En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia del Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de la primera vocal Dra. María Fernanda Zanatta y de la segunda vocal Dra. Verónica Daniela Robert (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., F. G. c/ P. SA DE C. Y A. P. F. D. s/ SUMARÍSIMO (Ley de Defensa del Consumidor)", expte. nro. 775/22,** venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero Civil y Comercial - Secretaría nro. 4 (expte. nro. 20.125/22), y atento al resultado del sorteo de fecha 22 de marzo de 2023 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Verónica Daniela Robert, Dra. María Fernanda Zanatta y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 41/22 de fecha 17 de noviembre de 2022? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Robert dijo:

I. *El fallo recurrido*:

La SD 41/22 hizo lugar parcialmente a la demanda que el Sr. F. G. C. entabló en contra de P. S.A. de C. y A. para F. D. y, en consecuencia, condenó a la demandada a abonarle al actor, dentro del plazo de diez días, la suma de $896.472,56, más intereses. Impuso las costas a la accionada. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Dispuso que, en virtud de

lo normado por el inciso c) del artículo 770 del Código Civil y Comercial, en el supuesto de falta de pago de la liquidación de la condena que, eventualmente pudiere ser practicada, los intereses devengados hasta el vencimiento del emplazamiento a abonar una cantidad determinada de pesos, se capitalizarán de pleno derecho.

II. *Recursos*:

Contra el fallo se alzaron ambas partes. La demandada interpuso recurso de apelación mediante ID 900911 y lo propio hizo la actora en ID 891636. Concedidos que fueron los recursos la accionada expresó agravios en escrito digital ID 912293 replicados por la actora conforme ID 916415, quien expresó agravios en ID 903130 cuya respuesta obra en ID 912530:

III. *Antecedentes*:

El Sr. F. G. C., promovió demanda en contra de P. S.A. a efectos que se la condene a abonarle la suma de $2.205.335,19, con más intereses.

A efectos de fundar su pretensión, relató que el día 28 de agosto de 2019 suscribió con la demandada un contrato de C. y A.; en cuya virtud abonó un total $738.922,58, equivalente a 22 cuotas de $33.587,39.

Señaló que mediante carta documento del día 17 de junio de 2021 le comunicó a la demandada el ejercicio del derecho a rescatar los fondos abonados e intimó a la devolución de los mismos, sin obtener respuesta.

En relación al contrato suscripto, explicó que la normativa dictada por la Inspección General de Justicia que lo aprobara es anterior al dictado de la Ley 24240 y a la resolución 26/2004 de la IGJ.

A partir de ello sostuvo que el plan de A. que se pretende aplicar deviene legalmente anacrónico, derogado, contrario a la normativa vigente.

Sostuvo que el contrato contiene cláusulas abusivas por cuanto el sistema es de tipo piramidal o ponzi, que cuando llega el momento de devolver el dinero con más los intereses correspondientes omiten hacerlo. Se explayó describiendo el funcionamiento de este tipo de sistemas para afirmar que la conducta de la demandada resulta ilegal.

Por otra parte, alegó que la demandada omitió informar de manera concreta y acabada que el contrato de adhesión se encuentra derogado, a la par que le informó que se abona lo pagado actualizado.

Sostuvo que la accionada especula con el proceso inflacionario produciéndose un enriquecimiento sin causa; y denunció además que nunca le entregó facturas ni recibos por las sumas efectivamente percibidas.

A continuación, hizo referencia al trámite desarrollado por ante la Oficina de Defensa del Consumidor de esta ciudad, aduciendo que resulto inoficioso el intento de solucionar el conflicto.

Detalló las partidas indemnizatorias pretendidas y las cuantificó. Reclamó: a) $705.335,19 en concepto de rescate de las 22 cuotas abonadas; b) $500.000 en concepto de daño moral y; c) $1.000.000 por daño punitivo.

Ofreció prueba y finalmente peticionó.

En tiempo oportuno compareció la demandada P. S.A. a contestar demanda. Negó los hechos expuestos por la contraria y desconoció la documentación acompañada.

Efectuó consideraciones respecto al régimen jurídico de los contratos de C. y A..

A efectos de resistir el reclamo del actor alegó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Dijo que ante la recepción de la Carta Documento despachada por el actor procedió a dar de baja el plan y puso a disposición del Sr. C. la devolución de fondos en el domicilio social de la sociedad, sito en calle av. Del Libertador x., Piso 2°, Of. 5 CABA.

Sostuvo que el accionante nunca informó número de cuenta bancaria alguna, para acreditar los valores del rescate.

Señaló que a través de los descargos y propuestas conciliatorias enviadas por ante la oficina de Defensa del Consumidor de esta ciudad ofreció la devolución del rescate por la suma de $537.000 por transferencia bancaria.

Aseveró que no incurrió en incumplimiento al deber de información y/o incumplimiento.

Puso a disposición la suma que corresponde en concepto de devolución de fondos por valor rescate, más los intereses que determina el contrato desde el vencimiento de la última cuota hasta el efectivo pago; que sería depositada en caso de así ordenarse en una cuenta judicial, previa liquidación que en debida forma se practicara.

Seguidamente impugnó la procedencia y alcance de los rubros indemnizatorios pretendidos por la parte actora. Planteó la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor.

Desconoció la documental aportada por la contraria que individualizó. Ofreció prueba. Efectuó reserva del caso federal. Fundó en derecho. Peticionó.

Con fecha 2 de noviembre de 2022, se celebró la audiencia preliminar. En dicho contexto la parte demandada informó que no procedió a la consignación notarial o judicial de los importes del rescate. La cuestión propuesta fue declarada de puro derecho.

Encontrándose la cuestión en estado de dictar sentencia, se resolvió la cuestión en los términos individualizados precedentemente.

IV. *Fundamentos de la sentencia*:

El juez de grado definió primero que la cláusula del contrato que prevé la restitución de fondos en el equivalente al 76% de las 22 cuotas abonadas no resulta abusiva.

Para así decidir consideró que, analizado objetivamente el resultado del cálculo, no se verifica una cláusula que altere irrazonablemente la ecuación económica del contrato.

Con fundamento en ello concluyó que el ejercicio de la cláusula de rescate solo puede prosperar hasta la suma reconocida y contractualmente prevista de $536.222,58.

Resuelto ello, abordó el análisis del incumplimiento contractual que se endilga a la demandada como sustento de los daños reclamados.

Así el magistrado evaluó primeramente que el crédito reclamado no resultó controvertido y que la demandada en autos no efectuó diligencia alguna para que este fuera depositado en una cuenta judicial.

Valoró asimismo que la accionada alegó que no fue posible la restitución de los fondos por desconocimiento del número de cuenta bancaria del actor, pero acompañó un documento por medio del cual el accionante le informó -al momento de la firma del contrato- cuál era el número de CBU con el cual operaba.

Meritó la omisión de intentar contactar al accionante por algún medio hábil para que le suministre el dato faltante para realizar la transferencia como una actitud que no concuerda con una real vocación de cumplimiento; y consideró además que carece de seriedad afirmar que el saldo a pagar se encuentra a disposición del actor a 1.800 km del lugar de su domicilio.

Dijo que todo ello evidencia que la cuestión se trata de un conflicto aparente, adjetivo o meramente formal por cuanto no existe debate sustancial sobre el fondo de la cuestión en tanto pese a las negativas efectuadas la firma demandada reconoció los términos del vínculo jurídico que la unió a la parte actora, admitió la deuda y exhibió su propia torpeza a la hora de cancelar el importe debido.

Concibió entonces que atento a la falta de pago dentro del plazo de treinta días, la accionada incurrió en incumplimiento contractual y procedió a analizar las partidas indemnizatorias pretendidas.

Con fundamento en el incumplimiento reconocido de la accionada, y en ejercicio de las facultades del artículo 167 del CPCC, admitió daño extrapatrimonial en la suma de $110.250 suma que dijo ser equivalente al precio de una estadía de dos noches en la habitación más cara del hotel L. de esta ciudad.

A continuación, previo analizar la procedencia del daño punitivo, resolvió el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis del CCCN deducido por la accionada concluyendo en su rechazo.

Arribada dicha solución, y con argumento en que el presente litigio obedece a la conducta displicente de P. S.A. para con su cliente, admitió la pretensión y condenó a la demandada a abonar la suma de $250.000 en concepto de daño punitivo.

