En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., M. R. c/ V. A. SA s/ SUMARISIMO (Ley 24.240)", expte. nro. 144/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 1563/98), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1128), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 732/749? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación de la codemandada C. A. SA (fs. 752) contra la sentencia definitiva nro. 076/2009 (fs. 732/749).

La sentencia venida en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda condenó en forma solidaria a C. A. SA y V. A. SA a sustituir a M. R. A. el automotor marca Volkswagen modelo Passat Rural Variant, año 1997,

Serie No. **********, motor No. ******** dominio XXX-*** por un automotor cero (0) km de similar marca modelo y características del sustituido para el supuesto que el mismo modelo haya sido discontinuado, será por el que actualmente lo reemplace. Si deviniera imposible el cumplimiento dicha obligación se transformará en la de pagar el importe correspondiente al precio actual en plaza del nuevo modelo. Condenó a las demandadas a pagar en concepto de gastos de movilidad al actor $2500. Rechazó el rubro indemnizatorio pretendido de daño moral y astreintes, condenó en costas a las codemandadas y reguló los honorarios profesionales.

Memorial de agravios de la demandada C. A. SA (fs. 764/71):

Sostiene el recurrente que el juez A quo decidió la condena con base en una prueba, la pericial accidentológica del perito B., dejando de lado el principio general de prueba y la sana crítica, entre ellas testimoniales y la experticia del ing. K..

Dice contrariando al juez de grado que no hubo accidente, por lo tanto descartar al ingeniero mecánico no fue lo correcto porque era la persona para dictaminar.

También omitió considerar que al momento de la experticia el vehículo de 12 años de antigüedad estaba en perfecto estado. Dice que el vehículo cumplió el fin para el cual se adquirió, más allá de algunos ruidos que sienta el actor. El supuesto defecto no es más que un ruido producto del uso porque tiene 111.000 kilómetros recorridos. Que el zigzagueo que detecta el perito al arrancar y que el juez da importancia, ignorando que es casi imperceptible.

Se agravia que sea el juez meticuloso para analizar las confesionales y descartar las testimoniales por no complementar los requisitos legales de prueba, y porque echa por tierra la experticia mecánica con criterio formalista y admite una experticia dudosa.

Critica la pericia por considerarla sin sustento, dice que no conoce de mecánica ni puede hablar de peso de potencia.

Se agravia por el descarte de la prueba del Ing. mecánico K. de fs. 377 a 380 porque el informe del taller de revisión técnica estaba en fotocopias, hubiera bastado intimar al perito o pedir una prueba de informes. Transcribe parcialmente declaraciones testimoniales que fueron según el apelante descartadas por el Juez, que dieron cuenta que el vehículo no acusaba desperfecto alguno.

Como agravio subsidiario la condena a entregar una unidad cero kilómetro por aplicación del art. 17 inc. a) de la ley 24240, porque no dice que debe ser la entrega de una cosa nueva para reemplazarla, cita doctrina al respecto y criterio anterior de esta Cámara que pide sea aplicable a la especie. No es similar entregar un auto 2009 a otro de 1997 con 110.000 km, la idea es que la cosa reemplazada sea por otra que cumpla efectivamente la función para la que fue adquirida.

Se agravia por la condena de $2.500 por gastos de movilidad porque la falta de no contar en la hoja de ruta la fecha de entrega del automotor estuvo disponible 4 meses, es arbitrario porque la falta de fecha en la orden de reparación no amerita dar por probado que demoró 4 meses. No hay daño probado.

Pide la revocación del fallo o se condene a la entrega de una unidad de similares características modelo y año de la del actor. También del monto de los honorarios a letrados y peritos es objeto de queja.

Los agravios son retrucados a fs. 773 por el actor sosteniendo lo resuelto e invocando la existencia de una condena firme respecto de uno de los litisconsortes.

Análisis:

Asienta el quejoso su memorial de agravios en la valoración efectuada por el A quo de las pruebas rendidas, y ha discrepado con lo resuelto, exteriorizando simples discrepancias.

En situaciones similares, en oportunidades anteriores, respecto de la valoración de la prueba por parte de los magistrados de grado y utilización de ese único argumento por el recurrente para sostener la expresión de agravios, sostuve que los jueces forman su convicción a través de los elementos de prueba que estiman esenciales y suficientes para resolver el pleito, sin necesidad de tener que referirse a la totalidad de los que se hubieran producido en los autos, no siéndole impuesto como obligación que deba expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas sino únicamente las que fueran esenciales y decisivas (sostuvo la doctrina en Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y la Pcia. de Buenos Aires", T. II-C, pág. 68).

El Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. del Chubut en autos "S., E. R. y O. c/ F. S. S.A.", expte. 16.009/S/97, en idéntico sentido sostuvo

"los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos. Basta con que se hagan cargo de aquellos que sean conducentes a la decisión del litigio" (ídem autos 12.823 F 90).

Más aún, "La expresión de agravios debe ser una exposición jurídica en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia. Requiere así una articulación seria y fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea" (Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce: "Código Procesal Civil y Comercial", t. III, art. 260, pág. 445). "…El tribunal de apelación no tiene la función de contralor o de revisión de todo lo actuado en la instancia de origen, sino que trabaja sobre los puntos que le han sido sometidos a través de los agravios del apelante que, reiteramos, debe ser una alegación fundada, demostrativa de los errores del fallo que se ataca, pues el juicio de apelación comienza con esa pieza que hace las veces de la demanda que se abre después de la sentencia…" (Ibáñez Frocham: "Los recursos en el proceso civil", p. 50).

