En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"H., L. A. c/ A. A. SA (C.) s/ SUMARÍSIMO", expte. nro. 547/18**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 39/16), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 269), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 210/217vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte actora (fs. 219, agravios fs. 228/235) y la parte demandada (fs. 220, agravios fs. 238/250). Corrido el traslado de ley, fueron contestados respectivamente a fs. 252/256 y fs. 258/260. I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que la Sra. L. A. H. promovió demanda sumarísima por daños y perjuicios –morales, punitivos y materiales– en contra de A. A. SA (C.), a efectos se la condene al pago de la suma de pesos trescientos once mil cuarenta y cuatro con dos ctvs. ($311.044,02) y/o la que en más o

en menos resulte de la prueba a producirse, con más sus intereses, actualización -si correspondiere- y costas del proceso. Practicó liquidación en que individualizó y cuantificó los daños reclamados. Ofreció prueba. Corrido el traslado de la acción y ante la incomparecencia del demandado, se lo declaró rebelde. Tardíamente se presentó en el proceso y tomó participación. Producida la prueba ofrecida, pasaron los autos para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por L. A. H. contra A. A. SA (C.) por la suma de $170.698, más intereses y costas en concepto de daño material, moral y punitivo. Impuso las costas a la demandada vencida más el I.V.A. pertinente. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzaron la parte actora y la parte demandada. La primera cuestionó los montos de condena en relación con los rubros daño moral y daño punitivo, y asimismo calificó la actuación del juez como impropia. Por su parte, la segunda criticó la sentencia por arbitraria invocando un inexistente accionar antijurídico y la extinción de la garantía legal; la improcedencia de la indemnización por daño material, la improcedencia de la indemnización por daño moral; y la improcedencia del daño punitivo.

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, bien vale recordar aquí y ante todo, que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar

todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Entonces, y en acotado relato, diré que al promover demanda, la parte actora dijo que el día 21 de enero de 2015 adquirió a A. A. S.A. – C., por la suma de $ 7.199,01, un celular nuevo "blindado" marca Motorola. Relató que el equipo funcionó con normalidad hasta el día sábado 14 de noviembre de 2015, fecha en la cual se tildó (después de reiniciarse, en la pantalla apareció una luz blanca con el símbolo MOTO X en color celeste). Afirmó que recién la segunda vez en la que concurrió a las oficinas de la firma proveedora logró que un empleado analizara el aparato, quien le habría informado que debía volver más tarde. A las 17 horas del mismo, la actora dijo haber regresado en búsqueda de su teléfono y que el dependiente de la proveedora le habría informado que el equipo ya funcionaba correctamente. Así las cosas, el día 18 del mismo mes y año el celular volvió a sufrir el desperfecto, por lo cual la actora manifestó que debió llevarlo nuevamente a la oficina de C. en donde habría sido revisado y devuelto. Luego, explicó la actora que ese mismo día, el teléfono habría presentado una temperatura poco común e insólita durante un proceso de descarga de una actualización. Como consecuencia de ello, la accionante –el mismo día- sostuvo que concurrió nuevamente a C.; pero en esta oportunidad se le habría dicho que el teléfono se encontraba quebrado y golpeado. Asimismo, se le habría informado que la garantía no cubría el costo de reparación. Como consecuencia de estos acontecimientos, la actora dijo que adquirió un nuevo teléfono. Luego, el día 20 de noviembre de 2015 la interesada afirmó que intimó por carta documento la entrega de un nuevo teléfono celular de las mismas

condiciones y características; lo cual habría sido rechazado por la accionada, con fundamento en el incumplimiento de los términos de la garantía. Demandó en consecuencia, se la indemnice por el daño material soportado, el daño moral, y asimismo pidió se condene por el daño punitivo.

