

extrajudicialmente ni en su demanda, por ende no puede exigir su incumplimiento. Por lo cual entiende que el juez de grado oficiosamente suple tal omisión, violando el principio de congruencia. Por ello pide se acoja el recurso y el consecuente rechazo de la demanda.- - - - -

- - - - - Segundo agravio: (admisión del daño moral y su cuantía).- - - - -

- - - - - En cuanto a su admisión, el apelante argumenta que la demora en la entrega del producto no puede ocasionar el daño moral. Además entiende que no fue acreditada su procedencia.- - - - -

- - - - - En cuanto a su cuantía considera que es injustificado y exagerado su monto.

Pone de relieve que el parámetro para justipreciar el rubro es el 20% de la suma indemnizatoria fijada.- - - - -

- - - - - Tercer agravio: (daño punitivo) - - - - -

- - - - - Argumenta que el instituto de la multa civil del art. 52 bis de la LDC es de carácter excepcional y restrictivo debiendo ser empleado con prudencia y teniendo en cuenta las probanzas que signifiquen no solo un servicio defectuoso sino también la intencionalidad de obtener provecho económico del accionar antijurídico del proveedor de productos. Expresa que su representada no fue responsable de manera desinteresada, ya que a pesar de la demora en la entrega el bien objeto de litigio, estuvo a disposición por lo que no hubo un aprovechamiento económico injustificado. Por ello solicita el rechazo del rubro.- -

- - - - - Argumentación: - - - - -

- - - - - Primer agravio: Aquí el recurrente se queja porque el consumidor no ejerció la rescisión contractual, ni extrajudicialmente, ni judicialmente. En este sentido afirma que el juez dio por resuelto el contrato de manera extra-petita violentando el principio de congruencia.- - - - -

- - - - - En primer término cabe ajustar los términos jurídicos y referirse a resolución contractual más que rescisión, habida cuenta que la LDC en el inc. c del art. 10 bis, contiene la palabra "rescindir", pero la doctrina especializada la interpreta como un error del legislador que claramente debió decir "resolución" y así debe ser comprendido: "En el inc. c de este artículo se incurre, a nuestro entender en un error terminológico, por la palabra técnicamente correcta es en este caso resolver y no rescindir..." (Juan M. FARINA; Defensa del Consumidor y del Usuario; Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26361, pág. 243, Ed. Astrea, año 2009). En su interpretación cabe definir entonces que "La acción resolutoria permite al comprador desistir del contrato brindándole la facultad de desvincularse, mediante entrega del bien y reembolso del precio. Como señala Clemente Meoro, la resolución del contrato por incumplimiento es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Frente al incumplimiento de su deudor, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento, pero también puede escoger poner fin a la relación obligatoria instada por el acreedor con base en el incumplimiento del deudor a lo que llamamos resolución por incumplimiento." (Clemente Meoro, M. E., La facultad de resolver los contratos por incumplimiento, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 27).- - - - -

- - - - - En segundo término cabe compatibilizar las directrices estipuladas en la LDC con el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), siempre teniendo en miras la mejor protección del consumidor (arts. 1.094 y 1.095 del CCyC). En esa inteligencia se aprecia que este último siempre tiene a su disposición la facultad de resolver el contrato. Así lo refrenda la doctrina: "En efecto, por imperio de la norma introducida por la ley 24.787, aún cuando las partes no hayan acordado expresamente la posibilidad de resolución contractual, podrá el consumidor considerar resuelto el contrato ante el mero incumplimiento y sin necesidad de la previa interpelación por un término no menor a quince días que prevén los mencionados Códigos. En definitiva, de lo que se trata es

del establecimiento de un pacto comisorio a favor del consumidor, que opera con iguales requisitos y efectos que el llamado 'pacto comisorio expreso' de la legislación común, aún cuando no haya sido expresamente convenido". (El derecho del consumidor como sistema de características estatutarias • Wajtraub, Javier H. • DJ 28/09/2011, 18).- - - - -

- - - - - Es muy claro que la LDC como el CCyC le otorgan a la actora la facultad resolutoria del contrato y ésta la ejerció con el inicio de la presente acción, ya que no tenía necesidad de realizar interpelación alguna al proveedor, el cual estaba claramente en mora; mientras que la consumidora había cumplido con todas las obligaciones a su cargo, inclusive -como bien lo puntualiza el juez de grado- con el pago del costo del envío de la mercadería (sillón). La doctrina dice: "No cabe duda de que la resolución también puede hacerse en sede judicial (...) si el acreedor decide soslayar el requerimiento extrajudicial también puede resolver en sede judicial sin necesidad de otorgar plazo alguno" (Jorge H. ALTERNI, Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético, TV, pag.747, Ed. La Ley, año 2016).- - - - -

- - - - - Se observa en el escrito de demanda (fs. 28/33) que se solicita la restitución del dinero (rubro daño material) más los daños, que según la actora, le fueron ocasionados por la falta de entrega del sillón; ello constituye claramente una resolución contractual, conforme la esgrime el art. 10 inc. c) de la LCD y los arts. 1.088 y 1.089 del CCyC. Por lo tanto la notificación de la demanda se erige como la comunicación para la demandada de la resolución contractual.- - - - -

- - - - - A mayor abundamiento la consumidora no pudo ni siquiera hacer uso de lo estipulado por el art. 1.110 del CCyC que brinda la posibilidad la adquirente que dentro de los diez días de recibida la mercadería, pueda revocar la decisión de compra, habida cuenta que nunca le fue entregado el bien mueble adquirido.-

- - - - - Por todos estos motivos el juez de grado no ha fallado extra-petita, sino que por el contrario, ha interpretado correctamente la voluntad del consumidor de resolver el contrato y lo expuesto en el escrito postulatorio.- - - - - Por lo cual entiendo que el agravio no puede prosperar.- - - - -

- - - - - Segundo agravio: La demandada recurrente expresa esencialmente que el juez se pronunció en favor de otorgar un daño moral al actor sin que éste aportara prueba suficiente para ello. Además cuestiona el monto otorgado por el sentenciante.- - - - -

- - - - - Está muy claro el padecimiento de la actora originado en que no recibió ninguna respuesta de la accionada frente a su reclamo que la obligó a iniciar el presente pleito. El magistrado de grado analiza cuidadosamente toda la prueba producida, entre ella, el expediente administrativo seguido por la accionada en la oficina de Defensa del Consumidor y allí se advierten las dilaciones e incomodidades innecesarias que ha padecido la accionante, prometiendo el proveedor la entrega de la mercadería, sin que ello ocurra hasta el presente, después de más de dos años. Por este examen de la prueba documental el sentenciante considera que la demandante es merecedora de un resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales, ya que ha sufrido en virtud de no poder contar con el sillón que había adquirido cumpliendo con todas las obligaciones a su cargo y que no fue entregado por la accionada.- - - - -

- - - - - Sin perjuicio de este análisis fáctico, en lo que respecta a la procedencia del daño moral el agravio de la apelante solo discrepa con la interpretación y valoración de la prueba efectuada por el juez, sin constituir una verdadera crítica razonada a la procedencia del daño moral, el que está debidamente fundamentado.- - - - -

