

que cubran hechos no necesariamente relativos a la personalidad de la futura contraparte;

e) el art. 326 sobre prueba anticipada; pero quitándole el carácter meramente asegurativo;

f) el art. 327, párrs. 2º y 3º, comoquiera que el juez considere “justas las causas” en que se funda la diligencia preliminar requerida —como las indicadas más arriba en IV y en V; ver aquí, inmediatamente *supra*, aparts. d) y e)—, les hará lugar y su decisión será por principio inapelable (28);

g) los arts. 163, inc. 5º, párr. 2º, y 384, porque el comportamiento procesal (sería, preprocesal) de las partes puede ser cuanto menos un indicio a ser eventualmente tomado en consideración por el juez, según su sana crítica, al momento de sentenciar.

Y en el ámbito bonaerense, ¿cómo se compaginaría todo eso con la mediación prejudicial obligatoria?

De varias maneras posibles:

a) luego del cierre de la mediación prejudicial obligatoria: antes de la demanda, o luego de la demanda, pero antes de corrido o notificado el traslado de la demanda, habría que solicitar al juzgado la convocatoria a una audiencia preliminar anticipada;

b) sin previa mediación prejudicial obligatoria: a través de diligencia preliminar *sui generis*, considerando que las diligencias preliminares (29) están exentas de esa mediación (art. 4º, inc. 7º, ley 13.951; art. 327, párrs. 2º y 3º, CPCCN); si fracasara, habría que realizar la mediación obligatoria como paso previo al juicio;

c) sin previa mediación prejudicial obligatoria: con una mediación voluntaria “heterodoxa”, en la que el mediador accediera a trabajar como se ha indicado más arriba en el apart. IV, dejando de lado los estrechos márgenes con que se ha concebido entre nosotros (v.gr., principio de confidencialidad); si fracasara, habría que realizar la mediación obligatoria como paso previo al juicio.

VII. ¿Qué se lograría?

a) Se superarían los límites de la mediación previa obligatoria, donde la encrucijada es “conciliación o nada”; si no hay acuerdo, no queda absolutamente nada, cuando, en vez, podrían darse pasos en el sentido de una futura demanda y contestación conjuntas, como en este trabajo se postula;

b) El posterior proceso, en caso de ser necesario, sería menos costoso en tiempo, esfuerzo y dinero; daría lugar a un servicio judicial más eficiente.

c) Se podrían lograr mejores soluciones para los conflictos, sean acordadas o sean a través de sentencia.

d) Contando con un servicio mejor, se optimizarían las chances de cobrar los honorarios; los honorarios de los abogados litigantes deberían ser los mismos (o mayores) que los de un juicio tradicional “entero”; la consigna debería ser: *juicio entero hecho iguales o menores honorarios que juicio entero ahorrado*.

e) Se levantaría la alicaída imagen pública del servicio judicial, para orgullo (y no vergüenza) de sus operadores (jueces, abogados, auxiliares).

VIII. Simulacro

Acceda al simulacro basado en la lectura de una representación realizada por el Ateneo de Estudios Procesales “Dr. Rubén Carlos Egozcue” de Trenque Lauquen (30):



Cita online: AR/DOC/2168/2020

{ NOTAS }

(28) SOSA, Toribio E., “Reingeniería procesal...”, ob. cit.

(29) Las diligencias preliminares forman parte de la competencia de la justicia de paz letrada (art. 61.I.e,

ley 5827), de manera que bien podría comenzarse a trabajar allí el caso con una audiencia preliminar anticipada, para recién luego pasar a la justicia de la cabecera departamental en todo lo que fuera necesario.

(30) Simulacro de audiencia preliminar anticipada, a partir de la lectura de una representación teatral, realizada vía Zoom el 29/05/2020, por miembros del Ateneo de Estudios Procesales “Dr. Rubén Carlos Egozcue” de

Trenque Lauquen, en un evento organizado por el Colegio de Abogados de Trenque Lauquen y auspiciado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

NOTA A FALLO

Responsabilidad del portal de ventas online

Venta de un bien registrable. Error en la publicación. Año de fabricación. Análisis de la participación en el negocio. Daño punitivo.

1.- El portal de ventas *online* no tiene responsabilidad solidaria por un dato incorrecto en la publicación de un anuncio de venta de una moto —año de fabricación—, porque es a la concesionaria vendedora a la que la Ley de Defensa del Consumidor le impone el deber de proporcionar información cierta, clara

y detallada, con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización.

2.- Si el problema que originó la disputa surgió a partir de una publicación con un dato incorrecto atribuible exclusivamente a quien lo cargó, deviene inaplicable al caso el régimen del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor respecto del portal de ventas *online*, por no haberse configurado uno de los asuntos allí previstos: prestación de la garantía legal, un daño por el vicio o riesgo de la cosa.

3.- No se puede atribuir responsabilidad a quien ofrece el espacio virtual para la venta de mercaderías por el incumplimiento de un proveedor respecto de la

certeza de la información con que este consignó en los formularios, toda vez que no se advierte elemento convictivo que revele una actuación contraria a la normativa o a lo convenido; máxime cuando la propia página *web* informa que no vende este artículo y no participa en ninguna negociación, venta o perfeccionamiento de operaciones. Solo se limita a la publicación de anuncios de sus usuarios.

4.- No puede responsabilizarse a la empresa de comercio electrónico por la inexactitud del aviso que publicó la vendedora, salvo que en el caso hubiese mediado también una conducta antijurídica que le sea imputable de forma específica. En otras palabras, que haya intervenido de manera desaprensiva, culposa o negligente; ello así, porque la modalidad con

que se efectuó la operación problemática permitía a los posibles interesados contactar directamente con el proveedor sin tener que concretar la compra para hacerlo, sin participación del portal en el negocio más allá de ofrecer un espacio en la *web* para que se suba la publicación.

5.- Si no se verifica una conducta reprochable a la empresa de mercadeo como administradora del portal de comercio electrónico que sustente una condena en su contra —en el caso, por un dato erróneo en una publicación de venta—, al no existir una subordinación entre aquella y la concesionaria, responsable de la publicación, debe desestimarse la pretensión indemnizatoria por no haber solidaridad aplicable al caso.

Reivindicación de la responsabilidad subjetiva en el régimen de defensa del consumidor

María Carolina Abdelnabe Vila (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El fallo declara que la responsabilidad de la plataforma de *e-commerce* en el caso es de tipo subjetivo y no objetivo o solidario.— III. En el derecho comparado se refleja una tendencia a analizar la responsabilidad de las plataformas como un tipo de responsabilidad subjetiva.— IV. Conclusión.

