**Expediente: CF-13009-2016
Tribunal: Superior Tribunal de Justicia
Competencia: Recursiva
Fecha: 15/05/2017
Libro de Acuerdos: 2
N° de Registro: 97**[**Ver Dictamen**](http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/frm_Dictamen.aspx?id=286817)

**Voces Jurídicas
COMERCIO ELECTRONICO; DEFENSA DEL CONSUMIDOR; FALTA DE ENTREGA EN DESTINO;**

TEMAS: DEFENSA DEL CONSUMIDOR. COMERCIO ELECTRÓNICO. INTERMEDIARIO. FALTA DE ENTREGA EN DESTINO. PRUEBA INFORMÁTICA. DAÑOS PUNITIVOS. DAÑO MORAL.

(Libro de Acuerdos Nº 2, Fº 390/399, Nº 97). San Salvador de Jujuy, República Argentina, a los quince días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, la Sala I -Civil y Comercial y de Familia- del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, integrada por los Dres. Sergio Marcelo Jenefes, Beatriz Elizabeth Altamirano y Clara Aurora De Langhe de Falcone, bajo la presidencia del nombrado en primer término, vieron el Expte. Nº CF-13.009/16, caratulado: “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. Nº C-031.375/2014 (Cámara en lo Civil y Comercial -Sala III- Vocalía 7) Acción Emergente de la Ley de Defensa del Consumidor: Ferreiro Pablo Alberto c/ Mercado Libre S.R.L.”

El Dr. Jenefes dijo:

La Sala Tercera de la Cámara Civil y Comercial, en sentencia de fecha 15 de setiembre del 2016, resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta por Pablo Alberto Ferreiro en contra de Mercado Libre S.R.L. y condenar a este último a abonar al actor, en el plazo de diez días, la suma total de $87.393, la que en caso de incumplimiento, devengará un interés equivalente a la tasa activa del Banco Nación hasta su efectivo pago. Impuso costas al accionado vencido y reguló honorarios profesionales.

Para así resolver, consideró que las cosas habrían ocurrido del siguiente modo: El actor vio un aviso publicado en Mercado Libre sobre el bien que pretendía adquirir, aceptando que no incorporó su propuesta al sistema organizado por Mercado Libre, que aseguraba su intermediación. Pero el comprador utilizó el sitio de “Mercado de Pago” -que pertenece a Mercado Libre- y por eso inició una serie de consultas informativas.

De la documental acompañada resultó, que el actor envió el dinero de los teléfonos adquiridos mediante el sistema RapiPago, a la cuenta del vendedor, registrado en “Mercado Pago”. La empresa le adjudicó esa cuenta, sin que liberar el pago, a la espera que el comprador recibiera el envío de la mercadería, lo que no ocurrió. Asimismo como la actora no recibió la mercadería y advirtió a “Mercado de Pago” que no liberara el dinero, la empresa se hizo cargo del reclamo y lo tramitó por el procedimiento que llama “disputa”. De ahí la empresa dejó que el vendedor y el comprador solucionaran su conflicto el cual, al 23/10/13, no tuvo arreglo. Finalizada la disputa la empresa le comunicó al actor que -solucionado el problema pagaría- y si no avisarían al vendedor que reintegre su dinero.

Agregó el ad quem que finalmente el 25 de octubre Mercado Pago le comunicó al actor que daba por terminada la “disputa” y era a favor del vendedor porque acreditó el envío, liberando los fondos.

La Sala Sentenciante determinó que esto demostró el yerro grave de la decisión tomada puesto que, si la accionada conocía los mails del actor, que le advertía al vendedor que envió los teléfonos a Trelew, que no era el sitio de entrega, pues Mercado Pago conocía que el usuario adquirente vivía en Jujuy, no pudo salir decidiendo que con sólo acreditar el envío, el vendedor había acreditado la prestación pendiente.

Agregó que si el envío decidió la disputa, la decisión fue incorrecta, apresurada e inconsulta a simple vista pues, un mínimo de prudencia exigía al menos, la conformidad del actor de que recibió el producto.

