En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"D., F. c/ C. D. S. S.A. s/ SUMARÍSIMO", expte. nro. 354/2019**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1, Secretaria N° 2 (expte. nro. 163/2016), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 511), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí ALONSO, Dr. Julio Antonio ALEXANDRE y Dr. Fernando NAHUELANCA.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 454/468? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a C. de S. S.A. a abonarle al actor, señor F. D., la suma de pesos cuatrocientos cincuenta y cuatro mil doscientos ($454.200), más los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento comerciales.

El monto de condena se integró del siguiente modo: $194.200 por daño emergente, $30.000 por privación de uso y $30.000 por daño moral; las que devengaran intereses

desde el día 10 de febrero de 2016 hasta la fecha de su efectivo pago y la suma de $200.000 por daño punitivo, que devengará intereses a partir de que se produzca la mora en el cumplimiento de la sentencia.

Impuso las costas a la parte demandada vencida y reguló los honorarios profesionales.

2. Los recursos

2.a. La C. de S. apeló a fs. 472, el recurso fue concedido a fs. 474, fundado a fs. 476/481 y contestados los agravios a fs. 499/502.

La recurrente sostiene que le genera agravio la procedencia de la indemnización por privación de uso, por daño moral y por daño punitivo, en este último supuesto plantea la inconstitucionalidad del artículo 52 bis de la ley 24240. Asimismo, impugna la fecha establecida como inicio para el cálculo de intereses por considerar que existe arbitrariedad en la determinación de la mora y la regulación de honorarios por altos en función de la vulneración de las normas arancelarias (artículos 5,6 y 60 de la ley XIII, nº 4). Invoca, también las disposiciones del artículos 730 del CCCyC.

La parte actora contesta puntualmente cada uno de los agravios insistiendo en la procedencia de las partidas indemnizatorias motivo de recurso; en la pertinencia de la fecha de cómputo de los intereses y de la regulación de honorarios a la vez que califica como prematura la invocación de las previsiones del artículo 730 del CCyC.

2.b. La parte actora apeló a fs. 473, el recurso fue concedido a fs. 474, fundado a fs. 482/491 y contestados los agravios a fs. 493/498.

Concretamente, sostiene que le genera agravio la cuantificación del daño emergente, del extrapatrimonial y el punitivo por exigua la primera y escasas e irrisorias las dos restantes; que la mora de la accionada se haya fijado a la fecha de promoción de la demanda; que se haya rechazado la capitalización de intereses conforme lo prevé el artículo 770 inciso b del CCyC:

3. La suficiencia del recurso de la parte actora

La parte demandada ha planteado la falta de suficiencia técnica del recurso interpuesto por la parte actora; por tal razón, me he de pronunciar sobre su admisibilidad.

La pretensión no puede prosperar porque la apelante ha refutado, en forma concreta, la línea argumental del fallo de primera instancia que considera le genera agravio. Por lo demás, si algún interrogante quedara al respecto, corresponde aplicar la doctrina que dimana de los precedentes del Superior Tribunal de Justicia de la provincia. Nuestro máximo tribunal local ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 269 del CPCCCh se debe optar por tenerla por satisfecha (cf. autos “González Vda. de Fernández, Encarnación” del 31-05-99; idéntico sentido autos “T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular” del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y “Palavicino, René c/ Marítima s/diferencias salariales” del 23-03-01 SAIJ01150056).

Este criterio amplio en la valoración de los fundamentos es el que inveteradamente ha adoptado la Sala que integro porque es el que mejor armoniza con el ejercicio irrestricto del derecho de defensa tutelado

por la Constitución de la Nación y la de nuestra provincia.

4. Tratamiento de los agravios

Previo a toda consideración he de señalar que la atribución de responsabilidad a la aseguradora con base en su incumplimiento del contrato de S. (póliza Nº 5170-0209322-07) ha llegado firme a esta instancia. En la instancia de grado, se tuvo por acreditado que los daños sufridos por el automóvil dominio OPU-032 con motivo del siniestro del 4 de setiembre de 2015 configuran daño total en los términos del seguro contratado y que las obligaciones asumidas para tal contingencia no fueron cumplidas y tal pronunciamiento

no fue motivo de impugnación.