I. Introducción

A poco que se lee el fallo que se comenta se entenderá el título que se otorga a este

artículo. Esto, en tanto nos encontramos ante la resurrección, cual *ave fénix*, de la responsabilidad subjetiva en materia de Defensa del Consumidor, estableciéndose

que no por existir una relación de consumo la responsabilidad de las partes involucradas debe establecerse siempre y en todos los casos a través del prisma del factor de atribución objetivo y solidario.

Nadie desconoce que el derecho es por esencia una ciencia en constante evolución que cumple el papel tanto de crear costumbres como de ser creado a partir de la costumbre. Dicho dinamismo se vio reflejado en el último tiempo en el régimen de responsabilidad.

Así, a través de los años nuestro sistema jurídico fue mutando. En el Código de Vélez no había acto ilícito susceptible de originar una indemnización sin que a su autor se le pudiese reprochar dolo o culpa (art. 1067 *in fine*). En la reforma introducida por la

ley 17.711 del año 1968 el legislador creó un tipo de responsabilidad por acto lícito sin culpa, por el solo riesgo de una cosa, y lo hizo mediante el agregado a un precepto dedicado a los actos ilícitos, como era el derogado art. 1113.

Otro tanto ocurrió en el régimen de Defensa del Consumidor mediante la sanción de la ley 24.240 en el año 1993; y su modificación por la ley 24.999 del año 1998, en la cual se introdujo el actual art. 40 (1), artículo al cual se le endilgó en el régimen de Defensa del Consumidor el origen de la responsabilidad objetiva y solidaria que alcanza a toda la cadena de comercialización. Sin embargo, muchas veces la extensión de responsabilidad en una relación de consumo obedece más a la intención del intérprete que al real alcance del mencionado art. 40.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723) (*) Abogada. Especialista en Defensa de la Competencia, Consumidor y Datos Personales. Gradua-

da de la Universidad Católica Argentina en el año 2008 (Medalla de Oro). Magister de la Université Catholique de Lyon, Francia, en el año 2013.

6.- Si hubo un error en la publicación del año de fabricación de una moto y ello pudo facilitar la venta, incluso a mejor precio por ser un modelo más moderno, con los consiguientes beneficios de la vendedora, en el caso existió un comportamiento desaprensivo de la concesionaria que justifica la admisión del daño punitivo —\$40.000— en tanto no se hizo cargo del error, sin darle una respuesta favorable a reclamos del consumidor, lo que era su responsabilidad.

CNCom., sala E, 20/12/2019. - Vergara, Graciela Rosa c. Energroun S.A. (Motos del Sur) y otro s/ Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/51184/2019]

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 20 de 2019.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 358/81?

A la cuestión planteada el doctor *Bargalló* dijo:

I. El pronunciamiento recurrido hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Graciela Rosa Vergara (Vergara) contra Energroun SA (“Energroun”) por cobro de la suma de pesos dos mil ciento noventa

(\$2.190) en concepto de daño emergente y pesos veinte mil (\$20.000) por daño moral, más intereses y costas; en virtud de la publicación inexacta del año de modelo de una motocicleta que la accionante adquirió de dicha empresa.

A su vez, el decisorio absolvió a la también codemandada Mercadolibre SRL (“Mercado Libre”), quien proveyó la plataforma electrónica que sirvió de nexo para que la operación se efectuara.

Para resolver de la manera indicada, el fallo apelado consideró que la actora compró una moto marca Mondial LD 110 Tunning (cero kilómetro), modelo 2011, a “Energroun”, concesionaria que gira en el comercio con el nombre de fantasía “Motos del Sur”. Dicha operación se efectuó a través del portal de ventas por internet desarrollado por “Mercado Libre”.

A su vez, señaló que la discrepancia por el cual litigó se basó en el año de fabricación del vehículo, en tanto la adquirente —en atención a la publicación efectuada por la vendedora— concretó la operación pensando que lo hacía por una motocicleta modelo 2013 y no una del 2011.

En lo referente a la servidora de la plataforma electrónica, con cita en un precedente de la colega Sala D, se estimó que

aplicable el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (“LDC”) y, por lo tanto, la plataforma, así como la empresa que publicó el anuncio serían objetiva y solidariamente responsables por el daño sufrido.

El fallo analizado resulta interesante en tanto la sala E realiza un exhaustivo análisis sobre cuál es la real intervención y participación de la plataforma de *e-commerce* en el caso concreto. Ello, a fin de determinar qué tipo de responsabilidad le resulta adjudicable. Así, luego de ese minucioso análisis indica que dicha plataforma se limitó a brindar un servicio de venta de bienes muebles registrables. Por lo que su papel se limitó al alojamiento en su sitio web de las ofertas de terceras personas.

Una vez sentada la real participación de la plataforma, analiza y rechaza los fundamentos expuestos en un precedente, un tanto confuso y alejado de la realidad del comercio electrónico, como es “Claps” (2). Así, indica que dicho precedente no puede ser importado al caso analizado en tanto se juzgó a la plataforma como intermediaria necesaria de la compraventa realizada en el sitio web, situación que no se da en el caso analizado. Por el contrario, sostuvo las conclusiones vertidas “Kosten” (3), precedente en el cual se juzgó la participación de la plataforma mediante el prisma de la responsabilidad subjetiva.

Una vez sentado todo ello, la sala E se centra en el *quid* de la cuestión: no hay dudas sobre la relación de consumo que existió entre las partes, aun así, no se dio en el caso un supuesto que haga atribuible frente a la plataforma una responsabilidad solidaria por el incumplimiento incurrido, justamente por la concesionaria vendedora. Esto es, no por encontrarse en una relación

no operó contra aquella una responsabilidad objetiva y, al no haber motivos ni elementos para reprocharle algún comportamiento culpable o negligente, se la desligó de cualquier responsabilidad en la contienda.

Con relación a la concesionaria, se juzgó que en el caso resulta aplicable el plexo normativo proconsumidor y, en tal sentido, se verificó un incumplimiento a la obligación del proveedor de proporcionar al cliente información cierta, clara y detallada del bien objeto de la venta.

Además, se sostuvo que la publicación significó una oferta a potenciales consumidores y, fruto de ello, el producto entregado no se correspondió con lo divulgado; por lo cual, le cabe la responsabilidad frente a la adquirente.

En lo que respecta a los daños invocados, se indicó que Vergara debe ser resarcida por la diferencia de la cotización de una moto modelo 2013 y una del 2011. También se determinó asequible una indemnización por daño moral, la cual se cuantificó por el importe antes referido.

Por último, se desestimó un reclamo por daño punitivo con fundamento en que la conducta reprochable de la concesionaria no revistió la gravedad suficiente para ser

de consumo, la responsabilidad que le será atribuible a todos los “proveedores” será objetiva y solidaria, reivindicando de este modo que también existe la responsabilidad subjetiva en el régimen de Defensa del Consumidor.

