En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de diciembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados**: "G. G., E. P. c/ Z. A. C. S. S.A. s/ Cumplimiento de contrato – Ley 24.240" (Expte. N° 295/17),** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N°159/2015), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** Son justos los honorarios regulados al letrado J. M. I.? **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 368.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- Antecedentes del caso. A fs. 305/313 se dictó sentencia, la que fuera apelada a fs. 351/353 vta. por la parte actora.

2.- La sentencia de grado. A fs. 305/313 obra la sentecia de grado por la cual se admitió parcialmente la demanda entablada por la Sra. E. P. G. G. contra Z. A. C. S. S.A. y se condenó a esta última, al pago a la primera de la suma de $ 84.396,99 (Ochenta y cuatro mil trescientos noventa y seis Pesos con noventa y nueve centavos), en concepto de Daño Patrimonial y Multa Civil (art. 52 bis. Ley 24.240), con más los intereses indicados en el Rubro Daño Patrimonial respecto de la suma de $ 24.396,99,

dentro de los DIEZ (10) días de quedar firme ese pronunciamiento. Se impuso las costas a la demandada y se regularon los honorarios profesionales.

3.- El recurso de la parte actora. En su expresión de agravios de fs. 351/353 vta. la parte actora afirma que el rechazo del daño moral resulta arbitrario pues intimó mediante CD a la demandada por la suma de 18.000 pesos por los bienes que le fueron sustraídos de su domicilio asegurado expresando en esa misiva que había efectuado numerosos reclamos previos al envío de la misiva.

Indica que en esa misiva se expresó claramente que habían sido varios los reclamos efectuados por la actora en relación al siniestro de autos. Agrega que dicha CD fue recibida por la demandada en fecha 23/01/2015 y que jamás respondió a la misma.

Sostiene que la accionada fue notificada de la intimación a acompañar la documental requerida por la actora a fs. 21/21 vta., bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 392 del CPCC, por lo que corresponde aplicar lo previsto en dicho artículo.

Entiende que los reclamos por fax, por e-mail, telefónicos, CD, sin recibir respuesta han generado enojo, maltrato y pérdida de tiempo. Afirma que el destrato continuó incluso en vía judicial. Agrega que ese destrato causado por el obligar a reclamar reiteradamente a la víctima/usuario, sin brindarle una respuesta, ni solución, le genera un desmedro emocional, que configura un daño moral.

Afirma que ello ha sido exteriorizado por la actora en su entrevista psicológica donde reitera lo que ha padecido y el sentimiento que le causó,

debido a la falta de respuesta. Manifiesta que el informe pericial es elocuente en cuento a que lo manifestado por la actora en la entrevista refleja el real sentimiento que la falta de respuesta por parte de la demandada, ante sus reclamos le produjo.

Considera que es evidente la arbitrariedad de la *a quo* al concluir que no hay evidencia que el incumplimiento de la accionada haya causado un desmedro emocional, y agrega que a dos años del hecho relata vívidamente que está cansada, con impotencia y bronca por todo el tiempo y esfuerzo que tuvo que ejercer para insistir a la aseguradora.

Se agravia asimismo en que se haya cuantificado el daño punitivo en la exigua suma de 60.000 pesos. Dice que la demandada omitió siempre cumplir con la obligación a su cargo, la cual consistía en ni más ni menos que abonar los bienes hurtados, conforme la cobertura de seguros celebrada entre las partes.

Expone que considerando la importancia de la demandada en la sociedad, importancia dada no solo por el servicio que presta, ni por la cantidad de clientes/usuarios que tiene, sino también por la situación económica y financiera de la demandada la multa aplicada no cumple con la finalidad que ella tiene prevista.

Indica que dicho importe no representa esfuerzo alguno considerando el esfuerzo que para ella representa el incumplimiento de su obligación de pago ante sus asegurados, por lo que lejos de representar dicha multa una disuasión de esas conductas, las incrementará.