- - - - - A pesar de la insuficiente argumentación del agravio, a mayor abundamiento debo decir que en las oficinas de Defensa del Consumidor se le crea a la actora una

expectativa de solución al conflicto por parte del propio demandado, tal como consta a fs. 17, para luego no cumplir con ello, agravando innecesariamente el sufrimiento de la consumidora, la cual debe ser resarcida. La doctrina lo interpreta nítidamente a la luz de la normativa del consumidor: "En el ámbito de los contratos, el Código Civil y Comercial ha ampliado la posibilidad de resarcir las consecuencias no patrimoniales producidas por el incumplimiento obligacional. En la actualidad no hay restricción alguna para resarcir: la reparación de la lesión a las afecciones espirituales legítimas (el otrora daño moral) está contemplada de manera única en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. y sin cortapisa alguna, ni para el daño patrimonial ni para el daño extrapatrimonial. La reparación en todos los casos debe ser plena, por imperio de los arts. 19 de la CN y 1740 del Cód. Civ. y Com. Por tanto, todas las insatisfacciones no justificadas deben ser indemnizadas también en el caso de incumplimiento de contratos. En materia contractual este concepto de 'insatisfacción no justificada' se ve reafirmado por lo dispuesto en los arts. 8º bis, 37 y 40 bis, de la ley 24.240, además de tener que atender a lo establecido en el art. 3º del mismo cuerpo legal, como también por lo impuesto en los arts. 888, 987, 988, 1094, 1095, 1096 y ss., Cód. Civ. y Com. También debemos destacar que en materia contractual el art. 961, Cód. Civ. y Com., resulta mucho más claro y determinante que el derogado 1198, Cód. Civil, ya que establece que los contratantes se obligan a todas las consecuencias que puedan considerarse en los términos obligacionales del contrato, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, lo que interpretado en un coherente diálogo de fuentes normativas impone al proveedor profesional en una relación de consumo o al predisponente contractual a una mayor y más amplia asunción obligacional, por que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (Cfr. art. 1725, Cód. Civ. y Com.). La mora en el leal cumplimiento de buena fe de las obligaciones contractuales que perturba la razonable expectativa del acreedor, la confianza de ver satisfecho tempestivamente su derecho, produce un daño consistente en la insatisfacción injustificada que en las relaciones de consumo se debe presumir cuando surge notoria (...) La simple demora, y con mayor razón la mora, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del proveedor configura una evidente res ipsa loquitur (resulta notorio de los propios hechos Cfr. art. 1744, Cód. Civ. y Com.) que impone a este indemnizar las consecuencias no patrimoniales de la afección espiritual legítima del consumidor, mediante la suma que se fije, ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que razonablemente haya peticionado el consumidor afectado." (Del daño moral a las afecciones espirituales legítimas. La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por incumplimiento en las relaciones contractuales, prueba y cuantificación • Castro Sammartino, Mario E. - Schiavo, Carlos A. • LA LEY 21/02/2020, 4 • LA LEY 2020-A, 324).-----

----- En otro orden entiendo que el monto fijado por el juez de grado es razonable, en principio debido a que puede encontrar su justificación en el hecho que con esa suma de dinero la víctima pueda utilizarla en ciertos placeres compensatorios (ej. viajes o adquirir algún bien), como la propia víctima lo requiera o necesite, tal como hoy lo refleja la última parte del art. 1.741 del Código Civil y Comercial, que es interpretado por la doctrina que afirma: "... recurrir a placeres compensatorios no resulta contrario a la naturaleza humana, ni es una comparación de sentimientos con bienes, sino que consiste en tomar parámetros objetivos que tienen la virtualidad de generar sentimientos positivos en las víctimas de modo tal que los sentimientos negativos disminuyan, o desaparezcan de ser posible." (Martín JUÁREZ FERRER, Cuantificación del Daño, Parte General, pág. 254, Ed. La Ley, año 2.017).- - -

- - - - Por último, debo mencionar que esta Alzada no puede hacer oídos sordos a la

innegable crisis económica, con la consiguiente depreciación de la moneda, con lo cual a fin de que la víctima pueda obtener una reparación integral, no se puede seguir manteniendo valores indemnizatorios disminuidos que no compensan en absoluto los padecimientos sufridos por los damnificados; la doctrina ha dicho: "La plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento..." (Monto indemnizatorio por daño moral • Zavala de González, Matilde M. • RCyS 2013-XI, Tapa • AR/DOC/3916/2013).- - - - -

- - - - - Por los motivos expuestos también cabe el rechazo de este agravio.- - - - -

- - - - - Tercer agravio: En este agravio el recurrente entiende que no corresponde la condena por daño punitivo; basa su argumento en que no existió una conducta desaprensiva o desconsiderada de su parte que pueda fundar un dolo o una culpa grave como para provocar una multa civil. Además se queja por el monto que fijó el juez aquo, al que considera excesivo.- - - - - Este instituto es definido por la mayoría de la doctrina: "Los Daños Punitivos forman parte de lo que se llama Daños Extra-Compensatorios [extra-compensatory damages] y se diferencian de los Daños tradicionales, que integran también la indemnización (Compensatory Damages). Esto es lo que dice la voz Daños Punitivos sobre la naturaleza del instituto: 1) es una indemnización a un damnificado y que se une a las otras indemnizaciones que se le deben (por llamarse Daños). 2) es una sanción (por llamarse Punitivos). Daños Punitivos, tal cual las directivas conceptuales que surgen de su nombre, representan una indemnización que merece un damnificado y una sanción, en simultáneo." (Los bien llamados daños punitivos. Apuntes sobre su naturaleza jurídica • Díaz Cisneros, Adriano P. • SJA 12/08/2020, 12 • JA 2020-III).- - - - -

- - - - - También la Corte Interamericana de Derechos Humanos los ha definido: "Si se denomina las reparaciones ordenadas en la presente Sentencia de la Corte de 'daños punitivos' (punitive damages) (...) o si se las titula 'reparaciones ejemplares' o 'ejemplarizantes', u otro término del género, su propósito básico sigue siendo el mismo: reconocen la extrema gravedad de los hechos sancionan al Estado responsable por las violaciones graves en que incurrió (...) y establecen la garantía de no-repetición de los hechos lesivos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Masacre de Plan de Sánchez (Reparaciones, 2004).- - - - -

- - - - - La estipulación normativa de la LDC es el art. 52 bis: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b de esta ley" . Este artículo ha generado dos corrientes interpretativas en materia doctrinaria. Una postura es estrictamente objetiva sujeta a los postulados exegéticos de la norma, es decir, que ante el mero incumplimiento corresponde aplicar el daño punitivo (LOVECE, Graciela I., "Los daños punitivos en el derecho del consumidor", LL 08/07/2010; PÉREZ BUSTAMANTE, L., "La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", en Vázquez Ferreira, Roberto A. -Dir-, Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, LL Supl. Especial, Buenos Aires, 2008, p. 120). Zavala de González al desarrollar los requisitos de procedencia de la figura establecía que "El hecho lesivo y el daño resultante deben ser extremadamente injustos, expresivos de una clara iniquidad. No es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica al hecho perjudicial. Basta con una conducta

objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Inclusive, la indemnización puede imponerse al titular de la empresa fuente de la situación nociva, así no se demuestre la autoría cabal de aquél en la producción del hecho dañoso" (Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 188).- - -

- - - - La otra corriente es subjetiva, por lo cual exige para su procedencia una conducta por parte del proveedor que detente una sensible indiferencia por el derecho del tercero, es decir, del consumidor (LORENZETTI, Ricardo A., "Consumidores", edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563 y ss.; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los Daños Punitivos", edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 376 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361", LL 26/11/2009, 1; COSSARI, Maximiliano N. G., "Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino", LL 2010-F, 1111; MOISÁ, Benjamín, "Los llamados daños punitivos en la reforma a la ley 24.240", en R. C. y S., 2008, p. 271; NAVAS, Sebastián, ¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?, LL 2012-F, 80; SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., "Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor", LL 2009-D, 1113). Enrolado en esta tesis el destacado doctrinario marplatense Álvarez Larrondo ha dicho: "No estamos de acuerdo con la redacción de la norma en lo que respecta a las condiciones de admisibilidad del daño punitivo. No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena (...) Creemos que la amplitud dada por el legislador (...) es extremadamente peligrosa (...) No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que además consideramos que es necesaria una particular subjetividad. Y concluye enrolándose decididamente en el criterio que exige 'un perjuicio deliberado o con grosera negligencia', que 'un elemento de dolo o culpa grave es necesario para condenar a pagar daños punitivos'". (ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, "La tesis restrictiva en daños punitivos", en La Ley, 30/04/2014, pág. 10).- - - - -

- - - - Ahora bien, independientemente de las corrientes doctrinarias de interpretación del art. 52 bis de la LDC expuestas, procederé al examen de la conducta llevada a cabo por la demandada.- - - - -

- - - - La conducta desaprensiva consiste en lo siguiente: la consumidora ha cumplido todas sus obligaciones en el marco de una contratación electrónica y a distancia, mientras que el proveedor no cumplió con su obligación principal que es la entrega de un sillón, siendo evidentemente una tarea muy simple para una empresa de alto prestigio como lo es la accionada. Se ha dicho: "Los reiterados reclamos sin respuesta alguna, durante más de dos años, demuestra un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de los derechos del actor, ya que existió una grosera negligencia demostrada en la manifiesta indiferencia ante las continuas denuncias efectuadas, en primer lugar ante la empresa, luego en sede administrativa y ahora judicial." (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy • Montaldi, Juan José c. Telecom Argentina S.A. s/ violación a la ley 24.240 • 30/10/2013 • DJ 07/05/2014, 70).- - - - -