A fin de sustentar este fallo, se indica que la contienda surgió a partir de una publicación con un dato incorrecto atribuible exclusivamente a quien lo cargó. Entonces, deviene inaplicable al caso el régimen del art. 40 de la LDC, por no haberse configurado uno de los asuntos allí previstos: prestación de la garantía legal, un daño por el vicio o riesgo de la cosa. De esta manera, la sala E analiza el real alcance del art. 40 de la LDC, tantas veces manipulado y sobre el cual se han hecho extensiones que no se condicen con su letra.

Así, se concluye que “no puede responsabilizarse a la empresa de comercio electrónico por la inexactitud del aviso que publicó la vendedora, salvo que en el caso hubiese mediado también una conducta antijurídica que le sea imputable de forma específica. En otras palabras, haya intervenido de manera desaprensiva, culposa o negligente” y que “no se advierte en el *sub lite* elemento alguno que permita asignarle a ‘Mercado Libre’ un deber de control sobre cada uno de los avisos que se publican en su portal. De ser así, sería atribuirle una posición de garante de todas y cada una de las operaciones que efectúan en dicha plataforma cuando sus obligaciones se vinculan con la provisión de un espacio virtual a suscriptores que se registran para llevar a cabo ventas al público en general, para este tipo de prestación”.

El fallo continúa indicando que lo resuelto no implica deslindar de toda responsa-

merecedora de esta indemnización adicional.

II. Contra dicho pronunciamiento apelaron (a) la actora, quien mantuvo su recurso con la expresión de agravios de fs. 400/2, que fue refutada por la concesionaria a fs. 408 y por “Mercado Libre” a fs. 413/28; y (b) la codemandada “Energroun”, quien presentó sus quejas a fs. 403/4, que fueron controvertidas por la accionante a fs. 407.

En lo que respecta a las objeciones presentadas, en sustancia, la accionante cuestionó el fallo en dos grandes aspectos: (i) por la desestimación de su acción contra “Mercado Libre”; y (ii) por el rechazo del daño punitivo reclamado.

Por su lado, la condenada en la instancia de grado también lo hizo por dos materias, por: (i) la valoración de la prueba, en tanto sostiene que el anuncio que supuestamente contenía un error no pudo ser acreditado por la accionante, y (ii) por haber sido presentado este reclamo de modo extemporáneo por vencimiento del plazo de 10 días para revocar su aceptación al contrato según lo dispuesto en la LDC, 34.

III. Por una cuestión de orden lógico se atenderá primeramente los cuestionamien-

bilidad a la plataforma, sino que en el caso concreto había actuado con diligencia al informar “Consejos de seguridad antes de comprar: Comunícate con el vendedor, habla con tu contraparte, verifica personalmente la documentación del vehículo y su estado, ¡siempre!”. Así, el fallo analizado concluye que solamente puede responsabilizarse a la plataforma en caso de poder atribuirle culpa o dolo. Esto es, el fallo gira en torno a la responsabilidad subjetiva del sitio de *e-commerce*.

Tal como se analizará a continuación, la adjudicación de responsabilidad subjetiva a las plataformas lejos se encuentra de ser un caso aislado, encontrando asidero en el derecho comparado.

III. En el derecho comparado se refleja una tendencia a analizar la responsabilidad de las plataformas como un tipo de responsabilidad subjetiva

III.1. Unión Europea: Directiva 2000/31/CE: relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico

La normativa de la Unión Europea establece que en el alojamiento de datos (tal el caso del fallo analizado) el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito; o b) de que en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar

{ NOTAS }

(1) El mencionado artículo dispone “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los da-

ños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio”. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

(2) Dicho fallo de la CNCiv., sala K, “Claps, Enri-

que M. y otro c. MercadoLibre SA s/ daños y perjuicios”, expte. 36.440/2010, RCyS 2014-I-27, JA 213-168 al igual que “Grifassi” (Cámara Civil y Comercial de Córdoba, sala IV) habían establecido confusión al otorgarle erradamente a las plataformas de comercio electrónico la calidad de distribuidores en

las operaciones realizadas a través de internet, aun cuando era evidente la inexistencia de contacto o relación alguna entre ellos y los productos que allí se ofertaban.

(3) CNCom., sala D “Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL”, sentencia de fecha 22 de marzo de 2018.

tos de la codemandada que busca revocar íntegramente la sentencia en su contra para luego atender lo propuesto por la actora en su recurso.

3.1. Publicación errónea de la moto respecto del año de fabricación

Como primera cuestión, la recurrente condenada objetó el fallo porque dio por cierta la versión relatada por Vergara sobre la publicación efectuada en el portal de ventas electrónicas que contendría una inexactitud con relación al modelo de la motocicleta comercializada por su parte.

Cabe reparar que la accionada al contestar a la demanda no controvertió frontalmente este aspecto de la publicación que suscitó la discrepancia respecto al modelo de fabricación, sino que se abocó —en primer lugar— a endilgarle a la propia actora una desatención al cotejar los datos con que se registró el título y, en segundo lugar, se defendió aludiendo a que el reclamo se efectuó una vez vencido el plazo de 10 días para revocar su consentimiento; lo que se tratará en el capítulo siguiente.

Por lo tanto, al no haber sido presentada dicha cuestión ante el juez en la instancia de grado, por lo dispuesto en el CP., 277, este tribunal de alzada se encuentra inhibido de examinarla.

Independientemente que con tal norma sería suficiente para la desacreditación del presente agravio existen otros elementos por los que tampoco puede prosperar.

La actora en su escrito inaugural para acreditar la afectación a su derecho como consumidora, acompañó copia del título del motovehículo en donde se desprende que se inscribió en Registro de la Propiedad del Automotor la moto procedente de China, dominio..., con fecha 17/01/2014, modelo Mondal 085 LD 110 YT, de fecha de fabricación 2011 (fs. 16). Debe resaltarse que los números de motor y chasis de aquel título son coincidentes con los datos que figuran en la factura y remito emitidos por la concesionaria.

A su vez, la accionante acompañó una copia “parcial” de la información que contenía el aviso de venta de la moto en cuestión. Esto así, porque, según la versión de las demandadas, no se incluyó en la reproducción aportada el número de referencia que identifica a cada publicación en “Mercado Libre” (v. pericial informática, fs. 239) ni tampoco lo hizo respecto de la dirección específica que se asigna a cada uno de los recursos disponibles en la red con la finalidad de que éstos puedan ser localizados o identificados (es decir, el indicador URL, siglas que en español

representan Localizador Uniforme de Recursos).

Sin perjuicio de ello, existieron medios concretos para que la codemandada haya podido localizar el anuncio que generó este litigio por haber sido la concesionaria quien la efectuó. Contar con dicho elemento ineludiblemente podría haber sido utilizado como evidencia concreta de la veracidad de la información allí volcada, que ahora intenta tergiversar.