Determinó que los fondos rescatados devengarán interés desde el vencimiento del plazo de treinta días fijados en la cláusula novena del contrato y hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina; y el daño moral y daño punitivo desde el vencimiento del plazo previsto en la cláusula novena y hasta que la sentencia quede firme a una tasa pura del 6% anual y, desde ese punto y hasta el efectivo pago, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina. V. *Agravios, réplicas, tratamiento*:

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).

a. *Fundamentos de la parte actora*:

En su primer agravio cuestionó la recurrente que el juez de primera instancia no se detuviera a analizar la ilegitimidad del contrato de adhesión suscripto con la demandada conforme fuera planteado al incoarse demanda, circunscribiéndose el análisis a que la firma demandada P. S.A. se encuentra dentro de las empresas de planes de A. para F. D. controladas por la IGJ.

Por un lado, sostuvo que el hecho de que la demandada figure en un registro de la IGJ, es diferente a que este organismo tenga los medios y que efectivamente realice un control acabado del accionar de las empresas.

Por otra parte, alegó que la accionada no acreditó la aprobación del contrato que se celebrara entre las partes.

Señaló que conforme surge de la documental acreditada, el plan que se presenta en el contrato realizado entre las partes fue aprobado por la Resolución 108-3-2/2000 que fue derogada por la Resolución IGJ 26/2004.

Con base en ello cuestionó que el juez de primera instancia no analizara que el contrato realizado se contradice en un todo con expresas disposiciones legales posteriores al año 2000.

Sostuvo que conforme planteó al incoar demanda, en la actualidad los planes de A. se rigen por la resolución 26/2004 de la IGJ, que entró en vigencia desde el primero de enero del año 2005 derogando todas las resoluciones generales conforme su artículo tercero y, por ende,

debiendo ser actualizadas nuevamente las autorizaciones de los contratos de planes de A. por parte de las empresas.

Argumentó a partir de lo expuesto que le resulta agraviante la sentencia por cuanto el magistrado de grado omitió considerar que la Resolución 26/2004 ratificada por Res. IGJ 08/2015 dispone y legisla en su artículo cuarto, de manera expresa, que a los rescates de los contratos debe aplicarse interés; y por ello deviene arbitrario e ilegal toda la disposición de rescate detalladas en el contrato en discusión en las presentes actuaciones en tanto colisiona de manera directa con la normativa aplicable.

Con fundamento en que el contrato celebrado entre las partes y en especial la cláusula de rescate deviene contrarios a la normativa legal, sostuvo que el juez de grado debió de expedirse respecto a la ilegitimidad del contrato celebrado entre las partes bajo la expresa específica normativa aplicable al caso, pero no obstante, analizó la cláusula únicamente bajo la normativa del Código Civil.

Expresó que en el memorial de contestación de demanda, la demandada refirió al 142.277/43, omitiendo y obviando la normativa de la Resolución 26/2004, invocada en la demanda. Dijo que además la accionada no especificó cuál es la resolución que aprueba el plan del contrato traído a juicio.

Señaló que la contraria no acreditó en autos la aprobación del contrato por parte del órgano de contralor en tanto, ofreció prueba informativa requiriendo a la IGJ, pero desistió luego de su

producción; y tampoco la acompañó al libelo de contestación de demanda.

A partir de las consideraciones efectuadas, consideró que corresponde que este tribunal se expida decretando la ilegalidad del contrato de plan de A. celebrado en tanto la resolución que lo aprueba se encuentra expresamente derogada y la cláusula de rescate resulta contraria a lo normado en el artículo cuatro de la Resolución 26/2004 de la IGJ, organismo de contralor en el funcionamiento de la empresa demandada.

Réplica:

Frente a tales alegaciones la demandada sostuvo que la parte actora recurrente no acredita ni acreditó en la instancia de grado la ilegitimidad o ilegalidad que alega, y ni cómo esta lo perjudica o agravia.

Sostuvo que el juez analizó que la cláusula de rescate resulta legítima y procedente y además, no vulnera la doctrina del fallo Vizzoti.

Señaló además que en tanto las partes consintieron que se declarara la cuestión de puro derecho, analizar y/o intentar rebatir lo que se probó o dejó de probar resulta incorrecto.

En atención a lo expuesto peticionó el rechazo del agravio.

Tratamiento del primer agravio:

Corresponde precisar que en el caso de autos se debate fundamentalmente el incumplimiento de la demandada respecto a la obligación de restitución de lo pagado, con motivo del contrato de suscripción nro. 51479 celebrado entre las partes en fecha 28 de agosto de 2019, habiendo el aquí actor –el día 28 de junio de 2021- rescindido unilateralmente dicho contrato y ejercido el derecho de solicitar el rescate de los

fondos abonados en tal concepto, los que cuantifica en $738.922,58 correspondiente a 22 cuotas de $33.587,39, ascendiendo el reclamo total demandado, junto al daño moral y punitivo, a la suma de $2.205.335,19.

El eje principal de su primer agravio, se centra en el encuadre normativo respecto al cual se rige el contrato suscripto. Cuestiona la aprobación por Resolución IGJ 08-3-2/2000 que aprobó el plan contractual, en tanto dice no fue acreditada, y por otra parte, postula la aplicación de la Resolución IGJ 26/2004 que derogó las anteriores resoluciones en que se basó el contrato, a partir de su dictado. Concretamente se refiere al Decreto 142.277/43. Sobre la base de estos aspectos se agravia por cuanto considera que el juez *a quo* no analizó la evidente ilegitimidad del contrato.

Al respecto, de la lectura del contrato de adhesión adunado a la causa como prueba documental, puede colegirse en primer lugar que los planes comercializados por P. S.A. han sido aprobados por Resolución nro. X. de la Inspección General de Justicia de la Nación.

Por otra parte, la Resolución IGJ 26/2004 deroga a partir de su vigencia, las resoluciones generales dictadas por la Inspección General de Justicia en el ejercicio de las facultades reglamentarias reconocidas por las leyes nros. 11672 —t.o. del año 1999—, 18805 y 22315, por el Decreto n° 142.277/43 y por toda otra norma de habilitación, y se aplicará a los efectos pendientes de los contratos en curso a la fecha de su entrada en vigencia bajo cualquiera de las modalidades contempladas (art. 6).

Ahora bien, es importante destacar que la derogación es aplicable en cuanto tales resoluciones se opongan a las normas que se aprueban, aclarando la citada normativa que en el caso de cuestiones no expresamente previstas, que no fueren susceptibles de ser tratadas aplicando analógicamente las disposiciones o principios de estas normas y que estuvieren reguladas por resoluciones generales no alcanzadas por la derogación establecida en el párrafo anterior, dichas resoluciones se mantendrán en vigor hasta su incorporación formal a las presentes normas.

Vale mencionar que en los propios considerandos de la resolución en debate, se aclara tanto el objetivo como los antecedentes que motivaron la misma, esto último en orden a la profusa actividad reglamentaria desplegada, que motivara la necesidad por parte de la IGJ de sustituir dichas reglamentaciones por un texto único de mayor organicidad; ello, sin perjuicio de la eventual sanción futura de una ley formal sobre la materia.

Además, se aclara que el texto que sustituye a la normativa vigente no incorpora modificaciones sustanciales -se han establecido algunas soluciones especiales y explicitados otras- por lo que se mantiene "inspirado en los fundamentos de aquellas reglamentaciones y en la jurisprudencia administrativa y judicial que acogió en casos particulares las soluciones normativas.

Ahora bien, el contrato de adhesión celebrado entre las partes data de fecha 5 de setiembre de 2019, por lo que a la Res. 26/04 debe agregarse la Res. 8/2015 que reformó integralmente la misma, con el fin de adaptar la

normativa a la jurisprudencia administrativa, realidad económica y prácticas surgidas hasta el momento, así como simplificar algunos trámites.

En efecto, la mentada resolución, dispuso la sustitución de la Resolución General I.G.J. n° 26/2004 y de las resoluciones generales en la materia dictadas a partir de ella en ejercicio de las funciones y atribuciones resultantes de la Ley n° 22315, el Decreto n° 142.277/43 y toda otra disposición legal o reglamentaria que las prevea.