Las cuestiones sometidas a revisión, como resulta de la reseña efectuada precedentemente, versan sobre la procedencia y cuantificación de las partidas; fecha de la mora, modo de cálculo de los intereses y honorarios de modo tal que he de proceder a su tratamiento conjunto.

- *El monto del daño emergente*

El monto de esta partida indemnizatoria fue cuantificado en la sentencia de primera instancia en un todo de acuerdo con las previsiones de la póliza y la recurrente no ha demostrado que tal razonamiento se aparte de las constancias de la causa y del derecho vigente. Por el contrario tan solo propone un criterio disímil que se basa en una comunicación que carece de entidad para alterar las condiciones pactadas.

En efecto, el punto de la póliza textualmente dice:

“Daños al Vehículo,…X 4.2 Daño Total…III) Determinación de la indemnización: Determinada la existencia del daño total, el Asegurador indemnizará el valor de venta al público al contado en plaza al momento del siniestro de un vehículo de igual marca, modelo y características, con mas los impuestos, tasas y contribuciones que pudieran corresponder, todo ello hasta la suma asegurada que consta en el Frente de Póliza…”

Por lo tanto la inclusión del valor de plaza del rodado en la carta documento remitida por la C. de Ahorro en la que se comunica que el siniestro no encuadra como un supuesto de destrucción total del valor de plaza no alcanza para alterar los términos pactados y consecuentemente para fundar un pronunciamiento distinto.

Repárese que la suma asegurada constituye, en todos los S. de daños patrimoniales, el límite máximo por el cual la aseguradora se obliga a responder, conforme las previsiones del artículo 61, segundo párrafo de la Ley de S. y la cláusula de la póliza que he transcripto. Ergo, constituye también el tope el monto de condena en los supuestos de judicialización del conflicto por cumplimiento del contrato (cfr, Sala C., 19.4.2005, “Grosso Juan c/ HSBC La Buenos Aires Cía. de S. S.A.”; CNCom. Sala E, 10.3.2008, “Zucchet Andrés c/ Federación Patronal Coop. De S. Ltda.”; CNCom Sala D, 23.5.2019 “Costa Juan Carlos c QBE S. La Buenos Aires S.A.”, entre otros).

Además la suma asegurada no solo se proyecta en el valor de cobertura fijando su techo sino que también se proyecta en la prima a abonar como contraprestación por el compromiso asumido por la demandada. Ello, en tanto,

esa prima fue determinada en función de tal monto.

Por las razones expuestas propicio el rechazo del primer agravio de la parte demandada y la confirmación de la cuantificación efectuada por la jueza de grado en orden a la partida de marras.

- *La privación de uso del automotor*

La procedencia de esta partida, cuestionada por la parte demandada, es indubitable. La invocación de las previsiones de los artículos 1726, 1727 y 1728 del CCyC; 1, 61 y 63 de la Ley de S. y de lo pactado en la póliza 5170-0209322-07 no alcanza para fundar un pronunciamiento distinto. Ello, toda vez que racionalmente tales normas son aplicables cuando la cobertura asegurativa es abonada en tiempo y forma, y no cuando como ocurre en la especie se ha tenido que recurrir a la vía judicial para lograr su pago.

Como he señalado en anterior pronunciamiento, con similar plataforma fáctica, la privación del uso del automotor en el caso es un perjuicio derivado del retardo en el cumplimiento de la obligación principal de la aseguradora (SD CyC 26/2018 del 12/10/2018), en el caso el pago de la suma asegurada para el supuesto de destrucción total.

En definitiva y a modo de conclusión destaco que dado que el automóvil es una cosa destinada a ser utilizada, y la privación de su empleo produce daños que deben indemnizarse aun si hubiera cláusula en la póliza que lo excluyera, cuando el asegurador no cumple el contrato pagando puntualmente el seguro, ya que en tal caso, puesto que ha incurrido en mora, debe cubrir dicho perjuicio Por lo expuesto, corresponde el rechazo del

agravio de la citada en garantía identificado como “A” –fs. 476 vta./477-.

