

Venta Por Internet Rechazo De La Demanda Defensa Del Consumidor Intermediario Robo

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, noviembre de 2020. I. Y

VISTOS: Estos autos caratulados ?PERGIERYCHT, DAMIAN c/ OLX S.A. s/ORDINARIO?, expte. n° 8642/2016 del Registro de la Secretaría n° 57, venidos para dictar sentencia. II. DE LOS QUE RESULTA: 1. A fs. 29/61 se presentó Damián Pergierycht -por derecho propio- y promovió demanda por daños y perjuicios contra OLX S.A. solicitando se la condenara a abonar la suma total de \$3.018.000 con más intereses y costas del juicio. Asimismo, solicitó la concesión del beneficio de justicia gratuita. Relató que en el 03/07/2014, encontrándose interesado en adquirir un celular modelo iPhone, realizó la búsqueda del producto en el sitio de compra-venta OLX (www.olx.com.ar), hallando una publicación en la que se ofertaba un móvil marca Apple, modelo iPhone 5s, donde surgían los datos del vendedor llamado Daniel y su número de teléfono. Expresó que ese mismo día se contactó mediante la aplicación whatsapp con el susodicho, sin que su mensaje fuera respondido. Dijo que dos meses más tarde, retomó la búsqueda del celular, hallando vigente la publicación antes referida, por lo que el día 05/09/2014 se comunicó nuevamente vía whatsapp con el vendedor, con quien mantuvo una conversación para concertar la venta, transcribiendo el contenido de los mensajes. Continuó diciendo que, tras la conversación mantenida, acordaron encontrarse en un local de comidas rápidas en el barrio de Colegiales, pero llegada la hora del encuentro, el vendedor le indicó otro punto debido a que el sitio estaba cerrado. Aseveró que al acercarse al lugar, un sujeto de entre 25 y 35 años sacó un arma y le gritó que le entregara la plata -coincidiendo el monto con el pactado por la supuesta compra del teléfono-, frente a lo cual arrancó el auto y recibió un disparo, impactando la bala detrás de su oreja izquierda. Afirmó que, tras lo acontecido, su padre lo buscó y llevó al Hospital Alemán donde fue atendido y le informaron que tenía la bala alojada en su cuello, generando los daños que reclama. Con cita de jurisprudencia, hizo referencia a la legitimación activa y pasiva prevista por la ley de defensa del consumidor e hizo hincapié en la existencia de una relación y/o contrato de consumo con la firma demandada, explayándose acerca de los supuestos de responsabilidad previstos por la ley 24.240 y la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Aludió a las medidas de seguridad implementadas por la demandada y su modus operandi que utiliza para desarrollar su actividad, efectuando una comparación con sitios similares y regímenes comparados, con cita de noticias relacionadas con el tema objeto de autos. Analizó dos precedentes jurisprudenciales que entendió aplicables al caso y fundó en derecho su pretensión. Discriminó los rubros reclamados de la siguiente forma: a) daño físico, en la suma de \$1.500.000; b) daño psíquico, en la suma de \$273.000; c) daño moral, en la suma de \$750.000; d) gastos de farmacia, por la suma de \$15.000; e) lucro cesante, por la suma de \$150.000; f) pérdida de chance, en la suma de \$180.000; y g) daño punitivo, en la suma de \$150.000. Ofreció prueba de sus dichos. 2. A fs. 62/63 se imprimió a las presentes actuaciones el trámite del juicio ordinario. 3. A fs. 70/124 se presentó OLX S.A. -por apoderado- y contestó la demanda instaurada en su contra solicitando su rechazo. En primer lugar, opuso excepción de incompetencia y solicitó la citación en los términos del art. 94 Cpr. del imputado por el hecho delictivo. Seguidamente, fundó su postura en las previsiones de la ley de Servicios de Internet n° 26.032 y las distintas relatorías para la libertad de expresión, en tanto su mandante no sería creadora del contenido publicado en la web. Denunció que la firma OLX S.A. es un sitio de avisos clasificados online que no crea o elabora publicación alguna, sino que se limita a darlas a conocer al público siendo los terceros quienes crean estas publicaciones. Tras efectuar una síntesis de los argumentos en que sustenta su postura, por imperativo legal negó todos y cada uno de los hechos invocados por su demandante. Reconoció que, con fecha 16/05/2014, una persona publicó un aviso en OLX ofreciendo a la venta un teléfono iPhone 5S desbloqueado, y denunció los datos del aviso, pero sostuvo que luego de dicha publicación no tuvo contacto alguno con el actor hasta mediados del año siguiente, cuando fue requerido judicialmente a aportar ciertos datos a un proceso penal. Expresó que, según fue probado en la causa penal, el accionante contactó al vendedor directamente por Whatsapp, en forma totalmente ajena a OLX S.A., toda vez que es bastante difícil haber encontrado el mismo aviso, cuando en promedio cada vez que se busca un iPhone aparecen cerca de 500 y el de autos, precisamente, no estaba destacado. Recordó los hechos narrados por el accionante acerca de acto delictivo y destacó que, ante la intimación cursada en la causa penal, su mandante permitió la determinación del IP del usuario que publicó el iPhone y sus datos, los que fueron inmediatamente bloqueados. Aseveró que su mandante siempre colaboró con la justicia aun cuando, a su entender, no estaba formalmente obligado a ello. Cuestionó las pretensiones del actor y destacó las medidas de seguridad utilizadas por la plataforma de OLX, haciendo especial mención a la obligación de no monitorear contenidos, prevista en numerosas normas del derecho comparado, relacionándolo con la falta de responsabilidad objetiva de los intermediarios de internet, en tanto ellos no crean el contenido. Hizo un relevamiento de las normas, doctrina y jurisprudencia -tanto nacional