- - - - A mayor abundamiento, cabe agregar que cuando se le requirió dicha entrega a través de un expediente administrativo en las oficinas de Defensa del Consumidor, sin acudir ningún representante a esa sede, simplemente envió un e-mail ofreciendo un arreglo, el cual consistía en la promesa de entrega del sillón en 15 días y una orden de compra (\$ 1.500); acuerdo que inclusive fue aceptado por la consumidora a fin de no dilatar más la cuestión y siendo que lo que deseaba era disponer del bien mueble que habida comprado, después de haber transcurrido un lapso de tiempo considerable sin hacer uso de la mercadería adquirida. Pero aún así la empresa demandada tampoco

cumplió con la entrega del mueble.- - - - -

- - - - - Con estos antecedentes puede tacharse de desaprensivo y de falta de trato digno (art. 1.097 del CCyC) con la consumidora en la operación comercial realizada. El trato digno es el que: "Impone al proveedor el respeto hacia la persona del consumidor en todas las etapas de la relación de consumo, lo que incluye las normas de cortesía y urbanidad y el conocimiento de los deseos de aquel, con el objeto de informarle y asesorarlo de buena fe, conforme a los bienes y servicios que se encuentren en juego" (Junyent Bas, Francisco; Molina Sandoval, Carlos; Garzino, M. Constanza y Heredia Querro, Juan; Ley de Defensa del Consumidor. Comentada Antoada y Concordada, Errepar. Buenos Aires, año 2.013, pág. 17). La jurisprudencia ha dicho también: "Las empresas que ofrecieron un software a quienes adquirieran una notebook y luego no entregaron la licencia para su uso deben abonar un resarcimiento por daño punitivo, pues luego de diversos reclamos telefónicos y administrativos presentados por el cliente accionante mantuvo una actitud contraria al trato digno al consumidor y renuente a restituir lo debido." (Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba • Aliaga Márquez, Jorge Alejandro c. Fairco S.A. y otro s/ abreviado - otros - recurso de apelación • 05/08/2016 • LA LEY 16/11/2016, 7 • LA LEY 2016-F, 281 • RCyS 2016-XII 53).-

- - - - - Además de lo ya examinado se observa que el recurrente expone en su recurso que no existe un beneficio económico con la falta de entrega, pero ello no es así. Veamos, el envío del sillón a domicilio estaba abonado por la consumidora. Supongamos muchos casos similares al presente en que la empresa proveedora decida no cumplir en término con las entregas pautadas y abonadas por los consumidores, obtendría un claro beneficio, que es la retención de las sumas por costos de envío, cuyos importes pueden ser usados financieramente. Por ello es pertinente manifestar que de no aplicarse el daño punitivo el proveedor evaluará el costo de esta conducta desinteresada y advertirá que le resulta más económico no entregar un determinado bien en término y utilizar financieramente en ese tiempo el dinero del envío. Ello ocasiona que si se producen futuros hechos similares, el proveedor otra vez vuelva a incurrir en estas conductas disvaliosas, es decir, que con la sola mera reparación común se desalienta o desincentiva las conductas correctas, cuestión que la propia norma quiere evitar.- - - - -

- - - - - Como corolario final debo agregar que, a mi criterio, en cualquiera de las posturas doctrinarias de interpretación del art. 52 bis de la LDC que se asuman es en este caso, tanto la corriente objetiva como la subjetiva, deviene siempre aplicable el daño punitivo.- - - - - Monto del daño punitivo: En este punto el recurrente se queja del monto aplicado por el juez de grado por considerarlo excesivo, pero no realiza una crítica concreta al minucioso cálculo efectuado por el magistrado de grado en su sentencia a fs. 215/216.- - - - -

- - - - - Si bien el juez aquí describe la fórmula del Dr. Matías Irigoyen Testa lo hace como pauta orientativa, pero los componentes de la multa civil son detallados perfectamente en la sentencia y sobre estos el recurrente no efectúa una fundamentación que analice o describa en qué consiste el error del sentenciante, por lo cual en este punto el agravio está desierto. Esta alzada ya ha dicho que: "El hecho de que la crítica sea concreta se debe a que la misma tiene que referirse específicamente al error de la resolución por el cual se reclama ante la alzada, pues los agravios deben ser hechos de modo claro y explícito, aspecto que constituye una carga procesal y deben contener una indicación detallada de los pretendidos errores u omisiones que se atribuyen al pronunciamiento. Que la crítica sea razonada, importa que la misma deba contener fundamentos y una explicación lógica de por qué el juez ha errado en su decisión, es decir, ha de presentarse una crítica precisa de cuáles son los errores que

la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos y de la valoración de la prueba o de la aplicación de las normas jurídicas (ver Falcón Enrique M. - Colerio Juan P. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo VIII, ps. 108/109; edit. Rubinzal Culzoni 2009; Palacio: "Derecho Procesal Civil", Tomo V, p. 261; 2ª edición actualizada. Reimpresión; edit. Abeledo Perrot 2005)." (Expte. N° 4811/11 r.C.A.). La Corte Suprema de justicia de la Nación se ha expedido en el mismo sentido (Fallos 327:3925, entre otros).- - - - -

- - - - - Por todo lo dicho corresponde no hacer lugar al presente agravio.- - - - -

- - - - - Siendo que todos los agravios han sido desestimados, considero que debe rechazarse el recurso de apelación vertido por la demandada, con costas. Este es mi voto.- - - - -

- - - - - El Dr. Roberto M. IBAÑEZ, sorteado para emitir el segundo voto, dijo:- - -

- - - - - Llegan los autos a mi despacho a los fines de emitir el segundo voto.- - - -

- - - - - En lo que hace al primer agravio de la demandada, que se haya hecho lugar a la demanda cuando la misma padecería de un defecto formal que la tornaría inviable, debo señalar que coincido con lo que señala mi colega en que el mismo debe ser rechazado.- - - - -

- - - - - Inicialmente se ve que recién en su expresión de agravios la accionada hace referencia a la existencia de un defecto en el reclamo judicial que no habría advertido con anterioridad. Al haber contestado la demanda, y transitado todo el proceso sin oponerse al progreso de la demanda por la existencia de un defecto que se advierte en esta instancia, se ha consentido tal circunstancia y el agravio no puede ser acogido.- - - - -

- - - - - Por lo demás adhiero al voto del Dr. Rodríguez.- - - - -

- - - - - Segundo agravio: En lo que hace a este punto voy a disentir con mi colega.- - - - -

- - - - - Reiterando lo que he dicho en un anterior expediente, considero que, en términos generales, el daño moral o daño no patrimonial aparece como el resultado de una lesión a intereses no patrimoniales, bienes jurídicos de los que es titular el hombre como centro del ordenamiento jurídico: v.gr., el honor, la dignidad, la tranquilidad, el tiempo libre, el ocio, la felicidad, etc..., y que se traduce en un modo de estar diferente al que se encontraba el afectado antes del hecho como consecuencia del obrar antijurídico de un tercero.- - - - -

- - - - - Es cierto que el C.C.C.N. ha ampliado la posibilidad de resarcir las consecuencias no patrimoniales producidas por el incumplimiento obligacional (se establece un solo régimen de responsabilidad civil, con una regulación común independientemente de que la fuente del deber de resarcir provenga de la violación del deber genérico de no dañar o del cumplimiento de una obligación preexistente) con el centro de la cuestión en el hecho de reparar a la víctima el daño injusto, sin hacer diferencias que nieguen a unos lo que se garantiza a otros. La indemnización en todos los casos, debe incluir especialmente "las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida" (conf. 1738, Cód. Civ. y Com.). Además, no existe limitación en cuanto a la procedencia del resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741, Cód. Civ. y Com.).- - - - -

- - - - - Sin embargo, en mi opinión, el daño no patrimonial debe resarcirse siempre que sea constatado en su existencia. En todos los casos, de responsabilidad contractual o extracontractual, la cuestión es la misma: el daño, patrimonial o moral, debe ser acreditado por quien lo alega, salvo que la ley lo impute o lo presuma, o que surja notorio de los propios hechos (art. 1744, Cód. Civ. y Com.).- - - - -

