

DAÑOS PUNITIVOS. CONTRATO ELECTRÓNICO DE CONSUMO. EMPRESA DE ELECTRODOMÉSTICOS. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. DEFENSA DEL CONSUMIDOR

PARTE/S: Cheves, José Cruz c/Frávega SACIEI
s/daños y perjuicios

TRIBUNAL: Cám. Civ. y Com. Azul

SALA: II

FECHA: 04/02/2021

JURISDICCIÓN Buenos Aires

En la ciudad de Azul, a los cuatro días del mes de Febrero de Dos Mil Veintiuno, celebrando Acuerdo Telemático (Acuerdo 3975/2020), los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Víctor Mario Peralta Reyes, Jorge Mario Galdós y María Inés Longobardi, con la presencia virtual del Señor Secretario, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados "Cheves, José Cruz c/ Frávega SACIEI s/ Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)" (Causa N° 66.398), habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Constitución Provincial; arts. 263 y 266 del C.P.C.C.), resultó que debían votar en el siguiente orden: Dr. Galdós - Dr. Peralta Reyes - Dra. Longobardi.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

- 1a.- ¿Procede la apertura a prueba en la Alzada?.
- 2a.- En su caso, ¿es procedente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante escrito electrónico de fecha 10/08/2020?.
- 3a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

-VOTACIÓN-

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós dijo:

I.- La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda por incumplimiento contractual promovida por José Cruz Cheves contra Frávega SACIEI y la condenó a pagar daños materiales y morales y daño punitivos, único rubro apelado por la actora, con más los intereses que fijó y costas. El pronunciamiento tuvo por acreditado que la demandada no cumplió con el contrato celebrado vía internet, mediante medios electrónicos, omitiendo entregar la cosa adquirida y pagada consistente en un set de cuatro sillas Eames Garden Life con patas de madera y estructura metálica color blanco, por el que se abonó la suma de \$ 2.599 con tarjeta Mercado Pago. Sobre esa base cuantificó el daño material en dicho importe que corresponde al precio pagado, y otorgó por daño moral la suma de \$ 60.000.

En lo relativo al daño punitivo, único aspecto controvertido, por el que concedió \$ 180.000, consideró que conforme lo prevé el art. 52 bis LDC, están cumplidos los requisitos de procedencia y que para la mensuración del monto corresponde atender a distintas pautas: el perjuicio resultante del incumplimiento, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos y de los perjuicios sociales y su generalización, la reincidencia en la conducta. Hace referencia a la necesidad de que la suma de condena cumpla con sus finalidades disuasorias y preventivas y ponderó que medió grave menosprecio del consumidor omitiendo entregar la mercadería comprada y fracasada la instancia administrativa por ante la OMIC de Tandil. Tras ello tiene en cuenta que Frávega es "una empresa de larga trayectoria, de transcendencia nacional, con múltiples sucursales en todo el país, dedicada a la venta de productos electrónicos, electrodomésticos, ajuar del hogar y muebles, que ofrece tanto en sus múltiples locales de venta al público, cuanto mediante plataforma de venta virtual -como en el caso de autos-, lo que no sólo es de público conocimiento, sino que surge de la compulsión de su sitio web <https://www.fravega.com/>; de lo que se desprende la potencialidad dañadora de su conducta y el beneficio económico que la celebración de contratos similares con múltiples consumidores eventualmente incumplidos puede reportarle, lo que además se halla corroborado por reiteradas denuncias por incumplimientos a la Ley de Defensa al Consumidor cuya

prueba -lejos de ser exhaustiva- obra a fs. 154/158, 166/167". De ese modo arribó al monto de condena de \$ 120.000.

Contra ese pronunciamiento la actora interpuso recurso de apelación (escrito electrónico de fecha 10/08/2020), siendo concedido en relación en atención al trámite procesal que resulta del art. 496 inc. 4° CPC.

La actora expresó agravios según escrito electrónico del día 12/08/2020.