Ahora bien, en lo que aquí respecta, me interesa destacar que esta resolución también dispuso su aplicación a los efectos pendientes de los contratos en curso a la fecha de su entrada en vigencia bajo cualquiera de las modalidades contempladas, agregando que las estipulaciones contractuales que la contravengan se tendrán por no escritas y se aplicarán de pleno derecho las disposiciones de la presente.

Ello implica que la aplicación al caso de la Res. 8/2015 IGJN no determina sin más la invalidez o ilegitimidad del contrato celebrado bajo aquel decreto, a todo evento, debe revisarse la cláusula cuestionada a fin de determinar si la misma se adecua a las nuevas disposiciones vigentes y en el caso que así no resultare, tenerse por no escrita y proceder conforme la normativa vigente aplicando de pleno derecho sus disposiciones.

Tampoco aportará argumento para la pretendida ilegitimidad del contrato, el poner en duda la aprobación de los planes que la Resolución 108/3-22000, ya que, entiendo, dichas resoluciones son dictadas en función de las facultades que le otorgara el decreto de

mención. Por tanto, el planteo resulta un intento por introducir una cuestión que hace al manejo administrativo interno respecto al modo de control de los modelos de contratos por parte de aquel organismo público, cuestión que excede el marco de este proceso. Lo dicho además, sin dejar de mencionar que lo expuesto implica someter a una cuestión de prueba este aspecto, cuando claramente las partes aceptaron la declaración de puro derecho de la cuestión en virtud de lo dispuesto en el art. 363 CPCC, lo que torna improcedente su planteo.

En consecuencia, entiendo que el agravio debe prosperar parcialmente, en tanto debe revisarse el marco normativo aplicable al mismo, específicamente, en cuanto a lo que constituye materia del agravio que paso a tratar a continuación.

Su segundo agravio versa sobre la forma en que se dispuso la restitución de los montos abonados.

Sostuvo que conforme el análisis efectuado en el agravio precedente, el contrato celebrado entre las partes carece de autorización vigente de la IGJ, y le resulta aplicable el art. 4 de la Resolución 26/2004 del órgano de contralor, con más la aplicación de una vez y media la tasa activa del Banco de la Nación Argentina por incumplimiento.

Alegó que por ello le genera agravio lo resuelto por el juez de primera instancia, en tanto importa la devolución del 76% de $705.335,19, sin actualización, hasta la fecha en que se pidió el rescate.

Señaló que el importe de $705.335,19, es comprensivo de 22 cuotas mensuales y consecutivas de $33.587,39, siendo el 1ro. de los montos, atento al

proceso inflacionario, mucho más importante que el último, existiendo una mora de más de un año por parte de la demandada, que tuvo en todo momento en su poder el CBU a efectos de realizar la transferencia, teniendo también la oportunidad de consignar las sumas adeudadas. Puntualizó que, a los efectos de la restitución de los montos abonados, no es lo mismo la actualización de la 1ra cuota abonada en el mes de septiembre de 2019, que la última abonada en el mes de mayo de 2021.

Con fundamento en la manifiesta ilegalidad del contrato de adhesión y la ausencia de autorización esgrimido por P. S.A., afirmó que corresponde se haga lugar a la demanda de manera íntegra, condenando a la demandada a restituir la totalidad de los montos percibidos, actualizados desde el momento en que se abonaran los mismos hasta el de su efectivo pago, con más costas.

Sostuvo que a los efectos de determinar la tasa de interés aplicable, atento al incumplimiento evidenciado por la demandada, corresponde se aplique la tasa de interés que dispone el art. 4 de la Resolución 26/2004, esto es una vez y medio la tasa de interés el Banco de la Nación Argentina por sus depósitos a 30 días.

Dijo que por cuanto el perjuicio de lo decidido afecta de manera directa su derecho constitucional de la propiedad privada hace reserva del caso federal.

Réplica:

En respuesta al planteo, la demandada sostuvo que conforme lo analizara el magistrado de grado la actora tiene derecho a realizar un rescate y cobrar un porcentaje de la reserva de acuerdo a los valores

insertos en el contrato en tanto el monto a restituir no resulta confiscatorio.

Luego dijo que deviene absurdo reclamar intereses desde que cada cuota fue abonada hasta que se produzca la restitución de los fondos por cuanto la obligación de pagar el rescate comienza con la rescisión o baja del contrato por parte del suscriptor. Señaló que de admitirse la pretensión del actor se incurriría en un despropósito apartándose del contrato suscripto por las partes y beneficiando al actor con un enriquecimiento ilícito. Se extendió en explicaciones respecto al procedimiento que debe aplicarse para determinarse el rescate conforme lo decidido.

Agregó por otro lado que en tanto este tipo de planes se conforma en un grupo de A., la pretensión del actor no solo perjudica a la firma sino también a todos los que conforman el grupo.

Por ultimo arguyó que el art. 4 de la Resolución 26/2004 IGJ no establece tasa de interés alguna.

Peticionó el rechazo del agravio.

Tratamiento del agravio:

Al respecto, cabe destacar que el contrato suscripto entre las partes, establece en el art. 3 el procedimiento de cálculo y composición de la cuota, mientras que en su cláusula novena conviene la forma de proceder para el caso que se produzca, como en el *sub examine*, el pedido de rescate de los fondos abonados, por parte del comprador.

Dicha cláusula dispone: “RESCATE: ARTÍCULO NOVENO: Después de transcurrido como mínimo 6 meses y habiéndose integrado el valor de rescate que corresponde en la tabla respectiva a las cuotas. LA SOCIEDAD abonará a El

TITULAR que lo solicite dentro de los 30 días corridos de su pedido el valor de rescate que figura en el cuadro de valores en el dorso del Título en función del número de cuotas que se hayan computado, corresponde al Valor Nominal original. A tal importe se adicionará, si correspondiere, las reservas matemáticas originadas en los endosos de ampliación computando para el cálculo del rescate el número de cuotas pagadas cualquiera fuera su número, en cada uno de los endosos".

Ahora bien, resuelto como fuera el agravio precedente, esta cláusula debe ser evaluada de conformidad la Resolución 8/2015 la cual establece:

"Artículo 61 - Intereses. 61.1. Las entidades administradoras de planes de C. deberán reconocer como interés compensatorio la tasa técnica del plan a todos los títulos caducos que tengan derecho a rescate, desde la fecha del último pago hasta el momento del efectivo reintegro.

"61.2. Si la sociedad pagara los premios o rescates solicitados por el suscriptor fuera de los plazos previstos en el título, deberá adicionarle, por la cantidad de días de duración de la mora, un interés equivalente a una vez y media (1 1/2) la tasa que abone el BANCO DE LA NACION ARGENTINA por sus depósitos a treinta (30) días".

El fondo de utilidades correspondiente a cada suscriptor deberá pagarse conjuntamente con el rescate si no se lo hubiera abonado en una oportunidad anterior.

Dicha cláusula fue evaluada expresamente por el juzgador -a tenor del art. 988 CCC, por remisión a su vez del art. 1117 CCC- concluyendo en que la misma no resulta abusiva. Y he de concluir, que sin perjuicio de

no resultar abusiva, cotejada la cláusula con la normativa, la misma no se compadece en un todo con la aplicación de la norma supra transcripta –que reproduce la del art. 4.1 de la Res. 26/2004- y prevé reconocer como interés compensatorio la tasa técnica del plan a todos los títulos caducos que tengan derecho a rescate, estableciendo además que dicho interés se aplicará "desde la fecha del último pago hasta el momento del efectivo reintegro".

Por otra parte, si bien desliza el quejoso la pretensión del cobro del total abonado, sin deducción alguna, la pretensión no encuentra sustento, en tanto los contratos de esta naturaleza, de C. y A., implican el pago de una cuota, que se compone de distintos elementos, ya que además del valor de la cuota pura, también comprende los que corresponden a gastos de funcionamiento y de administración, debiendo además tenerse en cuenta que el suscriptor comparte un plan con otros ahorristas, por lo que al rescindir el contrato, como sucedió en el caso de autos, deberá someterse a las reglas de funcionamiento previstas para el plan al que pertenece, según el caso. A los efectos normativos, las resoluciones 24/04 y 8/15 no modifican conceptualmente este aspecto, respecto al derogado Dec. 142.277/43, ya que más allá del interés que prevén y deberá reconocerse al actor, la devolución de la reserva matemática se mantiene, no advirtiéndose cambios en este aspecto.

