

Infracción a la propiedad intelectual en una plataforma de *e-commerce*: análisis de la responsabilidad del portal de ventas

Comentario al fallo *Iglesia Mesiánica Mundial Sekai Kyusei Kyo en la Argentina c/Mercado Libre S.A. y otros s/Propiedad Intelectual 11.723*

* * * *

Luciano Gustavo Bevolo

Profesional e investigador independiente

lucianogbevolo@gmail.com

1. Plataformas *e-commerce*. Ausencia de regulación específica

Las “plataformas digitales” son espacios creados en internet para almacenar información y permitir la ejecución de diversos programas a fin de satisfacer múltiples necesidades de los usuarios utilizando menos recursos. Cuando se habla de plataformas digitales “intermediarias” se refiere a que el servicio prestado por estas consiste en brindar acceso, alojar, transmitir o indexar contenido, productos o servicios de terceros, quienes se registran en la plataforma y delegan en esta ciertas etapas de la comercialización, como suele ser la logística, debido a que se encuentran equipadas tecnológicamente de manera adecuada para llevar a cabo dicha tarea con mayor eficiencia, facilitando de esta manera el intercambio de bienes y servicios entre los usuarios (Sarra, 2000, p. 285).

Sin perjuicio de aislados intentos regulatorios que no trascendieron más allá de las entusiastas intenciones de algunos legisladores

de turno, es posible afirmar que existe una ausencia de regulación específica para el comercio electrónico en el orden jurídico argentino (Bielli, 2020, p. 215). Desde la aparición de dicho fenómeno y hasta el dictado de los emblemáticos fallos *Claps* y *Kosten*, a los que sumariamente se hará referencia más adelante, la tendencia legislativa y hermenéutica jurídica ha consistido básicamente en equiparar las ventas realizadas en el entorno digital con las celebradas fuera del establecimiento del vendedor, en la vía pública o por correspondencia –terminología utilizada por el vigente Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y la Ley de Defensa del Consumidor para referir a estas modalidades “especiales” de contratación–, traspolando así criterios y conclusiones propias de este último tipo de ventas a un fenómeno completamente diferente, como es el comercio electrónico en su acepción actual.

Por otro lado, surge del derecho comparado que las legislaciones que prevén un régimen específico para el comercio electrónico y/o para las plataformas digitales intermediarias han optado por regular la responsabilidad de estas últimas bajo el prisma subjetivo, requiriendo como presupuesto la demostración de la culpa o el dolo.

En Argentina, ante un supuesto de infracción a la propiedad intelectual producida dentro del ámbito de la plataforma, se parte de la misma ausencia de regulación específica referida precedentemente. Así, tanto la Ley 11723 de Propiedad Intelectual como el Código Civil y Comercial de la Nación y demás normativa vigente directa o indirectamente vinculada al supuesto planteado carecen de previsiones concretas respecto a la responsabilidad de estos sujetos particulares que ponen a disposición de los usuarios un espacio digital donde, como la experiencia enseña, al igual que en cualquier otro ámbito destinado a la comercialización de bienes o servicios, desafortunadamente es habitual que se cometan múltiples infracciones a la propiedad intelectual, sea a los derechos de autor y conexos, sea a la propiedad industrial en sus diversos aspectos.

2. Un breve repaso de *Claps* y *Kosten*, los *leading cases* que reflejan las posturas existentes en Argentina respecto a la responsabilidad de las plataformas de *e-commerce*

Uno de los puntos más controvertidos en relación con las consecuencias jurídicas que se derivan del rol de intermediarias que ejercen las plataformas digitales se encuentra en determinar los alcances de su responsabilidad.

Es claro que en todos los casos deben responder frente a los usuarios por la adecuada operatividad y funcionamiento del sistema en sí, ya que esta constituye la prestación principal a la que aquellas se obligan y que deben cumplir en función del contrato que celebran con estos últimos. Ahora bien, la cuestión radica en establecer en qué casos la responsabilidad de dichas plataformas comprende las consecuencias derivadas de las ofertas y publicaciones que los usuarios efectúan en ese ámbito –incluso si las operaciones no llegasen a concretarse– y, en su caso, si la mencionada responsabilidad debería ser del tipo subjetivo u objetivo.