Sentada la procedencia de esta partida indemnizatoria, corresponde el análisis de su cuantificación impugnada por la actora.

La recurrente tacha como exiguo el monto fijado por este concepto y adelanto que logra demostrar el vicio que le endilga al fallo. En efecto, la extensión temporal del incumplimiento por si demuestra que el monto otorgado para reparar este perjuicio es irrisorio. Es que la aseguradora ha exorbitado todo plazo legal y sin justificación alguna ha dilatado el cumplimiento de su obligación por casi un lustro.

Esta extensión temporal aun cuando la parte actora no ha aportado datos concretos respecto al otro elemento objetivo invocado al momento de demandar para efectuar la tasación (gastos diarios de $500) habilita la revisión solicitada.

Es que la dilación no puede constituirse en una fuente de beneficios a favor de la deudora y mucho menos a expensas del consumidor.

Ahora bien, teniendo en cuenta el tiempo que se ha privado al actor del uso del bien para sus actividades laborales y familiares diarias y que consecuente y necesariamente debió sustituir ese medio de transporte por otros con los consiguientes gastos que tal sustitución pero que, asimismo, durante ese período se ha visto paralelamente eximido de los gastos propios que acarrea el funcionamiento de todo automóvil -extremo soslayado por el actor-, estimo prudente la cuantificación del monto de este perjuicio en la suma de pesos noventa mil.

En consecuencia prospera el agravio de la actora y se eleva el monto de condena por privación de uso conforme lo señalado.

- *El daño extrapatrimonial*

La parte demandada impugna la procedencia del daño extrapatrimonial (moral). Los argumentos esgrimidos en el memorial no demuestran el error del fallo ya que no rebaten sus fundamentos; solo exteriorizan una mera discrepancia con la solución consagrada. Ergo no pueden prosperar.

Repárese que la magistrada, con rigor técnico, ha precisado puntualmente las circunstancias probadas de la causa que demuestran la configuración del perjuicio extrapatrimonial. En efecto, concretamente ha sostenido:

Ergo, la referencia de la parte demandada a la falta de lesiones físicas que hubieren permitido la procedencia del rubro –fs. 478- es huera, basada en la exclusiva voluntad de la recurrente y por lo tanto inaudible.

Los restantes argumentos son merecedores de igual reproche puesto que no alcanzan a desvirtuar la existencia del menoscabo que en el plano anímico padeció el actor tras su injustificado incumplimiento.

Por las razones expuestas, propicio el rechazo del agravio de la demandada identificado bajo la letra “B” –fs. 477 vta./478-.

Sentada la procedencia de esta partida indemnizatoria, corresponde el análisis de su cuantificación impugnada por la actora.

Adelanto que la recurrente no demuestra la exigüidad del monto que por este concepto ha concedido la magistrada. En efecto, la crítica se circunscribe a lo resuelto en otro proceso con una plataforma fáctica que

difiere notablemente de la presente en tanto como surge de la propia cita contenida en el memorial la indisponibilidad del servicio que prestaba la empresa fue dispuesta por considerar el bien propiedad del consumidor robado. Ergo, se configuró una nítida afectación al honor y a la reputación del consumidor que en la especie no se verifica.

Por lo expuesto al no haberse demostrado el quiebre lógico en la determinación del monto del daño es que propicio el rechazo del quinto agravio de la parte actora.

- *El daño punitivo*

La parte demandada impugna la procedencia del daño punitivo arguyendo cuestiones de hecho que no fueron puestas a consideración del tribunal de grado.

En efecto, al contestar la demanda se limitó a plantear que la relación jurídica que la vinculaba al actor, contrato de seguro, era ajena al ámbito del derecho de consumo y que por lo tanto no correspondía la aplicación de la multa que prevé el artículo 52 bis de la LDC; ahora, al expresar agravios, sostiene que su representada no actuó con dolo ni con mala fe y que no se ha acreditado una conducta generalizada.