La demandante, en primer lugar, solicita que se ordene en esta instancia la producción de prueba pericial contable, en los términos del art. 377 CPCC, para que se determine sobre la base de los libros contables de Frávega, las ventas y ganancias obtenidas durante los días 30 de Octubre a 1° de Noviembre 2017, en el denominado CyberMonday. Ello para contar con mayores elementos de prueba que permitan establecer una multa civil ejemplificadora. En segundo lugar sostiene que la suma de condena de \$ 120.000 resulta insuficiente y pide se fije el máximo que admite la legislación vigente. En tal sentido reitera que la prueba pericial denegada -por superflua e innecesaria- hubiera permitido verificar el monto de las ganancias obtenidas durante el evento llamado CyberMonday de fines de 2017, cuestionando que se desnaturalicen las funciones preventivas y disuasorias ya que se trata de evitar futuras reiteraciones de incumplimientos de la demandada. Hace referencia luego a los parámetros para valorar la cuantía del daño punitivo, con citas doctrinarias, y en otros fundamentos alega que la suma fijada no desalienta la repetición de actos como los aquí reprobados, destacando la posición en el mercado de Frávega, la masividad del evento CyberMonday, las numerosas denuncias que tramitan en sede administrativa en su contra, como resulta de los informes de fs. 154/158 y 166/167, y la flagrante vulneración de los derechos de los consumidores, afectando el trato digno. Destaca que nunca recibió las sillas que compró y que ella es la parte débil de la relación de consumo, debiendo transitar por diversas etapas administrativas, todas en las que se incumplió con el contrato de compraventa. Tras ello formula otras consideraciones y pide se fije la multa civil o daño punitivo en el máximo de la escala legal, todo con imposición de costas a la demandada.

También se pronunció mediante la presentación electrónica del 28/10/2020 el Sr. Fiscal General quien adhirió a las pretensiones de la actora apelante. Por un lado, afirma que la prueba pericial contable solicitada permitiría contar con mayor información para establecer el contenido económico del daño punitivo. Por el otro lado, sostiene que si bien la suma de condena está sujeta al arbitrio judicial, resulta elevada la petición de la actora de fijar el 10% del total de ventas durante el período 30 de Octubre/1º de Noviembre 2017, y destaca que también debe tenerse en cuenta la conducta procesal de la demandada desplegada en el juicio. Finalmente hace referencia a la propuesta de ese Ministerio Público en el sentido de que, sin perjuicio del monto dispuesto en la sentencia de primera instancia, se ordene la creación de un "fondo punitivo" que sea puesto a disposición de todos los accionantes en causas que tengan el mismo antecedente que ésta y que habilite a la actora a percibir un porcentaje de ese fondo sobre la base de infracciones futuras y por causas similares a las que aquí se debatieron.

Llamados autos para sentencia y firme el proveído que hace saber el orden de votación el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto.

II.- El pedido de replanteo de prueba no es admisible.

En efecto, resulta formalmente improcedente el pedido de realización de una pericia contable en la Alzada, la que fue desestimada con fecha 11 de Abril de 2019 por resultar superflua e innecesaria. El pedido no puede prosperar, en tanto el replanteo de prueba en segunda instancia no procede en el recurso concedido en relación, como en este caso que tramita por vía sumarísima (cfr. arts. 246, 254, 255 inc. 2º, 377, 494, 496 y conchs. del CPCC; esta Sala, causa n° 54.888, sent. del 15/3/11, "Seguro de Depósitos SA. ..." con relación al juicio ejecutivo).

