En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los catorce días del mes de febrero del año dos mil veinticinco, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia del Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y asistencia del primer vocal Dr. M. Horacio Pis Diez y de la segunda vocal Dra. María Fernanda Zanatta (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: **"O., R. D. c/ V. SA D. A. P. F. D. s/ SUMARÍSIMO"**, **expte. nro. 811/24**, venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero Civil y Comercial - Secretaría nro. 1 (expte. nro. 380/23), y atento al resultado del sorteo de fecha 11 de diciembre de 2024 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dr. M. Horacio Pis Diez y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 137/24 de fecha 5 de septiembre de 2024? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento en virtud de los recursos de apelación que interpusieran la parte actora (ID 1643669, agravios ID 1649910) y la demandada (ID 1632462, agravios ID 1647591), en contra de la SD n° 137/2024. Corridos los respectivos traslados, la actora dio respuesta al agravio de la contraria (ID 1660744) y la demandada a su vez al de la actora (ID 1659128).

I. *Antecedentes*:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el Sr. R. D. O. promovió demanda en contra de V. S.A. de A. F. D. por la suma de $4.363.326,17, en concepto de daño moral, la imposición de multa civil y por el cumplimiento previsto en el art. 13 del contrato, ello más intereses y costas. Planteó la inconstitucionalidad de los arts. 7, 8 y 10 de la Ley de Convertibilidad. Relató los hechos en que sostuvo su pretensión. Fundó en derecho y ofreció prueba. En tiempo oportuno compareció la firma V. S.A. de A. F. D. a contestar demanda, peticionando su rechazo con costas. Controvirtió los hechos alegados por la contraria y expuso los hechos según su versión. Se opuso a la procedencia de las partidas indemnizatorias reclamadas argumentando al efecto. Fundó en derecho. Ofreció prueba. Finalmente peticionó.

Los demás antecedentes de autos han sido debidamente reseñados en la sentencia de grado, por lo que a los mismos me remito y tengo presentes a la hora de resolver.

Allí se dispuso hacer lugar a la demanda entablada por el Sr. R. D. O. y se condenó a V. S.A. de A. F. D. a abonarle en el plazo de diez días la suma de $1.367.599,32, más intereses, adicionando la capitalización dispuesta en el art. 770 inc. b) del CCCN hasta el día de la notificación del traslado de la demanda. Se impusieron las costas a la demandada vencida y se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes.

Contra el decisorio se alzó la parte actora cuestionando el rechazo del daño punitivo y la suma determinada por

el rubro daño moral y su actualización. La demandada, por su parte, critica la sentencia por el monto de la devolución de los montos abonados por el actor, por la procedencia y los intereses dispuestos por el rubro daño moral, y por las costas impuestas en el fallo.

II. *Agravios*.

a) *Agravios del actor – Sr. R. D. O.*:

Bien, como antes señalé, de resultas de lo decidido en la sentencia de grado el actor critica en primer término el rechazo del rubro daño punitivo.

Indica que el juez rechazó la petición de daño moral, minimizando el reclamo y la actitud de la demandada, sin valorar todos los hechos relativos al reclamo, desde que se dio inició, hasta la sentencia.

Destaca que existen antecedentes donde se ha condenado a la demandada a daños punitivos por hechos idénticos, básicamente, no devolver el dinero pagado por los consumidores al finalizar el plan de auto ahorro e ignorar, con grave indiferencia, los reclamos y derechos del actor. A sus efectos cita la SD 20/2023 de esta Cámara donde se afirma tal tesitura.

Manifiesta que el juez de grado, al rechazar el rubro no ha ponderado las reincidencias de la demandada. A sus efectos trae a colación la causa caratulada: "Q., R. del V. c/V. S.A. de Ahorro para Fines Determinados s/ SUMARÍSIMO", expte. 253/2023 en trámite ante esta Cámara de Apelaciones.

Expone que las reincidencias debían ser valoradas, junto con el tamaño de la empresa para imponer una sanción seria y fundada, que pudiera trazar el camino a la firma para evaluar su conducta pasada y evitar actuar de forma recalcitrante con sus consumidores. Máxime,

cuando una sanción en la jurisdicción no ha sido suficiente disuasión y sanción, porque en el precedente se impuso el monto de $600.000, que no ha conmovido a la empresa.

Expone que el magistrado debió tener en cuenta el dolo en el incumplimiento, pese a los cuatro reclamos del actor, por todos los medios disponibles, por lo que afirma que no cabe más que concluir que el menosprecio hacia el Sr. O. fue intencional y, por ello, amerita mayor castigo.

Solicita que impongan daños punitivos y que se eleve la sanción que impuso en el precedente "Q.", considerando no solo el monto de $300.000 a valores nominales, sino a valores reales, llegando a una sanción actualizada.

Por último, se agravia por la indemnización establecida por el daño moral y su correspondiente actualización.