Explica que el incumplimiento de la demandada ha sido deliberado y malicioso, en tanto ante los reiterados reclamos de la actora, omitió hasta responder los mismos, no obstante tener acabado conocimiento del hecho

que hacía operar la cobertura y la entidad del perjuicio sufrido por la actora, el cuál debía indemnizar.

4- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y daré contenido descriptivo a cada uno

de ellos.

5.- Suficiencia técnica del recurso. Es menester señalar que el tratamiento de los agravios lo es en la medida que éstos superen la exigencia técnica requerida para los recursos en los términos descriptos por el art. 268 del CPCC.

Los agravios vertidos por la apelante circunscriben la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que considera como causa eficiente de sus agravios, por lo que corresponde su tratamiento en esta Instancia al constituir una crítica seria, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC.

6.- Cuestión preliminar. Principio de irretroactividad de la ley. Tratándose de una cuestión que debe resolverse mediante la legislación civil y estando en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) al momento de suscripción del presente acto jurisdiccional, corresponde precisar que si bien la normativa de ese cuerpo establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, a su vez instala, -al igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, un límite a su aplicación retroactiva.

En este marco, la novel codificación rige para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución. Las consecuencias de hechos pasados constitutivos de relaciones o situaciones jurídicas, como el que se analiza en este caso, quedan sujetos a la ley anterior (Ley 340), pues se trata de una situación jurídica consumada. (Ver: mis trabajos: JALIL, Julián Emil. "*La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial*", Ed. La Ley, RCyS

2015XI, 22 AR/DOC/3240/2015. Y Asimismo: JALIL, Julián Emil, "*La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil"*, Ed. La Ley, RCCyC, 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015).

No obstante lo expuesto, corresponde precisar que tratándose de normas supletorias en materia de consumo su aplicación será inmediata (Conf. art. 7 del CCyC). Por su parte el Código Civil y Comercial servirá asimismo de pauta doctrinal en la decisión del caso, toda vez que ha sido redactado por la doctrina más calificada de nuestro país.

7.- El marco consumeril aplicable. El marco del consumo resulta un campo propicio para determinar el resarcimiento de determinados daños contractuales que emergen de una relación de consumo (Conf. art. 3 de la LDC) a la cual el legislador nacional le ha asignado un campo protectorio especial, al que se puede denominar microsistema.

Al respecto, expone PICASO que es perceptible una tendencia a la creación de microsistemas, constituidos por estatutos particulares que regulan sectores puntuales de las relaciones humanas, el trabajador, el consumidor, el titular de datos personales, etc., de manera completa y sistemática. (PICASO, Sebastián, "Perfiles actuales de la responsabilidad contractual", en *Revista Foro de Derecho Mercantil,* Ed. Legis, 2007, p. 47. En igual sentido véase JALIL, Julián Emil. "La integración contractual frente a la desintegración sistemática de la codificación civil. Paradigma de una contradicción semántica" Publicada en el libro de ponencias de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Córdoba en el año 2010, Comisión III Contratos).

El estatuto del consumidor aparece entonces, como un subsistema que reglamenta determinados acuerdos contractuales que se subsumen en él por su objeto o por los sujetos, sin por ello atentar contra la igualdad porque, como explica CHAIM, la buena aplicación de la ley exige en todo caso, un tratamiento igual para los miembros de la misma categoría esencial, es en la medida en que no importa cuál miembro de la categoría cae bajo la regla que al aplicarla se está obligando a tratarlos a todos de igual manera. (CHAIM, Perelman, *De la Justicia*, trad. de Ricardo Guerra, Ed. Centro de Estudios Filosóficos Univ. Nac. Autónoma de Méjico, p. 271).

Explica BOBBIO que no es cierto que los seres humanos nazcan libre e iguales. Los seres humanos no nacen libres a pesar de lo que pensara ROUSSEAU, sino que están encadenados, más que nunca encadenados desde que nacen, tampoco son iguales aunque sólo nos fijemos en los dotes naturales sin tener en cuenta las condiciones sociales o históricas. Pero esta expresión no debe ser entendida literalmente, debe ser interpretada. Se podría decir que la libertad y la igualdad no representan un hecho sino un derecho, más precisamente al derecho que le corresponde al ser humano antes de la constitución positiva, de la constitución misma de su personalidad, todavía más de su naturaleza ideal. (BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, p. 40).

