

Voces: MULTA - LOTERIAS Y CASINOS - PUBLICIDAD ENGAÑOSA - ESPECTÁCULOS PÚBLICOS - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - DAÑOS Y PERJUICIOS - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - LEGITIMACIÓN ACTIVA

Partes: Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y otros c/ Instituto Provincial de Juegos y Casinos | amparo

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza

Sala/Juzgado: Tercera

Fecha: 6-jun-2012

Cita: MJ-JU-M-73007-AR | MJJ73007

Producto: MJ

Aplicación de multa civil al Instituto Provincial de Juegos y Casinos, pues la promoción de recitales como estrategia publicitaria resultó engañosa, y lo que es peor dirigida a un público incauto o ingenuo como modo de captación de su voluntad, lo que se suma la actitud permisiva de admitir la venta de las entradas de dichos recitales en salones a los que comúnmente no permitiría el ingreso a menores de edad.

Sumario:

1.-Corresponde hacer lugar a la imposición de la multa civil solicitada por los actores damnificados contra el Instituto Provincial de Juegos y Casinos, pues la publicidad pregonada por la demandada resultó contraria a los intereses de niños, niñas y adolescentes, ya que no solo la misma se encontraba dirigida a ellos, sino que además explotaba su inexperiencia y credulidad invitándolos además a comprar su entrada a los recitales promocionados en las mismas instalaciones que desde antaño resultan prohibido su ingreso a menores de edad, a quienes estaba dirigida la estrategia publicitaria.

2.-Resulta evidente que el demandado no solo ha transgredido todas las normas de protección del consumidor invocadas, sino que ha actuado en forma negligente, a lo que debe calificarse como culpa grave, en desmedro del interés superior del niño y por extensión a todos los adolescentes, a quienes con ardides publicitarios pretendió captarse ofreciéndole promociones -entradas con descuento- y permitiendo su ingreso a salas del Casino, cuando el mismo sabía o debía saber que el referido ingreso se encontraba absolutamente prohibido para los mismos.

3.-La accionada voluntariamente asumió y diseñó una estrategia publicitaria de promoción del Casino destinada a vender al producto Casino de Mendoza al público en general y principalmente al público adolescente, dada los condiciones especiales, su actividad organizada, que resultaba conector del manejo de las actividades lúdicas, que cuenta con un cuerpo de asesores letrados, que podía o debía

prever las consecuencias dañosas que pudiese afrontar en tren de vender su producto o promocionar al Casino mediante un ardid, resulta por consecuente mayor la responsabilidad que le cabe, subsumible por ende bajo el concepto de culpa grave.

4.-En cuanto a los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, no se puede de dejar de tener en cuenta el marco y estrategia publicitaria realizada como el auspicio, organización y realización de recitales de personajes de la farándula convocantes para el público mayor y adolescente (preponderantemente), no solo para quienes se interesan por el rock, como también el predicamento y la cantidad de fans, esencialmente menores y adolescentes, ello torna que la cantidad de público convocada por ambos recitales mediante la publicidad engañosa determine que las ganancias reportadas por dichos recitales a favor del demandado sea importante y a tener en cuenta a los fines de la determinación del reclamo.

5.-Por más que existen voces que se alzan en cuanto al destino de la multa que favorece al que accionó o motivó el colectivo, entendiendo que existiría un enriquecimiento sin causa, es dable decir que la causa se encuentra motivada y está dada por la comisión del hecho antijurídico, destinado a quien resultó artífice de la declaración de responsabilidad, por lo que la multa civil que se impone solo puede ser reclamada por el consumidor afectado y que interpuso la presente acción de clase.

6.-Sería correcta la modificación del art. 52 bis LDC, pues por más que exista la facultad prudencial del juez de adaptar las normas al caso concreto, la legitimación como el destino de la multa para con la Asociación de Consumidores actora se encuentra vedada por la norma de referencia, resultando inadmisibles su pretensión punitiva, sin perjuicio del análisis de la posibilidad de admitir, en tanto se cumplan con los recaudos de otorgar dicha multa al damnificado o afectado.

7.-La publicidad engañosa se encuentra regulada en el art. 9 de la Ley de Lealtad Comercial, reconociendo como engañosa toda aquella publicidad que pueda inducir a engaño, error o confusión sobre las cualidades o calidades del bien o servicio publicitado; engaño que puede provenir ya sea de una exageración sobre las cualidades o calidades que el producto o servicio no posee, o bien de la omisión de información sobre determinadas características específicas de estos, resultando además que la exageración resulta ser una característica propia del anuncio publicitario tendiente a conmover al espectador movilizándolo a partir de sus emociones.

8.-Debe rechazarse la multa prevista en el art. 9 de la ley. 22802, pues quien resulta exclusivamente legitimado para la fijación, imposición, percepción, cobro y destino de las referidas multas es la autoridad nacional o en su caso la autoridad provincial de aplicación, mientras que el efector judicial intervendría en grado de apelación, por lo que se advierte la carencia de: a) legitimación de la parte actora para solicitar la imposición de esta multa; b) la vía elegida, que resulta inidónea para la referida petición y c) competencia de este Tribunal para su condena.

En Mendoza, a los seis días del mes de junio de dos mil doce, reunidos en la Sala de Acuerdo, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 123.447/34.441, caratulados "PROTECTORA ASOCIACION DE DEFENSA AL CONSUMIDOR Y OTS. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE JUEGOS Y CASINOS P/ AMPARO", originarios del Quinto Juzgado Civil, de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 272/82 contra la sentencia de fs. 258/64.

Llegados los autos al Tribunal, de la expresión de agravios formulada se ordenó correr traslado a la contraria, quedando los autos en estado de resolver.

Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. COLOTTO, MASTRASCUSA y STAIB.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver.

PRIMERA CUESTION:

¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTION

Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO:

1º) La sentencia de primera instancia glosada a fs. 258/64 declaró la causa abstracta omitiendo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada por falta de interés actual, desestimando la solicitud de aplicación de daño punitivo y la reparación económica formulada por el demandante, imponiendo costas.

2º) El decisorio fue recurrido por la actora, expresando agravios a fs. 272/82, manifestando disconformidad con el fallo apelado, se agravia porque arguye la carencia de elementos para considerar abstracta la causa. Recuerda cual fue el objeto de la demanda (declaración en infracción por las acciones u omisiones que han producido o se produzcan riesgos efectivos o daño para la salud y/o patrimonio de los consumidores o usuarios); que en los considerandos la sentencia afirma el hecho objetivo de la infracción y la subsistencia al momento del fallo.

Dice que el fallo considera que existió la infracción pero que no resulta plausible de sanción, por que el inocente casino cometió un error de alguien inexperto, sin detenerse en que los recitales se realizaron y que las entradas se vendieron tal con el beneficio económico que acarrió. Que violó todas las disposiciones de la ley de defensa del consumidor, como la de defensa de la competencia, pero no amerita sanción.

Denuncia la actualidad de la lesión de los derechos, que no obsta la declaración de infracción el tiempo en el proceso y que por tratarse de publicidad engañosa su materialización es objetiva, no pudiendo este redimirse, reafirmando la subsistencia de la infracción.

Luego de ello realiza una serie de consideraciones respecto de la referida subsistencia reiterando lo manifestado en su demanda, al igual que lo referido a la amplitud de la campaña publicitaria y la violación de la legislación que cita (ley 5.547, 24.240, 22.802).

Considera que la sentencia recurrida cuando pretender declarar abstracta la causa, se olvida que la infracción fue cometida y que con la acción se pretende recomponer el derecho y obligar al demandado a no efectuar acciones lesivas y corregir la acción de aprovechamiento evidente de la accionada.

Se agravia también sobre la falta de procedimiento para la reparación económica de los usuarios, al considerar que la a quo ha cometido error in indicando, puesto que si bien reconoce que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, descarta el mismo por la falta de acreditación del daño, entendiendo el apelante que el daño se desprende per se y la carga de laprueba es de la demandada y que no obstante que los usuarios afectados no hayan comparecido al proceso, no es una carga que los

inhabilita para obtener un pronunciamiento colectivo, la publicación les garantiza, que la demandada no se podrá abstraer de cumplir con una sentencia que la condene al pago de los daños, descartando que la sentencia pueda omitir pronunciamiento respecto de la responsabilidad por daños, en el que los usuarios por cuerda podrán por vía incidental establecer sus casos en forma individual.

3º) Corrido el correspondiente traslado, este es contestado por el Instituto Provincial de Juegos y Casinos (IPJyC) a fs. 289/91, quedando luego en estado de resolver.

4º) Cabe destacar que la a quo en la fundamentación de la sentencia apelada, señaló que los hechos sobre los que se fundaba la acción se encontraban acreditados donde se demostraba que la publicidad efectuada por el Casino de Mendoza, perteneciente al Instituto Provincial de Juegos y Casinos (destinada a publicitar los recitales de Andrés Calamaro y Winsin & Yandel Evolution Tour), no cumplían con las exigencias de las leyes 24.240 y 22.802, (v.g. "comprá tu entrada con descuento en Casino de Mendoza" y que la venta de entradas se realizaba en el salón Ozono del Casino) remitiéndose a lo manifestado en el despacho de la medida cautelar ordenada, la que luego de notificada, la accionada suspendió la publicidad que realizaba por medio de radio, televisión, prensa, gigantografías, etc., del recital de "Winsin y Yandel Evolution Tour", - por cuanto el de Calamaro ya se había realizado - y la adecuó a las exigencias de la ley 24.240 y que eran consignar: precio normal de la entrada, tipo de entradas sujetas a descuento, porcentaje de descuento o valor de venta con descuento, lugar de venta con descuento, fecha de inicio y finalización de la promoción de la venta con descuento o cantidad de entradas con descuento disponibles, formas de pago y validez territorial de la promoción, ordenándole la prohibición de ingreso al Casino a menores de edad para la compra de entradas y publicitar la prohibición.