Manifiesta que el juez *a quo* estableció la indemnización del daño moral en la suma de $862.799, suma que es insuficiente para paliar el daño sufrido, ya que se trata solamente de una prestación parcial que por sí sola no da satisfacción, puesto que nadie disfruta de un vuelo, sino de un período vacacional.

Sostiene que no existe proporción entre el daño y el medio económico (pasaje) considerado para hacer de puente entre el daño extrapatrimonial y la reparación determinada en dinero.

Solicita que se revoque la sentencia, considerando los demás bienes que hacen a la satisfacción de la persona en materia de turismo: hoteles y viáticos.

Peticiona de igual forma que dicho rubro sea actualizado al momento de la sentencia de esta Cámara, debido a que la tasa de mora no es suficiente paliativo para el atraso entre la sentencia de primera instancia y el momento del pago. Ello, en virtud de que la indemnización quedará en un tercio del valor de la prestación, lo que desnaturaliza a la obligación de valor y el derecho a la reparación integral, conforme la realidad económica y el contexto inflacionario existente.

b) *Agravios de la demandada –V. S.A. de A. F. D.*:

La parte demandada se agravia en virtud del análisis parcial efectuado en la sentencia de los elementos incorporados en autos y de su correlación con los términos contractuales. Dice que la misma concluye sin fundamento fáctico y/o jurídico alguno, lo que torna la sentencia atacada manifiestamente arbitraria.

Argumenta que el juez de grado da por sentado que el actor abonó más cuotas de las que efectivamente probó. En función de ello, manifiesta que el cálculo realizado por dicha sociedad ha sido correcto, todo lo cual ha sido obviado al momento de sentenciar.

Destaca que el fallo desconoce los efectos derivados del contrato de ahorro, otorgando una restitución de intereses totalmente arbitraria y como gentileza hacia el accionante. Ello, toda vez que existe una disposición convencional en contrario, por un lado la normativa de IGJ y por otro las condiciones generales, toda vez que el mismo contrato aclara la forma y el momento en que se efectuara la devolución de los montos abonados por el actor. En virtud de ello,

solicita que la condena de restitución de este rubro sea revocada.

En segundo término, se agravia respecto del otorgamiento de indemnizaciones en virtud del daño moral, atento a que no obran en autos acreditaciones referentes a que el mismo sea procedente.

Con base en ello, destaca que la sentencia deviene arbitraria, por resultar deficiente su fundamentación con respecto a ese rubro, lo que afecta su derecho de defensa en juicio.

Manifiesta que no solo se queja porque el fallo otorga una suma elevada, pues la parte actora no cuantifica el mismo, sino que también porque no existe prueba alguna que permita inferir la procedencia del presente rubro. Cita doctrina y jurisprudencia a sus efectos.

Asevera que el daño moral solo procede excepcionalmente.

Afirma que la inactividad procesal de la contraria no puede ser suplida con el pronunciamiento del juez *a quo*.

Indica que el magistrado presupone, puesto que no hay ninguna constancia de autos a la cual pueda referirse para justificar la procedencia del rubro, lo cual agravia notablemente a dicha parte.

Destaca que en el contexto indicado, la parte actora debió acreditar en autos no solo la existencia del supuesto hecho dañoso, sino también la existencia de un daño concreto, lo fehaciente del perjuicio que dijo haber sufrido y, por último, el nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento, requiriéndose para ello prueba propia y directa. Manifiesta que ello se

desprende la virtualidad jurídica que tiene la prueba del daño para la admisión judicial del resarcimiento.

Asimismo, se agravia por la aplicación de intereses sobre la indemnización concedida en concepto de daño moral, como de la tasa de interés que se ordenó aplicar.

Afirma que la aplicación de intereses sobre la indemnización concedida, es contraria a derecho, ya que el daño moral supuestamente padecido por la parte no se incrementa ni actualiza con el tiempo, y el magistrado fijó la cuantía del rubro a precios actualizados.

Solicita se haga lugar al agravio y se revoque la sentencia en cuanto a la indemnización por daño moral, debido a que no se encuentran acreditadas en autos las secuelas gravosas derivadas del incumplimiento, y fueran establecida en base a un criterio meramente hipotético y fijado su monto en una base antojadiza, por ello resulta arbitrario.

Por último, la demandada se agravia por las costas impuestas. Solicita que en ambas instancias sean impuestas a la contraria, consecuentemente con la revocación del fallo en lo que fuera materia de agravios.

c) *Réplica de los agravios por parte de la demandada - V. S.A. de A. para F. D.*:

En forma subsidiaria da respuesta a los agravios de la contraria, contraponiendo los fundamentos de la apelante, considerando ajustado a derecho los fundamentos del fallo de primera instancia, solicitando se rechace en su totalidad el recurso interpuesto por la actora.

d) *Réplica de los agravios por parte del actor- Sr. R. D. O.*:

La parte actora da respuesta a los agravios, contraponiendo los fundamentos de la apelante.