Siendo la Ley de Defensa del Consumidor un estatuto particular la misma es aplicable a los casos que taxativamente ella establece. Estos están vinculados con las características de la operación jurídica, o con los sujetos que intervienen en el proceso de comercialización. Así el art. 2 de la ley 24.240 y sus mod. estipula que se entiende por consumidor a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar

o social.

Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. (Ver JALIL, Julián Emil. "Compraventa de automotores y Ley de Defensa del Consumidor". En PICASO, Sebastián.
VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. (Directores). *Ley de defensa del Consumidor Comentada y Anotada*. Ed. La ley. Pág. 507).

Bajo esta prerrogativa el marco normativo especial aplicable es el del consumo (ley 24.240), toda vez que el vínculo que une a actor y demandado es un contrato de seguros.

8.- La arbitrariedad de la sentencia. En distintas fases de su libelo recursivo la apelante referencia el carácter arbitrario de la sentencia de grado. Resulta de particular relevancia analizar la cuestión pues la consecuencia de una sentencia arbitraria es la nulidad de ese acto procesal.

En ese marco, corresponde precisar que una sentencia será arbitraria cuando no está razonablemente fundada, cuando carece de una fundamentación suficiente, o bien cuando posee omisiones y desaciertos de gravedad extrema que hacen que quede descalificado como acto jurisdiccional.

Ello puede ocurrir por omisión de cuestiones planteadas como pretensiones o defensas, omisión de pruebas decisivas, falta de consideración del texto legal, ausencia de fundamentación, o fundamentación dogmática o

aparente, carencia de derivación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa, omisión de precedentes obligatorios (por ejemplo: apartamiento de la doctrina legal del STJ).

Nada de todo ello ha acontecido en autos pues, sin perjuicio de la discrepancia técnica del apelante, la Sra. Jueza de grado ha basado su fallo en las circunstancias fácticas derivadas de la traba de la *litis* y las constancias obrantes en el expediente, aplicando la ley al caso concreto, por lo que el acto jurisdiccional resulta plenamente válido.

9.- La presunción del art. 392 del CPCC. Tal como ha señalado la Sra. Jueza de grado la demandada no acompañó la documental que le fue requerida a fs. 126, lo que pone en funcionamiento la presunción en su contra prevista por el art. 392 del CPCC.

Dicho precepto establece que si el documento se encontrare en poder de una de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlos constituirá una presunción en su contra.

La apelante indica que dicha presunción cobra virtualidad en torno a los emails que refiere. Considero que esa afirmación no resulta acertada pues, paradójicamente, la propia actora no ha acompañado dicho intercambio cuando podía haberlo hecho.

Es decir, no se trata de un documento en poder de la demandada propiamente dicho, sino de un elemento probatorio en común que la parte actora podría haber acreditado por otros medios y no lo hizo, queriendo ahora valerse de la presunción del art. 392 del CPCC para suplir dicha inactividad procesal.

10.- La prueba del desmedro extrapatrimonial. Tal como vengo exponiendo, dentro del plexo probatorio que la apelante intenta hacer valer, solo puede valorarse la CD enviada y su falta de respuesta. Al respecto, debo señalar que éste instrumento privado no permite acreditar por sí mismo el menoscabo moral que indica haber padecido la actora, pues en definitiva constituye una declaración unilateral de voluntad.