Destaca en su resolución que la referida publicidad violaba todas las normas que tienden a proteger a los consumidores, especialmente los artículos 4 y 7 de la ley 24.240 modificada por ley 26.361 (que pecaban de vaguedad, que no establecía porcentaje de descuento, cantidad de entradas a vender con descuento, a cuáles de ellas se aplica el descuento, si el pago es al contado o también con tarjetas, el tiempo de duración de la promoción); que se verificó que la boletería para la adquisición de entradas de los referidos espectáculos estaban en el ala este de juegos y las cajas expendedoras eran las cajas de cambio de fichas para tragamonedas y boletería, que las entradas de menor valor no se podían adquirir con descuento y que esa el Casino no las vende, que contradecía la gigantografía que aparece en la marquesina del Casino, de la cual se lee "entrada con descuento". Que se le permitió el ingreso a un menor al Casino y a la Sala de Juegos de tragamonedas y se le vendió una entrada para un concierto.

Concluye que la publicidad que se vino haciendo de ambos espectáculos fue engañosa y contraria a la ley de Defensa del Consumidor y la ley de Lealtad Comercial 22.802, que el haber ofrecido en venta las entradas en la sala Ozono del Casino de Mendoza, permitiendo el ingreso de menores de edad al Casino, resulta de gravedad para la salud espiritual y moral de los menores.

Que además consideró que fue el mismo Instituto Provincial de Juegos y Casinos, el que reconoció los defectos en la publicidad, que alegó haber dado la orden de suspender la referida publicidad, pero que para la a quo resultaba insuficiente conforme a la prueba rendida la que acreditó que se continuaba promocionando el recital de Andrés Calamaro en los mismos términos en que se venía haciendo la publicidad, como también en la marquesina del Casino de Mendoza, continuaba el ofrecimiento de la venta de entradas con descuento, sin ninguna otra aclaración, del concierto de Winsin y Yandel a esa fecha.

Concluyó que el Casino de Mendoza violó las disposiciones del art.40 de la ley provincial 5.547, arts.4, 5 y 7 de la ley 24.240 modif. por ley 26.361, y art.9 de la ley de lealtad comercial N° 22.802.

Sin embargo consideró que cuestión había devenido en abstracto por haberse cumplido el objeto

perseguido por los consu-midores.

En cuanto a la solicitud de la aplicación de la multa que prescribe el art.9 de la ley 22.802, el art.57 de la ley 5.547 y el art.47 de la ley 24.240 y la sanción de daño punitivo del art.52 bis de la LDC, considera de estos últimos que responden a un mismo concepto (arts.52 bis y 47 inc.b) de la ley 24.240), que el art.57 de la ley pcial es igual al art.47 de la LDC y que el art. 9 de la ley 22.802 es ajeno a la cuestión planteada.

Que referido a la pretensión de imposición del daño punitivo (art.52 bis LDC), lo rechaza por cuanto la conducta desplegada por la demandada al elaborar la publicidad de los recitales no reviste la gravedad que requiere la aplicación de la multa y que no evidencia dolo o culpa grave. Que el Casino compite con otros casinos privados y debe tenerse en cuenta que en esa competencia, parte de los ingresos que percibe este se destinan a actividades que el Estado provincial realiza en beneficio del bien común, para lo cual debe desplegar distintas estrategias comerciales publicitarias y promocionales para obtener mayores ingresos y que en dicho interés considera que quizás lanzó la publicidad sin el debido asesoramiento de su cuerpo de letrados y de tal modo, por un acto de simple imprudencia o negligencia, ignoró disposiciones legales.

Considera además que el menor entró a instancia de su progenitora para preconstituir prueba, como consta en el acta de fs.15/16.

Descarta que si bien la publicidad fue engañosa y que las entradas se hayan vendido en una sala donde se venden fichas para el juego de tragamonedas, sea suficiente para aparejar inducción subliminal al juego o un grave daño psíquico, ello sin dejar de reconocer los derechos del niño.

Rechazó también la pretensión de la reparación económica a los damnificados conforme el art.54 inc.3 de la ley 24.240, puesto que si bien se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, ninguno de los demandantes han acreditado el daño invocado ni la relación causal entre la deficiente prestación del servicio por parte del Casino y el presunto daño sufrido, carga probatoria que sobre ellos pesaba, que la publicación edictal no compareció otro consumidor al proceso.

5º) La apelación se funda en los siguientes elementos:a) carencia de elementos para considerar abstracta la causa, b) la falta de aplicación de la multa de la ley de lealtad comercial y el daño punitivo, c) la falta de procedimiento para la reparación económica de los usuarios.

Con respecto al primero de los tópicos se advierte que si bien se comparte los fundamentos expresados por la a quo (en cuanto a la acreditación de la publicidad engañosa), resulta a tenor de los mismos, incongruente el razonamiento efectuado al declarar abstracta la causa, cuando la misma ha verificado conforme a la cautelar ordenada, a la prueba colectada y a las consideraciones realizadas el incumplimiento por parte de la entidad demandada de las normas que protegen al consumidor.

Es que debe admitirse, tal como lo dice la apelante, que el objeto de la pretensión fue "la declaración en infracción por las acciones u omisiones que han producido o se produzcan riesgos efectivos o daño para la salud y/o patrimonio de los consumidores o usuarios" y que dicha pretensión tuvo su correlato, en los considerandos de la sentencia apelante, habiéndose admitido, conforme a la fundamentación expuesta en el acápite anterior el hecho objetivo de la infracción (publicidad engañosa, el haber permitido a los menores de edad ingresar a las dependencias del Casino) y que además dicho hecho y en relación al recital de Andrés Calamaro se consumó, habiendo persistido la infracción para el recital de Winsin y Yandel, por la constatación que la a quo hizo personalmente (marquesina del Casino de Mendoza).

Sin perjuicio de considerar que en materia de amparo, debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales, sino

también los sobrevinientes, sean agravantes o no y que resulten de las actuaciones producidas y que no cabe pronunciarse si la cuestión se torna abstracta, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece como excepción a la necesidad de no pronunciarse, cuando la conducta que provocó el litigio se puede repetir o resulta necesario resolver para dar solución a cuestiones colaterales o dañosas para las partes, o puede tener incidencia en casos análogos a producirse en el futuro (CSJN, 7/8/98, "Telefónica de Argentina c/ Poder ejecutivo", LL, 1998-C-607).

La doctrina señala que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos tiene cuatro excepciones en dicha materia a saber: a) cuando existen daños colaterales que el demandante pueda sufrir una vez desaparecido el agravio principal; b) cuando el agravio o daño es de muy corta duración y generalmente ha cesado cuando se llega a la sentencia. El mismo resultará procedente cuando se cumpla con dos requisitos: 1º) que el caso pueda repetirse en cualquier momento; 2º) que la duración del daño producido sea tan breve que se convierta en abstracto antes de que se obtenga el control judicial; c) cuando el demandado voluntariamente se allana a la demanda pero puede incurrir en la misma conducta en cualquier momento y d) cuando se dan las llamadas "acciones de clase" (class actions), es decir aquellas que puedan involucrar un grupo innominado de individuos. En este caso, aun cuando el caso sea abstracto al momento en que uno de ellos obtenga sentencia, existe interés en resolver el caso" (BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad" p. 144, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1992; Hart and Wechslers, *The Federal Courts and The Federal System*, ps. 201 y sigtes., 3ª ed., The Foundation Press, New York, 1988, Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., *Constitutional Law*, ps. 60 y sigtes., 4ª ed., West Publishing, St. Paul, Minn., 1991).

Doctrina de la Corte Americana que ha sido seguida por la CSJN en fallos 247:466; 253:346; 257:227; 307:2061 y de la cual si bien no ha existido pronunciamiento expreso referido específicamente a la situación particular denunciada, con la consagración de las acciones de clase, a partir de la doctrina sustentada en el fallo "Halabi", resulta este supuesto una excepción a la falta del deber de pronunciarse (o moot case), pregonado por el fallo en crisis, máxime cuando el Superior Tribunal de la Nación ha expresado que "Tratándose de acciones tendientes a la tutela de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente - class actions", lo que impone actuar conforme el denominado modelo de la justicia de protección o acompañamiento, encaminado a lograr un eficaz y concreto reconocimiento de los intereses en juego (ver Morello, Augusto M., "La Corte Suprema en acción", Ed. Platense - Abeledo - Perrot, 2da. Edición, 2007, págs. 1/53, 2º C.C. in re 35.780, "Pollini Jorge Guillermo y otros c/ Obras Sanitarias Mendoza p/ Acc. Amparo", 19/09/11).

En consecuencia no puede hablarse de causa abstracta, cuando se ha verificado que el IPJyC cometió una serie de irregularidades que comprometieron los derechos de los consumidores consagrados por la Constitución Nacional y leyes respectivas (24.240, 22.802, 5.547) y de los cuales no solo se demostró el incumplimiento, la persistencia de tales irregularidades y la subsistencia de los mismas, aún después de despachada la cautelar innovativa, sino que por los intereses en juego que mueven, la existencia de derechos individuales homogéneos y el factor de incidencia colectiva que presenta el fallo en crisis, motivan la necesidad de un pronunciamiento efectivo del Poder Judicial.

