombre propio de la persona humana.

Con base en esta doctrina y en las normas de protección de datos personales en América Latina, en la región se han registrado solicitudes de remoción y desindexación de contenidos a las empresas administradoras de motores de búsqueda. También se han documentado solicitudes que expanden significativamente el concepto del "derecho al olvido" para exigir a periódicos, blogs y periodistas la remoción o eliminación de contenidos en lugar de su desindexación.

La Relatoría sostiene que organizaciones de la sociedad civil han denunciado que funcionarios públicos de diversos países están utilizando el "derecho al olvido" para restringir la circulación de información de interés público. En muchos casos, han optado por reemplazar acciones de calumnias e injurias ante los tribu-

(23) *http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf.*

(24) Texto completo en *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ESer.*

nales por acciones de oposición ante la autoridad de protección de datos personales.

En relación con este aspecto, los "estándares" consideran necesario hacer las siguientes consideraciones:

El derecho internacional de los derechos humanos no protege o reconoce el llamado "derecho al olvido" en los términos delineados por el TJUE. Por el contrario, su aplicación en las Américas resulta particularmente problemática a la luz de la protección de la libertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La remoción de contenidos en Internet tiene un impacto evidente en el derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como social, y en el derecho de acceso a la información por parte del público.

En las Américas las personas y organizaciones de la sociedad civil mantienen un legítimo reclamo de mayor acceso a la información sobre la actividad gubernamental, sobre el autoritarismo del pasado y las graves violaciones de los derechos humanos. Es importante reconocer el contexto particular de la región y cómo un mecanismo legal como el llamado "derecho al olvido" y su incentivo para la desindexación puede afectar el derecho a la verdad y a la memoria.

Si bien la protección de datos personales constituye un objetivo legítimo, en ningún momento puede ser invocada para limitar o restringir la circulación de información de interés público, sobre funcionarios o personas públicas, o candidatos en el ejercicio de sus funciones, o que involucran violaciones de derechos humanos.

Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Debe existir una fuerte presunción en contra de solicitudes de desindexación o cancelación de información presentadas por funcionarios públicos, personas públicas, o candidatos a ejercer cargos públicos.

Esto es particularmente relevante en relación con la información producida y divulgada por los medios de comunicación que utilizan Internet. La protección de datos personales a la que se refiere el derecho al olvido no puede conllevar restricciones a la información divulgada por los medios de comunicación que puedan, eventualmente, afectar los derechos a la privacidad y la reputación de una persona.

Las plataformas digitales de los medios informativos no son controladores de datos personales, sino fuentes públicas de información y plataformas para la transmisión de informaciones, opiniones e ideas sobre temas de interés público, y como tal no pueden ser susceptibles de una orden de desindexación, ni tampoco la supresión de un contenido en línea de interés público.

Los procedimientos de desindexación o cancelación de contenidos no pueden utilizarse como un mecanismo preventivo o cautelar para proteger el honor o la reputación. Para eso existen acciones específicas.

En conclusión, la Relatoría recomienda que la legislación sobre desindexación debe quedar restringida a aquellos casos en que el solicitante demuestre un daño sustantivo a la privacidad y la dignidad y siempre a través de una orden judicial adoptada en el marco de un proceso respetuoso del debido proceso y en el que puedan ejercer su defensa todas las partes involucradas, incluyendo quien se expresa, el medio de comunicación o editor del sitio web que pudiera verse afectado, y los intermediarios.

La transparencia en torno a las políticas de desindexación practicadas tanto por entidades privadas como por organismos estatales (incluidas las autoridades de aplicación de las leyes de privacidad o el Poder Judicial) es de fundamental importancia.

El acceso abierto es una forma de diseminar el conocimiento para obtener el máximo beneficio para la ciencia y la sociedad mediante la publicación en Internet en forma pública y gratuita de literatura académica y científica, desprovista de barreras técnicas, económicas y legales, y con la posibilidad de usarla, copiarla y compartirla. Las contribuciones de acceso abierto incluyen los resultados de la investigación científica original, datos primarios y metadatos, materiales, fuentes, representaciones digitales de materiales gráficos y pictóricos, y materiales eruditos en multimedia.

VIII. ¿Se puede controlar Internet?

Frente al tema de la difusión o distribución de información de contenidos ilícitos, cada uno de los Estados en que estén instalados los servidores respectivos puede aplicar su legislación interna, pero tropieza con la dificultad de no tener jurisdicción más allá de sus límites territoriales, salvo casos excepcionales, como por ejemplo en materia de genocidio y delitos contra los derechos humanos.

Por supuesto que la represión no es lo mismo que la censura. El mensaje se comunica, las consecuencias llegan luego. De modo que, más que bloquear Internet, lo que puede ocurrir es que se reprima o sancione a quienes hacen un uso indebido, según los criterios del gobierno. Por esta razón se ha sostenido que tienen razón tanto los que declaran que Internet es incontrolable (25) como aquellos que lo consideran el más sofisticado instrumento de control, en último caso bajo la égida de los poderes constituidos (26).

Técnicamente, Internet es una arquitectura de libertad. Socialmente, sus usuarios pueden ser reprimidos y vigilados mediante Internet. Pero, para ello, los censores tienen que identificar a los transgresores, lo cual implica la definición de la transgresión y la existencia de técnicas de vigilancia eficaces. La definición de la transgresión depende, naturalmente, de los sistemas legales y políticos de cada jurisdicción (27).

La sanción legal de la difusión en Internet de información ilícita (datos, documentos e imágenes) debería acordarse por la vía de un tratado internacional, para evitar prácticas de censura o atentados locales contra la libertad de expresión, teniendo en cuenta, además, que determinados contenidos pueden estar instalados en un servidor ubicado en un país en que ellos no sean ilícitos conforme al ordenamiento jurídico local. Así podemos mencionar, p. ej., los trabajos de arte y literatura con descripciones de nudismo y conductas sexuales; la información histórica sobre crímenes aberrantes; el consumo de drogas blandas; etcétera (28).

El único instrumento internacional de cooperación, en esta materia, es la Convención sobre Ciberdelito de Budapest (29), que es la primera convención internacional sobre el tema y fue redactada en 2001 por el Consejo de Europa, junto a los Estados Unidos, Canadá, Japón, Costa Rica, México y Sudáfrica. La República Argentina adhirió en diciembre de 2017, mediante ley 24.711 (30), pero su ámbito está limitado a cierto tipo de delitos, que sustancialmente son los contemplados por la ley 26.388 de reforma del Código Penal.

En síntesis, previa definición legal, sujeta a criterios de razonabilidad y pluralismo, los contenidos ilegales solo podrían ser perseguidos con todas las garantías legales que establecen, generalmente, las constituciones democráticas. Dicho en pocas palabras, son los jueces quienes deben ordenar el secuestro, la clausura o la detención de publicaciones, contenidos o personas que hayan incurrido, presuntamente, en un delito de difusión de contenidos ilegales (31).

IX. ¿Es posible establecer regulaciones y controles en Internet?

Este es un debate sempiterno en el que se mezclan los sueños personales, los grados de (des)conocimiento tecnológico, la rutina del poder y la rapidez del cambio de los parámetros de referencia.

(25) Por ejemplo, Vit Cerf "Internet es una bestia incontrolable" (*http://www.ambito.com/738241-internet-es-hoy-una-bestia-incontrolable*); *https://www.auno.org.ar/article/internet-es-incontrolable-tiene-sus-propias-reglas/*; "La generación de datos, un boom incontrolable que inunda Internet" (*https://www.clarin.com/sociedad/generacion-datos-incontrolable-inunda-internet_0_rkFDTd4iP7x.html*); etcétera.

(26) Ver al respecto, Castells, Manuel, "Internet, libertad y sociedad: una perspectiva analítica", *http://www.uoc.edu/web/esp/launiversidad/inaugural01/intro_conc.html*, entre otros.

(27) Ibídem.

(28) Jijena Leiva, Renato J., "Contenidos de Internet…", cit. Ver también Villate, Javier, "Libertad de expresión en Internet, Observatorio para la Cibersociedad", *www.cibersociedad.net*.

(29) Texto en versión no oficial, en español: *www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185-SPA.htm*. Ver también *https://rm.coe.int/16802fa403*.

(30) BO 15/12/2017.

(31) Villate, Javier, "Libertad de expresión…", cit.

En principio, el diseño de la red, a partir de una estructura en estratos (capas o *layers,* en inglés), con capacidad distribuida de comunicación para cada nodo y transmisión por conmutación de paquetes (*packet switching*, en inglés) operada por protocolos TCP/IP, según múltiples canales de comunicación alternativos, proporciona una gran libertad a los flujos de información que circulan por Internet (32).

Se ha dicho que los flujos en Internet interpretan la censura (o interceptación) como una falla técnica y encuentran automáticamente una ruta distinta de transmisión del mensaje. Al ser una red global con poder de procesamiento de información y comunicación multinodal, Internet no distingue fronteras y establece comunicación irrestricta entre todos sus nodos. La única censura directa posible de Internet es no estar en la red (33).

Sin embargo, si la red es global, el acceso es local, a través de un servidor. El punto de contacto entre cada ordenador y la red es donde se produce el control más directo. Se puede, y se hace en todos los países (negar acceso al servidor, cerrarlo o controlar quién comunica qué y a quién mediante una vigilancia electrónica de los mensajes que circulan por el servidor) (34).

Esto es cada vez más costoso para gobiernos, sociedades, empresas e individuos. No se puede estar "un poquito" en Internet. Existe, sí, la posibilidad de emitir mensajes unidireccionales propagados en Internet, sin reciprocidad de comunicación, en la medida en que los servidores de un país permanezcan desconectados de la red interna.

En lo que a nosotros concierne, creemos que, en realidad, lo más importante no es la tecnología, sino la capacidad de los ciudadanos para afirmar su derecho a la libre expresión y a la privacidad de la comunicación, ya que en último término, es en la conciencia de los ciudadanos y en su capacidad de influencia sobre las instituciones de la sociedad, a través de los medios de comunicación y del propio Internet, donde reside el fiel de la balanza entre la red en libertad y la libertad en la red (35).

En un sentido convergente, Antonio Martino ha dicho que "todo derecho está ya en Internet. Lo que hay que hacer es construir un estándar para que pueda ser visualizado en cualquier parte; lo que hay que crear es una cultura de confianza basada en el conocimiento y el conocimiento nace de la formación. Informar todas las medidas que afecten la libre circulación de bienes, ideas y personas creando este *novo ius gentium*" (36).

En este contexto es importante que exista una adecuada protección legal de la libertad de expresión y comunicación en Internet.

X. Responsabilidad por los contenidos publicados en Internet

La existencia o no de responsabilidad por los contenidos publicados en la red, y en su caso, el factor de atribución aplicable, así como el momento a partir del cual nace la eventual responsabilidad divide a la doctrina y jurisprudencia nacionales, aunque el pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso "Rodríguez Belén v. Google" (37), reiterado en "Gimbutas" (38) parece haber inclinado el fiel de la balanza hacia el factor subjetivo, como ampliaremos más adelante.

Como es público y notorio, en esta materia doctrina y jurisprudencia se han dividido en tres grupos. Uno entiende que los buscadores, en tanto intermediarios y no generadores de los contenidos nunca deben responder por los daños que pudieran derivarse de los contenidos perjudiciales a los que se acceda mediante su

(32) Castells, Manuel, "Internet, libertad y sociedad…", cit. La referencia puede encontrarse en el sitio de la Sociedad Internacional de Internet (*www.isoc.org*).

(33) Castells, Manuel, "Internet, libertad y sociedad…", cit.

(34) Como ejemplo, el caso "Megaloadup.com". Otro caso —aunque desconocemos si pudo ejecutarse— es el cierre de "Cuevana" ordenado por el juez argentino Caramelo Díaz, también por no respetar derechos de propiedad intelectual.

(35) Castells, Manuel, "Internet, libertad y sociedad…", cit.

(36) Martino, Antonio, "E-Comerce y Derecho hoy. La experiencia de la Comunidad europea", Ecomder, 2000, *http://ecomder.com.ar*.

(37) CSJN, 28/10/2014.

(38) CSJN, 12/9/2017.

utilización. En el otro extremo podemos ubicar a quienes entienden que los buscadores son objetivamente responsables por el riesgo de su actividad, ya que esta permite una amplificación de la publicidad dañina. La tercera postura, a la que he adherido en diversas publicaciones, entiende que los buscadores —en tanto intermediarios y no productores de contenidos— no son responsables, salvo que, debidamente notificados, no actúen con diligencia para bloquear el acceso, por su intermedio, a dichos contenidos y que el factor de atribución es subjetivo. Subsisten además cuestiones relativas a los mecanismos de notificación por parte de los usuarios afectados por estos contenidos, que con alguna simplificación podemos dividir entre los sistemas de notificación privada o a cargo del afectado, como regulan por ejemplo las normas estadounidenses; y los que requieren la intervención de una autoridad competente, como ocurre con la mayoría de las leyes europeas, distinguiéndose en este grupo quienes interpretan que la autoridad competente solo puede ser judicial y los que admiten que también puede provenir de un órgano administrativo. Otra cuestión en debate es si en el contexto de un sistema de notificación por autoridad competente, es admisible que, en ciertos casos de daño evidente, sea suficiente para acreditar el "conocimiento efectivo" sobre el carácter ilícito de la información a la que derivan los buscadores, la notificación del damnificado.

XI. Derecho comparado

En los países en los que se ha legislado el tema se afirma que los "buscadores" no tienen una obligación general de "monitorear" (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web. Y, sobre esa base, se concluye en que los "buscadores", en principio, no son responsables por esos contenidos, que no han creado.

La directiva europea 2000/31 EC establece en su artículo 15.1: "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 arts. 12, 13 y 14" (39).

La legislación de Chile (40) sostiene algo similar.

Lo ley 12.965 de Brasil sobre "Marco Civil de Internet" (abril de 2014), establece que los proveedores no son responsables civilmente por daños provenientes de contenidos generados por terceros (art. 18), lo que armoniza con la inexistencia de una obligación general de monitoreo (arg. art. 9º, *in fine*).

La ley 34 de 2002, de España establece, como principio, que los prestadores que "faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios" (art. 17.1).

La inexistencia de una obligación de vigilancia fue resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el sentido de que es ilegal que un juez ordene a una operadora de telecomunicaciones a realizar una supervisión general de los datos que transmita en su red para evitar descargas ilegales de archivos protegidos por derechos de autor. La sentencia asegura que el establecimiento de este tipo de sistema de filtrado vulnera los derechos fundamentales de los clientes, como la protección de datos o la libertad de recibir y comunicar informaciones, y también infringe la libertad de empresa (41).

(39) Relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Remitimos para un análisis más amplio a Altmark, Daniel y Molina Quiroga, Eduardo, *Tratado de derecho informático*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, esp. ps. 42 y ss.

(40) Ley 17.336, modificada por la ley 20.345, mayo 2010, art. 85 p): "los prestadores de servicios referidos en los artículos precedentes no tendrán, para efectos de esta ley, la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas".

(41) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala Tercera, 24/11/2011, "Scarlet Extended SA vs Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)", *http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es.*, citado en Altmark-Molina Quiroga, *Tratado...*, cit.

En los Estados Unidos, el art. 230 de la *Communications Decency Act* establece que ningún proveedor de servicios informáticos interactivos será tratado como editor o vocero de información proporcionada por otro proveedor de contenidos informativos.

El conocido Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, Frank La Rue dijo en su informe para dicha Organización de las Naciones Unidas que nadie debiera estar sujeto a responsabilidad por un contenido en Internet del que no sea autor (mayo de 2011, p. 20) (42).

XII. Conocimiento efectivo

La Corte Suprema, al resolver el caso "R., M. B. v. Google y Yahoo", a modo de *obiter dictum* y como orientación, sobre un punto que merece diversas soluciones en el derecho comparado y acerca del cual no existe previsión legal, se pregunta si a los efectos del efectivo conocimiento requerido para la responsabilidad subjetiva, es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al "buscador" o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente. Es un tema que tiene diferente solución en el derecho estadounidense, que sigue el sistema del *notice and take down*, o en el derecho europeo, que en principio exige la notificación de una autoridad competente.

La mayoría entiende que, en ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nítidamente los casos en que el daño es "manifiesto y grosero", a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, lo que registra antecedentes en alguna legislación. Y aquí aparece —en nuestra opinión— una primera diferencia de criterio, que seguramente abre la puerta a nuevas polémicas.

Así, por ejemplo, la ya citada Ley de Brasil establece en su art. 19 que "Con el objetivo de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet solamente podrá ser responsabilizado por daños que surjan del contenido generado por terceros si, *después de una orden judicial específica*, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, tornar indisponible el contenido especificado como infractor, exceptuando las disposiciones legales que se opongan. § 1º La orden judicial de que trata este artículo deberá contener, bajo pena de nulidad, identificación clara y específica del contenido especificado como infractor, que permita la localización inequívoca del material. § 2º La aplicación de lo dispuesto en este artículo para infracciones a derechos de autor y a derechos conexos depende de la previsión legal específica, que deberá respetar la libertad de expresión y las demás garantías previstas en el artículo 5 de la Constitución Federal. § 3º Las causas judiciales que traten sobre el resarcimiento por daños surgidos de contenidos disponibles en Internet relacionados a la honra, la reputación y a derechos de personalidad, así como sobre la indisponibilidad de esos contenidos por proveedores de aplicaciones de Internet, podrán ser presentadas mediante los juzgados especiales. § 4º El juez, incluso en el procedimiento previsto en el § 3º, podrá anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, existiendo la prueba inequívoca del hecho y considerando el interés de la colectividad en la disponibilidad del contenido en Internet, estando presentes requisitos de verosimilitud de la alegación del autor y de temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación".

Pero en su art. 21, admite que "El proveedor de aplicaciones de Internet que haga disponible contenido generado por terceros será responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad resultado de la divulgación, sin autorización de sus participantes, de imágenes, de videos y de otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado cuando, posterior al recibimiento de la notificación por el participante o su representante legal, dejar de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la indisponibilidad de ese contenido. Párrafo único. La notificación prevista en el artículo deberá contener, bajo pena de nulidad, elementos que permitan la identificación específica del material apuntado como violador de la intimidad del participante y la verificación de la legitimidad para presentación del pedido".

(42) Texto completo en *http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1.*

Es decir que, si bien la regla es la notificación judicial, para que pueda imputarse responsabilidad a los intermediarios por contenidos generados por terceros, cuando se trata "... de imágenes, de videos y de otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado", la notificación particular es eficaz, con los requisitos que se aclaran en el último párrafo.

En nuestra presentación como *amicus curiae* en la causa "R., M. B. v. Google" sostuvimos que la responsabilidad de los buscadores era subjetiva, y que su eventual negligencia ocurriría cuando hubieran tenido una notificación fehaciente de la publicación cuestionada, pero que nos preocupaba que el fallo de segunda instancia no dijera nada sobre las características de esta notificación para que fuera considerada fehaciente: ya que no se imponían requisitos de validación de la personería de quien suscribiera la notificación, de temporalidad, o al menos, indicar que debía ser efectuada a la persona correspondiente para que pudiera considerarse que la empresa tomó efectivo conocimiento. No se exigía tampoco ningún mecanismo para prevenir conductas abusivas, como por ejemplo, que la notificación tuviera carácter de declaración jurada (43).

Y en lo que más énfasis pusimos —y mantenemos esa convicción— era nuestra preocupación sobre que la facultad de bloquear los vínculos quedara en cabeza de una empresa privada, que adquiere de este modo facultades de censura que ni la Constitución, ni los Tratados internacionales le confieren. En este aspecto la reciente ley de Brasil (art. 19) o la ley chilena exigen una orden judicial, o la ley española una orden de autoridad competente, y esto permite respetar la libertad de expresión y el derecho a la información, sin descuidar los derechos personalísimos que pudieran resultar afectados, al ser un órgano público e imparcial quien resuelve el conflicto de derechos.

Y agregamos, como supuesto de excepción que, en todo caso, pueden implementarse procedimientos de bloqueo transitorio hasta que un órgano judicial dilucide la procedencia del pedido o la eliminación del vínculo, recordando que el buscador no aloja el contenido, sino la URL que conduce al mismo. Este mecanismo está contemplado para los casos de datos personales por la ley 25.326 argentina o la reciente Ley Federal de Protección de Datos Personales en poder de particulares de México, por poner algunos ejemplos.

También nos parece conveniente, como establece la ley de Brasil, describir con más precisión qué casos hacen procedente, sin mayor investigación, el bloqueo, y qué otros requieren un análisis más profundo por parte de un tercero imparcial.

En el voto de la entonces mayoría de la Corte Suprema (en "Rodríguez v. Google"), se realiza una enumeración de casos de "manifiesta ilicitud" (44) y se afirma que "la naturaleza ilícita —civil o penal— de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento". Ello provoca el riesgo de

(43) Ver al respecto lo dispuesto por el art. 20 de la Ley de Brasil: responsable por el contenido al que se refiere el artículo 19, corresponderá al proveedor de aplicaciones de Internet comunicarle los motivos e informaciones relativos a la indisponibilidad de contenido, con informaciones que permitan la contradicción y amplia defensa en juicio, salvo expresa previsión legal o salvo expresa determinación judicial fundamentada en contra.

Párrafo único. Cuando sea solicitado por el usuario que hizo disponible el contenido que ha sido hecho indisponible, el proveedor de aplicaciones de Internet que ejerza esa actividad de forma organizada, profesionalmente y con fines económicos, sustituirá el contenido indisponible, por la motivación o por la orden judicial que fundamenta la indisponibilidad.

(44) Los integrantes de la Corte en el voto mayoritario dicen que son casos de manifiesta ilicitud o de contenidos dañosos, "la pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual".

terminar habilitando un sistema de notificación privada, delegando en una empresa la decisión de desvincular todas las informaciones que cualquier afectado considere que lo lesionan, o de determinar cuáles son de interés público o no.

No compartimos la amplitud de esta enunciación, que quizás termine siendo equilibrada por la segunda parte del voto de la mayoría cuando señala que "Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al "buscador" que supla la función de la autoridad competente, ni menos aún la de los jueces y que, por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada".

El voto de la minoría, en este aspecto, aunque es menos explícito sobre qué tipo de notificación es necesaria (de autoridad competente o del afectado) nos parece más cerrado, y más cercano a nuestra posición, aunque en otro aspecto tengamos discrepancias. Allí se dice que solo habrá responsabilidad, además del caso de notificación fehaciente, cuando el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud, como p. ej.: "la incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil". El otro supuesto que contempla el voto de la minoría es la participación del buscador en la modificación o edición de la información, aspecto que merecería alguna precisión al respecto.

XIII. El buscador de imágenes

Finalmente, la diferencia más notable entre el voto de la mayoría y el de la minoría está centrada en la consideración del funcionamiento del buscador de imágenes y los *thumbnails* a que nos hemos referido precedentemente.