Entre otros instrumentos, podría haber incorporado el correo electrónico que anoticia la concreción del negocio que el programa envía al suscriptor al consumir una transacción. En él se incluye un *link* en donde si uno pica se abren los datos de la operación. Nada de esto fue aportado por la concesionaria a la pericial en informática.

En esta situación, en que la actora cumplió —aunque con cierta deficiencia, según lo antes señalado— su carga probatoria para justificar el extremo en el que sustentó su pretensión, cobra relevancia la actitud de la contraparte sobre lo invocado en relación con el negocio en cuya virtud publicó la moto para venderla y a la prueba ofrecida y cumplida a ese fin; cupiendo al respecto recordar que, según la moderna doctrina procesal, en materia probatoria no exis-

ten reglas absolutas ni inamoviblemente rígidas; el principio de la carga probatoria dinámica impone la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones para concretarla, pues ambos litigantes están obligados a colaborar en el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva (CNCom., Sala C, “Ibarra Bustamante, Angélica M. c. BBVA Banco Francés”, del 14/09/2007; idem. Sala B, “Banco de Galicia y Buenos Aires c. L. H., P. M. y otros”, del 23/02/1999 y lo mismo por, esta Sala, “Biggest Bank SA c. Lopez Bellizzi, Mario Fernando”, del 18/08/2010; entre muchos otros).

Por el carácter de proveedora en los términos del art. 2 de la LDC y el sistema de responsabilidad objetivo que le quepa (misma ley art. 40), incumbió entonces a la vendedora despejar cualquier duda sobre el año de fabricación que informó en su publicación acompañando copia fidedigna de aquella y, el hecho de haberlo omitido, a la luz de lo reglado por el CP., 163 inc. 5 *in fine*, representa un elemento confirmatorio de la expresada prueba indiciaria de utilidad para formar mi convicción sobre la falta de coincidencia del año de fabricación de la moto con el que fue divulgado.

Consecuentemente, se verifica la ausencia de congruencia entre la oferta pública efectuada en la plataforma de ventas *on-line* de “Mercado Libre” y el objeto de la venta,

los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

Por otra parte, la Directiva 2000/31/CE establece que los prestadores de servicios intermediarios no tienen a su cargo una obligación general de supervisión, prohibiendo a los Estados miembros que impongan a dichos prestadores “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” (4).

Dichos principios fueron aplicados en el precedente “L’Oréal SA y otros vs. eBay International AG y otros” (Asunto C-324/09) (5), lo cual da cuenta de que el criterio a aplicar en la Unión Europea consiste en la atribución de responsabilidad ante la existencia de culpa o dolo.

III.2. Reino Unido

Si bien a partir del Brexit habrá que estar atentos a la evolución y modificaciones que puedan existir en la materia, no puede dejar de mencionarse la siguiente normativa: (i) la Ley de Difamación del año 2013, Sección 5 (6); (ii) el Reglamentos 2013/3028 - Difamación (Los proveedores de las páginas de web) (7); (iii) la Ley de Difamación del año 1996 (8); (iv) el Regulaciones del Comercio Electrónico (Directiva CE) del año 2002 (9); (v) la Ley de Derechos de Autor, Dibujos y Patentes de 1988 (10) / Regulaciones de Derechos de Autor y de Derechos Conexos de 2003 (11); (vi) La Ley de Economía Digital (12); y (vii) el programa “*Creative Content UK*” (13).

Dicha normativa, en conjunto con los precedentes jurisprudenciales (14), dan cuenta de que a los fines de determinar si

una plataforma de *e-commerce* es responsable, se tiene que analizar si dicha plataforma tuvo “conocimiento efectivo” de que otras personas utilizaban su servicio para infringir las normas. Esto es, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad subjetiva.

III.3. Francia

Aquí encontramos la Ley para la Confianza en la Economía Digital N° 2004-575 (15). Así, Francia incorporó a su derecho local los lineamientos emanados de la Directiva 2000/31/CE a partir de la sanción, con fecha 21 de junio de 2004, de aquella.

Siguiendo a la Directiva 2000/31/CE, la ley mencionada estipula que el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición

del destinatario, a condición de que no tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, de que no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito; o de que, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. Todo lo cual da cuenta de que se analiza la responsabilidad de la plataforma bajo el régimen de responsabilidad subjetiva.

III.4. Alemania

Conforme surge de ciertos precedentes jurisprudenciales (16), se establece que las plataformas de *e-commerce* no tienen la obligación general de supervisión, pero sí un deber de diligencia. Nuevamente, nos

{ NOTAS }

(4) Art. 15, apart. 1º de la Directiva 2000/31/CE.
(5) Fallo completo en: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0324&lang1=es&type=TEXT&ancre=>.
(6) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/contents> Brinda una eximición de responsabilidad para los intermediarios por las declaraciones difamatorias publicadas por sus usuarios en sus sitios *web*. El intermediario simplemente debe mostrar que no fue quien publicó la declaración difamatoria. Sin embargo, no se aplicaría esta eximición si el demandante demuestra que: a) no es posible identificar a la persona que publicó la declaración difamatoria (en una manera suficiente para iniciar, contra él, un procedimiento ante un tribunal); b) se envió al intermediario una notificación de infracción en relación con la declaración difamatoria (según los requisitos de la sección 5[6]); y c) el intermediario no contestó dicha notificación de infracción de conformidad con cualquier disposición que se incorpore a los reglamentos que se establecerán en virtud de la sección 5[5] de la mencionada ley. Cabe destacar que según la sección 5(11), la eximición de responsabilidad quedaría sin efecto si se demostrase que el intermediario actuó con “malicia” en relación con la declaración difamatoria. Sin embargo, según la sección 5[12], la eximición de responsabilidad no se excluye simplemente por el hecho de que el intermediario “modere” las declaraciones publicadas por otros en su página web.

(7) <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/978011104620> Complementarios a la sección 5 de la Ley de Difamación del año 2013, describen las características que deben tener las notificaciones de infracción y exigen que los intermediarios, que quieren ampararse en la eximición de responsabilidad establecida en la Sección 5 de la Ley de Difamación del año 2013, deban contestar dicha notificación. La contestación que debe brindar el intermediario por ejemplo consiste en la eliminación de la declaración difamatoria o en contactar a su autor dentro de las 48 horas (aunque los tribunales están facultados para prorrogar este plazo).
(8) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/31/contents> La Sección 1[1] de la Ley de Difamación del año 1996 establece la eximición de responsabilidad consistente en la “publicación inocente” que dispone que un acusado no será responsable si: a) no es el autor, redactor o editor de la declaración objeto de la denuncia; b) tomó precauciones razonables respecto de su publicación, y c) no sabía, ni tenía razones para creer, que había causado o contribuido a la publicación de una declaración difamatoria. La sección 1[5] de dicha normativa establece los factores que se tendrán en cuenta para determinar si una persona tomó “precauciones razonables” o tuvo motivos para creer que causó o contribuyó a la publicación de una declaración difamatoria.

