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 A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., L. E. c/ W. U. A. s/ ORDINARIO", expte. nro. 104/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 17/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 162), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 131/133vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Alonso de Ariet dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a W. U. A. a pagar a la actora la suma de pesos ocho mil setecientos en concepto de daño material y moral, con más los intereses calculados, desde las fechas indicadas hasta su efectivo pago, a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones ordinarias de descuento.

La parte demandada interpuso, a fs. 138, recurso de apelación, éste fue concedido a fs. 139 y fundado a fs. 147/152.

Concretamente sostiene que le genera agravios la incorrecta valoración de la prueba efectuada por el juez de grado que lo lleva a concluir respecto a la existencia de incumplimiento contractual. Sostiene que la carga de la prueba respecto de este extremo pesaba sobre la actora y no sobre su parte.

Insiste en que su mandante tomó los recaudos de seguridad suficientes, pidió una identificación válida, solicitó el PIN de seguridad y formuló una pregunta de prueba. Agrega en mayúsculas y con signos de exclamación que no es exigible que le realice un ADN al beneficiario (sic). Realiza consideraciones relativas a adulteraciones de documentos y a la agilidad de las operaciones comerciales.

En segundo lugar, impugna la valoración del daño material. Manifiesta que el daño es el perjuicio efectivamente sufrido por la actora y que éste asciende a dólares un mil, suma transferida o girada al exterior y que no se puede indemnizar un daño mayor al sufrido. Agrega que por tal razón la suma de pesos cinco mil setecientos no tiene fundamento legal alguno.

En el tercer agravio se impugna la procedencia del daño moral, atento al carácter contractual de la relación sustancial que unió a las partes. Alega que el daño moral en estos supuestos no se presume y que el perjuicio, en el caso, no ha

existido. Arguye, además, que la suma concedida por este concepto es excesiva.

Por último se apelan los honorarios regulados por altos y se efectúa reserva de caso federal.

2. Tratamiento de los agravios.

Previo a toda consideración es pertinente destacar la naturaleza jurídica de la relación que ha unido a las partes.

Es que las partes han estado vinculadas por una relación de consumo y este extremo tiene proyecciones concretas en orden a las cuestiones debatidas.

La Constitución Nacional, en el año 1994, incorporó en su contenido, a la relación de consumo. El artículo 42 se refiere a dicha relación como área de protección de los derechos de los consumidores y usuarios con respecto a su salud, seguridad e intereses económicos.

La calificación de la relación jurídica como de consumo no ofrece dudas porque su causa-fuente es un contrato oneroso que enlazó a un proveedor de servicios con el usuario (confrontar orden obrante a fs. 6).

W. U. A. es una empresa dedicada, como lo señala en la expresión de agravios el recurrente, a la transferencia de dinero al exterior.

La señora L. E. G., encuadra perfectamente en el concepto de "consumidor contratante" que literalmente describía el artículo 1 de la ley 24240. Huelga recordar que el sistema tuitivo hoy es abarcativo del "consumidor no contratante" (alcanza

un contratante potencial, a alguien que va a contratar en el futuro o aún cuando no tenga ninguna intención de contratar), y de aquel que se halla expuesto a prácticas del mercado potencialmente lesivas de sus derechos (reforma de la Ley 26361).

La consecuencia lógica, entonces, es la subsunción del conflicto planteado en la normativa del estatuto particular tuitivo de los intereses de los consumidores y usuarios. Son variados los efectos específicos del sistema tuitivo de la relación de consumo; los que aquí interesan son los que se siguen:

Reglas de interpretación propias consagradas por los arts. 3 y 37 de la ley 24240 que textual y respectivamente dicen: "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa" (art. 37). "En caso de duda sobre los alcances de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor" (art. 3).

La plena vigencia del deber de información consagrado por el artículo 42 de la Constitución de la Nación que exige para el consumidor "una información adecuada y veraz"; complementado por las previsiones del artículo 4 de la ley 24.240, reformado por la ley 26.361 que dispone: "Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre

gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión".

A ello se suma, también, la plena vigencia de la obligación de seguridad, consagrada por el citado artículo 42 que en su parte pertinente establece como derecho del consumidor "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos". Complementando, el artículo 5 de la ley 24240 dispone que "las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

Otra manifestación de la protección al consumidor es el efecto vinculante de la publicidad previsto por el artículo 8 de la ley citada que dispone: "Las precisiones formulada en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor".