Bien, como antes señalé, de resultas de lo decidido en la sentencia de grado, la parte actora se agravió, en primer lugar por el monto del resarcimiento dado en concepto de daño moral; el cual consideró indebido, insuficiente y arbitrario. Como fundamento de su pretensión, la actora dijo que el juez *a quo*, si bien hizo referencia a la violencia moral sufrida, tuvo en cuenta su condición social y valoró su actividad profesional laboral; fijando la reparación del daño en el 60% de lo reclamado. Ello traería como consecuencia una contradicción entre lo resuelto y sus fundamentos. Alegó que el magistrado de la instancia precedente no supo o no pudo despegarse de la rigidez de los métodos de cuantificación del daño moral y oteó ente la discrecionalidad judicial y la tarifación indicativa, pero que, finalmente, este se inclinó por la teoría de los placeres o satisfacciones sustitutivas. Con base en estas premisas, solicitó que se aumente el monto de condena. En segundo lugar, solicitó se revea el monto de la imposición a la demandada de multa civil – daño punitivo. En particular destacó los testimonios de S. y Lucero, quienes habrían afirmado que la demandada a sabiendas de los problemas técnicos de los equipos Motorola, igual lo vendía; para luego intentar eludir la garantía. Asimismo, refirió que el Enacom habría informado que C. no cumple con las reglas vigentes.

Por su parte, la demandada, se agravió en primer lugar por la condena a indemnizar a la actora con $170.698 por los daños y perjuicios que considera

supuestos e hipotéticos. Como fundamento de su postura, dijo que si el equipo fue adquirido el día 16 de noviembre de 2015, la garantía legal oponible de 6 meses feneció el día 25 de julio de 2015, por lo cual, la acción debió haber sido entablada –a su entender- contra el fabricante. En segundo lugar, se agravió por el monto de la indemnización concedida por el daño material; la cual, dice, se encuentra fundada en solo 8 renglones. A lo expresado en el agravio precedente, añadió que la actora cuenta en su poder con ambos equipos; por lo cual, en caso de ser indemnizada en la forma dispuesta en la sentencia, se produciría un enriquecimiento sin causa. Luego, se agravió de la condena a pagar el rubro daño moral. Sobre el particular dijo que el juez *a quo* no explicó en qué consistió el daño moral; habiéndose limitado a tomar en cuenta los dichos de la actora. Asimismo, la demandada cuestionó la procedencia del rubro daño punitivo, en subsidio, el monto determinado. En concreto, dijo que no se ha acreditado en autos que haya procedido con dolo o culpa grave.

Por una cuestión de método trataré en principio los dos primeros agravios de la parte demandada. Así, adelanto que la primera queja, vinculada a la extensión de la garantía legal, no puede tener acogida favorable. Es que, bien vale poner de resalto una vez más que la instancia de apelación no constituye un nuevo juicio, como lo tengo dicho en repetidas oportunidades ("A. de C. y S. P. O Ch. c/ C. d. V. SRL y otros s/ Ordinario (cobro de pesos)", expte. N° 404/2014, "B., J. A. c/ O., V. R. y otros s/ Daños y Perjuicios", expte. N° 45/2015, entre tantos otros), sino que implica la revisión de la sentencia impugnada, con las limitaciones que ello impone, en resguardo del principio *tantum devolutum quantum appellatum*.

En tal contexto, la discusión acerca del plazo de duración de la garantía lugar no tuvo lugar en la instancia de grado, sino que constituye una cuestión que la demandada, declarada en principio en rebeldía, pretende introducir al momento de expresar agravios ante esta alzada. Ello así, no puede sino quedar por tanto al margen del tratamiento en la alzada so pena de violentar elementales principios vinculados al debido proceso y al derecho de defensa.

Es que, atento al acotado marco que corresponde a la apelación, lo cierto es que "mediante el recurso de apelación no pueden someterse a conocimiento de la alzada defensas o cuestiones que no fueron articuladas oportunamente. Y si el recurrente las introduce en la expresión de agravios, su tratamiento en la alzada importaría la violación de las normas procesales (arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, 266 y 272, CPCCN) (CCiv.Com Lomas de Zamora, Sala I, 27/2/03, Rep. LL, 2003-1796, n° 33, y LLBA, 2003-1167).