Concluyó la Sala sentenciante que la mala decisión de Mercado Pago empobreció al actor, que no era eso lo esperado de acuerdo a sus promesas y seguridades del sistema que con solo consultar el sitio aparecen prometidas: seguridad, eficacia, prontitud, etc. La causa de la pérdida del actor es la negligencia de Mercado Pago.

Refirió que si el contrato de mandato no fuera una caracterización aplicable al caso, es innegable que las partes están inmersas en una relación de consumo. Mercado Pago o Mercado Libre, aunque fuera que actuó con motivo o en ocasión de una relación de consumo, resulta proveedor (de un servicio) y por lo tanto, sujeto al régimen específico.

Agregó que no cabe duda que el vendedor publicitó en Mercado Libre, y por eso éste percibe una tarifa, y como es lógico, Mercado Pago, al pagarle a la vendedora de los teléfonos intermediados, también obtuvo una comisión. Entonces Mercado Libre y Mercado Pago comercian a través de la red a la que acceden los usuarios. Así, pese a la ajenidad sostenida, actúa por un interés lógico y comercia con el servicio, ajustando sus tarifas al negocio. Está involucrado y tanto, que contribuyó a formar el consentimiento, elemento indispensable para la toma de decisiones.

Determinó el Tribunal que el desenlace de la disputa otorgó una solución tosca y es lo que permitió que el vendedor tomara el dinero, sin entregar la cosa al comprador.

Concluyó ordenando al demandado reintegrar el equivalente al daño provocado al actor, y es lo que deberá pagar, lo que acumulándose con más los intereses de la tasa activa del Banco Nación importa la suma de $28.271 (computándose desde la entrega del dinero hasta la fecha del pronunciamiento).

Encontró también procedente la aplicación de la multa del art. 52 de la Ley 24.240 por la suma de $40.000 que si bien es sancionatoria, importa aleccionar para desalentar la práctica de procederes inescrupulosos.

Consideró procedente el daño moral, para lo que no encontró atendible ceñirse a la vieja concepción de diferenciar entre lo contractual y extracontractual y en todo caso, la prueba de este daño es patente en el sentimiento de frustración que las más de las veces provoca el autoreproche, que suele padecer cualquier persona que, sin ser un incauto, termina perdiendo y lo determinó en la suma de $15.000. Asimismo encontró procedente el reintegro de la suma de $2.582,50 con más intereses señalados desde que fueron irrogados los pagos, lo que asciende a la fecha de la sentencia en la suma de $4.122.

En contra de este pronunciamiento, a fs. 2/25 vta. de autos el Dr. Carlos Alberto Alvarado (h), en representación de Mercado Libre S.R.L., interpone recurso de inconstitucionalidad.

Se agravia porque se imputa a Mercado Libre un obrar negligente, cuando su mandante cumplió acabada y diligentemente, el servicio de cobro y pagos ofrecidos a través de su plataforma de Mercado Pago. Asimismo que Mercado Libre resolvió la disputa, que el actor voluntariamente se sometió a su arbitrio, analizando los elementos que tenía a su alcance, considerando que –atento que Mercado Libre no conocía los términos de la presunta compra- el domicilio de entrega podía ser cualquiera que las partes convinieran y, ante la acreditación por parte del vendedor del envío de un paquete a nombre del actor, simplemente resolvió que el vendedor había acreditado “prima facie” su cumplimiento.

Se agravia por la indemnización fijada entendiendo que el daño emergente implica un enriquecimiento sin causa a favor del actor, a quien se concedió el valor de cinco canastas básicas en concepto de daño moral, en el marco de las actuaciones administrativas más la multa del daño punitivo, la que no sólo es inconstitucional, sino excesiva e improcedente refiriendo que en su caso debe deducirse.

En cuanto al daño moral refiere que jamás fue acreditado por el actor por lo que su reconocimiento es simplemente inadmisible. Sostiene que la sentencia simplemente presume patente un daño que el actor jamás siquiera ofreció probar, cuando la doctrina y la jurisprudencia son contestes en que debe seguirse un criterio sumamente restrictivo para la apreciación de su configuración.