como comparada- que entendió aplicables al sub judice; refutando la invocación de la ley de defensa del consumidor efectuada por el accionante, e insistió en la aplicación de la ley de servicios de internet. Alegó que, aun cuando su mandante adoptara todas las medidas de identificación ?infalibles? previas a la publicación exigidas por el actor, ello no impediría que los vendedores decidan cometer un ilícito civil o penal, como ocurrió en el caso de autos. Proclamó la inexistencia de una conducta antijurídica por parte de su mandante, invocando el derecho de OLX S.A. de ejercer una industria lícita y a la libertad de expresión de los oferentes, endilgándole al Sr. Pergierycht el riesgo asumido al concertar el encuentro para la adquisición del celular, rebatiendo la relación de causalidad por éste invocada. Ofreció prueba de sus dichos e impugnó los rubros reclamados en la demanda. Solicitó la suspensión del dictado de la sentencia con sustento en lo previsto por el art. 1101 del Código Civil y se opuso a la concesión del beneficio de justicia gratuita pedido por el Sr. Pergierycht

4. A fs. 176/178 la actora contestó el traslado de la documental aportada por la demandada, desconociendo la misma.

5. A fs. 206/208 fue confirmada la resolución de fs. 182/184 por la cual, la Justicia Civil admitió el planteo de incompetencia deducido por OLX S.A., remitiéndose, las actuaciones al Fuero Comercial (v. fs. 214).

6. A fs. 232 se dejó sin efecto la citación dispuesta en los términos del art. 94 Cpr, por haberse extinguido la acción seguida contra el presunto delincuente debido a su fallecimiento.

7. Celebrada la audiencia preliminar prevista por el art. 360 del Cód. Proc. (fs. 233), frente a la imposibilidad de arribar a acuerdo alguno, se proveyeron las pruebas ofrecidas, produciéndose aquellas que da cuenta el certificado de fs. 507.

8. A fs. 513 se pusieron estos obrados para alegar, derecho ejercido por la parte actora con fecha 18/08/2020, y por la parte demandada con fecha 27/08/2020.