Aún compartiendo tales premisas, este Cuerpo considera de manera excepcional que corresponde aplicar un criterio menos restrictivo para valorar la suficiencia de la expresión de agravios por ser lo que mejor se aviene con un escrupuloso respeto por el derecho de defensa en juicio y con el mantenimiento de la doble instancia adoptada por el legislador, debiendo actuarse con amplitud (criterio del Superior Tribunal de Justicia en autos: "Palavecino, René Jorge c/ Barca Pesquera S.A.M.C.I. y/u otro s/ Demanda Laboral", S.I.

N° 03/2001), por lo que no obstante la precariedad del memorial acompañado, de conformidad con los principios precitados se procede al examen de los agravios.

Ahora bien, del conjunto de disposiciones que contiene la ley, se desenvuelven las diferentes notas que deben necesariamente caracterizar el derecho del consumidor como sistema, esto es, incorpora normas portadoras de soluciones: 1) de protección, 2) específicas, 3) preventivas, 4) colectivas y 5) efectivas. De manera primordial, su articulado es de protección y defensa, pues el legislador parte del supuesto de la debilidad de los consumidores en las relaciones con los empresarios. Una debilidad motivada en desigualdades reales que lo colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la inequivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocas) y esencialmente en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (v. Stiglitz, "Defensa de los consumidores de productos y servicios", pág. 31; Juan M. Farina "Defensa del consumidor y usuario", pág. 30/31). Como lo ha señalado el Dr. Galdós (“Responsabilidad civil por daños al consumidor” en C.Civ.Com. de Bueres-Highton, tomo 3 "B", pág. 296) al decir que el consumidor integra la categoría de los débiles jurídicos en el marco de la sociedad contemporánea posmoderna y globalizada, notablemente influenciada en sus relaciones jurídicas por la economía de mercado. Los consumidores, aunque cuantitativamente mayoritarios, ya que "todos somos consumidores", constituyen una minoría cualitativa por su vulnerabilidad e inferioridad técnica, fáctica y jurídica frente al poder de las empresas especialmente

las megaempresas, prestadoras y productoras de bienes y servicios.

Si bien en esta materia la prueba de la existencia del vicio pesa, como regla, sobre el adquirente, que es quien debe justificar las condiciones de su acción (cf. Salvat, R. y Acuña Anzorena, A., "Tratado de Derecho Civil Argentino - Fuentes de las obligaciones", Buenos Aires, 1957, t. III, p. 458, n° 2351), nada empece a que el enajenante, por imperativo de su propio interés, rinda la prueba de signo contrario demostrativa de la ausencia de vicio en la cosa vendida (art. 377 del Código Procesal), máxime ponderando que la regla del citado art. 2168 no es rígida, toda vez que admite excepción en el caso de que el vendedor hubiera conocido o debido conocer el vicio de la cosa, lo que es particularmente aplicable al caso del vendedor de automóviles (arg. art. 2170 del Código Civil; cf. Garo, F., "Tratado de las compraventas comerciales y marítimas", Buenos Aires, 1945, t. I, ps. 535/536, n° 457 bis, texto y nota n° 1465). "No siendo controvertido que se aplica al sublite la ley 24240, cabe recordar que, conforme lo determina su art. 40, el fabricante, entre otros, es responsable por el daño provocado al consumidor resultante del vicio de la cosa, y que sólo se liberará total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le fue ajena, es decir que se debe a culpa inexcusable de la víctima o al hecho de un tercero por quien no debe responder. De tal norma se desprende claramente que la responsabilidad es objetiva, como consecuencia de lo cual no cabe imponerle al consumidor la carga de probar que el vicio se debe a la culpa del fabricante" (cf. CNCom. Sala D, 18/6/2008, "Rusconi, María Teresa E. c/ Peugeot Citröen

S. A. y otro s/ sumario" [Fallo en extenso: elDial - AA4A98])".

Dicho esto, en su memorial de agravios la recurrente hace especial hincapié que es un auto de "alta gama" reconocido internacionalmente y que no fueron detectados vicios. Más allá de críticas puntuales a la pericia y al inaceptable planteo de la desestimación de la pericial del ingeniero, sin atender a los argumentos dados por el A quo, con lo cual no resulta factible recepcionar mínimamente la critica, ya que si bien es un "ingeniero" como dice en su memorial, no es menos cierto que no pudo emitir opinión por no haber observado el desempeño del vehiculo dejando huérfano de respaldo fáctico el argumento del apelante. Mucho menos cabe la expectativa exteriorizada de invertir el deber de probar en la contraria y/o en el magistrado, como argumenta en su memorial.

La finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quién corresponde evitar que le falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado surte todos sus efectos quienquiera que los haya suministrados (Devis Echandía "Teoría de la prueba judicial", t. I, pág. 426, Bs. As. 70, Sentis Melendo, Santiago "Teoría y práctica del proceso", t. III, pág.