En función de lo expuesto, el agravio prospera, debiendo proceder al reintegro de los montos abonados, de conformidad lo dispuesto en la cláusula novena del contrato, con las modalidades introducidas por el art. 61.1 de la Resolución 8/15 reseñadas en el párrafo

precedente, es decir, reconociendo como interés compensatorio la tasa técnica del plan desde la fecha del último pago hasta el efectivo reintegro. La liquidación conforme lo precedentemente dispuesto, se practicará una vez firme la presente y en etapa de ejecución de sentencia.

En función de lo expuesto, el agravio prospera parcialmente.

Por último, el actor criticó los intereses aplicados a los montos de condena.

Adujo que respecto a los fondos rescatados, lo dispuesto por la sentencia recurrida se contradice con lo normado por la resolución 26/2004, que expresamente dispone que en caso de incumplimiento se deberá aplicar una vez y media la tasa del banco de la nación Argentina.

En cuanto al monto de condena de daño moral y punitivo, sostuvo que la tasa del 6% anual hasta tanto quede firme la sentencia resulta exigua teniendo en cuenta que conforme es de público notorio conocimiento, el 6% es la inflación mensual que atraviesa hoy la Argentina.

Sostuvo que tal circunstancia alienta a la demandada a intentar dilatar en el transcurso del tiempo el presente proceso, intentando con esto que el mismo proceso inflacionario diluya el monto indemnizatorio.

Según su entender, la tasa de interés debe acompañar mínimamente el proceso inflacionario que atraviesa nuestro país, debiendo ser tal actualización no menor al 6% mensual o sea el 72% anual para que el monto no resulte licuado por la inflación, perdiéndose el poder adquisitivo de la moneda.

Réplica:

La contraria señaló en su responde que no debe de admitirse el reclamo del actor respecto de los intereses a aplicar sobre el daño moral y daño punitivo toda vez que se cuantificaron a valores constantes actuales.

Sostuvo que de accederse a la pretensión que el actor incorpora recién en esta instancia se generaría un enriquecimiento ilícito en favor de este y a costa de la firma que fue condenada.

Tratamiento del agravio:

A más de la tasa técnica reconocida como interés compensatorio en la cláusula novena ya tratada en el agravio anterior, el accionante pretende la aplicación del apartado 6.2 supra transcripto.

En efecto, la norma establece la aplicación de un interés moratorio "por la cantidad de días de duración de la mora, un interés equivalente a una vez y media (1 1/2) la tasa que abone el BANCO DE LA NACION ARGENTINA por sus depósitos a treinta (30) días".

Entonces, encontrándose acreditado en autos el incumplimiento de la demandada en cuanto al depósito de los fondos reclamados, este agravio debe prosperar, aunque parcialmente. Me explico.

En efecto, a poco que se analice su agravio, ha de advertirse, que no es la pretendida tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina, la que postula la norma, sino que es la tasa pasiva.

Al respecto, sabido es que la tasa activa es la que las entidades bancarias cobran a sus clientes por los créditos concedidos, mientras que la tasa pasiva es aquella que la entidad abona por las colocaciones dinerarias efectuadas por los ahorristas. La diferencia

entre la tasa activa y la pasiva constituye lo que se llama *spread*, o ganancia.

Ahora bien, el juez *a quo* estableció como interés moratorio la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, tasa que debe modificarse, y aplicar la citada prevista en la Resolución 8/15 en el ya reseñado art. 61.2.

Ergo, su queja en este aspecto prospera parcialmente.

Por otra parte, respecto a los intereses sobre los montos otorgados por los rubros daño moral y punitivo, cabe destacar que han sido fijados por el juez *a quo* a valores actuales, por lo que es adecuada la aplicación de tasa pura hasta la sentencia, en tanto se trata de una tasa que no contiene, como la activa, componente inflacionario. De aplicarse tasa activa, habría una doble imposición y un enriquecimiento del actor, que vería actualizado su valor y además se le aplicaría una tasa que contiene y contempla el componente inflacionario, lo cual deviene improcedente.

El agravio respecto a estos dos rubros –tasa de interés, daño moral y punitivo- no prospera.

b. *Agravio de la demandada*:

La demandada condenada en autos criticó la condena a abonar la suma de $110.250 en concepto de daño moral, por cuanto el juez de grado señaló que dicho importe era equivalente a dos noches en la habitación más cara del hotel L. pero sin exteriorizar como es que arribó a dicho monto colocándolo de ese modo en estado de indefensión, vulnerando el debido proceso.

Infirió, en tanto el juez no expresó qué medio usó para llegar a esa suma, que en realidad dispuso

aproximadamente para el daño moral, un 20% del concepto de rescate ($536.222,58) objeto principal de la sentencia.

Luego refirió haber ingresado al sitio web del L. P. hotel (www.L.-P..com/es), y haber cotejado que el precio de la suite presidencial (habitación más importante de dicho hotel) por noche para los días 6 y 7 de diciembre (2022), asciende a $34.215, y no a$50.125, monto por el cual condena el juez de primera instancia.

En función de lo expuesto, solicitó que se readecue este rubro y que en el peor de los casos se cuantifique la suma equivalente a dos noches a valor real, no al valor que, sin fundamento, le asignó el juez de primer instancia.

Réplica:

La actora en respuesta dijo que la cuantificación del daño moral queda bajo la órbita del prudente arbitrio judicial teniendo el juez amplias facultades a los efectos de su determinación. Expresó que la valoración que realiza es al mero efecto informativo por lo que no existe vulneración de derechos de defensa alguno.

Sostuvo que el juez pudo haber determinado el monto referenciado a su solo arbitrio sin la necesidad de fundamentar su valoración en base al valor de una noche de hotel, siendo esto último meramente informativo.

Argumentó que el magistrado admitió el daño moral, con fundamento en el incumplimiento manifiesto de las obligaciones contractuales de la demandada.

Peticionó el rechazo del agravio.

Tratamiento del agravio sobre daño moral:

Se queja el demandado especialmente por la cuantificación efectuada por el juez *a quo*, con referencia a dos noches en la habitación más cara de un hotel de nuestra ciudad.

Como es sabido, el daño moral o extrapatrimonial, consiste en la lesión de intereses no patrimoniales provocada por el hecho ilícito, lo que a su vez acarrea consecuencias perjudiciales extrapatrimoniales: angustia, dolor, molestias, pérdida de tiempo, empeoramiento de la situación existencial objetivamente apreciable. Pizarro caracteriza al daño moral como una "minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (*cf*. cita Picasso, Sebastián, Saenz, Luis R.J., "Tratado de Derecho de Daños", La Ley, T.I).

Es justamente esa subjetividad la que, en no pocos casos, lleva consigo la dificultosa tarea de ponderar primero su configuración -ya que muchas veces resulta incluso imperceptible al resto o incluso, en algunos casos, al propio dañado- y una vez lograda esta asertividad, proceder a la posterior cuantificación.

Por otra parte, en cuanto a la prueba del mismo, si bien este tipo de daño debe ser probado, ya que el CCC no distingue en materia de daño patrimonial y extrapatrimonial en cuanto a la carga de la prueba, el daño moral no requiere incluso, prueba directa de su

existencia, pudiendo acreditarse en algunos casos por el solo hecho de la acción antijurídica y a través de presunciones judiciales, del cual se desprende ínsito.

En el caso de autos, el daño moral se infiere de los hechos narrados y de los sentimientos que la situación generó en el actor: la intranquilidad y molestias, frustración, etc. por el reclamo no atendido en tiempo y forma por la accionada, habilitan la configuración del daño moral, el cual puede tener distintas graduaciones, dependiendo del caso concreto, pero sin que sean importantes todos los casos por menores que pudieran considerarse, y no cabe duda desde ese aspecto, que debe repararse.

En definitiva, la inquietud espiritual, angustia y espera, pérdida de tiempo generadas al actor por un proceder antijurídico, deben ser objeto de reparación: es la violación de una afección espiritual legítima a la que debe atenderse aquí, y surge de las propias circunstancias que debió atravesar el accionante.