9. Finalmente, se llamaron los autos para dictar sentencia.

III. Y CONSIDERANDO:

1. El Sr. Damián Pergierycht promovió la presente demanda a fin que se condenara a la firma OLX S.A por los daños y perjuicios que habría sufrido como consecuencia del ilícito supra detallado. Sostuvo que existió por parte de la firma demandada, una notoria y absoluta omisión de medidas de seguridad. De su lado, la demandada resistió el reclamo alegando que, tratándose de un sitio de avisos clasificados online, su mandante no crea ni elabora publicación alguna, sino que se limita a darlas a conocer al público; por consiguiente no le cabe la responsabilidad que se le atribuye frente a los daños padecidos por el accionante. Establecida en prieta síntesis la postura de los contendientes, encuentro que los hechos apuntados revelan que la cuestión a decidir se enmarca dentro del ámbito de la responsabilidad civil, razón por la cual resulta necesario analizar si se hallan reunidos sus elementos fundantes a efectos de determinar la suerte que debe correr la pretensión de la reclamante. Ello, sin soslayar la protección que constitucionalmente se le acuerda al consumidor en los términos del art. 42 CN, la ley 24.240 y modificatorias, y los arts. 1092 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, si bien técnicamente no existió relación contractual entre los aquí contendientes, lo cierto es que la aplicación de la normativa de consumo abarca un amplio espectro de situaciones que van más allá del contrato de consumo

2. Parte de la doctrina, procura la aplicación de la responsabilidad objetiva afirmando que los intermediarios están obligados a responder civilmente por cualquier daño por el solo hecho de desarrollar una ?actividad riesgosa? dentro de la sociedad de información; mientras que por otro lado, se enrolan quienes se manifiestan en favor de la responsabilidad subjetiva, en tanto los servidores únicamente debían ser responsables por un obrar culposo (v. Pizarro-Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil, TºIII, Rubinzal Culzoni, 2018, p. 412/414). Ello sumado a la aplicación del marco sobre consumo establecido en la Ley 24.240. Sin embargo, ante la falta de normativa específica que regule la materia, el Superior en un valioso precedente -con algunas aristas distintivas del caso que me ocupa-, ha postulado el estudio del derecho comparado, en tanto consideró que ofrece una guía lo suficientemente razonable como para fijar los estándares jurídicos aptos para resolver con equidad y justicia. (Conf. CNCom, Sala D, ?Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario?, del 22/03/2018). En este sentido, invocó la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08/06/2000, sobre ?Determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior?, cuyo contenido ha sido incorporado por los países de la Unión Europea a sus derechos internos con análogos alcances. En lo que aquí concierne, en su art. 14 establece que ?Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda 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 a la información 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 de que, b) 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...?

Asimismo, el art. 15 de la normativa citada refiere que ?Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendientes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo

por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento...?. De ello se sigue que el mencionado régimen se caracteriza por definir una zona libre de responsabilidad a favor de los servicios de intermediación en la sociedad de la información, siendo esencial que se trate de un prestador intermediario. Pues corresponderá al órgano jurisdiccional determinar si el servidor se limita a una prestación neutra del servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, o si por el contrario desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos (Conf. TJCE, ?L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd. c. eBay International AG?, del 12/07/2011 citado por CNCom, Sala D, ?Kosten...? Op. cit). En consecuencia, sostuvo el Superior que ?...teniendo en cuenta la normativa y la jurisprudencia reseñada (...), aunque vinculada a casos de infracciones marcarias pero con conceptos trasladables mutatis mutandi a otras situaciones en las que se pone en tela de juicio la responsabilidad de los operadores de mercados virtuales, así como a otras expresiones del derecho comparado que ofrecen respuesta a aspectos distintos pero afines a los reseñados, (...) Puede hablarse de una exención de responsabilidad del operador de un mercado electrónico de ventas o subastas on line cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, es decir, cuando ha sido un ?mero canal? limitándose a proporcionar un foro para una transacción entre un comprador y un vendedor (...) No obstante, aun si el operador del mercado electrónico hubiera desempeñado una posición neutra, podría ser responsabilizado mediante una condena de daños y perjuicios, (...), si ha tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud (...) quedando a salvo los casos de ?ignorancia premeditada? y de ?indiferencia imprudente?. Si el operador tiene motivos que le hagan sospechar que los usuarios de sus servicios están cometiendo ilícitos, no le está permitido ?apartar la vista? a fin de sustraerse de la responsabilidad. Dicho de otro modo, la ?ignorancia premeditada? o la ?ignorancia culpable? equivale a un conocimiento efectivo (Conf. CNCom., Sala D, Voto del Dr. Heredia, ?Kosten...?, fallo cit). 3. Sentado ello, anticipo que sólo referiré a aquellos medios de prueba que resulten conducentes para el adecuado esclarecimiento del conflicto, pues no me hallo compelida a aludir a los que no sean idóneos para tal fin (cfr. art. 386 del Cpr. y CNCom., Sala C, ?Banco Mayo s/liquidación judicial s/inc. de escrituración por Rabinovich, Norberto?, del 29/10/2002; entre muchos otros). El principio onus probandi, supone que la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido e intenta fundar en él su acción (o defensa) tiene la carga de demostrarlo (conf. art. 377 Cpr), a menos que la ley disponga lo contrario. Y aún cuando la teoría de las cargas dinámicas pone la carga de la prueba en cabeza de la parte que está en mejores condiciones de proveerla ?en este caso, la firma demandada-; ello no puede ser interpretado en el sentido de relevar totalmente al accionante de la carga de demostrar la responsabilidad que invoca. En la especie, la prueba pericial informática ofrecida por ambas partes resulta relevante para dirimir el conflicto sellando la suerte adversa que -adelanto- ha de correr la demanda. Obsérvese que en el incuestionado informe presentado en fs. 353/391, la experta constató que la firma OLX S.A. resulta ser una plataforma líder en el mundo de clasificados online para mercados emergentes que conecta a la comunidad local para vender, comprar e intercambiar sus bienes usados y servicios de una manera rápida y fácil para que cualquier persona pueda publicar un anuncio desde su celular o en el sitio web (v. fs. 354 vta, punto i). Asimismo, detalló que todas las plataformas explicitan las condiciones y términos de uso para su funcionamiento en el mercado online y, por lo general, las normas son parecidas y se encuentran al final de cada página (v. fs. 354/55, punto ii). Y, en lo que al caso de autos concretamente importa, la licenciada reveló que las comunicaciones entre los usuarios se realizaron por fuera de la plataforma en forma personal e individual sin intervención de la demandada precisando que, al igual que otras plataformas, OLX S.A. no cuenta con ningún mecanismo para intervenir en las comunicaciones de las partes cuando se realizan por fuera del portal administrado por la empresa (v. fs. 390, puntos xi y xii). 4. En el presente, encuentro que no es posible responsabilizar a la demandada por los hechos acontecidos con posterioridad que tuvieron al accionante como destinatario; pues OLX S.A sólo fue mero intermediario, quien permaneció ajeno a las negociaciones efectuadas por las partes, siendo su rol equiparable al de los clásicos -y ya casi en desuso- avisos clasificados. Justamente, en dicho medio de publicidad la responsabilidad, en principio, correspondería al anunciante, siendo la única variante el medio por el que se comunica y quedando limitado su contralor a circunstancias que resulten de apreciación evidente. Entonces, requerirle a la accionada que anticipe un ilícito no sólo resulta ilógico -ya que no le corresponde- sino que constituiría una carga de cumplimiento casi imposible. (Conf. CNCom, Sala B, ?Gómez Maciel Francisco José c/ Dridco S.A. s/ ordinario?, del 07/03/2017) En efecto, la maniobra denunciada en autos fue, presumiblemente, más fácil de concretar al concertar el actor el encuentro, por fuera de la plataforma de la demandada, a las 00 horas, asumiendo los riesgos que ello implica. Pues no aparece razonable, en los tiempos que corren, que una persona decida encontrarse para efectuar la compraventa del mentado celular por la suma de \$5500 en efectivo, en la forma y a la hora antes indicada (v. copia de fs. 4/5). Así las cosas, las consideraciones vertidas se aprecian suficientes para rechazar la presente