El voto de la mayoría entiende que "el *thumbnail*" tiene, respecto de la imagen original "subida" a una página de Internet, una función de mero "enlace". La misma que tiene el *snippet*, o pequeña porción del texto que contiene esa página. Dan idea al usuario del contenido de la página y le permiten decidir si accederá, o no, a aquella. Obviamente, la imagen original y el texto original —"subidos" a la página web— son responsabilidad exclusiva del titular de aquella, único creador del contenido. Por eso no corresponde aplicar al "buscador de imágenes", y al de "textos" normas distintas. Ambos "enlazan" a contenidos que no han creado. En consecuencia, la Cámara, cuando afirma que "el hecho de que la actora haya producido, sesiones fotográficas para distintas revistas no impide que el empleo de esas fotografías sin su consentimiento en un medio distinto haya representado un daño moral resarcible", atribuye al "buscador de imágenes" (y a su resultado, el *thumbnail*) la impropia condición de "medio" que ha "empleado" la imagen. Esa condición, según la caracterización del *thumbnail* que la misma Cámara ha dado, solo corresponde atribuirla —exclusivamente— al creador de la página web, que será quien deba responder por la eventual utilización impropia.

En cambio, el voto de la minoría razona de modo similar al de la Cámara, pero profundiza el argumento y sostiene que "a través de los *thumbnails* los buscadores utilizan, almacenan y reproducen, mediante una copia reducida, imágenes publicadas por terceros, con la posibilidad, incluso, de ser descargadas o impresas desde el propio sitio web de Google". En este aspecto —sostuvo el *a quo*— que "el hecho de que la actora haya producido sesiones fotográficas para distintas revistas no impide que el empleo de esas fotografías sin su consentimiento en un medio distinto haya representado un daño moral resarcible".

Y agrega "que frente a las posiciones referidas, cabe concluir que en el derecho argentino vigente es ineludible acudir al art. 31 de la ley 11.723, que establece claramente la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen. La aplicación referida, por lo demás, deviene clara ante la ausencia de distinción en la norma sobre el medio que se emplea. En función de ello, es pertinente reafirmar que, como ha dicho este tribunal, de una exégesis de la ley 11.723 se extrae que el legislador ha prohibido —como regla— la reproducción de la imagen en res-

guardo del correlativo derecho a ella, que solo cede si se dan específicas circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (Fallos 311:1171, considerando 4°; 335:2090) En tal orden de ideas, dado que el caso no presenta particularidades que configuren la excepción a la regla mencionada, cabe rechazar el agravio de la demandada, confirmando, en este aspecto, la decisión de la Cámara".

Reconocemos que el argumento es atractivo, pero nos parece que, con el mismo criterio, el pequeño resumen que, con voces del documento primario publicita el buscador, derivado del contenido del URL que ha recopilado, en consecuencia, podría ser aplicado también a los enlaces de texto, y toda la protección de la libertad de expresión y de acceso a la información que el fallo en general reivindica, corre el riesgo de desmoronarse.

Debe tenerse en cuenta que, en este aspecto, el art. 53 del Cód. Civ. y Com. de la Nación cuyo texto dice: "Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre".

Al respecto, más allá de compartirlo o no, debe mencionarse la ampliación de fundamentos del voto del ministro Carlos Rosenkranz en el caso Gimbutas, quien sostuvo —integrando la mayoría— que "De todos modos, y más allá de lo dicho anteriormente, aun cuando —por hipótesis— pudiese considerarse que un buscador 'capta', 'reproduce' o 'pone en el comercio' de algún modo la imagen de la actora, tampoco podría afirmarse la responsabilidad de la demandada pues, en virtud de lo acreditado en la causa, la actora consintió que su imagen fuera puesta a disposición de los usuarios de Internet por el buscador de la demandada.

"En primer lugar, es preciso aclarar que consentir algo es aceptarlo y que la exigencia de consentimiento expreso mencionada en el art. 31 de la ley 11.723 no puede entenderse como el requerimiento de que el consentimiento para la exhibición de una imagen deba ser concedido exclusivamente con una forma determinada o sacramental. De ser así el legislador lo hubiera dicho de modo explícito. Lo que exige el art. 31 de la ley 11.723, por el contrario, es una manifestación de voluntad positiva de aceptar la exhibición de una imagen propia. De acuerdo con lo establecido en dicho artículo, no basta una manifestación meramente tácita, contrafáctica o hipotética, ni tampoco una manifestación que sea el mero producto de una presunción legal (arg. arts. 917 a 919 del anterior Cód. Civil y 262 a 264 del Cód. Civ. y Com.). Es claro, además, que habiendo consentimiento en los términos del art. 31 de la ley 11.723, lo hay también en los términos del art. 53 del Cód. Civ. y Com.

"En segundo lugar, es importante destacar que cuando una persona, mediante una manifestación de voluntad positiva, consiente una determinada acción, obligación o estado de cosas, consiente todas las acciones, obligaciones o estados de cosas que sabe son su usual consecuencia normativa o fáctica. En este sentido, por ejemplo, es claro que cuando una persona consiente que una revista de moda exhiba su imagen en su tapa y sabe que uno de los modos de comercialización de las revistas de moda es su exhibición (directamente o mediante panfletos o *posters*) en escaparates de kioscos, consiente también que esa imagen sea allí exhibida. La manifestación de voluntad que permite que la imagen sea exhibida en las revistas y en los escaparates satisface las exigencias del art. 31 de la ley 11.723 y del art. 53 del Cód. Civ. y Com., en tanto es un acto de voluntad positivo que, como tal, no es tácito, pues no depende de una inferencia a partir de un acto distinto al de consentir, ni es contrafáctico ni hipotético, pues no es una mera conjetura ni, finalmente, es presumido por la ley, dado que no resulta de una directiva impuesta por disposición legal alguna.

"8°) En virtud de las consideraciones precedentes, quien consiente mediante una manifes-

tación de voluntad positiva que la imagen sea alojada en una página de Internet, tal como lo ha hecho la recurrente (véase sentencia de cámara, fs. 1475 vta.; recurso extraordinario, fs. 1492/1494; y auto de concesión, fs. 1508/1509 vta.; causa CIV 114474/2006/CS1) y conoce que Internet funciona con buscadores, tal como ha admitido la recurrente en su demanda (véase fs. 80 de la citada causa), consiente también que los buscadores faciliten al público usuario de Internet el acceso a su imagen.

"En suma, de acuerdo a los arts. 31 de la ley 11.723 y 53 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y en virtud de que el modo de funcionamiento del buscador de la demandada no es *per se* ilegal, la recurrente no puede pretender que Google deje de facilitar a los usuarios de Internet el acceso a sus imágenes. Al permitir que dichas imágenes sean allí alojadas, la recurrente ha consentido también que el acceso a sus imágenes sea facilitado por buscadores como el de autos.

"9°) La actora, tal como lo autorizan los arts. 31 de la ley 11.723 y 55 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, puede revocar el consentimiento prestado para la exhibición de su imagen, pero ese derecho debe ser ejercido, en principio y salvo casos extraordinarios, no por ante la demandada —que, vale insistir, es un simple intermediario—, sino por ante aquel a quien el consentimiento fue prestado originalmente. Esta solución se justifica pues, como antes se dijo, no es la demandada quien 'capta', 'reproduce' o 'pone en el comercio' las imágenes de la actora.

"10) Por último, en lo que atañe al art. 5° de la ley 25.326, aun si dicha norma resultara aplicable al caso como propone la actora, ello no alteraría la solución de la causa. En efecto, por un lado, la actora ha prestado su consentimiento en los términos de los considerandos precedentes y, por otro lado, se trataría de datos obtenidos de fuentes de acceso público irrestricto (art. 5°, punto 2, inc. a]).

"11) Las conclusiones, precedentes en modo alguno importan desconocer el impacto que pueden tener los motores de búsqueda en la potenciación de los daños por imágenes alojadas en Internet en infracción de derechos personalísimos.

"El daño que se puede causar a través de Internet por los buscadores es una cuestión que esta Corte no ha descuidado y no debe descuidar, por lo que toda decisión que se adopte debe ser compatible con la necesidad de proteger a aquellos cuyos derechos pueden ser dañados. Es necesario entonces contar con un estándar que armonice el bien público del incremento de la adquisición de información y la facilitación de su difusión con los derechos personalísimos, entre los que se incluye el derecho a la imagen de la persona, tal como se precisara en el considerando 22 de la causa 'Rodríguez, María Belén' (Fallos 337:1174) y en el considerando 3° que precede. En autos, sin embargo, la sentencia apelada ha determinado que no se ha configurado dicha causal de responsabilidad y la decisión, en el punto, ha quedado firme".

Es una nueva versión interpretativa que se agrega al profuso repertorio de opiniones al respecto.

XIV. Aplicación del principio precautorio o función preventiva de la responsabilidad

Un aspecto que creemos ha pasado relativamente desapercibido, y sobre el que los ministros que votan en disidencia no han insistido en el caso "Gimbutas", es la invocación de la función preventiva de la responsabilidad —en el caso señalado como "principio precautorio"—, incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación en los arts. 1710 y ss. (45), en supuestos de responsabilidad de los buscadores.

Como se recordará, el voto de la minoría, en su primera parte, argumenta que, por lo general, los buscadores proveen, sin modificarlos y automáticamente, contenidos de los sitios que pertenecen a terceros los cuales, por otra parte, como consecuencia de la dinámica propia de la red, sufren permanentes alteraciones. Continúa sosteniendo que, en las condiciones actuales del desarrollo tecnológico expuestas en este caso, esa actividad no permite prevenir, de manera genérica y sin una notificación o reclamo previo del interesado, eventuales daños a terceros. En efecto, basta con atender al funcionamiento de los motores de búsqueda

(45) En consecuencia, no vigente cuando se emitió el pronunciamiento en "Belén Rodríguez".

antes referido, particularmente a las características de los procesos necesarios que se deben realizar para concretar la búsqueda y posterior indexación de la información disponible en la red, como para descartar que la demandada se encuentre en condiciones técnicas y jurídicas de evitar, de forma generalizada y anticipadamente, eventuales resultados lesivos.

Y agrega que, aun en el supuesto de que fuera técnicamente viable, subsistiría una imposibilidad de orden jurídico para determinar, *prima facie*, la ilicitud de la publicación de la información que realizan terceros (con excepción de aquellos supuestos de palmaria ilicitud). En efecto, resulta imposible determinar *a priori*, mecánicamente, si la vinculación a una información o a un determinado contenido reúne, en el caso concreto, los requisitos de un comportamiento lesivo. No puede desconocerse, que el daño a la imagen u otro derecho personalísimo depende también de cada persona, física o jurídica y de las circunstancias del caso. En algunos supuestos, la conexión de una imagen personal con páginas de contenido diferente puede ser perjudicial, mientras que, en otros, puede ser beneficiosa, como un modo de publicidad o de llamar la atención en algún tema específico. Y concluye que, en consecuencia, la mera actividad de indexar los contenidos publicados por terceros para ser ofrecidos a los usuarios del servicio del buscador se encuentra dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la difusión de información, conformando una actividad lícita que excluye, *a priori*, un comportamiento antijurídico base de un eventual deber de responder.

Por ello, la minoría también descartó la invocación de actividad riesgosa (de los buscadores) como elemento autosuficiente para fundar la responsabilidad. En tal sentido, sostuvo que el riesgo es un factor de atribución, es decir, un elemento que requiere, en caso de existir, de los otros presupuestos del deber de responder que no se daban en el caso. Y consideró que no resultaba posible afirmarlo en nuestro ordenamiento, toda vez que la mera conexión o indexación no produce, por sí misma, ningún riesgo para terceros y los daños que puedan causarse son específicos y determinados. Y agregó que, tampoco en el nuevo Código Civil y Comercial (sancionado por la ley 26.994) ni en ninguna otra fuente existen elementos como para proceder a una calificación de este tipo que avale el agravio de la accionante.

La minoría también señaló que establecer un régimen de responsabilidad objetiva en esta actividad conduciría, en definitiva, a desincentivar la existencia de los "motores de búsqueda", que cumplen un rol esencial en el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en Internet.

Como puede apreciarse, la coincidencia de ambos votos en descalificar la procedencia del factor de atribución objetiva a la actividad de los buscadores fue absoluta y sin fisuras.

Asimismo, hubo coincidencia, en ambos votos, en que hay casos en que el "buscador" puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno, y ello ocurre cuando éste ha tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente. Así lo establecen los países que, como principio, consideran no responsables a los buscadores (*search engines*), pero a partir del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web, la "ajenidad" del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa.

Hemos expresado en otras publicaciones nuestro desconcierto con la segunda parte del voto de la minoría, en el caso "Belén Rodríguez", donde luego de afirmar que "En consecuencia, la actora tiene derecho a solicitar a la demandada que elimine aquellas vinculaciones entre su persona y ciertos sitios web de contenido sexual, erótico y pornográfico que haya identificado en forma precisa" (46), a partir del considerando 31) sostiene que "asimismo, cabe considerar la procedencia de una tutela preventiva —ante una amenaza cierta de daño— orientada tanto a eliminar otros enlaces existentes —no identificados— que vinculen el nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico, *como a evitar que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones de la mismas características,* todo ello con el objeto de prevenir que se produzca la

(46) Considerando 30 *in fine*.

repetición de la difusión de información lesiva de los derechos personalísimos de la actora" (la cursiva nos pertenece).Y agrega que "Sobre este punto, cabe dejar en claro que la libertad de expresión que protege a quienes realizan la actividad de buscadores en internet *no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo*" (la cursiva nos pertenece).

Más adelante, los Dres. Lorenzetti y Maqueda entienden que "En consecuencia, frente a situaciones como la planteada en autos, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que *también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los 'motores de búsqueda' adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos*" (la cursiva nos pertenece).

Esto significa, que para quienes así votaron, es posible imponer a los intermediarios de Internet una carga de monitoreo para evitar o prevenir que en el futuro sus enlaces dirijan a sitios web en los que se publiquen contenidos dañosos para una persona, o por lo menos imágenes.

No es intrascendente resaltar que, mientras el voto de la mayoría es terminante, ya que rechaza totalmente la demanda, tanto con respecto a los enlaces de texto como de imágenes, el voto de la minoría, que en sus primeros 30 considerandos parece rechazar la responsabilidad de los buscadores por contenidos que no son de su autoría, con las salvedades ya indicadas, y solo condenar el uso no autorizado de imágenes, culmina su argumentación con la revocación integral de la sentencia de segunda instancia.

En particular consideramos incompatible con los principios y estándares reseñados al inicio de este trabajo con la afirmación que es posible ordenar a los intermediarios que deben "evitar que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones de las mismas características, todo ello con el objeto de prevenir que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva de los derechos personalísimos de la actora".

Nos sorprende este apartado, pues significa que los buscadores deben convertirse en una suerte de gendarmes de Internet y, en definitiva, ser quienes decidan qué es "sexual, erótico y pornográfico", conceptos que pueden ser jurídicamente indeterminados, y no deben quedar a criterio o discreción de un particular, como serían las empresas de los buscadores.

Corresponde también aclarar que en el caso "Gimbutas", no se hace ninguna mención a la función preventiva o principio precautorio en esta materia, manteniendo, en cambio, la disidencia con respecto al uso de imágenes.

Por nuestra parte, insistimos que la intervención judicial debe ser la regla y solo en casos excepcionales y muy bien definidos, sería admisible la notificación del particular, que activaría un bloqueo temporal, hasta que la situación fuera dilucidada por el órgano judicial.

XV. Conclusiones

Es importante tener en cuenta que la minoría, en los últimos cinco considerandos de su voto en "Belén Rodríguez", menciona la función preventiva de la responsabilidad, y que en una lectura más detallada revoca el fallo de segunda instancia —no por el tema de los *thumbnails*, como todos piensan—, sino porque entiende que para prevenir un daño existe una acción (esto lo sostienen aun antes de la vigencia del nuevo Código), y que en función de ello no se puede negar una reparación. Esta consideración está absolutamente relacionada con los arts. 52, 53, 1710 y ss. del nuevo Cód. Civ. y Com.

El dilema es cómo se logra conciliar la garantía de la libertad de expresión con el respeto a los derechos personalísimos, en el contexto de sociedades multiculturales.

Existen nuevas tendencias jurisprudenciales sobre el rol de los buscadores, como la consagración del derecho al olvido en la UE con el fallo "Costeja González", sobre cuyas consecuencias nos remitimos a lo comentado precedentemente, en base a los "Estándares para una Internet libre, abierta e inclusiva", que compartimos.

La notificación judicial puede resultar un escollo debido al alto costo económico que implica el acceso a la justicia, pero sigue siendo la alternativa válida. En todo caso, podría imple-

mentarse una medida cautelar, que no tribute tasa de justicia, y crear un procedimiento autónomo (respetando proporcionalidad y debido proceso), para dilucidar si hay un problema de hipersensibilidad del presunto afectado, o realmente existe la violación de un derecho (47).

La posibilidad de ejercer facultades de censura no puede estar en manos de privados. La subjetividad que implica todo análisis debe quedar en manos del Poder Judicial.

Frente a la nueva normativa de derecho privado, es necesario imaginar procedimientos que preserven el factor de atribución subjetivo; que circunscriban a lo estrictamente necesario la función preventiva de la responsabilidad y que admitan, en ciertos casos de violación notoria, conductas cuya descripción sea taxativa, a fin de evitar interpretaciones que puedan vulnerar la libertad de expresión.

El actual Código Civil y Comercial es humanista y progresista. En todo caso, lo que se debe hacer es analizar cuál interpretación es funcional y eficaz para dar respuestas posibles a los problemas que existen y ponen en tensión libertad de expresión con intimidad, imagen, honor, protección de datos, etcétera.

En nuestro modesto parecer, la función preventiva de la responsabilidad resulta incompatible con una recta interpretación de las normas internacionales de derechos humanos, en materia de libertad de expresión, como creemos haber explicado en este trabajo.

(47) Los buscadores han adoptado como producto de su propia decisión —a partir del fallo europeo en "Costeja"— procedimientos breves de análisis, que admiten un bloqueo breve y temporal de la vinculación.

Competencia, innovación y tecnología en los medios de pago en la Argentina

POR **SANTIAGO J. MORA** (*)

I. Introducción

1. El objetivo del presente trabajo es efectuar una sucinta reseña sobre el estado actual de la competencia, la innovación y la tecnología en los medios de pago en la Argentina.

Esta cuestión tiene mucha importancia dentro de la materia que se ha dado en llamar "Fintech", en tanto —sin perjuicio de la dificultad para definir ese término en la actualidad (1)— en dicho ámbito se incluye el estudio de las empresas que han comenzado a competir con los bancos en los distintos verticales del negocio de aquellos (entre los que se encuentra por supuesto el vertical de los pagos), mediante el aprovechamiento de las herramientas tecnológicas que se han hecho accesibles comercialmente en los últimos años. En este contexto, la posibilidad de que surjan empresas de las llamadas Fintech, implementando estructuras de negocios innovadoras y aprovechando las potencialidades tecnológicas disponibles, dependerá en buena medida de cuan fácil sea ingresar y competir en los mercados correspondientes.

Igualmente, se le anticipa al lector que previo a comentar la situación en la Argentina, haremos una breve referencia a las características particulares de este tipo de mercados, así como al estado de situación en la Comunidad Europea, ámbito en el cual han ocurrido importantes novedades en los últimos años. Ello, para poder contrastar nuestra situación con la situación de los países en los que se habría avanzado un poco más con el análisis correspondiente. Estamos conscientes de que el presente tema merece un estudio más profundo y abarcativo del contexto internacional, incluyendo el análisis de la situación del resto de los países y un detalle de los distintos conflictos judiciales y de competencia que se han sucedido en cada jurisdicción, pero dado que las discusiones correspondientes se encuentran en un estado apenas germinal en nuestro país, en la presente oportunidad nos limitaremos a plantear una serie de apuntes que consideramos fundamentales sobre el tema, para impulsar su análisis.

2. Comenzando con el camino propuesto, observamos en primer lugar que si bien la intuición nos indica que la competencia resulta siempre beneficiosa, y que la competencia y la innovación se potencian recíprocamente,

---

(*) Abogado y magíster en Derecho & Economía. Socio de GPG Advisory Partners. Docente de la materia "Elementos de Derecho Comercial" en la UBA, y de la materia "Fintech" en la Universidad de San Andrés. Anteriormente, abogado en Tarjeta Monedero - Grupo Roggio, y gerente de Asuntos Jurídicos en Metrovías, habiendo trabajado también en organismos públicos y en el Poder Judicial. Investigador en el Centro de Estudios de Tecnología y Sociedad (CETYS) de la Universidad de San Andrés. Integrante de la Mesa de Innovación Financiera del Banco Central de la República Argentina. Miembro de la ONG Bitcoin Argentina.

(1) Ver, *e.g.,* World Economic Forum, "Beyond Fintech: A Pragmatic Assessment of Disruptive Potential in Financial Services", disponible en *http://www3.weforum.org/docs/Beyond_Fintech_-_A_Pragmatic_Assessment_of_Disruptive_Potential_in_Financial_Services.pdf* (accedido el 1/9/2018); y Asociación Española de FinTech e InsurTech (AEFI), "Libro Blanco de la Regulación FinTech en España", disponible en *https://asociacionfintech.es/libro-blanco-fintech-e-insurtech/* (accedido el 1/9/2018).

sin importar el mercado al que nos refiramos, desde el punto de vista del análisis económico y en el mercado de los servicios financieros ello habría merecido alguna discusión (2). Sin perjuicio de lo anterior, las investigaciones modernas han ayudado a identificar aquellas situaciones en las que la intervención del Estado en materia de competencia tiende efectivamente a promover la innovación y a mejorar la situación general de la sociedad (3).

En concreto, los medios de pago parecieran ser uno de esos ámbitos donde efectivamente se requiere la intervención del Estado para incentivar la competencia y la innovación, mejorando de esa manera la situación de la sociedad. Ello, en virtud de las distintas particularidades que existen en el caso, y que se describen en el siguiente punto.

3. En primer lugar, por un lado, debemos decir que entre las particularidades de los medios de pago encontramos que hay muchos tipos de sistemas que compiten y se vinculan entre sí. Por otro lado, debemos observar también que en dichos sistemas puede haber además una serie de mercados verticalmente relacionados, en los cuales el nivel de competencia en uno puede afectar a los otros.

En un trabajo anterior en el cual analizamos distintos esquemas de pago en la Argentina (4), nos referimos al género llamado "sistemas electrónicos de pago". Aunque dicho género no se encuentra previsto en la legislación argentina, recurrimos a él por la utilidad que tiene para enmarcar, vincular y distinguir una importante cantidad de esquemas de negocios que se utilizan en la actualidad para facilitar pagos electrónicos.

---

(2) En este sentido, mencionamos por ejemplo que en el blog "Ideas de Peso" del Banco Central de la República Argentina se sostuvo recientemente que "desde el punto de vista teórico existen enfoques contrapuestos acerca del impacto de la competencia sobre las posibilidades y condiciones de acceso a los servicios financieros. La hipótesis del poder de mercado postula que mayor competencia en el sistema bancario incrementa la eficiencia de las entidades, disminuye el costo del financiamiento y mejora el acceso. Por su parte, la hipótesis de información argumenta que en presencia de problemas de información asimétrica entre prestamistas y deudores (donde una de las partes del contrato cuenta con mayor información que la otra y buscará explotarla en su beneficio) los bancos deben invertir en adquisición de información privada (y en mantener relaciones de largo plazo con sus clientes) para atemperar la desventaja informativa. Un nivel de competencia más elevado desincentiva este proceso en detrimento de las posibilidades de acceder a servicios financieros por parte de empresas y familias". Sin perjuicio de aquello, en la publicación referida se aclaró que "[s]i bien los trabajos empíricos presentan resultados a favor de una u otra postura, en general, se advierte mayor apoyo de la hipótesis del poder de mercado". Sangiácomo, Máximo, "Competencia en el sistema financiero argentino. Medidas alternativas", publicado en el blog "Ideas de Peso" del Banco Central de la República Argentina con fecha 31/7/2018, disponible en *https://ideasdepeso.com/2018/07/31/competencia-en-el-sistema-financiero-argentino-medidas-alternativa s/* (accedido el 1/9/2018).