En cuanto a la cuantificación en la que hace expresa su queja, ha de entenderse que en función del art. 1741 CCC el juez debe ponderar las satisfacciones sustitutivas y satisfactorias según las cuales podría entenderse compensado el daño sufrido. Sin embargo, en esta tarea el juez sigue teniendo como en el anterior ordenamiento un amplio margen de ponderación y la mera referencia “sustitutiva” es al solo efecto de tener un parámetro, mas no una pauta taxativa a seguir que pueda discutirse a través del cotejo informativo. Reitero, son parámetros estimativos, más no taxativos, por lo que la información a la que acude el quejoso, antes de tomarse como una corroboración del importe exacto del costo de

hotel, bien sirve para demostrar que el juez *a quo* se manejó dentro de la escala de precios razonable en orden a la satisfacción sustitutiva elegida.

Ergo, el agravio a mi criterio aparece vacío de contenido y no prospera.

En su segundo agravio, criticó la admisión y cuantificación del rubro daño punitivo.

Sostuvo que yerra el juez de grado al concluir que no existe un conflicto entre las partes respecto de la devolución de la suma de $536.222,58, y que la omisión de depósito de dicha suma en autos al momento de comparecer al proceso, configura la conducta desaprensiva a la que hace referencia la doctrina.

Arguyó que contrariamente a lo sostenido, siempre existió un conflicto entre las partes sobre el monto a restituir en concepto de rescate, en tanto el actor peticionó la devolución de las 22 cuotas de forma íntegra, monto que asciende a la suma de $705.335,19; y en las actuaciones y la denuncia hecha por ante la oficina de defensa del consumidor de la ciudad de Comodoro Rivadavia, por las 22 cuotas pretendía la suma de $738.922,58, suma que se refleja en sus cartas documento.

Argumentó que el contrato suscripto entre las partes establece de forma detallada cuál es el valor de rescate por cada mil pesos de valor nominal, incluso al final del contrato se observa un cuadro ejemplificativo y detallado cuota a cuota.

Luego, acusa al magistrado de grado de no haber realizado el análisis de todas las circunstancias que rodean el caso a los efectos de cuantificar la multa civil, por cuanto otorgó al reclamante una suma

equivalente al 50% del valor del rescate (Valor del Rescate = $536.222,58 / Valor del Daño Punitivo = $250.000).

Planteó que si bien es cierto que no restituyó en tiempo y forma las sumas que correspondían, también lo es que el actor siempre reclamó sumas íntegras y totales sin detenerse hacer la ecuación matemática proporcional que reducía su pretensión, reclamando sumas superiores a las que reclamó judicialmente y terminó siendo beneficiado con la suma que el contrato le otorgaba.

Argumentó que no puede ser condenada sin más ya que no se encontraba obligado a pagar sumas superiores a las establecidas por contrato.

Por otro lado, alegó que el producto comercializado no le genera un perjuicio a ninguna de sus contratantes, ni al actor, razón por la cual el juez rechazó el planteo de la actora para con la cláusula de rescate, sentenciando que esta no resulta abusiva.

Agregó a ello que la empresa cumple con toda la normativa y reglamentaciones estipuladas por ley, y tiene fuertes controles por parte de la Inspección General de Justicia, careciendo de sanciones y/o apercibimientos por parte de dicho organismo.

Arguyó que no obró de manera desaprensiva o en contra del actor como el sentenciante entendiera, y sostuvo que el proceso, no solo reconoce como causal inicial su conducta, sino también las pretensiones del actor basadas en su intención de cobrar la totalidad de las cuotas abonadas, con más los daños y perjuicios estipulados en su demanda, dado que desde el primer día puso a disposición el valor del rescate, pero el accionante rechazó dicho monto, y luego se dedicó a

guardar silencio respecto de dicha propuesta, en búsqueda de un cobro total e infundado de su acreencia.

Refirió luego que la SD 35/2022, que invocara el juez en el fallo en nada se vincula con lo resuelto en autos en atención a que no posee otros juicios y/o reclamos que no sean el del actor hoy demandante, no existe registro en la jurisdicción de Comodoro Rivadavia ni en la provincia del Chubut de que la empresa hubiese sido demandada y/o condenada por un incumplimiento como el que aquí se le indaga.

Argumentó que además no existió intencionalidad de engañar al consumidor contratante respecto de los montos de los cuales se ve beneficiado con el pago de 22 cuotas.

Por último, aseveró que la conducta procesal asumida no fue ni dilatoria ni negacionista, ya que desde el primer momento se reconoció una deuda para con el actor, y se consintió la declaración de la cuestión como de puro derecho, en búsqueda de la resolución rápida y expeditiva del conflicto que se tiene o tenía para con la contraparte.

Concluyó que dichas razones justifican el rechazo del daño punitivo.

Subsidiariamente, para el caso que no se admita el agravio peticionó se readecue la cuantificación efectuada de modo que no supere en un 20% de la creencia equivalente del valor de rescate que tiene a su favor el actor, ya que el monto de condena por la suma de $250.000 le genera un perjuicio económico y patrimonial.

Efectuó reserva del caso federal.

Réplica:

En respuesta alegó la parte actora que en tanto el incumplimiento resultó evidente, y no depositó las sumas

en cuenta judicial ni particular contando con el CBU, y tampoco la consignó, corresponde la admisión de la multa condenada y el rechazo del agravio.

Tratamiento del agravio sobre daño punitivo:

En punto a este rubro, se queja el accionado en tanto su cuantificación y condena al pago. Dice que el juez considera por un lado que no existe conflicto entre las partes respecto a la devolución de lo abonado y luego, en base a que no depositó dicha suma en autos al comparecer al proceso, se configuró la conducta desaprensiva que fundamenta la sanción.

Al respecto, los daños punitivos "son 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 destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro Ramón, "Derecho de Daños -Segunda ParteHomenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas", pág. 291).

Sin perjuicio de su denominación, lo cierto es que no es un daño, sino una sanción, previsto en el art 52 bis de la LDC (Ley 24240 modif. por 26361) y de acuerdo a su finalidad se la llama también sanción disuasiva o multa civil disuasiva.

Justamente, a pesar de llamarse "daño", consiste básicamente en una sanción, cuya finalidad es disuasiva, tanto para el agente dañador como para terceros. Para graduarlo se merituará la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, y es independiente de otras indemnizaciones, siendo fijada a favor del reclamante. Para determinar su procedencia, es importante analizar los dos elementos o requisitos característicos de esta

sanción, esto es, elemento objetivo y subjetivo. Este último resulta muchas veces definitorio, en tanto exige algo más que la culpa, es una conducta deliberada, una negligencia grosera, temeraria, un menosprecio por los derechos ajenos cercano a la malicia. A su turno, el elemento objetivo, requiere una conducta grave del dañador.

Delimitado el ámbito de procedencia, entiendo se encuentran reunidos en el caso, los dos elementos configurativos de esta sanción, el objetivo dado por la conducta del accionado, quien no devolvió el dinero adeudado al actor, y el subjetivo, ya que con la excusa que se encontraba a disposición y no tenía contacto, dejó transcurrir el tiempo e incluso motivó la demanda judicial sin que en dicho momento al menos, intentara reparar su incumplimiento, depositando las sumas a la orden de autos, motivando que el Sr. C. se viera privado de disponer su dinero en tiempo y forma, lo cual debe ser sancionado ejemplificadoramente.

En consecuencia, estimo que dicho daño ocasionado amerita, a mi criterio, la procedencia de esta sanción que, como dije, tiene un fin disuasivo para el futuro.

Por otra parte y en cuanto a su cuantía, la fijación del daño punitivo es una facultad del juez, y su fijación en el presente ha sido dentro de la escala que prevé el art. 47 inc. b) de la Ley 24240, que se extiende hasta los $5.000.000, por lo que el agravio deviene inconsistente.

Por lo expuesto, se acogerán parcialmente los agravios de la parte actora en cuanto a la revisión del marco normativo planteada en el primer agravio, aplicación de intereses conforme cómputo y tasa

previstos en el art. 61, 1 y 2 de la Res.8/15, rechazando los restantes. Asimismo, se rechazan los agravios de la demandada.

El acogimiento parcial del agravio, no incide en la readecuación de las costas conforme art. 282 CPr., a cuyo efecto, no alterándose el carácter de vencida de la accionada, se mantendrán a la demandada vencida.