De esa manera se ha pronunciado la doctrina sosteniendo que "para que sea acogida cualquier petición sobre prueba en la alzada, el recurso en cuestión debe haberse concedido en forma libre, tal como surge de interpretar los arts. 259, 260 y 275 del Cód. Nacional. Y la concesión libre sólo procede en los casos de recurso de apelación contra la sentencia definitiva recaída en los juicios ordinarios y sumarios (art. 243) ... Si el recurso se

ha concedido en relación 'no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos' (art. 275, párr. 2º, CPCCN)" (Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Tomo 2, 2da. edición, Ed. Astrea, 2009, pág. 208). Refiriéndose al replanteo de pruebas en la alzada señalan Azpelicueta y Tessone que "para conjugar esos objetivos con el derecho de defensa en juicio se concibe el replanteo de prueba, carril apto para proponer a la Cámara de Apelaciones, cuando el expediente es elevado para el conocimiento de los recursos concedidos libremente, las cuestiones que giran alrededor de la denegatoria de pruebas, la declaración de negligencia y la caducidad automática de las facultades probatorias" ("La Alzada. Poderes y Deberes", Librería Editora Platense SRL, 1993, 101).

A todo ello añadido que, más allá de que en su momento la actora consintió y no cuestionó el auto denegatorio de esa prueba (incluso como actitud procesal de disconformidad, con prescindencia de su recurribilidad; art. 496 inc. 4 CPC), lo cierto es que, a mayor abundamiento, no advierto que la entidad y naturaleza de la pericia contable propuesta producir en la Alzada, cotejada con los restantes elementos de prueba agregados y con los hechos en disputa, sumado a la naturaleza abreviada del trámite procesal, revista naturaleza y entidad como para fundar excepciones a la regla de inadmisibilidad del replanteo de prueba.

Aclaro ello porque la vía del art. 496 CPC impuesta al presente trámite de consumo no podría producir efectos negativos respecto del consumidor cuando esa denegatoria fuera arbitraria, infundada o gravemente lesiva de sus derechos fundamentales (art. 42 CN; arts. 1,2, 3, 37, 53, 63 y conchs. LDC).

En suma: no se alegaron ni se advierten que concurran en el caso circunstancias excepcionales que habiliten acudir a arbitrios interpretativos que pudieran operar como válvulas de escape del límite impuesto por la norma procesal que dispone el tipo de trámite, el que juega a favor y no en contra del consumidor (arts. 1,2, 3, 1092 y conchs. CCCN).

Por lo expuesto corresponde declarar inadmisibile el pedido de apertura a prueba en la Alzada (arts. 246, 254, 255 inc. 2º, 377, 494, 496 y conchs. del CPCC).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores Peralta Reyes y Longobardi, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo:

I.- 1.- El recurso de apelación de la parte actora solicitando se eleve el monto de condena por daños punitivos es procedente y anticipo opinión en el sentido de que la suma debe ser elevada a \$ 450.000.

Primero efectuaré breves consideraciones sobre el instituto de la multa civil o daño punitivo, y luego me referiré a su cuantificación en el presente caso en juzgamiento. En un reciente precedente sostuve que: "los daños punitivos consisten en adicionar al dañador un 'plus' de condenación pecuniaria sancionando su grave conducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros. Se trata de una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo (esta Sala, causa n° 65.850, "Colombatto, Cristian Darío c/ Provincia Seguros SA s/ daños y perjuicios. Inc. contractual" del 03/12/2020; conf. Galdós, Jorge M., (con la colaboración de Gustavo Blanco y María Eugenia Venier), "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos, "Tratado de Derecho del Consumidor", Ed. La Ley Bs. As., 2015, Tomo III, p. 259; y "Otra vez sobre los daños punitivos", SJA 2016/06/08-1; JA 2016-II; "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones", RCyS, 1999-23; "Daño moral colectivo. Daños punitivos y legitimación procesal activa", RDD Nro. 6- Daño Moral, p. 133; "La sanción pecuniaria disuasiva ambiental", Revista de Derecho Ambiental julio/Septiembre 2012 n° 31 p 86; Llamas Pombo, Eugenio Mayo, Galdós Jorge M., "Daños punitivos. Diálogos de Doctrina" LL 2011 -E- 1155)".