- - - - - Hay casos donde el menoscabo espiritual sufrido surge claro y es consecuencia

normal y directa del hecho dañoso, independientemente de que provenga o no de un contrato. Por ejemplo, la pérdida de una vida humana o la afectación de la salud, permiten tener por configurado el daño sin necesidad de mayores pruebas al respecto.-

----- En otros casos, las situaciones de desagrado en las que se coloca al contratante que se ha visto perjudicado por la otra parte, requerirá de otros elementos de prueba, no porque se pretenda limitar o impedir su reparación, sino por la sencilla razón de que, como todo daño, debe ser acreditado por quien lo invoca. El art. 1.744 C.C.C.N., citado más arriba, dice: "Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos".----- Como principio debe señalarse que el daño moral debe ser probado, y la excepción es que el Tribunal pueda recurrir a presunciones para admitirlo, como se dijo, muchas veces la existencia de una lesión hace posible presumir la misma (muerte de un hijo, de un padre, incapacidad física, etc.) pero en otras ocasiones las circunstancias son distintas y frente al incumplimiento de una de las partes, es necesario acreditar la afectación, considero que estamos frente a uno de estos últimos casos.-

----- A este proceso no se ha arrojado una sola prueba que pueda ser utilizada a los efectos de acreditar el daño moral que habría sufrido la parte actora. Sólo se cuenta con un expediente administrativo que —es cierto— da cuenta de dilaciones e incomodidades innecesarias a mi modo de ver, sin embargo no se ha probado que la situación vivida haya afectado a la actora al nivel de producirle un daño (dado que las personas son diferentes y —en este tipo de situaciones— lo que a uno puede dañarlo a otro puede serle indiferente).-

----- Por lo expuesto considero que debe hacerse lugar al agravio y debe rechazarse el rubro reclamado como "daño moral".-----

----- Tercer agravio: En este agravio el recurrente entiende que no corresponde la condena por daño punitivo; basa su argumento en que no existió una conducta desaprensiva o desconsiderada de su parte que pueda fundar un dolo o una culpa grave como para provocar una multa civil. Además se queja por el monto que fijó el juez a-quo, al que considera excesivo.-----

----- En lo que hace a este punto, adhiero a lo expuesto por el Dr. RODRÍGUEZ, debiendo ratificarse la condena a la demandada al pago de daños punitivos.-----

----- Como dijo mi colega, el art. 52 bis LDC indica que "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...".-----

----- Como he dicho en otra oportunidad, es entendible la posición de los abogados de la demandada (que deben agotar sus esfuerzos en la defensa del cliente), pero la conducta llevada adelante por FRAVEGA, más allá de que se la haya intentado vestir con una apariencia de respeto y buen trato en la comunicación, es de una desidia e indiferencia tal que merece ser penada severamente, sin importar cuál posición doctrinaria se adopte.-----

----- Si uno observa la situación objetivamente, se ve que la actora adquirió un producto determinado (ofrecido en venta por la demandada) en el mes de febrero de 2.018 y el mismo no es entregado como era obligación de la vendedora; luego del primer incumplimiento (después de hacer la denuncia de la situación en la Oficina Local de Defensa del Consumidor) y habiendo transcurrido más de 3 meses después de la compra original, la empresa demandada —que expresamente informa que cuenta con stock de mercadería— ofrece hacer la entrega del bien y otorgar una orden de compra de \$ 1.500,00 como atención a la clienta —seguramente para compensar las

incomodidades causadas- pero tampoco cumple con esta propuesta (la cual fue aceptada en sede administrativa) y se provoca el segundo incumplimiento, siendo este más grave aún que el primero.- - - - -

- - - - - La cuestión es que, 6 meses después de la compra original la Sra. FRESNO demanda a FRAVEGA y la empresa, al momento de contestar la demanda, no reconoce ni siquiera en mínima medida su responsabilidad, tampoco ofrece la entrega del bien ni reparar el daño (cuando anteriormente de manera extrajudicial había ofrecido realizar una atención comercial a la clienta por \$ 1.500,00), por el contrario pretende poner en cabeza de la compradora la responsabilidad por la falta de entrega del producto (cuando con anterioridad se había comprometido a entregar el bien en el domicilio de la actora).- - - - -

- - - - - Considero que la forma de actuar de la demandada ha sido de una indiferencia y desinterés tal, que no puede ser tolerada. Abusando de su posición de privilegio frente al pequeño consumidor incumplió con su obligación e intentó desentenderse del problema se desentendió del problema y pretende cargarle la responsabilidad al consumidor.- - - - - A mi modo de ver no hay

forma de justificar la conducta de la demandada (inicialmente incumplió y luego – cuando expresamente dijo que tenía stock de la mercadería- volvió a incumplir) y la misma debe ser severamente castigada, por lo indicado adhiero al voto de mi colega.- -

- - - - - CONCLUSIÓN: En definitiva adhiero al voto anterior en lo que hace a la responsabilidad de la demandada y la condena al pago de daños punitivos, y disiento en lo que hace al daño moral reclamado.- - - - -

- - - - - Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta el carácter del reclamo, la conducta desaprensiva de la demandada y el resultado del proceso, sumado al hecho que la actora pudo haberse visto con derecho al reclamo efectuado, considero que el 100% de las costas deben imponerse a la accionada.- - - - -

- - - - - Ante las disidencias que anteceden y conforme a lo establecido por el art. 51 L.O.P.J. y Acuerdo N° 76, se pasan las actuaciones al Dr. Horacio A. COSTANTINO, quien dijo: - - - - -

- - - - - Discrepan mis colegas acerca de la procedencia del daño moral reclamado por la actora.- - - - -

- - - - - La experiencia permite juzgar que los vaivenes que debió afrontar la actora a raíz del incumplimiento, según el curso de los acontecimientos, dañaron las afecciones legítimas de la demandante. Considero que el minucioso examen de los hechos permite palpar el daño moral que el primer votante propone reparar.- - - - -

- - - - - Por ello, conforme al criterio recientemente sustentado en el expte. N° 6791/20 (r.C.A.), adhiero al voto del Dr. Rodríguez.- - - - -

- - - - - En consecuencia, la SALA B de la Cámara de Apelaciones: - - - - -

- - - - - RESUELVE: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, con costas.- - - - -

- - - - - II) Regular los honorarios de Alzada de los Dres. Fernando David GUEVARA y Hugo Alberto SANTAMARINA en el 30% de los fijados para primera instancia, y los del Dr. Gustavo César MASSARA en el 30% de los regulados a los abogados de la demandada para la instancia anterior; en ambos casos de los fijados en el punto II del decisorio apelado, más el IVA si correspondiere.- - - - -

- - - - - Protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origen.- - -

.....

Dr. Roberto M. IBAÑEZ Dr. Rodolfo Fabián RODRÍGUEZ
Juez de Cámara Presidente de Cámara

.....
Dr. Horacio A. COSTANTINO
Juez de Cámara

.....
SALVATIERRA

Dra. María Teresa
Secretaria de Cámara Civil

(expte. N° 6790/20 r.CA), venidos del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minería N° 1 -
Circ. II.- -----

----- El Dr. Rodolfo Fabián RODRÍGUEZ, sorteado para emitir el primer voto, dijo:-----

----- Plataforma fáctica: El día 13/02/2018 la Sra Valeria Liz Fresno compró mediante
la página de internet del demandado un sillón Color Living Estambul Color Tabaco de
dos cuerpos, que ingresados los datos de su tarjeta de crédito, el accionado le envía
primero un mail diciendo que estaba procesando el pago y luego otro donde confirman
la operación, la cual fue facturada el 14/02/18 con el comprobante N° 2855-00729846 el
que dice adjuntar y que de él surge que se pagan \$ 9.999,01 por el sillón, \$ 349,00 por
el envío a domicilio y el resto por intereses de la financiación por ella elegida.-----

----- Ante el incumplimiento de la demandada decidió intimar por carta documento, la
que no fue contestada. Entendiendo que continuaba la conducta vejatoria y que era
desconsiderada por el demandado, resolvió hacer el reclamo ante la Oficina de Defensa
del Consumidor de esta ciudad, realizándose la audiencia el día 18/05/2018, a la cual el
demandado no concurrió, pero envió un correo electrónico a dicha Oficina ofreciendo
entregar el sillón en el término de 15 días hábiles con más un vale de compra en
FRÁVEGA de \$ 1.500. La demandante aceptó conforme y suscribió la respectiva acta
de acuerdo. Pasado el plazo convenido no recibió lo acordado; tal conducta la hizo
saber a la oficina interviniente y decide iniciar la acción judicial.-----

----- Sentencia de primera instancia: A fs. 203/218 el juez aquo dicta la sentencia
cuestionada en la apelación vertida por el recurrente. El magistrado de Primera
Instancia realiza un pormenorizado relato de los hechos del expediente a fs. 203/205, a
los cuales me remito por razones de brevedad.----- El juez de
primera instancia haciendo mérito en la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante
LDC) hace lugar al pedido de la accionante y condena a Frávega a abonarle la suma de
\$ 19.900 en concepto de daño material, cuantificando como deuda de valor al importe
original de la compra (\$ 9.999); todo constatado por las pruebas colectadas, incluidos
en el costo del producto y su envío más intereses por la mora.-----

----- Amparándose en el art. 1.741 del CCyC recepta la suma de \$ 30.000 en
concepto de daño moral. Evalúa la procedencia de la multa civil relacionada con el art.
52 bis de la LDC y fija el daño punitivo en la suma de \$ 150.000 en el razonamiento de
que la accionada actuó negligentemente y con una evidente programación especulativa.