Descarto por ende que la causa haya devenido en abstracta, por carencia de objeto actual, puesto que la violación de los derechos de los consumidores aparece en forma flagrante por el IPJyC, habiendo resultado persistente dicha violación, lo que habilita a que la misma conforme a los antecedentes y fundamentos reseñados incluso por la propio a quo, determine la procedencia de la declaración de infracción a la normativa reseñada por parte de la demandada, por lo que el agravio resulta admisible.

6º) Resultando admisible el amparo, corresponde adentrarse en el resto de los agravios planteados y en

especial los de la aplicación de la multa y los daños punitivos.

En tal sentido la apelante manifestó que si bien el fallo en crisis considera que existió la infracción, la demandada no resulta plausible de sanción, porque, según la a quo, cometió un error de alguien inexperto, aunque los recitales se realizaron y las entradas se vendieron, violando las disposiciones de la ley de defensa del consumidor y defensa de la competencia.

Denunció la actualidad de la lesión de los derechos, que nada obsta la declaración de infracción el tiempo en el proceso y que por tratarse de publicidad engañosa su materialización es objetiva, no pudiendo este redimirse, reafirmando la subsistencia de la infracción.

Tal como se argumentó en párrafos precedentes si es que existió afectación de los derechos del consumidor y por ende la demandada actuó en infracción de la normativa consumerista, no advierto el impedimento para establecer la declaración de infracción y la imposición del régimen punitivo previsto por la normativa de consumo en tanto se cumplan con los requisitos de procedencia, cuando aparece evidente la violación a la normativa indicada.

Así es dable recordar que se ha previsto con el dictado de las leyes de defensa del consumo todo un entramado jurídico integrado que determina la necesaria e indispensable relación entre las normas de consumo propiamente dicha (ley 24.240) y todas aquellas que persigan aunque tangencialmente la protección del consumidor.

Ello se patentiza conforme a los claros términos del art. 3 LDC, que establece que "las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor."

Al existir una integración normativa la entiendo aplicable al caso de autos, puesto que precisamente se trata del supuesto fáctico establecido, la aplicación de la ley de lealtad comercial, que sanciona a toda publicidad engañosa, publicidad, que conforme a los lineamientos esbozados por la a quo se encuentra suficientemente acreditada en autos (hecho además que no ha merecido el agravio de ninguna de las partes).

En tal sentido la publicidad engañosa se encuentra regulada en el art.9 de la Ley de Lealtad Comercial reconociendo como engañosa toda aquella publicidad que pueda inducir a engaño, error o confusión sobre las cualidades o calidades del bien o servicio publicitado.

Engaño que según la doctrina puede provenir ya sea de una exageración sobre las cualidades o calidades que el producto o servicio no posee, o bien de la omisión de información sobre determinadas características específicas de estos, resultando además que la exageración resulta ser una característica propia del anuncio publicitario tendiente a conmover al espectador movilizándolo a partir de sus emociones" (Lovece Graciela. - García Ocio A., "Derechos del Consumidor" p. 58 Ed. Astre a Bs. As. 2004) (Aut. Cit.: "La protección de los consumidores y la regulación legal de los distintos subtipos publicitarios", RCyS2011-V, 15).

"La publicidad engañosa frustra las legítimas expectativas generadas originando responsabilidad no solo frente al incumplimiento de lo oferta sino también por el quebrantamiento de la confianza depositada en la conducta a seguir" (Zentner Diego: "Contrato de Consumo" p.55 y sig. Ed. La Ley, Bs. As., 2010).

La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas creada con el objeto de "proteger a los

consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus con-secuencias desleales" (art. 1°); define a la publicidad engañosa como aque-lla que "de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor" (art. 2°) y que para determinar si una publicidad es engañosa se debe tener en cuenta:a) las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, etc.; b) el precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios; c) la naturaleza , las características y los derechos del anunciante , tales como su identidad y su patrimonio , sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial...." Considera que "la publicidad engañosa entraña el riesgo de llevar al consumidor a tomar unas decisiones, cuando éste adquiere bienes o utiliza servicios, que le son perjudiciales". (Directiva 84/450/CEE del Consejo, 10/9/1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y admi-nistrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa - Diario Oficial n° L 250 de 19/09/1984 p. 0017 - 0020. Edición especial en español: Capítulo 15 Tomo 5 p. 0055; www.eur-lex.europa.eu).

La Corte local en el mismo sentido ha resuelto que: "Conforme esta normativa es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios." (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 17/05/2010 - Mario Goldstein S.A. c. Gobierno de la Provincia de Mendoza - LLGran Cuyo 2010 (septiembre), 757, con nota de Julieta Ramírez Carbajo; DJ10/11/2010, 55, Cita Online:AR/JUR/27207/2010).

Es por ello que el fin perseguido por la ley 22.802, se en-cuentra destinado a evitar que la masa de consumidores, mediante indicaciones obscuras, engañosas, o inexactas, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías, o en la contratación de servicios, por lo que el objetivo es la de proteger al consumidor del derecho a una información adecuada, completa y veraz, en relación al consumo (art.42 de la Constitución Nacional), sin perjuicio que la ley proteja a los competidores evitando que se realicen publicidades que tiendan a la captación del consumidor por métodos contrarios a la lealtad comercial que debe imperar en las relaciones comerciales.

Este ha sido la directriz o el eje por la cual ha quedado determinada que la actividad publicitaria realizada por el Instituto Provincial de Juegos y Casinos promocionando los recitales de "A. Calamaro" y "Winsin y Yandel", ha sido engañosa y por ende ha entrado en colisión con la prohibición establecida por la norma (22.802), integrada a la LDC (24.240).

En consecuencia si se encuentra verificada y probada la infracción, corresponde adentrarse en el estudio de las sanciones que se han solicitado, recordando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado que "la infracción no requiere la comprobación de un perjuicio concreto al consumidor, ya que basta con que se incurra en algunas de las conductas descriptas en la norma, con aptitud para inducir a error, engaño o confusión, para que se configure la infracción, con prescindencia de la producción de un resultado" (in re, "Carrefour Argentina SA s/ Ley 22.802", C. 510.XXXIV., 26/06/01).

Sin embargo a poco que se anda en el análisis de la petición de la multa prevista por la normativa referenciada, se advierte que la misma no puede ser canalizada por la entidad actora, por cuanto carece de legi-timación para su concreción y menos aún para su percepción.

En efecto y al ser la publicidad un capítulo esencial del dere-cho de los consumidores, un instrumento

de persuasión y motivación al consumo que comunica datos y circunstancias de forma tal que son capaces de influir en la decisión de contratar, resulta el Estado el que a través de sistemas de control técnico y legal busca impedir el abuso o mal uso de la publicidad estableciendo penas disuasorias (Leyes Nacionales 24.240; 22.802; Ley Provincial 5547). (cf. SCJM, in re "Mario Goldstein S.A....", cit. ibídem).

Conforme a dicha potestad estadual, adviértase que la ley de lealtad comercial establece como autoridad de aplicación en su artículo 11° a la Secretaria de Comercio de la Nación en el ámbito nacional y a los gobiernos provinciales y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires como autoridades locales de aplicación (art. 13°), el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la ley y la facultad para juzgar las presuntas infracciones, que en el caso de Mendoza, sería la Dirección de Fiscalización, Control y Defensa del Consumidor.

Así también la ley prevé que toda resolución condenatoria a la que se faculta imponer a los organismos de aplicación cuentan con un destino específico, consagrado por el art. 23°, sea nacional que ingresará al presupuesto general de la Nación en concepto de rentas generales o al de los gobiernos locales, según sea la autoridad que hubiere prevenido.

Dicha ley cuenta con su correlato provincial conforme a la ley 5.547, que establece en su art. 51, la competencia de la autoridad de aplicación, en su art. 57, el establecimiento de las penas (multas entre otras); en el art.61 fija el destino de los montos obtenidos por dichas multas (de la referida ley, ley n° 22.802, n° 24.240 y n° 19.511), dado el 50% a distribuir entre los Municipios donde tuvo origen la sanción, como también destinada a la: capacitación del personal; adquisición de equipos técnicos, de análisis y control; al pago de aranceles y servicios, por locaciones de servicios; por publicación y difusión y a la colaboración con las asociaciones de consumidores, entidades intermedias y/u organizaciones no gubernamentales legalmente constituidas e inscriptas en el registro provincial de asociaciones de consumidores, pudiendo entregar subsidios a las mismas, reservándose además la facultad del cobro com-pulsivo de los créditos provenientes de la aplicación de las multas establecidas por las leyes de las que sea organismo de aplicación (art. 61 bis).

Como se advierte quien resulta exclusivamente legitimado para la fijación, imposición, percepción, cobro y destino de las referidas multas es la autoridad nacional o en su caso la autoridad provincial de aplicación (en nuestra provincia es la Dirección de Fiscalización, Control y Defensa del Consumidor, mientras que el efector judicial, intervendría en grado de apelación (Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo o Cámaras Federales de Apelaciones para las multas de orden nacional o federal y la Suprema Corte de Justicia a través del A.P.A.), por lo que se advierte la carencia de:a) legitimación de la parte actora para solicitar la imposición de este multa; b) la vía elegida, que resulta inidónea para la referida petición y c) competencia de este Tribunal para su condena, por lo que el agravio relativo a la imposición de la multa prevista por la ley 22.802, debe ser rechazado.

7°) En cuanto a la procedencia del agravio relativo a la imposición de daños punitivos.