200 Bs.As.).

El auto “de alta gama” (según los dichos del apelante) hacía ruidos, reconoce en su memorial la apelante, pero cumplió la finalidad porque el actor lo usó 110.000 kilómetros.

En primer lugar, no puede afirmarse que usar un vehículo en 12 años 110.000 es mucho o poco porque no se arrimó a la causa elemento alguno de confrontación para efectuar una u otra afirmación, por otro lado no debió portar inconveniente alguno por ser precisamente de “alta gama” y aquí resultan relevantes las pruebas rendidas. No está en discusión que pudiere circular sino los desperfectos que ocasionaban un andar inseguro.

El primer testimonio de fs. 199 a 201, no solo reconoce la historia clínica del rodado, sino cambios de repuestos y atenciones diversas, a punto tal que la fábrica envió un técnico. Lo que presenta como llamativo es la afirmación del técnico, según la declaración testimonial que en caminos normales el vehículo se comportaba bien. La ambigüedad e imprecisión de esa respuesta solo conduce a una interpretación, el auto no estaba bien, porque los caminos se entiende son normales. Además ninguna fábrica envía un técnico para revisar un rodado nuevo si no existe un mínimo de probabilidad sobre la existencia de algún vicio, mientras que el perito mecánico afirmó que no pudo producirse ningún desperfecto por el manejo del actor ni por los caminos de ripio de la ciudad (fs. 702/8).

También se corroboró con las declaraciones de fs. 201/2 los cambios realizados en amortiguadores, la falta de estabilidad según fs.

203/4.

Debo dejar sentado que entiendo una correcta fundamentación del sentenciante de grado, apoyándose en una valoración adecuada de la prueba documental aportada, decide en consecuencia. “La relación jurídica entre el fabricante y el adquirente debe analizarse desde la óptica de la responsabilidad por productos elaborados prevista por el art. 40 de la L.D.C., por lo que si las recurrentes no acreditaron que la actora hubo realizado un uso indebido del vehículo susceptible de haber provocado la caducidad de la garantía, deben cargar con las consecuencias del siniestro (CNCom, Sala B, 29. 12. 2005, "Rosalino Medina González c/ Peugeot Citroen Argentina")", elDial - AA4A98.

Cuestiona el quejoso la recepción de la suma fijada en concepto de gastos de movilidad por privación de uso del automotor, sobre la base de alegar que no se diligenció prueba que respalde la pretensión. Sostiene que no existe en la causa ni un recibo, constancia, oficio o declaración que haga presumir aunque sea indiciariamente los dichos del actor.

En cuanto a la indemnización dispuesta por este rubro, no haré lugar al agravio por entender que resulta ajustado a derecho, pues encuentra debido respaldo en lo que al respecto viene resolviendo la jurisprudencia mayoritaria.

Quien posee un vehículo necesariamente lo utiliza para trasladarse, ya sea con fines laborales o de esparcimiento y esa mera privación da lugar al resarcimiento en cuestión. Se ha dicho en doctrina que: "El usuario de un automotor (cualquiera sea el título en que se apoye esa calidad) tiene derecho a usarlo

como instrumento de satisfacción de las necesidades cotidianas de la vida, y el valor económico que representa ese uso constituye la fuente de un daño cierto y resarcible. Este se mensurará mediante el costo del empleo de medios de transporte que reemplacen la función del siniestrado. El daño no nace en todos los casos de la realidad de los gastos, y sí de la necesidad de realizarlos para mantener una situación igual a la que se gozaba antes del hecho, pues la víctima tiene derecho a ser colocada en situación similar a aquélla en que se encontraría de no haber ocurrido el hecho perjudicial (art. 1083 CC)" elDial - AA5846 y Citar: elDial - AA1801.

El A quo consideró la ausencia de constancia de devolución del vehículo (fs. 747vta.), a ello agrego que surgen de la historia clínica acompañada y reconocida las distintas fechas y reparaciones que dan cuenta de lapso prudencial receptado en la instancia de grado de cuatro meses.

La sola privación del automotor afectado a un uso particular produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, que debe ser resarcida como tal (Corte Suprema, Fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065), y sin necesidad de prueba específica.

En rigor trátase de un daño emergente que deriva de la objetiva ausencia del rodado o de su falta de disponibilidad. La fijación de este ítem se realizará con base en una estimación subjetiva de los mayores costos que debió realizar el actor y su familia para su traslado en los días en que no contó con el rodado, la falta de comodidad en cuanto a vehículo de esparcimiento o recreo, como a las erogaciones

efectuadas por la utilización de otros medios de transporte, teniendo en cuenta que se trataba de un vehículo Volkswagen modelo Passat Rural Variant, indudablemente un auto familiar, mas debe fijarse en forma prudencial, estimo que conforme las facultades del art. 165 CPCCCh la suma fijada en la sentencia de grado no resulta fuera de los parámetros lógicos y aceptables según los fundamentos dados en la sentencia.