Este extremo, por sí, autoriza el rechazo del agravio; sin perjuicio y a fin de no quedar atrapada en cuestiones de índole formal señalo que tales afirmaciones son meramente dogmáticas. Las circunstancias probadas de la causa demuestran la existencia de un incumplimiento pertinaz e infundadado y por lo tanto grave de la compañía de S.. La cobertura del daño por destrucción total era un riesgo asegurado y nunca la aseguradora –ni extra judicial ni en sede judicial- dio motivos razonables para

rechazar el siniestro. Esta actitud displicente e indiferente frente al consumidor demuestra que la aseguradora ha despreciado el resultado que su accionar genera.

Repárese que en la carta documento por la cual rechaza la cobertura no ha explicado como y porqué la gerencia de reparaciones cuantifica las reparaciones del automotor siniestrado en un monto menor al que resulta de los presupuestos acompañados por el asegurado. Más aun, a fs. 184/201 agregó las actuaciones labradas con motivo del siniestro y no existe opinión fundada de la gerencia de reparaciones ni documento alguno que avale el monto de reparación de menor cuantía que fuera comunicado al consumidor a fin de rechazar la cobertura. En efecto, solo obra a fs. 185 copia de la inspección técnica escrita con números manuscritos al costado y valores menores al del presupuesto local sin referir el lugar o fuente de donde resultan los mismos. A la vez, no se ha dado una respuesta concreta y fundada a las petición de un segundo peritaje –fs. 186/187- y a las observaciones efectuadas por nota obrante a fs. 195.

Destaco además, que no resulta recaudo para la procedencia de la multa civil demostrar que el proveedor dañador se benefició; aunque tampoco resulta improbable que haya sido así, pues al no abonar suma alguna y resultar especialista en el tráfico comercial, tal beneficio cabe tenerlo por probado –arg. ar. 163 inc. 5° CPCC- (cfr. CACyC Necochea, 20/10/2016 en autos M.E. c/ Nacion S. SA s/ daños y perjuicios, incump. contractual), Expte. n° 10548)

Por ello, señalo que concurre el presupuesto esencial que es la grave inconducta de la persona

demandada a la vez de la necesidad de prevenir en el futuro.

En orden al primer extremo destaco además que la configuración del riesgo asegurado: existencia de destrucción total resuelta en la instancia de grado fue consentida por la parte demandada por falta de impugnación.

El segundo extremo esta íntimamente ligado a la función disuasiva que la aplicación de estas sanciones.

Es que, como con agudeza se ha señalado: "… si a un sujeto le resulta más beneficioso incumplir una ley o un contrato que cumplirlo, simplemente optará por incumplirlo. Los daños punitivos, entonces, vienen a combatir esta lógica del "incumplimiento eficiente", en tanto, o bien incrementan el costo del incumplimiento doloso o gravemente negligente; o bien dificultan la posibilidad de calcular dicho costo, de manera que, debidamente aplicados, fuercen el cese o la modificación de conductas dañosas. Por lo tanto, la imposición de montos punitivos que no cumplan con esta función disuasoria priva al daño punitivo de su función esencial, evitar el despliegue de conductas lesivas en el mercado que afecten su equilibrio" (cfr. Krieger, Walter F. "Volviendo a pensar los daños punitivos: estado actual y proyecciones en el anteproyecto de Ley de Defensa del consumidor" RCCyC 2019 (agosto), 166).

Finalmente señalo que la critica al monto de la multa por considerarla excesiva no puede prosperar porque los argumentos relativos a las circunstancias de hecho no tienen entidad para fundar un pronunciamiento distinto. Por el contrario son estos los que avalan la

cuantificación efectuada por la jueza de grado en tanto la suma otorgada es proporcional a los incumplimientos señalados y razonablemente cumple la mentada función disuasiva que he referido.

Por las razones expuestas propicio el rechazo el agravio individualizado bajo la letra “C” del memorial presentado por la parte demandada.

Los argumentos referidos a la cuantía de la multa determinan asimismo el rechazo del sexto agravio de la parte actora. Agrego, además, que la elevación del monto de condena se sustenta en el mismo precedente citado a los efectos de fundar el agravio por la cuantificación del daño extrapatrimonial (moral), valga entonces reiterar que no se trata de situaciones equiparables.

En definitiva y dado que no se ha demostrado que el monto sea irrisorio por exiguo es que propicio el rechazo del sexto agravio de la parte actora.