El daño punitivo importa una condena "extra" que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente (cf. Irigoyen Testa,

Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?", RCyS 2009-X, 16; Vázquez Ferreyra, Roberto, "La naturaleza jurídica de los daños punitivos", RDD, Daño punitivo, 2011-2, Rubinzal Culzoni Editores, p. 11). En este sistema -opinan Rinesi y Rey- se entiende por daños punitivos el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, ocasionada ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes (cf. Rinesi, Antonio J. y Rey de Rinesi, Rosa, "Naturaleza jurídica del daño punitivo". RDD, 2011-2 "Daño punitivo", p. 117). Kemelmajer de Carlucci sostiene "que 'los punitive damages' se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo" (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el derecho Argentino?" en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales-Año XXXVIII Segunda época - N° 3; esta Sala, causa n° 63.121 del 28/8/2018, "Olaciregui, María del Rosario c/ AMX Argentina (Claro) S.A. s/ Daños y Perjuicios")".

Las notas tipificantes según el art. 52 bis LDC son las siguientes: se trata de una condenación que es distinta y diferente del resarcimiento del daño; por eso se la vincula con las funciones de prevención y punición de la responsabilidad civil; su finalidad esencial es prevenir y punir graves inconductas del dañador; son de origen legal, por lo que se requiere de norma expresa que los regule; la determinación del destino es un aspecto librado esencialmente al arbitrio legislativo; son de carácter excepcional por lo que requiere que sus presupuestos subjetivos y objetivos estén tipificados: dolo o culpa grave, "grave menosprecio hacia los derechos ajenos" en la terminología de los proyectos de reforma, y una conducta antijurídica del dañador que revista entidad y significación (Cám. Civ. y Com. Azul, Sala II, 11/6/2013, "Rossi, Laura V. c/ Whirlpool Argentina S.A." RCyS 2013-IX, 99; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 5/4/2017, "Dabos, Marcos Alberto c/ BBVA Banco

Francés S.A. s/ Daños y Perj. Del./Cuas. (Exc. Uso Aut. y Estado; CCC, Sala II, Azul - 05/06/2018, "Barcelonna, María Paula y otro/a vs. Naldo Lombardi S.A. y otro/a s. Daños y perjuicios"; trabajos cit. supra; esta Sala, causa N° 64.024 del 19/6/2019, "Newberry, Domingo Santiago c/ Fiat Auto SA de Ahorro para Fines Determinados y otro/a").

La configuración de los daños punitivos requiere de dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo exige algo más que la culpa y debe concurrir una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; es decir si se trata de "una subjetividad agravada en la conducta del sujeto pasivo (dolo o culpa grave)" y "proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasunten menosprecio" por los derechos ajenos (conf. "Daños Punitivos. Prólogo de Doctrina" cit. L.L. 2011-E, 1155). Por su lado, el elemento objetivo refiere una conducta del dañador grave o de entidad, interpretación que resulta acorde con los antecedentes legislativos, la doctrina y la proyección del instituto en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (ob cit.).

La jurisprudencia al interpretar el art. 52 bis de la ley 24.240 siguió el criterio de considerar insuficiente la culpa como factor de atribución subjetivo exigiéndose: "grosera indiferencia" (Cám. Civ. y Com. Salta Sala I, 13/4/11 "P., D. H. c/ Telecom Personal S.A." con nota aprobatoria de Ondarcuhu, José, " Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional", L.L. 2011 -C- 123); haber "actuado con desdén" (Cám. Civ. Com. y Minería Gral. Roca, 26/03/10, "Ríos, Juan Carlos c/ Lemano SRL", RCyS 2010-225); mediar "abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva" (C.C. Com. Mar del Plata Sala II, 27/5/09, "Machinandarena Hernández c/ Telefónica de Argentina" cit. L.L. 2009-C-647); "graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios" (C.C.Com. Rosario Sala II, 29/07/10, "Rueda, Daniela c/ Claro Amx Argentina S.A.", LL 2010-F, 397); "una conducta particularmente grave" (Cám. Nac. Com., 26/04/11, "Fasan, Alejandro c/ Volkswagen S.A.", elDial.com-AG21ED); un "daño causado con malicia, mala fe, grosera negligencia" (Cám. Civ. de 1a Nominación de Córdoba, 27/10/11, "Navarro ...", cita online: AR/JUR/69904/2011). Se advierte claramente que la