Constituyen capítulos sobre los que no puede pronunciarse el tribunal de alzada todas aquellas defensas que obsten la procedencia de la reclamación de la actora y requieren la alegación y prueba de hechos distintos de los alegados por aquella, cuando no han sido expresamente sometidos a decisión el juez de primera instancia, puesto que lo contrario atentaría flagrantemente contra el derecho de defensa en juicio.

Así, y so pena de pecar de reiterativo, "La Alzada solo puede juzgar aquellas cuestiones involucradas en los escritos constitutivos de la litis, porque el límite de los poderes del *ad quem*, está dado por los capítulos propuestos a la decisión el juez de primera instancia (C3°Civ.Com. Minas Paz y Trib., Mendoza, 9/9/02, Rep. LL, 2003-1978, n° 42, y LL Gran Cuyo, 2003-154). Por lo expuesto se rechaza el agravio.

En segundo lugar, cuestiona la apelante demandada el monto otorgado por el juzgador en concepto de daño material. Tampoco advierto que puede proceder. No hay duda de que el señor juez de grado tuvo presente a la hora de decidir la erogación que debió realizar la actora frente a las circunstancias que denunciara. En esa inteligencia, frente a las fallas presentadas por el primer equipo de telefonía adquirido, y que debió acompañara en calidad de prueba al promover demanda –el cual en ningún momento fue reemplazado por la accionada– se vio obligada a adquirir un nuevo equipo de menor calidad. Luego, es claro que deba ser resarcida por el gasto total efectuado, ello en tanto dejó de disponer del primero y se vio constreñida a adquirir el segundo frente a la inconducta desplegada por la demandada.

En lo que sigue, advierto que tanto la demandada como la parte actora se quejan por la partida otorgada en la sentencia en concepto de daño moral como por la que corresponde al daño punitivo. Es decir se identifica la temática vinculada al resto de las quejas vertidas por la accionada con aquellas que componen la expresión de agravios de la actora. La primera, desde luego, argumenta sobre su improcedencia y subsidiariamente sobre el monto, que considera excesivo, mientas que la segunda considera ambos insuficientes.

Sobre ese piso de marcha, recuerdo aquí que, además de estar receptado en los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil, el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en los artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico (SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, “Sffaeir, L. c/ Provincia de Buenos Aires –Ministerio de Salud y Acción Social s/demanda contencioso administrativa”).

Comparto, en tal sentido, la corriente que sostiene que "Sabido es que el daño moral supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre, tales como son –entre otros- la paz, la tranquilidad, el espíritu, el honor, y los más sagrados afectos, etc. Es jurisprudencia consolidada de este Tribunal que el daño moral tiene su carácter resarcitorio y no punitivo ni ejemplar, y su cuantía no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial. Así para su determinación debe partirse del propio afligido, ya que de lo que se trata es de paliar, por un medio inidóneo pero considerado subjetivamente eficaz por quien lo pide, un estado espiritual irreparable subjetivamente" (Cciv. y Com. San Isidro, Sala II, 30-11-98, "Velázquez c/ Ledesma s/ ds. y ps.)".

Es decir, el daño moral derivado del incumplimiento contractual debe ser resarcido conforme a la nueva redacción de los artículos 522 y 1078 del Código Civil, si de las particularidades del caso surge que la víctima del incumplimiento ha sufrido un quebrantamiento de su bienestar espiritual por la acción nociva. Al impetrar la demanda, la actora afirmó que —y ello no fue objeto de controversia en razón de la rebeldía de la accionada– "haberse visto violentada en un sinnúmero de oportunidades cunado ha tenido que justificar en reiteradas oportunidades los pedidos de permiso y hasta los incumplimientos laborales, no pudiendo justificar el motivo de la no contestación o pérdida de material laboral que poseía en su equipo celular". Refirió entonces expresamente además "…la diversidad de alternativas que tuvo y que tiene que transitar para lograr el reconocimiento de sus derechos y la zozobra y frustración espiritual que le causa el hecho de que durante un largo período sus reclamos no fueran atendidos, unidos a la pérdida del valioso tiempo de su

vida insumidos en diversidad de reclamos que tuvo que realizar exceden la tolerancia que es dable exigir en el sufrido consumidor de servicios…”.