demanda. 5. Pende el análisis de la cuestión planteada en fs. 29 vta, punto II), concerniente a la concesión del beneficio de gratuidad previsto por el art. 53 de la ley 24.240. Si bien no existen dudas respecto de que corresponde su admisión, considero necesario expedirme acerca de su extensión. Un análisis de las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han esbozado en torno a la cuestión me lleva a concluir que la frase "beneficio de justicia gratuita" incluida en la disposición normativa citada, no puede ser considerada sinónimo de "beneficio de litigar sin gastos", ya que se trata de dos institutos que tienen características propias que los diferencian. Así, se ha entendido que el beneficio de litigar sin gastos abarca el período comprometido desde el comienzo de las actuaciones judiciales (pago de tasas y sellados) hasta su finalización (eximición de costas), mientras que el beneficio de justicia gratuita se refiere al acceso a la justicia, a la gratuidad del servicio que presta el Estado, que no debe verse conculcado con imposiciones económicas. Pero que, una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluido el pago de las costas, las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de justicia de carácter alimentario (...) La justicia gratuita se perfecciona liberando de toda traba económica el acceso a la misma, representada por gravámenes de tipo fiscal (CNCom, Sala D, "Adecua c/ Banco BNP Paribas S.A. y otro s/ beneficio de litigar sin gastos", del 04/12/2008). En ese orden de ideas, se han evaluado los antecedentes parlamentarios vinculados con la cuestión, arribándose a la conclusión de que la justicia gratuita no implica un avance sobre las costas de los procesos, dado que varios proyectos de ley incluían expresamente el beneficio de litigar sin gastos, sin embargo, se optó por la justicia gratuita, valorándose que en el derecho laboral la gratuidad se refiere al pago de la tasa de justicia, pero no al de las costas judiciales cuando el trabajador es vencido en el pleito (CNCom., Sala A, "Lombardo Ileana E. c/Bco. Itaú Argentina SA s/ordinario?", del 03/11/2015). Además, cabe destacar que es válida la analogía con el derecho laboral, donde los trabajadores también gozan del "beneficio de la gratuidad" en los procedimientos judiciales o administrativos, pero ello no los exime de abonar las costas en caso de resultar vencidos (art. 20 de la Ley 20.744) pero de ninguna manera puede interpretarse que impide la condena en costas o que desplaza las disposiciones de los arts. 68 y concordantes del Código Procesal. (CNCom., Sala E; "Consumidores en Acción Asociación Civil c/Bosan SA s/beneficio de litigar sin gastos?", del 29/03/2017; idem: "Asociación de Defensa del Asegurado ADA- Asoc. Civil c/CNP Assurances Compañía de Seguros SA s/ordinario?", del 24/11/2016; y jurisprudencia allí citada). Desde tal perspectiva, no puede sino concluirse que el instituto en cuestión abarca únicamente la eximición al pago de la tasa de justicia. 6. En lo que a las costas respecta, éstas serán impuestas en el orden causado, atento las particularidades de la cuestión suscitada en autos y el modo en que se dirime; pues el actor pudo creerse con derecho a reclamar como lo hizo (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal). IV. Por todo lo expuesto FALLO: (a) Rechazando la demanda deducida por Damián Pergierycht, contra OLX S.A. a quien absuelvo. (b) Eximiendo al actor del pago de la tasa de justicia conforme lo dispuesto por el art. 53 de la ley 24.240. (c) Imponiendo las costas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo Cpr). (d) Cópiese, regístrese, notifíquese a la partes por Secretaría, debiendo la parte actora notificar a los restantes profesionales intervinientes en autos. (e) Cúmplase y, oportunamente, archívense las presentes actuaciones. MARIA DEL MILAGRO PAZ POSSE Juez Correlaciones: Kosten, Esteban c/Mercado Libre SRL s/ordinario - Cám. Nac. Com. - Sala D - 22/03/2018 - Cita digital IUSJU027775E 002933F div>