(3) Baker, Jonathan B., "Beyond Schumpeter *vs.* Arrow: How Antitrust Fosters Innovation", *Antitrust Law Journal,* vol. 74, Nro. 3, 2007. Disponible en *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_ id=962261* (accedido el 1/9/2018). El autor citado menciona que la relación entre innovación y competencia también ha estado sujeta a controversias. Al respecto observa, por un lado, que en los orígenes de su análisis, entre los años 30 y 40, una posición asociada con Joseph Schumpeter sostuvo que los monopolios favorecían la innovación; y que, por otro lado, la posición contraria, asociada con Kenneth Arrow, sostuvo en la década de 1960 que es la competencia la que favorece la innovación. El autor mencionado plantea igualmente que "[e]n particular, un programa de aplicación de la ley antimonopolio diseñado para promover la innovación atacaría las reducciones directas en la competencia de la innovación; protegería la competencia en los mercados donde el ganador se lleva todo o el ganador se lleva la mayor parte; protegería la competencia en mercados en los que los probables desarrollos tecnológicos o regulatorios o el rápido crecimiento de la demanda determinan en gran medida el alcance de la competencia futura; restringiría los acuerdos horizontales para fijar precios o asignar clientes; restringiría acuerdos entre rivales que faciliten la coordinación sin justificación comercial plausible; y restringiría las fusiones horizontales que probablemente reduzcan la competencia en el mercado de productos". En el mismo sentido, se observa que otros autores han aseverado también que la innovación tiene significativas implicaciones estratégicas para las empresas del sector al cambiarles el ámbito de competencia y la dinámica de la industria; cf. Zachariadis, Markos y Ozcan, Pinar, "The API economy and digital transformation in financial services: The case of Open Banking", 15/7/2017, disponible en *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id= 2975199* (accedido el 1/9/2018).

(4) Mora, Santiago J., "Una actualización sobre el dinero electrónico", publicada en la *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías (RDYNT)*, CETYS-UDESA, 2017-1.

Los sistemas electrónicos de pago se han delimitado diciendo que tienen por objeto "facilitar la transferencia de valores monetarios mediante un conjunto complejo y no ambiguo de pasos, los cuales establecen un protocolo de pago electrónico" (5); y han sido clasificados —entre otras formas— en (a) "sistemas de pre-pago", (b) "sistemas de pago instantáneo", y (c) "sistemas de post-pago" (6). En los "sistemas de pre-pago" el usuario entrega al administrador cierta cantidad de dinero para afectarlo a pagos de bienes o servicios que se adquirirán en el futuro (*e.g.,* sistemas de dinero electrónico, como la tarjeta SUBE o la billetera PIM en Argentina). En los "sistemas de pago instantáneo" el usuario entrega al administrador la cantidad de dinero necesaria para pagar por un bien o servicio en el mismo momento en que ellos se están adquiriendo (*e.g.,* sistemas de tarjeta de débito o transferencias electrónicas de fondos). Y en los "sistemas de post-pago" el usuario entrega al administrador la cantidad de dinero necesaria para pagar por bienes o servicios que se adquirieron en el pasado (*e.g.,* sistemas de tarjeta de crédito) (7).

Al respecto, debe decirse que, sin perjuicio de la clasificación referida en el párrafo precedente, en muchos casos estos esquemas de negocios se vinculan fuertemente entre sí. Por ejemplo, con las billeteras electrónicas que se encuadran como esquemas de dinero electrónico se suele prever que la carga de dinero en las cuentas correspondientes a sus usuarios (lo que se llama hacer el *cash-in*) se haga mediante transferencias bancarias o con la tarjeta de crédito del mismo usuario. Por otro lado, dado que muchos de estos esquemas de negocios también permiten que el *cash in* a las cuentas de sus usuarios se hagan por ejemplo con la tarjeta de crédito de cualquier otra persona, en la práctica se menciona que dichos esquemas pueden funcionar también como "facilitadores", "agregadores" o "agrupadores" de sistemas de tarjetas de crédito, permitiendo que un comercio que no esté adherido directamente a ninguna red de tarjetas de crédito, pero sí sea titular de una cuenta de dinero electrónico, pueda recibir igualmente pagos de sus clientes con cualquiera de dichas tarjetas (8). Por estas razones, en la práctica suele suceder que los administradores de un esquema de negocios ubicado en alguna de las categorías referidas en el párrafo precedente, necesite la colaboración de algún administrador de un esquema de negocios ubicado en otra de las categorías. O también puede suceder que el encarecimiento de la operatoria de un negocio ubicado en una de las categorías de sistemas electrónicos de pago derive en el encarecimiento de la operatoria de otro negocio ubicado en otra de las categorías.

(5) Pastor Sempere, María del Carmen, *Dinero electrónico,* Edersa, Madrid, 2003, p. 43.

(6) Se han planteado varias clasificaciones de los sistemas electrónicos de pago, pero ante la importante dinámica de la técnica y de los esquemas de negocio, la mayoría se ha vuelto obsoleta o en la actualidad genera más confusión que utilidad, ver, *e.g.,* Mora, Santiago J., "Una actualización…", cit. En este contexto, consideramos que la clasificación que aquí desarrollamos todavía tiene vigencia, aunque también tiene sus limitaciones.

(7) Cf., Martínez Nadal, Apol-Lonia, *El dinero electrónico. Aproximación jurídica*, Civitas, Madrid, 2003, ps. 33 y 109; Pastor Sempere, María del Carmen, *Dinero electrónico,* cit., ps. 43 y 155; Hocsman, Heriberto Simón, *Negocios en Internet*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 129; y Rico Carrillo, Mariliana, *El pago electrónico en Internet: Estructura operativa y régimen jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, ps. 54-55.

(8) En la res. 17/2016, emitida por la Comisión de Defensa a la Competencia con fecha 29/9/2016, se expuso en nuestro derecho por primera vez sobre los "Facilitadores de Pago", también conocidos como "Agregadores" o "Agrupadores", entre los actores involucrados en los mercados de pagos. Al respecto, la resolución referida sostuvo que se trata de "empresas que cuentan con plataformas o sistemas que procesan pagos, y los ofrecen a los comercios para ventas online", que "fueron los últimos en incorporarse en la cadena de valor a partir de los avances de la tecnología", que "permite[n] a los comercios individuales, en particular a los de bajo nivel transaccional, obtener condiciones más ventajosas que las que obtienen con las entidades adquirentes", y que "hacen posible la realización de transacciones de pago online seguras y reduce los riesgos en que incurren tanto vendedores como compradores". Sobre ellos, la resolución referida también sostuvo que "resultan simultáneamente 'adquirentes' de comercios", que "compiten directamente con los bancos para adherir comercios que acepten sus tarjetas", y que "[p]ara funcionar como tal, el facilitador debe firmar un contrato con algún adquirente que tenga ese rol delegado por la marca de la tarjeta". La resolución mencionada se encuentra disponible en *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/ files/cndc_resol_invmerc_tarjetas_2.pdf* (accedida el 1/9/2018).

Además, para complejizar aún más la cuestión, debemos mencionar también que en los distintos esquemas de negocio mencionados pueden existir a la vez distintos mercados. En este sentido, se ha establecido que en los sistemas de tarjetas de crédito existen por ejemplo los siguientes mercados: (a) el mercado de los emisores de tarjetas, (b) el mercado de los adquirentes de comercios, (c) el mercado de los procesadores, y (d) el mercado de provisión de terminales o interfases para pagos electrónicos (9). En este contexto, y como fuera indicado más arriba, la falta de competencia en uno de los mercados mencionados tiene entidad para afectar la competencia en el resto; por ejemplo, si alguien que tiene posición dominante en un mercado se rehúsa a contratar con alguien que necesita algún tipo de servicio de su parte desde otro de los mercados. O, incluso, puede suceder que la excesiva competencia en uno de estos mercados genere problemas de competencia en otro. En este último sentido, se ha observado en particular que la competencia en el mercado de los emisores de tarjetas suele hacer que aumente la retribución de estos últimos, compuesta de lo que se llama "tasa de intercambio" (la parte de la comisión que el adquirente le cobra al comercio adherido y que luego le transfiere al emisor), generando un aumento en las comisiones que los adquirentes le cobran a los comercios adheridos, en contraste con el efecto de disciplina sobre los precios que suele tener la competencia en una economía de mercado (10).

Por último, se ha dicho también que existen en estos casos importantes asimetrías de información (11); y que una verdadera negociación de Coase no es posible en los sistemas de pago, ya que los costos de transacción son demasiado altos debido a la gran cantidad de participantes y las complejas relaciones entre ellos (12).

4. En la Comunidad Europea, la regulación que se emitió en los últimos años vinculada a los sistemas electrónicos de pago va en línea con la idea de que en estos mercados se requiere la intervención del Estado para incentivar la competencia y la innovación. Esta normativa, valga mencionar, habría surgido luego de que se plantearan una importante cantidad de casos de conflicto entre los actores involucrados, en cuyo contexto debieron intervenir distintas autoridades judiciales y de la competencia (13).

Sobre el particular, y en primer lugar, debe observarse que con fecha 29 de abril de 2015 se dictó el reglamento 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, norma mediante la cual se establecieron una serie de importantes medidas para fomentar la competencia y la innovación en los llamados "sistemas de tarjetas de pago", categoría que se incluye a los sistemas

(9) Ver res. 17/16, *supra* nota 8.

(10) Reglamento 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, considerando 10.

(11) Por ejemplo, se ha dicho que, si los consumidores se enfrentaran con el costo de sus transacciones, lo más probable es que utilizarían las tarjetas con las tarifas más bajas, pero las redes suelen imponer obligaciones contractuales a los comerciantes para que ello no suceda. En particular, las redes buscan asegurarse que los comerciantes no puedan cobrar precios diferentes (para reflejar las diferentes tarifas de tarjeta) para el mismo artículo a los consumidores que usan diferentes tarjetas, y los consumidores que pagan sus transacciones en efectivo. Por esta razón, aquellos consumidores que principalmente usan efectivo terminan pagando, a través de un mayor precio de los productos, por los costos de uso de la tarjeta. En definitiva, las transacciones con tarjeta están subsidiadas por las transacciones en efectivo. Economides, Nicholas, "Competition Policy Issues in the Consumer Payments Industry", 2009, disponible en *http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Competition _Policy_Payments_Industry.pdf* (accedido el 1/9/2018).

(12) Levitin, Adam J., "Private Disordering: Payment Card Fraud Liability Rules", 5/2/2011, publicado en *Brooklyn Journal of Corporate, Financial and Commercial Law*, vol. 5, ps. 1-48, 2011; Georgetown Law and Economics Research Paper Nro. 11-06, disponible en *https://ssrn.com/abstract=1570867* (accedido el 1/9/2018). La negociación de Coase ha sido postulada diciendo que "si los costos de transacción son nulos, no tenemos que preocuparnos por especificar las reglas legales referentes a la propiedad para alcanzar la eficiencia", por cuanto "un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad", Cooter, Robert & Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 117.

(13) Sobre el particular, *ver* Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Competition and Payment Systems", 2012, disponible en *http://www.oecd.org/competition/Payment Systems2012.pdf* (accedida el 1/9/2018).

de tarjeta de crédito y a los sistemas de tarjeta de débito (14).

(a) Al respecto, el reglamento referido estableció el máximo de las tasas de intercambio de las tarjetas de crédito en 0,3%, y el máximo de las tasas de intercambio de las tarjetas de débito en 0,2% (arts. 3º y 4º). De esta manera, se buscó generar una disminución de las comisiones que deben pagar los comercios adheridos, y aumentar la competencia de los administradores de las redes por incorporar adquirentes y comerciantes.

(b) Asimismo, el reglamento citado dispuso la separación del régimen de tarjetas de pago y las entidades procesadoras (art. 7º). En este contexto, se estableció que los regímenes de tarjetas de pago y las entidades procesadoras: (i) serán independientes en cuanto a contabilidad, organización y procesos de toma de decisiones; (ii) no presentarán de forma agrupada sus precios por las actividades que desarrollen como regímenes de tarjetas de pago y como entidades procesadoras, ni efectuarán subvenciones cruzadas entre dichas actividades; y (iii) no establecerán discriminación alguna entre sus filiales o accionistas, por una parte, y los usuarios de regímenes de tarjetas de pago y otros socios contractuales, por la otra, y en particular no supeditarán en modo alguno la prestación de ninguno de sus servicios a la aceptación, por su socio contractual, de cualquier otro servicio que ofrezcan. En el mismo sentido, la norma citada estableció que los regímenes de tarjetas de pago deben ofrecer la posibilidad de que los mensajes de autorización y compensación de cada una de las operaciones de pago con tarjeta sean separados y procesados por diferentes entidades procesadoras, y se estableció que los sistemas de las entidades procesadoras deberán ser interoperables entre sí (15).

(c) Finalmente, y entre otras cuestiones, el reglamento referido prohibió todas las disposiciones de los acuerdos de licencia, de las normas dispuestas por los administradores de las redes, y de los acuerdos suscritos entre los adquirentes y los comercios, que impidan a estos orientar a los consumidores hacia la utilización de cualquier instrumento de pago preferido por el comercio (art. 11). Esta prohibición abarca también toda norma que prohíba al comercio conceder a las tarjetas de un sistema un trato más o menos favorable que a las tarjetas de otros, o que impida a los comercios informar a los tarjetahabientes sobre las tasas de intercambio y las tasas de descuento (16).

(14) En este sentido, entre otros, el considerando 6 del reglamento referido establece que "[l]a seguridad, la eficiencia, la competitividad y el carácter innovador de los pagos electrónicos son fundamentales para que los consumidores, los comerciantes y las empresas puedan aprovechar plenamente las ventajas del mercado interior, en particular a medida que el mundo va avanzando hacia el comercio electrónico".

(15) La fundamentación de esto se explica en el considerando 33 del reglamento, el cual establece que se debe permitir a todas las entidades procesadoras competir por los clientes de los regímenes. Como el coste del procesamiento es una parte sustancial del coste total de la aceptación de una tarjeta, es importante que esta parte de la cadena de valor esté abierta a la competencia efectiva. A efectos de la separación del régimen y la infraestructura, los regímenes de tarjetas y las entidades procesadoras deben ser independientes en lo que se refiere a la contabilidad, la organización y el proceso de toma de decisiones. No deben comportarse de manera discriminatoria, por ejemplo, facilitándose entre sí un trato preferente o información privilegiada que no esté a disposición de sus competidores en sus respectivos segmentos del mercado, imponiendo exigencias de información excesivas a los competidores en sus respectivos segmentos del mercado, concediendo subvenciones cruzadas a sus respectivas actividades o utilizando dispositivos de gobernanza comunes. Tales prácticas discriminatorias contribuyen a la fragmentación del mercado y tienen un efecto negativo sobre la entrada en el mercado de nuevos agentes.

(16) La fundamentación de esto se explica en el considerando 34 del reglamento, el cual sostiene que las normas del régimen aplicadas por los administradores de tarjetas de pago y las prácticas seguidas por los proveedores de servicios de pago hacen que comerciantes y tarjetahabientes desconozcan las diferencias existentes entre las tasas y reducen la transparencia del mercado, por ejemplo al subsumir todas las tasas o prohibir a los comerciantes elegir una marca más barata entre las de las tarjetas de marcas compartidas u orientar a los tarjetahabientes hacia la utilización de tales tarjetas más baratas. Además, aun en el caso de que los comerciantes tengan conocimiento de los diferentes costes, a menudo las normas del régimen les impiden actuar para reducir las tasas. Asimismo, el considerado 35 siguiente establece que excepto cuando un instrumento de pago concreto venga impuesto por ley para determinadas categorías de pagos o no pueda ser denegado debido a su curso legal, el comerciante debe ser libre de orientar a los tarjetahabientes hacia la utilización de instrumentos de pago concretos.

5. La norma mencionada en el punto precedente se complementa con la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 2015/2366 "sobre servicios de pago" (identificada como "PSD2"), dictada el 25 de noviembre de 2015, y que reemplazó a la Directiva 2007/64/CE que regía sobre el mismo tema a partir del 13 de enero de 2018.

La PSD2 tiene entre sus objetivos el "lograr una apertura de los mercados de pagos para permitir que entren nuevos actores y aumente la competencia, ofreciendo más opciones y mejores precios a los consumidores" (17). Ello, mediante las iniciativas que se comentan a continuación.

(a) La PSD2 prohibió la discriminación en la contratación, y obligó a que las entidades de pago (concepto que abarca a todos los proveedores de servicios de pago no vinculados a la captación de depósitos o la emisión de dinero electrónico) tengan acceso a los servicios de cuentas de pago de las entidades de crédito (el equivalente a nuestras entidades financieras), etc. (arts. 35 y 36) (18).

(b) La PSD2 incorporó la regulación de dos nuevos servicios que se proyecta que impacten fuertemente en la materia. En primer lugar, se incorporó la figura de los "servicios de iniciación de pagos", que "desempeñan una función en el comercio electrónico al proporcionar un soporte lógico que sirve de puente entre el sitio web del comerciante y la plataforma bancaria en línea del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta del ordenante, con el fin de iniciar pagos por transferencia a través de Internet" (19). En segundo lugar, se incorporó

(17) Ver comentario a la norma en el sitio de la Comunidad Europea, en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX:32015L2366&qid=1535568271449* (accedido con fecha 1/9/2018). Al respecto se ha dicho que los objetivos principales de la PSD2 son dar mayor integración y soporte a un más eficiente mercado de pagos en Europa, así como promover la competencia en un ambiente donde nuevos jugadores como *Fintech startups* y una nueva generación de productos y servicios de pago están surgiendo; habiendo anticipado los reguladores que la PSD2 va a aumentar la innovación en el sector y además proveer mayor transparencia, seguridad, calidad de servicios, así como baja de precios para los usuarios, Zachariadis, Markos y Ozcan, Pinar, "The API economy…", cit.. En pocas palabras, mencionamos que la PSD2 regula la categoría de "proveedores de servicios de pago", que incluye a las empresas que pueden legítimamente prestar servicios de pago en toda la Unión, entre las que se encuentran las entidades de crédito, las entidades de dinero electrónico, y las entidades de pago. Ello a los efectos de establecer un régimen uniforme con relación a los llamados "servicios de pago", sin perjuicio de quien los brinde, regulando la relación entre los distintos proveedores entre sí, con relación a los usuarios y con relación a los comercios adheridos. Todo lo anterior, para equiparar las cargas y derechos de cada una de las partes involucradas en cada uno de los esquemas de pago que compiten entre sí en dichos aspectos, y sin perjuicio de que dichas empresas sigan sometidas a los requisitos prudenciales establecidos en distintas directivas.

(18) El art. 35 establece: "1. Los Estados miembros velarán por que las normas de acceso a los sistemas de pago de los proveedores de servicios de pago autorizados o registrados que sean personas jurídicas sean objetivas, no discriminatorias y proporcionadas, y no dificulten el acceso más de lo que sea necesario para prevenir riesgos específicos, tales como riesgos de liquidación, riesgos operativos y riesgos de explotación, y garanticen la estabilidad operativa y financiera del sistema de pago. Los sistemas de pago no podrán imponer a los proveedores de servicios de pago, a los usuarios de servicios de pago o a otros sistemas de pago ninguno de los requisitos siguientes: a) normas que restrinjan la participación efectiva en otros sistemas de pago; b) normas que discriminen entre los proveedores de servicios de pago autorizados o entre proveedores de servicios de pago registrados en relación con los derechos, obligaciones y facultades de los participantes, ni c) restricciones basadas en el estatuto institucional […]". El art. 36, por su parte, dispone que "[l]os Estados miembros velarán por que las entidades de pago tengan acceso a los servicios de cuentas de pago de las entidades de crédito de forma objetiva, no discriminatoria y proporcionada. Dicho acceso será lo suficientemente amplio como para permitir que las entidades de pago presten servicios de pago sin obstáculos y con eficiencia. En caso de denegación, la entidad de crédito de que se trate expondrá a la autoridad competente la decisión debidamente motivada de la misma".

(19) Considerando 27. El considerando 29 luego agrega que "[l]os servicios de iniciación de pagos permiten al proveedor del servicio de iniciación de pagos dar al beneficiario [comerciante] la seguridad de que el pago se ha iniciado. La finalidad de estas seguridades es dar un incentivo al beneficiario para que entregue el bien o preste el servicio sin dilación indebida. Tales servicios ofrecen una solución de bajo coste tanto a los comerciantes como a los consumidores, y ofrecen a estos últimos la posibilidad de hacer compras en línea aun cuando no posean tarjetas de pago", y el considerando 32 dispone que dichos servicios "se basan en el acceso directo o indirecto de los proveedores de servicios de iniciación

la figura de los "servicios de información sobre cuentas", que "proporcionan al usuario del servicio de pago información agregada en línea sobre una o varias cuentas de pago mantenidas en otro u otros proveedores de servicios de pago, a la que se accede mediante interfaces en línea del proveedor del servicio de pago gestor de cuenta, lo que permite al usuario del servicio de pago tener en todo momento una visión global e inmediata de su situación financiera" (20).

Esto último tiene relación con lo que se ha dado en llamar "Open Banking", que se define como "la forma segura que tienen los usuarios de servicios financieros de brindar a otros proveedores de servicios acceso a su información financiera" (21). Se estima que ello va a ser de mucha utilidad para los consumidores financieros, en tanto permitirá que un cliente pueda consolidar en una sola plataforma la información de las cuentas que tiene con distintos proveedores, así como procesar la información correspondiente de una mejor manera (22). También se estima que ello permitirá a los usuarios hacer un mayor y mejor uso de su información personal, tanto para lograr que otras empresas distintas a su proveedor de servicios financieros puedan hacer un mejor *scoring* sobre él y le otorguen créditos con mejores tasas, como para coadyuvar con el *onboarding* digital que quieran hacer otras empresas (23), etcétera.

---

de pagos a las cuentas del ordenante. El proveedor de servicios de pago gestor de cuenta que proporcione un mecanismo de acceso indirecto debe permitir también el acceso directo para los proveedores de servicios de iniciación de pagos". Ver también punto 15 del art. 4, y los arts. 46, 47, 66, 67, 90, y 97, entre otros.

(20) Considerando 28. Ver también punto 16 del art. 4, y los arts. 33 y 67, entre otros.