Basa su pronunciamiento también en el art. 49 de la normativa antes mencionada. Realiza el cálculo del monto sobre la base de una fórmula actuarial que explica detalladamente. Impone costas y regula los honorarios profesionales.-----

----- Expresión de agravios del demandado:-----

----- Primer agravio: (falta de rescisión contractual) -----

----- Se queja porque el aquo no valoró que la actora no rescindió el contrato extrajudicialmente ni en su demanda, por ende no puede exigir su incumplimiento. Por lo cual entiende que el juez de grado oficiosamente suple tal omisión, violando el principio de congruencia. Por ello pide se acoja el recurso y el consecuente rechazo de la demanda.-----

----- Segundo agravio: (admisión del daño moral y su cuantía).-----

----- En cuanto a su admisión, el apelante argumenta que la demora en la entrega del producto no puede ocasionar el daño moral. Además entiende que no fue acreditada su procedencia.-----

----- En cuanto a su cuantía considera que es injustificado y exagerado su monto.

Pone de relieve que el parámetro para justipreciar el rubro es el 20% de la suma indemnizatoria fijada.-----

----- Tercer agravio: (daño punitivo) -----

----- Argumenta que el instituto de la multa civil del art. 52 bis de la LDC es de carácter excepcional y restrictivo debiendo ser empleado con prudencia y teniendo en cuenta las probanzas que signifiquen no solo un servicio defectuoso sino también la intencionalidad de obtener provecho económico del accionar antijurídico del proveedor de productos. Expresa que su representada no fue responsable de manera desinteresada, ya que a pesar de la demora en la entrega el bien objeto de litigio, estuvo a disposición por lo que no hubo un aprovechamiento económico injustificado. Por ello solicita el rechazo del rubro.--

----- Argumentación: -----

----- Primer agravio: Aquí el recurrente se queja porque el consumidor no ejerció la rescisión contractual, ni extrajudicialmente, ni judicialmente. En este sentido afirma que el juez dio por resuelto el contrato de manera extra-petita violentando el principio de congruencia.-----

----- En primer término cabe ajustar los términos jurídicos y referirse a resolución contractual más que rescisión, habida cuenta que la LDC en el inc. c del art. 10 bis, contiene la palabra "rescindir", pero la doctrina especializada la interpreta como un error del legislador que claramente debió decir "resolución" y así debe ser comprendido: "En el inc. c de este artículo se incurre, a nuestro entender en un error terminológico, por la palabra técnicamente correcta es en este caso resolver y no rescindir..." (Juan M. FARINA; Defensa del Consumidor y del Usuario; Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26361, pág. 243, Ed. Astrea, año 2009). En su interpretación cabe definir entonces que "La acción resolutoria permite al comprador desistir del contrato brindándole la facultad de desvincularse, mediante entrega del bien y reembolso del precio. Como señala Clemente Meoro, la resolución del contrato por incumplimiento es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Frente al incumplimiento de su deudor, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento, pero también puede escoger poner fin a la relación obligatoria instada por el acreedor con base en el incumplimiento del deudor a lo que llamamos resolución por incumplimiento." (Clemente Meoro, M. E., La facultad de resolver los contratos por incumplimiento, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 27).-----

----- En segundo término cabe compatibilizar las directrices estipuladas en la LDC con el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), siempre teniendo en miras la mejor

protección del consumidor (arts. 1.094 y 1.095 del CCyC). En esa inteligencia se aprecia que este último siempre tiene a su disposición la facultad de resolver el contrato. Así lo refrenda la doctrina: "En efecto, por imperio de la norma introducida por la ley 24.787, aún cuando las partes no hayan acordado expresamente la posibilidad de resolución contractual, podrá el consumidor considerar resuelto el contrato ante el mero incumplimiento y sin necesidad de la previa interpelación por un término no menor a quince días que prevén los mencionados Códigos. En definitiva, de lo que se trata es del establecimiento de un pacto comisorio a favor del consumidor, que opera con iguales requisitos y efectos que el llamado 'pacto comisorio expreso' de la legislación común, aún cuando no haya sido expresamente convenido". (El derecho del consumidor como sistema de características estatutarias • Wajtraub, Javier H. • DJ 28/09/2011, 18).- - - - -

- - - - - Es muy claro que la LDC como el CCyC le otorgan a la actora la facultad resolutoria del contrato y ésta la ejerció con el inicio de la presente acción, ya que no tenía necesidad de realizar interpelación alguna al proveedor, el cual estaba claramente en mora; mientras que la consumidora había cumplido con todas las obligaciones a su cargo, inclusive -como bien lo puntualiza el juez de grado- con el pago del costo del envío de la mercadería (sillón). La doctrina dice: "No cabe duda de que la resolución también puede hacerse en sede judicial (...) si el acreedor decide soslayar el requerimiento extrajudicial también puede resolver en sede judicial sin necesidad de otorgar plazo alguno" (Jorge H. ALTERNI, Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético, TV, pag.747, Ed. La Ley, año 2016).- - - - -

- - - - - Se observa en el escrito de demanda (fs. 28/33) que se solicita la restitución del dinero (rubro daño material) más los daños, que según la actora, le fueron ocasionados por la falta de entrega del sillón; ello constituye claramente una resolución contractual, conforme la esgrime el art. 10 inc. c) de la LCD y los arts. 1.088 y 1.089 del CCyC. Por lo tanto la notificación de la demanda se erige como la comunicación para la demandada de la resolución contractual.- - - - -

- - - - - A mayor abundamiento la consumidora no pudo ni siquiera hacer uso de lo estipulado por el art. 1.110 del CCyC que brinda la posibilidad la adquirente que dentro de los diez días de recibida la mercadería, pueda revocar la decisión de compra, habida cuenta que nunca le fue entregado el bien mueble adquirido.-

- - - - - Por todos estos motivos el juez de grado no ha fallado extra-petita, sino que por el contrario, ha interpretado correctamente la voluntad del consumidor de resolver el contrato y lo expuesto en el escrito postulatorio.- - - - - Por lo cual entiendo que el agravio no puede prosperar.- - - - -

- - - - - Segundo agravio: La demandada recurrente expresa esencialmente que el juez se pronunció en favor de otorgar un daño moral al actor sin que éste aportara prueba suficiente para ello. Además cuestiona el monto otorgado por el sentenciante.- - - - -

- - - - - Está muy claro el padecimiento de la actora originado en que no recibió ninguna respuesta de la accionada frente a su reclamo que la obligó a iniciar el presente pleito. El magistrado de grado analiza cuidadosamente toda la prueba producida, entre ella, el expediente administrativo seguido por la accionada en la oficina de Defensa del Consumidor y allí se advierten las dilaciones e incomodidades innecesarias que ha padecido la accionante, prometiendo el proveedor la entrega de la mercadería, sin que ello ocurra hasta el presente, después de más de dos años. Por este examen de la prueba documental el sentenciante considera que la demandante es merecedora de un resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales, ya que ha sufrido en virtud de no poder contar con el sillón que había adquirido cumpliendo con todas las obligaciones a su cargo y que no fue entregado por la accionada.- - - - -