Al respecto, existen dos posturas con amplia adhesión doctrinaria y apoyatura en antecedentes jurisprudenciales de trascendencia a nivel nacional: una que podría denominarse “objetiva” y otra “subjetiva” por los motivos que se evidenciarán a continuación, identificándose la primera de ellas con el fallo *Claps, Enrique Martín y otro c/Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios*, resuelto por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el año 2012 –y que ha quedado firme por un pronunciamiento de la Corte al año siguiente–, y la segunda con el fallo *Kosten, Esteban c/Mercado Libre S.R.L. s/ordinario*, resuelto por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el año 2018.

Cabe aclarar que los mencionados fallos versan sobre supuestos de hecho a los que resulta de aplicación el régimen consumeril, por lo que los magistrados se han abocado a analizar la responsabilidad de las plataformas digitales por la venta de productos/servicios viciosos o riesgosos en *Claps*, y por la falta de entrega del bien en *Kosten*, ambos en el marco de distintas relaciones de consumo. Por ende, al momento de fundar las respectivas decisiones y exponer las posturas existentes al respecto, se ha partido de la base de principios, normas y presupuestos propios de dicho sistema (v.gr., la especial vulnerabi-

lidad del consumidor electrónico, la teoría del “riesgo-provecho”, los deberes de información y seguridad y el principio *in dubio pro consumptore*, entre otros), lo cual deberá ser tomado en consideración en caso de pretender una aplicación de lo resuelto en alguno de tales fallos a otro supuesto de hecho en el que no existiera intervención de un sujeto en calidad de consumidor y, por ende, quedara excluido el régimen protectorio previamente referido, como es el caso del fallo a analizar en la presente reseña.

Prevenida dicha cuestión, corresponde exponer brevemente las posiciones y fundamentos que se extraen de los *leading cases* aludidos, comenzando por la que se ha dado en llamar como “postura objetiva”. Este sector de la doctrina, apoyado en el precedente *Claps* del año 2012, entiende que la responsabilidad de las plataformas se funda en un factor objetivo de atribución –la actividad riesgosa que efectúa el intermediario–, que dicha responsabilidad debe ser proporcional a su profesionalidad y que, al lucrar con el servicio prestado, del mismo modo que percibe beneficios, debe soportar los riesgos derivados de dicha actividad, respondiendo objetiva y solidariamente con el vendedor/proveedor directo por los daños causados en su ámbito de control.

Desde otro costado, la “postura subjetiva”, cuyo sostén argumentativo puede encontrarse en el fallo *Kosten* del año 2018, asevera que las plataformas digitales que prestan un servicio de *hosting* o alojamiento de datos facilitados por el propio destinatario del servicio solo son responsables en caso de que, habiendo sido notificadas de la existencia de un vicio, irregularidad o ilegalidad en la información que alojan o en los productos que allí se ofrecen –es decir, cuando toman conocimiento *a priori* de un potencial evento dañoso–, aquellas omitieran actuar con diligencia frente a tal denuncia, suprimiendo de manera preventiva el contenido potencialmente dañoso.¹

1 Análoga a esta última postura es aquella que se desprende de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Rodríguez, María Belén c/Google y Yahoo* del año 2014, que trata la responsabilidad de los buscadores de internet en carácter de intermediarios digitales y prestadores de un servicio de *hosting*, oportunidad en

3. La responsabilidad de la plataforma ante una infracción a la propiedad intelectual: el caso *Iglesia Mesiánica c/Mercado Libre S.A. y otros*

En el mes de marzo de 2022, los magistrados integrantes de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se pronunciaron sobre una sentencia apelada que había sido dictada en el año 2019 en autos *Iglesia Mesiánica Mundial Sekai Kyusei Kyo en la Argentina c/Mercado Libre S.A. y otros s/propiedad intelectual 11.723*.