- *La determinación de la fecha de la mora*

Ambas partes cuestionan la fecha de la mora; adelanto que los argumentos esgrimidos por cada una de ellas no alcanzan para fundar un pronunciamiento distinto.

Los de la parte demandada son eventuales y existen medidas adecuadas para evitar los efectos que pregona de modo tal que su criterio no puede prosperar porque lisa y llanamente importaría aniquilar los efectos del cumplimiento tardío de la obligación.

La parte actora pretende una fecha anterior pero sin demostrar el error de la pauta temporal adoptada en el fallo. Así, señalo que la totalidad de los pasos seguidos en sede extrajudicial demuestran que el rechazo del siniestro operó en la fecha que señaló la magistrada y

que por lo tanto no procede la revisión que pretende la recurrente.

En función de lo expuesto, propicio el rechazo del segundo agravio de la parte actora.

- *La capitalización de intereses*

La jueza de grado rechazó el pedido de

capitalización de intereses con fundamento en las previsiones del inciso b) del artículo 770 del CCyC para asi decidir interpretó la norma en consonancia con lo normado en el inciso c) del mismo ordenamiento y consideró que improcedente el pedido atento la naturaleza de la obligación.

La actora impugnó la decisión sin referencia alguna a los argumentos dados por la magistrada sino que se limitó a citar un fallo de la Excma. Cámara de Trelew dictado en materia laboral y por lo tanto con una plataforma fáctica distinta en función de la naturaleza de la relación sustancial y al carácter de obligación de dinerarias allí debatidas más allá de haberse dirigido contra una aseguradora (de riesgos del trabajo).

Por lo tanto sin hacerse cargo que del argumento relativo a las obligaciones de valor que revisten las aquí declaradas procedentes y cuantificadas. Repárese que el artículo 772 del CCCN establece, refiriéndose a las obligaciones de valor, que "Una vez que el valor es cuantificado en dinero se (les) aplican las disposiciones de esta Sección".

Esta disposición, por un lado, avala el razonamiento contenido en el fallo: al haberse reclamado una obligación que consiste en un valor, la cuantificación en dinero se produce recién con el dictado de la

sentencia. Es evidente que la demanda es, temporalmente, anterior al dictado de la sentencia y por lo tanto no puede pretenderse aplicar el anatocismo por el inicio de la demanda, cuando la deuda que consiste en un valor todavía no era dineraria. Por otro demuestra la parcialidad del embate que por tal razón debe ser rechazado.

- *Los honorarios y el tope del artículo 730 CCyC*

El agravio de la parte demandada no ha de prosperar porque las regulaciones de los honorarios profesionales han sido efectuadas en un todo de acuerdo con las leyes locales y la invocación de las previsiones del artículo 730 del CCyC es prematura.

La modificación que oportunamente introdujo la ley 24.432 al Código Civil y que hoy plasma con similar criterio el artículo 730 del CCyC no impide regular los honorarios por encima del porcentaje fijado, sino que limita la responsabilidad del deudor frente a la obligación de asumir las costas devengadas, lo que debe hacerse efectivo en la etapa de liquidación de la deuda (cfr. STJ Chubut, SD nº 36/04).

Por las razones dadas, propugno el rechazo del agravio.

- *Conclusión*

Dado que solo ha prosperado el agravio de la actora respecto al monto de la partida correspondiente privación del uso del rodado corresponde modificar el monto de condena el que se fija en la suma de pesos $514.200 por la incidencia de tal rubro.

5. Costa y honorarios

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la demandada por aplicación del principio general de la derrota.

Los honorarios de esta instancia deben ser regulados de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala específica contenida en el artículo 13 de la ley arancelaria. Por tales razones, propicio fijar los correspondientes a la Dra. V. P. en el 27% de los que le fueron fijados en la anterior instancia y los correspondientes al Dr. R. A. G. en el 25% a calcular sobre los regulados en primera instancia.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

Por todo lo expuesto, se debe rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada y hacer lugar parcialmente al interpuesto por la parte actora elevando el monto de condena a la suma de pesos quinientos catorce mil doscientos ($514.200) con costas a la demandada.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria es apelada por la demandada a fs. 472 conforme informe de fs. 476/481vta, replicada por su oponente a fs. 499/502 y por ésta última a fs. 473 según presentación de fs. 482/491, la que le es contestada por la accionada a fs. 493/498.