En cuanto al agravio subsidiario sobre la aplicación del decreto, el art. 17 de la ley 24240 establece que en los supuestos de reparación no satisfactoria, compete al consumidor pedir "... la sustitución de la cosa por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la cosa nueva...". Del texto precedentemente transcripto se desprende que la cosa que se entregue en sustitución de la reemplazada debe ser "nueva" y de "idénticas características" que la anterior. Sin embargo, la norma reglamentaria (art. 17 decreto 1798/94) no establece que la cosa reemplazada debe ser "nueva"; y, las "idénticas características" exigidas por la ley 24240 son trastrocadas por su reglamento a una entrega que deberá considerar el periodo de uso, el estado general de lo reemplazado, así como la cantidad y calidad de reparaciones efectuadas. Estas últimas restricciones no pueden tenerse en cuenta. "Lo dispuesto por el art. 17 del decreto 1798/94 contraría y altera la sustancia del derecho otorgado al consumidor en el art. 17 de la ley 24240, introduciendo restricciones ajenas a su espíritu, que no resultan compatibles con su finalidad tuitiva" (citar: elDial - AA5289).

En punto a la regulación de los

honorarios de los letrados, revisada la actuación profesional de los abogados, el éxito obtenido, las etapas cumplidas, considero que los mismos se ajustan a los parámetros de la ley de aranceles y confirmo el fallo en este punto.

En cuanto al porcentaje fijado para los peritos actuantes, sabido es que los honorarios de los mismos deben guardar relación con el monto de condena conforme lo dispuesto en los arts. 60 y concordantes por lo que es admisible que los jueces para adecuar la regulación tengan en consideración las pautas del art. 5 de la ley XIII no. 4. Debe valorarse, además, el valor económico comprometido en la pericia, es decir, su incidencia en el resultado final de la causa; a lo que se suma, obviamente, el mérito sobre la importancia y naturaleza de la labor cumplida, el contenido sustancial de sus exposiciones y su desarrollo científico.

"A los fines de la regulación de los honorarios del perito mecánico, el juzgado debe tener en cuenta la labor desempeñada, fijando la suma con base en tal tarea, en relación con el monto del juicio y las sumas otorgadas a los demás profesionales que han intervenido en el juicio" ("SERRANO, GUSTAVO A. c/ HéCTOR A. VALOY PéREZ s/ DAñOS Y PERJUICIOS" - Fallo: 92190065 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1992/12/21-Tipo de Fallo: Corte en Pleno - citar: elDial - MC2AF).

Evaluando la labor de ambos peritos en orden a las pautas descriptas precedentemente considero que los mismos deberán readecuarse y establecerse para el perito B. el 4% y al perito K. el 2%, modificando en este punto el fallo venido en crisis.

Estos fundamentos me llevan a desestimar los agravios del demandado apelante, y en cuanto al planteo de la parte actora sobre el alcance de la condena a los litisconsortes, no procede su tratamiento, en principio por la extemporaneidad del mismo, y como segundo argumento, atento a cómo fuera resuelta la cuestión central carece de absoluta virtualidad.

Tengo presente la reserva del caso federal.

Las costas de la Alzada deben ser impuestas a la accionada vencida conforme acatamiento del principio general y objetivo de la derrota (art. 69 del DJ Ley XIII nro. 5). Difiero la regulación de los honorarios profesionales al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1. Desestimar parcialmente los agravios de la codemandada apelante C. A. SA y en consecuencia modificar parcialmente la sentencia venida en crisis en el punto 5 con relación exclusivamente a los honorarios de los peritos intervinientes, que se fijan en el 4% para B. y en el 2% para K., según considerando respectivo.

2. Costas de la Alzada a la recurrente vencida, según considerando respectivo.

3. Diferir la regulación de los honorarios profesionales al momento del acuerdo.

4. Tengo presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) El Sr. Juez de la instancia de grado admitió parcialmente la demanda y condenó solidariamente a C. A. S.A. y V. A. S.A., a sustituir a M. R. A., en el plazo de 10 días de firme o consentida la presente: el automotor marca Volkswagen, modelo Passat Rural Variant, año 1997, Serie N° **********, motor N° *********, dominio XXX-***, por un automotor cero (0) km de similar marca, modelo y características del sustituido. Para el supuesto de que el mismo modelo haya sido discontinuado, será por el que actualmente lo reemplace y si el cumplimiento de lo mandado deviniera imposible, dicha obligación se transformará en la de pagar el importe correspondiente al precio actual en plaza del nuevo modelo. Condena, asimismo, a las co-demandadas a abonar, en igual plazo, en concepto de gastos de movilidad e indisponibilidad del vehículo, la suma de dos mil quinientos pesos ($2.500), más el interés según el considerando respectivo.

Rechaza la aplicación de astreintes y daño moral, imponiendo las costas a los codemandados y regula los honorarios.

II) Ante tal decisión la codemandada C. A. S.A. interpone recurso de apelación.

Concedido el mismo, cumple el apelante con la manda judicial a fs. 764/770.

Se agravia por el análisis que realiza el sentenciante de la prueba pericial realizada por el accidentólogo B., quien no es un profesional en la materia, ya que no posee la especialidad de ingeniero mecánico.

Señala que el juez omite centrarse en dos cuestiones importantes, que el vehículo se

encuentra al momento de la pericia en perfecto estado de funcionamiento, recordando que el vehículo tiene más de doce años al momento de realizar la pericia; y la segunda que el vehículo tiene 110.000 km recorridos, agregando que la transitabilidad en zona urbana es óptima. Y ello lo marca porque la ley del consumidor tiene como eje central de su política de cobertura que el bien vendido no cumple el fin para el que fue adquirido, lo que no es el caso de autos, ya que más allá de los ruidos que puede sentir el actor, no hay dudas que el vehículo cumplió la finalidad para la cual lo adquirió y que no impidió usarlo.