(21) *https://www.openbanking.org.uk/customers/what-is-open-banking/* (accedido el 1/9/2018). Al respecto, se ha dicho que la transparencia del mercado (el acceso público a la información sobre el precio, la calidad, y disponibilidad de bienes) es un ingrediente necesario para lograr mercados justos y eficientes. En el mercado teórico ideal con competencia perfecta, los consumidores tendrían acceso a información completa sobre bienes y los servicios, y la competencia reduciría los precios y aumentaría la calidad. Una forma de lograr ello es exigir a los titulares de los datos que mantengan las llamadas "Aplicaciones de Interfases Abiertas" (APIs, por *Application Programming Interfaces*), las cuales son funciones de *software* que permiten a los desarrolladores acceder a datos almacenados en sistemas informáticos en un formato pre-especificado. Las APIS permiten una ágil comunicación entre distintos sistemas de una misma empresa o de distintas empresas, y no presenta un aumento de riesgos de seguridad. Si bien en versiones anteriores del *software* se requería a los consumidores compartir sus credenciales bancarias, las últimas versiones de estas aplicaciones pueden usar protocolos más nuevos, como el llamado "OAuth 2.0", que permite a las instituciones financieras mantener el control de los datos de inicio de sesión del cliente. Castro, Daniel y Steinberg, Michael, "Blocked: Why Some Companies Restrict Data Access to Reduce Competition and How Open APIs Can Help", 6/11/2017, disponible en *https://ssrn.com/abstract=3108763* (accedido el 1/9/2018).

(22) Existen muchas expectativas en la doctrina con relación a estas medidas, y se espera que con las mismas la competencia y la innovación en el sector se vean vigorizadas. Ello, en tanto se entiende que con ellas se atacan dos conocidos problemas en el sector: la asimetría de la información y una débil competencia. Con relación a la asimetría en la información, se sostiene que ha sido ampliamente demostrado que los consumidores encuentran generalmente difícil el evaluar los productos financieros correctamente. No solo porque muchos de ellos son inherentemente complejos, sino porque las decisiones de los consumidores están afectadas por una amplia gama de sesgos. Con relación a los problemas de competencia, se observan problemas de bloqueo de los propietarios de cuenta. Al respecto, el remedio que se propone es que los consumidores puedan verse motivados a cambiar de cuenta en función de los conocimientos mejorados que las Fintech pueden proporcionarles sobre su situación financiera general y los productos financieros alternativos disponibles para ellos en función de su situación específica. Al respecto, ver Vezzoso, Simoneta, "Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy", enero de 2018, publicado en *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3106594* (accedido el 1/9/2018). Igualmente, debe mencionarse que existen autores que han observado el riesgo que estas medidas pueden conllevar, en el sentido de que uno de los efectos de lo que se llama "Open Data" en general es un aumento sustancial de la cantidad de información personal colectada, procesada y expuesta, con lo que —si no se generan protecciones legales adecuadas— ello puede derivar en un detrimento de la situación de los titulares de dicha información; ver Kemp, Katharine y Vaile, David, "Joint Submission to Treasury on the Open Banking Review Final Report", 23/3/2018, disponible en *https://ssrn.com/abstract=3150138* (accedido el 1/9/2018).

(23) Se ha hablado de los "costos de identidad" como la parte de los "costos de transacción" que están relacionados con la identificación inicial, y las subsecuentes verificaciones de las partes en un intercambio, así como de lo que se está negociando. Berg, Alastair - Berg, Chris - Davidson, Sinclair - Potts, Jason, "Identity As Input to Exchange", 2/5/2018, disponible en *https://ssrn.com/abstract=3171960* (accedido el 1/9/2018).

Estas disposiciones están en línea con una de las novedades incorporadas por el reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (identificado como "GDPR"), la cual se conoce como el "derecho a la portabilidad de los datos". El propósito de este nuevo derecho, se ha dicho, es empoderar a los titulares de los datos y otorgarles un mayor control sobre sus propios datos personales en la medida en que facilita su derecho a mover, copiar o transmitir datos personales de un entorno IT a otro, ya sea el suyo propio, a un sistema de confianza de un tercero o al de otra compañía (24).

(c) Asimismo, la PSD2 incorporó una serie de disposiciones relativas a la seguridad, a las comunicaciones y a la autenticación, estableciendo entre otras cuestiones que la Autoridad Bancaria Europea (ABE) debía elaborar directrices al respecto, para ser dictadas luego por la Comisión Europea, requiriendo que se apliquen mecanismos de autenticación reforzada y los casos de exención (arts. 95 a 98) (25), etcétera.

La razón por la cual se habría decidido regular estas cuestiones —lo cual, valga mencionar, generó críticas de distintos sectores (26)— tendría que ver con fijar las pautas de interoperabilidad necesaria entre las infraestructuras de los distintos actores para garantizar las disposiciones reseñadas en los puntos precedentes (27), pero también tendría que ver con la consideración de algunos autores sobre que la competencia por sí sola no resulta suficiente en los medios de pagos para ordenar de la mejor manera los temas vinculados a la seguridad. Con relación a esto último, citamos por ejemplo al autor norteamericano Adam J. Levitin (28), quien sostuvo que en los mercados de tarjetas de pago, a menudo, la responsabilidad por el uso fraudulento de la tarjeta no se coloca sobre la persona que está en mejores condiciones de contener el fraude en cuestión, sino en la parte más inelástica del precio (aquellos cuya demanda por los servicios de un sistema de pago es la menos sensible a los cambios de precios), incluso si esa parte tiene poca o ninguna capacidad para prevenir o mitigar las pérdidas. El autor citado entiende que ello se observa con claridad en el ámbito del "Comercio No Presencial" (CNP), en donde el administrador de la red asigna dicha contingencia en principio sobre el comerciante, quien poco puede hacer al respecto.

En este contexto, y sin perjuicio del análisis jurídico que se podría hacer sobre la cuestión referida precedentemente, el autor referido observa que atribuirle al comercio adherido la responsabilidad por las operaciones fraudulentas en el ámbito del CNP (en lugar de a otros intervinientes que estarían en mejores

(24) Grupo de Autoridades Europeas de Protección de Datos, disponible en *http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_annex_en_40854.pdf* (accedido el 1/9/2018). Sobre el particular, el art. 20 de la GDPR establece: "1. El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado [...]. 2. Al ejercer su derecho a la portabilidad de los datos de acuerdo con el apartado 1, el interesado tendrá derecho a que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible [...]".

(25) Al respecto, el considerando 95 de la directiva parte de considerar que "[l]a seguridad de los pagos electrónicos es fundamental para garantizar la protección de los usuarios y el desarrollo de un entorno adecuado para el comercio electrónico. Todos los servicios de pago ofrecidos electrónicamente deben prestarse con la adecuada protección, gracias a la adopción de tecnologías que permitan garantizar una autenticación segura del usuario y minimizar el riesgo de fraude". Asimismo, en el considerando 96 se consideró que "[l]as medidas de seguridad han de ser compatibles con el nivel de riesgo que entraña el servicio de pago. Para permitir el desarrollo de medios de pago accesibles y de fácil uso para pagos de bajo riesgo (por ejemplo, los pagos de escasa cuantía y los pagos sin contacto en el punto de venta, basados o no en un teléfono móvil), en las normas técnicas de regulación se deberían especificar exenciones de la aplicación de los requisitos de seguridad". En este último considerando se agregó que "[e]s necesario que las credenciales de seguridad personalizadas se utilicen adecuadamente, para limitar los riesgos de captación de datos mediante suplantación de identidad (*phising*) y otras actividades fraudulentas".

(26) Ver *https://www. fidefundacion.es/La-nueva-Directiva-sobre-Servicios-de-Pago-actualiza-un-mercado-muy-cambiante_a389.h tml* (accedido el 1/9/2018).

(27) Comisión Europea, "Libro Verde. Hacia un mercado europeo integrado de pagos mediante tarjeta, pagos por Internet o pagos móviles", disponible en *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0941: FIN:ES:PDF* (accedido el 1/9/2018).

(28) Levitin, Adam J., "Private Disordering...", cit.

condiciones para evitar el riesgo (29)), deriva en que en el sistema no se adopten de manera espontánea las medidas de seguridad que serían eficientes para evitar este tipo de fraudes. Ello, por cuanto los comerciantes adheridos, los principales interesados en que dichos fraudes disminuyan (por ser quienes soportan sus costos), nada pueden hacer para ello. El problema deriva de que el rol de establecer estándares de seguridad para el sistema recae en los administradores de las redes, y que dichos administradores compiten entre sí por la membresía de los emisores de tarjetas. Por tal razón, el autor citado entiende que si una red requiriera mayores medidas de lucha contra el fraude por parte de los emisores, les impondría costos adicionales y se haría menos atractiva para ellos, por cuanto el emisor asumiría el costo total de la lucha contra el fraude pero los beneficios se devengarían principalmente al comerciante (30).

Por todo lo dicho, es que el autor citado sugirió un par de respuestas regulatorias complementarias. En primer lugar, postuló que los reguladores debían desarrollar un sistema para coordinar las medidas de seguridad de las tarjetas de pago con una gobernanza que represente adecuadamente a todas las partes involucradas (31). Y, en segundo lugar, sostuvo que el Estado debería alentar a las redes de tarjetas a competir más enérgicamente por los comerciantes, ya sea mediante legislación o reglamentación o mediante la aplicación de normas de competencia (32).

II. Situación en la Argentina

6. En la Argentina, un hito importante en la materia se dio con fecha 29 de agosto de 2016, cuando la Comisión Nacional de Defensa a la Competencia (CNDC) dictó la res. 17/2016, en la cual se analizó con profundidad el estado de la competencia en los sistemas de tarjetas

(29) El autor citado sostiene que la capacidad de los emisores para evitar el fraude CNP ha aumentado drásticamente en los últimos años. En una transacción CNP, es fácil exigirle al titular de la tarjeta el transmitir no solo los datos de la tarjeta de la cuenta y el valor de verificación de esta (CVV), sino también la dirección y el teléfono de facturación, o la información de la dirección de correo electrónico. Si se requiere información adicional, un estafador necesita más que la tarjeta física (que es fácil de falsificar dado que la tecnología de banda magnética ahora tiene más de treinta años de antigüedad) o una copia de la cara de la tarjeta para usarla con éxito. Por otro lado, el emisor puede usar herramientas estadísticas de prevención de fraude llamadas redes neuronales que pueden identificar anomalías en el comportamiento del gasto analizando las transacciones en relación con el historial del titular de la tarjeta, buscando valores atípicos en la geografía, el tipo de comerciante y el monto de la transacción. Existen también esfuerzos adicionales que se pueden implementar, como el uso de métodos de identificación de dos factores, como PINs generados aleatoriamente que solo el titular de la tarjeta conocería.

(30) El autor citado sostiene que los emisores tienen poco interés en subsidiar a los comerciantes, por lo que si una red impusiera unilateralmente medidas de seguridad más exigentes y costosas correría el riesgo de perder emisores con relación al resto de las redes. El autor referido se pregunta también si la situación descripta es eficiente según Kaldor-Hicks. En concreto: ¿Por qué los comerciantes simplemente no pagan a los emisores por mayores medidas de seguridad hasta el punto en que no haya un beneficio marginal? La respuesta negativa se debe a un problema de coordinación debido a las altas transacciones (hay millones de comerciantes y miles de emisores que deben coordinarse) y debido a un problema de *free-riding*. Los beneficios de la prevención mejorada del fraude del emisor son compartidos por todos los comerciantes. Si un comerciante paga por una mejor seguridad, debería compartir los beneficios con los *free-riders*.

(31) El autor citado considera que el mecanismo de coordinación actual para la seguridad de las tarjetas de pago —el Consejo de Normas de Seguridad de la Industria de Tarjetas de Pago— presenta una estructura de gobierno que no representa adecuadamente todos los intereses en las redes de tarjetas de pago ni les proporciona el debido proceso. Como resultado, entiende que se percibe al Consejo como una herramienta para que las redes de tarjetas refuercen la colocación de responsabilidad en el tipo de participante de red más inelástico, en lugar de involucrarse en reformas efectivas. A este fin, sostiene que podría ser necesario que la coordinación de seguridad de tarjetas de pago se realice bajo auspicios federales. Asimismo, comenta que la coordinación dirigida y la competencia pueden lograr resultados que al menos estén optimizados en relación con el sistema actual. Considera que los reguladores están sujetos a sus propias preocupaciones y presiones idiosincrásicas, y también carecen de información perfecta; sin embargo, aún si la intervención regulatoria no puede lograr resultados óptimos, bien podría ayudar a optimizar los resultados del mercado.

(32) Al respecto, el autor citado entiende que, aunque los enormes costos de transacción en la coordinación de múltiples partes en las redes de tarjetas de pago obstan a una verdadera negociación de Coase, una mejor competencia de precios entre las redes para los comerciantes ayudará a lograr un resultado más cercano al ideal de este.

de crédito por primera vez en nuestro país (en línea con el análisis que se había hecho años antes en muchos otros países del mundo (33)). Allí, se identificaron cuatro mercados relevantes (mercado de emisión de pagos electrónicos, mercado de adhesión o adquirencia, mercado de procesamiento de pagos electrónicos, y mercado de provisión de terminales o interfases para pagos electrónicos), y se observó que la integración vertical existente en ellos revelaba una estructura que —en conjunción con las disposiciones de la ley 25.065 de tarjetas de créditos y otras normas relacionadas— generaba incentivos para restringir y distorsionar la competencia (34).

Continuando con el análisis referido en el párrafo precedente, la res. 17/2016 observó que "Prisma Medios de Pago S.A." (Prisma) tenía una importante participación en todos los mercados relevantes y, en particular:

(a) En cuanto al mercado de emisión de medios de pago electrónicos, la CNDC entendió que el nivel de concentración era relativamente bajo. Sin embargo, la particularidad de este caso era que los accionistas de Prisma resultaban ser 14 de los bancos más importantes de la Argentina, que en conjunto emitían el 80% de las tarjetas de crédito y el 72% de las de débito.

(b) Muy distinta era la situación en cuanto a los mercados de adquirencia y procesamiento, ya que en la Argentina estas actividades se encontraban concentradas en pocas empresas que operaban las marcas de tarjetas de crédito de manera exclusiva: Prisma con la licencia exclusiva de Visa en la Argentina, lo que representaba un 58% del volumen de transacciones con tarjeta de crédito, y First Data con la licencia de la marca Master Card, que representaba un porcentaje de participación de mercado sustancialmente menor al de VISA. La CNDC sostuvo que la competencia en estos mercados se encontraba severamente limitada y que Prisma detentaba una posición dominante.

(c) Por último, en el mercado de provisión de terminales o interfaces para pagos electrónicos se daba una situación similar al punto anterior, toda vez que (i) en el canal pago presencial solo había dos proveedores de terminales para pagos electrónicos (Lapos [de Prisma] y Posnet [de First Data]), y (ii) en el canal de pago no presencial, si bien existían varios facilitadores de pago además de Prisma, como ser PayU, Mercado Pago y Todo pago, estos debían contar necesariamente con la colaboración de un licenciatario (Prisma o First Data).

La estructura del mercado generaba las siguientes dinámicas: En primer lugar, se observó que en la Argentina el arancel que pagaban los comercios a los adquirentes en concepto de comisión o "tasa de descuento" estaba desde el año 2005 "en el tope de 3% del valor de las transacciones con tarjeta de crédito y de 1,5% del valor de las transacciones con tarjeta de débito permitido por la ley para la mayoría de los rubros", y que la "tasa de intercambio" pagada por el adquirente a los emisores era "igual al 95% de la tasa de descuento que se cobra a los comercios (2,85 puntos porcentuales)" (35), lo que en la práctica implicaba que el margen de utilidad en el mercado de adquirencia era bastante reducido. Igualmente, se observó que

(33) Al respecto, ver OCDE, "Competition and Payment Systems", cit.

(34) Con relación a las disposiciones normativas que impactaban en el presente análisis, la CNDC identificó el primer párrafo del art. 15 de la ley 25.065 de tarjetas de crédito, el cual establece que "[e]l emisor no podrá fijar aranceles diferenciados en concepto de comisiones u otros cargos, entre comercios que pertenezcan a un mismo rubro o con relación a iguales o similares productos o servicios"; ello, en tanto su res. 17/16 recomendó al Banco Central y al secretario de Comercio proponer su derogación. Igualmente, por nuestra parte, entendemos que hay otras normas en la ley 25.065 que limitarían aún más el poder de negociación de los comercios adheridos, por ejemplo, su art. 37, el cual establece que "[e]l proveedor está obligado a: [...] c) No efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta". De todas formas, comprendemos que no se haya querido avanzar sobre esta última norma, en tanto ella busca fundamentalmente formalizar la economía.

(35) Punto 77 del informe que se adjunta a la res. 17/2016. Allí se aclara también que, si bien la pauta referida es la determinada por Prisma, "[e]llo determina una referencia que incide en la formación de precios de otras marcas, ya que para incentivar a los emisores (los principales son socios de Prisma) a emitir otras tarjetas, se requieren tasas de intercambio que no sean mucho más bajas. Finalmente, tasas de intercambio elevadas impiden reducciones de los aranceles a los comercios, dado que el margen de adquirencia es reducido". Ver también punto 79.

a los fines de ingresar a este mercado era necesario contar con una licencia otorgada por el propietario de una marca de tarjeta de crédito o por algún licenciatario autorizado. Por último, la CNDC reconoció que "[e]n América Latina, las marcas de tarjetas globales (Visa y MasterCard) requieren que los adquirentes sean entidades financieras o, en caso contrario, que sus accionistas sean entidades financieras, o bien que sean entidades no financieras pero sujetas a supervisión por parte del Banco Central" (36).

Conforme surge claramente del párrafo anterior, existían altas barreras de entrada que impedían el ingreso de nuevos competidores al mercado de adquirencia en la Argentina, permitiéndole a Prisma sostener su posición de dominio. Debe quedar claro que la existencia de una posición de dominio no implica la realización de una conducta anticompetitiva en sí, sino que debe ser ejercida en forma abusiva. En esta línea, la doctrina establece que "la LDC no sanciona la posición dominante en sí, sino que se limita a sancionar actos que puedan ser considerados abusivos de dicha posición dominante" (37).

En el caso bajo consideración, la CNDC entendió que la posición dominante de Prisma, sumada a su integración vertical en todos los eslabones de la cadena y al marco regulatorio existente, generaba incentivos para la realización de prácticas anticompetitivas de tipo exclusorio en aquellos segmentos en los que enfrentaba cierta competencia, como ser el mercado de provisión de interfaces para pagos electrónicos. En este mercado, según información surgida durante la investigación, la CNDC consideró que existían elementos que permitían presumir que Prisma habría abusado de su posición aguas arriba mediante un trato discriminatorio para con sus competidores aguas abajo, degradando la calidad y negándoles injustificadamente sus servicios de adquirencia y procesamiento.

En este contexto, y entre otras cuestiones, mediante el art. 3º de la res. 17/2016, la CNDC recomendó a la Secretaría de Comercio iniciar una investigación de oficio contra Prisma y sus accionistas; y mediante su art. 2º recomendó al Banco Central revisar integralmente la regulación de medios de pago electrónicos, con especial énfasis en la instrumentación de políticas que promuevan la competencia en todos los niveles y etapas de la industria, a saber: (a) propiciar las condiciones para generar la entrada de nuevos adquirentes. (i) Con ese objetivo se recomienda que, en caso de ser necesario, se cree la figura de "institución de pago", con el marco regulatorio adecuado para que las instituciones o entidades no bancarias interesadas en realizar la actividad de adquirencia cumplan con los requerimientos de las marcas de tarjetas de crédito globales para tal rol. (ii) Obligar al cese de cualquier compromiso de exclusividad entre marcas y procesadores y/o adquirentes que pudiera existir. (b) Promover la adquirencia multimarca, de manera que todos los adquirentes puedan acceder a licencias de todas las tarjetas que deseen representar. (c) Establecer condiciones regulatorias para garantizar que un entrante (no integrado verticalmente) en el mercado de adquirencia pueda contratar los servicios de procesamiento de un procesador existente en igualdad de condiciones que el adquirente verticalmente integrado. (d) Promover mecanismos para reducir las barreras a la entrada a medios de pago electrónicos alternativos.

Luego de ello, con fecha 30 de agosto de 2016, y con base en lo anterior, el secretario de Comercio ordenó iniciar una investigación de oficio sobre Prisma y sus accionistas, pero la misma fue suspendida en virtud de un compromiso ofrecido por los sujetos investigados en los términos del art. 36 de la ley 25.156, el cual fue aceptado por el ministro de Producción a través de res. 493 de fecha 26 de septiembre de 2017 (38). Mediante dicho compromiso, y aclarando expresamente que el mismo fue realizado sin reconocer las acusaciones vertidas en el marco del proceso, principalmente: (a) Los accionistas de Prisma se obligaron a vender el 100% del paquete accionario, y a no permitir que más de un banco que opera en el país sea accio-

(36) Punto 11 del informe que se adjunta a la resolución 17/2016.

(37) Cervio, Guillermo J. - Rópolo Esteban P., *Defensa de la Competencia comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 271.

(38) La cual se encuentra identificada como "no confidencial" en el sitio web de la CNDC, por lo que pueden existir ciertos términos y condiciones a los cuales no hemos tenido acceso.

nista de la empresa para impedir la integración existente; (b) Prisma se obligó a desagregar los aranceles a comercios (indicando especialmente la tasa de intercambio y la tasa de adquirencia); (c) Prisma se obligó a prestar o continuar prestando sus servicios (de procesamiento de tarjetas de crédito y otros) de forma no discriminatoria a posibles competidores; (d) Prisma se obligó a discontinuar su servicio de transferencias inmediatas, lo que permitirá que ese servicio sea brindado por un proveedor independiente que asegure que otros medios de pago alternativos y competidores puedan desarrollarse en forma no discriminatoria; y (e) Prisma se obligó a no comercializar otra marca de tarjetas de crédito hasta que haya otra empresa en el mercado que comercialice la marca Visa. Al respecto, solo agregamos que a la fecha de elaboración del presente trabajo no ha existido comunicación oficial de que se haya cumplido con el proceso de desinversión aquí referido.

7. Por otro lado, con relación a las recomendaciones realizadas por la CNDC, el Banco Central adoptó una serie de medidas que tuvieron por objeto la reducción de los costos de los sistemas de tarjeta de crédito y débito; así como la flexibilización, el abaratamiento y la recepción de innovaciones tecnológicas sobre los sistemas electrónicos de pago en general y la apertura del mercado a nuevos jugadores.

Comentaremos someramente a continuación las medidas más relevantes relacionadas a los mercados de pagos y al presente análisis (39).

(a) Mediante la comunicación "A" 6212, de fecha 31 de marzo de 2017, el Banco Central fijó el máximo de las tasas de intercambio en 2% para las tarjetas de crédito y en 1% para las tarjetas de débito, ordenando llevar dichos máximos gradualmente hasta 1,3% y 0,6% para el 2021.

(b) Antes de eso, a partir de las comunicaciones "A" 5982 (de fecha 3 de junio de 2016), 6017 (de fecha 15 de julio de 2016) y 6043 (de fecha 12 de agosto de 2016), el Banco Central habilitó la llamada "Plataforma de Pagos Móviles" (PPM) para hacer "Pagos Electrónicos Inmediatos" (PEI), regulando la extensión del sistema de transferencias bancarias inmediatas a tres nuevas modalidades: (a) Billetera electrónica (transferencias de celular a celular a través de una aplicación para teléfonos móviles), (b) POS móvil (transferencias iniciadas por medio del deslizamiento de una tarjeta por un dispositivo lector que se conecta al celular), y (c) "Botón de pago" (transferencias cursadas a través de un botón de pago, que sirve para realizar pagos en línea e insertar en la propia web).