Respecto al primer agravio, expresa que debe ser rechazado, dado que ha presentado comprobantes de los pagos, documentos agregados al expediente tramitado ante la Oficina de Defensa del Consumidor, sumado a que se realizó un pericia contable y, el demandado carga con el art. 53 de la LDC que establece el deber de aportar toda la documentación en su poder para dilucidar el caso, y ello no ha sido respetado, por lo que le pesa una presunción en contra que no ha podido desvirtuar y que favorece al consumidor.

Respecto del segundo agravio, sostiene conforme fuera expresado por dicha parte el daño moral debe ser elevado, criterio que ya ha sido reconocido en la jurisdicción en autos: "Q., R. del V. c/ V. S.A. D. A. P. F. D. s/ SUMARÍSIMO", expte. n° 10036/2020, SD 40/2023 de esta Cámara de Apelaciones.

Destaca de igual forma la valoración de la producción de la prueba pericial psicológica, producida en autos, la cual que acredita el daño.

En respuesta al último agravio, manifiesta que es improcedente, porque el pedido contraría el régimen de beneficio de litigar sin gastos del derecho de consumo local, a tenor de la Ley VII - n° 22 (Antes Ley 4219), art. 11, por lo cual solicita su rechazo.

III. *Análisis de los agravios. Solución*:

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos 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).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia,* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED, 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED, 212-107).

Así, en la solución y ante todo, habiendo efectuado el estudio del contenido de los recursos interpuesto por ambas partes litigantes, entiendo que corresponde liminarmente pronunciarme acerca de si las expresiones de agravios cumplen los recaudos establecidos por el ordenamiento ritual, ello a tenor de la letra del artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial (texto según Ley XIII N° 5) el que dispone: "El escrito de expresión de agravios debe contener la crítica

concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas…".

Y cierto es que tal exigencia en relación con el contenido de las pretendidas impugnaciones del fallo venido en apelación no es caprichosa o importa un simple formalismo sino que "requiere un análisis serio que demuestre, de manera apropiada, que aquél es erróneo o contrario a derecho, y a tal fin se debe indicar las deficiencias atribuidas al fallo" (*cf.* Fassi Yáñez, "Código Procesal Civil y Comercial", t. 2, p. 483; Cámara Apel. Civ. Com. Fed., Sala II, causa 7628/99 del 26-4-00).

Agrego desde esta óptica que la doctrina entiende que "el ataque en la expresión de agravios va a variar si se pretende ir por vía de apelación o por vía de nulidad. En la vía de apelación (impugnación por errores *in iudicando*), la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos ha sido errada (tanto porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, porque es incompleta, porque se han omitido considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es incorrecta (ya sea porque no son de aplicación las normas previstas o el alcance es distintos, etc.)" (ver Falcón E, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, pág. 424, ed. Abeledo- Perrot-988). Adelanto en tal sentido que no avizoro en el caso que ello se haya planteado en alguna de las variables mencionadas.

Ello, sin dejar de señalar que las simples manifestaciones y disconformidades de los apelantes no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia, sino un mero disenso respecto de su propia

posición, que consideran los recurrentes debe seguirse. Destaco que la apelación no es un nuevo juicio, sino que implica la revisión de la sentencia impugnada, con las limitaciones que ello impone, en resguardo del principio *tantum devolutum quantum appellatum*.

No deben olvidar los apelantes que, a los fines del recurso de apelación, "criticar" no es lo mismo que "disentir". Por más que se pretenda argumentar que se formulará una crítica concreta y razonada del fallo, tal simple manifestación no basta para conmover la alzada, "pues una auténtica apelación debe hacer notorio el defecto de la sentencia apelada, mostrando desajuste entre el discurso desarrollado y los presupuestos que le sirven de sustento, sin que ello se cumpla enunciando simplemente desacuerdos u opiniones diversas de aquellas que expuso el juzgador" (CNCiv., Sala B, 13/2/03, LL, 2002-D-239, y DJ, 2002-2-744)

Pongo de resalto, en esa inteligencia, que habilitar la instancia de apelación importa la expresión de fundamentos sólidos por los que se pretende se modifique una sentencia judicial, y ello se verifica incorporando al memorial argumentos válidos jurídicamente que se orienten en tal sentido y que permitan a la Alzada acoger aquella pretensión o bien rechazarla detallando el yerro de la impugnación.

Sin perjuicio de ello, y como lo tengo dicho ya en oportunidades anteriores, la circunstancia a la que me refiero debe ser resuelta en el marco del aseguramiento del derecho de defensa; es decir, con base en un amplio criterio de admisión.