Recuérdese que dichos daños fueron rechazados por la a quo por considerar que la conducta desplegada por el IPJyC no reviste la gravedad que requiere la aplicación de la multa, que no evidencia dolo o culpa grave; que en su afán por competir con los casinos privados quizás lanzó publicidad sin el debido asesoramiento de su cuerpo de letrados, calificando a su acto de simple imprudencia o negligencia, si bien reconoció que la publicidad fue engañosa y que las entradas se vendieron en la sala de venta de fichas para tragamonedas, descarta que ello traiga aparejado inducción subliminal al juego o un grave daño psíquico, ello sin dejar de reconocer los derechos del niño (el subrayado me pertenece).

Debo reconocer que internamente me mueven ciertos reparos al analizar la procedencia de los "daños punitivos" dada la estrictez y limitación que se impone en el trámite del amparo, puesto que al ser este

un remedio de carácter excepcional se encuentra reducido su ámbito de conocimiento a impedir la afectación de los derechos constitucionales o a la restitución de su goce, cuando fueran lesionados por la conducta del poder público o de un particular y no al tratamiento de los daños y perjuicios que hubiese ocasionado tal actuación arbitraria o ilegal.

Sin embargo he de admitir que en el caso de autos y conforme a las especiales características que ha presentado el trámite del proceso, como los derechos involucrados (consumidor) y habiéndose asegurado el derecho de defensa al demandado, (cuestión no menor y además consentida por el accionado), solo como excepción he de admitir su análisis, pero propendiendo a evitar todo tipo de tratamiento ajeno a la estrechez de conocimiento que supone el proceso de amparo, máxime cuando existen otros tipos de procesos en los que se puede llevar a cabo y con acabado conocimiento la pretensión resarcitoria (o punitiva hablando correctamente) de la Asociación actora.

En ello basta referenciar a Lorenzetti, cuando afirma que la ley contempla el supuesto en que se promueve una acción de responsabilidad por daños de carácter colectivo, en el que su objeto es determinar los efectos comunes del daño, la imputación subjetiva y la causalidad a nivel de autoría, para que una vez determinada la declaración de responsabilidad, los afectados puedan accionar individualmente. Es que la existencia de controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho (Lorenzetti, Luis Ricardo. Justicia Colectiva, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2010, pág. 280).

Gozáni que entiende que al tratarse el interés colectivo de una manifestación novedosa de las vías que habilitan a obrar, no observa el motivo por el cual deban recortarse las posibilidades y pretensiones por la naturaleza del derecho representado, impidiendo contemplarlos con una visión restrictiva, como para sostener que se les dispense el acceso a la justicia acotando las pretensiones (como ocurre con las acciones de anulación del acto administrativo ilegítimo que no pueden portar el derecho a ser reparado por el perjuicio sufrido). Concluye que las demandas que promueven las asociaciones de usuarios o consumidores existe la posibilidad de reclamar una indemnización sustitutiva, y que la distribución de los resultados se concrete a través de la ejecución de sentencia (Gozáni, Osvaldo Alfredo, Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal, LA LEY 2005-B, 1393).

El amparo por ende resulta ser un parche que la normativa procesal nos provee para que estos derechos de incidencia colectiva y que pertenecen a un grupo homogéneo puedan ser considerados y tener su justa recomposición, por ello resulta de vital importancia en este aspecto la creación pretoriana que a partir del leading case "Halabi" (LA LEY, 2009-B, 259), ha posibilitado al juzgador no ser un mero espectador de la discusión litigiosa llamado a resolver, sino en un juez activo, con activa participación (valga la redundancia) en el juicio, ordenando el proceso y adecuando al mismo a los tiempos en los que se vive. Es que no puede quedar expectante a que la legislación vaya al mismo tiempo que la realidad, por lo que por más que se pida a gritos la adecuación legislativa a los precedentes nombrados, mientras tanto, la labor del juez deberá suplir aquel desajuste normativo.

Aunque dicha labor no puede desnaturalizar los fines que el legislador tuvo en miras al crear un determinado procedimiento (en este caso el amparo), sino adecuarlo a los tiempos en los que se vive y en los cuales los derechos homogéneos (en realidad sería mejor hablar de derechos individuales que presentan una causa única de afectación), son una realidad, ello sin perjuicio que "si la acción persigue beneficios restitutorios individuales no podrá tener los beneficios del sistema, porque se provocaría, mutatis mutandi, una inversión de las finalidades tuitivas que tienen las acciones de grupo". (Gozáni, ibídem).

Es que las acciones de clase procuran acreditar la existencia de un daño para luego de las probanzas

determinar la extensión del daño, denunciando la doctrina cierta obstinación académica y jurisprudencial en tratar de la misma manera a los procesos colectivos que a los individuales, considerando desacertada la utilización de dicho microscopio sobre el colectivo sin olvidarse que la causa única de afectación es lo que determina la necesidad de la acción de clase, que no puede confundirse con un mero reclamo individual, aunque reconociendo que el reclamo individual tampoco podría subsumirse en la acción de clase, sino que previamente interpuesta y resuelta esta última, hará cosa juzgada para el reclamo individual, la responsabilidad de quien afectó a la clase (sea proveedor, distribuidor, fabricante, etc.) (para ello ver el interesante trabajo recientemente escrito por Fernando Shina, "La Legitimación Activa en las Acciones de Clase ¿ Quién es el defensor y quiénes los defendidos en las acciones de clase?, El Dial Express, 04/05/2012).

Es por las consideraciones expresamente antedichas que entiendo procedente el tratamiento en este proceso de amparo sobre la procedencia de los daños punitivos solicitados.

8º) Con referencia al daño punitivo o multa civil conforme lo establece el art. 52 bis LDC, entiendo que este cuenta con una finalidad eminentemente preventiva (y represiva), puesto que "Se busca que en el futuro ni el autor del daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves" (Furlotti, Silvina, "Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de la ley 24.240" - LLGran Cuyo 2010 (octubre), 819).

Inspirada la norma en el art.42 de la Constitución nacional, la prevención se construye sobre una premisa constitucional, otorgando un mandato de evitación de daños que en el caso que nos ocupa, pretende impedir que los usuarios y consumidores sufran o puedan sufrir de alguna u otra manera, un daño.

Por ende la manera o forma de prevenir el daño se establece con el pago de una indemnización que sin constituirse en función reparadora funciona como incentivo a la no comisión del daño, sancionándose para evitar la repetición de conductas similares y no con ello comulgo, en que el mal llamado daño punitivo exclusivamente debe destinarse a ocupar una mera función de castigo o de penalización, sino por el contrario en la labor de prevención que supone la imposición de la multa, para evitar que en el futuro se repitan dichas conductas.

Propendo por ende a un cambio de paradigma, no puede dejar de verse al Derecho de Daños exclusivamente con una función punitiva o reparadora, sino superadora, preventiva y anticipativa del daño.

Es que y como bien argumenta el dr. Leiva, la prevención del daño no solo comprende a la finalidad preventiva desde el punto de vista psicológico, sino en una labor de función preventiva directa, propende a la activación o despliegue de conductas positivas que tiendan a la evitación de la producción del perjuicio o de su agravamiento, si ya se ha producido. (Leiva, Claudio F., ponencia, III Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI, "El Derecho y El Nuevo Contexto Mundial. Soberanía, Autodeterminación y Derecho Internacional. Universalidad y Diversidad", Bs. As. setiembre de 2.004 y Los daños punitivos en la ley 24.240 según la modificación de la ley 26.361. Revista del Foro de Cuyo, Mendoza, Editorial Diké, Tº 91- 2008, pág.1 y sgtes.).

Delimitado el concepto y objeto de dicha multa civil, merece ser destacado el carácter excepcional que presenta dicha figura, el cual según la jurisprudencia solo puede ser admitido en casos de particular gravedad o en forma excepcional. Así se ha resuelto que "Es que como ya se explicó, la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas "penas privadas" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 18/11/2009, "Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA", LA LEY 23/12/2009, 10, con nota de

Sebastián M. Serra; RCyS 2010-I, 112 - RCyS 2010-II, 133, con nota de Carlos V. Castrillo).

En cuanto a sus características y requisitos de procedencia, permítaseme enunciar los mismos antes de la legitimación, cuestión que merece un tratamiento especial, a saber:

a) Daño, es necesario que este exista, que se haya producido o sea inminente su producción, no requiriendo que este sea sufrido al término de la relación de consumo, sino puede ser ab initio, durante o a la conclusión de la relación de consumo.

b) Elemento objetivo: El art. 52 bis requiere la configuración de un hecho antijurídico resultando ser el "Incumplimiento de una obligación legal o contractual" sin considerar la conducta llevada a cabo por el proveedor, aunque dicha exigencia ha sido vilipendiada por gran parte del sector doctrinario, al considerarse que resulta de importancia la conducta del causante del daño, principalmente por que conforme a la naturaleza del daño punitivo, no pone el acento en el daño sufrido (evidentemente reparadora), sino que busca una finalidad preventiva y ejemplificadora (Picasso, Sebastián- Vázquez Ferreyra, Roberto, "Ley de defensa del consumidor, comentada y anotada, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T° I, p. 138).

c) Elemento subjetivo: la doctrina autoral requiere que el sindicado como responsable haya actuado con dolo o culpa grave, o se haya obtenido enriquecimientos indebidos, abuso de poder con notoria indiferencia o desprecio hacia los derechos individuales o de incidencia colectiva (cf. Furlotti, Silvina, ob. Cit., López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos por trato discriminatorio al consumidor", APBA 2009-9-1026 Lexis N° 0003/800748 ó 0003/800756.)

Así Pizarro establece las notas típicas de aplicación de la "multa civil": a) la gravedad de la falta, b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal, c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, d) la posición de mercado o de mayor poder del punido, e) el carácter antisocial de la inconducta, f) la finalidad disuasiva futura perseguida, g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, h) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado, i) los senti-mientos heridos de la víctima. (Pizarro, Daniel Ramón, Daños punitivos, en: Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas, La Roca, Buenos Aires, 1993, p. 283).