Sostiene que la sentencia recurrida es irrazonable pues la reconstrucción de los hechos y la interpretación normativa realizada es contradictoria y se aparta de lo ocurrido en las actuaciones y normas invocadas. Agrega que resulta obvio que las condiciones de contratación, incluyendo el lugar de entrega del producto, fueron completamente ajenas a Mercado Libre, quien sólo intervino cuando se utilizaron sus servicios para enviar dinero al presunto vendedor.

Expresa, el recurrente, que el actor no acreditó las condiciones de contratación acordadas con el vendedor por lo que, ni Mercado Libre ni el a quo podían conocer el lugar de entrega pactado por lo que, la sentencia es infundada y arbitraria.

Agrega que no es cierto que su parte haya cobrado una tarifa por la publicación que presuntamente habría realizado el vendedor. Esto no se desprende de ninguna prueba aportada en estos actuados ya que el a quo decidió desestimar la prueba pericial informática ofrecida por su parte, con lo cual hubiera acreditado en que en el caso, el vendedor había elegido un tipo de publicación gratuita, es decir por la cual no abonó suma alguna de dinero.

Que es contradictoria su afirmación en el sentido que Mercado Libre intermedió en la compraventa de modo que contribuyó a formar su consentimiento.

Agrega que la sentencia se basa en hechos falsos pues Mercado Libre no participó en la compraventa en forma alguna por lo que no podía colaborar en la formación del consentimiento o conocer el domicilio de entrega pactado.

Se agravia sosteniendo que la aplicación del daño punitivo es inconstitucional pues el art. 52 bis de la LDC constituye una norma de naturaleza penal. Expresa la violación del principio de legalidad, pues el art. 52 bis permite la imposición de penas sin previa tipificación de la figura a sancionar ni una determinación del monto de la pena, confiriendo absoluta discrecionalidad a la autoridad de aplicación y a los jueces. Asimismo que el instituto tiene por objeto sancionar al proveedor cuando su accionar ha sido especialmente grave, lo que no ocurre en el caso.

Entiende que la sentencia produce la violación a su derecho de propiedad con un enriquecimiento indebido del actor. Ello produce un empobrecimiento del condenado, proporcional con el enriquecimiento de la víctima, más allá de la reparación del daño efectivamente sufrido.

Por último sostiene la ausencia de los presupuestos de la responsabilidad por haber cumplido Mercado Libre con sus obligaciones, tornándose inexistente un elemento indispensable para atribuirle responsabilidad, esto es, antijuridicidad de su conducta.

Subsidiariamente -en caso que no se hiciera lugar al recurso- solicita se reduzcan los montos atribuidos al actor en concepto de daños. Por último formula reserva del caso de federal.

Sustanciado el recuso, a fs. 38/56 de autos contestan los Dres. Esteban Velo y Javier Gronda en representación del Sr. Pablo Alberto Ferreiro solicitando su rechazo por los fundamentos que esgrimen y a los que me remito en honor a la brevedad. Formulan reserva del caso federal.

Integrado el Tribunal, habiendo dictaminado la Sra. Fiscal General Adjunto (fs. 69/74 de autos), la causa se encuentra en estado de ser resuelta.

Realizado el análisis de la causa traída a mi conocimiento, me adelanto en expresar que, debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad deducido.

Con relación a la excepcionalidad del recurso de inconstitucionalidad que –precisamente- impone una aplicación de él en extremo restrictiva, hemos sostenido que el vicio de la arbitrariedad, que alcance para descalificar el fallo, debe ser grave y tiene que probarse, y no cabe respecto de sentencias meramente erróneas o que contengan una equivocación cualquiera, si no padecen de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que lo descalifiquen como acto judicial (L.A. Nº 38, Fº 1390/1393, Nº 534), lo que no advierto en el caso.