Repárese que el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia expresamente ha sostenido que cuando

existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone la ley procesal respecto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tenerla por satisfecha (*cf*. autos "G. vda. de F., E", del 31-05-99; idéntico sentido autos "T. R. J., S. N. s/ Divorcio Vincular", del 22-03-00, nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales", del 23-03-01, SAIJ 01150056, entre otros).

Ahora bien, dejando a salvo mi postura en relación con el tema, entiendo que tal criterio de admisión, amplio, no debe ser llevado al extremo que implique su aplicación lisa y llana en todos los casos, sin importar como haya sido interpuesta la apelación, ello dado que los requisitos impuestos por el código procesal en orden a su procedencia también conforman el sagrado derecho de defensa, que a veces parece ser valorado únicamente desde la perspectiva del apelante, más no desde la del apelado.

No dejo de advertir, más allá de lo expresado, que existen circunstancias que admiten la flexibilización en la admisión del recurso, en la recepción de aquel criterio amplio, y siempre que aquellas se presenten debe procurarse su tratamiento, razón por la que, en el caso y excepcionalmente, se admitirá el tratamiento de los recursos interpuestos, claro está en la extensión que resulte pertinente.

Así, y en abordaje del recurso interpuesto por la accionada, su primer agravio cuestiona el monto de la devolución prevista. Al respecto, y tal como lo sostiene el señor juez de grado en el marco del decisorio impugnado, la determinación del monto se sustentó sobre

la pericia contable practicada, es decir el monto no resulta una suma antojadiza del juzgador sino que surge claro del informe pericial – punto 6. Sobre el particular, si bien el mismo fue objeto de pedido de explicaciones (ID 1421538 fechado 18-032024), la experta dio adecuada respuesta al planteo, evacuándolo en tiempo oportuno (ID 1434598 fechado 2703-2024), arribando en consecuencia firme a esta alzada, lo que torna el agravio carente de contenido, y por tanto corresponde sea rechazado.

A continuación, el primer agravio de la actora, quien se queja en razón de que no se haya condenado por el daño punitivo. Tal el criterio que he expresado en otras oportunidades (véase a título de ejemplo "O. SRL c/ B. P. SA s/ Sumarísimo (Ley Defensa del Consumidor)", expte. n° 484/24, entre otros), entiendo que la cuestión no debe analizarse aisladamente, sino de manera integral y tomando especialmente en cuenta la actitud asumida por la firma demandada, ello bajo las directrices y principios sentados por la Ley de defensa al consumidor aplicable al caso.

Los daños punitivos han sido definido como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón D., *Daño Moral*, p. 453, Hammurabi, Bs.As., 1996).

Ante determinadas situaciones lesivas, la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para desmantelar los efectos nocivos del ilícito, en

particular, cuando quien daña a otro lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio, tal sería el caso de los daños causados por productos elaborados, en los que al proveedor, fabricante o distribuidor le resulte más barato pagar las indemnizaciones a los consumidores que afrontar controles de calidad y/o cumplir acabadamente con una adecuada prestación del servicio. Frente a esto, la Ley de Defensa al Consumidor 24240 (texto agregado por la Ley 26361) introdujo un sistema de multas.

El art. 52 de la mencionada Ley establece: "Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares.

La doctrina ha reconocido como notas distintivas de los daños punitivos, las siguientes:

1) Resultan condenas extraordinarias, ya que son otorgadas en forma independiente de la indemnización, y

asimismo, accesorias, ya que siempre se determinan en un proceso principal. Dicho en otras palabras, no existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. 2) Su finalidad, justamente, no es mantener la indemnidad de la víctima ni restablecer las cosas al estado anterior. Por el contrario, tienden a prevenir y desalentar la reiteración de conductas dañosas similares. 3) Son verdaderas penas privadas con características propias que delimitan sus contornos de especialidad. Siguiendo a Stiglitz y Bru, se puede definir a los daños punitivos en nuestro sistema, como una institución jurídica vigente en el marco del derecho del consumidor, destinada a sancionar graves inconductas en que incurren los proveedores de servicios o cosas en la relación de consumo, a través de la imposición de una sanción pecuniaria adicional, a favor del damnificado, y que excede la cuantificación de la indemnización compensatoria correspondiente (J. Bru y Gabriel Stiglitz, en “Manual de Derecho del Consumidor”, págs. 389 y sgtes. Abeledo Perrot, 2009).

Se ha sostenido que dichas indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad o en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., en “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, publicado en L.L. 2009 – B – 949), como así también que su reclamo requiere "... a) La existencia de una víctima del daño; b) la finalidad de sancionar graves inconductas; y c) la prevención de hechos similares para el futuro (*cf.*: Cornet, M. - Rubio, Gabriel Alejandro, "Daños Punitivos", en Anuario de Derecho Civil, T. III, p.32, Facultad de Derecho de la

Universidad Católica de Córdoba, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1997).