En resumen los requisitos necesarios a cumplir para la aplicación de la multa civil son: a) El proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; b) La parte perjudicada debe solicitar su aplicación; c) La graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso; d) La pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder; e) Responden por la multa civil de manera solidaria todos los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan; f) Se fija un tope de cinco millones de pesos (Mosset Iturraspe Jorge, Wajtraub Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 281).

Con respecto a la fijación de la multa el art.52 bis LDC establece que el "juez podrá" aplicarla a favor del consumidor, lo que conllevaría a determinar el criterio eminentemente facultativo por parte del juzgador en su imposición, pero a poco que se anda se advierte la endebles de la técnica legislativa utilizada, puesto que si se encuentran acreditados los extremos anteriormente fijados, el juez no está facultado sino que se encuentra obligado a imponer dicha multa siempre y cuando haya habido petición del afectado, debiendo recurrirse a los antecedentes del derecho comparado para su estimación, aunque ello resulte de dudosa constitucionalidad máxime cuando los antecedentes a tener en cuenta parten del derecho anglosajón y allí los referidos daños punitivos resultan a todas luces diametralmente opuestos a la realidad económica de nuestro país (basta repasar los antecedentes para evidenciar dicha diferenciación, v.g. BMW VS. Gore - U\$S 2.000.000; Grimshaw vs. Ford Motor Company - U\$S

3.500.000, State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell, en el que la condena fue de una proporción de 10 a uno con el daño sufrido), propendiendo a la determinación prudencial (lo que no implica arbitrariedad) y razonable entre el daño causado, el daño que potencialmente puede causarse a posibles afectados del colectivo y el daño punitivo o multa civil que se manda a pagar (ver para ello a la Corte Suprema de EE.UU. en "Pacific Mutual Insurance Co. v. Haslip"- (89-1279), 499 U.S. 1 (1991)).

También fue criticado el tope de la multa al entenderse que: "El tope previsto en el art. 52 bis resulta inapropiado a los fines del cumplimiento del fin perseguido por la norma" (XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009), calificándose además de laxa, puesto que no reguló los criterios de distribución ante la existencia de pluralidad de damnificados reclamantes, la posible desigualdad de trato con los posteriores reclamantes, el valor de los antecedentes y la reiteración de la conducta a sancionar. Concluyéndose 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".

9º) La cuestión de la legitimación y el destino de la multa: En cuanto a la legitimación pasiva, entiendo que no existen dudas, que quien resulta legitimado pasivo resulta ser el proveedor del producto o servicio en el sentido definido en el art. 2 LDC, estableciéndose además la solidaridad a tenor del art. 52 bis LDC, sin perjuicio del derecho de repetición. En autos no existen dudas sobre la legitimación pasiva del IPJyC, posición procesal que no ha sido discutida en autos y por ende ha quedado firme dicha cuestión.

Quien presenta mayores dudas y críticas resulta ser la legitimación activa, ello debido a la relación poco feliz de la norma consumerista.

En efecto el referido art. 52 bis LDC establece que la sanción es a "instancia del damnificado", de lo que debe interpretarse que la multa solo puede imponerse a instancia del consumidor o usuario en el sentido y alcance del art. 1 LDC.

Por ello es que la doctrina considera que al prever expresamente la referida norma como titular de la multa civil y por ende imbuido de legitimación exclusivamente al consumidor damnificado, carecerían de dicha aptitud las Asociaciones de Consumidores, la autoridad de aplicación (v.g. Dirección de Fiscalización, Control y Defensa del Consumidor), el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, reforzándose por la circunstancia que el destino de la multa es exclusivamente para con el damnificado y no a un fondo especial (cf. Furlotti Silvina, *ibídem*).

Considerando la colega y autora citada que hubiese sido conveniente otorgar legitimación a dichas entidades y destinar el monto de la multa a un fondo especial o, como en el Proyecto de 1998, al que considerase conveniente el juez, pero que la actual legislación veda dicha posibilidad.

En la misma corriente de opinión se embarcan otros autores, v.g. Brun, cuando afirma que la multa también debería corresponderle a tales entidades, puesto que la sanción al ordenar su reparación no mira al damnificado sino a los autores, Entendiendo que resulta una inaceptable insuficiencia de la ley, aunque propone un sistema mixto de reparación (Brun, Carlos A., "Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", Publicado en: DJ 04/06/2008, 369 - DJ 2008-II, 369).

Rua, también nos da una visión crítica del destino de la multa no compartiendo que dicho plus de condena sea otorgado al damnificado, entendiendo que si el propósito que persigue el daño punitivo es sancionar al culpable y evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, la multa debería servir a dichos fines y no a los que prevé la norma. Por el contrario la autora citada considera que dicha multa debería tener como destino a entidades de bien público, al considerar que es la sociedad la víctima de

dichos ilícitos.

(Rua, María Isabel El Daño Punitivo en la Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, LA LEY 31/07/2009, 1 en igual sentido Alterini, Atilio Aníbal, "La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después. Publicado en LA LEY, 2008-B, 1239).

Junyent Bas, entiende que axiológicamente lo correcto sería que el Tribunal determine una porción que beneficie directamente al damnificado y que el resto se destinase a alguna organización de bien común o al propio Estado, (en el mismo sentido Molina Sandoval, Carlos, Derecho de Consumo, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 67), tal como lo hace la ley de quiebras (24.522) cuando el art.120 in fine le otorga al acreedor que promueve la acción revocatoria en beneficio de la quiebra una preferencia especial que determine el juez entre la tercera y la décima parte del producido, con límite en el monto de su crédito.

Reconoce sin embargo que cuando existe pluralidad de perjudicados o posibilidad de potenciales perjudicados sería conveniente que un porcentaje de la multa se otorgue al solicitante de la sanción, destinando el remanente a alguna Asociación de Consumidores, o que su destino sea la creación de un fondo destinado a luchar contra los problemas ambientales o como estipula el art. 224 de la ley de quiebras destinando los dividendos caducos para la educación común (Junyent Bas, Francisco, Garzino, María Constanza, "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", LA LEY 19/12/2011, 1 - LA LEY 2011-F, 1300).

En mi humilde opinión coincido con la corriente de opinión (Brun y parcialmente Matilde Zavala de González), que considera en la imposición de la multa bajo un sistema mixto, distribuyendo la referida multa civil entre quien la reclama y otra parte con un fin netamente social y en beneficio de la comunidad, puesto que no se concibe que si la multa resulta preventiva y represiva de un hecho antijurídico intolerable para el consumidor y para la sociedad toda, resulte que esta se encuentre excluida de la referida multa. Desmitifico el temor al enriquecimiento sin causa que pregona el dr.Alterini, cuando menciona el destino de la multa a favor del consumidor damnificado, puesto que de no admitirse que alguna porción de la misma fue a parar al bolsillo del consumidor, no existiría un solo valiente que se interesaría por reclamar la adecuación del comercio a las normativas consumeristas y con ello traería aparejado, si el temor fundado a la violación sistemática y permanente por parte de "ciertos proveedores inescrupulosos" que verían que no obstante imponer cláusulas abusivas, imponer un trato indigno o emitir publicidad engañosa con el objetivo de atraer al incauto, no estaría alcanzados por multa alguna.

Sin embargo y por más críticas que se observen al mentado art. 52 bis LDC, como a la deficiente técnica legislativa oportunamente denunciada, sumado a la imprecisión terminológica (habla primero de consumidor y luego de damnificado, cuando pueden resultar distintos), lo cierto es que la referida ley legitima y destina la multa civil a favor del damnificado/consumidor, que por más que resulte una solución sumamente cuestionable la misma es de lege lata.

Por ello es que considero que sería correcta la modificación de tan cuestionado artículo (de lege ferenda), puesto que por más que exista la facultad prudencial del juez de adaptar las normas al caso concreto, la legitimación como el destino de la multa para con la Asociación de Consumidores actora, se encuentra vedada por la norma de referencia, resultando inadmisibles su pretensión punitiva, sin perjuicio del análisis de la posibilidad de admitir, en tanto se cumplan con los recaudos de otorgar dicha multa al damnificado o afectado Lucía Beatriz Sosa (por sí y por su hijo Matías Ignacio Villareal).

10º) La aplicación de la multa al caso concreto. Luego de este larguísimo proemio y adentrándome en el análisis de la sentencia apelada, debo reconocer y con el debido respeto que me merece la a quo, que su razonamiento resulta contradictorio.

En efecto si advierte que la demandada transgredió todas las normas que invoca (LDC, Lealtad Comercial), si determinó que existió publicidad engañosa, que permitió el ingreso de menores a la sala Ozono del Casino para comprar las entradas a los recitales, que no obstante haber sido anoticiado y haber alegado el demandado que desistió de dicha información publicitaria engañosa y la propia a quo constata que la gigantografía seguía expuesta en las instalaciones del Casino con el marketing engañoso ¿Cómo resulta posible que se entienda que existió una simple transgresión o un mero incumplimiento a las leyes referidas, cuando se ha calificado a su accionar de engañoso (que según la Real Academia Española significa: Falaz, que engaña o da ocasión a engañarse o que dice mentiras, www.rae.es)?.

¿Cómo puede entender que la conducta desplegada por la demandada al elaborar la publicidad no reviste gravedad, cuando considera que el Casino con un objetivo puramente comercial y en virtud del diseño de estrategias publicitarias con el fin de captar clientes frente al resto de casinos privados, articula en forma falaz el diseño publicitario engañando al potencial cliente (consumidor), esencialmente a los menores de edad, puesto que a ellos principalmente iba dirigido el método de captación, con "ofertas publicitarias", que no lo eran (el descuento no existía para las entradas más baratas) o en lugares esencialmente prohibidos al ingreso de menores?.