Hemos sostenido junto con la Dra. RITTO al abordar el tema de la aplicación autónoma del daño moral en el marco del consumo que si bien aún se encuentra vigente alguna resistencia en la doctrina y jurisprudencia acerca de la procedencia del daño moral en materia contractual, este paradigma cede ante los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240 y sus modif.) Se aprecia una tendencia jurisprudencial arraigada favorable a su reconocimiento con raigambre constitucional y en Tratados Internacionales de Derecho Humanos que ponen su énfasis en la persona, su dignidad, y el trato digno al que hace referencia el art. 42 de la CN y 8 bis. de la LDC. (Derecho, incluso reconocido en el art. 1097 del nuevo Código Civil y Comercial, de aplicación doctrinal al caso). (Ver: JALIL, Julian Emil. RITTO, Graciela. (Directores). *Ley de Defensa del Consumidor y Daño Moral*. Investigación concluida y publicada en la UCES).

Entiendo que las dilaciones indebidas, la burocracia innecesaria, la falta de delicadeza y respuesta a los inconvenientes que en diversas oportunidades se le presentan al usuario que tengan relación causal directa con el sufrimiento, angustia, amargura, congoja, ansiedad, aflicción, o padecimiento inmerecido, debe ser resarcido como rubro independiente de los demás daños analizados, siempre que el mismo sea probado en cuanto a su existencia y alcance. (Ver mi fallo en Juzgado Civil y Comercial de Comodoro Rivadavia Nª 1, autos caratulados: “V, J. R. y otro c/ T. C. M. S.A.

s/ Sumarísimo" Expte.: 3 Folio: 872 Año: 2012 Sec.: 1. Asimismo: JALIL, Julián Emil. *Derecho de Daños Aplicado*. Ed. Grupo Ibañez. Pág. 593).

En este orden, si bien el agravio moral frente al incumplimiento empresarial merece una apreciación autónoma que no tiene porque guardar relación con el daño patrimonial el mismo debe ser acredtiado como tal por quien lo invoca.

Notese que la parte actora solo ha acreditado una CD a la que refiere sus reiterados reclamos, más no los reclamos en sí mismos. Además, -tal como lo indicó la judicante de grado-, del informe pericial de fs. 254/257 solo se exterioriza una lesión sentimental provocada por el ilicito penal que padeció la actora pero no el desmedro moral por la falta de cumplimento efectivo de la póiza por parte de la compañía de seguro.

En razón de lo expuesto, corresponde rechazar el agravio y confirmar lo resuelto por la *a quo* en ese sentido.

11.- El campo punitorio del derecho del consumo. Los daños punitivos solicitados. La aplicación de los daños punitivos ha reconocido en el marco jurisprudencial nacional un sinfín de situaciones (A modo de ejemplo se pueden mencionar: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 12/06/2018, Asociación Nicoleña Antipoliomielítica y de Rehabilitación del Lisiado c. Telecom Argentina SA s/ daños y perjuicios, La Ley Online, AR/JUR/22564/2018; Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, 23/05/2018, Alfonso, Francisco D. c. Ticketeck y otro s/ daños y perjuicios, LA LEY 10/07/2018, 8 LA LEY 2018-C, 589 RCyS 2018-IX, 176, AR/JUR/19488/2018; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del

Plata, Marceillac, J. I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A., 10/04/2006, LLBA 2006, 1218, AR/JUR/3884/2006. Igual Sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "González de Bruno, Mónica c. Banco de Galicia y Buenos Aires", 05/09/2005, LA LEY 2006-B, 542, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "González de Bruno, Mónica c. Banco de Galicia y Buenos Aires", 05/09/2005, LA LEY 2006-B, 542, con nota de Norma O. Silvestre; Raquel A. Lubiniecki - RCyS 2005-XII, p. 132 - LA LEY 2005-F, p. 684. Juzgado de Faltas Nro. 2 Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, Telefónica Unifón (TCP S.A.), 07/07/2005, DJ 2005-3, p. 567 con nota de Fulvio Germán Santarelli, LLBA 2005 (setiembre), 929 con nota de Fulvio Germán Santarelli, AR/JUR/1614/2005, entre otros).