- - - - Sin perjuicio de este análisis fáctico, en lo que respecta a la procedencia del daño moral el agravio de la apelante solo discrepa con la interpretación y valoración de la prueba efectuada por el juez, sin constituir una verdadera crítica razonada a la procedencia del daño moral, el que está debidamente fundamentado.- - - - -

- - - - A pesar de la insuficiente argumentación del agravio, a mayor abundamiento debo decir que en las oficinas de Defensa del Consumidor se le crea a la actora una expectativa de solución al conflicto por parte del propio demandado, tal como consta a fs. 17, para luego no cumplir con ello, agravando innecesariamente el sufrimiento de la consumidora, la cual debe ser resarcida. La doctrina lo interpreta nítidamente a la luz de la normativa del consumidor: "En el ámbito de los contratos, el Código Civil y Comercial ha ampliado la posibilidad de resarcir las consecuencias no patrimoniales producidas por el incumplimiento obligacional. En la actualidad no hay restricción alguna para resarcir: la reparación de la lesión a las afecciones espirituales legítimas (el otrora daño moral) está contemplada de manera única en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. y sin cortapisa alguna, ni para el daño patrimonial ni para el daño extrapatrimonial. La reparación en todos los casos debe ser plena, por imperio de los arts. 19 de la CN y 1740 del Cód. Civ. y Com. Por tanto, todas las insatisfacciones no justificadas deben ser indemnizadas también en el caso de incumplimiento de contratos. En materia contractual este concepto de 'insatisfacción no justificada' se ve reafirmado por lo dispuesto en los arts. 8º bis, 37 y 40 bis, de la ley 24.240, además de tener que atender a lo establecido en el art. 3º del mismo cuerpo legal, como también por lo impuesto en los arts. 888, 987, 988, 1094, 1095, 1096 y ss., Cód. Civ. y Com. También debemos destacar que en materia contractual el art. 961, Cód. Civ. y Com., resulta mucho más claro y determinante que el derogado 1198, Cód. Civil, ya que establece que los contratantes se obligan a todas las consecuencias que puedan considerarse en los términos obligacionales del contrato, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, lo que interpretado en un coherente diálogo de fuentes normativas impone al proveedor profesional en una relación de consumo o al predisponente contractual a una mayor y más amplia asunción obligacional, por que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (Cfr. art. 1725, Cód. Civ. y Com.). La mora en el leal cumplimiento de buena fe de las obligaciones contractuales que perturba la razonable expectativa del acreedor, la confianza de ver satisfecho tempestivamente su derecho, produce un daño consistente en la insatisfacción injustificada que en las relaciones de consumo se debe presumir cuando surge notoria (...) La simple demora, y con mayor razón la mora, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del proveedor configura una evidente res ipsa loquitur (resulta notorio de los propios hechos Cfr. art. 1744, Cód. Civ. y Com.) que impone a este indemnizar las consecuencias no patrimoniales de la afección espiritual legítima del consumidor, mediante la suma que se fije, ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que razonablemente haya peticionado el consumidor afectado." (Del daño moral a las afecciones espirituales legítimas. La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por incumplimiento en las relaciones contractuales, prueba y cuantificación • Castro Sammartino, Mario E. - Schiavo, Carlos A. • LA LEY 21/02/2020, 4 • LA LEY 2020-A, 324).- - - - -

- - - - En otro orden entiendo que el monto fijado por el juez de grado es razonable, en principio debido a que puede encontrar su justificación en el hecho que con esa suma de dinero la víctima pueda utilizarla en ciertos placeres compensatorios (ej. viajes o adquirir algún bien), como la propia víctima lo requiera o necesite, tal como hoy lo refleja la última parte del art. 1.741 del Código Civil y Comercial, que es interpretado por la doctrina que afirma: "... recurrir a placeres

compensatorios no resulta contrario a la naturaleza humana, ni es una comparación de sentimientos con bienes, sino que consiste en tomar parámetros objetivos que tienen la virtualidad de generar sentimientos positivos en las víctimas de modo tal que los sentimientos negativos disminuyan, o desaparezcan de ser posible." (Martín JUÁREZ FERRER, Cuantificación del Daño, Parte General, pág. 254, Ed. La Ley, año 2.017).- - -

- - - - - Por último, debo mencionar que esta Alzada no puede hacer oídos sordos a la innegable crisis económica, con la consiguiente depreciación de la moneda, con lo cual a fin de que la víctima pueda obtener una reparación integral, no se puede seguir manteniendo valores indemnizatorios disminuidos que no compensan en absoluto los padecimientos sufridos por los damnificados; la doctrina ha dicho: "La plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento..." (Monto indemnizatorio por daño moral • Zavala de González, Matilde M. • RCyS 2013-XI, Tapa • AR/DOC/3916/2013).-----

- - - - - Por los motivos expuestos también cabe el rechazo de este agravio.- - - - -
- - - - - Tercer agravio: En este agravio el recurrente entiende que no corresponde la condena por daño punitivo; basa su argumento en que no existió una conducta desaprensiva o desconsiderada de su parte que pueda fundar un dolo o una culpa grave como para provocar una multa civil. Además se queja por el monto que fijó el juez aquo, al que considera excesivo.----- Este instituto es definido por la mayoría de la doctrina: "Los Daños Punitivos forman parte de lo que se llama Daños Extra-Compensatorios [extra-compensatory damages] y se diferencian de los Daños tradicionales, que integran también la indemnización (Compensatory Damages). Esto es lo que dice la voz Daños Punitivos sobre la naturaleza del instituto: 1) es una indemnización a un damnificado y que se une a las otras indemnizaciones que se le deben (por llamarse Daños). 2) es una sanción (por llamarse Punitivos). Daños Punitivos, tal cual las directivas conceptuales que surgen de su nombre, representan una indemnización que merece un damnificado y una sanción, en simultáneo." (Los bien llamados daños punitivos. Apuntes sobre su naturaleza jurídica • Díaz Cisneros, Adriano P. • SJA 12/08/2020, 12 • JA 2020-III).-----

- - - - - También la Corte Interamericana de Derechos Humanos los ha definido: "Si se denomina las reparaciones ordenadas en la presente Sentencia de la Corte de 'daños punitivos' (punitive damages) (...) o si se las titula 'reparaciones ejemplares' o 'ejemplarizantes', u otro término del género, su propósito básico sigue siendo el mismo: reconocen la extrema gravedad de los hechos sancionan al Estado responsable por las violaciones graves en que incurrió (...) y establecen la garantía de no-repetición de los hechos lesivos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Masacre de Plan de Sánchez (Reparaciones, 2004).-----

- - - - - La estipulación normativa de la LDC es el art. 52 bis: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b de esta ley" . Este artículo ha generado dos corrientes interpretativas en materia doctrinaria. Una postura es estrictamente objetiva sujeta a los postulados exegéticos de la norma, es decir, que ante el mero incumplimiento corresponde aplicar el daño punitivo (LOVECE, Graciela I., "Los daños punitivos en el derecho del

consumidor", LL 08/07/2010; PÉREZ BUSTAMANTE, L., "La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", en Vázquez Ferreira, Roberto A. -Dir-, Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, LL Supl. Especial, Buenos Aires, 2008, p. 120). Zavala de González al desarrollar los requisitos de procedencia de la figura establecía que "El hecho lesivo y el daño resultante deben ser extremadamente injustos, expresivos de una clara iniquidad. No es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica al hecho perjudicial. Basta con una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Inclusive, la indemnización puede imponerse al titular de la empresa fuente de la situación nociva, así no se demuestre la autoría cabal de aquél en la producción del hecho dañoso" (Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 188).- - -

- - - - - La otra corriente es subjetiva, por lo cual exige para su procedencia una conducta por parte del proveedor que detente una sensible indiferencia por el derecho del tercero, es decir, del consumidor (LORENZETTI, Ricardo A., "Consumidores", edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563 y ss.; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los Daños Punitivos", edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 376 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361", LL 26/11/2009, 1; COSSARI, Maximiliano N. G., "Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino", LL 2010-F, 1111; MOISÁ, Benjamín, "Los llamados daños punitivos en la reforma a la ley 24.240", en R. C. y S., 2008, p. 271; NAVAS, Sebastián, ¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?, LL 2012-F, 80; SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., "Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor", LL 2009-D, 1113). Enrolado en esta tesis el destacado doctrinario marplatense Álvarez Larrondo ha dicho: "No estamos de acuerdo con la redacción de la norma en lo que respecta a las condiciones de admisibilidad del daño punitivo. No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena (...) Creemos que la amplitud dada por el legislador (...) es extremadamente peligrosa (...) No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que además consideramos que es necesaria una particular subjetividad. Y concluye enrolándose decididamente en el criterio que exige 'un perjuicio deliberado o con grosera negligencia', que 'un elemento de dolo o culpa grave es necesario para condenar a pagar daños punitivos'". (ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, "La tesis restrictiva en daños punitivos", en La Ley, 30/04/2014, pág. 10).- - - - -