¿Cómo puede considerarse que por más que el IPJyC tenga un fin altruista (al destinar parte de los ingresos que percibe a actividades que el Estado provincial realiza en beneficio del bien común), puede encontrarse licenciado o habilitado a realizar cualquier tipo de actividad comercial, negocial o publicitaria engañosa, justificado en la prosecución a ese bien común?, ello resulta una visión maquiavélica o ¿cualquier fin (aunque sea altruista) justifica los medios?.

¿Cómo resulta posible que el Casino con estructura y personal capacitado, con un cuerpo de asesores letrados no haya siquiera previsto que el diseño publicitario era evidentemente engañoso y lo que es aún peor se encontraba dirigido a un sector de la población evidentemente ávido por obtener entradas con descuentos o beneficios que reportase las "promociones" que el Casino les brindaba?

¿Cómo resulta posible que el Casino tampoco hubiese previsto, cual inocente inexperto, que si dirigía su estrategia publicitaria a un determinado target (principalmente menores de edad), quienes seguramente pretenderían adquirir dichas entradas a los recitales promocionados, no hubiese habilitado fuera de sus instalaciones una boca de expendio de tales entradas, para evitar que los menores de edad, consumidores por cierto, ingresasen a las salas de juego del Casino?.

¿Con que liviandad puede justificarse por parte del IPJyC que no se advirtió que permitiendo el ingreso de menores de edad a las salas de juego (Ozono), no hará del menor un ludópata, pero claramente resulta una invitación al juego, cuando precisamente dichas instalaciones se encuentran prohibidas el ingreso de menores de edad?.

Por lo demás el juez tampoco puede justificar a la parte demandada, entendiendo que quizás fue inexperta, es decir planteando la duda o la posibilidad que haya ocurrido, cuando precisamente el juez resuelve sobre hechos probados y no sobre dudas.

Debo recordar el interesante trabajo que Graciela Lovece realiza de la protección al consumidor y la publicidad engañosa, de la cual permítaseme citarla textualmente cuando dice: "Todo ser viviente con capacidad adquisitiva es blanco de la estrategia publicitaria empresarial pues en tal sentido no existe ningún tipo de discriminación. La vertiente publicitaria del capitalismo actual atiende no ya a la familia como eje central de persuasión sino directamente a los niños por su mayor tiempo de exposición, su calidad de receptor pasivo dado su menor capacidad cognitiva que incrementa su vulnerabilidad, y fundamentalmente por su alto grado de influencia en las decisiones de compra de los adultos.

Así como se ha logrado mediante la publicidad que las bebidas gaseosas sean comercializadas en sitios en los cuales ni siquiera existe el agua potable, también se logra convertir al hombre desde su más tierna infancia en ávido consumidor, adoctrinándolo y preparándolo para desarrollar el hábito de consumir el resto de su vida y es precisamente esta tendencia la que debe revertirse, a efectos de lograr en las generaciones futuras prácticas de consumo social y ambientalmente sustentables.

En este sentido la ley (Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522) veda aquellas publicidades que inciten a la compra a niños y niñas explotando su inexperiencia y credulidad apuntando en el mismo sentido que toda la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico (Convención del niño ley 26.061, etc.) a la protección del interés superior del niño.

Dicha postura se encuentra reforzada en el decreto reglamentario que no solo incluye a los adolescentes que el texto de la ley no prevé; sino que intenta abarcar los distintos subtipos publicitario ilícitos destinados a ese sector vulnerable disponiendo que "h) Se considera contraria a los intereses de niños, niñas y adolescentes aquella publicidad dirigida a ellos en la que se promueva la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a sus padres o tutores. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitud necesarias en los niños, niñas o adolescentes que puedan ser utilizados sin producir daño para sí o a terceros".

Finalmente en materia publicitaria el decreto reglamentario especialmente refiere a que la contratación de publicidad debe ser realizada con arreglo a las disposiciones de la Ley 24.240 y 25.156 de defensa de la competencia no dejando demasiado en claro a que se está refiriendo ya que el cumplimiento de los principios generales de información, seguridad, cumplimiento de la oferta etc. son constitucionalmente reconocidos (art. 42 CN) y por tal razón siempre vigentes (Lovece, Graciela, ob. cit., La protección de los consumidores y la regulación legal de los distintos subtipos publicitarios, RCyS2011-V, 15).

La transcripción de los párrafos precedentes me eximen de mayores comentarios, en efecto la publicidad pregonada por la demandada resultó contraria a los intereses de niños, niñas y adolescentes, puesto que no solo la misma se encontraba dirigida a ellos, sino que además explotaba su inexperiencia y credulidad invitándolos además a comprar su entrada en las mismas instalaciones que desde antaño resultan prohibido su ingreso a menores de edad a quienes estaba dirigida la estrategia publicitaria, por ello es que también advierto cierta contra-dicción en el razonamiento de la a quo cuando si bien admitida que la publicidad fue engañosa, que pudo inducir a confusión, que las entradas se hayan vendido en la sala donde se venden las fichas del tragamonedas, no sea suficiente para aparejar inducción subliminal (aunque si un acto grave de negligencia) y sin dejar de reconocer los derechos del niño, pero derechos que no reconoce.

Resulta evidente que el IPJyC no solo ha transgredido todas las normas de protección del consumidor ut-supra transcriptas, sino que ha actuado en forma negligente, a lo que debe calificarse como culpa grave, en desmedro del interés superior del niño y por extensión a todos los adolescentes a quienes con ardises publicitarios, pretendió captarse ofreciéndole promociones (entradas con descuento) y permitiendo su ingreso a salas del Casino, cuando el mismo sabía o debía saber, que el referido ingreso se encontraba absolutamente prohibido para los mismos (art. 6 ley n° 6.444, de Creación del Programa Provincial de Prevención de los Riesgos Vinculados con la Diversión Nocturna de los Jóvenes).

Su culpa resulta calificada a tenor del art. 902 del C.Ci., es que su responsabilidad se encuentra en directa relación con el deber que tiene el Instituto de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. Por ende cuando mayor es su deber, y en este caso lo es, puesto que voluntariamente asumió y diseñó una estrategia publicitaria de promoción del Casino destinada a "vender" al producto "Casino de Mendoza" al público en general y principalmente al público adolescente, dada las condiciones

especiales, su actividad organizada, que resultaba conocedor del manejo de las actividades lúdicas, que cuenta con un cuerpo de asesores letrados, que podía o debía prever las consecuencias dañosas que pudiese afrontar en tren de vender su producto o promocionar al Casino mediante un ardid, resulta por consecuente mayor la responsabilidad que le cabe, subsumible por ende bajo el concepto de culpa grave.

Siguiendo a Pizarro, y en referencia a la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal, contamos que la parte demandada (Instituto Provincial de Juegos y Casinos) constituye un ente descentralizado y autárquico en el ámbito del Ministerio de Hacienda, lo que le permite contar con plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, se encuentra regulado por la ley n° 6362, cuyo objetivo es la administración, explotación y fiscalización de la Lotería de Mendoza y de la totalidad de los juegos oficiales, tantos propios como foráneos, que actualmente se comercializan en la Provincia de Mendoza. Además de ello ejerce su autoridad sobre todos los juegos de banca realizados en cualquier clase de aparatos, máquinas y/o útiles que actualmente funcionan en el Casino de Mendoza y sus Anexos Departamentales como así también, de la totalidad de juegos a crearse en el futuro (art. 2°). Cuenta además con patrimonio propio, administrándose a sí mismo y gozando de individualidad financiera (art. 4°), rigiéndose sus ingresos por las previsiones establecidas por el art. 13° de la ley citada.

Resulta evidente que el Instituto cuenta con recursos propios y autarquía financiera, contando o pretendiendo contar con una impronta comercial preponderante en el ámbito del juego lúdico, no solo controlando sino rigiendo y contando con un ámbito exclusivo para la explotación de los juegos de azar como el Casino de Mendoza. Se colige entonces que su actividad en el mercado resulta de importancia gravitacional para el manejo de los referidos juegos de azar en el ámbito provincial.

En cuanto a "los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito", no se puede de dejar de tener en cuenta el marco y estrategia publicitaria realizada como el auspicio, organización y realización de recitales de personajes de la farándula convocantes para el público mayor y adolescente (preponderantemente), no solo para quienes se interesan por el rock, del cual y ello lo digo por propia experiencia es innegable la convocatoria de un fiel exponente de la música nacional como Andrés Calamaro, como también el predicamento y la cantidad de fans, esencialmente menores y adolescentes con los que cuenta el dúo de reggaetón "Wisín y Yandel", ello torna que la cantidad de público convocada por ambos recitales mediante la publicidad engañosa, por cierto, determine que las ganancias reportadas por dichos recitales a favor del IPJyC sea importante y a tener en cuenta a los fines de la determinación del reclamo

En referencia a la "posición de mercado o de mayor poder del punido", consecuentemente con lo afirmado es innegable (y a confesión de parte relevo de prueba), que toda aquella estrategia publicitaria tuvo como propósito el posicionamiento en el mercado de la marca "Casino de Mendoza", evidentemente con la finalidad de identificar a dicho sitio o marca con el público (esencialmente adolescente) ávido por recitales de personajes convocantes de la música.

En referencia al carácter antisocial de la conducta, resulta evidente en la conducta del agente, por todo lo relatado, por que la estrategia publicitaria resultó engañosa y lo que es peor dirigida a un público incauto o ingenuo como modo de captación de su voluntad, lo que se suma la actitud permisiva del Instituto de admitir la venta de las entradas de dichos recitales en salones a los que comúnmente no permitiría el ingreso a menores de edad.

