

Título: Comercio electrónico: la posición neutral de la plataforma y la negligencia del consumidor como eximentes de responsabilidad

Autor: Cancio, Sebastián J.

Publicado en: RCyS2020-I, 42

Cita Online: AR/DOC/3872/2019

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo "B.".— III. Vuelta a los argumentos de "Kosten".— IV. Lo que viene. Anteproyecto de reforma a la LDC.— V. Conclusión.

### I. Introducción

No obstante el crecimiento exponencial del comercio electrónico en nuestro país, al día hoy sigue siendo notable la ausencia de una regulación específica para la cuestión.

Producto de esta orfandad legal es que los tribunales, al resolver en este tipo de casos, deban echar mano ya sea a una interpretación forzada de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), o a legislación extranjera específica para la materia.

En este contexto, los considerandos del fallo "B." [\(1\)](#) demuestran el fortalecimiento de la línea jurisprudencial iniciada a partir del precedente "Kosten", en donde la posición neutral de la plataforma de ventas y la negligencia del consumidor, conforman pilares esenciales a la hora de justificar la ausencia de responsabilidad de las empresas demandadas.

En la parte final de esta nota se analizarán otras posibles soluciones a la luz del anteproyecto de reforma de la LDC.

### II. El fallo "B."

#### II.1. Plataforma fáctica

En fecha 27 de mayo de 2019, la sala B de la Cámara de Apelaciones de la circunscripción judicial con asiento en Comodoro Rivadavia dictó sentencia en los autos "B., D. R. c. M. L. SRL s/ sumarísimo", expte. 74/19, con origen en el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N.º 2 (expte. 326/15).

Según surge del expediente, el actor, haciendo uso de la sección clasificados de ML SRL, contactó al vendedor de un vehículo Mini Cooper, acordando la compra.

Como consecuencia del contacto iniciado con el vendedor del rodado, este le explicó que el vehículo se encontraba en un depósito de la firma ML y que un agente se apersonaría a hacerle entrega del bien adquirido una vez efectuado el pago de una suma de dinero. La suma de dinero debía serle transferida al vendedor mediante un servicio de transferencia de dinero (ajeno a ML) dirigido a un tercero en el Reino Unido, debido a razones redundantes y que no vienen al caso.

Acordada esta operatoria el Sr. B. recibió un correo electrónico del sitio [mercadolibretransacciones@mercado-libres.com](mailto:mercadolibretransacciones@mercado-libres.com), en donde le indicaban que debía abonar una parte de la suma acordada a través de la empresa Western Union y con las condiciones ya mencionadas. Realizado el pago, B. no volvió a tener noticias del vendedor.

En este contexto interpuso demanda contra ML, reclamando el cumplimiento de lo acordado y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En el momento procesal oportuno ML contestó demanda oponiendo falta de legitimación pasiva como defensa de fondo. Explicó que la plataforma se divide en dos secciones: una destinada a la compraventa de bienes no registrables en donde los datos del vendedor son informados al comprador solo después de efectuada la compra (sección marketplace); y otra dedicada a bienes registrables, en donde los datos del vendedor están publicados en la propia oferta (sección clasificados). El sistema de esta última permite a los interesados contactarse de manera directa sin necesidad de tener que manifestar intención de compra o registrarse en el sistema.

Aclaró también ML que posee un sistema de pagos (Mercado Pago) pero que no es aplicable a la sección clasificados, sobre la que operó B. para concretar su operación. Agregó que la forma de pago efectuada por el accionante no solo no se condice con el sistema de gestión de pagos de Mercado Pago, sino que es contrario a las recomendaciones que expresamente el sistema efectúa a los usuarios.

Sostuvo que ML fue completamente ajena a la transacción, que no registraba ningún usuario con los datos proveídos por el comprador en relación con el tercero y que el dominio "mercado-libres.com" no le pertenecía. En definitiva, que cualquier daño sufrido por el actor lo fue por su propia negligencia e imprudencia, al desoír todos los consejos de seguridad brindados por la plataforma.

Finalmente señaló que ML no obtuvo ningún beneficio económico de la transacción en cuestión y que no podía ser considerada responsable en los términos del art. 40 de la LDC.