(9) <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2013/regulation/19/made>.
(10) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>.
(11) <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/2498/contents/made> Las secciones 16-26 establecen las definiciones de varias actividades que infringen los derechos de autor. En particular, cabe mencionar las secciones 28A (actividad de caché) y 97A (establece que el Tribunal Superior puede dictar una orden de cese contra un proveedor de servicios de internet que tiene “conocimiento efectivo” de que otra persona está usando su servicio para infringir la normativa).
(12) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents> Esta legislación permitiría la adopción de reglamentos que requieren a los intermediarios que den de baja a ciertos clientes que usan sus cuentas para infringir derechos de autor y de marcas. Sin embargo, sus disposiciones principales o bien todavía no se han aplicado o han sido derogadas.
(13) Consiste en un programa de autorregulación voluntario, liderado por la industria, entre los titulares de derechos de autor y los proveedores de servicios de internet para ayudar a reducir las infracciones en línea.
(14) “L’Oreal SA vs. eBay International AG & others” [2009] EWHC 1094 (Ch) (Fallo completo en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/1094.html>); Twentieth Century Fox Film Corporation, Universal City Studios Productions LLLP, Warner Bros. Entertainment Inc., Paramount Pictures Corporation, Disney Enterprises, Inc., Columbia Pictures Industries, Inc. v British Telecommunications PLC [2011] EWHC 1981 (Ch) (“*Newzbin II*”) (Fallo completo en: https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwihz-TWnobRAhWBE5AKHU7rBp8QFggzMAE&url=http%3A%2F%2Fnews.bbc.co.uk%2F2%2Fshared%2Fbsp%2Fhi%2Fpdfs%2F28_07_11_bt_newzbin_ruling.pdf&usq=AFQjCNFHT3U6p7HIBZJ2Jso9tYtAR2DPFA&bvm=bv.142059868,d.Y2I); “McGrath vs. Dawkins”, [2012] EWHC B3 (QB) (Fallo completo en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2012/B3.html>); “Godfrey vs. Demon Internet Ltd.” [1999] EWHC QB 244 (Fallo completo en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1999/244.html>)
(15) Loi 2004-575 pour la confiance dans l’économie numérique. Texto completo de la norma en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164>
(16) Fallo: GRUR 2016, 855 (Fallo complete en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>); Fallo: “Urteil vs. 12.07.2007”, Az. I ZR 18/04 (Fallo complete en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>); y Fallo: GRUR 2015, 1129 Fallo (complete en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>).

html); Twentieth Century Fox Film Corporation, Universal City Studios Productions LLLP, Warner Bros. Entertainment Inc., Paramount Pictures Corporation, Disney Enterprises, Inc., Columbia Pictures Industries, Inc. v British Telecommunications PLC [2011] EWHC 1981 (Ch) (“*Newzbin II*”) (Fallo completo en: https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwihz-TWnobRAhWBE5AKHU7rBp8QFggzMAE&url=http%3A%2F%2Fnews.bbc.co.uk%2F2%2Fshared%2Fbsp%2Fhi%2Fpdfs%2F28_07_11_bt_newzbin_ruling.pdf&usq=AFQjCNFHT3U6p7HIBZJ2Jso9tYtAR2DPFA&bvm=bv.142059868,d.Y2I); “McGrath vs. Dawkins”, [2012] EWHC B3 (QB) (Fallo completo en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2012/B3.html>); “Godfrey vs. Demon Internet Ltd.” [1999] EWHC QB 244 (Fallo completo en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1999/244.html>)
(15) Loi 2004-575 pour la confiance dans l’économie numérique. Texto completo de la norma en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164>
(16) Fallo: GRUR 2016, 855 (Fallo complete en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>); Fallo: “Urteil vs. 12.07.2007”, Az. I ZR 18/04 (Fallo complete en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>); y Fallo: GRUR 2015, 1129 Fallo (complete en: <http://www.bundesgerichtshof.de/>).

por lo que el agravio examinado no podrá prosperar.

3.2. Revocación de la aceptación

Otra posición por la cual se defendió la concesionaria radicó en que el reclamo de la actora fue extemporáneo al haber vencido el plazo de 10 días que otorga la ley tutelar en su art. 34 al consumidor para revocar la aceptación al contrato de compraventa.

En efecto, está previsto —para este tipo de operaciones— que el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de 10 días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna.

Sin embargo, este argumento no podrá tener favorable acogida por la manera en que la actora direccionó su pretensión. La actora optó por aceptar otro producto y el objeto de su reclamo consistió en que se le reconozcan los perjuicios ocasionados (LDC, 10 bis:b). Además de otros rubros también pretendidos, solicitó la diferencia del precio entre lo que valía una moto con una antigüedad de dos años a la época de la transacción y lo que efectivamente pagó.

Por lo tanto, la actora al no aspirar a la resolución contractual resulta inatendible el planteo de la codemandada y en esas condiciones este agravio deberá ser desestimado, lo cual implica —según lo expuesto en el apartado 3.1— el rechazo íntegro de la apelación deducida por “Energroup”.

3.3. Responsabilidad de “Mercado Libre”

La actora cuestionó el decisorio por haber juzgado absolver a la empresa que gestiona el portal electrónico en donde se publicó el aviso por el que adquirió la motocicleta a estrenar con dos años de antigüedad.

El argumento recursivo que trazó Vergara radicó en asignarle responsabilidad objetiva y solidaria a dicha comercializadora y no una de tipo subjetiva. Por eso arguyó que es inaplicable al caso el antecedente de la Sala D de esta Cámara, caratulado “Kosten, Esteban c. MercadoLibre SRL”, citado en la sentencia. Esto así porque, según la actora, la operadora del mercado electrónico participó de la transacción de manera activa al promocionar la venta por medio de buscadores, ampliando las posibilidades de éxito y ayudando al vendedor a que se concrete la venta. Como prueba adicional de su actuación como intermediadora, indicó que se canalizó la cancelación del precio por medio de “Mercado Pago”, mecanismo de pagos propiedad de “Mercado Libre”.

Parto de la base de que los hechos simples e innegables no necesitan explicación (Sándor Márai, “La mujer justa”). En esta línea, resulta incuestionable la dimensión masiva que ha adquirido el *e-commerce* en los últimos años, como éste ha posibilitado expandir mercados y posibilitar a distintos proveedores un canal de venta directo a un sinnúmero de potenciales clientes.

En el presente caso, el *thema decidendum* convoca a resolver la responsabilidad que le quepa por un anuncio subido a la red con un dato incorrecto, en virtud del cual se generó un ilícito al haber posibilitado el engaño a un consumidor que adquirió un bien registrable modelo 2011 cuando se hizo público que era del 2013.