En referencia a la finalidad disuasiva futura perseguida, determina la procedencia del reclamo punitivo, debiendo admitirse a favor del consumidor afectado o damnificado según el art. 52 bis LDC, el establecimiento de la multa civil.

En referencia a la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, se admite que el cumplimiento de la cautelar despachada fue solo parcial. Tal como lo expresó la a quo, respecto del recital de Calamaro el ilícito se consumó, puesto que el recital fue realizado, reiterándose también respecto del recital de Wisin y Yandel; puesto que no obstante la alegación efectuada por el representante del Instituto en cuanto a la suspensión de la campaña publicitaria, existe prueba analizada por la a quo que determina que se siguió publicitando de manera engañosa en diarios de nuestro medio (página 7 del suplemento Escenario del Diario Uno del domingo dos de mayo de 2010) y la misma a quo había podido comprobar personalmente que en la marquesina del Casino de Mendoza continuaba ofreciéndose a la venta entradas con descuento del recital del dúo reggaetoneros, sin aclaración alguna.

En cuanto al número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado, resulta a priori indeterminado, aunque evidente la responsabilidad del Instituto por el accionar de su personal a cargo. Si se encuentra probado que del propio ente se determinó la estrategia publicitaria, resulta un hecho incontrastable que la misma debió ser no solo diseñada por personal a su cargo sino aprobada por los Directivos del Instituto, lo que hace comprometer la responsabilidad del referido IPJyC por la actividad de sus funcionarios y empleados.

En cuanto a los sentimientos heridos de la víctima, resulta evidente que existe una directa afectación a los mismos, máxime cuando la afectación resulta en los derechos del consumidor agravándose cuando la publicidad engañosa pretendió captar a menores de edad, a los cuales no solo se les mintió en cuanto a la posibilidad de adquirir entradas con descuento sino que se les permitió el ingreso a las instalaciones del Casino, lo que resulte contrario con el interés supra constitucional previsto por la Convención de los Derechos del Niño (art. 17 y c.c.) y su jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Ello hace resulta procedente la configuración de la responsabilidad por parte del IPJyC y por ende la condena a una multa civil a favor del consumidor afectado.

En dicha inteligencia y habiéndose determinado la procedencia de la multa, resta determinar el caudal de la misma.

Había referenciado con anterioridad que en una correcta hermenéutica del art. 52 bis LDC, propendía a la determinación prudencial y razonable entre el daño causado, el daño que potencialmente puede causarse a posibles afectados del colectivo y el daño punitivo o multa civil que se manda a pagar, resaltando la importancia de los antecedentes jurisprudenciales en el orden nacional.

Así contamos que en la causa "Machinandiarena" (CNA en lo Civ. y Com., sala 2, de Mar del Plata, en autos: "Machinandiarena, Hernández Nicolás c. Telefónica Argentina", 27/5/2009 - LA LEY 08/06/2009, 11 - LA LEY 2009-C-647, con nota de Florencia Nallar; LLBA 2009 (junio), 557 - RCyS 2009-VII, 62 con nota de Federico M. Álvarez Larrondo), se condenó a la demandada debido a la falta de colocación de accesos para discapacitados en uno de sus locales, lo que fue considerado como una conducta discriminatoria que conlleva un trato indigno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), lo que tornaba procedente la pena civil del art. 52 bis de dicho cuerpo legal, estimándose la multa en la suma de \$ 30.000.

En "De la Cruz c. Renault Argentina S.A.", (Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Concepción del Uruguay N° 1, recaído en los autos "De la Cruz c. Renault Argentina S.A.", de 25/11/2009), se concedió como daño punitivo la suma de \$5.000, quien acreditó que se le había entregado un automóvil defectuoso; y pese a las sucesivas reparaciones realizadas por el servicio técnico, el problema no fue solucionado.

En "Rueda c. Claro AMX" (CACiv. y Com, sala 2, Rosario, en autos: "Rueda Daniela c. Claro AMX Argentina S.A.", de fecha 29/7/2010) se impuso la sanción de daño punitivo por la negativa contumaz

de reconectarle el servicio de celular a la actora, bajo la excusa de que no había abonado determinado servicio, cuando se acreditó que todas las facturas se encontraban pagas, cuantificándolo en \$ 10.000.

Por último en "Anglada" (CCC 1°, San Isidro, en autos: "Anglada Noercí c. Bristol Medicine S.R.L., RCyS 2011-III, 203 - LLBA 2011 (mayo) , 387, con nota de Graciela B. Ritto; Cita online:AR/JUR/86345/2010), se multó a la empresa de medicina prepaga que intentó el aumento de la cuota por mayoría de edad de sus afiliados, considerándose que la reparación al damnificado no resultaba suficiente, sino que resultaba necesario disuadir a la demandada de que intente conductas similares en lo sucesivo, fijándose al respecto la suma de \$ 15.000.

Por lo demás y ante el interrogante de si frente a un universo indeterminado de afectados, debería uno preguntarse si estos estarían legítimamente para solicitar el daño punitivo, en cuyo caso me hago eco de las palabras sentadas por la doctrina que entiende que atento a que la ley no ha regulado los criterios de distribución ante la existencia de pluralidad de damnificados reclamantes, diversos son los caminos que puede uno tomar como solución, por un lado sostener que sólo corresponde que la perciba el primero que acciona o en su caso esperar que todos hayan demandado y distribuirlo entre todos los reclamantes.

Ambas soluciones presentan dificultades, la primera porque implicaría un trato desigual para el resto de las víctimas y la segunda porque no se sabe a ciencia cierta de cuantas personas se encuentra integrada la afectación de estos intereses individuales homogéneos, por lo que esperar a que concurran todas al reclamo, sería conspirar con la naturaleza expedita que debe darse a la acción de clase, puesto que debería esperarse sine die o por un lapso prolongado de tiempo la total comparecencia de los afectados, para así determinar si resulta procedente la multa civil y a ello ante el riesgo que la incomparecencia de algún afectado conspira con la seguridad y definitividad del reclamo.

Ante tamaña falta de previsión legal, coincido con la doctrina en que el juzgador deberá evitar que la condena por daños punitivos resulte excesiva o confiscatoria para lo cual deberá tener en cuenta, para su cuantificación, si existen otras multas establecidas. Esta omisión legislativa, en la práctica, ocasionará muchos inconvenientes e inseguridad al momento de su aplicación. Por ello, el juez debe ser sumamente cauteloso y prudente al momento de fijar la multa a los efectos de evitar consecuencias sociales y económicas desvaliosas. (cf. Furlotti Silvina, *ibídem*).

Me inclino frente a las dos posturas por cierto antagónicas, por la primera opción y por ende solo otorgarle la multa civil a los aquí actores. Varias serían las razones o argumentos para inclinarme por dicha solución, que aunque a priori resulta injusta, entiendo satisface el requerimiento de la norma en crisis y cierra toda posibilidad de ulterior reclamo. Así podemos citar el riesgo cierto de posibilitar la apertura de la imposición del daño punitivo al universo de posibles afectados y contar con una catarsis de damnificados, lo que conllevaría netamente a un proceso inseguro y sin terminación definitiva.

Otorgar la multa civil a quienes se sintieron afectados y lograron motivar la acción de clase, debe preferirse frente a quien quedó expectante a los resultados del juicio, para así y luego de quedar firme la sentencia respecto de la responsabilidad del demandado, solicitar la aplicación de daños punitivos, fomentando claramente la especulación.

Por ello por más que existen voces que se alzan en cuanto al destino de la multa que favorece al que accionó o motivó el colectivo, entendiéndose que existiría un enriquecimiento sin causa, es dable decir que la causa se encuentra motivada y está dada por la comisión del hecho antijurídico, destinado a quien resultó artífice de la declaración de responsabilidad, por lo que concluyo que de la multa civil que se impone, solo puede ser reclamada por el consumidor afectado y que interpuso la presente acción de clase (en el caso la Sra. Sosa y el sr. Villarreal).

Conforme a los lineamientos expuestos entiendo que relacionando la gravedad de la falta, el

compromiso con el derecho del consumidor, la inexistencia de multas o la falta de prueba de las mismas anteriores al referido incumplimiento, a los intereses comprometidos, a la entidad del infractor, a su posición como entidad con autarquía financiera y principalmente al haber comprometido los derechos de quien a la fecha de la infracción era menor de edad y conforme a los valores de los precedentes informados, estimo justo otorgar como multa civil a favor de los consumidores sres. Lucía Beatriz Sosa y Matías Ignacio Villareal la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000) a cada uno de ellos.

11°) La a quo había rechazado la pretensión de la reparación económica a los damnificados conforme el art.54 inc. 3 de la ley 24.240, considerando que si bien se trataba de un supuesto de responsabilidad objetiva, ninguno de los demandantes acreditó el daño invocado ni la relación causal entre la deficiente prestación del servicio por parte del Casino y el presunto daño sufrido, carga probatoria que sobre ellos pesaba y que con la publicación edictal no compareció otro consumidor al proceso.

La actora se agravió de la falta de procedimiento para la reparación económica de los usuarios, al considerar que la a quo ha cometido error in indicando, puesto que si bien reconoce que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, descarta el mismo por la falta de acreditación del daño, entendiendo el apelante que el daño se desprende per se y la carga de la prueba es de la demandada y que no obstante que los usuarios afectados no hayan comparecido al proceso, no es una carga que los inhabilita para obtener un pronunciamiento colectivo, la publicación les garantiza, que la demandada no se podrá abstraer de cumplir con una sentencia que la condene al pago de los daños, des-cartando que la sentencia pueda omitir pronunciamiento respecto de la responsabilidad por daños, en el que los usuarios por cuerda podrán por vía incidental establecer sus casos en forma individual.