Se imponen a favor del consumidor o usuario por el artículo 42 de la Constitución Nacional y por el art. 8 bis de la ley 24240 incorporado por la ley 26361, condiciones de trato equitativo y digno. La norma infraconstitucional citada impone a los proveedores abstenerse de conductas que coloquen a los consumidores "en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias".

Finalmente se prevén normas especiales para los supuestos del incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

El artículo 10 bis de la ley 24240, incorporado por la ley 24787 art. 2 dispone, que "el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a. Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b. Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c. Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan" .

El 40 de la misma ley incorporado por la ley 24999 sobre responsabilidad por daños dispone: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o con ocasión de servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

En definitiva, a partir de la vigencia del nuevo texto constitucional la protección del consumidor ha sido admitida como un principio general informador del ordenamiento jurídico del Derecho Privado, de tal modo que ello le confiere a ese sector del Derecho una dinámica y una lógica propias que obligan a los jueces -y a cualquier otra autoridad- a

actuar de conformidad con las valoraciones inherentes, al mismo tiempo de interpretar y aplicar la normativa especial o general que rige las relaciones de consumo. Evidentemente, la cuestión guarda relación con el llamado proceso de "constitucionalización del Derecho Privado", entre cuyas implicancias destaca la necesidad de que los operadores jurídicos efectúen una relectura de las normas de Derecho Privado desde la perspectiva constitucional. Este enfoque del tema adquiere fundamental importancia cuando se advierte que la ley 24240 (con sus modificaciones posteriores) constituye la sede principal pero no exclusiva del subsistema de defensa el consumidor, pues sus contenidos no agotan la regulación de la materia, siendo complementada con el régimen de derecho común y con las normas especiales destinadas a regular algunos sectores específicos de la contratación, así como también por las normas de defensa de la competencia y lealtad comercial (cf. Frustagli, Sandra en “Contrato de consumo y prescripción de la acción por vicios redhibitorios”, publicado en Lexis N° 0003-010537, el 12/05/2004).

Por supuesto al amparo de estas premisas rectoras daré tratamiento a los agravios.

-Inexistencia de incumplimiento.

El primer agravio relativo a la falta de acreditación del incumplimiento contractual no puede prosperar.

La carga probatoria del regular cumplimiento de la prestación de servicio, en modo alguno puede caer sobre el consumidor; máxime atendiendo a las características propias del servicio

contratado, esto es de transferencia de dinero al exterior.

Huelga señalar que la actora probó en autos la contratación del servicio de envío de dinero al exterior. En efecto, surge de la constancia de fs. 6 –y no ha sido negado–, que el día 18 de agosto de 2007 la Sra. L. E. G. envío a través de W. U. A. la suma de dólares un mil al Sr. N. J. G.. El cargo de este servicio fue de dólares estadounidenses cincuenta y seis con ochenta y uno. Obviamente ambas sumas fueron entregadas por la Sra. G., en la sucursal local de la empresa, en la fecha indicada. El envío fue identificado bajo como MT N° *********.

Ahora bien, la empresa ha afirmado categóricamente que entregó el dinero al destinatario; sin embargo ninguna prueba aportó en ese sentido. Más aun la Sra. G. en el reclamo extrajudicial que obra a fs. 66 insiste en el rescate del formulario que tiene que llenar quien entrega el dinero. Por supuesto, se trata de un trámite regular conforme surge del propio formulario que obra a fs. 6.

Insisto en la postura asumida por la empresa que sostiene haber entregado el dinero cumpliendo con los controles de seguridad exigibles y sin embargo nada trae al proceso para acreditar tan importante extremo. Ergo, no era necesario realizar pruebas genéticas, como insólitamente sostiene al expresar agravios, sino tan solo cumplir con las normas de seguridad en la entrega, exigibles de conformidad con la naturaleza de la contratación.

En este orden de ideas, destaco que sólo acompañó una fotocopia ilegible a la que pretende

atribuir el carácter de formulario de pago al Sr. N. J. G..

Esta sorprendente conducta procesal lesiona el elemental principio de buena fe, ya que no es dable pretender que la actora acredite justamente el cumplimiento de la prestación del objeto del contrato, ya que su incumplimiento constituye el objeto del reclamo.

Con base en lo expuesto fácil es concluir que el incumplimiento contractual se ha acreditado.

Los agravios restantes versan sobre los montos de condena y adelanto que prosperarán.