Por lo demás, los fundamentos expresados por el Tribunal a-quo respecto a las cuestiones debatidas, no sólo resultan suficientes para sustentar sus conclusiones sino que no han sido adecuadamente controvertidas por el recurrente, quien se limita a exteriorizar las discrepancias que los mismos le provocan.

Concretando el estudio del caso, resulta que el recurrente se agravia cuestionando la apreciación de los hechos que realizó el Tribunal a quo y la falta de producción de la prueba informática oportunamente ofrecida por su parte.

En relación a los cuestionamientos vertidos en torno a la meritación de los hechos y la prueba producida en el juicio, no pueden ser acogidos. Ello así, por cuanto tal análisis, en principio, no constituye materia de revisión en la instancia extraordinaria, ya que tratándose de un juicio seguido por el procedimiento oral y en única instancia, la soberanía del Tribunal de la causa en relación a las mismas resulta indiscutible, de otro modo se vulneraría la esencia misma del sistema (L.A. 43 Fº 1199/1201 Nº 446, L.A. Nº 44, Fº 804/806, Nº 369, L.A. 46 Fº 709/710, Nº 283).

Sin perjuicio de ello, diré en relación a la prueba informática ofrecida, que en la apertura a prueba se la consideró inconducente para la resolución de la causa, adelantando que -de considerarse necesaria- oportunamente se la proveería. Asimismo si bien (a fs. 131 del expediente principal) el accionado insistió en su producción, su petición no tuvo acogida por deducirse el planteo extemporáneamente. Asimismo al ser notificado del llamado de autos para resolver, el ahora recurrente, no formuló ninguna manifestación.

De ello advierto, que si bien en consonancia al derecho al debido proceso las partes tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que estimen conducente, ello debe cumplirse conforme las reglas que regulan el procedimiento, debiendo ser diligente en su pretensión.

Por eso se dijo que la garantía de defensa en juicio se vincula con el principio de contradicción “ello no significa que aquellas deban ser oídas y tengan derecho a producir prueba en cualquier momento y sin ninguna restricción formal, ni tampoco, que el desarrollo del proceso se encuentre supeditado al ejercicio efectivo de tales facultades. En otras palabras, la garantía de la defensa no impide la reglamentación de los derechos de las partes en beneficio de la correcta substanciación de las causas, y no puede ser invocada por quienes, por simple omisión o negligencia no hicieron valer sus pretensiones o defensas, o no ofrecieron o produjeron sus pruebas en la oportunidad y forma previstas por las respectivas normas procesales” (Palacio en Derecho Procesal Civil, T. I, Ed. Abeledo-Perrot, Ed. 1986, p. 147).

Por lo demás, la prueba incorporada a la causa ha sido valorada adecuadamente por el Tribunal a quo puesto que, más allá del beneficio que la firma Mercado Pago obtiene con la operación realizada, conforme las promesas y seguridades ofrecidas a los usuarios en su página de Internet y los mails acompañados y reconocidos por las partes, resulta acreditado cuanto menos una falta de diligencia de la accionada, puesto que pudo constatar con el consumidor la recepción del producto adquirido –librando el mail correspondiente-, a pesar de que el supuesto vendedor adjuntara un comprobante de envío de correo y recién allí liberar los fondos. Ello hace a la prestación de un servicio profesional que es lo que ofrece puesto que, cuanto mayor es 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 (art. 1725 del CCyCN).

Que la intermediación en comercio electrónico se encuentra alcanzada por la ley del consumidor, por ello se ha sostenido, que el sistema de comercio por medios electrónicos, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte (C.N.Civ. Sala K “C.E.M.c/ Mercado Libre S.A.s/ daños, el Dial.com AA83B9; Cfr. Liliana Shcavartz, Derecho del Consumidor según la Ley 24.240 y el Código Civil y Comercial, Ed. García Alonso, Pág. 67).