Dicho instituto de carácter excepcional, debe ser empleado con prudencia frente a una plataforma fáctica que evidencie claramente, no solo una prestación defectuosa del servicio, sino también una intencionalidad de obtener provecho económico del accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones. Resulta necesario que alguien haya experimentado un daño injusto y que exista una grave inconducta, o que se haya causado un daño obrando con malicia, mala fe, grosera negligencia. Su procedencia requiere un elemento subjetivo que se identifica con una negligencia grosera, temeraria, con una conducta cercana a la malicia (Cám. Apel. CCom. Cba. Sala 6ta., en autos "R., S. c/ A. A. S.A. – Ordinarios – Otros – Recurso de Apelación" 26-3-2015). Entiendo que si bien ha existido una inconducta por parte de la accionada, no se ha configurado el supuesto grave que la legislación exige para la procedencia de la indemnización por daño punitivo, verificándose un mero desacuerdo del apelante en relación con la decisión de grado, el que no resulta idóneo para conmover lo decidido. Se rechaza el agravio.

En lo que sigue, ambas partes cuestionan la partida correspondiente al daño moral, la que a juicio del demandado no resulta procedente, mientras que para el actor es insuficiente en su cuantía.

Señalo con carácter previo que nuestra novel legislación civil cerró definitivamente la debatida cuestión de la dualidad del sistema responsabilidad, hasta entonces dividida en contractual y extracontractual. Así el art. 1716 del Código Civil y

Comercial establece: "Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". En virtud de ello ha perdido toda vigencia la antigua discusión en torno a la procedencia y la prueba del daño moral en el ámbito contractual.

Aclarado ello, tengo dicho ya en reiteradas ocasiones que, además de estar receptado en el art. 1741 del Código Civil y Comercial, el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, pues en los artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico (SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, "Sffaeir, L. c/Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud y Acción Social s/ demanda contencioso administrativa").

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

Isidro, Sala II, 3011-98, "Velázquez c/ Ledesma s/ ds. y ps.").

Pues bien, al respecto diré que muchas voces se han manifestado en torno a la necesidad –o no- de prueba cuando se invoca el daño moral. En dicho contexto, y en una primera interpretación, se ha dicho que el daño extrapatrimonial –moral- representado por la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas o, en fin, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria, no requiere de prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -prueba *in re ipsa*- y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral.

Desde una segunda óptica –opuesta a la anterior- ya en vigencia del anterior Código Civil se sostenía que el daño no surge inmediatamente de los propios hechos, sino que quien lo reclama debe probar su existencia. Ello, a punto tal que "la mera afectación nacida del accidente o el eventual incumplimiento de tareas habituales puede no revestir entidad para encuadrar en el supuesto contemplado por el anterior art. 1078 del Código Civil. De allí que no son resarcibles en concepto de daño moral, las meras incomodidades, molestias o angustias, si no se ha acreditado, en debida forma, que lo sucedido provocó depresiones u otros estados psíquicos que, por su importancia, adquiriesen relevancia suficiente en la personalidad del individuo"

(CCiv. y Com. Formosa, autos “Moreno, Julio Albino" - Fallo n° 5508/99).

En realidad, ambas posturas son correctas, más corresponde se aclare en que caso resulta procedente cada una. Así, va de suyo que existen determinadas acciones que encierran evidente daño moral. La causación del mismo resulta inescindible de la acción antijurídica productora del daño. Tal es el caso de los eventos en que se produce la muerte o la lesión física o psíquica de la persona. Del mismo modo, se verifica por ejemplo y en otro ámbito, en casos como la falta de reconocimiento voluntario del hijo. Lo propio puede afirmarse en los casos en que el consumidor, como parte más débil de la relación de consumo, debe soportar el peso de un contratante que en gran cantidad de circunstancias lo maneja a su antojo aprovechando aquella posición de privilegio.

Ahora, es precisamente en aquellas ocasiones en que reina criterio amplio en la admisión del reclamo por daño moral -cuando se dice que no requiere acreditación- que en realidad se está haciendo referencia a la normal imposibilidad de prueba directa -en virtud de la índole del daño-, razón esta por la que cobran relevancia los indicios y las presunciones a las que se les otorga verdadera eficacia probatoria. En tal inteligencia, no cabe duda de que debe aplicarse dicho criterio en el caso particular, en tanto se verifica que el actor sufrió una injustificable afectación, derivada de los procederes de la demandada. Es la violación de una afección espiritual legítima – como se la señala en el art. 1718 del CCCN– a la que debe atenderse aquí, y que surge de las propias circunstancias que debió atravesar

el accionante, por lo que juzgo procedente la admisión de la partida.