## II.2. La solución jurídica

En primera instancia el Tribunal rechazó la demanda e hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por ML.

Los motivos principales que fundaron el resolutorio fueron: (i) Quedó acreditado que ML no intervino en la venta. (ii) No fue fabricante, productor, distribuidor, proveedor, ni vendedor del artículo, por lo que no les aplicable el art. 40, LDC. (iii) El accionante no siguió los consejos de seguridad sugeridos expresamente por ML para este tipo de transacciones. (iv) Entre los medios de pago no figura Western Union. (v) La pericia informática demostró que los correos provenientes del dominio @mercado-libres no salieron de los servidores de ML. (vi) La pericia contable dictaminó que ML no obtuvo comisión alguna por la operación.

Ante esta resolución B. apeló y expresó agravios. Además de reiterar sus principales argumentos dijo también agravarse de una "omisión debidamente fundada". Esto es, que ML no formalizó ninguna denuncia para evitar el perjuicio de otros usuarios de la plataforma.

Evacuado el traslado de los agravios la causa pasó a resolver, hasta el dictado del fallo que aquí se comenta.

La Cámara entendió que los argumentos reiterados por el actor no conmovían la solidez del fallo atacado y rechazó la apelación. Respecto de la supuesta "omisión debidamente fundada", se resolvió que dicho agravio tampoco podía prosperar. Esto por dos sencillas razones: a) la primera es que dicho planteo no fue introducido al momento de demandar, con lo cual pretender su introducción en segunda instancia hubiera supuesto una palmaria violación al principio de congruencia. b) La segunda —más sencilla aún— es que el agravio en cuestión no resultaba ser personal del recurrente, sino que aludía a un grupo indefinido de "otros usuarios" que no fueron parte del proceso y que mal podrían agravarse de un resolutorio que no los alcanzaba.

Obiter dicta el primer voto (Dra. Zanatta) plantea el fundamento más relevante del fallo al afirmar que "a tenor de la prueba rendida en los presentes (pericial informática), no puede señalarse que la demandada haya tenido conocimiento efectivo de la actividad o información ilícita de terceros" [\(2\)](#).

Agrega también, en consonancia con el fallo "Kosten", que ML ha actuado en el caso como un operador meramente técnico y automático de datos u ofertas y demandas. No ha tenido una "intermediación activa" que pueda generarle responsabilidad de ningún tipo, en tanto que no solo no cobró comisión alguna, sino que además advirtió de diversas maneras a los usuarios acerca de los diferentes peligros que rodean a ese tipo de transacciones. Todo ello sumado a la negligencia desplegada por el actor a la hora de encarar el acto jurídico.

## III. Vuelta a los argumentos de "Kosten" [\(3\)](#)

### III.1. Antecedentes

"Kosten" constituye un hito de la jurisprudencia nacional sobre comercio electrónico, al que no se arribó de manera sencilla y espontánea, sino previo recorrido de un arduo camino.

Este camino se inicia con el precedente "Claps, Enrique c. Mercado Libre SA" [\(4\)](#). En este caso, dos jóvenes compraron a través de la plataforma de ML dos entradas (emitidas por Ticketek) para un concierto al que luego no pudieron ingresar. Si bien en primera instancia ML fue eximida de responsabilidad, la condena le fue extendida de manera solidaria en Cámara. Los fundamentos de la alzada fueron que ML debía ser considerado "proveedor" en los términos del art. 40, LDC y por ende responsable solidario por los daños sufridos por los compradores. El fallo consideraba a la plataforma de venta como un intermediario, que además creaba una apariencia para "generar confianza" en sus usuarios.

Otros casos dignos de mención son sin duda "Nike International Ltd. c. DeRemate.com de Argentina SA s/ cese de uso de marcas y daños y perjuicios" [\(5\)](#) y "Nike International Ltd. c. Compañía de Medios Digitales CMD SA s/ cese de uso de marcas" [\(6\)](#), en donde se ventilaba la compraventa de productos falsificados. En ambos las plataformas de venta electrónica fueron condenadas basadas en un factor subjetivo de atribución, al entender que estas tuvieron participación activa y conocimiento efectivo de la ilicitud de la transacción [\(7\)](#). Las salas se basaron en el fallo "L'Oreal c. Ebay" y en la directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, como luego también lo haría "Kosten".