Aparece relevante la publicidad que ofrece Mercado Pago sosteniendo que es un pago seguro y especificando “que una vez que se acredite el pago, recibirás el producto. Si no lo recibes o tienes algún problema, protegeremos tu dinero y te ayudaremos” (fs. 32) y conforme el art. 1106 del CCyCN las precisiones formuladas en la publicidad se tienen incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

Resulta interesante y aplicable al caso el análisis de los contratos conexos en tanto se sostiene “ …acreditada la conexidad de los distintos contratos y el aprovechamiento económico común, cualquiera de los contratantes podría oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. La misma regla se aplica cuando la extinción de unos contratos produce la frustración de la finalidad económica común… En el caso de quien organiza y administra una plataforma tecnológica y predispone los términos de los contratos, ese fundamento tendría especial relevancia. De este modo y en virtud de la conexidad contractual existente, sería responsablemente por el daño causado al usuario-comprador, aún cuando el incumplimiento contractual ocurrió en un contrato del cual el titular de la plataforma no es parte, es decir, en el contrato celebrado entre el usuario-comprador y el usuario-vendedor” (Cfr. Romina Iannello, “La conexidad contractual y los contratos de consumo Comentario al fallo, Mercado Libre S.R.L. c/Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial”).

De lo que resulta el accionado no puede pretender eximirse de responsabilidad sosteniendo que no intervino en la compraventa.

En cuanto al agravio referente al daño punitivo fijado debo decir que el planteo del recurrente no resulta atendible pues, el art. 52 bis de la Ley 24.240 –vigente aún cuando el Código Civil y Comercial no contempla tal instituto- incorpora la multa civil de manera independiente de las otras indemnizaciones que correspondan. Es un adicional que puede concederse al perjudicado por encima de la indemnización de daños y perjuicios que pudiera corresponder (Cfr. Jorge Moset Iturraspe - Javier H. Wajntraub, Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240, Ed. Rubinzal-Culzoni, Pág. 279).

Ello porque el daño punitivo -como ya lo dijimos - (previsto en el art. 52 bis de la Ley 24240 -reformada por Ley 26.361) se aplica a las relaciones de consumo y consiste en una multa civil a favor del consumidor, a pedido de parte, que se aplica a los proveedores, en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Al respecto este Superior Tribunal de Justicia –en su anterior integración- en sentencia registrada en Libro de Acuerdos Nº 56 Fº 2357/2366 Nº 680 sostuvo “… en las conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se dejó sentado que: “La multa civil del art. 52 bis de la ley 24.240 presenta importantes deficiencias técnicas, pero éstas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados. Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de derechos constitucionales. En consecuencia, es necesario atender a los siguientes efectos. Requisitos: Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasunten menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición y también en los supuestos de ilícitos lucrativos con la finalidad de desmantelar plenamente sus efectos”.

Y agregó “…Teniendo en cuenta esta postura mayoritaria, coincido con Pizarro y Junyent Bas respecto a las notas típicas que configuran el daño punitivo y que pueden ser tenidas en cuenta por el juzgador para evaluar -en el caso concreto- la procedencia o no del instituto: a) el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales; b) la gravedad de la falta, como dato objetivo que no requiere necesariamente de un daño físico o patrimonial pero que de algún modo debe impactar en el consumidor, tal como sería la hipótesis del art. 8 bis de la L.D.C.; c) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; d) los beneficios procurados u obtenidos por el ilícito; e) la posición del mercado o de mayor poder del punido; f) el carácter antisocial y reprochable de la inconducta y su repercusión en el medio social, es decir, el factor de atribución subjetivo, que se descubre ante el menosprecio a los derechos de los consumidores y usuarios; g) la finalidad disuasiva futura perseguida; h) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, debiendo también considerarse muy especialmente la conducta asumida sea en sede administrativa, sea en sede judicial; i) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado y j) los sentimientos heridos de la víctima (cfr. “El factor de atribución necesario para la aplicación del daño punitivo” Junyent Bas, Francisco – Garzino, M. Constanza, 28/11/12, MJ-DOC-6089-AR MJD6089). En conclusión, no cualquier incumplimiento acarrearía la aplicación de la multa a solicitud del consumidor, sino que debe tenerse en cuenta la gravedad, la reiteración, la indiferencia, el menosprecio hacia el consumidor, el desdén, la indiferencia o la eventualidad de que la conducta se repita (Tinti y Roitman, “Daño Punitivo” en “Eficacia de los derechos de los consumidores”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, pág. 217, Rubinzal-Culzoni, 2012)” (Libro de Acuerdos Nº 58, Fº 1722/1727, Nº 488).