interpretación correctora del texto legal se inclina mayoritariamente por no aplicar la multa civil ante el mero incumplimiento (Rua, María Isabel, "El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales", J.A. 09/11/2011, fasc. 6, pág. 10; Abeledo Perrot N°: 0003/015640, causa nro. 57.494 "Rossi...", cit.; esta Sala, causa n° 65.919, del 19/11/2020, "Acuña ...").

2. - Sobre las bases conceptuales precedentes corresponde referir las pautas y parámetros necesarios para la cuantificación de los daños punitivos o multa civil. El art. 52 bis LDC es muy escueto y suministra tres directivas básicas: 1) la multa "se graduará en función de la gravedad del hecho"; 2) "y demás circunstancias del caso"; 3) "independientemente de otras indemnizaciones que correspondan". Hernández y Sozzo explican que la multa debe ser graduada por el juez considerando: "a) La gravedad del hecho; se refiere a la gravedad del perjuicio social producido por el proveedor; b) demás circunstancias del caso; esta pauta es sumamente imprecisa, aunque hay que reconocer que ello también puede actuar como una oportunidad. Particularmente, mediante esta vía podría introducirse como pauta de valoración del daño punitivo la cuestión del beneficio que el proveedor ha obtenido con la conducta punida. Este segundo criterio actúa correctivamente sobre la pauta anterior (gravedad del perjuicio) para los casos en los cuales el daño que se ocasione al consumidor sea menor que el beneficio obtenido, y en los supuestos de las acciones de clase en los cuales lo realmente relevante es determinar el nivel de ganancias que el proveedor obtiene con la conducta, más allá de cómo se hubiera integrado la clase para demandar; c) con independencia de otras indemnizaciones que se establezcan; es decir, el monto de los daños positivos es autónomo e independiente respecto de las indemnizaciones que se fijen" (Hernández, Carlos A. y Sozzo, Gonzalo, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en la Argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Daño"). En congresos científicos se concluyó que "los jueces deben obrar con suma prudencia a la hora de condenar pagar indemnizaciones punitivas, debiendo en tal caso fundar con precisión las pautas cualitativas y cuantitativas tenidas en cuenta a tal fin" (XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral de

Junín, 2009, en Homenaje a la memoria de Augusto Mario Morello).

Resulta pertinente recordar las pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, propuestas en un evento jurídico, a saber: a) la índole de la conducta del dañador; b) el beneficio obtenido por éste; c) su caudal económico; d) la repercusión social de su conducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud de dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: conclusiones. Santa Fe, 23 a 25 de setiembre de 1999, JA 2000-I-1035; confr. "Otra vez sobre los daños punitivos" cit. SJA 2016/06/08-1; JA 2016-II). El art. 1714 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial que modificaba el art. 52 bis LDC e incorporaba el instituto en el derecho privado con la denominación sanción pecuniaria disuasiva, decía que "su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado" (dado el efecto disuasorio de la sanción pecuniaria en atención a la culpa agravada del dañador), "su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas". Se trataba de una norma abierta, que suministraba pautas enunciativas, no taxativas, y cuyo contenido lo complementaría la jurisprudencia, que ponían de relieve la doble finalidad del instituto, prevenir y sancionar. También se emparenta con los lucros que el legitimado pasivo pudo obtener con el hecho y con la razonabilidad de la sanción, atendiendo a la conducta y sus efectos.