Corresponde precisar que resulta conteste la jurisprudencia en sostener que a los fines de la procedencia de la indemnización por daño punitivo contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 de defensa del consumidor, texto agregado por la ley 26.361-, no tiene relevancia jurídica alguna que

haya habido condena por daños compensatorios, pues la condena es independiente de otras indemnizaciones. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios), 14/11/2011, LLNOA 2012 (marzo), 222, DJ 06/06/2012, 83, AR/JUR/85142/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala I, P., D. H. c. Telecom Personal S.A. 13/04/2011 LA LEY 06/05/2011 con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 06/05/2011 , 5 06/05/2011 LA LEY 2011-C con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 2011-C , 123 RCyS 2011-VI RCyS 2011-VI , 272 LLNOA 2011 (junio) LLNOA 2011 (junio), 555 DCCyE 2011 (junio) con nota de Federico M.

Alvarez Larrondo DCCyE 2011 (junio) , 115, AR/JUR/12708/2011. La prueba de los daños punitivos, Nallar, Florencia, LLNOA 2011 (abril), 252; Un primer paso auspicioso (comentario a la ley prov. nº 8.365 de implementación de un procedimiento para la defensa de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios). Díaz Critelli, Adrián, LLNOA 2010 (diciembre), 1032ADLA LXXI-A, 1.)

El art. 52 bis de la LDC admite su aplicabilidad en los casos en los cuales el proveedor no cumple sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Pese a la lectura literal del art. 52 bis de la ley 24.240 corresponde precisar que el daño punitivo resulta procedente en la medida que se acredite un obrar **grave** y **malicioso** de la empresa incumplidora. (Ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, Vazquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/daños y perjuicios, 07/08/2012, LA LEY 17/10/2012, 10, LLLitoral 2012 (octubre), 950 con nota de Marcelo G. Gelcich, RCyS 2012-XI, 66 con nota de Guillermo C. Ríos, AR/JUR/40764/2012. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", 10/05/2012, LA LEY 10/08/2012, 3, AR/JUR/15752/2012).

Considero, que en los presentes actuados surge plausible una imputación subjetiva agravada puesto que la falta de predisposición por parte de la empresa Z. A. C. S. S.A. en solucionarle el problema a la usuaria se ha extendido injustificadamente en el tiempo obligando a esta última a iniciar la presente acción judicial y obtener el reconocimiento de su derecho.

Ese obrar constituye un hecho grave que implica un descuido, una desidia y un desinterés en remediar la situación de la parte debíl de la relación contractual por lo que corresponde desde una perspectiva *sancionatoria* (en base a la conducta omisiva grave, maliciosa y sostenida en el tiempo) y desde

una arista *disuasiva* (a los fines de evitar reiteración del mismo acto en el tiempo) elevar la suma dispuesta por la Sra. Jueza de grado al importe de **$ 200.000** (DOSCIENTOS MIL PESOS), la que deberá ser abonada dentro de los diez días de quedar firme la presente.

12.- Readecuación de honorarios y costas. Toda vez que no ha existido una modificación en el ámbito medular de la sentencia de grado no corresponde la readecuación de costas y honorarios. (Conf. arg. art. 282 del CPCC). A excepción de los honorarios regulados al Dr. I. que en atención al recurso de apelación interpuesto será tratado en la cuestión siguiente.

13.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c.
Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial,
sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del acogimiento parcial del recurso, considero que la excepción del principio antes señalado cobra plena virtualidad, por lo que corresponde la imposición de costas en un 50 % al apelante y en un 50 % a la parte demandada. (Conf. art. 72 del CPCC).

14.- La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios de la abog. V. P. en el 30% de los que se determinen en la instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil vota **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**

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

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián E. Jalil ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de las cuestiones propuestas en la fundamentación recursiva.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1 – Sentencia arbitraria

La recurrente le imputa arbitrariedad a la sentencia recurrida.

Se ha acotado en torno de este punto -y lo he dicho reiteradamente ante planteos similares- que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto la jurisprudencia ha plasmado de modo uniforme -con respecto a este tema- que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.*

Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales.* Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…".*,T. III, págs..725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión es arbitraria dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien se considera insatisfecho con motivo de haberse sentenciado en su contra.