Ante la ausencia de una normativa específica para este tipo de negocios se impone indagar sobre los servicios que brinda la plataforma de ventas *on-line* a sus suscriptores y las vicisitudes que presentan cada una de ellas para luego subsumirla en algún tipo legal o convencional.

derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

“b) Si lo tienen, *actúen con diligencia* para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo “a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de *otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*” (el destacado es propio).

Ello confirma la responsabilidad subjetiva con que se mide la responsabilidad. Así, conforme la normativa reseñada y su aplicación por la jurisprudencia (19), se ha dicho

A tal efecto, corresponde diferenciar las dos modalidades de operaciones que proporciona:

(i) Una primera corresponde a la venta de objetos muebles no registrables (nuevos o usados) y servicios. Para este supuesto, el portal no identifica al vendedor sino una vez culminada la operación; es decir, cuando el interesado confirma la compra clicando en la opción “comprar”.

En este rubro de contratos, el *click* implica la aceptación del acuerdo electrónico con un contenido predispuesto (Brizzio, Claudia R., “Contratación mediante *click-wrapping*”, RCyS 2000, 1024), siendo equiparable a la forma expresa de revelar y exteriorizar la voluntad de quien realiza la acción (Surijón, Nicolás: “El *click* como medio de aceptación y perfeccionamiento del consentimiento”, IJ Editores, Rev. Arg. de Dcho. Comercial y de los Negocios, núm. 13, agosto 2015).

Además, la proveedora del servicio electrónico de ventas le cobra a los vendedores por esta prestación un porcentaje del precio una vez que se concreta, aunque da la posibilidad de que sea gratuita dependiendo de ello la cantidad de anuncios cargados a la plataforma y el nivel de exposición que le quiera aportar (pericial informática, fs. 240).

(ii) El segundo servicio de venta es el relativo a bienes muebles (nuevos o usados) o inmuebles registrables. La operatoria consiste en el alojamiento en su sitio *web* a las ofertas para comercializar autos, motos, inmuebles y demás bienes registrables en general.

Los datos de los oferentes están a disposición del interesado desde el inicio, no siendo necesario (ni posible) confirmar la venta por vía electrónica. No existe, pues, ningún tipo de comisión por la operación y el portal cobra por la publicación y su nivel de exposición, dando también la alternativa de hacerlo de forma gratuita (informe citado, fs. 139 vta.).

que a fin de imponer responsabilidad: (i) no interesa que haya una explotación lucrativa o comercial; así como que (ii) no existe obligación general de supervisar, mucho menos de realizar búsquedas activas; y (iii) solamente importa el conocimiento efectivo.

III.6. Australia

La responsabilidad que se les atribuye a las plataformas de *e-commerce* también es de tinte subjetivo. Así, dependiendo de cuál sea el rol que desempeñen, podrán verse obligadas a responder o no (20).

III.7. Estados Unidos de América

Aquí también la responsabilidad es subjetiva (21). Así encontramos que se introducen los siguientes principios y conceptos: (i) el concepto de “Infractor inocente” (22); (ii) se aclara que las plataformas se diferencian de los típicos comercios, en tanto nunca tienen contacto con las cosas vendidas; y (iii) la plataforma intermediaria no es responsable, pues la transacción se consumó directamente entre el comprador y el vendedor.

Sentado ello, cabe efectuar ciertas precisiones.

En la primera modalidad de negocios, la actividad de “Mercado Libre” se acerca más a un servicio de intermediación comercial en la que el portal actúa como canal de venta de la empresa proveedora. En cambio, en la segunda, la vinculación entre la dueña de la página *web* y los vendedores oferentes resulta completamente disímil: No hay comisión ni se participa en la venta, incluso le es indiferente si se concreta o no.

Por lo tanto, resulta diferente la responsabilidad que le quepa en un caso y en otro. La nota distintiva radica en la creación de un usuario y la obligatoriedad de confirmar la operación por ese medio. Es decir, si el programa requiere una registración obligatoria para operar en él y la manera de hacer efectiva la compra es por dicho portal. Por lo visto, en el supuesto aquí examinado, cualquier internauta puede acceder a la información de contacto del vendedor (así también como la data del objeto de la oferta) para que luego el interesado evalúe la conveniencia del negocio.

Es así, entonces, que los fundamentos del precedente de la colega Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (*in re*, “Claps, Enrique M. c. Mercado Libre SRL”, del 05/10/2012), por los cuales se condenó solidariamente a “Mercado Libre”, no pueden ser importados al presente. Esto, en tanto, se la juzgó a la codemandada como intermediaria necesaria de la compraventa de entradas para un espectáculo musical que habían sido robadas y, por intentar utilizarlas, los adquirentes de buena fe resultaron detenidos. El fundamento de dicha sentencia consistió —entre otras valoraciones— en la apariencia de legalidad que le imprimió dicha intermediación.

En cambio, coincido con lo juzgado en la sentencia recurrida en cuanto el presente

IV. Conclusión

Puede verse, sobre todo bajo el régimen de Defensa del Consumidor, una tendencia, a modo de dialéctica, de atacar la tesis de Vélez Sarsfield consistente en la responsabilidad subjetiva como principio aplicable en materia de responsabilidad y pasar a su antítesis: la aplicación de la responsabilidad objetiva y solidaria, siempre que exista una relación de consumo.

Ciertamente, esta tendencia no se condice con nuestro derecho ni con el derecho comparado; y es por eso que fallos como el analizado traen una suerte de síntesis, indicando que incluso bajo el régimen de Defensa del Consumidor la regla es la aplicación de la responsabilidad subjetiva. Así, a fin de poder hacer responsable a la plataforma de *e-commerce*, no basta con acreditar un incumplimiento en la relación de consumo, sino que debe demostrarse la culpa o dolo de dicha plataforma en el incumplimiento alegado.

Cita on line: AR/DOC/1461/2020

{ NOTAS }

(17) <https://www.boe.es/ buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-13758-consolidado.pdf>.

(18) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0027:20061228:ES:PDF>.

(19) Fallo “Rollo de apelación N° 505/2012 (Autos de origen: Juicio ordinario N° 150/2008)” (<http://blog.garrigues.com/wp-content/uploads/2014/02/Sentencia-YouTube-Telecinco.pdf>); Fallo “Resolución 72/2011

(Autos de origen: Juicio ordinario 68/2007 (<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=5874689&links=alabarricadas&optimize=20110310&publicinterface=true>); Fallo “Recurso N° 345/2013” (<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=AN&reference=7244669&links=multiestrenos&optimize=20150108&publicinterface=true>).