Señala que más allá de la falta de impugnación de la pericia, la misma debe ser analizada a la luz de la sana crítica y el relato del perito es contradictorio ya que no comprenden como puede producir esta sensación imperceptible, antes de poner la marcha primera, preguntándose, si el automóvil está en reposo y aún no se puso en marcha, cómo es posible que acuse un defecto de movida de tren delantero en ese momento.

Entiende que existen contradicciones al afirmar que el vehículo se desempeña en forma óptima y luego decir que se observa un movimiento zigzagueante casi imperceptible.

Efectúa consideraciones respecto a la empresa V. e indica que el juez no puede admitir que el perito accidentólogo ponga en tela de juicio, sin fundamento técnico la relación de peso potencia de uno de los vehículos más vendidos del mundo, el perito lo expresa muy livianamente, sin fundamento, no pareciéndole lógico que el perito haga un análisis de conducción dinámica en una unidad automotor.

Se agravia también por el descarte

grosero de la prueba pericial del perito ingeniero mecánico K., por resultar formalista el hecho de descartar el informe del taller de revisión técnica nacional de fs. 377/380 por estar presentado en fotocopias, efectuarlo de plano es abusivo sobre todo considerando que el mismo indicaba que el vehículo está en perfecto estado y que no acusa ningún defecto.

La no merituación de testigos le provoca agravio, aún de quienes el juez no tiene nada que impugnar como el testigo M., C., P., P., sobre quien transcribe parte de sus declaraciones.

Tampoco se ponderó, aduce la prueba de informes de A., ni al informe del concesionario de B..

Subsidiariamente y para el supuesto que se considere adecuado el análisis probatorio realizado por el a-quo se agravia por la interpretación que se realiza del art. 17 de la ley 24240 en el sentido que corresponde reemplazar la unidad por una 0km, ya que su parte y tal como fue demandado debería cumplir con el art. 17, inc. a, de la ley de defensa del consumidor y su decreto reglamentario 1798/94.

Cita doctrina y jurisprudencia de la Sala “A” de esta Cámara y así pide se resuelva.

La condena al pago por gastos de movilidad e indisponibilidad es motivo de queja, ya que ello no se ha acreditado, adivinando el Juez que por no constar en la hoja de ruta la fecha de entrega, el automotor estuvo indisponible 4 meses.

La regulación de los honorarios de los letrados de la actora y peritos los considera altos.

III) Previo a contestar los agravios, la actora pone de resalto que habiendo sido consentida la sentencia definitiva de primera instancia por parte de

la codemandada V. A. S.A., el recurso de apelación que se replica sólo podrá tener efectos jurídicos entre las eventuales o posteriores acciones de colaboración y/o responsabilidad que pudieran entablarse entre sí las codemandadas de autos.

Ello es así, aduce, toda vez que la solidaridad que establece la Ley de defensa del consumidor N° 24240 -norma de orden público- frente al consumidor o usuario (el aquí actor) se traduce procesalmente en un litisconsorcio facultativo para el acreedor de la prestación debida, más no en la figura del litisconsorcio necesario.

IV) No hay controversia entre las partes que el 26 de octubre de 1996 el accionante Sr. A., adquirió a C. A. S.A., un vehículo Passat Rural Variant, año 1997, Serie N° **********, motor N° *********, dominio XXX-***, por la suma de $30.000.

También acuerdan, en punto a que al existir quejas del comprador del vehículo sobre el funcionamiento del mismo, ingresó reiteradas veces en el taller, lo que surge de la prueba incorporada, fs. 15, de los testimoniales de fs. 199/204, reconocida su original a fs. 197; 226/227 ,238, y detallada por el sentenciante de grado.

Tampoco fue motivo de controversia que en autos es de aplicación la ley 24240 y más precisamente lo que determina el art. 40 de la misma

Observo en principio de la pericia de fs. 704/708 que el perito en documentología y accidentología vial señalar los fundamentos técnicos se refiere a la accidentología vial, a la incidencia de personas, caminos, etc en la colisión de accidentes, que no es el caso de autos.

No obstante a partir del punto IV trata sobre la pericia encomendada e indica con relación al sistema luminoso, de rodamiento, de dirección, suspensión, frenos transmisión y motorización, el vehículo se encuentra en perfecto estado de funcionamiento, coexisten deterioros fuera de los normalmente admitido por el desgaste normal producido por el uso frecuente durante 13 años de utilidad, no existen ruidos que evidencian un mal funcionamiento de alguna pieza mecánica que componen los sistemas revisados.

En cuanto a la transitabilidad a 40 a 60 km el vehículo se desempeña en forma óptima, funcionando la seguridad activa y pasiva a la perfección, aunque observa que un movimiento zigzagueante casi imperceptible al salir del reposo, en el momento de arrancar, previo colocar el cambio en primera, al momento de soltarle el embrague. En punto a la suspensión asevera que entre 50 y 70 km, ante la eventual contingencia de tener que atravesar una depresión o badén la suspensión del eje delantero no se comporta como debiera, evidenciándose un problema de tenida.