A su vez, en "Ferreiro c. Mercado Libre" [\(8\)](#), esta última fue condenada en su calidad de propietaria de la plataforma de pago Mercado Pago. El actor compró dos teléfonos móviles y previo a recibirlos y dar su consentimiento al pago, este fue liberado. Finalmente, el accionante no recibió los equipos celulares. Se le achacó a ML negligencia al no verificar que los teléfonos fueron enviados a un domicilio diferente al del comprador. Entre otros fundamentos la Cámara expresó que ML incumplió las normas del mandato [\(9\)](#).

### III.2. La posición neutral de la plataforma de venta online

En marzo de 2018 se dictó el fallo "Kosten". La plataforma fáctica es prácticamente idéntica a la del caso objeto de esta nota a fallo. Es decir, una persona intentó adquirir un vehículo automotor cuyo aviso aparecía en la sección clasificados de ML. Contactó al vendedor y luego recibió una serie de correos electrónicos apócrifos (modalidad spoofing) mediante los que se le indicó que debía proceder a efectuar una transferencia internacional de dinero. Cosa que, no obstante, las advertencias de la plataforma de venta, el accionante terminó realizando, resultando así víctima de una estafa al no recibir el bien supuestamente adquirido y perder todo contacto con el supuesto vendedor luego del pago.

Los considerandos de la Cámara partieron del reconocimiento del vacío legal sobre comercio electrónico en nuestro país. Por esta razón se echó mano al derecho europeo, más concretamente a la ya mencionada Directiva 2000/31/CE, bajo el entendimiento de que "el derecho comparado puede servir para fundar decisiones justas, basadas en criterios que han recibido aceptación en países con un desarrollo jurídico similar al nuestro".

Lo verdaderamente dirimente respecto de este fallo es el análisis acerca de si la plataforma de venta electrónica ocupa un papel activo o acaso neutro respecto de la transacción en cuestión. O, dicho de otro modo, determinar la zona libre de responsabilidad para prestadores de servicios de la "sociedad de la información".

Sobre el particular es clave lo establecido por el art. 14 de la Directiva mencionada. Este indica que el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario a condición de que: a) el prestador no tenga conocimiento efectivo de que la información o actividad a la que tiende es ilícita. b) En caso de obtener conocimiento en tal sentido actúe con prontitud para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

A su vez, el art. 15 de la Directiva refiere a la inexistencia de la obligación general de supervisión. En efecto, no podrá obligarse a los prestadores de servicios a supervisar datos que transmitan o almacenen, ni a realizar búsquedas generales activas relacionadas a hechos ilícitos (10).

En este sentido, según el fallo analizado en este apartado, la responsabilidad se genera por el rol activo del prestador del servicio. Este rol activo está determinado por el conocimiento y control de los datos almacenados, es decir, que el hecho de acercarse a las partes de la oferta y la demanda, e incluso cobrar una comisión al producirse la venta no supone necesariamente algún tipo de responsabilidad.

Generaría sí responsabilidad la mejora o promoción adicional de la presentación de las ofertas. Aquí la plataforma abandonaría el espacio de neutralidad para pasar a ejercer un rol activo. En el caso de la promoción de productos, por supuesto, solo respecto de esos productos en particular. Sobre esta cuestión es importante distinguir entre la mera mejora en la visualización de una oferta, de la promoción activa en relación con el producto de un tercero, de donde se deduce la intención del prestador de "asociarse" con una de las partes de la transacción. En la primera situación tendríamos neutralidad del prestador, en la segunda un rol activo (que no puede presumirse de iure, sino que debe ser objeto de prueba en el proceso) (11).

Respecto de los hechos ilícitos, en consonancia con el mencionado art. 15 de la Directiva, el fallo establece que no puede imponerse a los prestadores del servicio de almacenamiento la obligación general de supervisar los datos que recibe de terceros, ni la obligación de realizar búsquedas activas para intentar detectar actividades ilícitas (12). Por supuesto que esta afirmación no comprendería los casos de "ignorancia premeditada" o de "indiferencia imprudente" del prestador, los que quedarían comprendidos por el régimen de responsabilidad establecido en los arts. 1716 y 1717 del Cód. Civ. y Com.