(20) Fallo: “Evagora vs. eBay Australia & New Zea-

land Pty Ltd.” (Fallo completo en: <http://www.austlii.edu.au/>); Fallo: “Peter Smythe vs. Vincent Thomas” Fallo completo en: <http://www.austlii.edu.au/>

(21) Fallo “Hendrickson vs. eBay”, 165 F. Sups. 2d 1082 (C.D. Cal. 2001); Fallo “Zeran vs. America Online Inc.”, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); Fallo “Schneider vs. Amazon.com Inc.”, 108 Wash. Aps. 454 (2001); “Ben Ezra, Weinstein, and Co. vs. America Online Inc.”, 206 F.3d 980 (10 Cir.), cert denied, 531 U.S. 824, 121 S.Ct. 69

(2000); “Blumenthal vs. Drudge”, 992 F. Sups. 44 (D.D.C. 1998); “Gucci America, Inc. vs. Hall & Assocs.”, 135 F. Sups. 2d 409, 420 (S.D.N.Y. 2001); “Tiffany vs. eBay”, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010); “Gentry vs. eBay Inc.”, 121 Cal. Rptr. 2d 703 (Ct. Aps. 2002).

(22) Conforme la ley Lanham (15 U.S.C. 1114(2) (2000), que es considerada la principal ley de marcas en los Estados Unidos de América.

es asimilable a lo resuelto por la Sala D de esta Cámara en “Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL”, del 22/03/2018. En dicho antecedente se juzgó sobre la responsabilidad también de la codemandada en una operación de un automóvil que resultó ser una estafa para el comprador. Sustancialmente, determinó que la proveedora de la plataforma electrónica no participó activamente en el negocio y, por ende, le cupo una responsabilidad subjetiva.

Por su lado, Vergara cuestionó este argumento enfáticamente, sosteniendo que en su compraventa operaría una responsabilidad objetiva y solidaria entre los intervinientes en la cadena de comercialización por aplicación del sistema legal proconsumidor (art. 40).

Sentado esto, debe destacarse que no hay dudas sobre la relación de consumo que existió entre las partes y, como consecuencia de eso, las prestaciones tanto de “Energroup” como de “Mercado Libre” se debieron ajustar a lo establecido en el plexo normativo tutelar. Aun así, no se dio en el caso un supuesto que haga atribuible frente a “Mercado Libre” una responsabilidad solidaria por el incumplimiento incurrido, justamente por la concesionaria vendedora, a la norma que le impone el deber de proporcionar información cierta, clara y detallada, con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización (LDC, 4).

Esto encuentra razón en que el problema que originó la disputa surgió a partir de una publicación con un dato incorrecto atribuible exclusivamente a quien lo cargó. Entonces, deviene inaplicable al caso el régimen del art. 40 de la LDC, por no haberse configurado uno de los asuntos allí previstos: prestación de la garantía legal, un daño por el vicio o riesgo de la cosa.

En efecto, no puede responsabilizarse a la empresa de comercio electrónico por la inexactitud del aviso que publicó la vendedora, salvo que en el caso hubiese mediado también una conducta antijurídica que le sea imputable de forma específica. En otras palabras, haya intervenido de manera desaprensiva, culposa o negligente.

Ello así, porque —según lo ya señalado— la modalidad con que se efectuó la operación problemática permitía a los posibles interesados contactar directamente con el proveedor sin tener que concretar la compra para hacerlo.

En tal sentido, el portal de venta no participó en el negocio más allá de ofrecer un espacio en la *web* para que se suba la publicación. Por ende, resulta indiferente a los fines de desentrañar la cuestión si la codemandada ofrecía además un servicio de pago a través de “Mercado Pago” porque el inconveniente estuvo apartado de esta materia, circunscribiéndose pura y exclusivamente en la cuestión del modelo de la moto. De esta manera, podría haberse convenido la cancelación del precio por medio de una tarjeta de crédito emitida por un banco comercial y el resultado hubiera sido el mismo.

De ahí que no se advierte en el *sub lite* elemento alguno que permita asignarle a “Mercado Libre” un deber de control sobre cada uno de los avisos que se publican en su portal. De ser así, sería atribuirlle una posición de garante de todas y cada una de las operaciones que efectúan en dicha plataforma cuando sus obligaciones se vinculan con la provisión de un espacio virtual a suscriptores que se registran para llevar a cabo ventas al público en general, para este tipo de prestación. Lo cual, no releva a la posible adquirente de efectuar las averiguaciones necesarias. En efecto, de la impresión de pantalla que trajo la actora para acreditar la publicación se extrae una leyenda que reza:

“Consejos de seguridad antes de comprar: Comunícate con el vendedor, habla con tu contraparte, verifica personalmente la documentación del vehículo y su estado, ¡siempre!” (fs. 8).

Es que si no se verifica una conducta reprochable a la empresa de mercadeo como administradora del portal de comercio electrónico que sustente una condena en su contra, al no existir una subordinación entre aquella y la concesionaria, responsable de la publicación, debe desestimarse la pretensión indemnizatoria por no haber solidaridad aplicable al caso.

No pasa inadvertido que la recurrente en su argumentación —recién al expresar agravios— además acusó a la página *web* de una “ignorancia premeditada” o “indiferencia imprudente” sobre las estafas que canalizan por ese medio. Esto es ni más ni menos que endilgar un comportamiento culposos de “Mercado Libre” que habría facilitado el daño en contra de la accionante.

Dicha cuestión se aleja del planteo inicial que le atribuye a la codemandada exclusivamente una responsabilidad objetiva con base en lo dispuesto en la LDC, 40.

En tanto la demanda judicial conforma su objeto con la pretensión procesal, que consiste en una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación tuitiva del órgano jurisdiccional, es deber del juez sentenciar de conformidad con las pretensiones y defensas deducidas. Es decir, la decisión no puede apartarse de los términos en que ha quedado planteada la litis en la relación procesal (CNCom., Sala F, “González, Rubén D. c. Banco Credicoop Coop. Ltda.”, del 17/05/2011).

De tal manera, el Código ritual en el art. 34, inc. 4º, consagra como regla que los jueces deben de respetar el principio de congruencia. Esta idea fundamental que rige el proceso exige conformidad entre el contenido de la sentencia y el de la pretensión objeto de la demanda, lo que le impone al magistrado emitir pronunciamiento únicamente sobre los reclamos y oposiciones formulados por las partes en sus respectivos escritos introductorios del proceso (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, T. V, p. 429/31; CNCom., esta Sala, “Financial Assets SA c. Nisalco SA”, del 11/04/2012).

Aquella directiva se corresponde con lo dispuesto por el CPr., 277, que prohíbe al tribunal de alzada examinar cuestiones no planteadas por las partes en su libelo ante el juez de grado; por lo que el planteo ahora direccionado de atribuirle a la empresa tecnológica codemandada un obrar culposos no puede ser tratado, si no se quiere afectar el derecho de defensa (Bacre, Aldo, “Teoría General del Proceso”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, T. III, p. 426).