Frente al incumplimiento contractual, en abstracto, el contenido del resarcimiento de los daños y perjuicios comprende el valor de la prestación debida y fracasada por culpa o dolo del deudor y por el riesgo que éste debe absorber, la ganancia frustrada por la inejecución y otros daños que el acreedor pruebe haber experimentado y que sean derivados del incumplimiento en relación de causalidad adecuada, inclusive el moral y los intereses.

En autos al promover la demanda, la actora reclamó el valor de la prestación debida, el daño moral y los intereses; el juez condenó el pago de las tres partidas y sólo fueron impugnadas las dos primeras.

La cuantificación de la prestación debida, que obviamente constituye el daño material, contenida en la sentencia, debe ser modificada. Es que el juez ha tenido en cuenta circunstancias extrañas al

marco contractual como lo son los precios de las computadoras –fs. 84/85-

Así, la realidad del contrato es otra y corresponde la cuantificación de la prestación debida en el equivalente a dólares un mil cincuenta y seis con ochenta y un centavos, de conformidad con la documental obrante a fs. 6, a la cotización del dólar oficial a la fecha de este pronunciamiento ($3,95 cf. www.bna.gov.ar). Es decir la suma de pesos cuatro mil ciento setenta y cuatro con cuarenta centavos.

En orden a la procedencia del daño moral, ya he tenido oportunidad de pronunciarme en casos similares al presente; entonces sostuve y hoy reitero que el criterio restrictivo de procedencia del daño moral que impera en materia contractual requiere un margen razonable de aplicación y no es dable hacerlo extensivo dogmáticamente a todos los casos como pretende el recurrente. Más aun, si ello es así en el ámbito contractual con mayor razón en materia de derecho de los consumidores.

Al amparo de esta premisas advierto que el presente caso presenta aristas puntuales y esenciales que autorizan la procedencia del daño.

El padecimiento de la actora se encuentra acreditado en la sensación de frustración, desaliento por la entrega de dinero para su envío a un ser querido y el absoluto incumplimiento de esa entrega. La inquietud espiritual o padecimiento (desazón, aflicción, angustia) que generó esta situación fue probada por las declaraciones de los testigos.

En definitiva, las constancias de la causa son demostrativas del menoscabo que en el plano anímico padeció la actora tras el injustificado y severo incumplimiento de la demandada.

Por esta razón propongo el rechazo del agravio en relación a la procedencia del daño.

En cuanto a su cuantificación he de señalar que el monto fijado no aparece como razonable y prudente en función de las circunstancias probadas de la causa.

Por tal razón en mérito a dichas circunstancia propongo su cuantificación en la suma de pesos dos mil.

Así, la demanda prosperará por la suma de pesos seis mil ciento setenta y cuatro con cuarenta centavos, más los intereses establecidos por el juez de grado, que no fueron motivo de agravio.

La modificación reseñada torna abstracta la impugnación a los honorarios fijada.

3. Costas y honorarios.

La imposición de costas de la instancia anterior debe ser confirmada porque, en definitiva, el resultado del proceso no ha sido alterado. Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida por aplicación del mismo principio.

Los honorarios de primera y segunda instancia se fijan de conformidad con las pautas contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria, las correspondientes a los artículos 18, 36 y 37 y por aplicación de las escalas específicas contenidas en los artículos 6 y 8 (primera instancia) y 13 (segunda instancia).

Con base en estas consideraciones, corresponden al Dr. J. R. V. y M. J. M., en forma conjunta, por su actuación en primera instancia la suma de pesos dos mil y al Dr. I. F. C. la suma de pesos un mil.

Los correspondientes a segunda instancia se fijan en la suma de pesos seiscientos a favor del Dr. J. R. V. y pesos trescientos a favor del Dr. I. F. D. L. C. En todos los casos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso de Ariet dijo:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 138.

2. Revocar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 131/133, únicamente en relación al monto de condena el que se fija de conformidad con los considerandos pertinentes.

3. Revocar la regulación de honorarios de primera instancia contenida en el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y fijar los honorarios del modo propuesto en el considerando respectivo.

4. Costas de esta instancia a la demandada vencida.

5. Regular los honorarios de segunda instancia del modo propuesto.

6. Tener presentes las reservas del caso federal efectuadas a fs. 152 por la demandada y a fs. 158vta. por la actora.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Contra la sentencia condenatoria de fs. 131/133vta, se alza la demandada a tenor del informe de fs. 147/152 que el es contestado a fs. 155/159.

Sostiene la recurrente que el decisorio es fruto de una errónea valoración probatoria ya que la misma no sirve de sustento a las afirmaciones iniciales de la demandante. Máxime, cuando se le intenta atribuir carga probatoria que pesaba sobre la contraria. Argumenta al respecto.

Así, entiende que el daño material resulta improcedente y eventualmente excesivo al tener como fundamento hechos no probados y deficiente motivación en cuanto a su estimación.

Se agravia, además la recurrente por haberse estimado procedente el daño moral sin tenerse en cuenta la pautas restrictivas en la materia. Ningún fundamento objetivo y serio admite su procedencia por lo que fallo consagra un enriquecimiento indebido.

Finalmente considera excesiva la estimación de honorarios y eventualmente formula reserva del llamado “caso federal”.

Una atenta lectura y consideración de los elementos obrantes en la causa autorizan a desbrozar toda prueba inconducente a los fines de la revisión intentada y en consecuencia todo intento de fundamento sobre sus inaudibles constancias.

También incidirá en mi opinión, la conducta asumida por las partes durante todo el desarrollo de la ocasional relación que los ha vinculado, extensivas al proceso.

A modo liminar se debe dejar en claro que agencias de servicios como los que brinda la demandada asume las obligaciones que impone la ley de defensa del consumidor y toda duda obra en su favor. A no dudar en cuanto a tal afirmación ya que es la misma agencia quien a través de su página web, hecho notorio y público, lo admite y le sirve de publicidad para todo el cúmulo de servicios que ofrece (ver http: //c.w.com/esp/about_c.html), de allí las razones por las cuales resulta acertada su aproximación analógica, espontáneamente ofrecida a fs. 39vta. 3er, párr., refiriendo a que en el caso asumían una responsabilidad similar a la de un banco(lo dicho autoriza al reproche en cuanto a la sugerente diferenciación funcional que se intenta en la alzada a fs. 147 p. II.1, 1er, párr.),(ver v. vg. "Los derechos del consumidor y usuario de servicios bancarios: un enfoque más amplio de su problemática", por Urtubey, Raúl Alberto - 6-may-2010 - cita: MJ-DOC-4700-AR - MJD4700).

La garantía de seguridad en el éxito de la trasferencia es parte esencial del servicio brindado ya que indudablemente compromete un resultado y ello justifica y se tiene en cuenta en el importe por comisión que debe abonar quien contrata el servicio.

El debido control en cuanto al pago en cantidad e identidad del beneficiario son por cuenta exclusiva de quien brinda el servicio y debido a su profesionalidad su responsabilidad se encuentra agravado respecto a las del cliente razón por la cual para el caso de dudas en cuanto al pago de un giro convenido por un cliente con la agencia a favor de una persona determinada, quien debe aportar toda la

documental de rigor a los fines de haberse agotado el control respectivo es la sucursal encomendada para tal fin e informar debidamente al reclamante. De allí en más las eximentes que pudieran corresponder. Pero en el caso, la mera manifestación unilateral mediante comunicación epistolar obrante a fs. 7(reservado), el silencio ante la intimación de fs. 8 y la comunicación de resolución contractual mas la insuficiencia probatoria de la fotocopia simple obrante a fs. 36 cuyo contenido justificaría las precauciones necesarias o exigibles para entregar el giro al beneficiario tal como se pretende en resaltado y negrita en esta alzada a fs. 148 1er, párr., no ofrecen certeza alguna. Pretensión inadmisible que tampoco justifica la irascibilidad vertida a reglón seguido y que escapa al estilo del foro, advirtiendo en tal aspecto.

Se ha dicho y resuelto que la irrestricta negativa de la demandada sobre los extremos en que se funda la demanda puede presentarse como un proceder contrario a las reglas de la buena fe, según la cual es dable exigir, frente a afirmaciones concretas del actor, al menos una explicación fundada, pues no es suficiente, como principio, una cómoda negativa que comúnmente sólo tiende a poner en cabeza de la contraparte la prueba de los extremos que por un elemental deber de lealtad en el proceso, corresponde sean inicialmente propuestos por las partes con claridad y veracidad (ver v. gr. CNCom., sala D, mayo 24-2001, ED 194-375; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. Astrea 1987, t.2, pág.256, ap.3).