Los fundamentos expuestos conducen al rechazo de la queja en este punto.

2.2 – <u>La indemnización por daño moral</u>

Agravia a la recurrente que la a quo rechazara su pretensión de ser indemnizada por el daño moral.

En realidad, lo que surge de la expresión de agravios es una postura discrepante con la valoración de la prueba que ha hecho la sentenciante y ello no basta para admitir su pretensión.

De la valoración que ha hecho la Magistrada del inferior sobre las pruebas producidas en autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la quejosa en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme sus pretensiones.

He dicho ya ante planteos similares, que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto de la crítica en tratamiento, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a

los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal.

Tengo en cuenta que, en lo que aquí interesa, la a quo ha dicho en su decisión: *"…Se advierte entonces que el desmedro o lesión a los sentimientos de la actora que menciona el perito fue provocado por el robro, que configuró una amenaza a su integridad y la de su grupo familiar, pero en modo alguno es derivado del incumplimiento de la demandada. En cuanto a lo sostenido por la experta, relacionado con los trámites e insistencia a la compañía de seguros, constituye una manifestación unilateral de la actora en el marco de la entrevista, que no fue avalada en autos por otras constancias, que acrediten trámites reiterados en pos del cobro de la indemnización y demuestren acabadamente un desmedro emocional derivado del actuar reticente de la demandada. En definitiva, la accionante no ha demostrado la afectación que en sus sentimientos provocara la actitud de la aseguradora…"* (conf. fs. 311/y vta.). Esta fundamentación de la sentencia no es destruida con solidez por la queja de la recurrente y de allí que ha adquirido firmeza para ella sellando la suerte del recurso que se le concediera.

Si bien es cierto que la actora en su recurso mezcla críticas a lo resuelto en este punto del fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, no es menos cierto que -respetando el criterio amplio que tiene esta Alzada sobre el tema- cabe admitir la fundamentación recursiva y tratar sus quejas. Ahora bien, dado que en la presentación se confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***, es necesario plantear esta cuestión conforme lo vengo haciendo en varios casos similares.

La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate Aníbal José c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios"* -N° 62.948- y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* -N° 62.948 bis-).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las *"cuestiones esenciales"* cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

En lo que hace al planteamiento de la actora recurrente, advierto que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re *"Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles"*, en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Tales *"cuestiones esenciales"* son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y

alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re *"Ramos de Pagella c/ Escot"*, 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

Efectuadas estas consideraciones, surge con claridad meridiana que la exposición de la recurrente está constituida por simples argumentaciones que lejos están de poder fundar la decisión de revocar lo decidido en la instancia originaria, conforme lo he anticipado supra.

En razón de lo expuesto la queja debe ser rechazada en este punto, confirmándose la sentencia apelada.

2.3 – <u>El daño punitivo</u>

Agravia a la recurrente el monto fijado por la a quo como "daño punitivo" (multa civil) en razón de considerarlo insuficiente.

Sabemos que no todo incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos. Se requiere algo más. Y ese algo más tiene que ver con la necesidad de que exista dolo eventual o culpa grave por parte de aquel a quien se sancione con la multa. Se trata de casos de particular gravedad, que denotan, por parte del dañador, una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Lo que se busca con esta figura es castigar la conducta desaprensiva que ha tenido el dañador respecto de los derechos de terceros (conf. CNCom., Sala B, 14/06/2017, *"Callejo, D.A. c/ Volkswagen SA de Ahorro p/ fines determinados y Ot. s/ Sumarísimo"*; cit. JUNYENT BAS, F., *"Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban"*, La Ley 14/08/17, 7, La Ley 2017-D, 554).

La doctrina, de forma mayoritaria, destaca que en el daño punitivo debe existir un factor de atribución subjetivo pues, para su aplicación corresponde analizar el grado de intencionalidad y generalización del hecho reprochable al proveedor.