Costas de esta instancia también a la demandada. Regulando los honorarios profesionales de los letrados actuantes, de la actora y de la demandada, en un 26% a la actora y 25% a la demandada, en ambos casos de lo regulado en primera instancia con más la alícuota del IVA si correspondiera. Así lo voto.

A la segunda cuestión, la Dra. Robert dijo:

Propongo la siguiente fórmula postulatoria:

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios de la parte actora en cuanto a la revisión del marco normativo planteada en el primer agravio, aplicación de intereses conforme cómputo y tasa previstos en el art.

61, 1 y 2 de la Res.8/15, rechazando los restantes.

2) Rechazar los agravios de la demandada.

3) Costas de esta instancia a la demandada. Regulando los honorarios profesionales de los letrados actuantes, de la actora y de la demandada, en un 26% para la parte actora y 25% a la demandada, en ambos casos de lo regulado en primera instancia con más la alícuota del IVA si correspondiera.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Los antecedentes del caso, el fallo, el contenido de los memoriales de la demandada y el actor y sus contestaciones han sido reseñados por quien abre el acuerdo, razón por la que no efectuaré reiteraciones

estériles, salvo la enunciación de los agravios a fin de seguir una línea expositiva.

I. *Análisis de los agravios del actor*:

Tres cuestionamientos al decisorio efectúa el actor: **a)** la omisión de análisis de la pretendida ilegitimidad del contrato celebrado entre las partes, que fuera aprobado por Resolución 108-3/2000 que fue derogada por Resolución General IGJ 26/2004 ratificada por la nro. 8/2015 y que en lo que aquí interesa, dispone la aplicación de intereses a los rescates y que resulta inmediatamente aplicable por lo dispuesto en el art. 3 de la mencionada Resolución; **b)** como consecuencia de ello también cuestiona la forma de restitución de los montos abonados dispuesta por el juez *a quo* y *c)* los intereses dispuestos para las multas condenada.

Los dos primeras objeciones (a y b) conviene abordarlas conjuntamente pues tratan sobre la aplicación de la normativa vigente.

El actor, desde su demanda pretendió se declare la abusividad e ineficacia de la cláusula novena, requiriendo que se condene a la denunciada, al pago íntegro de las sumas reclamadas con más la actualización desde el 28/6/2021 en que intimó a la devolución de los importes.

Pretendió también que el plan de A. que sucribió resultaba contrario a la normativa vigente al momento de su realización, con fundamento en la aplicación de la normativa vigente a la firma contrato. Señaló que el contrato que suscribió fue aprobado por Resolución 108-3/2000 del 1/4/1991 anterior a la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor y de la Resol. IGJ 26/2004 que deroga todas las resoluciones generales dictadas por la

IGJ en cuanto se opongan a las normas que se aprueban y en el particular, la aplicación de esa nueva resolución resulta relevante en cuanto a la forma de devolución de las cuotas abonadas.

En oportunidad de la demanda dijo que no devenían aplicables las normas abusivas y contrarias a derecho respecto a la devolución de las cuotas debiendo la accionada restituir la totalidad de los montos percibidos actualizados, pero variando su postura inicial solicitando desde que fueron abonados (no desde que fue solicitada su restitución) hasta su efectivo pago y a la tasa de interés activa del Banco del Chubut.

El juez resaltó que de acuerdo a la información obtenida en la pagina web que cita, la demandada se encuentra actualmente registrada por ante la IGJ de la Capital Federal para actuar como "sociedad de C." y de allí concluyó que tal autoridad es la que ejerce el control administrativo sobre los modelos de contrato que son ofrecidos a los consumidores.

Sin embargo el apelante entiende, que ha omitido el tratamiento de su planteo.

Lo cierto que es que ambas partes consintieron en que la cuestión sea declarada de puro derecho, con lo cual no se produjo la prueba informativa ofrecida por la demanda a la IGJ de la Ciudad de Bs. As. para que informe si el plan del caso se encuentra aprobado por ese organismo.

Y es cierto que la Resolución 26/2004 derogó todas las resoluciones generales dictadas por la IGJ en el ejercicio de las facultades reglamentarias reconocidas por las leyes nro. 11672 t.o. del año 1999, 18805 y 22315, por el Decreto nro. 142.277/43 y **toda otra norma**

de habilitación que se opongan a las normas que se aprueban.

El art. 6 contiene una norma de carácter transitorio en cuanto dispone que la resolución se aplicará a los efectos pendientes de los contratos en curso a la fecha de su entrada en vigencia (1/1/2005) y que "las estipulaciones contractuales que la contravengan se tendrán por no escritas y se aplicarán de pleno derecho las disposiciones de la presente".

Idénticas previsiones al respecto contiene la Resolución 8/2015 que incorpora al Capítulo VI, la posibilidad de invertir en fideicomisos financieros y/o de administración y garantía una parte marginal de los fondos, en cheques de pago diferido avalados por sociedades de Garantía Recíproca creada por Ley 24467 autorizados para su cotización pública y en obligaciones negociables o debentures de empresas autorizadas por la Comisión Nacional De Valores. De allí que poca incidencia tiene esta última en relación a la omisión que denuncia.

El presente contrato fue suscripto en agosto de 2019, no ha quedado demostrado ni surge de las resoluciones que invoca el recurrente que el mismo contenga estipulaciones contractuales que contravengan las normas sobre Sistemas de C. y A. P. F. D. en el Anexo A Capitulo VI de la Resolución 26/2004 modificada por la 5/2018 para concluir en la ilegitimidad del contrato.

Y digo ello porque a pesar del invocado art. 4 del Capítulo VI del Anexo A o Capítulo VI art. 61 de las resoluciones en tratamiento, en relación a intereses, disponen de manera idéntica que las administradoras

deberán reconocer como interés compensatorio la tasa técnica del plan a los títulos que tengan derecho a rescate desde la fecha del último pago hasta el efectivo reintegro y un interés moratorio equivalente a una vez y media la tasa que abone el BNA por sus depósitos a 30 días (tasa pasiva) que deberá adicionarse cuando la sociedad no abone los rescates en término (fuera de los 30 días de efectuado el pedido). En lo restante no implican modificaciones.

Ello se corrobora además de los propios considerandos que llevaron al dictado de la Resolución 26/2004 y la 8/2015 surge que, en el tema que nos ocupa, las mismas no incorporan modificaciones sustanciales, "por lo que cabe reconocer que se mantiene inspirado en los fundamentos de aquellas reglamentaciones y en la jurisprudencia administrativa y judicial que acogió en casos particulares soluciones normativas", luego agrega que se establecieron soluciones especiales en cuestiones ajenas a la presente discusión (ver los párrafos 10mo. y 11vo. de los considerandos de la resolución) y que "se ha considerado apropiado introducir algún mayor grado de explicitación a fin de ofrecer mayor claridad y precisión y favorecer un más amplio panorama de ponderación de las respectivas situaciones, tal como acontece en cuanto a los requisitos de autorización de los planes de A. con especial atención a la información necesaria para la evaluación de antecedentes de idoneidad y responsabilidad, régimen de sanciones, balances técnicos e informes de auditoria.

De allí que en una interpretación integral de la nueva normativa que el recurrente pretende se le aplique, no se advierte y no demostró que existan normas

de la Resolución aprobatoria del plan que suscribió que se opongan a las aprobadas por la nueva Resolución 26/2004 para decir de la ilegitimidad del contrato.

La cláusula 9na. analizada por el juez *a quo* tampoco demuestra abusividad extremo que no es objeto de crítica concreta y razonada en esta alzada, más allá de las cíclicas expresiones del recurrente sin demostración concreta alguna en cuanto a la devolución.

El contrato suscripto por el aquí actor define al rescate como el derecho que tiene el titular a cobrar un porcentaje de su reserva matemática de acuerdo con el cuadro de valores inserto en el título.

Las reservas matemáticas por su parte, están constituidas con las cuotas de A. mensuales abonadas por el titular capitalizadas por mes a la tasa del 0,37888% mensual.

También define a la cuota de A. y sorteo mensual como aquella con la que se constituye la reserva matemática del suscriptor y equivale al 13,81%. La misma junto con el porcentaje de la carga administrativa (2,76%) constituye la cuota comercial. Se infiere que el resto es el capital de A. (16,57%) todo ello del valor nominal del titulo.