En los tres casos, los pagos se acreditan inmediatamente en la cuenta del receptor y permiten comprar, pagar, enviar y recibir dinero de manera más fácil, práctica y segura. Con esta medida, el Banco Central buscó generar una opción atractiva para los pequeños comercios y los pequeños proveedores de servicios, que mejore su disposición a recibir medios de pago electrónico, y de esa manera contribuya a ampliar la red de aceptación de estos pagos (40).

(c) Asimismo, mediante la comunicación "A" 6044, del 17 de agosto de 2016, el Banco Central reguló el denominado "Alias CBU", el cual permite reemplazar al clásico CBU de 22 dígitos para efectuar transferencias bancarias, por claves de caracteres alfanuméricos mucho más sencillas de recordar y transmitir. Ello facilita la

(39) Para un análisis más completo de las medidas que fueron adoptadas por el Banco Central hasta el año 2017, ver Chomczyk, Andrés, "Reflexiones sobre el incipiente marco legal de la industria fintech en Argentina", en *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, CETYS-UDESA, 2017-1. Adicionalmente, mencionamos también que mediante las Comunicaciones "A" 6068 y "A" 6072 se flexibilizó la forma en que se permite a los bancos instrumentar, conservar y reproducir documentos. Luego, mediante las Comunicaciones "A" 6071 y 6112, el Banco Central permitió que los cheques pudieran ser depositados digitalmente mediante la remisión de una imagen del instrumento junto con las instrucciones pertinentes para su depósito. Complementariamente, mediante la Comunicación "A" 6059, el Banco Central dispuso la posibilidad para los usuarios de servicios financieros de abrir cajas de ahorro en forma remota o no presencial. Luego de todo eso, y encontrándose ya las condiciones dadas, el Banco Central está autorizando la operación de bancos 100% digitales. En este contexto, por ejemplo, mediante la Comunicación "C" 78.570 de fecha 5/4/2018 se informó que el Banco Wanap S.A. (ahora llamado "Wilobank") ha comenzado sus operaciones como banco comercial de primer grado. Luego, mediante la Comunicación "C" 80033 de fecha 17/8/2018 se informó que Brubank S.A.U. iniciará actividades como banco comercial de primer grado a partir del 3/9/2018.

(40) Ver *http://www.bcra.gob.ar/MediosPago/Politica_Pagos.asp#c* (accedido el 1/9/2018).

utilización cotidiana de los canales electrónicos para las operaciones bancarias.

(d) En el mismo sentido, y fundamentalmente mediante las comunicaciones "A" 6099 (de fecha 14 de noviembre de 2016) y 6511 (de fecha 15 de mayo de 2018), el Banco Central incorporó un nuevo medio de pago llamado "Débito Inmediato" (DEBIN), el cual tiene un esquema operativo en apariencia similar al servicio de iniciación de pagos de la Comunidad Europea ya comentado.

El DEBIN permite concretar cobros de bienes y/o servicios mediante transferencias bancarias "en línea" e inmediatas, propuestas por quien recibirá el pago. Deben aprobarse por el titular de la cuenta, pero pueden quedar preaprobadas según distintas pautas de tiempo y monto. Para esto, los sistemas de *home banking* y de banca móvil sumaron el menú "Pagos Debin", donde el usuario puede generar pedidos de pago y también ver la lista de solicitudes recibidas para aceptarlas o rechazarlas (41).

(e) Luego, mediante la comunicación "A" 6425, del 10 de enero de 2018, el Banco Central reguló un estándar para pagos a través de códigos de respuesta rápida (Códigos QR), fijando las correspondientes especificaciones técnicas. Esto no está limitado para un producto en particular, pero quienes vienen haciendo un mayor uso del mismo es "Mercado Libre" - "Mercado Pago" para pasar a utilizar sus servicios para pagar con tarjeta en el comercio presencial.

(f) Finalmente, mediante la comunicación "A" 6510, del 15 de mayo de 2018, el Banco Central informó sobre la creación de la llamada "Clave Virtual Uniforme" (CVU), para permitir la identificación y trazabilidad de transferencias de fondos que se realicen entre cuentas a la vista cuando, como mínimo, una de ellas pertenezca a una empresa proveedora de servicios de pago o billeteras electrónicas, facilitando la interoperabilidad entre aquellas (42).

8. Igualmente, hay otras medidas que se vienen tomando desde otros ámbitos públicos que resultan relevantes para el presente análisis.

En este sentido, se menciona al decreto de necesidad y urgencia del PEN 27/2018, cuyas disposiciones fueron derogadas pero mayormente reemplazadas a la vez por las leyes 27.444, 27.445 y 27.446, que —entre otras disposiciones dirigidas a la simplificación y desburocratización— modificó la normativa sobre cheque, letra de cambio y pagaré, para permitir que dichos instrumentos se puedan emitir y suscribir no solo con firmas ológrafas y firmas digitales, sino también con firmas electrónicas avanzadas. También se modificó la normativa sobre tarjeta de crédito para permitir que los contra-

(41) El Debin admite pagos en pesos o en dólares, entre cuentas de igual moneda. A diferencia de las transferencias comunes, la otra parte no debe ser incorporada previamente y basta con pedirle su nombre de cuenta (alias, CBU), sin agregar otros datos como el DNI o el CUIT. También permite programar, para cobros recurrentes, la aceptación automática de pedidos futuros hechos desde ciertas cuentas, con fechas y topes fijados. El Banco Central designó a la Cámara Compensadora de Bajo Valor (Coelsa), que se encuentra bajo regulación directa de la autoridad monetaria, como administradora de estas operaciones. Este diseño institucional permite garantizar la competencia en esta industria. Ver *http://www.bcra.gob.ar/MediosPago/Politica_Pagos.asp#c* (accedido el 1/9/2018). El Debin se ha regulado básicamente en dos etapas, en un primer momento se reguló el llamado "Debin spot", en el cual el titular de la cuenta de la cual salen los fondos debía autorizar cada una de las transferencias; luego se reguló la modalidad por la cual el Debin podía quedar preaprobado; finalmente, se menciona que en la Mesa de Innovación del año 2018 organizada por el Banco Central (Grupo, Medios e Infraestructura de Pago) se propuso la necesidad de regular nuevamente el Debin, para mejorar la experiencia del usuario, estableciendo uniformidad en la manera que se deba autorizar o preautoriza el Debin, evitando las diferencias operativas entre bancos, proponiendo para ello la aplicación del sistema "OAuth 2.0" referido en la nota 21 *supra*.

(42) Se estableció que la CVU tendrá un formato compatible con el de la Clave Bancaria Uniforme (CBU), y que cada CVU estará asociada a: (a) Un identificador del cliente provisto por el proveedor de servicios de pago; (b) un alias único compatible con el alias-CBU; y (c) la CBU de una cuenta a la vista a nombre del proveedor de servicios de pago. Se agrega que las entidades financieras deberán estar en condiciones de procesar CVU para transferencias de fondos en un plazo de 120 días a partir de publicada la presente comunicación; y se señala que posteriormente el Banco Central dará a conocer mayores precisiones en cuanto a los aspectos técnicos y operacionales, que resulten necesarios en virtud de las presentes disposiciones.

tos de emisión de tarjeta de crédito puedan celebrarse de igual manera (43).

9. Por otro lado, si bien el *Open Banking* no se viene promoviendo explícitamente y de manera sistémica en la Argentina, cabe mencionar que en el Anteproyecto de Ley de Datos Personales surge la idea de portabilidad de información personal que comentamos al hablar de la normativa europea, en tanto su art. 33 reza: "Derecho a la portabilidad de datos personales. Si se brindan servicios en forma electrónica que incluyan el tratamiento de datos personales, el titular de los datos tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento una copia de los datos personales objeto de tratamiento en un formato estructurado y comúnmente utilizado que le permita su ulterior utilización. El titular de los datos puede solicitar que sus datos personales se transfieran directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible" (44).

Además, ciertos aspectos del *Open Banking* se pueden vislumbrar también en la figura del Debin y con la posibilidad de abrir cajas de ahorro de manera remota. Con relación a esto último, se observa que en el segundo punto de la comunicación "A" 6059 de fecha 8 de septiembre de 2016, que dispuso dicha posibilidad, se estableció "que las entidades financieras podrán, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 inciso d) de la ley 21.526, suministrar información relativa a sus clientes que permita establecer su identidad y datos personales, cuando ello sea requerido por otra entidad financiera autorizada para operar en el país, al efecto de tramitar la solicitud de apertura de cajas de ahorros en las condiciones indicadas en el punto 1. de esta comunicación. A tales fines, las entidades deberán recabar previamente el consentimiento del respectivo cliente y cumplimentar los requisitos previstos en la ley 25.326 de Protección de Datos Personales (y modificatorias)" (45). Esta última medida resulta muy significativa, aunque se observa que no se ha establecido de manera obligatoria y en su caso solo permitiría acceder a dicha información a los bancos.

III. Palabras finales

10. Para finalizar, mencionamos que se han observado muchos avances en esta materia en la Argentina en los últimos años, aunque todavía quedaría un importante camino por recorrer si comparamos nuestra situación con la de la Comunidad Europea. En este sentido, y entre otras cuestiones, se observa que, si bien las tasas de intercambio están bajando, aún parecieran ser altas en comparación con el resto del mundo. Además, pareciera que no se han llegado a implementar aún muchas de las recomendaciones de la CNDC en materia de pagos y competencia.

Esperamos que el presente trabajo sirva como base para continuar analizando con mayor profundidad estas cuestiones, terminando de ponderar los antecedentes del derecho comparado en general y la situación de la Argentina en particular, para avanzar con una propuesta aplicable específicamente a nuestras particulares condiciones.

---

(43) Ya nos hemos referido al respecto en nuestro anterior trabajo "Análisis de las disposiciones sobre firmas digitales, firmas electrónicas y documentos digitales en el acceso al crédito y la inclusión financiera. Varios aciertos y un desacierto", en *Decreto de desburocratización y simplificación: Impacto en el mundo empresarial y en la gestión pública*, La Ley, Buenos Aires, 2018.

(44) El artículo citado continúa diciendo que "[e]ste derecho no procederá cuando: a) su ejercicio imponga una carga financiera o técnica excesiva o irrazonable sobre el responsable o encargado del tratamiento; b) vulnere la privacidad de otro titular de los datos; c) vulnere las obligaciones legales del responsable o encargado del tratamiento; d) impida que el responsable del tratamiento proteja sus derechos, su seguridad o sus bienes, o los derechos, seguridad y bienes del encargado del tratamiento, o del titular de los datos o de un tercero".

(45) Al respecto, observa Andrés Chomckzic que "[c]on buen criterio, el BCRA autorizó en la normativa indicada a las entidades financieras a realizar intercambios de datos personales vinculados con los clientes generados por esta vía. Entendemos que el propósito de esta autorización es doble. Por un lado, dado lo complejo que aún resulta la construcción de una identidad digital que sea robusta jurídicamente, la habilitación les permitiría a las entidades financieras verificar y construir juntas los perfiles de los clientes de manera segura, evitando de esta forma el uso datos ya asociados a fraudes o conductas criminales, como el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Por otro lado, y vinculado con el incipiente derecho a la portabilidad de los datos personales, el intercambio de información podría facilitar a un usuario de servicios financieros la contratación con otra entidad financiera, evitando tener que recrear la identidad construida previamente". Chomczyk, Andrés, "Reflexiones sobre el incipiente…", cit.

Conductas del operador dominante en telecomunicaciones tendientes a obstruir el acceso a sus redes por parte de competidores

POR **ESTEBAN RUSSELL** (*) Y **LEONARDO ORLANSKI** (**)

I. Competencia y barreras de entrada

> "La competencia es un bien en sí mismo porque hace que los precios caigan, el producto total aumente y las ganancias de las empresas disminuyan, por lo que empuja al mercado hacia la eficiencia en el sentido de que se produce lo más barato posible" (1).

Para que exista competencia debe haber competidores que puedan ingresar al mercado (y permanecer en él). En el ingreso a un mercado pueden encontrarse obstáculos o condiciones que deben sortearse o cumplirse, que se denominan "barreras de entrada" (2). Por ejemplo, para ingresar al mercado de los médicos es necesario graduarse y matricularse en el colegio profesional, para ingresar al mercado de la producción de granos es necesario poseer o rentar un campo, y acceder a ciertos insumos como herramientas y máquinas.

Las barreras de entrada suelen dividirse en tres: naturales, artificiales y estratégicas.

Las naturales son las que existen por la propia esencia y características del mercado, como la mencionada posesión del campo para producir granos.

Las legales son las que provienen de leyes y regulaciones estatales, sean directas (permisos, licencias) o indirectas (tributos, trámites, normativas técnicas)" (3).

(*) Abogado. Fue gerente de Regulación de Movistar, asesor Legal de la Secretaría de Comunicaciones, y subsecretario de Finanzas de la Nación.

(**) Abogado, Universidad Austral (medalla de oro). Máster en Derecho Administrativo, Universidad Austral (medalla máster).

(1) Cuervo - Arango Martínez, Carlos - Trujillo del Valle, José, *Introducción a la Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 1992, p. 176. En el mismo sentido, Montero Pascual expresa "La competencia efectiva en el mercado garantiza la existencia de presión sobre los operadores económicos para que acerquen sus precios al coste marginal de la producción del bien o servicio, reduzcan dichos costes y mejoren la calidad del servicio, a fin de satisfacer de un modo más eficiente las exigencias de la demanda". (Montero Pascual, Juan J., *Competencia en las Comunicaciones Móviles*, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, p. 91).

(2) La definición clásica agrega el concepto de asignación ineficiente de recursos. Stigler define las barreras de entrada como el costo que debe pagar una empresa que quiere ingresar en el mercado, pero que no es pagado por otra empresa que ya está en el mercado. Stigler, G., *La organización de la industria*. Este concepto es de frecuentemente utilizado por la jurisprudencia de los EE.UU.: U.S. v. Western Elec. Co., 673 F. Supp., pp. 525, 538 (D.D.C. 1987), "U.S. v. American Tel. & Co.", 524 F. Suppl., ps. 1336, 1346 (D.D.C. 1981), citados por Cave, Martin E. - Majumdar, Sumit K. - Vogelsang, Ingo, *Handbook of Telecommunications Economics*, Elsevier Science B.V., Amsterdam, 2002.

(3) Una barrera de entrada "legal" muy significativa en el mercado de las telecomunicaciones es la necesidad de contar con una licencia estatal para poder prestar servicios. En este sentido, es evidente que el Reglamento de Licencias es una pieza clave de este mercado, desde

Las barreras de entrada "estratégicas", son las elaboradas por las empresas para impedir o dificultar la entrada de competidores al mercado (4).

En el mercado de las telecomunicaciones la barrera de entrada natural más relevante es la red, entendida esta como el conjunto de elementos de *hardware, software*, obras de infraestructura, cableado y frecuencias radioeléctricas que permiten la transmisión de voz, imagen y video (5).

La extensión de una red de telecomunicaciones configura la principal barrera de entrada legal y natural al mercado de las telecomunicaciones, ya se trate de una red de cable o de una red radioeléctrica.

Por ejemplo, en el caso de una red de cables, la barrera legal está constituida por la necesidad de contar con autorizaciones municipales para la instalación de postes (cableado aéreo) o para las canalizaciones (cableado subterráneo),

---

la perspectiva antimonopólica, especialmente en un proceso de apertura a la competencia: "En un sector en proceso de liberalización como el de las telecomunicaciones, el régimen jurídico de acceso al mercado constituye uno de los elementos centrales de la intervención pública", cfr. Montero, Juan y Brokelmann, Helmut, *Telecomunicaciones y televisión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 213. El considerando número cuarenta y seis del decreto 764/2000 declara sobre este tema: "Que, en síntesis, las condiciones fijadas por el Reglamento de Licencias resguardan el libre acceso al mercado de los eventuales operadores, estableciendo requisitos que no son obstáculos para el desarrollo de un mercado competitivo y garantizan razonablemente, entre otros, el cumplimiento de los siguientes objetivos: a) la eliminación de las restricciones que impidan el acceso de operadores al mercado de las telecomunicaciones (...)". En rigor de verdad, en los últimos tiempos se ha reducido su importancia como barrera en virtud de la tendencia regulatoria hacia las licencias "únicas" que se observa en el derecho comparado (especialmente en la Unión Europea) y que ha seguido nuestro país. Existen diferentes niveles de dificultades de entrada derivados de las licencias: si la barrera consiste en un canon inicial alto, garantías por incumplimiento y exigencias de solvencia financiera y técnica (entre otras), la barrera será salteada por algunos operadores. No obstante, si como nos recuerdan Walden y Ángel, el número de licencias es limitado y ya está cubierto, la barrera de entrada al mercado será absoluta (cfr. Walden, Ian - Angel, John [eds.], *Telecommunications law and regulation*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 69). Sobre esto, se ha dicho que "En el sector de las telecomunicaciones electrónicas, las barreras legales de entrada al mercado pueden ser a veces elevadas cuando se limita el número de títulos habilitantes disponibles para ejercer una actividad, como es el caso de la telefonía móvil" (cfr. Beneyto Pérez, José M. (dir.) - Maillo González-Orús, Jerónimo [coord.], *Tratado de derecho de la competencia - Unión Europea y España*, Bosch, Barcelona, 2005, t. III, p. 1563). Debemos agregar a esto que en rigor la cantidad limitada de licencias en el campo de la telefonía celular a la que hace referencia este tratado se da por la limitación física de frecuencias disponibles más que por una limitación intrínseca de la cantidad de "títulos habilitantes" para prestar el servicio. Es decir, es una limitación de naturaleza física (cantidad de espectro utilizable) más que jurídica o, dicho de otro modo, es una barrera de entrada natural, no legal. Aunque debe reconocerse que la atribución y asignación de frecuencias sí podría configurar una barrera legal en exceso de la limitación natural emergente de la carencia de espectro. A saber: las licencias son las autorizaciones estatales para la prestación del servicio, y son independientes del medio físico empleado para prestar el servicio (frecuencias o cables). Las autorizaciones de uso de frecuencias, por su lado, son actos mediante los cuales el Estado adjudica el uso de ese medio de transmisión a un determinado licenciatario. La confusión se origina porque en algunos países se dice "licencia de uso de espectro" (mezclando ambos conceptos) o porque hay casos en que las licencias de telefonía móvil se entregan en un mismo acto que incluye tanto la autorización para la prestación del servicio, como la autorización de uso de las frecuencias. La instalación de infraestructura configura costos "hundidos" o "irrecuperables". También los costos hundidos juegan su rol como barreras de salida: "La preponderancia de los costes irrecuperables asociados a la instalación de infraestructuras para el establecimiento de la red y el largo período de amortización de dichas inversiones dificulta la rápida salida del mercado". Montero Pascual, Juan J., *Competencia en las comunicaciones móviles*, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, p. 94.

(4) Cfr. Petitbo, Juan A. en *Anuario de la Competencia, 2003*, Cases, Lluís (dir.), Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 203.

(5) Las telecomunicaciones pueden ser transmitidas de dos modos: por cables o por frecuencias del espectro. A las comunicaciones por cable también se las llama "alámbricas" o "por vínculo físico". Existen diferentes tipos de cableado —cable coaxil, fibra óptica, cobre—. A las comunicaciones por frecuencias también se las llama "inalámbricas", "por aire" o "por espectro". Se dividen en comunicaciones por espectro terrestre, que son transmitidas por antenas emplazadas en la superficie de la tierra (radio, TV, telefonía móvil), y por espectro satelital, que son transmitidas entre los satélites y las estaciones terrenas.

y la barrera natural consiste en el costo económico que implica la extensión de la red (6).

Por su parte, en el caso de una red radioeléctrica, la barrera legal está constituida por la necesidad de contar con autorizaciones federales de uso de bandas de frecuencia, y la barrera natural consiste principalmente en la escasez de frecuencias disponibles y en el costo económico que implica la instalación de antenas y equipos radioeléctricos.

(6) "[...] la mayoría de los sistemas de cable tienen un monopolio de facto en su área de servicio. Muy pocos sistemas de cable enfrentan competencia de otros sistemas de cable convencionales (conocidos como 'overbuilds')". Robinson, Glen - Nachbar, Thomas, *Communications Regulation*, Thomson West, Minnesota, 2008, p. 26. Así también lo expresa Calvo Charro: "Como recordaremos, el motivo principal de la intervención administrativa en el servicio de TV hertziana fue, y es actualmente, la escasez física del medio utilizado (espectro radioeléctrico) (...). Esto no sucede, como sabemos, con la TV por cable, pues esta utiliza un medio, en principio, ilimitado como es el subsuelo. No obstante, los sistemas de cable sufren las consecuencias de la escasez económica, lo que provoca que no sean numerosos los supuestos en los que dos o más sistemas de cable pueden sobrevivir prestando sus servicios de forma paralela, en competencia, en una misma zona". Calvo Charro, María, *La televisión por cable*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 91 y 108. En consonancia con esta noción, Ariño Ortiz define como bienes escasos tanto al espectro como al cableado: "La mayoría de los componentes de la infraestructura de telecomunicaciones pueden crearse por la industria (...) pero otros no, y éstos plantean el problema de su escasez y consiguiente reparto entre los constructores de redes de telecomunicación. Los más notorios son, de una parte, las frecuencias radioeléctricas y los derechos de paso o conducciones subterráneas (especialmente en los cascos urbanos) (...)". Ariño Ortiz - De La Cuétara - Aguilera, *Las telecomunicaciones por cable, su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 196. Parejo Alfonso hace referencia explícita a la escasez del suelo para la extensión del cableado: "En el tejido urbano, es decir, en el suelo transformado urbanísticamente por la urbanización ya establecida y en funcionamiento, el dominio público resultante de ésta es finito en diverso grado (...). En estas condiciones es claro que el dominio público urbano local (...) representa, a efectos de esta ordenación, una cosa o recurso público escaso en la doble dimensión espacial y temporal", Parejo Alfonso, Luciano, "Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones", en Quadra-Salcedo, Tomás (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, VI, 2003, Madrid, p. 201.

II. Las industrias de red

Las actividades económicas son reguladas a través del régimen de la defensa de la competencia, que está compuesto generalmente por normas que actúan *ex post* prohibiendo determinadas conductas consideradas impeditivas de la competencia (7). La regulación antimonopólica no modela *ex ante* determinado mercado, sino que intervienen *ex post*, eso es, cuando se verifica alguna conducta violatoria de la competencia (acuerdo de precios, reparto de mercados, entre otros).

"El régimen de defensa de la competencia es una forma de intervención de los poderes públicos en el mercado diseñada para mantener una competencia adecuada que permita conseguir una mejor asignación de la riqueza, una mayor eficiencia en la producción y un incremento en la innovación" (8). A partir de la reforma de 1994, la Constitución Nacional, en su art. 42, dispone que las autoridades provean a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. De acuerdo con ese precepto constitucional, la Corte Suprema ha destacado que la legislación vigente en esta materia persigue preservar a los distintos mercados como a verdaderos bienes de carácter público y resguardarlos, además, de su posible afectación por cualquiera de sus agentes, de modo de garantizar a la comunidad los beneficios que pueda traer aparejados la puja competitiva (9).

No obstante, en determinados sectores económicos (puertos, electricidad, gas, agua y saneamiento, telecomunicaciones y radiodifu-

(7) "Las agencias de la competencia cubren prácticamente toda la economía, administran marcos regulatorios destinados primordialmente a proteger los intereses de los consumidores, mediante la prohibición a las empresas de reducir la competencia a través de colusiones o fusiones con sus rivales, o la eliminación de sus competidores por medios distintos al ofrecimiento de bienes mejores y más baratos a los consumidores". Orlanski, Leonardo T., *Competencia y regulación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 66.