Aplicando esos criterios valorativos y para fijar la suma en \$ 450.000 corresponde tener en cuenta: la demandada incumplió su obligación de entregar la cosa vendida, un set de cuatro sillas comercializado mediante la venta online como oferta del CyberMonday del mes de Octubre de 2017; la actora debió instar el trámite administrativo ante la OMIC Tandil,

oportunidad en la que en la audiencia del 15 de Enero de 2018, la primera de dos celebradas, manifestó que "el día 11/01/2017 salió despachada la unidad para ser entregada al denunciante". En esa oportunidad no adujo incumplimiento de la actora; la demandada no compareció a la segunda audiencia; pese a ello Frávega continuó incumpliendo y obligó al consumidor a promover un juicio reclamando la entrega de cuatro sillas pagadas y adquiridas mediante una venta online, en el marco de un sistema de promoción; el cuadro de situación es el siguiente: una empresa líder en el mercado de venta de electrodomésticos alegó al contestar la demanda que no se le había pagado (aseveración que no introdujo en la instancia administrativa) por lo que incurrió en contradicción con sus propios actos anteriores; en ningún momento en sede judicial ofreció reintegrar el valor de la prestación o efectivizar su entrega; su postura negocial, en sede administrativa y luego judicial, fue aducir que no se le pagó pese a la exhibición en el expediente administrativo de la constancia electrónica de pago, con número de pedido y de factura correspondientes a Frávega. En dos palabras: la demandada obligó a la actora a promover un juicio por cumplimiento de contrato de cuatro sillas, conducta impropia del estándar del buen proveedor, lo que cercena notoriamente el trato digno y equitativo del consumidor de raigambre constitucional, supuesto de responsabilidad objetiva que conlleva que la prueba en contrario recae en el proveedor (art. 42 CN; arts. 1092 y 1096 a 1098 CCCN). Incluso con sentencia de primera instancias que la condena a reintegrar el valor de la prestación, continuó incumpliendo con la entrega del objeto vendido. Además y sólo circunscripto a esa operatoria (ventas realizadas en la edición 2017 de CyberMonday) se promovieron seis expedientes administrativos contra la empresa en la Municipalidad de Merlo (fs. 154/158), verificándose durante todo el año 2017, 90 actuaciones en la OMIC Mar del Plata. Igualmente no es sobreabundante repetir los fundamentos parciales de la sentencia recurrida, los que no fueron cuestionados por la demandada, y ponderados para evaluar la cuantificación de los daños punitivos: la demandada es "una empresa de larga trayectoria, de transcendencia nacional, con múltiples sucursales en todo el país, dedicada a la venta de productos electrónicos, electrodomésticos, ajuar del hogar y muebles, que ofrece tanto en sus múltiples locales de

venta al público, cuanto mediante plataforma de venta virtual - como en el caso de autos-, lo que no sólo es de público conocimiento, sino que surge de la compulsión de su sitio web <https://www.fravega.com/>; de lo que se desprende la potencialidad dañadora de su conducta y el beneficio económico que la celebración de contratos similares con múltiples consumidores eventualmente incumplidos puede reportarle" (sic).

Por lo expuesto, propicio al acuerdo hacer lugar al agravio de la actora y fijar la condena a abonar por daño punitivo en la suma de \$ 450.000, teniendo en cuenta además que en sede administrativa se le impuso la sanción de multa de \$ 20.000 (art. 52 bis de la LDC; doct. y jurisp. Cit.; arts. 1714, 1715 CCCN).

3.- El Sr. Fiscal General propone en su dictamen la formación de un fondo común o fondo de garantía con el monto de condena. Ello no es procedente dado que el art. 52 bis LDC prevé que sea el consumidor el único beneficiario del daño punitivo, destino que sólo -en consecuencia- podría ser revertido mediante la declaración de inconstitucionalidad de esa norma.