De las constancias de la causa resulta que el actor acudió a una instancia conciliadora ante la Dirección Provincial de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial sin que compareciera el accionado a ejercer su defensa. Asimismo si bien este último pretende la deducción del importe impuesto como multa en dicha instancia, no sólo no acredita haberlo abonado sino que ello es desconocido por el actor. De lo que resulta no sólo la conducta negligente del proveedor produjo un daño y llevó al actor a demandar, sino denotó una actuación posterior reprochable que justifica la sanción aplicada.

Por lo demás, el Tribunal sentenciante justificó su decisión poniendo en evidencia que con ella pretende desalentar la práctica de procederes inescrupulosos e instar a los operadores de este tráfico sistematizado, para que lo mejoren y hagan cierto lo que prometen, lo que resulta fundamento suficiente, conforme demás constancias de la causa, para aplicar la multa civil.

A mayor abundamiento, esta Sala I –Civil y Comercial y de Familia- del Superior Tribunal de Justicia ya se expidió sobre la sanción punitiva y dijo “…Asimismo, entiendo que falló bien el tribunal sentenciante al rechazar la declaración de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la L.D.C. A la luz del art. 42 de la Constitución Nacional que incluye entre los nuevos derechos y garantías una protección especial a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, no puede sostenerse la inconstitucionalidad del artículo citado o su incompatibilidad con los principios y valores que la Constitución consagra. Entendemos que el instituto no se presenta incompatible con la Constitución Nacional ni con el sistema represivo puesto que tiende al castigo y prevención de conductas dañosas, desalentando la reiteración de conductas similares” (L.A. Nº 1, Fº 456/462, Nº 131; 07/11/16).

En cuanto a la indemnización fijada por daño moral este Superior Tribunal de Justicia en voto de la Dra. Falcone al que adherí (Libro de Acuerdos Nº 58, Fº 4145/4151, Nº 1175) ya se pronunció sosteniendo que la reparación del agravio moral se debe conceder con cierta estrictez. En este sentido se pronunció la mayoría de esta Sala I -Civil y Comercial y de Familia- en la causa registrada en L.A. Nº 1, Fº 513/525, Nº 147.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia citada debe completarse a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que contempla la unificación del régimen de responsabilidad, consagrando el principio de “reparación plena”, poniendo especial atención en la defensa de los derechos del consumidor que es la parte débil del contrato, fijando principios generales de protección mínima, para fortalecer el sistema tuitivo de la ley especial, ratificando expresamente la prevalencia de sus normas y la interpretación más favorable al consumidor (art. 7 CCyC).

Con esta mirada, el juez debe valorar, en función de las circunstancias del caso, la existencia cualitativa y cuantitativa del perjuicio moral y su demostración, sin atenerse a pautas rígidas.

En el caso particular, de las constancias de la causa surge, no sólo que el consumidor se vio privado del uso de los teléfonos que pretendió adquirir y perjudicado por la indisponibilidad del dinero depositado para su compra, sino los malos momentos, pérdida de tiempo, constantes intentos de comunicación y la frustración que experimentó al sentirse estafado, cuando tomó los recaudos necesarios para realizar una transacción que aparecía publicitada como segura.

En definitiva existen suficientes elementos para admitir la reparación del agravio moral, ante la falta de respuestas satisfactorias oportunas, la necesidad de reclamar reiteradamente frente a la indiferencia de la demandada y las expectativas frustradas como cliente de una empresa de renombre, razonablemente tales afecciones deben resarcirse.

Asimismo debo señalar y advertir que tales consideraciones deben ser apreciadas en cada caso concreto conforme las circunstancias del mismo y la prueba acompañada.