- - - - - Ahora bien, independientemente de las corrientes doctrinarias de interpretación del art. 52 bis de la LDC expuestas, procederé al examen de la conducta llevada a cabo por la demandada.- - - - -

- - - - - La conducta desaprensiva consiste en lo siguiente: la consumidora ha cumplido todas sus obligaciones en el marco de una contratación electrónica y a distancia, mientras que el proveedor no cumplió con su obligación principal que es la entrega de un sillón, siendo evidentemente una tarea muy simple para una empresa de alto prestigio como lo es la accionada. Se ha dicho: "Los reiterados reclamos sin respuesta alguna, durante más de dos años, demuestra un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de los derechos del actor, ya que existió una grosera negligencia demostrada en la manifiesta indiferencia ante las continuas denuncias efectuadas, en primer lugar ante la empresa, luego en sede administrativa y ahora judicial." (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy • Montaldi, Juan José c. Telecom Argentina S.A. s/ violación a la ley 24.240 • 30/10/2013 • DJ 07/05/2014, 70).- - - - -

- - - - - A mayor abundamiento, cabe agregar que cuando se le requirió dicha entrega a

través de un expediente administrativo en las oficinas de Defensa del Consumidor, sin acudir ningún representante a esa sede, simplemente envió un e-mail ofreciendo un arreglo, el cual consistía en la promesa de entrega del sillón en 15 días y una orden de compra (\$ 1.500); acuerdo que inclusive fue aceptado por la consumidora a fin de no dilatar más la cuestión y siendo que lo que deseaba era disponer del bien mueble que habida comprado, después de haber transcurrido un lapso de tiempo considerable sin hacer uso de la mercadería adquirida. Pero aún así la empresa demandada tampoco cumplió con la entrega del mueble.- - - - -

- - - - - Con estos antecedentes puede tacharse de desaprensivo y de falta de trato digno (art. 1.097 del CCyC) con la consumidora en la operación comercial realizada. El trato digno es el que: "Impone al proveedor el respeto hacia la persona del consumidor en todas las etapas de la relación de consumo, lo que incluye las normas de cortesía y urbanidad y el conocimiento de los deseos de aquel, con el objeto de informarle y asesorarlo de buena fe, conforme a los bienes y servicios que se encuentren en juego" (Junyent Bas, Francisco; Molina Sandoval, Carlos; Garzino, M. Constanza y Heredia Querro, Juan; Ley de Defensa del Consumidor. Comentada Antoada y Concordada, Errepar. Buenos Aires, año 2.013, pág. 17). La jurisprudencia ha dicho también: "Las empresas que ofrecieron un software a quienes adquirieran una notebook y luego no entregaron la licencia para su uso deben abonar un resarcimiento por daño punitivo, pues luego de diversos reclamos telefónicos y administrativos presentados por el cliente accionante mantuvo una actitud contraria al trato digno al consumidor y renuente a restituir lo debido." (Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba • Aliaga Márquez, Jorge Alejandro c. Fairco S.A. y otro s/ abreviado - otros - recurso de apelación • 05/08/2016 • LA LEY 16/11/2016, 7 • LA LEY 2016-F, 281 • RCyS 2016-XII 53).-

- - - - - Además de lo ya examinado se observa que el recurrente expone en su recurso que no existe un beneficio económico con la falta de entrega, pero ello no es así. Veamos, el envío del sillón a domicilio estaba abonado por la consumidora. Supongamos muchos casos similares al presente en que la empresa proveedora decida no cumplir en término con las entregas pautadas y abonadas por los consumidores, obtendría un claro beneficio, que es la retención de las sumas por costos de envío, cuyos importes pueden ser usados financieramente. Por ello es pertinente manifestar que de no aplicarse el daño punitivo el proveedor evaluará el costo de esta conducta desinteresada y advertirá que le resulta más económico no entregar un determinado bien en término y utilizar financieramente en ese tiempo el dinero del envío. Ello ocasiona que si se producen futuros hechos similares, el proveedor otra vez vuelva a incurrir en estas conductas disvaliosas, es decir, que con la sola mera reparación común se desalienta o desincentiva las conductas correctas, cuestión que la propia norma quiere evitar.- - - - -

- - - - - Como corolario final debo agregar que, a mi criterio, en cualquiera de las posturas doctrinarias de interpretación del art. 52 bis de la LDC que se asuman es en este caso, tanto la corriente objetiva como la subjetiva, deviene siempre aplicable el daño punitivo.- - - - - Monto del daño punitivo: En este punto el recurrente se queja del monto aplicado por el juez de grado por considerarlo excesivo, pero no realiza una crítica concreta al minucioso cálculo efectuado por el magistrado de grado en su sentencia a fs. 215/216.- - - - -

- - - - - Si bien el juez aquí describe la fórmula del Dr. Matías Irigoyen Testa lo hace como pauta orientativa, pero los componentes de la multa civil son detallados perfectamente en la sentencia y sobre estos el recurrente no efectúa una fundamentación que analice o describa en qué consiste el error del sentenciante, por lo cual en este punto el agravio está desierto. Esta alzada ya ha dicho que: "El hecho de

que la crítica sea concreta se debe a que la misma tiene que referirse específicamente al error de la resolución por el cual se reclama ante la alzada, pues los agravios deben ser hechos de modo claro y explícito, aspecto que constituye una carga procesal y deben contener una indicación detallada de los pretendidos errores u omisiones que se atribuyen al pronunciamiento. Que la crítica sea razonada, importa que la misma deba contener fundamentos y una explicación lógica de por qué el juez ha errado en su decisión, es decir, ha de presentarse una crítica precisa de cuáles son los errores que la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos y de la valoración de la prueba o de la aplicación de las normas jurídicas (ver Falcón Enrique M. - Colerio Juan P. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo VIII, ps. 108/109; edit. Rubinzal Culzoni 2009; Palacio: "Derecho Procesal Civil", Tomo V, p. 261; 2ª edición actualizada. Reimpresión; edit. Abeledo Perrot 2005)." (Expte. Nº 4811/11 r.C.A.). La Corte Suprema de justicia de la Nación se ha expedido en el mismo sentido (Fallos 327:3925, entre otros).- - - - -

- - - - - Por todo lo dicho corresponde no hacer lugar al presente agravio.- - - - -

- - - - - Siendo que todos los agravios han sido desestimados, considero que debe rechazarse el recurso de apelación vertido por la demandada, con costas. Este es mi voto.- - - - -

- - - - - El Dr. Roberto M. IBÁÑEZ, sorteado para emitir el segundo voto, dijo:- - -

- - - - - Llegan los autos a mi despacho a los fines de emitir el segundo voto.- - - -

- - - - - En lo que hace al primer agravio de la demandada, que se haya hecho lugar a la demanda cuando la misma padecería de un defecto formal que la tornaría inviable, debo señalar que coincido con lo que señala mi colega en que el mismo debe ser rechazado.- - - - -

- - - - - Inicialmente se ve que recién en su expresión de agravios la accionada hace referencia a la existencia de un defecto en el reclamo judicial que no habría advertido con anterioridad. Al haber contestado la demanda, y transitado todo el proceso sin oponerse al progreso de la demanda por la existencia de un defecto que se advierte en esta instancia, se ha consentido tal circunstancia y el agravio no puede ser acogido.- - -

- - - - - Por lo demás adhiero al voto del Dr. Rodríguez.- - - - -

- - - - - Segundo agravio: En lo que hace a este punto voy a disentir con mi colega.- - - -

- - - - - Reiterando lo que he dicho en un anterior expediente, considero que, en términos generales, el daño moral o daño no patrimonial aparece como el resultado de una lesión a intereses no patrimoniales, bienes jurídicos de los que es titular el hombre como centro del ordenamiento jurídico: v.gr., el honor, la dignidad, la tranquilidad, el tiempo libre, el ocio, la felicidad, etc..., y que se traduce en un modo de estar diferente al que se encontraba el afectado antes del hecho como consecuencia del obrar antijurídico de un tercero.- - - - -