La sentencia dictada en primera instancia había admitido la demanda por plagio promovida por la Iglesia Mesiánica contra Luis Ernesto Ferrari, quien vulneró el derecho de propiedad intelectual de la primera sobre el libro *Cimientos del Paraíso*. No obstante, pese a que la actora consideró que tanto Mercado Libre S.A. como MYM Distribuidora eran también responsables por la infracción, la demanda en contra de estos últimos fue rechazada.

Para decidirlo así, el juez de primera instancia citó el precedente *Kosten*, aseverando que en ambos casos el operador de la plataforma había desempeñado un “rol neutro”, limitándose a proporcionar un foro para posibilitar la transacción entre usuarios del sistema, lo cual impedía exigirle el conocimiento previo y efectivo del hecho ilícito, sumado a que, en el caso de su competencia, ni siquiera se había esgrimido (y mucho menos acreditado) que Mercado Libre hubiese conocido efectivamente que el libro del demandado Ferrari constituía un plagio de la obra de la actora Iglesia Mesiánica.

Así las cosas, la actora apeló la sentencia, agraviándose, entre otras cuestiones, de que se hubiera rechazado la responsabilidad de Mercado Libre por la promoción y comercialización de productos ilícitos, invocando el precedente *Claps* y refiriendo que *Kosten* no era más que un caso aislado que no se relacionaba con la situación fáctica tratada en la sentencia recurrida.

De esta forma, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tuvo en sus manos una nueva oportunidad de pronunciarse respecto a la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico –en

la que el máximo tribunal estableció que a la inexistencia de una obligación general de vigilar por parte de dichos intermediarios le sigue, como regla, la inexistencia de responsabilidad.

esta ocasión, con motivo de una infracción a la propiedad intelectual dentro de Mercado Libre— y, específicamente, el surgimiento del interrogante de si esta empresa debía responder por la publicación y/o la comercialización de un libro plagiado en su sitio de ventas *online*.

Cabe destacar que, al momento de resolver, la Cámara partió de la base de que, tal como se expuso en el introito a este ensayo, en Argentina no existe un régimen normativo específico que regule la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico,² máxime considerando que la cuestión sobre la que debía pronunciarse surge de una situación jurídica preexistente a la entrada en vigencia del CCCN y, por lo tanto, correspondía ser juzgada bajo las disposiciones del Código Civil velezano, como también que, en este caso particular, a diferencia de los dos precedentes invocados, no medió contrato ni relación de consumo entre la Iglesia Mesiánica y Mercado Libre, por lo que, además, correspondía descartar la aplicación de los principios, normas y presupuestos propios del sistema consumeril que en los fallos aludidos habían tenido suma influencia al momento de ponderar los intereses en juego.

En consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, la Cámara encuadró la cuestión en el marco de la responsabilidad civil extracontractual e inmediatamente concluyó, citando doctrina extranjera, que “la plataforma no puede ser obligada a supervisar en forma generalizada sus contenidos para identificar a las personas o las informaciones que infringen los derechos de un tercero” y que, por el contrario, esa obligación “recae en el titular de tales derechos”.³

Acertadamente, el Tribunal expuso que, dentro de la aludida responsabilidad civil extracontractual, la hipótesis configuraría un supuesto específico de responsabilidad subjetiva por hecho propio del intermediario, debiendo desentrañarse, según las circunstancias de cada caso concreto, si este ha contribuido a la infracción contra el titular de un derecho de propiedad intelectual mediante su inter-

2 Ver considerando N° 1 de la sentencia dictada en autos *Iglesia Mesiánica Mundial Sekai Kyusei Kyo en la Argentina c/Mercado Libre S.A. y otros s/propiedad intelectual 11.723* en marzo de 2022.

3 Ídem.

vención “activa” en la presentación y promoción de la información alojada en su sitio, con pleno conocimiento de su ilicitud, lo cual, en su caso, derivaría en una concurrencia de conductas antijurídicas independientes –aunque coadyuvantes– entre el principal infractor (usuario que publicó la oferta) y el intermediario (plataforma de comercio electrónico), o si, por el contrario, este último ha desarrollado una actividad puramente “pasiva” y automática que le impedía controlar *a priori* la licitud del contenido que el usuario publicó.