Así, en el capítulo de la negativa genérica de los hechos, que no es tan genérica sino que avanza en afirmaciones o insinuaciones que merecen prueba corroborante se niega aún la existencia de la utilización del servicio por parte de la accionante y pone en duda el parentesco de ésta con el beneficiario, afirmaciones que se contradicen con la formulación de posiciones a la hora de la confesional de la reclamante ya que bien se ha dicho que lo que afirma el ponente sobre el hecho a que se refiere la posición, importa el reconocimiento de su veracidad, pues si pide que su contrario jure como es cierto un determinado hecho, ello implica por parte de quien formula la pregunta que lo tiene como tal. Así, el reconocimiento de uno de los litigantes es susceptible de producir consecuencia jurídicas a su cargo (ver v. gr. Rev. LA LEY del 10/6/97, p.6, fallo 95.479).

Conforme tales pautas las primeras cuatro posiciones formuladas en el pliego de fs. 117 contradicen las negativas referidas a tales hechos y que conformaron el contradictorio lo que le quita seriedad a tal postura defensiva y consecuentemente perjudica su pretensión actual.

No es todo, tales reconocimientos le otorgan credibilidad a la documental ofrecida por la accionante y así no tan sólo queda reconocido el convenio de fs. 6/6vta. dando cuenta de las cláusulas predispuestas por la agencia y las que debe honrar y de las que se desprenden las obligaciones de control e información incumplidas a la hora de culminar con éxito su obligación principal: la identificación cierta del

beneficiario a los efectos de percibir el importe girado.

En la búsqueda de casos análogos de nuestra doctrina judicial nacional la institución demandada registra un antecedente adverso y en el que en breve reseña, se resolvió: "Corresponde condenar a una empresa dedicada a la transferencia de dinero al exterior, a restituir la suma transferida por el actor, que fue cobrada por una persona distinta a su destinatario toda vez que, la demandada no produjo ninguna prueba idónea a fin de demostrar que el dinero había sido cobrado por la persona autorizada para ello, a pesar de encontrarse en mejores condiciones que el actor para probar dicho extremo" (ver CNCom., sala E, 28/09/2009 –"Varela López, Mariana Edith c. Western Union Financial Services Argentina S.R.L."- publicado en: DJ 24/02/2010, 449 - RCyS 2010-V, 201, con nota de Graciela B. Ritto; Cita Online: AR/JUR/45503/2009), la que resulta útil para la solución del presente.

Por lo dicho propongo desestimar en todos sus términos el primer agravio.

A no dudar que tal como afirma la recurrente, el daño es el perjuicio efectivamente sufrido por la actora y asciende, en principio, al monto señalado en el giro mas los gastos de comisión por frustración del mismo. Tomando en consideración el valor de cambio y resuelto en convenio por incumplimiento con fecha 27/10/2007 (fs. 9/11 reservados), corresponde la restitución de la suma fijada por la vocal preopinante, con más sus intereses en la forma establecida en el p. 18 de los considerandos del fallo impugnado.

Suma a la que no podrá adicionarse el perjuicio patrimonial alegado al inicio a fs. 26vta. p. V., por insuficiencia de prueba.

En tal sentido se ha dicho que la ley exige para condenar la certeza de la verdad de la afirmación de la existencia del hecho resultante de racional valoración de la prueba de acuerdo al sistema de sana crítica efectuada por el juez, con excepción de supuestos expresamente establecidos por la ley. Por tanto no puede derivar la persuasión de certeza de meros sentimientos, sospechas, conjeturas, simple voluntad de sentenciante, sino que debe ser consecuencia de la valoración total, razonada, conforme a la sana crítica racional, de toda la prueba conducente y legítima de la verdad de la afirmación de la existencia del hecho controvertido.

Que el defecto esencial en la formación del estado de certeza de la verdad de la afirmación de existencia del hecho alegado por el accionante implica inexistencia de prueba para condenar (ver "Condena judicial - Prueba - Sana crítica – Certeza" por Pedernera (h.), José Antonio, publicado en LLC 2004 (julio), 565).

En el caso de autos la presunta finalidad del dinero girado ha quedado en la mera alegación ya que la testimonial de fs. 92/92vta. y 93/93vta., en cuanto al tema es referencial de allí su irrelevancia. Y es que, constituye un principio común el que debe desconocerse todo valor al testigo de referencia, porque en él la relación de conocimiento no es directa. En efecto si el testigo es de oídas es insuficiente para justificar el hecho sobre el que

depone (ver: Jofré-Halperín, "Manual...", v. III, p.313, n° 45,n.356).

Propongo, en consecuencia revocar la sentencia en cuanto a tal rubro, limitando su monto por daño material a la suma fijada precedentemente.