Quiere decir que conforme los términos del contrato, el rescate anticipado a la finalización del plan nunca puede ser del 100% de lo abonado. Y por otro lado la tasa técnica (0,37886%) mensual es la que se aplica para determinar la reserva matemática. Y El haber que le corresponde se determina de acuerdo a la tabla de rescate inserta en el título.

La tasa técnica cuya aplicación solicita está contemplada hasta el momento que solicita el rescate.

Ahora bien, las resoluciones que emanan de la Inspección General de Justicia en los términos del art. 9, inc. f , de la Ley 22315, así como, en general, todas las resoluciones que ese organismo dicta en el marco de su incumbencia, constituyen reglamentos administrativos que, consiguientemente, no pueden tener eficacia retroactiva, ya que solo la ley puede tener, excepcionalmente, carácter retroactivo. Es que los reglamentos administrativos solo disponen para el futuro (*cf*. Marienhoff, M., "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1977, t. I, ps. 270/271, n° 71; Diez, M., "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1974, t. I, p. 344).

Así las cosas, y como ocurre con relación a todo reglamento administrativo, corresponde estar a lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil en cuanto autoriza la aplicación "inmediata" de la norma "nueva", lo cual significa que esta última rige: 1) las nuevas situaciones o relaciones jurídicas que se creen a partir de su vigencia; 2) las consecuencias que se produzcan en el futuro, de relaciones o situaciones jurídicas ya existentes al momento de su vigencia. En esos casos, no hay retroactividad, ya que la nueva norma solo afecta a las consecuencias que se produzcan en el futuro (*cf*. Cassagne, J., "El acto administrativo", Buenos Aires, 1978, p. 363, texto y nota n° 789; Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil y normas complementarias - análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 1995, t. I, ps. 10/11). El art. 3 de la Resolución General n° 26/04 (vigente desde el 1.1.05) derogó expresamente todas las resoluciones generales y normas de habilitación en cuanto se opongan a lo allí dispuesto, y el art. 6

estableció: "La presente resolución se aplicará a los efectos pendientes de los contratos en curso a la fecha de su entrada en vigencia", agregando que "las estipulaciones contractuales que la contravengan se tendrán por no escritas y se aplicarán de pleno derecho las disposiciones de la presente".

En el caso es evidente que al momento de formalizar el contrato esta norma ya estaba vigente y debió seguir sus lineamientos en lo que modificó (*cf*. Cam.Nac. Apel.Com., Sala D "Majors S.A. c/ Plan Rombo S.A. de A. para F. D. s/ ordinario", 30/11/2011, cita: MJ-JU-M-70705-AR-MJJ70705-MJJ70705).

Ello indica que a la suma determinada por el rescate según en la cláusula 9na. corresponderá adicionarse el cálculo de intereses según el sistema establecido en el art. 61 la citada Resolución General 8/2015 que replica el art. 4 de la 26/2004, a las tasas y desde las fechas allí dispuestas.

No dejo de advertir que el recurrente solicita que se actualicen las cuotas desde que fueron pagadas, extremo que no surge del contrato suscripto ni de la Resolución que ahora invoca como de aplicación que expresamente señala "desde la fecha del último pago"

Idéntica consideración le cabe en cuanto a aplicación del art. 4 del Cap. VI del Anexo A (ídem art. 61 Resol. 8/2015) que por disponer la aplicación de intereses moratorios los mismos deben ser aplicados desde la mora en que incurra la sociedad en pagar el rescate a partir de los 30 días de haber solicitado el rescate. Así fue decidido por el juez *a quo*.

Por último y dentro del segundo agravio, el actor pretende que se aplique una tasa de interés que no es la prevista por la norma cuya aplicación

contradictoriamente solicita. Pues la norma es clara en determinar una vez y media la tasa que abona el BNA por sus depósitos a treinta días, no es lo mismo que una vez y media la tasa activa como señala en el acápite IV.2 *in fine* de su presentación ID 903130.

Señalado todo lo anterior, entiendo que el agravio, pese a sus contradicciones, debe admitirse parcialmente, el cálculo dispuesto, por su especificidad, deberá efectuarlo un perito contador que deberá ser designado al efecto en la etapa de ejecución de sentencia.

c) En relación a la tercera queja, resuelta como quedó en relación a los montos ordenados a restituir, resta abordar la queja respecto a la tasa pura del 6% que el juez ordenó aplicar al daño extrapatrimonial y al daño punitivo desde la fecha de mora, hasta que la sentencia quede firme.

La crítica radica en que la tasa pura dispuesta es exigua en relación a la inflación mensual que atraviesa el país, postulando que tal tasa sea mensual.

Equivoca el enfoque el recurrente al criticar la tasa pura desde el punto de vista de la inflación, pues efectuada la cuantificación a valor actual, está fuera de discusión que el índice inflacionario ya ha sido considerado al fijar la indemnización Rechazo el agravio.

II. *Agravios del demandado*:

Dos cuestionamientos efectúa la demandada:

a) La cuantificación del daño extrapatrimonial efectuada por el juez *a quo*. Señala que no explicó el juez las razones por las que escogió el parámetro de dos noches de hotel y que las mismas, consultadas en el

sitio web del hotel elegido no tienen el valor indicado por el juez *a quo*.

En primer término hay que señalar que el juez tras advertir que el actor omitió indicar pauta objetiva alguna para reclamar por el concepto la suma de $500.000, e invocando las facultades del art. 167 del CPr., determinó el rubro en la suma de $110.250 que resulta equivalente a dos noches en la habitación mas cara del hotel L. de esta ciudad.

Es cierto que no explicó como accedió al precio, pero ello, en el caso, no se constituye en motivo suficiente, para reducirlo.

Explico por qué.

La norma del art. 167 invocada por el juez *a quo*, es clara en cuanto refiere como requisito ineludible para su aplicación la prueba de existencia del daño como presupuesto de la responsabilidad civil y uno de los extremos que ineludiblemente debe probar la parte actora, pues no hay posibilidad de condena sin perjuicio. Extremo que esta fuera de discusión.

Probado el daño, la reparación es la consecuencia inherente a la producción indebida de un daño, siendo la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso la directiva esencial en el derecho de daños.

Tal facultad que deriva del deber de resolver que la ley impone al magistrado (arts. 3 CCCN - 15 y 16 del CCiv.), en el caso, permite dar finiquito al conflicto de acuerdo con la axiologia final del proceso y específicamente del proceso de daños.

Frente a tal situación, el juez puede y debe, aunque no medie prueba directa, establecer su cuantía, sin que

ello signifique el uso arbitrario de tal facultad, sino que la estimación debe estar basada en su experiencia general para casos análogos, en datos que surjan de las mismas variables de otras sentencias, en intentar darle a la victima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido sin olvidar que aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación puede procurar algunas satisfacciones de orden moral que pueden reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido.

Y entiendo que en el caso tales parámetros han sido respetados.

Es que debe tenerse en cuenta que el *quantum* de este daño, más que ningún otro queda librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, porque no existen parámetros de absoluta validez que permitan fijar una suma compensatoria sin margen de error.

En el caso, la suma otorgada al momento de la sentencia no luce arbitraria, ni irrazonable, tampoco excesiva teniendo en cuenta el daño efectivamente sufrido, la falta de bases objetivas ofrecidas por las partes adunado a que la crítica no demuestra la falta de razonabilidad del parámetro utilizado ni ofreció ningún otro parámetro. La mera disconformidad con el criterio utilizado no puede constituirse en un agravio hábil para revisar lo dispuesto.

El parámetro elegido, da una pauta objetiva de referencia a la cuantificación que permite descartar la arbitrariedad.

Por último la suma otorgada por el concepto, es por demás prudente teniendo en cuenta el padecimiento que el obrar de la demandada le produjo.

A todo evento dejo constancia que siguiendo el consejo del recurrente, he accedido a la página www.b..com/share-E5mN1m y consultada la suite presidencial para una noche -el día 5/5/2023- dos personas con desayuno incluido, arroja un costo de U$S 257 con más U$S 54 de impuestos y recargos. Y aclaro que la pagina web del hotel L. remite a un número de Whatapps para la reserva.