En el mismo sentido, Picasso también entiende que del análisis del art. 52 bis de la LDC se sigue una integración de todo su texto, de manera tal que lo que se denomina pautas de cuantificación relativas a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso llevan implícita una inconducta del proveedor que no puede reducirse a un mero incumplimiento legal o contractual. Este autor argumenta que para la procedencia de la multa civil resulta necesario que la conducta del proveedor sea antisocial e implique una especulación de la operatoria mercantil con conocimiento del desmedro de los derechos del consumidor, plasmándose así el ilícito lucrativo y el reproche subjetivo (conf. PICASSO, S., *"Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor"*, Suplemento Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Bs.As., 2008, pág. 123; JUNYENT BAS, F., ob. cit.).

En este caso y con relación a la procedencia de la multa civil, la a quo a dicho: *"…no puede sostenerse que la conducta de la demandada configure un actuar doloso o malicioso, sí en cambio, ha demostrado un marcado desinterés frente al reclamo de la actora. Y ello se advierte de su actuar posterior a la denuncia del siniestro, pues, una vez finalizada la instancia de investigación y emisión del Informe Final, guardó silencio, omitiendo cumplir con la prestación acordada contractualmente, aun habiéndose configurado su aceptación tácita del derecho del asegurado. Resulta evidente que tal omisión ha mantenido a la actora en la incertidumbre y zozobra sobre la procedencia o no de su reclamo, conducta que aparece reñida con los derechos de información y trato digno que la Ley de Defensa del Consumidor consagra en sus arts. 4 y 8 bis. Este actuar de la demandada justifica la aplicación de la sanción que*

se pide, ello con el fin de evitar en el futuro la reiteración de la misma por parte de la aseguradora demandada…" (conf. fs. 312/y vta.).

Como vemos, se ha tenido por configurado el incumplimiento de las obligaciones legales esenciales que tiene a su cargo la aseguradora y se han valorado las circunstancias del caso que conducen a la existencia de una inconducta de dicho proveedor, por lo que es evidente que no estamos solamente ante un simple incumplimiento contractual, conforme surge de la sentencia en crisis y de allí que se le impusiera la multa civil a la demandada. La a quo no le ha imputado dolo a la demandada pero surge de su fundamentación la existencia de una evidente culpa grave de su parte en lo que hace a un comportamiento reprochable exhibido frente al consumidor y de allí la imposición de la multa en cuestión.

Frente al panorama descripto, del contenido de las actuaciones y de las pruebas arrimadas surge que el importe fijado como multa civil a favor de la actora debe ser aumentado conforme es su pretensión y de allí que deba prosperar su agravio en este sentido.

Estoy convencido que la finalidad que se menciona en la sentencia (evitar en el futuro la reiteración de inconductas similares) y que avala las razones por las cuales se le ha impuesto a la demandada la multa civil, no puede lograrse mediante el importe fijado por la a quo en razón de ser el mismo notoriamente insuficiente. Surge de la decisión recurrida que la sentenciante ha valorado las pautas de cuantificación y ello tiene directa relación con la gravedad del hecho cometido en perjuicio del usuario, a quien no se le cumplió en tiempo y forma con lo convenido en el contrato de seguro. Por lo tanto, la "multa civil" debe ser lo suficientemente adecuada y proporcional a dicho hecho perjudicial para la asegurada. De lo contrario, la finalidad de su imposición no se cumpliría.

Considero que el agravio bajo análisis demuestra que se ha cometido un error al fijarse el importe de la multa en razón de ser el mismo insuficiente para su finalidad y de allí que la queja debe ser escuchada en este punto.

Por lo hasta aquí expuesto y fundamentado, he de coincidir con mi colega preopinante en que el monto fijado para este rubro por la a quo debe ser elevado, fijando el mismo en la suma de $ 200.000.- (Doscientos Mil Pesos), la que deberá ser abonada dentro de los diez días de quedar firme este pronunciamiento.