Ahora bien, con relación al *quantum*, el sentenciante lo determinó en uso de las facultades que le confiere el art. 165 del ordenamiento ritual, tomando como base el acogimiento parcial de la pretensión esbozada por la parte actora, quien mal pude fundar su agravio simplemente en que no fue acogida su pretensión en la totalidad. Ello importa apenas una opinión distinta a la del juzgador que deviene insuficiente para alterar lo decidido.

Respecto de los intereses cuestionados por la demandada, del cotejo de la sentencia advierto que han sido diferenciados teniendo en cuenta las partidas, estableciéndose la tasa pura para aquél rubro –daño moral– que ha sido cuantificado a valores actuales, razón por la que la queja no ha de prosperar. Lo propio ocurre con la queja sobre las costas que integra su tercer agravio, ello toda vez que ha sido aplicado el principio general de la derrota (art. 69 CPCCCh), y en consecuencia resulta procedente el modo en que aquellas fueran impuestas. Se rechazan ambos agravios de la demandada y de la actora. *Costas y honorarios*:

Resueltas así las cuestiones materia de agravio, resta atender a las costas por la actuación ante la alzada, las que en razón de lo que se decide, serán impuestas en el orden causado (art. 69 CPCCCh). Los honorarios profesionales se regulan conforme las pautas establecidas en la legislación especial – Ley XIII n° 4 DJP-, para el Dr. M. G. B. I., en el 25%, y para el Dr. J. E. G. A., en el 25%, a calcular sobre los regulados

en la instancia de grado, y con más la alícuota del IVA, de corresponder.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo:

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

2) Imponer las costas de la alzada en el orden causado (art. 69 CPCCCh).

3) Regular los honorarios profesionales por las labores en la alzada, para el Dr. M. G. B. I. en el 25% y para el Dr. J. E. G. A. en el 25%, a calcular sobre los regulados en la instancia de grado, y con más la alícuota del IVA, de corresponder.

A la primera cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

1) *Antecedentes*:

Como los antecedentes del caso y el contenido de la expresión de agravios han sido reseñados por el colega preopinante, a tales constancias me remito con el fin de evitar repeticiones estériles.

II) *Tratamiento de los agravios*:

En este capítulo trataré, en primer lugar, los agravios planteados por el apelante-actor contra la sentencia de primera instancia. En segundo lugar, los agravios de la demandada.

Antes de ingresar sobre esa cuestión, debo señalar que la jurisprudencia ha dicho con respecto al alcance los agravios y la competencia de la alzada: "El agravio constituye la medida de la apelación, conforme el principio de la congruencia. El recurso de apelación no

admite hechos nuevos u otras pruebas que las ya existentes en las actuaciones, ya que el apelado no puede agregar otros hechos distintos a los que alegó cuando solicitó la medida habiendo tenido todos el tiempo y posibilidades probatorias a su disposición, incluso ejercitable sin la participación y conocimiento de que se vería afectado por la medida (arg. art 8, Ley 7166)" (CCCom. de La Matanza, Sala II, 4-6-2000, "Transporte El Progreso SA c/ Municipalidad de La Matanza s/ amparo").

También es preciso subrayar que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (ver, *v. gr.*, Santiago C. Fassi en "Código procesal...", t. I, pág. 278), y que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (ver, *v. gr.*, fallos 258:304 entre muchos), por ello, me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (ver fallos 272:225, entre muchos, y CNCiv., Sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, J. A.", en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

En primer lugar, debo destacar que la demandada solicita la deserción del recurso de apelación y de la expresión de agravios articulada por la actora.

Debo señalar que es criterio de este tribunal que integro que el criterio para analizar la deserción de la expresión de agravios es restrictiva, en pos de garantizar el derecho de defensa en juicio.

La jurisprudencia ha dicho: “La función de la Cámara es revisora, pues no se trata de un nuevo juicio, y aquella encuentra su límite en la existencia y extensión de los agravios, que deben constituir la crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo de primera instancia con lo que se desconforma, demostrando cuáles son los errores en él incurridos, pues, de lo contrario, la insuficiencia de la queja conlleva la deserción del recurso, y si bien es cierto que la corriente general de la jurisprudencia es que basta con un mínimo de crítica, ello no significa que pueda el órgano jurisdiccional sustituir o subsidiar la actividad propia del recurrente (arts. 260, 261, 34, inc. 5°, pto. c, Cód. Procesal)” (“Bernharte, Graciela Beatriz vs. Telefónica de Argentina S.A. s. Daños y perjuicios” – CCC, Sala II, Morón, Buenos Aires, 23/02/2023, Rubinzal Online, RC J 565/23).

Asimismo: “El cumplimiento de los requisitos que exige el art. 260, CPCC de Chaco, se debe valorar con un criterio riguroso a fin de garantizar con amplitud la apertura de la doble instancia que, como regla general prevé el ordenamiento procesal, de lo que surge que la deserción del recurso por insuficiencia de contenido del escrito de expresión de agravios debe ser interpretado con criterio restrictivo, como toda pérdida de derechos” (“Abel Otto Torre S.A. vs. Provincia de Chaco y otros s. Medida cautelar de no innovar” - CCC Sala 1ª, Resistencia, Chaco, 31/07/2013, Rubinzal Online, RC J 17537/13).