En este sentido se dijo “En las relaciones de consumo la mera afección a cualquier derecho o interés digno de tutela jurídica, aun cuando leve, no está exenta de reparación. No se trata en el caso de una trivialidad o las necesarias molestias mínimas que genera la convivencia humana, conforme a su propia naturaleza, sino de la lesión a un interés legítimo del consumidor y de parte de un proveedor que, con ello, procuraba la obtención de un beneficio económico propio. Es que “...evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en término de validez general o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño. Es la que sugiere caso por caso su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno”… “…Finalmente cabe considerar que no corresponde entrar a valorar un pedido de disminución de la condena del daño moral fijada prudencialmente, si el recurrente no demuestra que el arbitrio judicial ejercido para determinar ese monto ha resultado manifiestamente irrazonable, y al mismo tiempo no propone el monto que, a su parecer, debía ser objeto de condena” (Cam. 5ª de Apelciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 13/06/2016, sent nº 106, “Colazo Miguel Ángel c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G., Expte. Nº 2197460/36” el Dial. com - AA9958).

De lo señalado resulta que la interpretación realizada por el Tribunal a quo es razonable por lo que corresponde rechazar el agravio invocado.

Por las razones aludidas corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Dr. Carlos Alberto Alvarado (h) en representación de Mercado Libre S.R.L.

Imponer las costas por la actuación en esta instancia extraordinaria a la recurrente vencida (art. 102 del C.P.C.).

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de los Dres. Carlos Alberto Alvarado (h), Esteban Velo y Javier Gronda, por su actuación en esta instancia recursiva, conforme los arts. 6, 11 y cctes. de la ley de aranceles, en las sumas de $ 3.670, $ 2.622 y $ 2.622 respectivamente.

Dichas sumas devengarán igual interés y desde igual fecha que el capital hasta el efectivo pago, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder.

La Dra. Altamirano adhiere al voto del Dr. Jenefes.

La Dra. de Falcone dijo:

Coincido tanto con la solución como con los fundamentos expresados por Presidencia de Trámite en el voto traído a mi conocimiento.

Sin perjuicio de ello considero que en el caso, a más de lo expuesto, se ha violentado además el trato digno contemplado en el artículo 1097 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto estatuye que “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores”. “La dignidad de las personas debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos”.

En el proceso que nos convoca ha demostrado la accionada una situación de desprecio por la situación del consumidor, violentando lo dispuesto por el art. 1100 del cuerpo legal citado, en tanto expresa la obligación del proveedor a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato.

Por otra parte, se entiende que existe -entre el proveedor y el consumidor-cliente-, superioridad técnica, razón por la que el consumidor se ve obligado a confiar, a creer y aceptar los precios, calidades y condiciones que el mismo le ofrece, razón por la que se encuentra en relación al proveedor del bien o servicio en situación de inferioridad, lo que en el derecho del consumidor se ha dado en llamar la parte débil del acuerdo. La protección del débil fomenta a cubrir las desventajas de quien no está informado suficientemente sobre lo que adquiere.

Como lo sostuve en diversas oportunidades, la ley del consumidor ha establecido de alguna manera una forma de paridad de condiciones, a través de acciones proteccionistas que persiguen compensar la diferencia de fuerzas.

El adquirente o consumidor deposita su confianza en quien le vende el producto, toda vez que entiende que el mismo conoce lo que vende, de allí que lo que se tiende a proteger es la confianza, en el sentido de que el negocio o manifestación de la voluntad constriñe, no porque así se ha querido, sino principalmente porque el otro contratante ha creído cuanto se le ha dicho. Esta tutela de la confianza se basa especialmente en la valoración objetiva de las situaciones, cuando el interesado (el consumidor) ha tenido motivos para fiarse de que quien le ofrece un producto, le va a vender lo correcto y adecuado para la finalidad que perseguía y que las condiciones de venta serán respetadas.