Indica lo efectuado en el vehículo por los técnicos y discrepa con la metodología utilizada para subsanar el inconveniente que entiende subsiste.

Tal pericia no fue motivo de impugnación, lo que no releva a los jueces de su estimación teniendo en cuenta no sólo la competencia del perito, los principios científicos y técnicos, en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, así como los demás elementos de convicción que la causa ofrezca,(Art 481 del

CPCCCh), pues si bien el art. 386 del CPCCCh, segunda parte, establece que "No tendrán (los jueces) el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente las que fueren esenciales y decisorias para el fallo de la causa", lo que significa que la norma les acuerda la facultad de valorar aquellas pruebas que se tornan necesarias y conducentes a la resolución de las controversias, no es menos cierto que resulta preciso que el sentenciante efectué un cotejo del plexo probatorio a fin de arribar a una decisión justa, advirtiendo cuales son aquellas que denotan mayor fuerza convictiva.

Y entiendo que en autos ello se ha omitido tomando como decisiva la prueba del perito en accidentes, sin advertir la realidad del expediente.

No se discute que si bien la prueba pericial es el medio más apto para probar hechos técnicos, debe valorarse conforme los principios científicos en que se funde, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y las demás probanzas que la causa ofrece, ya que tal dictamen es solo un elemento informativo sujeto a aceptación y apreciación del juez, o sea, que las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse sus facultades decisorias privativas,... debiendo según la calidad de los peritos y de las razones técnicas, científicas o artísticas que los mismos tuvieron en cuenta para adoptar sus conclusiones, y los detalles que permitan identificar las cosas o bien que hayan examinado (ver Devis Echandía – "Compendio de la prueba judicial" - T.II, p. 230; ídem Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce – "Códigos procesales" - T.V, pág. 588; ídem Casimiro

Varela – “Valoración de la prueba” - pág. 199, p. 113), admitirlas o no. También el primer autor citado y conforme jurisprudencia pacífica recuerda que: "Naturalmente, el rechazo por el juez del dictamen de los peritos debe basarse en razones serias, en un análisis crítico tanto de los fundamentos como de las conclusiones que lo llevan al convencimiento de que carece de los requisitos examinados en los números anteriores" (ob. cit., pág. 134), y aún más, se ha resuelto también que: "Ahora bien, el apartamiento de los jueces del dictamen pericial, por razones de convicción sincera, no exige al magistrado una extensa relación de los motivos en que formula su decisión, siendo suficiente que, aunque en forma sucinta se haga referencia a los motivos..." (Morello..., ob. cit., pág. 588)”.

Pero si bien no puede apartarse de los dictámenes sin dar razones que lo justifiquen, tampoco pueden admitirse sin justificación, ya que el art. 477 del CPCCCh, dispone cómo debe ser estimada la fuerza probatoria del dictamen pericial.

Y tal pericia que entiendo no guarda acabadamente con los requisitos de los artículos 476 y sgtes. de la ley N° XIII N° 5 Anexo A se tendrá en cuenta en todo aquello que sea concordante con el material probatorio.

No asistiendo razón al quejoso en cuanto a las contradicciones de la pericia, pues más allá que pudiera existir alguna indeterminación, que ya remarcara, ello no puede beneficiar a la quejosa, pues no hay liberación aún cuando se pretenda acreditar que la causa del defecto permanece desconocida, Fariña J.M., “Defensa del consumidor y del usuario” (art. 40,

pto 15 b, pág. 455) y en los presentes la falla no pudo subsanarse.

No dejo de advertir que no debe el apelante en esta instancia cuestionar las condiciones del perito en punto a que no se trata de un profesional de la materia ni respecto a su habilitación ya que propuesto a fs 675 por el actor, y corrido el traslado, fs. 678, al no haber formulado oposición fue designado a fs. 704, deviniendo tal decisión firme.

Pudo el quejoso hacer uso de las facultades que le acuerda el artículo 469 del código procesal.

Asimismo, ninguna cuestión le suscitó la pericia agregada y prueba de ello es que corrido traslado de ésta, fs. 711, guardó silencio.

Pericia que más allá de lo que puntualizara, la inestabilidad a la que aludía el actor hace doce años persiste y la actitud de los demandados a través del personal especializado cambio de amortiguadores, cubiertas, etc., hacen presumir la existencia de alguna irregularidad que a través de las medidas adoptadas pretendían subsanar, y no por sólo el capricho del actor.

No resulta creíble que a sólo 5 días de recibir el vehículo, 31-10-96. el Sr. A. concurriera a la concesionaria reclamando lo que no existía y que persistiera en el mismo dando origen a las 11 reparaciones de lo que se informa a fs. 15. Es evidente que si a la cosa se le hicieron reparaciones en virtud d e la garantía es porque ella no funcionaba bien, y esto no puede oponérsele al consumidor final (cf. Fariña J.M., Defensa del consumidor y usuario, pág. 259, Bs As, 2004, citado en LL, 2009-D,299).

Asimismo, no puede considerarse satisfactoria la solución dada con los cambios a los que ya hiciera mención si ellas no alteraron las fallas reclamadas.