Es cierto, y no escapa al sentir del ciudadano común, la problemática unida al servicio al cliente prestado por estas grandes compañías de telefonía, calificado generalmente como ineficiente –salvo honrosas excepciones desde luego– y que en el caso particular se ha materializado en las peripecias que la actora debió soportar en el *iter* de su reclamo.

No hay duda de que el tema debe ser analizado desde la injusticia que representa para la actora el solo hecho de tener que insistir una y otra vez, concurriendo en varias oportunidades a la oficina comercial, obteniendo respuestas disímiles y postergadas en la solución de su problema. Es perfectamente imaginable la sensación de frustración y a la vez de irritación que tal proceder de la demandada provoca.

Ahora bien, también se ha dicho que “…no son resarcibles en concepto de daño moral, las meras incomodidades, molestias o angustias, si no se ha acreditado, en debida forma, que lo sucedido provocó depresiones u otros estados psíquicos que, por su importancia, adquiriesen relevancia suficiente en la personalidad del individuo” (CCiv. y Com. Formosa, autos “Moreno, Julio Albino" -Fallo N° 5508/99).

Frente a ello, se ha discutido la necesidad de la prueba en el reclamo del daño extrapatrimonial, existiendo dos corrientes doctrinarias encontradas al respecto. En realidad, ambas posturas son correctas, más corresponde se aclare en qué caso resulta procedente cada una. Así, va de suyo que existen determinados ilícitos que encierran evidente daño moral. La causación del mismo resulta inescindible de la acción antijurídica productora del daño.

Ahora, es precisamente en aquellas ocasiones en que reina criterio amplio en la admisión del reclamo por daño moral, cuando se dice que no requiere acreditación, que en realidad se está haciendo referencia a la normal imposibilidad de prueba directa -en virtud de la índole del daño- razón esta por la que cobran relevancia las presunciones a las que se les otorga verdadera eficacia probatoria. Creo que el presente es un caso típico por las características que lo rodean y a las que antes me refiriera.

Sin embargo, y dejando ya de lado la frustrada crítica del demandado sobre la procedencia, entiendo que la cuestión atinente a su cuantificación, cuestionada por ambas partes en sus libelos recursivos, no trasciende el límite de la mera disconformidad con el criterio empleado por el juzgador, quien interpretó prudente y razonable otorgar la suma de $60.000 por la partida, y cuya decisión comparto, y en modo alguno la encuentro impropia, razón por la que desestimaré los agravios de los recurrentes

Respecto ya de la queja por el daño punitivo, tengo ya dicho en anteriores votos que la Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 52 bis, establece: "...Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista

en el artículo 47, inciso b) de esta ley...” (artículo incorporado por art. 25 de la Ley N° 26361 B.O. 7/4/2008).

En relación a este punto, la jurisprudencia ha expresado: “... Corresponde confirmar la sentencia que aplicó la sanción prevista por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, pues la conducta asumida por la empresa de telefonía celular ante los reclamos a que se vio obligado el demandante mediante el envío de una serie de cartas documentos, rechazando las facturas correspondientes a servicios posteriores a la baja del servicio comunicada fehacientemente, como así también el haber recibido intimaciones de pago para abonar sumas de dinero no debidas, que le ocasionaran los gastos, preocupaciones y trastornos descriptos en la demanda, debe ser calificada como grave y merecedora de la sanción punitiva reclamada... Se ha definido a los daños punitivos como sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro; así, este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares... De tal manera que, como presupuestos para que proceda su aplicación, suele requerirse una conducta especialmente grave o reprochable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia. En general se exige también que exista un daño efectivamente sufrido por la víctima (Ricardo Luis Lorenzetti, “Responsabilidad por Daños”, pág. 529, de su libro “Consumidores Segunda Edición Actualizada”, Rubinzal-Culzoni).