Por las razones expresadas, la Cámara determinó que ML no encuadraba en la situación de "proveedor" del art. 4º, LDC y resolvió a favor de la inexistencia de responsabilidad en el caso concreto.

### III.3. La negligencia del consumidor

Pero además de la determinación del rol neutral o activo de la plataforma, hubo otro aspecto que fue especialmente tenido en cuenta en "Kosten" a la hora de resolver como se hizo. Y este fue la negligencia del consumidor (comprador en este caso) a la hora de efectivizar la transacción.

Tanto en nuestra anterior legislación civil (arts. 1111 y 1113, Cód. Civil) como en la actual (art. 1729, Cód. Civ. y Com.) la culpa (ahora hecho) de la víctima determina la ruptura del nexo causal respecto del factor de atribución objetivo de responsabilidad.

El Código velezano definía a la culpa en su art. 512 indicando que se trataba de la "omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Una de las formas de la culpa es la negligencia. Y hay negligencia cuando "el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el evento dañoso: hace menos de lo que debe" (13).

En el caso concreto, el actor desoyó los numerosos consejos que ML ofrece a los usuarios, entre otras cosas, recomendando no hacer varias de las cosas que el comprador hizo: transferir dinero a cuentas en el extranjero a nombre de terceros, no tomar contacto directo con el automotor previo a la aceptación de la oferta, etcétera.

A las claras, el accionante fue víctima de su propia torpeza, y sabido es que nadie puede alegarla en su beneficio.

Este elemento no debe ser tomado a la ligera a la hora de analizar la exención de responsabilidad de las plataformas de venta online. Ello, por cuanto supone una neutralización directa, tajante y definitiva de la responsabilidad tanto o más relevante que el propio rol activo o neutro del prestador.

#### IV. Lo que viene. Anteproyecto de reforma a la LDC

El más que meritorio avance de la jurisprudencia expresado aquí brevemente enfrentará pronto nuevos desafíos a la luz de diversos cambios legislativos que podrían llegar.

El Anteproyecto de reforma a la LDC de 2018 propone un artículo que vendría a llenar el vacío legal existente en nuestro país en relación con el comercio electrónico a través de plataformas de venta online.

"Art. 73. Portales de venta o subasta online. De conformidad con las reglas de conexidad, la exención de responsabilidad del operador electrónico solo será posible cuando:

"1. No se ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica-económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible;

"2. No ha generado una particular confianza en el consumidor" (14).

Como puede apreciarse, la norma supone una adecuada síntesis de los precedentes más arriba analizados: "Kosten" en el primer inciso y "Claps" en el segundo.

La regla es que el operador responde por las operaciones de venta y de subastas online que se efectúen en su plataforma. La excepción aparece cuando se haya limitado a proporcionar únicamente un foro de transacciones (hosting) informando de ello de manera clara y comprensible. Esto último siempre y cuando no haya generado una particular confianza en el consumidor. Esta confianza se basa en la información brindada al consumidor, la publicidad realizada, los hechos y actos desplegados y la apariencia desplegada (15).

Si bien este artículo del Anteproyecto merece críticas que escapan a la brevedad de esta nota a fallo, algunas cuestiones acerca de su redacción y sentido no pueden ser soslayadas.

En primer lugar, el artículo asume que existe conexidad contractual entre: (i) el contrato celebrado por el operador del sitio web y los usuarios, y (ii) los contratos que puedan celebrar entre sí los usuarios compradores y vendedores. Por su parte, el art. 1073 del Cód. Civ. y Com., al definir los "contratos conexos", exige como requisitos esenciales para su configuración: (a) una finalidad económica común previamente establecida; y (b) que uno de los contratos haya sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta situación, que podría darse en el caso de una hipoteca sobre un inmueble y la compraventa de este inmueble, claramente no guarda relación con la eventual transacción realizada por dos usuarios de una plataforma de venta online y el contrato de cada usuario con esa plataforma. En la segunda hipótesis, los contratos no solo son independientes, sino carentes de nexo sustancial.