(8) Cases Pallares, Lluís, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas SA, Madrid, 1995, p. 38.

(9) Dictamen del Procurador General en Fallos 324:3381.

sión) la mera aplicación de la legislación antimonopólica no es suficiente para asegurar el bienestar económico general.

En estos casos es menester la existencia de regulación sectorial específica, que actúe *ex ante*, para promover la concurrencia y complementar la aplicación de la legislación antimonopólica, a fin de mantener los altos fines que esta posee para el entramado social. La regulación *ex ante* estructura previamente la configuración del mercado estableciendo precios, acceso obligatorio de determinados bienes de producción en manos de la competencia, cantidad de actores, zonificando servicios, mínimos de calidad, etcétera (10).

En el caso de los servicios de telecomunicaciones, la necesidad de la regulación *ex ante* obedece a que los medios de telecomunicaciones configuran una "industria en red", esto es, una industria que basa su funcionamiento en una infraestructura fija, de capital intensivo y larga amortización.

Se ha dicho sobre la interrelación entre normas de defensa de la competencia y normas regulatorias en servicios prestados en red que

> "La regulación como medio de protección y promoción de la competencia puede justificarse en sectores en los que existen operadores con poder de mercado duradero. La introducción de competencia en estos sectores resulta difícil, ya que tienen una tendencia oligopólica, que —en algunos casos— se refuerza, debido a su vinculación a grandes infraestructuras (sectores en red) (*network industries*). En estas condiciones, la competencia no se consigue con normas liberalizadoras que se limiten a declarar la libertad de empresa. En general, es necesario crear las condiciones para que la competencia sea posible, promoverla y —una vez que se ha generado—, defenderla" (11).

La necesidad de contar con redes configura, entonces, una barrera de entrada que desalienta la competencia, por lo que para que esta realmente sea posible, la regulación *ex ante* establece mecanismos que reducen la intensidad de aquella barrera. Ejemplo de estos mecanismos son la interconexión de redes de telecomunicaciones, la portabilidad numérica, el operador móvil virtual (12), el *Must Carry* y la coubicación (13), entre otros.

III. La ventaja de precedencia y el acceso a la red del incumbente

El mercado de telecomunicaciones suele poseer una estructura oligopólica en la que coexisten dos grupos. El primero está formado por un pequeño número de operadores de gran magnitud, generalmente herederos de la red

(10) "Los entes reguladores cubren un sector o un pequeño número de sectores en donde el Estado considera que el interés público no puede garantizarse dejando la actividad librada a las fuerzas del mercado y al control general de la agencia de la competencia; por lo cual decide otorgar a una institución el poder de especificar diversos aspectos de la actividad, tales como condiciones de calidad del servicio, seguridad, precios, tecnologías, inversiones, etcétera". Orlanski, Leonardo T., *Competencia y regulación,* cit., p. 66.

(11) Laguna de Paz, José Carlos, "Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterio de relación", *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero-marzo 2010, Civitas, Madrid, p. 97. En el mismo sentido se ha expresado que "En este extremo baste con referir las siempre peligrosas tendencias al monopolio, tendencias que distan mucho de ser infrecuentes en las actividades inherentes a los sectores serviciales y en relación a los cuales ha podido comprobarse que resultan especialmente sensibles los servicios prestados en red (...)" (Rodríguez-Campos, Sonia, "Las reglas del mercado libre y su proyección en la realidad jurídica y económica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, abril-junio 2009, Civitas, Madrid, p. 301).

(12) Nos referimos exclusivamente a los casos en los que el regulador fija el precio del arrendamiento. En los casos en que dicho precio es pactado libremente entre el operador sin red con el operador con red, no se trata de un supuesto de regulación sino de un negocio libre entre privados. Aunque aún cabe en este caso considerar la legislación permisiva de la figura del operador virtual como regulación reductora de la intensidad de la barrera de entrada. Ver Russell, Esteban, "Portabilidad numérica y operador móvil con frecuencias arrendadas: mecanismos regulatorios para lograr la plena competencia en telefonía celular", *LL Actualidad*, septiembre, 2009.

(13) Sobre el uso conjunto de infraestructura y la coubicación ver Russell, Esteban y Segura, Eliseo, "Sobre el derecho a la extensión de redes de telecomunicaciones y sus límites (con especial referencia a la telefonía móvil), *Supl. de Derecho Administrativo de Jurisprudencia Argentina*, septiembre, 2005.

monopólica estatal (Telecom y Telefónica), más otros que obtuvieron las primeras frecuencias para la prestación de telefonía celular (Movistar, Movicom, que fuera absorbida por aquella, Claro y Personal). Los denominaremos "incumbentes", aceptando con desgano una tan popularizada como poco feliz traducción del inglés "*incumbent*".

El segundo grupo está formado por el resto de los operadores, más numerosos y de menor magnitud en cuanto a sus redes y participación de mercado, que denominaremos "entrantes".

El incumbente, siendo titular de la red, posee una ventaja de precedencia frente a sus potenciales competidores, pues la dificultad económica en "duplicarla" que estos sufren configura una barrera de entrada (14):

> "Si bien es generalmente aceptado que el progreso tecnológico ha puesto fin a la tendencia inexorable a la monopolización de los mercados de redes de telecomunicación, sigue siendo cierto que la instalación de infraestructuras para la constitución de una red supone una importante barrera de entrada, que el número de actores potenciales en los mercados de infraestructuras es limitado, y *que la presencia del antiguo monopolista con una red universal, en competencia con operadores que deben crear sus propias redes alternativas, dificulta la emergencia de competencia en el mercado*" (15).

Esta circunstancia ha generado que la regulación determine que ciertas secciones de la red (*i.e.*, la infraestructura activa, pasiva y el bucle de abonado) deban ser consideradas como "facilidad esencial" (16) y por tanto compartidas a la competencia, a un costo razonable.

¿Para qué? Para reducir la barrera de entrada que la red configura. La regulación escoge las partes de la red cuya reproducción se considera ineficiente y obstructiva para la competencia, y define que el incumbente deberá compartirla con los competidores.

IV. Incentivos del incumbente para evitar el acceso a su red. Imposición de barrera de entrada artificial

A los incumbentes le resulta conveniente intentar perpetuar su posición de dominio (17). Las regulaciones que reducen las barreras de

(14) En el mismo sentido, con relación a la ventaja de precedencia, se sostuvo que "El hecho de que el mercado de telecomunicaciones haya sido históricamente un monopolio natural implica que, con independencia de la viabilidad tecnológica de establecer un mercado competitivo, se presenta una serie de barreras de entrada que inhibirán de hecho (esto es, a pesar de que se levanten los impedimentos legales a la entrada de nuevos prestadores) las posibilidades de ingreso de nuevos operadores en la prestación del servicio de telefonía básica. Se trata de las denominadas "ventajas de precedencia" que, en el marco de un proceso de transición hacia una estructura de mercado oligopólica, dan lugar a una asimetría estructural en las capacidades tecnológicas, comerciales y financieras, entre las operadoras preestablecidas y las potenciales ingresantes. Se trata de una asimetría que constituye, por sí misma, una significativa barrera de entrada de nuevos oferentes al mercado, y que opera independientemente de si existen —o no— restricciones legales al ingreso al mismo" (Herrera, A., "Nuevo marco regulatorio y privatización de telecomunicaciones en Nicaragua", CEPAL, Serie de Reformas Públicas, nro. 41, 1996, citado por Abeles, M. - Fiorcinito, K. – Schorr, M., "El oligopolio telefónico argentino frente a la liberalización del mercado. De la privatización de ENTel a la conformación de los grupos multimedia", FLACSO/UNQ/IDEP, 2001).

(15) Montero, Juan y Brokelmann, Helmut, *Telecomunicaciones y televisión*, cit., p. 305. En el mismo sentido la jurisprudencia ha dicho que "La prueba introducida en este caso claramente demuestra que la duplicación de la ubicua infraestructura local, requeriría un enorme y prohibitivo aporte de capital, y nadie cuestiona seriamente que esto sea cierto" ("United States v. Western Elec. Co.", 673 F. Supp. pp. 525, 538 - D.D.C. 1987).

(16) Otra mala traducción de la expresión "*essential facility*". El Tribunal de Defensa de la Competencia español define a las facilidades esenciales como: "una instalación o infraestructura sin acceso a la cual sus competidores no pueden prestar servicios a sus propios clientes" (Caso "Sealink", Peñalver, J. Ramón - Buitrago Montoro, A., *La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberación de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997).

(17) "Para el incumbente, el mayor problema de la desagregación [...] es que le impide ser el exclusivo o primer beneficiario de las mayores eficiencias o ventajas en un mercado determinado, porque no puede blindar esas eficiencias del acceso de sus propios competidores". Noam, E. M., "Interconnection Practices", en Cave, M. - Majumdar, S. K., *Handbook of telecommunications economics, structure, regulation and competition,* Elsevier, Netherlands, 2002, p. 395.

entrada, como las de acceso forzoso a su red (en adelante, "regulaciones"), reducen su beneficio económico (18). Por tanto, ante estas regulaciones, buscarán su propio provecho sopesando riesgo y ganancia, eligiendo entre cumplirlas e incumplirlas total o parcialmente.

El incumbente cuenta con grandes incentivos para incumplirlas, por el beneficio que le reporta perjudicar a sus competidores afectando su ingreso o permanencia en el mercado. Al respecto se ha dicho (referido a los contratos de interconexión, que también es un modo de acceso a sus redes) que:

> "para los nuevos operadores la consecución de un acuerdo de interconexión es a menudo imprescindible para iniciar el ejercicio de su actividad [...]. Los antiguos monopolistas, sin embargo, disponen de escasos incentivos para la conclusión de acuerdos de interconexión. Más bien al contrario, la consecución de acuerdos equilibrados de acceso tiene un efecto sustancialmente negativo sobre el operador, ya que fomenta la entrada de nuevos operadores y la aparición de una competencia que inevitablemente afectará negativamente su situación económica" (19).

Pero un incumplimiento frontal de las regulaciones podría acarrear fuertes multas. En efecto, si el incumbente lleva a cabo incumplimientos evidentes de las normas, toma un riesgo cierto de que las autoridades regulatorias, tanto sectoriales como de defensa de la competencia, la multen fuertemente. Por este motivo, no se registran en el derecho comparado (20) conductas como la desconexión total de todos los enlaces del entrante, ni una comunicación notarial en la que el incumbente comunique que jamás repararía un enlace si tuviera una falla, o que no está dispuesto bajo ninguna circunstancia a comunicar la ubicación de sus torres a fin de que se proceda a su compartición. Repetimos: estas acciones, por su magnitud y alevosía, generarían la punición inmediata e intensa del regulador.

El incumbente, entonces, evalúa otra alternativa: llevar a cabo de forma sistemática y reiterada, un esquema o patrón de conductas constituido por múltiples y pequeños incumplimientos, a primera vista menores y casi imperceptibles, de las regulaciones (que denominaremos "microincumplimientos", y a su ejecución, "comportamiento").

A veces estos microincumplimientos son realmente insignificantes por sí mismos, como transmitir información con un formato digital difícilmente utilizable, demoras en la suscripción de los contratos de acceso provocadas por enviar al acto de suscripción una persona que no posee poderes suficientes; denegación de la visita técnica a centrales con excusas referidas a defectos formales muy menores en la nota de pedido de visita; obstrucciones tales como colocar una puerta con llave en el acceso a la sala de coubicación y demorar varios días para proceder a su apertura, no recibir información ni solicitudes por correo electrónico, ni por notas simples, obligando al entrante a comunicarse por carta documento o notificación notarial, etcétera.

El objetivo de reducir la gravedad de las infracciones y multiplicar su cantidad y variedad, es buscar quedar "fuera del radar" del regulador o, en caso de ser detectado, valerse de defensas legales de tipo formal con altas probabilidades de éxito. En efecto, el incumbente logra las dilaciones buscadas y simultáneamente le permite argüir frente a las autoridades (ante el inicio del procedimiento sancionatorio) diferentes defensas, tales como la teoría de la bagatela o insignificancia (y sus distintas variantes) y la ausencia de dolo. En efecto, estas defensas son:

a) *La teoría de la bagatela o insignificancia*: Esta se basa en que el derecho penal solo debe sancionar aquellas conductas que lesionen significativamente bienes jurídicos, y no aquellas conductas que, en razón de la insignificante afectación de determinados valores jurídicos o por la mínima alarma social que provocan,

(18) En virtud de la resistencia a permitir el acceso a sus redes, las autoridades han debido regular precios (orientación a costos), aspectos técnicos (estándares aplicables), y métodos para disminuir los costos de transacción (ofertas de referencia).

(19) Montero, Juan - Brokelmann, Helmut, *Telecomunicaciones y televisión*, cit., p. 315.

(20) Salvo que se trate de una parte de una estrategia judicial de impugnación de la normativa de acceso.

no representan un riesgo para la sociedad (21). Esta teoría es una construcción basada en una idea básica de justicia, que asume que es injusto que el sistema sancionatorio se active ante incumplimientos que si bien formalmente existen (la conducta desplegada coincide con el tipo descripto en la norma), la sustancia de la conducta es de escasa relevancia. Si el incumbente despliega múltiples incumplimientos de relativa entidad, la percepción de los funcionarios del regulador será que debe aplicarse la teoría de la bagatela en forma completa (no sancionar), o en forma incompleta (sancionar, pero levemente). Es precisamente esta percepción la que espera generar el incumbente al desplegar cada una de las infracciones que conforman el comportamiento, a fin de que esta pase finalmente desapercibida.

b) *La ausencia de dolo*: La percepción de que la infracción es insignificante apareja a su vez otra percepción, que es la de ausencia de dolo. Ninguna autoridad administrativa o judicial podría pensar que existe una voluntad maliciosa del incumbente (que persigue causar un daño) al llevar adelante alguna de las infracciones denunciadas, siendo estas insignificantes considerando la magnitud de su patrimonio y operación. Ninguna autoridad judicial ni administrativa podría pensar que el incumbente, dolosamente, por ejemplo, no notifica el inicio de obras civiles, o demora la entrega de los enlaces, u oculta la verdadera cantidad de torres que posee.

Pero si no existe dolo, ¿a qué deben atribuirse, según el incumbente, las infracciones?

Si no existe dolo —intención deliberada de dañar—, las infracciones como las que aquí se han denunciado, deben ser atribuidas a la culpa, esto es, a la imprudencia, negligencia o falta de previsión o cuidado, a simples, inocentes, cándidas y jamás malintencionadas imperfecciones y pequeñas e involuntarias falencias en los procedimientos administrativos o técnicos.

En resumen, el tratamiento que el incumbente espera que tengan sus infracciones en el regulador comienza entonces con la aplicación (consciente o inconsciente) de la insignificancia. En segundo lugar, no es razonable que sean fruto del dolo —una intención efectiva de causar un daño—. Y, en tercer lugar, que si no hay dolo, la infracción es atribuible a meros e involuntarios descuidos. El resultado de esta estrategia es que años después (pues ningún expediente por pequeñas e involuntarias infracciones merece tratamiento urgente) en el mejor de los casos el regulador aplicará reducidas multas a esas numerosas pero pequeñas e involuntarias infracciones. Y el incumbente habrá hecho más dificultoso el acceso al mercado, al haber generado una barrera de entrada "estratégica", es decir, una barrera elaborada por las empresas para impedir o dificultar la entrada de competidores al mercado (22), que les impide que puedan desarrollarse y competir eficazmente contra el aquel.

> "*El operador incumbente es usualmente acusado de actuar en una forma altamente estratégica para demorar, bloquear, y elevar los costos de sus rivales* para hacer que el ingreso y operación de sus redes por parte de dichos rivales no sea rentable. *Esto puede ocurrir incluso cuando haya claras obligaciones de acceso e interconexión impuestas sobre la red del incumbente.* Esto a veces ha llevado a graves abusos del sistema [...]" (23).

(21) Carreón Herrera, J. H. - Carreón Perea, H., "Los criterios de oportunidad y su implementación en el sistema de justicia penal mexicano", publicado por el Instituto de Estudios del Derecho Penal Acusatorio. Disponible en: *http://www.ineppa.org.mx/doc/art5.pdf.*

"El derecho penal no puede atender las lesiones nimias, y menos aún, cuando la finalidad que le es específica es reprimir graves violaciones, de suerte que cuando la afectación del bien jurídico es insignificante, la conducta queda excluida de su ámbito de prohibición, aun cuando sea legalmente típica" (JNPenal Económico Nº 3, Capital Federal, 24/5/1991, *in re* "Bouillar, Gabriel y Cía. S.R.L.", LL 1991-B-1723). Ya afirmaban los romanos *minimus non curat lex*; la ley no debe ocuparse de lo nimio.

(22) Cfr. Petitbo, Juan A., *Anuario de la Competencia,* cit.

(23) Veljanovski, C., "Strategic use of regulation", en la obra colectiva *The Oxford Handbook of Regulation*, capítulo 5.5.2. La traducción y el marcado son propios.

V. El encuadre legal del comportamiento bajo la Ley de Defensa de la Competencia

La Ley de Defensa de la Competencia ("LDC") prevé el comportamiento en los incs. d), h) e i) de su artículo tercero.

Dichos incisos estipulan que es una práctica restrictiva, siempre que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, el

> "Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de este (inc. d]);
>
> Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales (inc. h]);
>
> Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate (inc. i])".

En efecto, las dilaciones y entorpecimientos, además de configurar violaciones al marco regulatorio sectorial —pues de allí surge la imposición de acceso a las redes—, también pueden encuadrarse como un "abuso de posición dominante", dada la similitud entre la dilación del acceso y su denegación. Así lo ha expresado destacada doctrina:

> "Por lo tanto, los efectos de estos retrasos, sin justificación objetiva, podrían ser los mismos, al menos a corto plazo, que los de una denegación rotunda del acceso, de tal modo que podría recurrirse al art. 82 del Tratado por las mismas razones que una denegación" (24).

En este sentido, en el caso "Hoffmann-La Roche" (25), el Tribunal de Justicia Europeo estableció que los abusos de posición de dominio pueden afectar a los consumidores finales no solo directamente, sino también de forma indirecta a través de conductas que debiliten la estructura competitiva en el mercado.

Por otro lado, la conducta tiene por efecto y objeto imponer ilegales barreras de entrada a sus competidores, impidiendo así a estos brindar regularmente el servicio y a los consumidores contar con un servicio alternativo.

Con respecto al inc. d), el comportamiento encuadra en "dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de este".

El comportamiento dificulta la *entrada* porque uno de los factores a considerar por posibles entrantes a un mercado es la factibilidad del acceso a la red del incumbente.

> "El incumbente puede usar todas las herramientas a su disposición, sean legales, técnicas o económicas, para demorar, reducir la calidad, o subir el precio del acceso. [...] *Entrantes potenciales, temiendo los efectos de la discriminación, y a pesar de los mejores esfuerzos del regulador, podrían dudar de invertir en nuevas capacidades*" (26).

"Entrada a un mercado" puede significar tanto que una empresa ingrese por primera vez a prestar cualquier servicio de telecomunicaciones, como que una empresa que ya presta determinados servicios de telecomunicaciones (p. ej., telefonía), desee prestar otro servicio de telecomunicaciones diferente (p. ej., acceso a Internet).

El comportamiento dificulta también la *permanencia*, pues un operador de, por ejemplo, el servicio de acceso a Internet, que necesita

(24) Calvo Díaz, G., "Acceso al bucle local", en Quadra-Salcedo, Tomas (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, cit., p. 147.

En el mismo sentido, véase Montero, Juan - Brokelmann, Helmut, *Telecomunicaciones y televisión*, cit., p. 316.

(25) Caso C 85/76 [1979] ECR 461, párrafo 125 ("Article 82 of the Treaty covers not only abuse which may directly prejudice consumers but also abuse which indirectly prejudices them by impairing the effective competitive structure as envisaged by Article 3 (f) of the Treaty").

(26) OECD, *Restructuring public utilities for competition*, 2001, p. 53. La traducción y el marcado son propios.

acceder al bucle de abonado del incumbente para brindar el servicio en determinada área, y que no puede hacerlo en virtud del comportamiento, (i) ve afectada su expansión, y por tanto, sus costos y sus economías de escala, (ii) ve afectada su marca (27) porque no brinda el servicio en determinada área, (iii) ve afectada su marca porque anuncia que brinda el servicio, pero dada la negativa de acceso incumple con los plazos de inicio de prestación comprometidos con el cliente.

Con respecto a los incs. h) e i), encuadran en estos incisos la imposición de condiciones irrazonables, como la retención indebida de información necesaria para la desagregación del bucle de abonado, tales como no indicar —o cobrar tarifas por indicar— las ubicaciones de los puntos de acceso físico, la accesibilidad al bucle, la ubicación de los ductos y capacidad disponible en estos, o la inclusión de requisitos no previstos en la normativa aplicable, tales como hacer obligatorios procedimientos previos de "cualificación" sumamente gravosos y sujetos a ciertas tasas, aun cuando no fueran necesarios, o la imposición de cláusulas de permanencia no previstas en la normativa, o el establecimiento de plazos indeterminados, o bien su ausencia total, para la realización de las conductas que obligatoriamente debe realizar el incumbente; la imposición de condiciones económico-financieras abusivas. En efecto, se trata de requerimientos, trabas y dilaciones carentes de sustento legal, o directamente ilegales, que demoran o impiden —y así deniegan, restringen o discriminan— el acceso a la infraestructura pasiva y activa o demás insumos esenciales del incumbente por parte sus competidores (28).

(27) "La lealtad a una marca es un factor que afecta la probabilidad de entrada a un mercado. Cuando la lealtad es alta, ha sido considerada una barrera de entrada al mercado". ABA Section of Antitrust Law, *Telecom Antitrust Handbook* (2005), American Bar Association, United States of America, 2005, p. 98.

(28) La negativa de acceso es una conducta anticompetitiva que una empresa en una posición dominante puede usar para apalancar su poder de mercado en un mercado aguas arriba (donde se provee una facilidad esencial), hacia un mercado aguas abajo, donde aquella facilidad esencial es utilizada para dar servicio al cliente final. Ver Stoyanova, M., *Competition Problems in Liberalized Telecommunications*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008, p. 91. Traducción propia.

VI. Primera parte de la solución: unificar los microincumplimientos

Como vimos, el incentivo del incumbente es claro: resulta beneficioso para sus intereses seguir ejecutando el comportamiento.

En este sentido, la baja envergadura de los microincumplimientos individuales que integran el comportamiento desincentiva su denuncia por parte de los concesionarios afectados, y (esto es lo más lesivo para el interés público) evita una sanción adecuada y justa por parte del regulador.

En efecto, el tiempo de demora de tales tramitaciones, unido a su costo en términos de gastos a erogar y tiempo perdido, y sus limitadas probabilidades de éxito (por las defensas con que cuenta el incumbente), hace que el beneficio que marginalmente pueda obtenerse de una denuncia sea muy menor a su costo, además de que al poco tiempo el entrante se encontrará con otro microincumplimiento que deberá denunciar nuevamente. Asimismo, el "éxito" de tal denuncia consistiría en un verdadero fracaso, pues solo se aplicaría una sanción de una cuantía que claramente no lograría torcer la decisión del incumbente de continuar con la conducta.