En punto a las testimoniales que entiende le dan la razón no evidencia otra cosa que la personal discrepancia del apelante ya que los testigos no hicieron más que reconocer que ante los reclamos estos fueron atendidos, lo que no significa que el resultado fuera satisfactorio.

Por último, es cierto que el informe del perito se efectuó luego de 12 años de la compra y que el vehículo se encuentra en buenas condiciones y que durante dicho lapso fue utilizado, pero no se probó que el desperfecto no existiera, y el término de uso se debió a la falta de respuesta de los obligados. Nótese que ingresó con el reclamo el 31-10-96 y el 22-9-97,, no se había dado respuesta favorable. Asimismo, envió carta documento en octubre de 2007, recibiendo como respuesta que se le realizaría una revisación técnica.

El art. 40 de la ley nro. 24240, incorporado por la ley 24999/98 dispone que el fabricante, y el vendedor, en cuanto nos interesa, entre otros, serán responsable por el daño provocado al consumidor resultante del vicio de la cosa, y que sólo se liberarán total o parcialmente si demuestran que la causa del daño le fue ajena, es decir que se debe a culpa inexcusable de la víctima o al hecho de un tercero por quien no debe responder.

Ante ello y que la responsabilidad del apelante y adquirente debe analizarse desde la óptica de la responsabilidad de los productos que fabrica prevista en el artículo de mención, al no haber el

apelante acreditado que la actora realizara un uso indebido del vehículo, debe cargar con las consecuencias que ello acarrea.

Por todo ello, no encuentro motivos que justifiquen admitir el recurso interpuesto por C. A. en cuando al fondo del asunto, por lo que respecto a lo principal que decidiera el sentenciante debe confirmarse.

Se agravia subsidiariamente el demandado porque el juez manda a sustituir a Mario Rodolfo Aragone, en el plazo de 10 días de firme o consentida la presente: el automotor marca Volkswagen, modelo Passat Rural Variant, año 1997, Serie N° **********, motor N° ********2, dominio XXX-***, por un automotor cero (0) Km de similar marca, modelo y características del sustituido. Para el supuesto de que el mismo modelo haya sido discontinuado, será por el que actualmente lo reemplace y si el cumplimiento de lo mandado deviniera imposible, dicha obligación se transformará en la de pagar el importe correspondiente al precio actual en plaza del nuevo modelo.

El art. 17 de la ley 24240 establece que en los supuestos de reparación no satisfactoria, compete al consumidor pedir "... la sustitución de la cosa por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la cosa nueva...".

Del texto precedentemente transcripto se desprende que la cosa que se entregue en sustitución de la reemplazada debe ser "nueva" y de "idénticas características" que la anterior.

Sin embargo, el decreto reglamentario de dicha disposición legal establece restricciones no

contempladas en ella, pues prescribe que "... La sustitución de la cosa por otra de idénticas características, deberá realizarse considerando el periodo de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele..." (art. 17 decreto 1798/94).

Como se advierte, la norma reglamentaria ya no establece que la cosa reemplazada debe ser "nueva"; y, por otro lado, las "idénticas características" exigidas por la ley 24240 sino que establece que en la entrega deberá considerar el periodo de uso, el estado general de lo reemplazado, así como la cantidad y calidad de reparaciones efectuadas.

No obstante doctrina y jurisprudencia que comparto entienden que tales restricciones no pueden tenerse en cuenta, ya que como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo (CSJN, Fallos 327:4932 y 4937 y sus citas de Fallos 322:1318), hipótesis que, a mi juicio, se configura en la especie porque lo dispuesto por el art. 17 del decreto 1798/94 contraría y altera la sustancia del derecho otorgado al consumidor en el art. 17 de la ley 24240, introduciendo restricciones ajenas a su espíritu, que no resultan compatibles con su finalidad tuitiva. En tales condiciones, corresponde

abstenerse de aplicar dicho decreto reglamentario para hacer valer en plenitud la ley reglamentada (art. 31 de la Constitución Nacional, y art. 3° de la ley 27) - "G., Carlos Camilo c. Ford Argentina S.A.", publicado en: LA LEY 29/06/2009, 11, María Virginia Schiavi; LA LEY 2009-D, 299, María Virginia Schiavi; RCyS 2009-VII, 115 - DJ 12/08/2009, 2258; en igual sentido "Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 16/04/2009, Pereyra, Sergio Daniel c. Fiat Auto Argentina S.A., DJ 30/09/2009, 2785, AR/JUR/11892/2009 "Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 17/09/2008, "Choqui, Néstor Petronio c. Coop. Viv. pers. YPF Gral. Mosconi, LLBA 2008 (diciembre), 1178, con nota de Federico M. Alvarez Larrondo; RCyS 2008, 1202, AR/JUR/9124/2008.

Debe señalarse que en los supuestos de reparación no satisfactoria, el art. 17 de la Ley nro. 24240 permite al consumidor pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de las mismas características cuando la cosa reparada no reúna las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada. Entendiéndose por condiciones óptimas "que no pueden ser mejores" (Dicc. Real Academia Española), o según el art. 17 primer párrafo del D. Reglamentario de la Ley nro. 24240, "las necesarias para un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante" (v. esta sala, 12/03/2009, "G., R. c. D. C. s/ ord."). Este es precisamente el supuesto que se configura en el caso pues -como surge de la pericia mecánica- a pesar de las reiteradas reparaciones realizadas al vehículo no se logró una solución definitiva al desperfecto.