Advierto que los agravios encuentran sus fundamentos y conllevan una crítica al fallo de primera instancia.

Por ende, se desestima ese planteo.

A continuación, abordaré los agravios expuestos por la demandada.

El primer agravio está relacionado con la devolución ordenada por el juez de primera instancia, al que considera inadecuada, pues afirma que da por probado que la actora abonó más cuotas de las que efectivamente probó.

En efecto, en el fallo asevera el juez de primera instancia que la admisión efectuada en la página 54 del expediente administrativo debe primar por sobre todo lo demás, y trae consigo el reconocimiento de que la cantidad de cuotas pagadas fue de 23 y no de 11.

Además de ello, de las pruebas reunidas en autos, como de los comprobantes adjuntados por la actora, la pericia contable, se desprende claramente que el monto al que arriba el magistrado de primera instancia es el correcto.

Agregando que el demandado, tenía conforme lo dispuesto por el artículo 53 de la LDC, la carga de la prueba para demostrar su tesis y sin embargo no cumplió con la misma.

En cuanto a la carga de la prueba, en este caso cobra vital preponderancia lo dispuesto por el artículo 53 de LDC, en donde la carga de la prueba pesa más sobre el proveedor. Es una clara aplicación de las cargas probatorias dinámicas.

La jurisprudencia ha dicho: "Se coincide con el *a quo* en que en el caso el proveedor del servicio de alojamiento omitió presentar pruebas que necesariamente debían estar en su poder, siendo de aplicación la teoría de las cargas probatorias dinámicas receptada en el art.

53, Ley 24240 (según Ley 26361), e incorporada por el Código Civil y Comercial (Ley 26994) en su artículo 1735” (“Spektor, Verónica Viviana y otro/a vs. Rincón Club de los Andes s. Daños y perjuicios” - CCC Sala III, Mar del Plata, Buenos Aires, 17/07/2019, Rubinzal Online, 164125, RC J 8491/19).

De manera tal que la demandada no pudo probar su tesis defensiva ni demostrar que los fundamentos que esgrimió el juez de primera instancia fueron incorrectos.

Por todas estas razones se rechaza el agravio.

El segundo agravio de la demandada se relaciona con la cuantía y existencia del daño moral.

Alega que no existe prueba que demuestre la existencia del daño y que la no devolución del dinero, le hubiera generado al actor daños extramatrimoniales.

Por su parte, el actor se queja, pues sostiene que la indemnización fijada por el daño moral es insuficiente.

Argumenta que nadie disfruta solamente de un vuelo, sino de un vuelo más una estadía vacacional.

De manera tal asevera que es una prestación parcial.

Y pide que la cuantificación del daño se realice al dictado de la sentencia de segunda instancia.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en materia de daño moral contractual es cierto que su recepción es restrictiva, pero debe destacarse que es admitida en materia de derecho de consumo.

En cuanto a su existencia surge de los mismos hechos probados en la causa. Pues quedó demostrado todo el tiempo que transcurrió desde que el demandado debió

devolver el dinero al actor y que hasta la fecha, que todavía no fue devuelto y todo ello generó notorias angustias y molestias al actor.

La pericia psicológica determina que se constató una afectación a los sentimientos derivada de la falta de devolución del dinero y la misma cuenta con plena eficacia probatoria.

La jurisprudencia con respecto al daño moral ha dicho: “En este sentido, si bien como postula Lorenzetti, la reparación del daño moral contractual es de interpretación restrictiva y debe ser consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento ("Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales", Parte General, T. I, L. L., Bs. As., 2007, pág. 1424), ello debe matizarse en supuestos como el de autos, donde es el consumidor o usuario -parte débil de la contratación- quien efectúa el reclamo (art. 42 de la CN.). Efectivamente, "no estamos frente a un contratante más: él es un consumidor en una relación de consumo, que hizo necesaria una protección específica para la parte más débil de la estructura negocial que se concreta en la Ley de Defensa del Consumidor que vino a ampliar y profundizar, la tutela ya garantizada por el Código Civil con cuya estructura normativa se complementa, y por la Constitución nacional a través de los arts. 42 y 43 a partir de la reforma de 1994" (Cám. Apel. Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, "Pérez, María Cristina c/ Telefónica de Argentina S.A. S/ Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual", 05.8.14, MJJ87478).