Por ende, no existen incentivos reales para que los afectados denuncien y las autoridades competentes, de forma sistemática y efectiva, investiguen y sancionen estas conductas de forma individual.

Por estos motivos, la investigación y juzgamiento global de la conducta del incumbente en un único procedimiento permitiría desincentivar su realización, pues ello incrementaría las probabilidades de que se apliquen sanciones significativas (29). En efecto, el objeto

(29) Tal como se ha hecho en Europa en el caso "Orange Polska S.A.", resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ("Caso Orange"); en el caso "Slovak Telekom", resuelto por la Comisión Europea ("Caso Slovak"), y en otros casos resueltos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia del Reino de España y algunos tribunales españoles en denuncias contra Telefónica de España. El "Caso Orange", resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tiene como antecedente una Decisión de la Comisión Europea que resolvió sancionar al agente preponderante en materia de telecomunicaciones en "Polonia, Orange Polska

de la regulación no es ni puede ser entendido de forma aislada y ritual, sino que es esencialmente finalista: se busca garantizar el resultado, que es la competencia efectiva. En este sentido se ha dicho que

> "La conservación y la promoción de las condiciones de competencia efectiva constituyen el objeto de la actividad interventora de los organismos reguladores de las empresas en red" (30), y

S.A." —antes "Telekomunikacja Polska S.A., 'TP'"— (cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del Tribunal General, sala octava, del 17 de diciembre de 2015 en el asunto T-486/11). La Comisión constató que el incumbente era el único proveedor mayorista del acceso de banda ancha, que había abusado de su posición dominante en el mercado mayorista polaco, al negarse a dar acceso a su red y a suministrar los productos mayoristas a sus competidores, para proteger su posición en el mercado minorista. La Comisión consideró que el incumbente había elaborado una estrategia tendente a limitar la competencia en todas las etapas del proceso de acceso a su red. Se precisó que, para poner en práctica esa estrategia, el preponderante llevó a cabo una conducta compleja, compuesta por los cinco elementos siguientes: a) Proposición de condiciones no razonables en los acuerdos, b) Prácticas dilatorias en el proceso de negociación de los acuerdos, c) Prácticas dilatorias en el acceso a su red, d) Limitación del acceso a las líneas de abonados, e) Negativa a ofrecer las informaciones generales exactas y fiables indispensables para que los entrantes tomaran decisiones en materia de acceso. La Comisión destacó que estas prácticas produjeron un efecto acumulado para los entrantes, que encontraron obstáculos en cada etapa del proceso de acceso a los productos mayoristas de TP. Manifestó que, aunque cada uno de los obstáculos creados por TP, considerado por separado, pudiera no parecer muy obstructor, apreciados en conjunto formaban una conducta abusiva cuyo objetivo era cerrar a los entrantes el acceso al mercado mayorista del acceso de banda ancha. Así, la Comisión concluyó que el abuso cometido por TP constituía una infracción única y continuada del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), y lo sancionó por dicha violación. El 17 de diciembre de 2015, el Tribunal de Justicia Europeo ratificó la decisión de la Comisión. En el caso "Slovak Telekom" (Comisión Europea, Caso AT.39523, "Slovak Telekom", decisión del 15 de octubre de 2014), la Comisión adoptó una decisión dirigida a Slovak Telekom ("ST") —el incumbente en Eslovaquia— y Deutsche Telekom ("DT") —su sociedad matriz— por la que se les impuso una multa por infringir el art. 102 del TFUE y el art. 54 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo. La decisión se refiere a la conducta excluyente de ST (denegación de suministro), respecto a su infraestructura de banda ancha. La decisión demuestra que ST fijó cláusulas y condiciones abusivas en sus convenios, con el fin de hacer que el acceso desagregado al bucle local fuera inaceptable para los Entrantes, retrasando, dificultando o impidiendo de esta forma su entrada en el mercado minorista de los servicios de banda ancha. En particular, para decidir que ST había abusado de su posición, la Comisión consideró que: a) ST ocultó a los entrantes la información sobre la red necesaria para la desagregación del bucle local, no permitiendo que los estos prepararan planes de negocio adecuados, b) ST redujo artificialmente el alcance de su obligación de desagregación negando acceso a líneas con excusas técnicas improcedentes, b) no proporcionó información previa sobre precios de la coubicación, y c) solicitó una garantía bancaria cuyo importe era desproporcionado respecto a los costes y riesgos de ST por proporcionar acceso a los bucles locales. Finalmente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y los tribunales del Reino de España han sancionado diversos entramados de conductas como si fueran una única conducta, consistente en denegar injustificadamente los pedidos de acceso mediante dilaciones menores. Así, el 5 de febrero de 2015 la CNMC consideró que la demora en firmar un acuerdo de compartición de estructuras —al dejar pasar el plazo de 20 días para hacerlo, con fundamento en diversas excusas formales—, en cumplimiento de una resolución de la autoridad, había en los hechos "impedido" la firma de ese acuerdo, destacando la "falta de voluntad negociadora" por parte del agente obligado a compartir (cfr. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente SNC/DTSA/683/14/incumplimiento resolución canal DB, resolución del 5 de febrero de 2015). Similarmente, el 23 de julio de 2015 consideró que la realización de obras civiles (sustitución de centrales por nodos) sin haber informado de la instalación a los entrantes con al menos seis meses de antelación, había implicado incumplir la obligación de compartir la infraestructura (cfr. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente SNC/DTSA/160/15 Telefónica traslado centrales, resolución del 23 de julio de 2015). Por otro lado, también los tribunales españoles han llegado a similares conclusiones. Por ejemplo, el 13 de noviembre de 2013, la sala en lo contencioso del Tribunal Supremo de Madrid confirmó la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se había considerado a Telefónica de España S.A. como incumplidora de su obligación de permitir el acceso a su infraestructura. Ello había sido realizado mediante múltiples microincumplimientos, tales como demoras en la suscripción de los contratos de acceso al bucle; demoras en el acceso al bucle por determinar que la licencia del solicitante no es suficiente para prestar el servicio; demoras en la provisión del servicio de transporte y enlace; demoras en la provisión del tendido de cable externo (cfr. Tribunal Supremo de Madrid, sala contencioso, STS 5435-13, sentencia del 13 de noviembre de 2013).

(30) Pedraza Córdoba, J., *Competencia efectiva y servicios de interés económico general. El caso de las telecomunicaciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 14.

> que "El enfoque del regulador depende de la actitud del incumbente. Si es un obstructor, entonces el regulador debe hacer todo lo que pueda para abrir el mercado a los competidores" (31).

Por ello, las infracciones del incumbente no pueden ser evaluadas aisladamente e independientemente unas de otras, sino que deben analizarse bajo la perspectiva de determinar el extremo finalista, es decir, si como complejo sistemático de pequeñas infracciones, tiene como efecto impedir a otros prestadores llevar a cabo un servicio en condiciones efectivas y justas de competencia.

En este sentido, resultan aplicables a este caso, *mutatis mutandi*, los fundamentos de eficacia y eficiencia que se ha dado a las acciones de clase en el derecho de los Estados Unidos de América.

En las acciones de clase, como es sabido, se agregan y resuelven conjuntamente múltiples reclamos individuales afectados por una misma causa fáctica o jurídica, constituida por una conducta o un patrón o esquema de conductas con similar y único efecto. Ello permite:

> "consolidar el litigio para lograr economías de escala [y así reducir los costos de litigio] y proveer un remedio legal a daños menores que son grandes de forma agregada" (32).

Consecuencia de ello es que la posibilidad de una acción de clase pone en el potencial incumplidor un incentivo más fuerte para no dañar, pues es más probable que, en caso de incurrir en forma sistemática en pequeños incumplimientos, se inicien reclamos colectivos contra tal conducta. Lo mismo ocurre con los incumbentes: al englobarse sus conductas menores en una sola, su incentivo a cometerlas se reduce.

En este sentido, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha dicho que las acciones de clase permiten superar:

> "el problema de que pequeñas indemnizaciones no proveen el incentivo para que cualquier individuo plantee una acción solitaria en defensa de sus derechos", pues lo resuelven "agregando los relativamente insignificantes reclamos potenciales en algo que sí vale el trabajo de alguien (generalmente un abogado)" (33).

Tales consideraciones ratifican que solo la investigación y juzgamiento global del comportamiento en un único procedimiento permitiría desincentivar su realización.

Hecho esto, sería necesario pasar a la segunda parte de la solución.

VII. Segunda parte de la solución: aplicar multas significativas

Dentro de los mecanismos de los que dispone el derecho de defensa de la competencia para alcanzar sus objetivos, se encuentran dos grandes conjuntos: la implementación o persecución estatal y la aplicación privada (34) (*private enforcement*). La persecución estatal cuenta con varios mecanismos a través de los cuales lograr sus objetivos: entre otros, llamados de atención, apercibimientos, prisión, y, ciertamente, multas.

Ahora bien, cuando el *management* de las compañías evalúa llevar adelante una conducta anticompetitiva, tiene en cuenta las posibilidades de ser descubierta y la cuantía de la multa resultante. Esto es, pondera la cuantía y probabilidad de la contingencia (multa). Aquí es donde toma relevancia la trascendencia de la imposición de multas de gran volumen.

(31) Buckley, J., *Telecommunications regulation*, The IEE, Inglaterra, 2003, p. 111.

(32) Cooter R. & Ulen, T., *Law & Economics,* 5ª ed., Pearson, Boston, 2008, p. 431. La traducción es propia.

(33) Suprema Corte de los Estados Unidos de América, "Amchem Prods., Inc. v. Windsor", 521 U.S. 591, 617 (1997). La traducción es propia en todos los casos.

(34) Se subraya uniformemente la importancia que las acciones privadas tienen en el derecho *antitrust.* Se entiende que la posibilidad de lograr una indemnización por parte de aquellos que resultaron dañados por una acción anticoncurrencial, sirve de aliciente para que los autores de conductas que en muchos casos quedarían impunes, finalmente sufran alguna forma de "retribución", en cuanto a su obligación de resarcir a las víctimas una vez sean condenados en sede judicial a indemnizar.

Es que a compañías del tamaño que suelen tener los incumbentes, la imposición de multas menores no les genera incentivos para el cese de la conducta anticompetitiva: si el incumbente, a través de las infracciones, puede impedir el acceso de los competidores y fortalecer su posición de dominio, evitando así tener que incrementar la calidad del servicio y reducir sus precios (eventos que solo ocurren en un entorno competitivo), y el riesgo de llevar adelante esta acción es la de recibir multas cuya cuantía es significativamente menor a las ganancias económicas y estratégicas del comportamiento, la decisión será (inevitablemente, salvo extraordinariamente altos e inusuales estándares de ética y *compliance*) ejecutar la conducta.

Es simple: si con las infracciones se gana mucho dinero, se fortalece la posición de dominio y se perjudica a los competidores y a cambio de esto solo se pagan multas irrelevantes, la decisión será seguir cometiendo las infracciones. Es entonces el regulador el que debe poner fin a ese esquema de incentivos, primero agrupando los microincumplimientos y, luego, imponiendo multas en el máximo legal (35).

(35) Además, al establecerse los montos de las multas, estas no solo están destinadas a la prevención especial del infractor, sino que tienen carácter de prevención general, pues el resto de los participantes del mercado también se hacen eco de la imposición de las mismas. Por otro lado, no puede argüirse contra el efecto disuasivo de la imposición de grandes multas, que a los directores no les importará que la compañía que ellos dirigen sea multada, pues no se trata de su dinero, y que solo sería efectiva la multa impuesta a los gerentes o empleados que tomaron la decisión. Ello es rebatido por uno de los más importantes autores americanos de *antitrust*, Posner, al señalar que ello no es así, pues aquellos corren el riesgo de ser despedidos por los accionistas por hacerles gastar dinero en multas debido a sus decisiones. También señala el mismo autor los efectos negativos que para dichos directivos tendrá en su reputación el haber dispuesto las conductas que ocasionaron las multas que le hicieron perder mucho dinero a la compañía multada (Posner, Richard, *Antitrust Law*, 2nd edition, 2001, p. 271).

Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil

POR **SANDRA M. WIERZBA** (*) E **IGNACIO MAGLIO** (**)

I. Planteo del tema

El avance imparable de nuevas tecnologías digitales inaugura la denominada Cuarta Revolución Industrial, la dimensión de los cambios y el grado de disrupción adquieren tal magnitud que también se denomina al fenómeno como una auténtica "revolución cultural".

La revolución instalada afecta significativamente las formas de socialización, de creación y transmisión del conocimiento humano y hasta la esencia de la producción de bienes y de la prestación de servicios. Ello se evidencia también en el ámbito de la salud, donde se plantean cambios profundos y se incorporan prácticas e instrumentos que ponen en crisis las formas de cuidado tradicionales.

La nueva cultura digital global encuentra aliados estratégicos: el aumento exponencial de datos circulando digitalmente, la velocidad de su procesamiento y el abaratamiento de costos de almacenamiento; en menos de dos décadas el costo de archivar digitalmente la totalidad de la Biblioteca del Congreso de EE.UU., disminuyó de U$D 200.000, en 2001, a tan solo U$D 180 en la actualidad.

La magnitud de los datos sanitarios (*big data*) crece de modo astronómico, en solo dos años los datos médicos se duplicarán cada 73 días, toda persona a lo largo de su vida generará un millón de gigabytes de datos de su salud, solo en 2016 se publicaron 1.261.379 de trabajos científicos, en EE.UU. en 2015 se generaron 60.000 millones de imágenes médicas, durante el año 2018 se generaron 318.000 aplicaciones móviles en salud (*health apps*).

Las Naciones Unidas, a través del Comité Internacional de Bioética, ha elaborado durante 2017, un reporte sobre *big data* y salud, en donde se advierte la contribución del uso de *big data* para la salud, y al mismo tiempo la necesidad de evitar que el avance y las investigaciones puedan violar los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y en particular en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

El volumen de datos médicos y científicos generados hace imposible que cualquier médico/a, estén en condiciones de mantenerse debidamente actualizados; esta situación resiente un deber galénico repetido desde tiempo inmemorial, vinculado a la obligación de actualización permanente, aquí se observa claramente, en términos de responsabilidad profesional un necesario replanteo crítico de la tesis tradicional.

(*) Abogada en ejercicio. Doctora de la Universidad de Buenos Aires (área Derecho Privado). Profesora titular de Obligaciones Civiles y Comerciales (Derecho-UBA). Integrante de la Comisión de Bioética, Código Civil y Comercial de la Nación.

(**) Abogado en ejercicio. Diplomado en Salud Pública. Jefe del Departamento Riesgo Médico Legal Htal. Muñiz. Coordinador Área Promoción de Derechos Fundación Huésped. Coordinador Comité Bioética Sanatorio Finochietto.

Es así que hoy en día existen formas concretas de utilizar los recursos de salud de un modo diferente a las de antaño, la medicina digital, la telemedicina y la inteligencia artificial son los ejemplos paradigmáticos de esta nueva era que nos obligan a repensar ciertas concepciones jurídicas tradicionales, del campo del derecho de daños y del derecho de consumo, o al menos a revalorizar las conductas humanas en tales ámbitos.

Categorías jurídicas inconmovibles, como las denominadas obligaciones de medios, en donde el médico/a solo compromete el despliegue de una actividad diligente y prudente, se verán amenazadas cuando, a través del aprendizaje e inteligencia artificial los márgenes de error diagnóstico, por ejemplo, serán prácticamente inexistentes.

II. Medicina digital. Riesgos y beneficios

El avance de la telemedicina, en particular las teleconsultas mediadas por dispositivos digitales, conlleva algunos riesgos cuando su uso es omnipresente y la relación virtual reemplaza el contacto personal, en ese sentido se ha advertido el riesgo de empobrecimiento de la clínica, por la abrumadora cantidad de información médica disponible y la exaltación del fenómeno del *big data*, que obligan a médicos/as a un gran derroche de tiempo en búsquedas bibliográficas, limitando el contacto físico y presencial con los pacientes y sus familias.

La explosión digital en las relaciones humanas también potencia la "cultura de la inmediatez", donde todas las respuestas se requieren de modo rápido; la ausencia de reflexión, y sobre todo de cautela, se expresa en las relaciones virtuales, donde la presencia física se reemplaza por la intermediación de un monitor o pantalla. La telemedicina, y en particular el uso de redes sociales en la atención médica, también aumentan de modo exponencial.

El riesgo más temido vinculado a la sobreutilización de relaciones clínicas digitales es la deshumanización y degradación de las relaciones humanas. Con claridad se ha advertido que esos canales de comunicación "…cuando se convierten en omnipresentes, no favorecen el desarrollo de una capacidad de vivir sabiamente, de pensar en profundidad, de amar con generosidad. Los grandes sabios del pasado, en este contexto, correrían el riesgo de apagar su sabiduría en medio del ruido dispersivo de la información. Esto nos exige un esfuerzo para que esos medios se traduzcan en un nuevo desarrollo cultural de la humanidad y no en un deterioro de su riqueza más profunda. La verdadera sabiduría, producto de la reflexión, del diálogo y del encuentro generoso entre las personas, no se consigue con una mera acumulación de datos que termina saturando y obnubilando, en una especie de contaminación mental. Al mismo tiempo, tienden a reemplazarse las relaciones reales con los demás, con todos los desafíos que implican, por un tipo de comunicación mediada por Internet. Esto permite seleccionar o eliminar las relaciones según nuestro arbitrio, y así suele generarse un nuevo tipo de emociones artificiales, que tienen que ver más con dispositivos y pantallas que con las personas y la naturaleza. Los medios actuales permiten que nos comuniquemos y que compartamos conocimientos y afectos. Sin embargo, a veces también nos impiden tomar contacto directo con la angustia, con el temblor, con la alegría del otro y con la complejidad de su experiencia personal. Por eso no debería llamar la atención que, junto con la abrumadora oferta de estos productos, se desarrolle una profunda y melancólica insatisfacción en las relaciones interpersonales, o un dañino aislamiento" (1).

El deterioro y la deshumanización se relacionan con el uso excesivo de la comunicación digital, pero, además, su mal uso también podría conllevar a una degradación de la práctica profesional. En este sentido las consultas médicas realizadas de modo virtual han sido criticadas por sectores gremiales, el representante de Asociación de Médicos de la Actividad Privada ha manifestado que se trata de un negociado de las empresas de medicina prepaga, cuyo objetivo sería la reducción de gastos y la precarización laboral de los médicos; en tal sentido manifestó: "Esta modalidad no es medicina. Es un negocio, ya que la telemedicina debería ser una solución a los problemas de las personas que no tienen

(1) Santo Padre Francisco, *Carta Encíclica Laudato Si, sobre el cuidado de la casa común*, 1ª ed., Conferencia Episcopal Argentina. Oficina del Libro, Buenos Aires, Argentina, 2015, apartado 47.

acceso a la salud y no una metodología de atención en lugares donde hay un sanatorio o un hospital en las cercanías (…) todo va camino a hacer de esto un negocio ya que cuatro de cada tres consultas se resuelven por vía telefónica. ¿Quién gana? Las empresas de salud, que reducen costos y multiplican ingresos económicos".

En la inmensa mayoría de los casos, en nuestro medio (2), los médicos no cobran honorarios por las consultas realizadas en soportes digitales, cualquiera sea su modalidad: *WhatsApp*, SMS, *email*, se trata de una práctica generalizada, en donde médicos y pacientes comparten indicaciones y consejos sobre el proceso de atención, sin llegar a tener noción de la responsabilidad y consecuencias que genera el consejo virtual, ya que se trata de un auténtico acto médico. De todas formas, algunos seguros de salud prepagos y servicios de asistencia médica al viajero ya comenzaron a utilizar plataformas digitales para consultas no presenciales.

Del mismo modo, pueden mencionarse otros riesgos y desventajas de la comunicación médica virtual, no presencial:

• Limitar el encuentro personal en la relación, aspecto esencial y necesario para un proceso de escucha activa y comunicación efectiva.

• Empobrecimiento de la comunicación y el lenguaje, exaltación de datos y minimización de la clínica (3).

• Generación de riesgos y contingencias legales cuando el acto médico digital no se transcribe a la Historia Clínica o Ficha de Atención Ambulatoria.

• Fragilidad sobre la posibilidad de auditoría del acto médico digital.

• Puede socavar la confidencialidad de los datos y la intimidad de pacientes.

• Puede generar riesgos por comprensión equívoca de indicaciones por errores de tipeo o de autocorrección de los dispositivos.

• Podría generar incertidumbre médico-legal por la ausencia de un marco regulatorio específico.

• No está claro cuál sería el ámbito o la jurisdicción que determine la responsabilidad de los actores, ya que pueden realizarse consultas desde diferentes regiones del país, donde el consultor no se encuentre debidamente inscripto en la matrícula que le permita ejercer la profesión en el lugar de residencia del paciente consultante.

• El riesgo del uso de celulares en áreas críticas (terapias intensivas, quirófanos, unidades coronarias) en infecciones por contaminación cruzada y la interferencia electromagnética.

Los beneficios que plantea la era digital en medicina aparecen también de modo claro, tal es así que un sector de la comunidad médica, como la Sociedad de Medicina Participativa ha declarado que la atención mediada por medios digitales constituye "… un modelo de salud cooperativa que busca la involucración activa de pacientes, profesionales, cuidadores y otros agentes del proceso de la atención sobre todos los aspectos relacionados con la salud de los individuos. La medicina participativa es un enfoque ético del cuidado que además promete mejorar los resultados clínicos, reducir los errores médicos, mejorar la satisfacción del paciente y disminuir los costos del cuidado sanitario…".

La telemedicina es una herramienta efectiva que contribuye a la equidad y a la mejora en la accesibilidad al derecho a la salud; en la Argentina existen ya interesantes experiencias en la materia, variadas en objetivos y extensión, en el ámbito privado (4). Pero se destaca especialmente el programa de telemedicina operado por el Hospital de Pediatría Dr. Juan P. Garrahan, a nivel público, en cuyo ámbito se atenderían actualmente unas 70.000 consultas anuales,

(2) En EE.UU., el sistema Medicare ha incorporado un nuevo código (CPT code 99490) para el pago de honorarios por consultas virtuales *for non-face-to-face care coordination services*.

(3) Flichtentrei, D., "Matando emoticones a garrotazos", Puntos de vista. Cerebro clínico, *Intramed,* Buenos Aires, 6/2/2018. *http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=92030*, acceso el 7/2/2018.

(4) Existen asociaciones dedicadas a la "Telemedicina" y a la "Telesalud" a nivel nacional e internacional, como la recientemente creada Asociación Civil de Telemedicina de la República Argentina (ACTRA).

observándose una sensible disminución de las derivaciones desde el interior del país (con ahorro en traslados y costos económicos, pero, además, con habilitación de la continuidad en la actividad educativa y laborales de los pacientes en sus lugares de residencia), promoviéndose la continuidad en la atención médica y la actualización continua de conocimientos por parte de profesionales que desempeñan su actividad en zonas alejadas de la metrópoli.

El uso prudente y racional de la comunicación digital, entre médicos y pacientes, podría generar además las siguientes ventajas:

• Es una forma de comunicación rápida, efectiva y económica.

• Se utiliza a través de dispositivos accesibles (*Smartphone*, tableta, PC), además, ya existen en el mercado, plataformas digitales que permiten tener disponible la historia clínica y estudios complementarios de cada paciente en el celular del médico tratante.