Asimismo, con respecto a la

interpretación del art. 17 de la ley 24240 que establece que "... la sustitución de la cosa por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la cosa nueva...", la norma reglamentaria establece que "... La sustitución de la cosa por otra de idénticas características, deberá realizarse considerando el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele..." (art. 17, decreto 1798/94)".

Esta sala, recientemente se ha pronunciado en el sentido de que del texto de la norma transcripta se desprende que la cosa que se entregue en sustitución de la reemplazada debe ser "nueva" y de "idénticas características" que la anterior, aun cuando el decreto reglamentario de dicha disposición legal establezca restricciones no contempladas en ella que no deben tenerse en cuenta puesto que, como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallos 327:4932 y 4937), cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo" (v. CNCom., esta sala, 12/3/09, "G., C. c. F. A. SA s/ ordinario").

"Al respecto, recuérdese que el citado precepto legal admite, a pedido del consumidor, la sustitución del producto adquirido en aquellos casos en que no quede conforme con la reparación realizada, debiéndose interpretar que esta última para ser

considerada "satisfactoria" debe dejar al bien en un estado idéntico al producto original que normalmente se comercializa: ni mejor ni peor que el que se vende nuevo (cf. Tinti, G., “Derecho del consumidor”, p. 52, Córdoba, 2001); extremo que obviamente no es el del sublite.

Por otra parte, se ha dicho que tampoco puede considerarse "satisfactoria" la reparación si resulta inconducente para solucionar las fallas detectadas (cf. Rouillón, A., “Código de comercio comentado y anotado”, t. V, p. 1143, Buenos Aires, 2006), “Pereyra c/ Fiat”, ya citado).

Sobre tales antecedentes y que, reitero, comparto, juzgo improcedente el agravio planteado por la demandada, resultando suficiente para confirmar el fallo en este aspecto.

Privación de uso: sobre este rubro, crítica la demandada, ya que no se ha probado que el automóvil estuviera indisponible durante 4 meses.

Y acierta en cuanto no se probó el término de 4 meses que denunciara el actor, pero no es menos cierto que a decir del Sr. Juez, la demandado obvió dejar constancia de la fecha de entrega, tal como lo dispone el art. 16 de la ley del consumidor, fundamento éste último que no fue contrapuesto, limitándose a sostener, que tal daño no puede presumirse.

En consecuencia ante la ausencia de prueba por omisión del apelante, el tiempo estimado por el sentenciante y el monto, devienen justos y así lo decido.

Atento a lo resuelto las consideraciones efectuadas por el actor devienen intrascendentes.

En punto a la regulación de los honorarios que fuera motivo de apelación por entender que son altos, de acuerdo al trabajo profesional realizado por los representantes de los actores, el resultado obtenido, la naturaleza y complejidad del asunto, la trascendencia para casos futuros, y demás pautas de los artículos 3, 5, 6 y 7 de la Ley de Aranceles, los honorarios fijados por el sentenciante devienen justos.

No así los regulados a los peritos, ya que teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 5, y la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada por los peritos, el valor de los bienes a considerar que si bien no está establecido, es público y notorio el valor de los mismos, estimo prudente establecer a favor del perito B. el 4% y del perito K., el 2% del valor actual del automóvil a sustituirse.

En cuanto a los honorarios de la alzada teniendo presentes iguales parámetros y lo que dispone el art. 14 de la ley de aranceles los fijo en el 30% a favor del Dr. E. N. y en el 25% a favor de los Dres. J-M. y C. O..

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Confirma la sentencia de fs. 732/749 en cuanto ha sido materia de apelación, puntos 1°), 2°) y 3°).

2) Modifico parcialmente el punto 5° con relación a los honorarios regulados a los peritos, que los impongo en un 4% a favor de A. J. B. y el 2% a M. I. M. K. -del valor actual del automóvil 0 km sustituido-, y confirmo los regulados a los

patrocinantes de la actora.

3) Impongo las costas de la alzada al demandado vencido y regulo los honorarios a favor del Dr. E. N. en el 30% y a favor de los Dres. J. M. y C. O., conjuntamente, en el 25% -en ambos casos, de los regulados en la instancia de grado por sus respectivos trabajos-.

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 778.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Melero no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Confirmar la sentencia de fs. 732/749, puntos 1°), 2°) y 3°), en cuanto ha sido materia de apelación.

2) Modificar parcialmente el punto 5° con relación a los honorarios regulados a los peritos, que se fijan en un CUATRO POR CIENTO (4%) a favor de A. J. B. y en el DOS POR CIENTO (2%) para M. I. M. K. -del valor actual del automóvil 0 km sustituido-, y confirmar los honorarios regulados a los patrocinantes de la actora.

3) Imponer las costas de la alzada al demandado vencido y regular los honorarios a favor del Dr. E. N. en el TREINTA POR CIENTO (30%) y a favor de los Dres. J. M. y C. O., conjuntamente, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) -en ambos casos, de los regulados en la instancia de grado a cada parte por sus respectivos trabajos-.

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 778.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"