Este punto, en abstracto y de modo genérico, acerca del destino que corresponde asignar a la multa civil es uno de los más polémicos en la literatura jurídica, aunque el texto legal no genera dudas: según el art. 52 bis LDC el destino corresponde en exclusividad al consumidor (confr. "Otra vez sobre los daños punitivos", cit. SJA 2016/06/08-1; JA 2016-II). En la doctrina algunos autores sostienen que todo el monto debe ir siempre a la víctima; otros prefieren un destino mixto, en parte a la víctima y en parte a terceros, y se admiten múltiples variantes intermedias, tanto en lo atinente a los porcentuales de participación (cuánto a cada uno) cómo a sus beneficiarios (entidades intermedias, ligas de consumidores o el propio Estado); incluso algún criterio afirma que la víctima nunca debe ser su receptora (Ver la clasificación de Sprovieri Luis E., "La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino", JA 2010-IV-930). También algunos autores propician mayor rigurosidad en la determinación normativa del destino y otros entienden saludable acudir al arbitrio judicial, conforme las circunstancias de cada caso.

Los que sostienen que la víctima no debe ser beneficiaria atienden al principio de la reparación plena del daño y recalcan que se produciría un enriquecimiento sin causa si recibe un monto mayor que el perjuicio efectivamente sufrido (Moisá, Benjamín, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la Ley Nro. 24.240", RCyS, 2008-271). Así, sostiene Gregorini Clusellas "que en todos los casos las víctimas deberían ser destinatarias de la pena en forma parcial o total, tal vez no exclusiva según los casos de la sanción, y debemos confiar que la prudencia de los jueces, particularmente esmerada en este aspecto" (Gregorini Clusellas. Eduardo L., "El daño punitivo y la sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada", RCyS 2013 - X,15).

Quienes piensan en el damnificado como destinatario del plus de indemnización hacen hincapié en los incentivos de conducta y en las ventajas de estimular a los consumidores a prevenir y sancionar las conductas ilícitas de los proveedores dañantes (En esa orientación, con variantes: López Herrera, Edgardo, Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198 y Los daños punitivos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008; Irigoyen Testa, Matías, Fórmulas para cuantificar los daños punitivos, su ponencia en el XI Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, junio de 2011). Álvarez Larrondo, Federico M. "La consistencia de los daños punitivos", LL 2009-B, 1156, (ver también autor citado "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", LL 2010-F, 397 y El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil. RCyS N° 3, marzo 2013, 5); Colombres, Fernando Matías, "Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor", LL 2008-E, 1159), máxime que en el derecho del consumo -que prevé las acciones colectivas- es admisible que las asociaciones de defensa de los consumidores puedan también reclamar el daño individual (el derecho individual homogéneo) de cada uno de sus integrantes (Rua, María Isabel, " El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales", JA 2011 -IV-1510).

Esta solución (todo el monto destinado a la víctima) es la receptada por el art. 52 bis LDC, y quienes la aprueban argumentan que, en la opción, es preferible enriquecer a quienes revelaron ser altruistas que dejar impunes conductas

reprochables (Sprovieri, Luis E., "La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino", JA 2010-IV-930).

La postura más difundida predica su carácter mixto, es decir su distribución entre el dañado y otros beneficiarios (fondos de garantía, entidades u organizaciones con fines comunitarios o con finalidades vinculadas con el hecho lesivo, etc.) (cf. Zavala de González, Matilde, Función preventiva de daños, La Ley, 2011-E-1116 y Relevancia Cuantitativa del daño, RCyS, Febrero 2012 pág. 95). Se afirma que si la finalidad de la condena punitiva es solidarista y no individualista, si persigue un ideal de justicia, a fin de dismantelar los efectos de ciertos ilícitos que por su grave antijuridicidad son intolerables para la sociedad, ésta debe ser también legitimada para la percepción de tal condena (Brun, Carlos, "Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? Especial referencia a los llamados daños punitivos", DJ 2004-3-1228). En ese sentido se afirma que pueden admitirse distintos destinatarios (Álvarez, Agustín; "Principales lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", DJ 17/4/ 2013, pág. 95); que en la distribución mixta la víctima debe recibir una parte importante, nunca menor al 50% (Sobrino, Waldo, "Los daños punitivos en el anteproyecto de código civil 2012 y en la ley de defensa del consumidor (luces y sombras en la prevención del daño)", elDial.com-DC1859), y que el destino debiera ser asignado principalmente al Estado o a organismos de defensa de consumidores, señalándose la conveniencia de seguir el criterio del art. 1587 del Proyecto de 1998 (Stiglitz, Rubén - Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa de consumidor", LL 2009-B-949).