Formulada una breve reseña del objeto de ambas quejas y darles tratamiento, a mas de evitar reiteraciones pone en evidencia que se ha considerado, por parte de mi colega preopinante que se han cumplido las exigencias procesales que habilitan la instancia para ambos recurrentes en lo que, tras cotejar tales actuaciones, hay acuerdo. En tal sentido discuerdo con los argumentos de la accionante al formular sus agravios ya que tradicionalmente este cuerpo se ha inclinado por una interpretación amplia de la norma en cuestión preservando en derecho defensa aún en los casos de duda

(ver v. gr. la nota titulada “Favor Processum. Procesal civil. Primera parte: enfoque general introductorio” por Barberio, Sergio J. - Costantino, Juan A. de fecha 4may-2011, Cita: MJ-DOC-5157-AR | MJD5157, que comprende y aclara tal postura).

Se lee en las consideraciones del fallo que tras exhaustiva selección y valoración de la prueba adquirida y debidamente cotejada sin que proceda algún reproche la demandada recurrente resulta responsable por incumplimiento de lo pactado con el actor en lo que respecta a la cobertura por daño total lo que extiende su responsabilidad a las previsiones de los arts. 9/11 y concs. del CCyC conforme la naturaleza de la relación habida entre las partes.

Desde el inicio, la demandada pretendió enmarcar su obligación a lo pactado conforme la póliza (ver fs. 122, ap. B.). Y al haber quedado firme el incumplimiento alegado en la demanda, la critica actual no resulta adecuada a tal circunstancia sino que la temática avanza por el rumbo dado en el fallo a fs. 463. Y en tal sentido se ha resuelto en casos análogos que la privación de uso de un automotor, producida ante la negativa de la compañía de S. de pagar la suma de dinero convenida en la póliza por destrucción total, torna procedente el otorgamiento de una indemnización por tal concepto, en tanto el automotor por su propia naturaleza está destinado al uso y su mera privación ocasiona un daño que se configura básicamente por su indisponibilidad (CNCom., sala F, 24/06/2010, Cots, Roberto Jorge c. La C. de S. SA, RCyS, 2010-X, 228, AR/JUR/39497/2010). Así, no tratándose de un reclamo que pueda configurar lucro cesante, se presumen las erogaciones diarias necesarias para satisfacer tal falencia de allí que deba recurrirse a la prudencial estimación a que autoriza el art. 167

CPr/DJ., en tal caso ante la ausencia de critica que autorice vislumbrar absurdidad o exceso en el monto, se desestima el agravio. Volveré sobre el punto al tratar los agravios de la actora.

En cuanto a la queja por el acogimiento del rubro daño moral ante la presunta falta de prueba en atención a la naturaleza de la obligación vale recordar que a partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, podría operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse la existencia del daño moral. Así, se argumenta que la prueba indirecta del daño moral encontraría en los indicios y en las presunciones hominis, su modo natural de realización, toda vez que los indicios o presunciones constituyen un medio de prueba. Y que, por lo tanto, cuando se acude a ellos para demostrar, por vías indirectas, la existencia del perjuicio, se estaría realizando una actividad típicamente probatoria. Se agrega que la conexión causal entre el hecho indicador y el daño moral debe surgir con suficiente grado de certidumbre, conforme a lo que ordinariamente sucede de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas. Esto se advertiría, con total nitidez, cuando el bien jurídico afectado, de cuya lesión deriva el daño moral, es la integridad física o moral de una persona (ver v. gr. “El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial” por Meza, Jorge A. y Boragina, Juan Carlos, publicado en: RCyS 2015-IV, 104 - Cita Online: AR/DOC/418/2015, sin dejar de recordar lo dicho con mucha anterioridad v. gr. en “Daño moral: su carácter autónomo y resarcitorio” por Gregorini Clusellas, Eduardo L., publicado en: LA LEY 2000-E, 1 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 87).