En segundo lugar, el artículo del Anteproyecto contradice los efectos que el Código Civil y Comercial marca para este tipo de contratos conexos. En efecto, el proyecto asigna responsabilidad solidaria al portal de ventas, algo totalmente distinto a lo establecido por el art. 1075, Cód. Civ. y Com., que plantea la llamada "excepción de incumplimiento".

En tercer lugar, el proyecto plantea como regla la responsabilidad de las plataformas y como excepción la exención de responsabilidad. Esto se contradice de manera palmaria con principios pacíficos de la jurisprudencia de la CS relacionada a la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (16).

Finalmente, un párrafo aparte merece también la alusión a la "generación de confianza", en donde se hace evidente un error peligroso de técnica legislativa debido a la vaguedad de la expresión.

#### V. Conclusión

El fallo analizado supone un plausible avance de la jurisprudencia nacional, al ratificar la doctrina del precedente "Kosten", en lugar de dejarse llevar por el facilismo y la rusticidad de "Claps".

Toda ley es una herramienta que, como tal, al usarse de manera indebida o forzada termina provocando más problemas de los que debe resolver. En efecto, la ausencia de normas específicas que regulen el comercio electrónico en nuestro país supone un esfuerzo adicional al trabajo del juzgador. Este esfuerzo puede ser zanjado por la vía cómoda pero dudosa de considerar a las plataformas de venta online como "proveedores" en los

términos del art. 40, LDC, o por el camino reflexivo que implica adentrarse en la real naturaleza de los avances tecnológicos y su relevancia jurídica.

Si el art. 40, LDC habla de solidaridad para los casos en que el daño al consumidor provenga del vicio o riesgo de la cosa o servicio, a las claras no subsume la realidad de este nuevo tipo de jugadores comerciales. La artificial sencillez de razonamiento, el desconocimiento y hasta la ideologización de las sentencias conducen en muchos casos a condenar a quien es más solvente. Estas expresiones de inmadurez judicial evitan el análisis que conduce a ver la "imagen amplia" del negocio, y de cómo la imposición de obligaciones de cumplimiento imposibles, terminan configurando un ataque letal al ejercicio de la industria lítica protegida por la Constitución Nacional.

De este modo, aunque las probables reformas normativas terminen imponiendo exigencias más gravosas para los prestadores, el alcance general de las leyes y su consecuente valor agregado de previsibilidad y seguridad jurídica terminarán neutralizando para bien el margen de arbitrariedad sentencial provocado por la laguna legal.

(1) Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, sala B, 27/05/2019, "B., D. R. c. Mercado Libre SRL s/ sumarísimo", expte. 74/19.

(2) Ibidem.

(3) CNCom., sala D. 22/03/2018, "Kosten, Esteban c. Mercado Libre s/ ord.". Voto del Dr. Heredia.

(4) CNCiv., sala K, 05/10/2012.

(5) CNCiv., sala I, 05/05/2015.

(6) CNCiv., sala III, 21/05/2015.

(7) SILVESTRE, Norma O. - MARHABA MEZZABOTTA, Débora T. - OLIVERA, Federico E. - PAGLIUCA, Fernando, "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad en el contexto digital", RCyS 2019-VI, 16. Cita online: AR/DOC/896/2019. Thomson Reuters.

(8) CCiv. y Com., Jujuy, sala III, 15/09/2016.

(9) SILVESTRE, Norma O. y otros, ob. cit.

(10) Esta norma encuentra sustento en el tópico que reza: "la inexistencia de obligación de vigilar determina la inexistencia de responsabilidad".

(11) BARRY, Luis D., "El rol activo como dirimente en materia de responsabilidad en el comercio electrónico", LA LEY del 02/05/2018. Cita online: AR/DOC/825/2018. Thomson Reuters.

(12) LORENZETTI, Ricardo L., "Comercio Electrónico", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 279-293.

(13) ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 197-199.

(14) En la web: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/12/Legislacion3953.pdf>.

(15) PIZARRO, Ramón D., "Conferencia brindada en el marco del Outside Counsel MELI 2019", Buenos Aires, 13/05/2019.

(16) "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios". Fallo CS, 28/10/2014, "Gimbutas, Carolina c. Google Inc. s/ daños y perjuicios". Fallo CS, 12/09/2017.