Es menester recordar que en apartados anteriores se pregonaba que las acciones de clase procuraban acreditar la existencia de un daño para luego de las probanzas fijar la extensión del daño, por ende para determinar la existencia de una clase era preciso que el daño se hubiera configurado, aunque se desconociese de antemano su extensión, puesto que este dependerá de las pruebas a rendir (y de la cantidad de afectados que compareciesen luego al proceso), pero ello no se constituye en un requisito del colectivo (Shina Fernando, ob. cit., ídem), considerando el autor que en la mayoría de los casos los afectados podían fácilmente ser identificados por el proveedor, resultando además en ciertos casos y por aplicación del art. 53 LDC el obligado a aportar ese dato a la causa (así piénsese en hipótesis en errores en la facturación de la telefonía celular que violentasen los derechos del consumidor, y por el cual la empresa presta-taria del servicio, puede fácilmente y conforme a sus registros determinar cuáles serían los titulares de línea afectados).

En el caso de autos nos encontramos con un problema de indeterminación, pero no de imposibilidad de acceso a la pretensión resarcitoria; puesto que estimo que no existen registros de quienes resultarían afectados por la publicidad engañosa que llevo a cabo el IPJyC, al venderse las entradas al público sin dejar constancias de los datos de la misma, por ende la labor de determinación no podría imputársele al "proveedor", porque carecería de dicha información.

Amén de ello se cuenta que cuando la norma regula "la cuestión de contenido patrimonial" en el art.54 de la ley 24.240 lo hace con una redacción confusa, de la cual puede interpretarse que el juez en la sentencia deberá: 1) Fijar "las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación"; 2) Si los afectados "no pudieran ser individualizados", fijar "la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado"; 3) Si se trata de "daños diferenciados para cada consumidor o usuario", establecer si es factible "grupos o clases de cada uno de ellos", quienes por vía incidental "podrán estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda"; 4) Si se trata "de la restitución de sumas de dinero", disponer que se haga "por los mismos medios en el que fueron percibidas". Esa sentencia "hace cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en las mismas condiciones", salvo para quienes hayan ejercido el derecho de out put (art. 53, 2° párr., ley 24.240), y "la sentencia fijará el

monto que resulte de las pruebas producidas" (Alterini, Atilio Aníbal, Las Acciones Colectivas en las Relaciones de Consumo (el armado de un sistema) - LA LEY 17/06/2009, 1).

Como bien lo decía el maestro Alterini, el Advisory Committee -(organismo encargado de la actuación de las Rules), declaró con relación a la Federal Rule que "Un accidente masivo con muchas personas lesionadas no era apropiado para una acción de clase puesto que podrían presentarse cuestiones tales como lo referido a los daños, a la responsabilidad, a las defensas frente a las mismas, a la distinta afectación de las personas y a la extensión de dicha afectación, por lo que la acción de clase se degeneraría en la práctica en múltiples juicios juzgados por separado.

Multiplicidad de pretensión que si se aplicase el art. 21, inc. 3° del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, quedaría superado al establecerse que:"Los intervinientes no podrán discutir en el proceso colectivo de conocimiento sus pretensiones individuales", pero que lamentablemente el confuso el art. 54 LDC lo habilita a formular una multiplicidad de mini procesos incidentales de ejecución posteriores a la sentencia.

Habiéndose referenciado que el proceso colectivo procuraba acreditar la existencia de un daño para luego de las probanzas fijar la extensión del mismo, el referido proceso colectivo o de clase solo puede establecer la responsabilidad del demandado, para que luego los usuarios que se consideren con derecho planteen la acción individual por indemnización de daños y perjuicios y la demandada no podrá discutir en dicho proceso su responsabilidad, de la cual estaría vedado al existir sentencia en la acción colectiva que así lo declara, pero que nada impide a que plantee aspectos propios de cada caso en particular, en tanto no haya sido materia del pleito.

Es que si tomando en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera improcedente la acción colectiva "deducida respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales", aunque haciendo la excepción que solo serían admisibles reclamos individuales de carácter patrimonial cuya entidad mínima no justifica la promoción de demandas individuales (Halabi), resulta válido y repito solo como excepción en este proceso, el establecimiento del procedimiento para la reparación económica de los consumidores afectados, el cual deberá tramitar por proceso incidental (92, 93 C.P.C.) en el que la parte demandada, no podrá volver a discutir la existencia de su conducta antijurídica, la violación de los derechos de los consumidores y su responsabilidad en el evento, los que quedan definitivamente fijados por esta sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de plantear aspectos particulares que no hayan sido discutidos en este juicio. Por su parte los usuarios consumidores deberán acreditar en dicho proceso incidental su calidad de consumidor afectado a los términos del art.1 LDC y en el cual podrán estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda, con la respectiva acreditación de la misma, a tenor del art. 54 LDC.

En consecuencia el agravio resulta procedente.

A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. MASTRASCUSA y STAIB, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO:

Las costas de esta instancia deben serle impuestas a la parte apelada (arts. 35, 36 del C.P.C.). Asi voto

A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. MASTRASCUSA Y STAIB, adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sen-tencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 6 junio de 2012

Y VISTOS:

El acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

1°) Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 270/82 por Protectora Asociación Civil de Defensa del Consumidor, Lucia Beatriz Sosa y Matías Ignacio Villareal en contra de la sentencia de fs. 258/64 del 30 de noviembre de 2011, la que por consiguiente se revoca, quedando redactada de la siguiente manera: "I - Hacer lugar a la acción colectiva planteada en contra del Instituto Provincial de Juegos y Casinos, en consecuencia: 1) Declárese en infracción a la demandada de las acciones u omisiones que han producido y/o produzcan riesgos efectivos o daño para la salud y/o el patrimonio de los consumidores o usuarios por incumplimiento de la ley 24.240, 22.802 y 5.547; 2) Disponer que los efectos de la presente se hagan extensivos a todos los usuarios o consumidores afectados comprendidos en la citada normativa.

II - No hacer lugar a la solicitud de multa prevista por el art. 9 de la Ley de Lealtad Comercial, el art. 57 de la Ley 5547, y el art. 47 de la Ley 24.240.

III - Rechazar la pretensión de daño punitivo formulada por "Protectora".

Hacer lugar a la imposición de la multa civil solicitada por la sra. Sosa y el sr. Villareal, en consecuencia condenar al Instituto Provincial de Juegos y Casinos a pagar a estos en el plazo de DIEZ DIAS de firme la presente, la suma de PESOS CUARENTA MIL (\$ 40.000) estimada a la fecha de esta sentencia, con más los intereses de la ley 4.087 desde la fecha del hecho antijurídico hasta el dictado de la presente y de allí en adelante con más la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento hasta su efectivo pago.

IV - Establecer el procedimiento para la reparación económica de los consumidores afectados, el cual deberá tramitar por las reglas del proceso incidental (92, 93 C.P.C.) en el que la parte demandada, no podrá volver a discutir la existencia de su conducta antijurídica, la violación de los derechos de los consumidores y su responsabilidad en el evento, los que quedan definitivamente fijados por este sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de plantear aspectos particulares que no hayan sido discutidos en este juicio. Por su parte los usuarios consumidores deberán acreditar en dicho proceso incidental su calidad de consumidor afectado a los términos del art. 1 LDC y en el cual podrán estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda, con la respectiva acreditación de la misma, a tenor del art. 54 LDC. Deberá la a quo en su momento ordenar la debida publicación de edictos en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación en la Provincia citando a los posibles consumidores afectados a la interposición del referido incidente por daños individuales, el que tramitará por cuerda separada.

V - Imponer las costas a la parte demandada.

VI - Regular los honorarios de los Dres. José Luis Ramón, Mario Nicolás Vadillo, Italo S. Pablo Pappalardo, Roberto A. Bortnic y Pedro García Espetxe por la acción colectiva en las suma de pesos . (\$.), . (\$.), . (\$.), . (\$.) y . (\$.), respectivamente.(art.10 ley 3641 modif.por dec.ley 1304/75).

VII - Regular los honorarios de los Dres. José Luis Ramón, Mario Nicolás Vadillo, Italo S. Pablo

Pappalardo, Roberto A. Bortnic y Pedro García Espetxe por la imposición de la multa civil en las sumas de pesos . (\$.), . (\$.), . (\$.), . (\$.) y . (\$.), respectivamente. (art. 2, 3, ley 3641 mo-dif. por dec. ley 1304/75)."

2°) Imponer las costas de Alzada a los recurridos vencidos por ser de ley.

3°) Regular los honorarios profesionales de los dres. José Luis Ramón, Mario Nicolás Vadillo, Italo Pablo Pappalardo y Pedro García Espetxe en la suma de pesos . (\$.), . (\$.), . (\$.) y cuatrocientos treinta y seis (\$ 436), respectivamente (art. 15 ley 3.641), Notifíquese y bajen.-

Dra. Graciela MASTRASCUSA Dr. Gustavo Alejandro COLOTTO

Constancia: La presente es firmada por dos de los Ministros integrantes de la Cámara, atento a que el Dr. Alberto Staib, se encuentra en uso de licencia (Art 141 ap. II del CPC).

Dra. Roxana Alamo Secretaria

Dra. Graciela MASTRASCUSA - Juez de Cámara Dr. Gustavo Alejandro COLOTTO - Juez de Cámara

Dra. Roxana ALAMO - Secretaria de Cámara