De lo expuesto surge que no solo es punible por este concepto la conducta grave, sino aquella que resulte reprochable, obrada ya con dolo o con culpa, de allí la negligencia a la que se refiere el fragmento transcripto. En es orden de ideas, la conducta negligente no puede aquí ser negada por la accionada. Véase que nos encontramos con una consumidora que ha tenido que arribar hasta una instancia judicial en procura del reconocimiento del derecho y que lleva casi ya tres años litigando para que aquel se cristalice de una buena vez.

Entonces, nuevamente descartando ya la improcedencia de la pretensión de la accionada apelante, diré que respecto del monto fijado no advierto que ninguno de los apelantes haya expresado razones que conmuevan lo resuelto en la instancia de grado. En particular, no se me escapa la extensa cita de jurisprudencia que formula la demandada. C. está, tampoco dejo de observar que la misma se corresponde con el mismo tribunal, y que así como es traída al caso puntual, no veo que la accionada apelante haya hecho mención siquiera a alguno de los fallos de esta alzada sobre el daño punitivo ni a los valores fijados por dicho concepto en esta circunscripción. Con todo, interpreto que la suma de condena establecida por el señor juez de grado en el rubro ($100.000) es adecuada a los hechos vinculados al presente, en modo alguno calificable por tanto de impropia, por lo que igualmente rechazaré los agravios de ambos apelantes sobre el particular.

Resta resolver en consecuencia las costas de esta alzada, las que impondré en el orden causado en atención al modo en que aquí se ha resuelto (art. 72 CCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la parte demandada, confirmando el fallo de la instancia de grado en todas sus partes.

2) Imponer las costas de la alzada en el orden causado (arts. 72 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por las partes contra la sentencia definitiva nro. 46/2018 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción que dispuso hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por L. A. H. contra A. A. SA (C.) condenando a pagarle la suma de $170.698 en concepto de resarcimiento por daño material, moral y punitivo, impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 210/217, fs. 219, fs. 220).

A fs. 228/235, se agregó el memorial de agravios de la parte actora y a fs. 238/250 el de la demandada, ambos fueron retrucados a fs. 252/256, fs. 258/260.

Habiendo sido detallados por el Sr. camarista que me precedió los agravios de las partes y los antecedentes de la causa y en la convicción que la imposición constitucional y la manda procesal se encuentran cumplidas, me abstengo de reiterarlos en este segundo voto, abordando directamente las cuestiones a decidir.

I. La actora se quejó de los montos de condena y la demandada por la carencia de fundamentos del juez *a quo* calificando al fallo de arbitrario por considerar que no hubo inconducta de parte de esa accionada argumentando

la inexistencia de garantía legal y la ausencia de los daños esgrimidos por la Sr. H..

Lo cierto es que ambas cuestionan los montos fijados con distintos argumentos, y fundamentos contrapuestos, que trataré en forma conjunta, previo a ello he de abordar el tema planteado por la demandada sobre el finiquito de la garantía legal del aparato.

Lo cierto es que a fs. 60 la demandada fue declarada rebelde, excluyéndose en consecuencia tanto los planteos defensistas como la pruebas de las que intentaba valerse.

Sabido es que el tribunal de apelación no tiene facultades para decidir acerca de cuestiones no propuestas al juez de primera instancia en los escritos constitutivos del proceso, es decir, en los escritos de demanda, reconvención y sus respectivas contestaciones. Por tanto, las alegaciones que no corresponden a la oportunidad procesal, no pueden tenerse por existentes, tanto argumentos de hecho y como de derecho.