Conforme surge del razonamiento efectuado por la Cámara, de las pruebas rendidas en el caso atinente al plagio de la obra de Iglesia Mesianica resulta que Mercado Libre llevó a cabo una actividad “meramente intermediaria, neutra y pasiva”, limitándose a alojar en dicha plataforma el ofrecimiento de venta del libro en cuestión publicado por el vendedor MYM Distribuidora, según el cual el autor de la obra era el demandado Ferrari, teniendo en cuenta que dicha información fue cargada en el sitio web por el usuario oferente. Por tal motivo, el Tribunal de segunda instancia sentenció que no era posible exigirle a Mercado Libre contar con un conocimiento efectivo previo del plagio de la obra publicada, por más diligencia que le fuera requerida, y que “no había manera razonable de conocer la ilicitud hasta que recibiese, por lo menos, la denuncia de la actora o la notificación de la medida cautelar”.⁴

Ahora bien, luego de este breve repaso del fallo comentado, cabe subrayar que en un pequeño fragmento del considerando N° 1 que corre el riesgo de pasar desapercibido, la Cámara ha hecho referencia a un artículo de doctrina extranjera que no debería desatenderse, en el cual se sostiene la posibilidad de que los términos “activo” y “pasivo” para aludir al rol de las plataformas intermediarias sean actualmente insuficientes, debido al avance producido en los últimos años en relación con los servicios digitales y que, en su lugar, sería más preciso hablar de “grados” de control o conocimiento efectivo de la plataforma (Arroyo Amayuelas, 2020, como se citó en Antón Juárez, 2020, p. 71).

Destaca el autor del presente que, según su criterio, lo antedicho es acertado y resultará crucial a los fines de determinar la responsabi-

4 Ídem.

lidad de las plataformas de *e-commerce* en futuros casos semejantes al que se ha pretendido escudriñar en esta ocasión, evitando así incurrir en razonamientos del tipo “blanco o negro” para dar lugar a una apreciación y valoración más realista y contemporánea de las posibilidades técnicas que actualmente brinda la inteligencia artificial a los operadores de sistemas electrónicos de alojamiento de datos, la cual, en su caso, permitiría detectar e incluso predecir, mediante algoritmos y análisis automatizado de metadatos, eventuales contenidos ilícitos dentro de la información que terceros (usuarios) publican en el sitio web.⁵

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente en relación con la eventual posibilidad de detectar y/o predecir ilícitos que tendrían a su alcance las plataformas de *e-commerce* que cuenten con tecnología de vanguardia en inteligencia artificial, cabe aclarar que ello no conlleva indefectiblemente que estas intervengan de forma activa en las operaciones que se concreten en dicho ámbito, y que, por tal motivo, deba presumirse su conocimiento sobre cualquier eventual contenido ilícito y/o juzgarse su responsabilidad mediante el factor de atribución objetivo, pues si bien es cierto que la razonabilidad y la equidad indican que el deber de diligencia debería amoldarse a las características particulares de la empresa de la que se trate y a los recursos tecnológicos que tenga a su alcance, no resultaría justo que una mayor inversión en tecnología de avanzada y la adopción de medidas voluntarias de prevención se traduzcan en un perjuicio directo para ella (Antón Juárez, 2020, p. 72).

5 Sin ir más lejos, Mercado Libre, en la sección denominada “Declaración de privacidad y confidencialidad de la información de Mercado Libre” (<https://www.mercadolibre.com.ar/privacidad/declaracion-privacidad>) reconoce la utilización de inteligencia artificial, big data, *machine learning* y algoritmos de detección y prevención automatizada del fraude. Así, al 6 de mayo de 2022, en dicha sección, a modo de respuesta al subtítulo “¿Qué hacemos con la información personal?”, expresamente se indica: “[...] 4) Detectar y prevenir fraudes, abusos y delitos relacionados para proteger la seguridad de nuestros usuarios y la sustentabilidad de las plataformas [...] 5) Proteger derechos de usuarios, de terceros o propios de Mercado Libre [...] 6) Colaborar con los titulares de propiedad intelectual en el ejercicio de sus derechos. [...]”.