En mi opinión -en abstracto y no con referencia al texto vigente del art. 52 bis LDC- entiendo que resulta conveniente dejar librado el destino al razonable arbitrio judicial (que no es arbitrariedad). Esta solución resulta valiosa porque le permite al juez compatibilizar el carácter sancionatorio y disuasorio de la indemnización punitiva sin perder de miras el incentivo que representa la percepción de una parte (no de su totalidad) por el peticionante que promovió la demanda y arribó a la sentencia de condena, y que otra porción se destine a finalidades que atiendan a la naturaleza del bien afectado, especialmente en materia de daños colectivos que es el territorio más fértil para

su aplicación. De este modo su afectación a fines colectivos (por ejemplo, mediante su adjudicación a una entidad de las previstas en el art. 43 de la Constitución Nacional, para programas vinculados con la tutela del derecho o del bien conculcado o incluso el Estado) permite que la indemnización punitiva se difunda a la comunidad afectada. Los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial parecían indicar que el destino de la indemnización prevista en los arts. 1714 y 1715 era -única y exclusivamente- un bien colectivo (confr. "Otra vez sobre los daños punitivos", cit. SJA 2016/06/08-1; JA 2016-II).

Sin embargo, y más allá de opiniones personales, lo decisivo es que la norma vigente determina de modo cerrado el destino exclusivo para el consumidor, apartándose de criterios mixtos (vgr. los arts. 1714 y 1715 del Anteproyecto de CCCN) y no se planteó la inconstitucionalidad de esa norma y su análisis oficioso no resulta justificado por la índole y entidad de los planteos formulados. Además su introducción en ésta instancia vulneraría el principio de congruencia y perjudicaría a la actora al detraerle el derecho adquirido con la sentencia de grado de percibir ella sola el total del monto (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 CPC).

Por todo lo expuesto propicio admitir el recurso de apelación deducido por la actora y elevar a \$ 450.000 el monto de condena de daños punitivos que se destina exclusivamente a José Cruz Cheves.

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores Peralta Reyes y Longobardi, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de las cuestiones precedentes, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del Código Procesal, se resuelve: 1) declarar inadmisibile el pedido de apertura a prueba en la Alzada, conforme lo resuelto al tratar la Primera Cuestión; 2) modificar la sentencia de fecha 07/08/2020 (cf. fs. 176/182) elevando a \$ 450.000 el monto de condena de daños punitivos que se destina exclusivamente a José Cruz Cheves; 3) imponer las costas de Alzada a la demandada apelada en su carácter de perdidosa (art. 68, sgtes.

y ccs. del C.P.C.C.) y 4) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la Ley 14.967).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores Peralta Reyes y Longobardi, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

-SENTENCIA-

Azul, 4 de Febrero de 2021.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., se resuelve: 1) declarar inadmisibile el pedido de apertura a prueba en la Alzada, conforme lo resuelto al tratar la Primera Cuestión; 2) modificar la sentencia de fecha 07/08/2020 (cf. fs. 176/182) elevando a \$ 450.000 el monto de condena de daños punitivos que se destina exclusivamente a José Cruz Cheves; 3) imponer las costas de Alzada a la demandada apelada en su carácter de perdidosa (art. 68, sgtes. y ccs. Del C.P.C.C.) y 4) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la Ley 14.967). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y DEVUÉLVASE.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 04/02/2021 09:31:08 - PERALTA REYES Victor Mario -

Funcionario Firmante: 04/02/2021 10:50:59 - GALDOS Jorge Mario

Funcionario Firmante: 04/02/2021 11:12:24 - LONGOBARDI Maria Ines - JUEZ

Funcionario Firmante: 04/02/2021 11:48:00 - CAMINO Claudio Marcelo - SECRETARIO DE CÁMARA