Por tales consideraciones rechazo el agravio.

b) El segundo agravio de la demandada esta constituido por la cuantificación del daño punitivo que considera en el 50% del valor del rescate otorgado. Entiende que para la fijación debe ponderarse que no restituyó las sumas que correspondían porque el actor reclamó sumas íntegras, que en ningún momento obró de forma desaprensiva, ni la cláusula fue considerada abusiva; por último, que no tiene antecedentes. Al finalizar su postulación recursiva entiende que no es procedente el daño punitivo.

He señalado en anteriores oportunidades (SD "C" 44/19) en relación a la procedencia que "se trata de una figura excepcional, mediante la cual se pretende sancionar a quienes obran con una absoluta despreocupación respecto de los derechos a terceros, a sabiendas de que el producto o la determinada actividad que comercializan causarán daños, es decir, cuando se sabe de antemano que la reparación de daños resultará más económica que reacomodar el producto, haciéndolo más seguro para su venta...". No basta el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, sino que la institución de las penas privadas propende al establecimiento de un derecho más

igualitario y justo, y por ende, el reproche a la conducta del agente que causa el daño mediante transgresiones groseras o una conducta desaprensiva, se introduce en un carril subjetivo que tiñe la figura en forma particular.

Y que los daños punitivos, han sido caracterizados como aquellos que se otorgan para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentarlo en el futuro, como un plus que se concede al interesado que excede el monto de la indemnización que corresponde, según la naturaleza y el alcance de los daños, es decir con un propósito netamente sancionatorio (*cf*. Picasso, Vázquez Ferreyra, "Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada", Tomo I, ed. La Ley, junio de 1999).

La configuración de los daños punitivos requiere de dos requisitos uno subjetivo y otro objetivo.

El elemento subjetivo exige algo más que la culpa y debe concurrir una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; es decir si se trata de "una subjetividad agravada en la conducta del sujeto pasivo (dolo o culpa grave)" y "proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasunten menosprecio" por los derechos ajenos.

En este contexto, el proveedor solo puede exculparse en la medida que demuestre la "inexistencia de desaprensión". El diccionario de la Real Academia Española, contempla como significado de "desaprensión" = "falta de aprensión o miramiento" (SD "C" 56/22 y 44/19).

El elemento subjetivo, refiere que además de la antijuridicidad de la conducta, debe comprobarse que ha existido un propósito deliberado de obtener un rédito, con total desprecio al usuario; o que el hecho haya sido extremadamente injusto, y con una total ignorancia de la integridad o dignidad humana (Brun, C., "Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", DJ 2008-II).

Respecto de la calificación de la conducta típica, la Dra. Zavala de González señala que es aquella que se presenta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferente hacia el prójimo, con desidia, con abuso de una posición de privilegio (con cita de Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. y K, Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Responsabilidad por daños en el tercer milenio" ed. A.edo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 188).

De allí que no cualquier incumplimiento debería motivar la multa civil del art. 52 bis, sino que se habla de "graves inconductas" (SD "C" 41/22 con cita de Pizarro, Ramón D. "Daños punitivos" en "Derecho de Daños", Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas, Segunda parte, Buenos aires, La Rocca X., pág. 303).

En el caso, la gravedad de la conducta de la demandada fue detallada por el sentenciante quien, para la determinación de su monto, tuvo en cuenta que en relación a la suma de $536.222,58 no hubo conflicto.

Bien entendido ello significa que aun cuando el actor reclamara un monto superior, el reconocimiento por

parte de la demandada significa que hasta ese limite no hubo conflicto.

Sin embargo y ante el reclamo extrajudicial, P. no abonó tal suma bajo la excusa de que el titular nunca informó número de cuenta bancaria alguna, con fundamento en otra razón inadmisible a estas alturas del desarrollo del régimen tuitivo del consumidor, cual es que el contrato establece que la entrega de sumas de dinero se entregaran en el domicilio de la Sociedad. Obligó por tanto al reclamo extrajudicial, y en los presentes y aun cuando reconoció el rescate por esa suma y ser advertido que en la propia documental que acompañó en la demanda contaba con el CBU del actor, tampoco consignó ni depositó la misma.

Todo ello lo dijo el sentenciante e implicó una omisión al deber de información y de trato digno al consumidor en los términos del art. 8 bis de la Ley 24240, cuyo texto da expresa cabida a la aplicación de la multa civil establecida en el art. 52 bis.

Tal desaprensión por los intereses y derechos del actor, se agudiza mas aun si se tiene en cuenta que la actividad propia de la demandada implica el requerimiento público de dinero con las promesas de futuras contraprestaciones, sea la adjudicación y entrega de bienes y servicios.

Y ello no se desvirtua por la razón que la cláusula no haya sido anulada y tampoco por la actitud reconociente de la demandada. Los derechos se ejercen, las obligaciones se cumplen y poner a disposición una suma de dinero en la ciudad de Buenos Aires, es poco menos que una burla a los derechos del consumidor que reclama, mucho más cuando la oferta fue efectuada en

esta ciudad, el contrato fue suscripto en esta ciudad y los pagos se efectuaron por transferencias realizadas en esta ciudad.

Luego, también he de puntualizar que la finalidad de la admisión de una sanción de derecho privado está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y al desmantelamiento de los efectos de los actos ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (*cf*. Stiglitz Rubén S. y Pizarro Ramón D., "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", La Ley 2009-B-p. 949 y ss., especialmente p. 956).

En este expediente, se ha evidenciado -como dije- la conducta abusiva de P. S.A. quien teniendo a su alcance los medios para efectuar el rescate aun en la extensión que a su juicio correspondía -sin perjuicio de la validez o no de la misma- persistió y persiste en la actitud, obligando al consumidor a iniciar el reclamo judicial para obtener el reconocimiento de sus derechos.

Debe aclarase que en casos como el presente, la "gravedad del hecho" no se dimensiona mirando solamente el perjuicio causado al accionante, sino multiplicando el mismo por los miles de suscriptores que captan las 18 agencias que tiene la demandada en el país conforme surge de la pagina web www.P..com.ar/agencias.php.

Por ello, creo que, en el caso, la multa aplicada es pertinente y adecuada al objetivo "sancionador" y "disuasivo" propio del instituto.

Rechazo el agravio. III.

Costas y honorarios:

Atento a la solución que se propone, aun cuando modificatoria de la de primera instancia, al no variar la calidad de vencida de la demandada corresponde mantener la imposición de costas efectuada en la primera instancia.

Las costas de esta instancia por el principio general de la derrota también serán impuestas a la demandada vencida.

Los honorarios correspondientes a la labor desarrollada en la primera instancia, los mantendré conforme fueron regulados por el sentenciante por estar de acuerdo las pautas de los arts. 5 a 9 de la Ley XIII-4 DJPCh.

Los de esta instancia se fijarán de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 5 de la ley de aranceles vigente y en un todo de acuerdo con la escala arancelaria prevista en el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, corresponde sean D. los del Dr. F. F. L. en el 26% y los del Dr. H. A. S. en el 25%, en todos los casos porcentajes a calcular sobre los que les corresponden por su actuación en la instancia de grado.

En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia Definitiva nro. 41/22.

2) Modificar la sentencia venida en crisis, disponiendo que al monto de rescate de $536.222,58 se le apliquen los intereses compensatorios y moratorios

que dispone el art. 61 de la Resolución General IGJ 8/2015, cuyo cálculo deberá efectuarse en la etapa de ejecución de sentencia por perito designado a tal fin.

3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

4) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada.

5) Regular los honorarios profesionales en la forma propuesta.

En este estado y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh y Ley V-174, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Fernando Nahuelanca no emite su voto.

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia nro. 41/22 de fecha 17 de noviembre de 2022.

2) Modificar la sentencia venida en crisis, disponiendo que al monto de rescate de quinientos treinta y seis mil doscientos veintidós pesos con cincuenta y ocho centavos ($536.222,58) se le apliquen los intereses compensatorios y moratorios que dispone el art. 61 de la Resolución General IGJ 8/2015, cuyo cálculo deberá efectuarse en la etapa de ejecución de sentencia por perito designado a tal fin.

3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

4) Mantener la imposición de costas y la regulación de honorarios dispuestas en primera instancia.

5) Imponer las costas de la alzada a la demandada.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. F. F. L. en el veintiséis por ciento (26%) y al Dr. H. A. S. 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.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 31 DEL AÑO 2023
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"