La inmensa mayoría, si no prácticamente la totalidad de los fallos dictados, sobre el art. 280 del CPr, ponen de resalto su estrecha e inescindible vinculación con el principio de congruencia. El principio de congruencia se vincula con la forma en que los órganos jurisdiccionales deben resolver las cuestiones sometidas a su decisión, teniendo en cuenta los términos en que quedó articulada la relación procesal. Porque reconocer y acordar a una de las partes derechos no debatidos ciertamente es incompatible con la garantía constitucional de la defensa en juicio. Se infringe el principio de congruencia cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia y son planteados recién al expresarse agravios (ver en tal sentido Marcelo Lopez Mesa, “Cód.Proc.…”, T.II, pág. 1096, ed. La Ley).

Motivo por el cual rechazo el agravio.

Ahora bien y con relación a los montos resarcitorios la demandada cuestiona la partida por daño material, moral y punitivo, por considerarlos improcedentes y excesivos, por su parte la actora cuestiona el monto condenado para la reparación por estos dos últimos rubros.

La accionante demandó por el valor del equipo adquirido a esa empresa y lo gastado para reemplazarlo en otro teléfono de $11.044,02, fs. 45, 46, 47 y vta., erogaciones que fueron comprobadas en el curso del pleito por la demandante con las respectivas facturas y transferencias que no fueron impugnadas por la contraria. Ello en cuanto al gasto incurrido por la Sra. H. a lo que agrego que según la declaración testimonial del Sr. S. que varios equipos tenían fallas. Argumenta la recurrente demandada que no es responsable porque no es fabricante. Otro planteo que deviene improcedente por exceder como dije en considerando precedente al conocimiento de esta alzada.

Además de carecer de tratamiento en la alzada, como ya dije, es mi criterio siguiendo la doctrina en la materia que "La indeterminación de la causa del daño no pude beneficiar a la demandada, pues no hay liberación de responsabilidad del fabricante aún cuando pretenda acreditar que la causa del defecto permanece desconocida" (*cf*. Farina J. M., "Defensa del consumidor y del usuario", p. 455, Buenos Aires, 2004).

De las constancias de autos puedo advertir que ninguna prueba ofreció la demandada en el sentido que no es la fabricante y que solo vende y por ello no es responsable, porque fue una cuestión no alegada en la oportunidad procesal, tal como señalé párrafos anteriores, estaba rebelde. Además de la falta de oportuna negativa por esta parte, también tengo en consideración que la letra del art. 53 de la LDC impone

un deber de colaboración, lo cual incumplió por no estar en juicio.

En concreto, la demandada simplemente aguardó que la actora probara, sin interesarse ni comprometerse con el decurso probatorio, violentando así la doctrina que se desprende del citado artículo 40 y de las restantes disposiciones de la LCD que inexcusablemente exigen a las fabricantes, importadoras, distribuidoras y proveedoras que asuman un rol activo en el proceso probatorio.

En cuanto al *quantum*, procede lo reclamado que fue acreditado en autos -las erogaciones efectuadas por la actora frente a la conducta desplegada por la demandada, sin que el memorial consiga conmoverlo en este estadio lo que me lleva a confirmar.

Las partes se quejan por el monto dispuesto por daño moral.

El Sr. Camarista que me precedió definió la naturaleza jurídica del daño moral; en el material por incumplimiento está probado.

Lo que queda por definir en orden a las quejas de las partes es la magnitud de dicho daño para establecer la suma de resarcimiento.

La indemnización por daño moral en casos de incumplimiento contractual es facultativa para los jueces quienes pueden apreciar libremente el hecho generador del perjuicio alegado y las circunstancias del caso, para imputar o eximir al deudor del resarcimiento perseguido. Es decir para que proceda su reparación debe ser demostrado como verdaderamente acontecido en la realidad de los hechos por quien lo sufre, debe acreditarse, el solo incumplimiento no permite inducir los menoscabos en sus legítimas afecciones. Con respecto al daño moral observo que concurren los presupuestos genéricos para su indemnización (personalidad del daño,

relación causal, etcétera), el resarcimiento es imperativo. Es decir, acreditada la existencia del daño moral derivado del incumplimiento contractual y siempre que medie petición de parte, el juez deberá ordenar su reparación (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento...", T° 4, pág. 223).