• Mejora algunos estándares de seguridad y atención (alertas, seguimiento, adherencia a tratamientos, etcétera).

• Ofrece respuestas efectivas para cuestiones administrativas (turnos) y en lectura de resultados de exámenes complementarios.

• Mejoran la comprensión de las indicaciones y tratamientos, propiciando elevados niveles de adherencia a los tratamientos.

III. Inteligencia artificial y atención médica

Se ha definido a la inteligencia artificial (IA) como "...una disciplina que estudia y desarrolla artefactos operativos que exhiben propiedades de autonomía, interoperabilidad o interacción y que pueden aprender de esas interacciones" (5). La IA impacta de algún modo en miles de millones de personas, el desarrollo de información algorítmica moldea el ritmo de nuestras vidas de modo inadvertido en la mayoría de los casos, desde la ruta que debemos utilizar para llegar al trabajo, la cantidad de calorías que debemos gastar y consumir, la determinación de nuestra capacidad crediticia, la chance de contraer determinada enfermedad, hasta la posibilidad de predecir y advertir la evolución de *commodities* y la logística en transportes multimodales.

En el ámbito propio del derecho, la aplicación de la IA, sobre todo en procesos judiciales es una de las aplicaciones de mayor proyección a nivel global, se trata del desarrollo de sistemas "recomendadores", que evalúan y procesan cantidades abrumadoras de precedentes aplicables a un determinado caso judiciable, que no estarían disponibles al alcance de la inteligencia humana del fiscal o del juez. De todas formas, la sinergia entre la IA y el ámbito judicial aún es tenue y se requiere de mayor investigación y profundización (6).

La IA, como toda poderosa herramienta, dependerá también del uso que se le confiera, pendulando su utilización entre la búsqueda del máximo bienestar humano, hasta el desarrollo de Sistemas Armamentísticos Autónomos Letales (SALA, por sus siglas en inglés), generando una auténtica tercera revolución bélica, después de la pólvora y las armas nucleares. A tal punto llega la preocupación global, que Izumi Nakamitsu, la alta representante para Asuntos de Desarme de la ONU, advirtió que este nuevo tipo de tecnologías se traduce en métodos y medios de librar una guerra "con consecuencias inciertas, eventualmente indeseables" y destacó la necesidad de "llegar a un consenso sobre un entendimiento común con respecto a los posibles límites del grado de autonomía en el uso de la fuerza letal".

Pero, más allá de los riesgos descriptos, los beneficios de la IA son poderosos y aún indeterminados en cuanto a sus futuras aplicaciones prácticas, la propia Unesco, a través de su directora general, ha indicado que la IA "podría ayudar a la humanidad a superar muchos problemas sociales graves a los que se enfrenta, pero plantea al mismo tiempo una serie de desafíos

(5) Dignum, Virginia, directora ejecutiva del Delft University Center on Design for Values, en "High-Level Hearing: A European Union Strategy for Artificial Intelligence", 27/3/2018, disponible al 1/10/2018 en *https://ec.europa.eu/epsc/events/high-level-hearing-european-union-strategy-artificial-intelligence_en*.

(6) Moguillansky, Martín O., "Inteligencia artificial y derecho - Realidades y ficciones (Parte I)" *Diario Penal,* nro. 178 del 2/2/2018.

complejos, sobre todo en materia de ética, de derechos humanos y de seguridad. Ahora bien, no existe en este momento ningún marco ético internacional que se aplique a todos los adelantos y aplicaciones de la IA. Es indispensable un instrumento normativo internacional", pero en cuyo diseño las consideraciones extrajurídicas resultan sustanciales. En este sentido, se viene afirmando que debemos pensar qué metas y parámetros establecemos a su respecto, considerando las implicancias sociales, éticas, políticas y estratégicas de otorgar a estos sistemas cada vez más independientes, capacidades para la toma de decisiones sobre nuestras vidas (7).

La Asamblea General de Naciones Unidas en 2016 con motivo del lema: "Transformar nuestro Mundo: La agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" estableció que la expansión de las TICs y la interconexión mundial brindan una gran oportunidad para acelerar el progreso humano, avanzar en la sociedad de conocimiento, reducir la brecha digital, indicando un impacto similar de la innovación científica y tecnológica, por ejemplo, en la medicina.

El poder de la IA es de tal magnitud que se la llega a considerar como un nuevo factor de producción, con gran poder de inclusión social, tal como se ha comprobado en el aprendizaje personalizado con algoritmos que permitió un aumento del éxito escolar en un 15%, el costo de secuenciar genomas cayó cinco veces más que lo previsto en la ley de Moore, ampliando la accesibilidad en medicina personalizada, el modelo de la IA Watson contribuyó a la detección temprana de enfermedades a partir del reconocimiento automático de imágenes, en procedimientos estatales el tiempo invertido en trámites se reduce en más del 75%.

La utilización de la IA en salud es una de las áreas de mayor desarrollo y con mayor posibilidad de uso, en particular en análisis predictivos, medicina de precisión y apoyo a las decisiones clínicas.

La IA puede entender el lenguaje natural en sus distintas formas de expresión, tales como texto, palabra e imágenes, una vez procesada la información y aprendida, la IA podrá realizar juicios de razonamiento pudiendo responder preguntas con cierto grado de inferencia, a medida que se va desarrollando un mayor volumen de datos y entrenamiento el sistema de la IA será considerablemente más experto.

El riesgo de discriminación de parte de sistemas de la IA está vigente, ya que dependerá del proceso por el cual es entrenado, en la medida en que en el mismo existan riesgos de estigmatización en los algoritmos. Tres décadas atrás se implementó un algoritmo para automatizar la primera etapa de admisión de estudiantes de medicina, se construyó sobre la base de "datos históricos" y tuvo una precisión del 95% respecto de lo que hubieran decidido humanos, pero luego se pudo advertir que se otorgaba menos puntaje a las mujeres y a grupos de minorías étnicas, no es que el algoritmo discriminó, sino que aprendió sobre datos históricos, allí claramente se comprobó el riesgo de perpetuar el estigma.

Otro de los riesgos de los sistemas de la IA es la confusión entre correlación y causalidad, otro ejemplo sirve para demostrar la falacia: En EE.UU. la esperanza de vida es superior para quienes conducen un Mercedes Benz, ya que se supone que quien tiene ese vehículo tiene un ingreso superior al promedio y mejores condiciones de vida; pero ello no significa explicación causal, ya que si alguien, con menos ingresos, gasta todo lo que tiene en comprar un Mercedes, no solo no va a vivir más, sino seguramente menos, dado el impacto catastrófico que generará semejante gasto.

De todas formas, hasta ahora las ventajas que ofrece la IA aplicada a la salud, exceden ostensiblemente a esos riesgos, sobre todo en la mejora de atención médica y en la seguridad del paciente, considerando, en especial, que los errores médicos provocan un significativo daño, y es la tercera causa de muerte, luego del cáncer y las enfermedades cardiovasculares.

La capacidad para el reconocimiento de imágenes de la IA es impresionante, en 2016 Google se asoció con el NHS (Sistema Nacional de Sa-

(7) Crootof, Rebecca, directora ejecutiva del Information Society Project, *Yale Law School*, en "High-Level Hearing: A European Union Strategy for Artificial Intelligence", cit.

lud) para acceder a imágenes oftalmológicas. En solo cinco meses se anunció que se había desarrollado un sistema de aprendizaje profundo para reconocer daños en la retina producidos por la diabetes con una precisión que igualaba a la de oftalmólogos especialistas certificados. Al año siguiente una publicación determinó que un sistema podía clasificar imágenes de tumores de piel entre benignos y malignos con la misma precisión que los dermatólogos certificados. En el mismo año, un sistema de IA podía diagnosticar 14 ritmos cardíacos diferentes a partir de tiras de ritmo con la misma precisión que los cardiólogos (8).

Sin embargo, el fantasma del reemplazo de máquinas autónomas y su dominación sobre el ser humano, no tiene asidero científico, ya que la IA nunca podrá reemplazar habilidades y sentimientos humanos insustituibles, tales como el sentido común, la valoración moral, el planteo de dilemas éticos, la compasión, entre otros; en 1964, Thomas Watson Jr., presidente de IBM, en uno de los períodos de mayor crecimiento y expansión de la tecnología decía "Las máquinas pueden darnos más tiempo para pensar, pero nunca van a pensar por nosotros".

En solo dos décadas es altamente probable que se asista a un cambio único en la historia de la humanidad a través de la teoría de la "singularidad", que plantea una simbiosis entre el cerebro humano y la tecnología, existirán posibilidades de conexión entre el neocórtex a la nube de forma inalámbrica, generando un sistema híbrido de pensamiento biológico y tecnológico (9).

El principio de precaución y la primacía de la dignidad humana deberían primar frente a la posibilidad de un crecimiento desmesurado e incontrolable de los procesos de la IA, una de sus aplicaciones más potentes, como es la robótica ya ha acaparado la atención de organismos internacionales. En efecto, en su informe sobre la ética de la robótica, publicado en noviembre de 2017, la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y de la Tecnología de la Unesco (Comest) propone un marco ético basado en la tecnología, con el fin de formular recomendaciones sobre la ética de la robótica basadas en la distinción entre robots deterministas y robots cognitivos. El informe resalta también valores y principios éticos que pueden contribuir a establecer una reglamentación a todos los niveles y de forma coherente, que va desde códigos de conducta para ingenieros hasta legislaciones nacionales y convenios internacionales. Los valores y principios éticos puestos de relieve son la dignidad humana, la autonomía, el respeto de la vida privada, la seguridad, la responsabilidad, la beneficencia y la justicia. El principio de la responsabilidad humana es el hilo conductor que conecta los diferentes valores examinados en este informe. La Comest formula también una serie de recomendaciones específicas relacionadas con la aplicación de tecnologías robóticas, que van desde la elaboración de códigos de ética para especialistas en robótica hasta advertencias contra el desarrollo y el uso de armas autónomas.

Ese tipo de recomendaciones requieren de una valoración circunstanciada y adaptada a las idiosincrasias locales. En este sentido, por ejemplo, los robots de cuidado para personas enfermas o ancianas, resultan ya un recurso implementado con éxito en Japón (10), siendo que en nuestro medio se piensa en la necesidad de definir políticas públicas que ayuden a democratizar las tareas de cuidado en el marco de un Sistema Nacional de Atención —*humano*—, que considere a dicho trabajo como una actividad formal (11), sistema que por lo demás, podría de algún modo mitigar la pérdida de puestos de trabajo que acarrear la implementación de los avances tecnológicos en el ámbito de la salud.

IV. Normativa relevante

Nuestro país no cuenta con una legislación integral sobre el tema bajo estudio, aunque se ha presentado ya algún Proyecto de Ley de Fo-

(8) Gillam, Michael, "E-Salud, el futuro del bienestar", en Beliz, G., *Algoritmolandia*, 1ª ed., Planeta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

(9) ¿La inteligencia artificial es una realidad virtuosa?, en *www.lanacion.com.ar/2106776*.

(10) Ver por ejemplo la nota titulada "Enfermeras robots cuidan a los ancianos solitarios de Japón", disponible al 1/10/2018 en *https://www.youtube.com/watch?v=1hATHelD598*.

(11) Conf. Cámara de Representantes, 15/6/2017, disponible al 1/10/2018 en *http://laborlegislativa.com/valorar-y-reconocer-la-tarea-de-cuidado/*.

mento a la Investigación y Desarrollo de la Telemedicina, contemplándose la actividad en la normativa presupuestaria nacional.

En rigor de verdad, cabe preguntarse si tiene sentido el dictado de una norma general para la materia, en función de su naturaleza y características o más bien resulta preferible el seguimiento de los avances en telemedicina por un cuerpo estatal que integre a la autoridad de Salud y de Telecomunicaciones, considerando la legislación sanitaria relevante y posponiendo una eventual regulación para el futuro, cuando exista mayor experiencia al respecto.

De hecho, en la profusa legislación sanitaria vigente en la Argentina, existen variadas pautas para enmarcar la actividad bajo análisis. En este sentido, por ejemplo, la Ley de Ejercicio de la Medicina 17.132/1967, en su art. 20, inc. 7º, prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina "…aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país", disposición que por defecto, habilita las prácticas de telemedicina a nivel privado, en razón de la presencia y evolución de esta actividad en los medios científicos locales.

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene una serie de disposiciones importantes para la materia. Así por ejemplo, su art. 53 requiere de consentimiento "…para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga…", salvo excepciones. Por su parte, los arts. 58 y 59 del Código unificado brindan pautas concretas sobre el proceso de información y consentimiento que debe preceder a dicha transmisión, de tal modo que esta resulte lícita y avalada por profusa legislación especial (p. ej., Ley de Derechos del Paciente 26.529/2009 y dec. regl. 1089/2012).

Por lo demás, las comunicaciones electrónicas y digitales también cuentan con especial protección en el art. 153 del Cód. Penal (que castiga la violación de comunicaciones electrónicas); en la Ley de Protección de Datos Personales, 25.326/2000 (que fija principios generales relativos a la protección de datos, describe los derechos de sus titulares y acciones ante su violación); y la ley 25.506/2001 de Firma Digital (que reconoce el empleo y eficacia jurídica de las firmas electrónica y digital, disponiendo sobre las certificaciones correspondientes, responsabilidades y sanciones aplicables.

V. Telemedicina: consideraciones sobre su impacto en materia de responsabilidad civil y derecho de consumo

La atención profesional por telemedicina sin duda significa cambios relevantes en la relación médico paciente, que se van advirtiendo con la experiencia e impactarán en los tradicionales enfoques propios del juzgamiento de la responsabilidad profesional y el derecho del consumidor.

Veamos algunos aspectos:

V.1. La cuestión de la identificación de las partes en la atención médica

Antaño, una indicación médica telefónica, como cualquier prescripción no presencial, normalmente habría sido cuestionada por la justicia, considerándosela ilícita, por asumirse la falta de calidad de atención de cualquier diagnóstico o prescripción no precedido de una atención personal. Pero en el contexto de la telemedicina es natural la supresión de la consulta "cara a cara", también de la confidencialidad del encuentro e intercambio en un sitio privado, con variadas consecuencias.

En algunas de sus expresiones, la telemedicina se utiliza para resolver dudas sobre la salud, que —supuestamente— son respondidas por profesionales médicos desde la comodidad del celular. El uso anónimo de este recurso es aún posible en muchos países. Sin embargo —por ejemplo— el Comité Permanente de Médicos Europeos (12), ha recomendado que se impida tal uso anónimo, con independencia del carácter comercial o no comercial del servicio (13). En este sentido, la Directiva 2000/31/CE (14),

(12) Organización matriz que representaría a 1.6 millones de médicos.

(13) Vitolo, Fabián, "Nuevas tecnologías. Nuevos riesgos", en *Biblioteca Virtual Noble,* octubre de 2011, p. 4.

(14) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico

referida particularmente al correo electrónico, dispone sobre la información mínima que tiene que ofrecer sobre sí el prestador del servicio: nombre, dirección geográfica, título profesional, nombre del organismo, Estado y número bajo el cual están registrados.

Las prácticas de telemedicina también requieren de una identificación adecuada de los pacientes, presentándose en su ámbito situaciones nuevas, con intervención de personas en la consulta que no lo harían en un espacio no mediado por la tecnología y que, sin duda serían excluidas de la atención presencial. Así, por ejemplo, en más de un caso de atención a distancia mediante videoconferencia, se ha observado la asistencia de un paciente junto con un abogado. Pensamos que deben desalentarse estas conductas, que desnaturalizan el buen cuidado de la salud.

Por su parte, en supuestos de atención vía correo electrónico, *whatsapp* u otros medios afines, corresponderá la adopción de accesos restringidos con claves de identificación, también acordes al principio de privacidad.

V.2. Empleo de imágenes

Hace a una realidad cotidiana la posibilidad de transmitir imágenes a sitios remotos, mediante teléfonos celulares y computadoras, por procedimientos cuya seguridad resulta difícil de asegurar, involucrando a expertos ajenos al equipo tratante. A su vez, la videograbación de consultas enfrenta a los operadores de salud ante la duda sobre la necesidad de videograbar y conservar las filmaciones de actos médicos que normalmente no se registran en la atención presencial.

Ante ello, cobra importancia el art. 53 del Código unificado, que reconoce un derecho personalísimo a la imagen, protegiéndola *cualquiera sea el modo* en que esta se exprese, suponiendo un control que no solo atañe a la difusión, sino que permite oponerse a la captación, a la conservación y a la reproducción de la misma por un tercero (15). La norma incluye una novedosa protección especial para la voz de las personas, aunque para la mayoría de nuestra doctrina, esta "…constituye el reflejo sonoro de la imagen y configura junto con esta la identidad externa de una persona" (16).

Las prácticas de telemedicina imponen extremar los cuidados, ya que, en su caso, la posibilidad de envío y reenvío de fotografías contribuye a una despersonalización que puede favorecer el uso no consentido de imágenes de pacientes.

V.3. Nuevas conformaciones de los equipos de salud. Valoración de la responsabilidad por los operadores jurídicos

Más allá de los variados factores antes expuestos, la calidad de la atención mediante telemedicina se hallará siempre condicionada por la conectividad suficiente, significando una nueva conformación de los equipos de salud, donde la actividad de ingenieros y especialistas en sistemas será determinante. Además, observaremos otras diferencias sustanciales en cuanto a la organización de las prestaciones de servicios, en tanto las prácticas muchas veces aunarán la labor de un "profesional requirente o primario" con otro "profesional especialista", de distintas instituciones e incluso con sede en distintos países.

Desde el punto de vista jurídico, ello podrá significar la necesidad de recurrir a disciplinas como el derecho internacional privado, para juzgar la acreditación de un servicio de salud extranjero, el reconocimiento de un servicio internacional, el análisis de la jurisdicción y la aplicable, en caso de juzgarse la responsabilidad civil.

---

en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), Diario Oficial L 178 de 17/7/2000 p. 0001-0016, disponible al 25/4/2018 en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML.*

(15) Este tema fue discutido en un interesante precedente resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conocido "Asunto de la Flor Cabrera c. España (Demanda no 10764/09)", Estrasburgo, 27/5/2014; disponible al 23/2/2016 *en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427055095?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_DE_LA_FLOR_CABRERA_c._Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH.*

(16) Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 245, doctrina y jurisprudencia allí citadas. En contra, Leiva Fernández, Luis, "El derecho personalísimo sobre la propia voz", LL 1990-A-845, quien considera que se debe una protección autónoma a la voz.

Por lo demás, desde la concepción del derecho interno argentino, podrá seguir considerándose que los distintos responsables de una atención médica a distancia injustificadamente dañosa, deberán indemnizar a los damnificados en base a una obligación concurrente (arts. 850 a 852, Cód. Civ. y Com.). De allí que estos puedan accionar contra los agentes de salud y acaso contra los responsables de una inadecuada conectividad, pudiendo exigir la reparación de cualquiera de ellos. Una vez satisfecho el crédito, el *solvens* podrá exigir el regreso de parte de los codeudores, con base en las relaciones causales que originen la concurrencia (art. 851 inc. h], Cód. Civ. y Com.).

Cabe también preguntarse si esta nueva modalidad de atención significará algún cambio en los tradicionales seguros de responsabilidad civil que, entre sus variados límites, tradicionalmente imponen restricciones territoriales.

V.4. Aplicaciones móviles sobre salud ("apps")

Hemos mencionado que se ha extendido el uso de aplicaciones que se descargan de los teléfonos móviles, que permiten estimar riesgos de enfermedades (p. ej.: ateroesclerosis), hacer diagnóstico (p. ej.: de ictericia neonatal) y monitoreo (p. ej.: de enfermedad bipolar), en las que quien está al otro lado del teléfono no es un profesional que analiza el caso concreto, sino más bien un dispositivo de inteligencia artificial comercializado por un empresa, que bien puede ofrecerse "gratuitamente", en realidad tendrá un costo cargado en la tarifa del móvil o bien se traducirá en el recibo de publicidad no solicitada.

Algunos de estos programas contendrían problemas de calidad —como indicación de dosis inadecuadas de medicamentos, falta de información de interacción entre drogas— y su descarga sería generalmente captada por empresas de obtención y difusión de datos masivos, sin conocimiento, ni consentimiento de los interesados; para luego venderse los datos sensibles a potenciales empleadores, aseguradores y bancos, generando discriminación por razones de salud (17).

A su respecto nuestra doctrina debe aún desarrollar criterios específicos, en tanto estos servicios no entrañan una nueva forma de atención profesional, sino un empoderamiento de los individuos para el manejo de cuestiones propias de su salud, en el contexto de una relación de consumo. El usuario será aquí una *persona física (…) que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social)* (18), y el derecho deberá intentar que el potente estatuto del consumidor no sucumba en las fragilidades que depara el mundo virtual.

VI. Palabras finales

El sistema de salud asistencial digital que ya coexiste en nuestro medio con el modelo médico tradicional hipocrático, constituye una verdadera novedad para el mundo jurídico, frente al acecho de la deshumanización y el riesgo distópico del avance de las relaciones clínicas virtuales mediadas por el uso de redes sociales, se presenta una gran oportunidad para redefinir la relación médico/paciente, en donde la presencia, "el escuchatorio", continúen siendo la parte medular el ejercicio profesional, y donde todo aquel acercamiento virtual sea el complemento auxiliar de ese "encuentro entre una conciencia y una confianza".

La necesidad del contacto personal en la vinculación clínica indica la imposibilidad de mantener relaciones entre el equipo de salud-pacientes exclusivamente virtuales, debe precisarse siempre la necesidad de un contacto personal, cara a cara; en este sentido el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina establece en el art. 115 que "No son éticas las prácticas inspiradas en el charlatanismo, las

(17) Estudio del Institute for Science, Law, and Technology at IIT Chicago-Kent College of Law, EE.UU., sobre la base de 200 aplicaciones de celulares, conf. ponencia titulada "Fundamental Rights, Privacy and Mobile Medical Apps", presentada por la profesora Lori Andrews, directora de ese instituto en el 7º Encuentro Interdisciplinario organizado por el proyecto UBACYT Lectores para la Justicia, titulado "Cómo leemos y cómo nos leen. El impacto de la tecnología en la cultura" (Salón Rojo, Facultad de Derecho-UBA 8/11/2017).

(18) Conf. art. 1º. Ley de Defensa del Consumidor 24.240, sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la ley 26.994, BO 8/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1 de agosto de 2015, texto según art. 1º de la ley 27.077, BO 19/12/2014).

carentes de base científica y que prometen a los enfermos curaciones; los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados que se proponen como eficaces; la simulación de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas; el uso de productos de composición no conocida; y el ejercicio de la Medicina mediante consultas realizadas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o Internet".

Por todo lo expresado resulta necesario armonizar un modelo médico hipocrático con un sistema asistencial digital, ello redundará en relaciones médico-paciente seguras, de calidad y respetuosas de la dignidad humana. Repetidamente se ha indicado que la medicina es la más humana de las ciencias y la más científica de las humanidades, la medicina digital, la telemedicina y la inteligencia artificial deberían enmarcarse dentro de esa definición, ni tecnofobia ni tecnolatría o tecnosabiduría. En términos aristotélicos, el justo medio: ser amos de la tecnología, no sus esclavos.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE OCTUBRE DE 2018
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE “LA LEY” S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA