En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de abril del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia a cargo del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **R. D. S. C. c/ A. S. J. K. y/u otro s/ Cobro de Pesos – ley 24240 (Expte. N°191 - Año 2015)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 150/14), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Son justos los honorarios regulados a la Dra. S. E. G.? **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde
dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 95.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Civil y Comercial de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 58/65 vta., contra la cual interpuso recurso de apelación la parte demandada (fs. 69), siéndole concedido el mismo a fs. 70. La demandada también apeló por "altos" los honorarios que se le regularon a la Dra. S. E. G.. Expresó sus agravios la recurrente a fs. 84/87 vta., siendo contestado por la contraria a fs. 89/90 el traslado conferido de los mismos.

2 – La Sentencia

La sentencia dictada por el Inferior hizo lugar a la demanda incoada por S. C. R. D. contra J. K. A. S., condenando a esta última a abonar a la primera,

en el término de diez días de quedar firme el pronunciamiento, la suma de $ 40.000.- (Cuarenta Mil Pesos), en concepto de devolución de sumas entregadas, multa del art. 52 bis de la Ley 24.240 y daño moral, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. calculados desde la fecha que para cada suma determinó expresamente la sentenciante en su decisión final. Impuso las costas a la demandada, reguló los honorarios de los letrados intervinientes y dispuso que una vez firme la sentencia deberá la demandada abonar la tasa de justicia que corresponda.

Conforme expresa la Magistrada a quo, la parte actora reclamó el reintegro de la suma de dinero que había entregado a la demandada en concepto de reserva por la adquisición de un automotor usado, la indemnización por daño moral y la sanción prevista por el art. 52 bis de la Ley 24.240.

No obstante encontrarse debidamente notificada del traslado de la demanda, la parte demandada no compareció a estar a derecho en tiempo y forma, siendo declarada rebelde. El estado de rebeldía cesó posteriormente al presentarse en autos. Sobre esta cuestión la a quo dejó sentado que la ley consagra una presunción favorable a la parte que se beneficia con la rebeldía de la contraria. La posición asumida por la demandada hizo que se tenga por reconocida la documental acompañada por la actora y de allí la existencia de una compraventa pactada entre las partes de un automotor Chevrolet Corsa, dominio GQQ 908, en virtud de la cual la actora entregó a la demandada la suma de $ 30.000.- como reserva, conforme lo acreditara con el recibo N° 499 suscripto por la demandada y obrante en autos.

Tuvo en cuenta la a quo que la actora hizo inspeccionar el rodado por un experto quien detectó una serie de desperfectos en el vehículo los que constan en el Presupuesto N° 9 que acompañó, emitiendo también una factura de $ 200.- por su labor. Ante ello, la actora solicitó una disminución en el precio, lo cual fue rechazado por la requerida. La situación hizo que la

actora dejara sin efecto la operación notificando ello a la vendedora e intimándole el reintegro de la suma entregada como reserva, los gastos incurridos y los daños y perjuicios. La demandada no cumplió con lo solicitado. Surge también de la sentencia que no se ha controvertido que la actora tramitó un crédito para el pago del saldo de precio y que el rodado tenía una deuda por patentes (impuesto automotor) impagas.

La a quo encuadró la situación habida entre las partes como un contrato de consumo regido por la Ley 24.240, siendo la actora una consumidora y la demandada una proveedora de bienes. Este panorama -dijo la a quo- hace aplicable lo dispuesto por el art. 10 bis de la ley específica por lo que le asiste el derecho a la actora a rescindir la operación y obtener la restitución de lo pagado más daños y perjuicios. De allí que consideró legítima la rescisión efectuada por R. D., estando obligada la demandada a reintegrarle la suma recibida oportunamente con más sus intereses desde el 5 de Agosto de 2014.

Con respecto al reclamo por el "daño punitivo" (art. 52 bis Ley 24.240), propuso la reclamante la suma de $ 15.000.- La sentenciante tuvo en cuenta que el proveedor debe informar adecuadamente a la otra parte sobre las características de la cosa que ofrece y las condiciones del negocio y que la demandada omitió cumplir con este deber ya que no hizo conocer los desperfectos del vehículo y la deuda por impuestos. Conocidas estas circunstancias por la actora, la misma decidió no concretar la operación.

Según la sentencia, la conducta de la demandada violó los arts. 4 y 8 bis de la Ley 24.240 y ello justifica aplicar la sanción requerida por la actora, con el fin de evitar en el futuro conductas similares de su parte. Es así que impuso la suma de $ 5.000.- como multa civil a favor de la actora, más intereses.

Por último trató el reclamo indemnizatorio por "daño moral". Ha dicho la a quo que sobre la base de presunciones puede inferirse la existencia de la lesión espiritual, no siendo necesario una prueba directa.

Valoró los testimonios de C. y M., concluyendo que sus dichos demuestran que los hechos excedieron de meras molestias para la actora y que no puede desconocerse que las situaciones vividas le
generaron aflicción, angustia y preocupación. Ese estado de frustración y angustia configuran -según dijo la a quo- una lesión espiritual que merece ser indemnizada y de allí que admitió la pretensión condenando a la demandada a pagar la suma de $ 5.000.- por este rubro, más intereses desde el 5 de Agosto de 2014.

3 – <u>Agravios de la demandada</u>

3.1) Agravia a la actora que la sentencia la haya condenado a restituir la suma recibida como reserva de la operación. Afirma que tal decisión es arbitraria y que conforme constancias de la demanda y documentales jamás la demandada ocultó, tergiversó o retaceó información sobre el estado del automóvil al momento de su ofrecimiento y que ofertó el rodado en las condiciones que estaba. Agrega que la pérdida de aceite jamás se ocultó siendo ello conocido por la actora. Esgrime que la actora no rechazó la operación por el estado del móvil sino porque no se le hizo una rebaja del precio pactado.

Insiste en que no se acreditó que su parte haya incumplido la oferta realizada sobre el vehículo objeto de la compraventa y que la única incumplidora es la actora, quien luego de asumir un compromiso quiso dejar sin efecto el mismo invocando falaces circunstancias. Considera que ha sido la actora quien perjudicó a la demandada.

3.2) Agravia a la demandada el arbitrario acogimiento de la Multa Civil prevista por la Ley 24.240. Reitera en este punto que su parte no ocultó, tergiversó ni retaceó información sobre el rodado ofertado y que la actora reconoce que dejó sin efecto la operación al no lograr una reducción del

precio ya que no dice que lo hace por desperfectos del móvil. Reitera que al no acreditarse incumplimiento de su parte sobre las condiciones del rodado, no puede ser condenada con la multa prevista por el art. 52 bis de la Ley 24.240. Imputa arbitrariedad a la decisión de la a quo en este punto.

3.3) Por último, agravia a la demandada la condena a indemnizar el "daño moral". Plantea que el reconocimiento de este daño en una relación contractual es de carácter restrictivo y que el mismo no puede presumirse como ha hecho la a quo. Advierte que la actora no ofreció prueba al respecto.

Destaca que la a quo tuvo por acreditado la existencia de aflicción, frustración y angustia como consecuencia del negocio frustrado y que tal apreciación desborda de arbitrariedad, dado que son apreciaciones que no se fundan en constancias de autos.

Insiste en que lo plasmado en este punto por la a quo no puede presumirse y que el "daño moral" debió ser acreditado no solo en su existencia sino en su extensión por la víctima. Concluye que si no lo acreditó es porque no hubo tal daño.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>La condena a restituir</u>

He de comenzar el análisis del primer agravio teniendo en cuenta la declaración de "rebeldía" de la demandada (conf. fs. 27). Si bien a fs. 29 la requerida tomó intervención en el proceso, cesando su estado rebelde (conf. fs. 30), lo concreto es que la demanda no fue contestada en tiempo y forma. Sabido es que la rebeldía no impone al juez una decisión favorable a las pretensiones del actor, sino que lo autoriza a acceder a ellas si fueran justas y estuvieran acreditadas en forma.

Ahora bien, también sabemos que la no presentación oportuna de la demandada en el proceso contestando la demanda, impone que se le tengan por reconocidos los documentos que se le atribuyen y por recibidas las cartas documentos y/o telegramas, estando facultado el juzgador para estimar su silencio como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos aseverados en la demanda (conf. SCBA, DJBA, 116,
pág. 160; 117, pág. 22).

Es de advertir que, si bien resulta cierto que la condena del remiso no puede fundarse solo en su silencio, sino en el ajuste de los hechos con el derecho aplicable, la presunción *iuris tantum* que consagra el texto legal, no se la debe hacer jugar invariablemente contra el demandante, cuando los hechos alegados en la demanda son lícitos. Lo contrario sería premiar la desidia y desinterés del demandado y colocarlo en la contienda en condiciones ventajosas por el hecho de su contumacia (Cám.Civ.Com.1ª., B.Blanca, Sala II, DJBA, 121, pág. 36).

Tengo también en cuenta que las facultades del juez son amplias -como director del proceso-, razón por la cual puede estimar el silencio como reconocimiento de la verdad de los hechos articulados en la demanda, o bien buscar en la prueba la corroboración de lo que en principio debe mirarse como verdadero; pero si no se prueba nada en contrario, gana fuerza la presunción favorable a las pretensiones del actor (conf. CNCiv., Sala C, 31/07/74, JA, 1974, 24, pág. 339; ED 57-346; La Ley, 1975-A, 843, sum. 747).

Destaco, como fin de esta introducción, que se ha declarado que no siempre el juicio en rebeldía es adecuadamente captado, tanto en su conceptuación y estructuración legal, como en la valoración concreta de la situación examinada y juzgada. El enfoque judicial y la postura mental del juez, mediante rebeldía, no debe ser el de quien busca, por así decir,

inconvenientes -en una actitud como de simpatía hacia el ausente que no quiere comparecer y defenderse-, sino que, partiendo de una verdad presunta, contenida en la demanda, ha de establecerse si del análisis de la prueba y de todos los antecedentes -con o sin período probatorio formal- fluye su confirmación (conf. CNCiv., Sala B, 14/07/71, La Ley 145-218; JA, 1971, 12, pág. 226).

No obstante su obviedad, no está demás remarcar que la parte demandada no produjo prueba alguna en el proceso, como tampoco controló la producida por la reclamante.

Ninguno de los dichos y expresiones vertidas en el primer agravio por la recurrente están avalados por probanza alguna que permita valorarlos y analizarlos como agravios (arg. art. 268 CPCC). Es más, de las constancias de autos surge todo lo contrario de lo que la demandada afirma en su presentación bajo análisis. Ello ya implica un claro incumplimiento a lo que la norma del art. 268 del ritual exige como fundamentación recursiva válida.

Vaya un ejemplo: con relación a la decisión de rescindir la operación por parte de la actora, esgrime la queja que ello se debió a que no se le hizo una rebaja del precio oportunamente pactado. Frente a este dicho, me remito a la C.D. de fs. 8, reconocida por la apelante, y de su texto surge que la actora rescindió la operación relacionada con el automóvil dominio GQQ 908 *"…toda vez que la unidad presentó vicios preexistentes a la operación (vicios que no fueron informados a la suscripta) y que la tornaron impropia e inviable para un uso normal y habitual…"*. Esto demuestra la falsedad de lo afirmado por la quejosa.

He dicho supra que el resto de las expresiones de la recurrente carecen de todo aval probatorio y son simples manifestaciones de una postura

personal sobre la cuestión que exhiben clara discrepancia con lo decidido por la a quo, lo cual está muy lejos de constituir un agravio válido.

Es doctrina reiterada de esta Alzada la que dice que los recursos de apelación deben contener la impugnación concreta del pensamiento del juez, el examen crítico de sus proposiciones y las razones expresas y fundadas -no el simple desacuerdo subjetivo o la diversidad de opinión-, por las que el recurrente considera errónea la decisión, equivocados sus fundamentos, o inaplicables las disposiciones jurídicas mencionadas por el sentenciante. Resulta así ineficaz la expresión de agravios que sólo contiene apreciaciones generales o abstractas, sin concretar los errores en que pudiera haber incurrido la sentencia apelada (conf. Cám.Civ.Com.

B.Blanca, DJBA, 117, pág.404; Cám.1ª.Civ.Com. M.del Plata, La Ley 109339; 123-219; 131-1198, 18.252-S).

Surge del punto que estoy analizando un razonamiento paralelo o propio de la apelante, que sólo trasunta apreciaciones subjetivas y ello no comporta la crítica concreta que exige la normativa procesal (art. 268 CPCC). Es evidente que no estamos ante una impugnación concreta de las

motivaciones básicas de la sentencia recurrida y de allí la insuficiencia de la presentación bajo análisis.

Por último, se advierte de los fundamentos del recurso que su contenido se limita a consignar una mera disconformidad con lo resuelto por la sentenciante, sin concretar, ni siquiera aproximadamente, cuáles son los motivos por los cuales se considera que el fallo es erróneo, injusto o contrario a derecho.

Es que no basta con argüir que lo decidido es exagerado, desmedido o arbitrario, pues ello, mientras no se demuestre que existe un juicio erróneo o no arreglado a derecho -lo cual no puede lograrse a través del empleo de

expresiones teñidas de un alto subjetivismo-, incurre en una disconformidad que no alcanza a tener el nivel técnico mínimo que requiere una expresión de agravios (conf. Cám.2ª., Sala I, La Plata, C B-
53.363, reg. sent. 42/83).

Como correlato forzoso de aplicación de los principios expuestos precedentemente, la deficiencia de la expresión de agravios trae aparejada como primera consecuencia, que todos los puntos del fallo, que en el escrito en que se funda la apelación han sido omitidos, deben estimarse consentidos (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1962, I, págs.. 461 y 691; 1969, pág. 306). Deben consecuentemente tenerse por firmes todas aquellas conclusiones del fallo recurrido que no hayan sido eficazmente controvertidas por el apelante en la expresión de agravios (conf. Cám.Civ.Com. S.Martín, Sala II, ED 105-236, entre otros).

Lo hasta aquí expuesto me conduce a proponer declarar desierto el recurso en el primer agravio expuesto por la recurrente (arg. arts. 268, 269 CPCC).

4.2 – <u>La multa civil</u>

Las consideraciones y conclusiones vertidas en el punto anterior le son perfectamente aplicables a los fundamentos expuestos por la recurrente en su segundo agravio. Y ello es así porque este punto es prácticamente una reiteración de lo expuesto por la demandada en el primer punto; a saber: que su parte no ocultó, tergiversó ni retaceó información sobre el rodado que ofertaba; que la actora decidió dejar sin efecto la operación al no lograr una reducción del precio; que no está acreditado el incumplimiento de su parte; que no se acreditó que brindara un trato indigno a la actora y que la decisión es arbitraria.

Las expresiones de la recurrente se asimilan más a una contestación de demanda que a una expresión de agravios. Los fundamentos recursivos son inexistentes. No hay agravio digno de análisis (art. 268 CPCC).

Corresponde expresar que si el agravio constituye una reproducción casi literal de lo expuesto en el apartado anterior de la misma presentación, ello no constituye la crítica requerida por el art. 268 del CPCC. Adviértase que lo expuesto se limita a reiterar argumentos expuestos en el primer agravio los cuales han sido tenidos por insuficientes.

La carga de impugnar no queda cubierta con una repetición de argumentos manidos, que han sido esgrimidos por la parte en el punto anterior de su fundamentación.

Los agravios -permítaseme la reiteración- no pueden limitarse a señalar una mera discrepancia de criterios o a manifestar simplemente una disconformidad con lo decidido por la a quo, sino que deben alcanzar suficiencia técnica. La meta de la actividad recursiva consiste en demostrar el desacierto de la sentencia que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea, de modo de producir convicción en el tribunal de alzada sobre la sinceridad y autenticidad de los agravio vertidos (conf. CNCiv., Sala D, 19/04/77, La Ley 1977-C, 334; íd., 24/03/81, La Ley 1981-C, 654, 35.913-S).

En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones de la recurrente, no hay agravio que atender en la alzada, debiendo declararse desierto el recurso en este punto (arts. 268, 269 CPCC).

4.3 – <u>El daño moral</u>

En lo que hace al reclamo por "daño moral", ha basado su reclamo la actora esgrimiendo al demandar que *"…El daño ha sido de transcendencia, ya que ha trastornado la vida en familia y con mi pareja, cargándonos de trámites, tensiones, idas y vueltas que no contribuyeron a un bienestar psicológico para con mi persona…se ha agraviado moralmente a esta consumidor… y se acude a la prueba presuncional a los fines de su acreditación…"* (fs. 21).

La norma del art. 522 del Código Civil de Vélez ha previsto que en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

El uso de la expresión *"el juez podrá"* en esta norma y la directiva contenida en el final de ella, permite sostener que en ese sector de la teoría de la responsabilidad civil, es facultativo del juez la reparación del menoscabo extrapatrimonial experimentado por el acreedor. Claro está que se trata de una facultad que no puede ser ejercida discrecionalmente por el magistrado, sino de acuerdo a las circunstancias del caso (conf. Capel.Trelew, Sala A, 27/10/08; ídem, 25/08/2010, "H.").

Ahora bien, en materia de responsabilidad contractual, el resarcimiento del daño moral es debido cuando sea consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento culposo de la obligación asumida. Es que en estos casos -a contrario de lo dicho por la a quo en su decisión- el daño moral no se presume, y quien lo invoca debe alegar y probar los hechos que determinaron su existencia, toda vez que el mero incumplimiento no basta para admitir su procedencia (conf. CNCiv., Sala D, 10/10/06, Impuestos 2007-5 (marzo), p. 524).

No he de acompañar tampoco a la quo en cuanto hace referencia a un fallo judicial en el cual se afirma que no es necesario aportar prueba directa para indemnizar el daño moral contractual.

He dicho ya como integrante de este Cuerpo, que en materia contractual, el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que alega; se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (conf. Cám.Civ.Com.Quilmes, Sala 2ª., 04/10/01, Juba B2951017). Y si bien todo incumplimiento contractual es, en principio, revelador de la culpa del deudor, ello no resulta suficiente para acoger todo reclamo por reparación del daño moral en los supuestos de responsabilidad contractual, pues de ser así no tendría razón de ser la limitación determinada para su procedencia en el art. 522 del Código Civil Velezano, cuando supedita tal reparación a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso (conf. C.Nac.Com., Sala A, 14/11/97, LL 1998-C-637; esta Cámara in re *"Pérez de Villareal, J.A. c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Daños y Perj."*, 30/05/2012, Reg. SD N° 17/12).

En cuanto a la actividad probatoria desplegada por la reclamante, en modo alguno puede considerarse acreditado el "daño moral" mediante las declaraciones de las testigos mencionadas por la a quo en su sentencia.

Los testimonios que la a quo ha considerado relevantes en favor de la posición del actora son los propuestos por ella: C. (fs. 41/y vta) y M. (fs. 42/43). Ambas declararon conforme el interrogatorio obra a fs. 40 de autos. El análisis de su contenido nos conducirá a dar solución a la cuestión.

Advierto que las preguntas "5" y "6" del interrogatorio son claramente violatorias de los requisitos que impone la norma del art. 447 del ritual con

respecto a las “formas de las preguntas”. Lo mismo ocurre con la 10ª. pregunta que se le formulara a la testigo C. (fs. 41 vta.). En efecto, la norma procesal dispone que no se formularán las preguntas que estén concebidas en términos afirmativos o sugieran las respuestas. En este caso estamos ante preguntas afirmativas y que sugieren las respuestas. A diferencia de las posiciones que se dirigen a la contraparte, que deben ser asertivas, las preguntas que se formulan a los testigos han de ser hechas como indagatorias, de manera tal que de su contenido no pueda inferirse la contestación, puesto que las así formuladas no dejan otra posición al testigo que la de contestar afirmativa o negativamente, con lo que se desvirtúa la finalidad de este medio probatorio. Son preguntas sugestivas las que casi no dejan margen al testigo en la contestación para que el juez pueda advertir si conoce los hechos o simula haberlos conocido a través de un interrogatorio cuya redacción lo conduce casi a la posibilidad de una sola respuesta coincidente con el propósito de quien lo formula, como establece el art. 447 del CPCC lo son las que sugieren la respuesta (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1976, III, pág. 142).

Aquí las preguntas dieron por sentado que la relación con la demandada incidió en el ánimo de la actora, lo cual constituye una clarísima violación de la normativa procesal aplicable (art. 447 CPCC).

La prueba de testigos producida así sobre la base de un interrogatorio que no es tal, porque ha sido redactado como si se tratara de formular posiciones a una de las partes, muestra una situación que deviene inoperante. Se suele incurrir así, en el vicio de proponerlas en forma afirmativa, sugiriendo las respuestas a suministrar, contrariando manifiestamente lo que dispone el art. 447 del CPCC. Lo que aparentemente pareciera una ventaja para la parte que diligencia de ese modo irregular, pues logra que el testigo responda en forma afirmativa,

coincidiendo con los hechos alegados o la postura procesal asumida por la parte que lo ofreció, a la postre se convierte en un elemento de juicio neutro, que carece de eficacia para formar la convicción. Al testigo hay que interrogarlo de modo tal que en forma espontánea relate lo que a través de sus sentidos ha percibido en torno a los hechos controvertidos conducentes, mas en modo alguno tiene eficacia el preguntario que ya contiene las contestaciones a dar (conf. PALACIO, L.E., "Tratado", T. IV, págs. 600/601 y jurisp. allí citada).

Es evidente que las testigos propuestas por la actora declararon a tenor de un interrogatorio que contiene una afirmación o del cual se infiere la respuesta; es ello motivo suficiente para prescindir de estos elementos de juicio. Es que los interrogatorios sugestivos -como el que estoy analizando- restan valor probatorio a las declaraciones de los testigos, pues se está ante un interrogatorio no hábil por lo sugerente (conf. Cám.1ª.Apel.B.Blanca, DJBA, 47, pág. 198 o JA, sec. prov., III, pág. 44; Cám.2ª.,Sala II, La Plata, C. 84.680, reg. 232/57; Cám.1ª.,Apel.B.Blanca, La Ley 87-526; DJBA, 51, pág. 322; Cám.2ª.,Sala I, La Plata, DJBA, 50, pág. 94; Cám.2ª.,Apel.Mercedes, JA 1971, secc. reseñas, pág. 518, N° 125; Cám.1ª., Sala I, La Plata, JA 1972, secc. reseñas, pág. 26, Sum. 24).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, que constituye fundamento más que suficiente para desvirtuar el valor probatorio de los testimonios, no puedo soslayar que tampoco merece esta probanza la valoración que se le otorgara por la a quo si nos atenemos a "la razón de sus dichos". La testigo C. dijo que ella trabajaba en el local de enfrente de donde trabajaba la actora *"…y me comentó que estaba ahorrando hacia un par de meses para comprarse un autito y un día…le pregunté que había pasado con su autito y ahí me comentó que la habían estafado con la plata y que el auto no estaba en condiciones…"* (fs. 41 vta.). La sola lectura de la "razón de sus dichos" demuestra lo endeble

e inconsistente que resulta su declaración para probar el pretendido "daño moral". Y lo mismo ocurre con "la razón de sus dichos" de la testigo M.: *"…Yo lo supe yendo al locutorio a hablar con Sonia, ella me estaba comentando primero que estaban juntando la plata y al tiempo cuando vuelvo a ir, le pregunto por el auto y me empieza a contar el problema que estaban teniendo…"* (fs. 42 vta.). La insolvencia de la declaración es manifiesta.

Por los fundamentos vertidos, los testimonios bajo análisis -en lo que a la cuestión relacionada al "daño moral" se refiere- carecen del valor probatorio necesario conducente a la demostración de su existencia como directa derivación del incumplimiento de la demandada (art. 460 CPCC). Es por ello que no he de acompañar a la a quo en la valoración que ha hecho en su sentencia sobre la prueba testimonial y en base a la cual admitió el reclamo de la actora en el rubro analizado.

Por supuesto que tampoco cabe admitir la vía presuncional como surge de la sentencia en crisis, conforme lo hasta aquí fundamentado.

Me interesa remarcar que la procedencia de este rubro en materia contractual debe ser juzgado con un criterio limitativo y ser receptada sólo cuando la víctima prueba acabadamente la lesión que el incumplimiento la he producido en sus más íntimos sentimientos y afectos (conf. CNCiv., Sala K, 05/08/98, DJ 2000-1-1108; íd., 15/09/98, DJ 1999-2-697).

Teniendo en claro entonces que el criterio debe ser restrictivo y limitativo y que la víctima debe probar en forma clara, terminante y precisa los daños sufridos, corresponde analizar si tal producción probatoria ha sido cumplimentada en el caso para que la indemnización pretendida sea procedente. La actora no ha cumplimentado la carga probatoria necesaria y de allí que le asista la razón a la agraviada en este punto. Es más, he transcripto supra la fundamentación de su reclamo plasmado en la

demanda y allí se dice expresamente: *"…se acude a la prueba presuncional a los fines de su acreditación…"* (fs. 21). Hemos visto ya que ello es improcedente para admitir la pretendida indemnización.

Insisto en que el art. 522 Cód. Civ., al aludir al "agravio moral", debe interpretarse en forma severa y restrictiva, ya que las molestias, incertidumbres y contrariedades que son propias y características del mundo de los negocios no importan en manera alguna la existencia de daño moral en el afectado, en tanto no resulten menoscabadas sus afecciones legítimas y sus más profundos sentimientos y quien invoca la existencia de agravio moral en el campo del incumplimiento contractual debe acreditarlo y probarlo de manera fehaciente, si no quiere resultar derrotado en su pretensión resarcitoria (conf. C.N.Civ., Sala K, 05/07/02, LL 2003-A-678). Y aquí ha ocurrido justamente lo que acabo de describir, es decir, ante la ausencia de acreditación y prueba fehaciente por parte de la reclamante, la misma resulta derrotada en su pretensión resarcitoria.

En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo la admisión de este punto de los agravios en tratamiento y la revocación de la sentencia en crisis en cuanto condenara a la demandada a indemnizar el "daño moral".

5 – <u>Conclusión</u>

De conformidad con lo precedentemente expuesto y fundamentado, corresponde admitir parcialmente los agravios expuestos por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia en crisis en cuanto la condenara a indemnizar el "daño moral" reclamado por la parte actora y confirmándola en todo lo demás que fuera materia recursiva. Es mi voto.

6 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación parcial de la sentencia torna aplicable la norma del art. 282 del ritual. En consecuencia y teniendo en cuenta el resultado final del proceso,

corresponde imponer las costas de la primera instancia en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora (art. 72 CPCC),
regulándose los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. D. R. P., en el 15% del monto del proceso y los
correspondientes a la Dra. S. E. G. y D. A. T., patrocinantes de la demandada, en conjunto, en el 7% del monto del
proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), quedando sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios que surgen de la sentencia recurrida (arg. art. 282 CPCC).

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada deben distribuirse en cuanto a su imposición en un 80% a cargo de la parte demandada y en un 20% a cargo de la parte actora (arg. art. 72 CPCC), regulándose los honorarios del Dr. D. R. P., patrocinante de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. D. A. T., patrocinante de la demandada, en el 26% de los que les correspondieren por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de

corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Fiordelisi.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara, guardando el mismo orden metodológico que el propuesto por el Sr. Camarista preopinante.

2.

2.1.

Se agravia la demandada en tanto la sentencia de grado ha admitido la rescisión del contrato celebrado entre las partes, en los términos del art. 10 bis.c, LDC, condenando en consecuencia la restitución de la suma que la actora entregó a los fines de reservar el automotor objeto de la operación comercial.

Sostiene que en momento alguno la demandada ocultó, tergiversó o retaceó información respecto del estado del automóvil al momento de su ofrecimiento, sino que se ofertó el rodado en las condiciones en las que se encontraba, estéticamente aceptable, advirtiéndose una pérdida de aceite, como se consigna en la demanda, circunstancia por la cual mal podía accederse a una quita en el precio. Considera que esta última circunstancia fue la que tuvo en mira la actora para obtener la rescisión contractual, y en modo alguno el estado del rodado que invoca.

Aclara que el estado del vehículo estaba a la vista y se le ofreció a la compradora que lo hiciese revisar por un especialista; de hecho, añade, tomó un seguro sobre el rodado y gestionó un préstamo, decidiendo a la postre la rescisión unilateral del contrato.

En síntesis, sostiene que la actora conocía el estado de uso y conservación del rodado que había aceptado en compra, no hubo incumplimiento de oferta de la accionada, pero siendo la causa de la rescisión la negativa a la rebaja en el precio.

El decisorio sostuvo por su parte que, advertidas las reparaciones necesarias en el vehículo elegido, y ante la negativa a una disminución del precio, la actora optó -conforme surge de la CD de fs. 7/8-, por rescindir la operación, comunicándoselo a la vendedora, la que aparece legítima conforme lo normado por el art. 10 bis c., LDC.

Como se advierte, el apelante se limita a discrepar con el pronunciamiento en análisis.

Sostiene que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, la causa de la rescisión no fue el estado de uso y conservación del rodado, el que tenía a la vista y bien podía ser revisado por un mecánico, sino la rebaja en el precio a la que la demandada, como intermediaria en la operación, no accedió.

En modo alguno resulta del análisis de esta primera queja cuáles son las razones por las que considera que la rescisión unilateral se debió a haber pretendido un precio menor y como no se accedió a ello, decidió volver a fojas cero con la operación. Máxime cuando el texto de la CD de fs. 8 sostiene que la decisión fue adoptada por haber presentado la unidad, vicios preexistentes a la operación, que no le fueron informados a la actora, y que tornaron a la cosa impropia e inviable para un uso normal y habitual, sin que hubiera recibido esa misiva contestación de ninguna índole.

La actividad recursiva consiste en demostrar el desacierto de la sentencia que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea, de modo de producir convicción sobre la sinceridad y autenticidad de los agravios vertidos (cfr. CNCiv., Sala D, 19/04/77, LL 1977-C, p.334).

No sólo debe indicarse la cuestión que se somete a resolución del Tribunal y lo que entiende debió decirse, sino que también debe expresar, suficientemente, cuáles son las razones por las que se considera errónea la decisión del *a quo* y de las que derivan las quejas que se reclaman.

En esa inteligencia, coincido con el Dr. Fiordelisi que esta parcela del agravio debe ser declarada desierta (art. 268, del CPCC).

2.2.

En su segundo agravio, la demandada sostiene que se le ha impuesto injustamente la multa civil prevista en el art. 52, LDC.

Sostiene que mal puede tenerse por acreditado incumplimiento alguno (menos aun un trato indigno), cuando en verdad la propia actora reconoció el estado de uso y conservación del rodado, decidiendo dejar sin efecto la operación por no haber obtenido una rebaja en el precio.

El decisorio afirmó que la demandada omitió cumplir con el deber de informar sobre los desperfectos que presentaba el rodado, detectado posteriormente por el mecánico M. y sobre la deuda impositiva que presentaba el rodado, circunstancias estas que, una vez conocidas por la actora tomó la decisión de disolver el vínculo contractual.

En orden al incumplimiento del art. 8, LDC (trato digno), el pronunciamiento sostuvo que se encontraba configurado, tras la

declaración de la testigo C. (fs. 41), quien refirió que la accionada trató despectivamente a la actora y de la testigo M. (fs. 42) quien aseveró que la demandada se desentendió del tema.

En esta parcela del agravio, la apelante tampoco formula una crítica razonada y concreta del fallo apelado. Exterioriza una mera discrepancia con las aseveraciones sentenciales, sin dar razones del yerro judicial.

Respecto de las razones tenidas en cuenta por la actora para rescindir el contrato, es dable señalar que a ello he hecho referencia al tratar el primer agravio en el acápite anterior. En este caso, la recurrente insiste en que la ruptura del vínculo contractual se debió a la negativa de la demandada a conceder una rebaja en el precio, mientras que el decisorio brindó otras razones que no refutó.

En cuanto a la falta de cumplimiento con el deber de trato digno, el pronunciamiento lo tuvo por acreditado con las declaraciones testimoniales referidas, y ningún argumento jurídico brindó la apelante para rebatirlo.

Por tal razón, considero que esta parcela del agravio no cumple con los requisitos de la ley adjetiva para ingresar en su consideración y por ende debe ser declarada desierta (art. 268, del CPCC).

2.3.

En el tercer agravio, la apelante se agravia por la condena del daño moral formulada por el decisorio anterior.

Considera que los sentimientos de aflicción, frustración y angustia de la actora no han sido acreditados en autos.

La actora sostuvo en su demanda que la rescisión contractual le provocó trastornos en su vida familiar, agobiada por trámites, tensiones, idas y

vueltas. Concluye que debe acudirse a la vía probatoria presuncional, sin perjuicio del ofrecimiento que formula.

Debo señalar *prima facie* que, tratándose de responsabilidad contractual, el daño moral debe ser probado, a diferencia del originado por el hecho ilícito (cfr. esta Cámara, "P. d. V.", SDC 17/12; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, "González, Guillermo R. c. CIDEF de Argentina S.A.", 03/06/2010, LLBA 2010 (diciembre), 1219, AR/JUR/28186/2010).

También tiene dicho la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que en materia contractual -donde resulta de aplicación el artículo 522 del Código Civil- el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (SCBA, Ac. 39.185 del 27 XII 88, AyS., 1988-IV-631; Ac. 40.197 del 21 II 89, AyS. 1989-I-149; Ac. 46.042 del 23-IV-92, AyS. 1992-I-769; Ac. 57.527 del 20 XI 96, inédito; Ac. 58.441 del 30 IX 97, inédito; Ac. 73.965 del 21 III 01, inédito).

Es decir que mientras el daño moral como capítulo del resarcimiento en el daño aquiliano se presume, en materia contractual debe ser probado por quien lo invoca.

Además de lo consignado por el Dr. Fiordelisi al hacer mérito de las declaraciones de la testigo C. (fs. 41), debo señalar que la contestación a la pregunta 6a constituye una apreciación subjetiva de la testigo, al contestar

que "*obviamente*" la relación comercial incidió en el ánimo de la actora, "*afectándola anímicamente*"; ello, no obstante, sin soslayar que no explicó en qué consistió esa afectación en su ánimo. Por otra parte, al contestar la pregunta 10ª reconoció que lo sabe por comentarios de la propia actora. Se trata de una respuesta vaga e imprecisa, que además queda descalificada por no tratarse de un hecho que ha podido percibir por sus sentidos, sino por comentarios que la propia actora le formuló.

Por otra parte, la testigo M. (fs. 42) aseveró que "tiene entendido" que tuvo problemas con su marido, afecciones en su salud e inconvenientes laborales, adjudicando las ausencias laborales, el *stress* y los dolores de cabeza que padecía al hecho que se ventila en autos. Agregó en la contestación a la pregunta 6ª que esta cuestión influyó en su relación de pareja.

Tal como sucedió con la testigo C., M. supo de los trastornos y afecciones por propios dichos de la actora, sin haber tomado conocimiento personal de las situaciones que relató. Así lo hizo saber al explicar la razón de sus dichos: lo supo por ir al locutorio a conversar con la actora. También en este caso, por no haber percibido con sus sentidos los hechos narrados, sino por haberse enterado por comentarios de la actora, su declaración carece de entidad probatoria.

Para juzgar la eficacia convictiva de un testimonio deben valorarse factores subjetivos de idoneidad del declarante y objetivos por el testimonio mismo, en su relación interna y externa con los hechos, por su verosimilitud, coherencia, a lo cual debe agregarse como requisito esencial para la eficacia probatoria del testimonio, que incluya la llamada "razón del dicho", esto es, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que tornen verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo, así como la ocurrencia misma de lo relatado (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "Comella", 53/12

SDL; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, " Rey, Silvia Alejandra c/Mucciolo, Carlos Alberto y otro s/despido" 29/05/2009, La Ley Online, AR/JUR/14621/2009).

En el caso de autos, ambas testigos relataron haber tomado conocimiento de las aflicciones de la actora por su propia boca, circunstancia que torna carente de toda entidad probatoria a sus manifestaciones, por no haber presenciado los hechos.