Las perturbaciones del ánimo originadas en el incumplimiento contractual, en el ámbito del servicio y la compra efectuada, el reclamo extrajudicial efectuado a la accionada sin resultados positivos y la necesidad de acudir a la vía judicial no justifican la reparación en concepto de daño moral. Para autorizar el resarcimiento por daño moral, las angustias y molestias deben revestir cierta entidad con envergadura suficiente para estimar verdaderamente afectados los sentimientos espirituales.

En este orden de ideas lo que respecta a la valoración del resarcimiento por daño moral, tengo presente que en la actualidad existe una dependencia por parte de la inmensa mayoría de las personas en el uso de ese medio de comunicación, más aún se tornó imprescindible contar con un teléfono celular, no solo para las comunicaciones laborales, familiares y sociales, sino por las otras funciones que tiene como ayuda memoria y máquina fotográfica por ejemplo, situación a la que no escapa la accionante, que incluso argumenta que significó una molestia en su trabajo y vida de relación.

Del propio relato de los hechos por parte de la actora surge que los inconvenientes con el teléfono se iniciaron el 14 de noviembre de 2015 (fs. 42/43), comprando un nuevo para usar en su vida cotidiana hecho que se produce el 18 de nov.-2015. Luce evidente que la perturbación y el malestar existieron, pero en poco tiempo lo minimizó con la compra de un nuevo aparato telefónico, pero continuaron las demás molestias e

incomodidades tales como el reclamo, con la consabida pérdida de tiempo en que debió dejar sus actividades para concurrir al local de la demandada e indiferencia frente al reclamo que llevó a la iniciación de las acciones judiciales. Por ello, no procede elevar ni tampoco disminuir la indemnización como pretende la demandada, ni la actora, considero adecuada la valoración del juez a quo en el punto en el marco de la facultad discrecional prevista en el art. 169 del código ritual.

Doctrina y jurisprudencia pacíficas acuerdan a los jueces la facultad de estimar o tasar el daño, probada su materialidad, pero no su cuantía. Ausente la prueba, la estimación habrá de ser prudente y hasta conservadora, para no convalidar un enriquecimiento sin causa. Pero ello atañe, en todo caso, al uso que se haga de la facultad estimatoria en el caso concreto y no a la posibilidad de emplear tal herramienta o disponer de esa facultad, la que es innegable que el magistrado dispone (ver Lopez Mesa, "Cód. Proc.…", t.II, pág. La Ley).

Son argumentos estos que me llevan a confirmar lo decidido en la instancia de grado, e incluso compartir los argumentos de quien me precedió.

Los daños punitivos (art. 52 LDC) tienen un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable. La finalidad de este instituto es punir graves inconductas y prevenir el acaecimiento de hechos similares en el futuro, razón por la cual solo proceden en supuestos de particular gravedad o en casos excepcionales. En este sentido, se requiere un elemento subjetivo que se identifica con una negligencia grosera, temeraria, con una conducta cercana a la malicia.

La imposición del daño punitivo no se relaciona con la actuación en juicio, siendo su procedencia de interpretación restrictiva, pues no cualquier

incumplimiento contractual puede dar lugar a la condena de pago de daño punitivo.

El sentenciante de grado a fs. 217 claramente definió la conducta de la demandada, considerándola reprochable, y la multa con un alcance disuasivo, sin que el memorial de agravios conmueva los argumentos, y mucho menos el monto fijado que estimo adecuado y confirmo.

Por lo expuesto confirmo el fallo de grado rechazando los planteos de las partes, por lo cual las costas las impongo por el orden causado. Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Doy por reproducida la fórmula postulatoria del Dr. Hayes atento a la coincidencia.

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

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la parte demandada.

2) Confirmar la sentencia de fs. 210/217vta. en todas sus partes.

3) Imponer las costas de la alzada en el orden causado.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a los Dres. J. R. V. y Y. D. S. L., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. A. F. A. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de

Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. jueza de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CYC"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA Secretario de Cámara