En cuanto a la cuestionada procedencia del daño moral alegado en la demanda y receptado favorablemente por el a quo, es motivo de agravios sosteniendo el recurrente la postura restrictiva en la materia, y es que sin desconocer que la reparación del daño moral es facultativa para el juez en los supuestos de incumplimiento contractual y tampoco ignorar que los proyectos de reforma del Código Civil propician la eliminación de esta facultad, cabe señalar que en lo relativo a la prueba se enfatiza que debe ser acreditado debidamente por la víctima o bien procede cuando resulta notorio, según Bueres (Jornadas de San Juan)(ver v. gr. "Algunas reflexiones acerca del daño moral contractual" por Ritto, Graciela B., publicado en: RCyS 2010-V, 201).

A más de ello, coincidimos con Carlos Ghersi que señala que se debe interpretar esa facultad en los nuevos términos de la actual postmodernidad, donde desde 1993 (ley 24.240) y 1994 (CN) aparecen reguladas las relaciones de consumo, preservándose los derechos de los consumidores o usuarios como sujetos vulnerables y considerando que la frustración de esa relación de consumo, sin duda, genera un daño a los sentimientos como situación objetivada y agravada desde lo subjetivo, lo que llevó a los jueces a avanzar en la concesión del daño moral aplicando la interpretación pro consumidor que establece la ley (GHERSI, Carlos

Alberto, Weingarten, Celia, Tratado de Daños Reparables, Tomo I, Parte General).

En el caso de autos tengo en consideración que la frustración del objeto del contrato y la falta de respuestas serias y fundadas y aún el silencio ante intimaciones fehacientes son causa que comúnmente, según el curso natural muy normal de las cosas (art. 901 CCiv.) provocan fastidio, incomodidad, molestias no previstas e impotencia; alteración en el espíritu que merece ser resarcida y de allí que el quo, de conformidad con la cuestionada fórmula contenida en el art. 522 CCiv., optó por legitimar un reclamo aún cuando pareciera que se lo está cuantificando en relación a la frustración espiritual de una presunta sobrina y beneficiaria indirecta del dinero girado, cuando ya se ha dicho y resuelto que tal circunstancia no ha quedado probada.

Debe quedar en claro que el reclamo por daño moral es personal, el único legitimado a su relamo es quien lo padece y se cuantificas tomando en consideración la alteración o quebrantamiento espiritual que le ha provocado el incumplimiento debidamente acreditado en consecuencia y de conformidad a tales pautas en la medida de su naturaleza resarcitoria y que trata de corregir, enmendar, satisfacer y desagraviar y no generar un lucro (ver v. gr. “Reparación del agravio moral” por Gagliardo, Mariano, publicado en: LA LEY 2009-D, 1307), y sin perder de vista antecedentes análogos de esta Sala, lo estimo prudentemente en la suma de $2.000 (pesos dos mil) corriendo los intereses establecidos en la sentencia.

Al haberse propuesto la revocatoria parcial del fallo en razón del acogimiento de parte de los agravios, al cambiar el monto del juicio deberán adecuarse las costas y honorarios (art. 279 CPr., hoy art. 282 del DJ), perdiendo sustancia la queja por su fijación en la instancia anterior. Se tiene en cuanta la reserva del llamado “caso federal”.

La mera reducción de los montos no incide en la aplicación del principio receptado por el art. 68 CPr., hoy 69 DJ, por lo que las costas de ambas instancias pesan sobre la demandada, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias ordenadas por la Ley XIII-N° 4, ex 2200 y sus modificatorias.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Adhiero a la fórmula propuesta por la Dra. Alonso de Ariet.

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 el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 138.

2) Revocar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 131/133, únicamente en relación con el

monto de condena, el que se fija, de conformidad con los considerandos pertinentes, en la suma de PESOS SEIS MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO con CUARENTA CENTAVOS ($6.174,40).

3) Revocar la regulación de honorarios de primera instancia contenida en el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y fijar los honorarios de los Dres. J. R. V. y M. J. M., conjuntamente, en la suma de PESOS DOS MIL ($2.000) y del Dr. I. F. D. L. C. en la suma de PESOS MIL ($1.000), con más el IVA si correspondiere.

4) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

5) Regular los honorarios de segunda instancia al Dr. J. R. V. en la suma de PESOS SEISCIENTOS ($600) y a favor del Dr. I. F. D. L. C. en la suma de PESOS TRESCIENTOS ($300), con más el IVA si correspondiere.

6) Tener presentes las reservas del caso federal efectuadas a fs. 152 por la demandada y a fs. 158vta. por la actora.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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

A.D.