Como primera conclusión puede sostenerse que no se puede atribuir responsabilidad a quien ofrece el espacio virtual para la venta de mercaderías por el incumplimiento de un proveedor respecto de la certeza de la información con que este consignó en los formularios, toda vez que no se advierte en el *sub examine* elemento convictivo que revele una actuación contraria a la normativa o a lo convenido; máxime cuando la propia página informa en la pantalla “Mercado Libre no vende este artículo y no participa en ninguna negociación, venta o perfeccionamiento de operaciones. Sólo se limita a la publicación de anuncios de sus usuarios” (v. aviso legal incluido en la impresión de pantalla aportado por la actora, fs. 8).

Otro argumento traído por la actora recurrente residió en que la empresa tecnológica participó de forma activa en la venta que

produjo el daño porque habitualmente promociona ofertas publicadas en su portal en el buscador “Google”, siendo esto notorio y no necesitando demostración adicional.

A lo que se lo debe refutar con fundamento en que el carácter de “publicación promocionada” en cuanto al aviso que originó “Energroup” y que derivó en la compra de la moto no fue acreditado en el tiempo oportuno. Merece agregarse que tampoco fue invocado en el escrito inaugural. Si bien resulta acertado lo expuesto por la accionante, sobre la publicidad que efectúa “Mercado Libre” de algunas ofertas plasmadas en su página web, no altera en nada el temperamento desarrollado previamente.

Esto encuentra razón en que el proveedor puede pactar con el portal de ventas un acuerdo para dar difusión a su producto y lograr así una mayor exposición para facilitar la venta. Pero esto, más allá que —reitero no fue probado que haya ocurrido con la publicación de autos— formaría parte de un acuerdo interno que no necesariamente implica la activación de una responsabilidad objetiva y solidaria frente al consumidor, si no se dan los presupuestos establecidos en el art. 40 citado anteriormente.

Por último, cabe reparar que tampoco el *sub lite* es un caso que merezca la aplicación del denominado in dubio pro consumidor (LDC, 3). En tanto, lo que aquí se resuelve no constituye un caso de incertidumbre sobre el alcance de los principios que establece la ley especial.

Por lo que cabrá desestimar la apelación de la demandante con efecto de confirmar la absolución a la propietaria del portal de ventas electrónicas.

3.4. Daño punitivo

La accionante se agravio, en segundo y último lugar, del decisorio por haber desestimado su pretensión de obtener una indemnización como daño punitivo.

Al respecto, cabe precisar que la figura aquí analizada ha tenido recepción en el derecho argentino en el art. 52 bis de la ley 24.240 (reformada por la ley 26.361), y lo constituyen aquellas sumas de dinero que los jueces condenan a pagar a quien ha incurrido en una grave inconducta que, a su vez, le ha aportado beneficios económicos (culpa lucrativa). Es decir, para la procedencia de este rubro deviene necesario que concurren dos requisitos: (i) que la conducta del dañador haya sido grave; y (ii) que dicho comportamiento hubiese importado beneficios económicos al responsable (CNCom., Sala A, “Emagny SA c. Got SRL y otro”, del 09/11/2010; “Fasan, Alejandro c. Volkswagen SA de ahorro para fines determinados s/ ordinario”, del 26/04/2011).

De ello se deriva su carácter excepcional, a tal punto que tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional que se ocupa del tema se ha recalcado que solo procede en casos de particular gravedad, calificados por dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o en supuestos excepcionales por un abuso de posición de poder particularmente cuando evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén y Pizarro, Ramón, “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, 2009, T. B, p. 949).

Ambos presupuestos se dan en el presente reclamo: resulta sustancial el error en la publicación del año de fabricación y ello pudo facilitar la venta, incluso a mejor precio por ser un modelo más moderno; con los consiguientes beneficios de la vendedora.

En esa inteligencia, se advierte que en el *sub lite* existió, además, un comportamiento

desaprensivo de la concesionaria que justificaba la admisión de este rubro en tanto no se hizo cargo del error, sin darle una respuesta favorable a reclamos del consumidor, lo que era su responsabilidad. Contrariamente, se empeñó en intentar liberarse de su deber como proveedora.

Sobre la base de lo aquí expresado, debe concluirse que, contrariamente con lo juzgado en la instancia de grado, procede la multa civil peticionada. Por consiguiente, se estimará en este punto el recurso de la actora.

En cuanto a su cuantía, el monto total reclamado de \$40.000 se aprecia razonable y se justifica por la inexactitud en la publicación sobre un dato significativo del objeto y el comportamiento desaprensivo de la codemandada de desoír el reclamo dirigido a sustituir el modelo adquirido por Vergara (carta documento, fs. 9).

Se deja aclarado que dicho importe ha sido expresado en valores actuales, razón por la cual no corresponde adicionar intereses.

IV. En cuanto a las costas de esta Alzada, por el recurso malogrado de la concesionaria corresponderá fijarlas a su cargo (CPr., 68 1º párr.).

En lo relativo a la apelación de la actora, en lo que respecta a “Energroup”, las accesorias serán a cargo de esta codemandada por ser vencida (misma norma del ritual) y, frente a “Mercadolibre” serán en el orden causado, como excepción a dicho principio general.

Esto último, porque la actora dirigió su acción contra la página de internet con fundamento en una interpretación de la redacción del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor que pudo haberle hecho creer razonablemente que podía demandar con éxito, pese a que el resultado finalmente le haya sido adverso.

V. A la luz de todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: (a) estimar parcialmente la apelación de Graciela Rosa Vergara con el efecto de reconocerle a su favor una indemnización por daño punitivo por la suma de pesos cuarenta mil (\$40.000); (b) rechazar el recurso interpuesto por Energroup SA; (c) confirmar el decisorio en todo lo demás que haya sido materia de agravios; (d) fijar las costas de Alzada de conformidad con lo indicado en el punto IV que precede; y (e) encomendar a la magistrada a cargo del juzgado de grado disponer lo pertinente en orden a la adecuada integración de la tasa de justicia.

Así voto.

El doctor *Monclá* dijo:

Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: (a) estimar parcialmente la apelación de Graciela Rosa Vergara con el efecto de reconocerle a su favor una indemnización por daño punitivo por la suma de pesos cuarenta mil (\$40.000); (b) rechazar el recurso interpuesto por Energroup SA; (c) confirmar el decisorio en todo lo demás que haya sido materia de agravios; (d) fijar las costas de Alzada de conformidad con lo indicado en el punto IV que precede; y (e) encomendar a la magistrada a cargo del juzgado de grado disponer lo pertinente en orden a la adecuada integración de la tasa de justicia. Notifíquese a las partes al domicilio electrónico o, en su caso, en los términos del CPr. 133 y la Acordada CSJN 3/2015, pto. 10. Comuníquese (cfr. Acordada CSJN N° 15/13). — *Hernán Monclá*. — *Miguel F. Bargalló*.