3 – <u>Conclusión</u>

De conformidad con los fundamentos precedentemente expuestos, cabe concluir que debe revocarse parcialmente la sentencia en crisis en lo que hace al importe fijado en concepto de "Daño Punitivo", elevando el mismo a la suma de $ 200.000.- (Doscientos Mil Pesos), confirmándosela en todo lo demás que ha sido materia de agravios. Es mi voto.

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

El alcance de la revocación parcial de la sentencia recurrida no amerita que deba efectuarse la adecuación de costas y honorarios prevista por la norma del art. 282 del ritual. Con respecto a los honorarios regulados a favor del apoderado de la demandada, Dr. J. M. I., estando los mismos apelados, se tratará en la segunda cuestión propuesta al Acuerdo.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

En atención a la forma en que se resuelve el recurso concedido a la parte actora, he de compartir con mi colega preopinante que las costas de esta instancia se impongan en un 50% a la recurrente y en un 50% a la demandada (conf. art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. V. P., apoderada de la actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la

instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley Arancelaria).

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

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- El agravio relativo a los honorarios profesionales. EL letrado de la parte demandada apela los honorarios regulados por la Sra. Jueza de grado por bajos (fs. 318). A los fines de analizar la regulación de honorarios por los trabajos realizados en la Primera Instancia por los letrados de la parte actora se debe tener en cuenta el principio de indivisibilidad de la acción, la labor desarrollada, la naturaleza del proceso, las etapas laboradas, el éxito obtenido, como asimismo las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados.

En este marco, considerada que fuera la labor del profesional bajo los parámetros señalados precedentemente considero que el porcentual instituido por el *a quo* se ajusta a derecho, por lo corresponde confirmar el decisorio de grado en este punto. (Conf. arts. 5, 6, 8, 9, 38, 46 y 49 de la ley XIII N° 4).

A LA SEGUNDA CUESTION el Sr. Juez deCámara Dr. Julián Emil Jalil vota por la **AFIRMATIVA**

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

El apoderado de la parte demandada, Dr. J. M. I., ha apelado por bajos los honorarios que les fueran regulados en la primera instancia. Evaluando la naturaleza del proceso, el resultado obtenido y el mérito de la labor profesional cumplimentada por el recurrente, apreciando su calidad, eficacia y extensión, considero que la regulación recurrida debe confirmarse en razón de ajustarse a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

Es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA TERCERA CUESTION, el Señor Juez Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

Que de compartir mis distinguidos colegas el criterio que he propugnado en mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **REVOCAR** parcialmente la sentencia de grado obrante a fs. 305/313, en el monto fijado como "Daño Punitivo".
2. **ELEVAR** el importe correspondiente al daño punitivo en la suma de **$ 200.000 (DOSCIENTOS MIL PESOS).**
3. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás que decide.
4. **NO ADECUAR** las costas y honorarios de la primera instancia.
5. **IMPONER LAS COSTAS** DE ALZADA en un 50 % al apelante y en un 50 % a la parte demandada. (Conf. art. 72 del CPCC).
6. **REGULAR** los honorarios de la abog. V. P. en el 30% con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

7. **CONFIRMAR** los honorarios regulados al Dr. J. M. IRUSTA.
8. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

Así lo voto.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar las cuestiones precedentes.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que por haberse formado la mayoría, se pasa a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de diciembre de 2018.

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

1. **REVOCAR** parcialmente la sentencia de grado obrante a fs. 305/313, en el monto fijado como "Daño Punitivo".
2. **ELEVAR** el importe correspondiente al daño punitivo en la suma de **$ 200.000 (DOSCIENTOS MIL PESOS).**
3. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás que decide.
4. **NO ADECUAR** las costas y honorarios de la primera instancia.
5. **IMPONER LAS COSTAS** DE ALZADA en un 50 % al apelante y en un 50 % a la parte demandada. (Conf. art. 72 del CPCC).

6. **REGULAR** los honorarios de la abog. V. P. en el 30% con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se

aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

7. **CONFIRMAR** los honorarios regulados al Dr. J. M. IRUSTA.
8. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SDC. CONSTE.