Así, no cabe reproche en cuanto a la procedencia en el caso de autos dada la incertidumbre que causó al reclamante la negativa inicial de la demandada a la satisfacción de las obligaciones asumidas y que en definitiva es lo que torna ahora injustificado reclamo alguno en contrario. Ni la procedencia ni el modo de estimar el perjuicio escapa a la opinión de esta sala en el tema lo que autoriza a desestimar el agravio.

Tal como lo he señalado precedentemente ha quedado firme el incumplimiento contractual de la recurrente ya que tan solo cuestiona las consecuencias resarcitorias que se le han impuesto, por lo que la extemporánea y contradictoria pretensión cuestionando la constitucionalidad de oficio del art. 52 de la ley 24.240 resulta inadmisible.

Sin olvidar que en su momento (contestación de demanda) negó su aplicación en el caso pero no la falta de adecuación de la norma a lo principios establecidos en la CN., (ver en cuanto a la doctrina opuesta a la pretendida ahora por el recurrente v. gr. CNCom., Sala F, 29/08/2017- "Vega Gustavo Javier c/ Mastercard S.A. y otros s/ ordinario"- Cita: MJ-JU-M-112676-AR | MJJ112676 | MJJ112676, a la que ya he tenido oportunidad de adherir y remito por razones de celeridad y economía procesal).

En cuanto a la conducta de la recurrente que admita la configuración del daño punitivo, debe tenerse en cuenta que en situaciones análogas he señalado que tras largos debates en cuanto a las exigencias del instituto me he inclinado por aquellos que sostienen que de la lectura de las noveles disposiciones del Código Civil y Comercial en orden a los factores de atribución subjetivos, surge claro, como no podía ser de otra manera, que las dos grandes variantes de lo que la doctrina ha dado en llamar imputabilidad subjetiva

fundada en la culpabilidad (factor psíquico) son la culpa y el dolo. Y que no caben dudas que ambas son plenamente operativas respecto de los daños punitivos y así lo explicita Krieger (ver Acciones de responsabilidad" en KRIEGER, Walter F. - BAROCELLI, Sergio S., Derecho del consumidor, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2016, p. 128) al describir qué debe entenderse por la actuación del proveedor con "grave menosprecio por los derechos del consumidor": el mismo debe obrar a sabiendas del perjuicio que cause (dolo), o a sabiendas de que puede causar un perjuicio y sin tomar medidas para evitarlo (dolo eventual) o con un obrar culpable y sin ningún tipo de cuidado por los derechos de los consumidores cuando ello le es exigible en virtud de las circunstancias de tiempo, persona y lugar (culpa). Siendo así, el operador jurídico que deba apreciar en el caso la culpa del responsable del daño punitivo deberá adoptar una postura estricta en torno al modelo de conducta que las circunstancias le imponen al proveedor, no sólo por la relación profesional-profano que tiene con el consumidor sino, fundamentalmente, por la subordinación y desigualdad jurídica y económica existente entre ellos.

El Código Civil y Comercial ha hecho expresa mención de este caso en el art. 1725 al normar que "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias".

Ahora bien, si como requisito de procedencia nos pronunciamos por la gravedad de la conducta, pues correlativamente deberemos exigir, a la hora de imputar la responsabilidad al proveedor, un elemento subjetivo agravado cuyas posibilidades la doctrina ha enumerado: culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria,

actuación cercana a la malicia, malicia, mala fe. (ver "El factor de atribución exigidos en los daños punitivos" por Quaglia, Marcelo C. y Raschetti, Franco, publicado en: SJA 28/02/2018, 48 • JA 2018-I , 1496 • RDCO 291 , 693 - Cita Online: AR/DOC/4271/2017). Sin duda, la injustificado postura inicial de la demandada y de la prueba debidamente valorada conforme surge de los considerandos y su debido cotejo en esta instancia, autorizan a justificar la razones esgrimidas para la procedencia del rubro y su estimación dentro de los limites que la medida excepcional otorga a los magistrados, de allí que proponga al acuerdo el rechazo del agravio.