4. Reflexiones finales

El reciente fallo *Iglesia Mesiánica c/Mercado Libre S.A. y otros*, dictado por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resulta particularmente novedoso, pues, del mismo modo que en el caso *Claps*, la publicación del contenido ilícito se realizó en la sección Marketplace, destinada a la comercialización de bienes no registrables, en la cual Mercado Libre ejerce una verdadera intermediación, impidiendo incluso que los usuarios accedan a la información necesaria para comunicarse entre sí previo a concretar la operación en la plataforma. No obstante, atento a las circunstancias del caso y efectuando una valoración realista de las posibilidades concretas de conocer el ilícito de antemano por parte de Mercado Libre, la Cámara consideró que lo más equitativo era juzgar su responsabilidad mediante la aplicación de la doctrina “subjética” y, en razón de no haberse invocado ni acreditado en el proceso judicial el conocimiento *a priori* del plagio, resolvió en consecuencia no hacer lugar a la demanda en contra de la renombrada plataforma.

De todo lo expuesto se extrae que, ante la ausencia de una regulación específica que otorgue pautas definidas y concretas para juzgar el actuar de los intermediarios digitales, el análisis de dicha responsabilidad debe efectuarse caso por caso, y que los factores que en un determinado caso parecen definitorios para atribuir responsabilidad no pueden ser tomados como esquemas estáticos para juzgar el actuar de la misma plataforma en otro caso, ya que, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en soluciones arbitrarias. Así, por ejemplo, en un caso semejante⁶ en el que se juzgó la responsabilidad de otra plataforma de ventas *online* ante la comisión de una infracción a derechos de propiedad intelectual –en el caso, al derecho de marcas–, se condenó a la plataforma por considerar que había ejercido un rol activo –el cual quedó evidenciado, entre otros factores, por el uso de *tags* (etiquetas)–, facilitando la confusión y dilución de una marca notoria.

6 CNCiv. y Com. Fed., sala III. *Nike International LTD c. Compañía de Medios Digitales CMD S.A. s/cese de uso de marcas*. 21/05/2015. Al respecto, ver comentario a fallo del Dr. Gustavo SCHÖTZ titulado *Responsabilidad de los portales de ventas por infracciones marcarias*. EL DERECHO, 27/08/2015, ISSN 1666-8987, N° 13.799, AÑO LIII, ED 264.

Sin embargo, ello no significa que no existan factores relevantes y útiles a los fines de contribuir a la tarea de desentrañar el real alcance de las obligaciones de la plataforma en cada caso y de qué manera debe ser juzgada su conducta, como ser el rol ejercido –teniendo en cuenta que, como se ha sugerido, actualmente debería hablarse de “grados” de control o conocimiento–, y aun en caso de que dicho rol fuese neutro o pasivo, habrá que indagar si en el caso existió conocimiento efectivo de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir el carácter ilícito del contenido y actuado en consecuencia, sin que esto último implique un deber de vigilancia permanente, pues no existe disposición normativa vigente que así lo exija.

Como corolario, cabe resaltar nuevamente que, sin perjuicio de lo referido, el autor sostiene, según su criterio, que una mayor diligencia adoptada en forma voluntaria por la plataforma al utilizar la tecnología disponible para vigilar preventivamente no debería traducirse de forma automática en la presunción de un rol o intervención activa en todas las operaciones y contenidos que allí se alojen, ya que ello iría en detrimento de aquella e implicaría un desincentivo para que empresas como Mercado Libre actúen en forma preventiva para evitar la comisión de ilícitos en su sitio web (Antón Juárez, 2020, p. 72).

Bibliografía

- Antón Juárez, I. (2020). Infracción de un derecho de marca en plataformas de e-commerce: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2). <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5602>.
- Bielli, G. E. (2020). *Contratos electrónicos: teoría general y cuestiones procesales* (Tomo II, 1ª ed.). La Ley.
- Sarra, A. V. (2000). *Comercio Electrónico y Derecho. Aspectos jurídicos de los negocios en Internet* (2ª ed.). Astrea.
- Schötz, G. (2015). Responsabilidad de los portales de ventas por infracciones marcarias. *El Derecho*, año LIII(13.799), ed. 264.