No obstante que alguna corriente señala que en materia de relación de consumo la cuestión del daño moral debe flexibilizarse, refiriendo que, "si bien en materia contractual debe acreditarse el daño moral -no se trata de un daño *in re ipsa*-, lo cierto es que en materia regida por la ley del consumidor, se ha flexibilizado el criterio para su apreciación"(cfr. Cám. Civil y Comercial de La Matanza, Sala I, JUBA, RSD-25- S 9-9-2004 ,"Boragno, Cristian Edgardo c/ Dragoun, Jorge y otro s/ Daños y Perjuicios", voto del Dr. Ramón Posca), considero que no existe una sola referencia al perjuicio inmaterial en la legislación específica que me permita arribar a similar aserto.

Es criterio pacífico en la doctrina el de darle un carácter excepcional a la aplicación del daño moral en la órbita contractual (cfr. Cazeaux y Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", T° 1, 2ª. Ed, p. 38; Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T° I, p. 353, entre otros), y justo es señalar que la relación de consumo no escapa a esta órbita (cfr. art. 3, LDC), sin perjuicio de los principios que le son propios, y entre los que se encuentra el de *favor debitoris* en materia de interpretación.

Tal como sucede en otras legislaciones, se podrá decir que la norma de defensa al consumidor significa un avance importante en el desolado páramo en que se encontraban las condiciones generales de contratación hasta su promulgación. Sin embargo, en coincidencia con otros autores,

puede señalarse que no parece que una norma de estas características, pluridisciplinar y, en cierto modo, ley "marco", sobre la protección de usuarios y consumidores sea el lugar adecuado para resolver con ciertas garantías de rigor y exhaustividad un problema cuyas raíces se hunden en el más puro tronco del derecho privado y que necesita de una regulación legal específica que proporcione de modo completo y riguroso las complejas soluciones técnico-jurídicas que requiere la problemática de las condiciones generales en relaciones de consumo, como la que aquí se analiza (Cfr. Vivas, Mario L. “El contrato de adhesión. Pautas interpretativas”, LA LEY 03/03/2011, 1).

De allí a afirmar que el daño moral sufre una morigeración en su concepción, por fuera de lo dispuesto en el precepto general del art. 522, hay un trecho que, a mi juicio, no ha sido cubierto por ninguna norma legal, y su aplicación discrecional corre con serios riesgos de violar la normativa del art. 19 de la Constitución Nacional.

Lo cierto es que en autos, la actora no ha acreditado el daño moral que invoca, y por ende este rubro debe ser desestimado.

3.

Considero que las costas de la Instancia anterior deben ser readecuadas (art. 282, del CPCC), imponiéndoselas en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora (art. 72, del CPCC).

Asimismo deben readecuarse los honorarios profesionales, fijando los del Dr. D. R. P. en el 15% del monto del proceso y los de los Dres. S. E. G. y D. A. T. en el 7%, en su conjunto, del monto del proceso, con más IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y cc, ley arancelaria).

4.

Con respecto a las costas de la Alzada, deben ser impuestas en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora (art. 72, del CPCC), debiendo regularse los honorarios profesionales del Dr. D. R. P. en el 30% de los que le correspondan en la Instancia anterior, y los del Dr. D. A. T., en el 26% de lo que le corresponda en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA si correspondiere (arts. 5,7,8,13,46 y cc de la ley de aranceles).

Por las razones expuestas, voto por la **PARCIALMENTE** por **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

En atención a la adecuación de costas y honorarios (art. 282 CPCC) dispuesta precedentemente, ha devenido abstracto el tratamiento de la segunda cuestión.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Atento lo expuesto supra, deviene abstracto el tratamiento del recurso de apelación de los honorarios de la Dra. S. G..

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mis colegas de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente: **Primero**: **REVOCAR** la sentencia recurrida en cuanto condenara a la parte demandada a indemnizar a la parte actora por daño moral.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia dictada en la primera instancia en todo lo demás que fuera materia de agravios.

Tercero: **ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA**, imponiendo las mismas en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. D. R. P., en el 15% del monto del proceso y los correspondientes a la Dra. S. E. G. y D. A. T., patrocinantes de la demandada, en conjunto, en el 7% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de

la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Cuarto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 80% a cargo de la parte demandada y en un 20% a cargo de la parte actora (arg. art. 72 CPCC), regulándose los honorarios del Dr. D. R. P.,

patrocinante de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. D. A. T., patrocinante de la demandada, en el 26% de los que les correspondieren por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por mi colega de Cámara Dr. Fiordelisi.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2016.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

Primero: **REVOCAR** la sentencia recurrida en cuanto condenara a la parte demandada a indemnizar a la parte actora por daño moral.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia dictada en la primera instancia en todo lo demás que fuera materia de agravios.

Tercero: **ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA**, imponiendo las mismas en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. D. R. P., en el 15% del monto del proceso y los correspondientes a la Dra. S. E. G. y D. A. T., patrocinantes de la demandada, en conjunto, en el 7% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de

la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Cuarto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 80% a cargo de la parte demandada y en un 20% a cargo de la parte actora (arg. art. 72 CPCC), regulándose los honorarios del Dr. D. R. P.,

patrocinante de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. D. A. T., patrocinante de la demandada, en el 26% de los que les correspondieren por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDC. CONSTE.