Resulta importante dispensar tutela especial a la confianza del consumidor, en razón también de la complejidad del tráfico, que hace exigible la protección responsable del mismo (art. 42, ley 24.240). La confianza como principio de contenido ético, impone a los operadores un inexcusable deber de honrar las expectativas; así lo ha entendido la CNCom. Sala B, 28-12-2000, en la causa “Multidiseña S.A y otro c/ BBV Banco Francés S.A., Lexis Nº 1/500051.

Me interesa agregar que en ocasión de expedirme en sentencia registrada al Libro de Acuerdos Nº 58, Fº 4145/4151, Nº 1175, sostuve en relación al daño punitivo que “…. tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares. La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2009-B, 949)”.

Dije que: “Si bien la norma sólo exige el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob. cit.).”

Referí también que: “Es unánime la doctrina al entender que no cualquier incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos. Algunos distinguen en él una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad. La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria -la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria- (conf.: Irigoyen Testa, Matías).”

Expresé que: “… la finalidad perseguida con este tipo de instituto debe apuntar a sancionar al causante de un daño inadmisible con eventual proyección social y hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa, con una finalidad ejemplificadora y disuasoria respecto de su reiteración. Sobre esta base, debe concluirse en que la mención que realiza el artículo 52 bis de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del "incumplimiento de una obligación legal o contractual" debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable del daño, debiendo verificarse que el agente dañador ha actuado con "dolo" o "culpa grave", o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados…”, extremos que concurren en el caso que nos convoca.

Ahora bien en relación al agravio articulado respecto a la indemnización por daño moral determinada por el a-quo, me interesa expresar que si bien en el fallo registrado al L.A Nº 58, Nº 1175 me expedí sobre el rechazo de la indemnización del daño moral peticionado en aquellos autos, en sentencia registrada al L.A. Nº 1, Fº 513/525, Nº 147 lo consideré procedente, ello en atención los extremos que fueron invocados al motivar tal pedido, dejando aclarado en esos autos que corresponde evaluar en cada caso las circunstancias que rodean el hecho dañador y sus efectos. En virtud de ello coincido con el voto de Presidencia de trámite en el caso que nos ocupa, respecto a su procedencia conforme los motivos que claramente expone el voto traído a mi consideración.

Finalmente me interesa destacar que los agravios traídos a consideración, no logran superar las disconformidades del quejoso respecto de los fundamentos que sustentan el fallo, así lo entendió el Superior Tribunal de Justicia en su anterior integración al expresar que “el recurso no debe tener por objeto abrir una instancia ordinaria más donde puedan discutirse decisiones que se estimen equivocadas. Es decir, que la tacha de arbitrariedad no cubre meras discrepancias entre lo decidido por el juzgador y lo sostenido por las partes” (L.A. Nº 38, Fº 1390/1393, Nº 534).

Entiendo que el fallo cuestionado, resulta una derivación razonada de los hechos y pruebas colectadas en el proceso principal y ajustada al derecho vigente, no vislumbrando la suscripta la arbitrariedad endilgada al mismo.

Así voto.

Por ello, la Sala I – Civil y Comercial y de Familia- del Superior Tribunal de Justicia de la Provicia de Jujuy,

Resuelve:

1º) Rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Dr. Carlos Alberto Alvarado (h) en representación de Mercado Libre S.R.L.

2º) Imponer las costas por la actuación en esta instancia extraordinaria a la recurrente vencida.

3º) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Carlos Alberto Alvarado (h), Esteban Velo y Javier Gronda, por su actuación en esta instancia recursiva, conforme los arts. 6, 11 y cctes. de la ley de aranceles, en las sumas de $3.670, $2.622 y $2.622 respectivamente.

4º) Añadir a las sumas detalladas igual interés y desde igual fecha que el capital hasta el efectivo pago, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder.

5º) Registrar, dejar copia en autos y notificar por cédula.

Firmado: Dr. Sergio Marcelo Jenefes; Dra. Beatriz Elizabeth Altamirano; Dra. Clara Aurora De Langhe de Falcone.

Ante mí: Dra. Sara Estela Rosenblath – Secretaria Relatora.