- - - - - Es cierto que el C.C.C.N. ha ampliado la posibilidad de resarcir las consecuencias no patrimoniales producidas por el incumplimiento obligacional (se establece un solo régimen de responsabilidad civil, con una regulación común independientemente de que la fuente del deber de resarcir provenga de la violación del deber genérico de no dañar o del cumplimiento de una obligación preexistente) con el centro de la cuestión en el hecho de reparar a la víctima el daño injusto, sin hacer diferencias que nieguen a unos lo que se garantiza a otros. La indemnización en todos los casos, debe incluir especialmente "las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida" (conf. 1738, Cód. Civ. y Com.). Además, no existe limitación en cuanto a la procedencia del resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741, Cód. Civ. y Com.).- - - - -

----- Sin embargo, en mi opinión, el daño no patrimonial debe resarcirse siempre que sea constatado en su existencia. En todos los casos, de responsabilidad contractual o extracontractual, la cuestión es la misma: el daño, patrimonial o moral, debe ser acreditado por quien lo alega, salvo que la ley lo impute o lo presuma, o que surja notorio de los propios hechos (art. 1744, Cód. Civ. y Com.).-----

----- Hay casos donde el menoscabo espiritual sufrido surge claro y es consecuencia normal y directa del hecho dañoso, independientemente de que provenga o no de un contrato. Por ejemplo, la pérdida de una vida humana o la afectación de la salud, permiten tener por configurado el daño sin necesidad de mayores pruebas al respecto.-----

----- En otros casos, las situaciones de desagrado en las que se coloca al contratante que se ha visto perjudicado por la otra parte, requerirá de otros elementos de prueba, no porque se pretenda limitar o impedir su reparación, sino por la sencilla razón de que, como todo daño, debe ser acreditado por quien lo invoca. El art. 1.744 C.C.C.N., citado más arriba, dice: "Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos".----- Como principio debe señalarse que el daño moral debe ser probado, y la excepción es que el Tribunal pueda recurrir a presunciones para admitirlo, como se dijo, muchas veces la existencia de una lesión hace posible presumir la misma (muerte de un hijo, de un padre, incapacidad física, etc.) pero en otras ocasiones las circunstancias son distintas y frente al incumplimiento de una de las partes, es necesario acreditar la afectación, considero que estamos frente a uno de estos últimos casos.-----

----- A este proceso no se ha arrojado una sola prueba que pueda ser utilizada a los efectos de acreditar el daño moral que habría sufrido la parte actora. Sólo se cuenta con un expediente administrativo que —es cierto— da cuenta de dilaciones e incomodidades innecesarias a mi modo de ver, sin embargo no se ha probado que la situación vivida haya afectado a la actora al nivel de producirle un daño (dado que las personas son diferentes y —en este tipo de situaciones— lo que a uno puede dañarlo a otro puede serle indiferente).-----

----- Por lo expuesto considero que debe hacerse lugar al agravio y debe rechazarse el rubro reclamado como "daño moral".-----

----- Tercer agravio: En este agravio el recurrente entiende que no corresponde la condena por daño punitivo; basa su argumento en que no existió una conducta desaprensiva o desconsiderada de su parte que pueda fundar un dolo o una culpa grave como para provocar una multa civil. Además se queja por el monto que fijó el juez a-quo, al que considera excesivo.-----

----- En lo que hace a este punto, adhiero a lo expuesto por el Dr. RODRÍGUEZ, debiendo ratificarse la condena a la demandada al pago de daños punitivos.-----

----- Como dijo mi colega, el art. 52 bis LDC indica que "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...".-----

----- Como he dicho en otra oportunidad, es entendible la posición de los abogados de la demandada (que deben agotar sus esfuerzos en la defensa del cliente), pero la conducta llevada adelante por FRAVEGA, más allá de que se la haya intentado vestir con una apariencia de respeto y buen trato en la comunicación, es de una desidia e indiferencia tal que merece ser penada severamente, sin importar cuál posición doctrinaria se adopte.-----

----- Si uno observa la situación objetivamente, se ve que la actora adquirió un

producto determinado (ofrecido en venta por la demandada) en el mes de febrero de 2.018 y el mismo no es entregado como era obligación de la vendedora; luego del primer incumplimiento (después de hacer la denuncia de la situación en la Oficina Local de Defensa del Consumidor) y habiendo transcurrido más de 3 meses después de la compra original, la empresa demandada –que expresamente informa que cuenta con stock de mercadería- ofrece hacer la entrega del bien y otorgar una orden de compra de \$ 1.500,00 como atención a la clienta –seguramente para compensar las incomodidades causadas- pero tampoco cumple con esta propuesta (la cual fue aceptada en sede administrativa) y se provoca el segundo incumplimiento, siendo este más grave aún que el primero.- - - - -

- - - - - La cuestión es que, 6 meses después de la compra original la Sra. FRESNO demanda a FRAVEGA y la empresa, al momento de contestar la demanda, no reconoce ni siquiera en mínima medida su responsabilidad, tampoco ofrece la entrega del bien ni reparar el daño (cuando anteriormente de manera extrajudicial había ofrecido realizar una atención comercial a la clienta por \$ 1.500,00), por el contrario pretende poner en cabeza de la compradora la responsabilidad por la falta de entrega del producto (cuando con anterioridad se había comprometido a entregar el bien en el domicilio de la actora).- - - - -

- - - - - Considero que la forma de actuar de la demandada ha sido de una indiferencia y desinterés tal, que no puede ser tolerada. Abusando de su posición de privilegio frente al pequeño consumidor incumplió con su obligación e intentó desentenderse del problema se desentendió del problema y pretende cargarle la responsabilidad al consumidor.- - - - -

- - - - - A mi modo de ver no hay forma de justificar la conducta de la demandada (inicialmente incumplió y luego – cuando expresamente dijo que tenía stock de la mercadería- volvió a incumplir) y la misma debe ser severamente castigada, por lo indicado adhiero al voto de mi colega.- - - - -

- - - - - CONCLUSIÓN: En definitiva adhiero al voto anterior en lo que hace a la responsabilidad de la demandada y la condena al pago de daños punitivos, y disiento en lo que hace al daño moral reclamado.- - - - -

- - - - - Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta el carácter del reclamo, la conducta desaprensiva de la demandada y el resultado del proceso, sumado al hecho que la actora pudo haberse visto con derecho al reclamo efectuado, considero que el 100% de las costas deben imponerse a la accionada.- - - - -

- - - - - Ante las disidencias que anteceden y conforme a lo establecido por el art. 51 L.O.P.J. y Acuerdo N° 76, se pasan las actuaciones al Dr. Horacio A. COSTANTINO, quien dijo: - - - - -

- - - - - Discrepan mis colegas acerca de la procedencia del daño moral reclamado por la actora.- - - - -

- - - - - La experiencia permite juzgar que los vaivenes que debió afrontar la actora a raíz del incumplimiento, según el curso de los acontecimientos, dañaron las afecciones legítimas de la demandante. Considero que el minucioso examen de los hechos permite palpar el daño moral que el primer votante propone reparar.- - - - -

- - - - - Por ello, conforme al criterio recientemente sustentado en el expte. N° 6791/20 (r.C.A.), adhiero al voto del Dr. Rodríguez.- - - - -

- - - - - En consecuencia, la SALA B de la Cámara de Apelaciones: - - - - -

- - - - - RESUELVE: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, con costas.- - - - -

- - - - - II) Regular los honorarios de Alzada de los Dres. Fernando David GUEVARA y Hugo Alberto SANTAMARINA en el 30% de los fijados para primera instancia, y los del Dr. Gustavo César MASSARA en el 30% de los regulados a los abogados de la demandada para la instancia anterior; en ambos casos de los fijados en el punto II del

decisorio apelado, más el IVA si correspondiere.-----

----- Protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origne.-----

.....
Dr. Roberto M. IBAÑEZ Dr. Rodolfo Fabián RODRÍGUEZ
Juez de Cámara Presidente de Cámara

.....
Dr. Horacio A. COSTANTINO
Juez de Cámara

.....
SALVATIERRA

Dra. María Teresa
Secretaria de Cámara Civil