En cuanto a la fecha desde la cual deben ser liquidados los intereses por cada uno de los rubros acogidos en el fallo integrando la condena conforme la modalidad impuesta en la misma, no admite critica ya que resulta adecuada a la naturaleza de cada reclamo y del modo establecido legalmente para considerar el estado de mora. En cuanto al punto la queja no alcanza la suficiencia que exige la norma y es mera demostración del desacuerdo que le produce el decisorio. Reitero que la conducta inicial del recurrente y reprochada en el fallo ha sido consentida por éste de allí que carezca de lógica pretender que las consecuencias no se retrotraigan a las fechas explicitadas a fs. 465vta. Se rechaza el agravio y tal propuesta se extiende a la queja de la actora.

De conformidad con el art. 730 últ. parte del CCyC, la obligación del deudor se encuentra resguarda en el momento procesal oportuno, ante la presunta regulación que exceda los limites establecidos por las leyes arancelarias locales (ver v. gr. CCyCN, Comentado, dirigido por R. L- Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni,

2015, t. V, pág. 27) y pautas de nuestro Máximo tribunal provincial en la cita de mi colega preopinante.

En cuanto a los agravios de la actora llama la atención el cambio de enfoque que propone en cuanto a la cuantificación del rubro daño emergente (ver demanda a fs. 35, p. A.1 y primer agravio de fs. 482) cuando se ha acogido el reclamo siguiendo aquella pretensión en cuanto los fundamentos originales, tras cuidadosa valoración probatoria, debidamente confrontada, pero respetando las directivas que le impone la ley 27.561 y su reglamentación, adecuado al marco de lo concertado por las partes. Máxime cuando esta última circunstancia no ha merecido la crítica que exige el art. 268 CPr/DJ., por lo que cabe desestimar el agravio.

En cuanto a la queja efectuada por la recurrente respecto de la cuantificación del rubro privación de uso.

Que al momento del reclamo (fs. 35vta. p. 2) expone las razones del perjuicio, uso familiar habitual de acuerdo a las necesidades de cada integrante, conforme los días estimados de privación del bien y el gasto promedio en que incurrió diariamente, todo consecuencia del incumplimiento de la demandada. En consecuencia vale presumir, tal como lo señalé anteriormente, la existencia del perjuicio resarcible pero dentro de los límites que admite el caso concreto, que por cierto, entiendo, no han sido suficientemente mensurada en el fallo, conforme el reproche que ha merecido la actitud exageradamente dilatoria de la accionada y su tardío reconocimiento tras el fallo, de allí que concuerde con la suma propuesta por mi colega preopinante. Se acoge en consecuencia, en tal medida el agravio.

En cuanto al daño punitivo y el daño moral, las razones esgrimidas no otorgan certeza en cuanto la necesidad de modificar lo dicho respecto a los mimos

rubros cuestionados por la contraparte de allí que por aquellas razones debe conformarse el fallo.

Por último en cuanto a la aplicación del art. 770 del CCyC la Iudex a quo ha seguido lo postura adoptada en casos análogos por esta Sala en cuanto a la extemporaneidad por prematuro del pedido que recién podrá considerarse en la próxima etapa del proceso (ver v. gr. Romualdi, Emilio E., 26-dic-2017, Cita: MJ-DOC12342-AR | MJD12342, adecuándolo al caso del art. 772 CCyC, aplicable en autos).

Por todo lo expuesto, prospera parcialmente el recurso de la accionante y se desestima el de la demandada quien deberá cargar las costas de la Alzada, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo y teniendo como pautas las ley XIII nos. 4 y 15 y se tiene por introducida la Cuestión Federal (fs.481vta.).

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la opinión de la Dra. Alonso reitero su formula decisoria.

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

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

S E N T E N C I A :

1°) Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada y hacer lugar parcialmente al interpuesto por la parte actora elevando el monto de condena a la suma de pesos quinientos catorce mil doscientos ($514.200).

2°) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

3°) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a la Dra. V. P. en el

veintisiete por ciento (27%) y al Dr. R. A. G. 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

4°) Tener presente la reserva formulada en el punto III de fs. 481vta.

5°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Silvia Noemí ALONSO
JUEZA de CAMARA

Julio Antonio
ALEXANDRE JUEZ de CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2019

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"