”Entonces, en estos actuados, T. P. S.A. ha vulnerado con su conducta el marco legal referido, "el

trato equitativo y digno" que consagra el sistema tuitivo de los consumidores, ocasionando con ello lesiones en la parte débil de la contratación, como la aflicción, angustia, padecimientos o inconvenientes, que influyen negativamente en la vida diaria -tanto en su calidad como en su normal desenvolvimiento- del damnificado y que generan en su autor la obligación de reparar. (arts. 522, 1078 del CC.; cc. art. 1741 CCC.). Es que la demandada se ha despreocupado por completo de brindad aquel trato al consumidor produciendo padecimientos que superan los límites tolerables, sensación disvaliosa se ha visto potenciada por la necesidad de promover más de una vía para arribar a un pronunciamiento definitivo en el caso.

”En concreto, las afectaciones que alega el accionando, que encuentran como primer hito el reclamo a la empresa por los desperfectos sufridos por el equipo comprado, pasando por dejar el mismo a los fines de su reparación, aguardar esta, la frustración ante la ausencia de respuesta, el reclamo postal y posterior instancia extrajudicial de solución de la controversia, con más la imposibilidad de utilizar el servicio telefónico con sus consecuencias negativas en cuanto a la comunicarse, le han provocado -lo que es extensible a la vida de cualquier persona- una clara lesión a la esfera espiritual que supera los que comúnmente la jurisprudencia denominaba como "padecimientos propios de la vida en sociedad" y que, por tal razón, no resultaban indemnizables (Cám. Apel. Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, "Pérez.., cit.). Su prueba, por ende, surge de los hechos mismos y se potencia en épocas actuales donde las comunicaciones -y

la tecnología forman parte de la sociedad contemporánea en sus diferentes manifestaciones al dar origen a objetos prácticamente indispensables del quehacer cotidiano del hombre medio. Se han generado necesidades donde antes no las había y el avance incesante de lo tecnológico va creando -y sosteniendo- su propia existencia aún a falta de una determinada demanda popular.

”Para más, hay que decir que… en la causa "Fernández c. Nuevo Banco de Entre Ríos y ot. s. Ordinario" (Res. N° 54, F° 471, T° 31, 18.2.15), "la situación fáctica que precedió al inicio de estos actuados se vio caracterizada por un 'permanente peregrinar', infructuoso por cierto, del demandante en procura de obtener respuesta del accionado, no pudiendo soslayarse el desgaste que ocasiona ese constante 'golpear puertas' y el tiempo que ello insume -en el caso, el actor hace más de dos años que brega por una solución-. Además, es claro el sentido de frustración que cualquier consumidor u usuario padece ante el poderío de los 'fuertes' de la contratación, que se refleja hasta en los más ínfimos incumplimientos contractuales que la vida moderna nos tiene acostumbrado. La sorpresa, la irritación y la desilusión son monedas constantes en los consumidores y/o usuarios". En efecto, en materia consumeril estos padecimientos morales suelen ser los más habituales, incluso el consumidor común cuando contrata no entiende ingresar al "mundo de los negocios" sino que procura la satisfacción de sus legítimas expectativas por medio de un "mundo de connotaciones más bien espirituales" (Stiglitz, Gabriel, JA, 1994-I-227).

Por tal razón, en este caso está probada la existencia del daño moral.

En cuanto a la manera de resarcir el daño moral, considero que puede lograrse con un pasaje *premium*, como lo dispuso el juez de primera instancia, pues es una satisfacción sustitutiva y compensatoria que es proporcional al daño experimentado. Y además fue ponderada no solo conforme lo dispuesto por el artículo 1741 del CCCN, sino también de acuerdo a las facultades que le brinda el Juez el artículo 167 del CPCCCh.

Remarcando que se admitió la pretensión del actor en este rubro de manera parcial, pues se tuvo en cuenta la extensión del daño, que fue menor al reclamado por el actor.

Agregando que la cuantificación al momento del dictado de la sentencia de primera instancia, y a tenor de lo prescripto por el artículo 772 del CCCN, es ajustada a derecho, toda vez que además fueron fijados, por la mora, los intereses de manera correcta.

Adiciono que las as pautas para fijar la cuantía fue razonable (artículo 167 del CPCCh y artículo 1741 del CCCN.

Por estos motivos se rechaza el agravio de la demandada y el de la actora.

Con respecto al daño punitivo, los argumentos en los que sustentó sus agravios la actora fueron expuestos precedentemente, por el colega preopinante.

Cabe resaltar que el incumplimiento de la demandada fue grave, y además debe tenerse en cuenta su posición en el mercado y los antecedentes de sanciones que tiene ante la Oficina de Defensa del Consumidor.

Se ha resaltado: "El monto de los daños se debe fijar en relación con los beneficios obtenidos por la conducta reprochable y puede tener el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada (CNCiv, sala K, 18-6-2998, "M.H.R c/ V de D.N." (*Revista de Derecho de Daños*, "Daño punitivo", 2011-2, p.462.).

Los Dres. Pizarro y Vallespino dicen: "Los daños punitivos, correctamente legislados, permiten eficazmente alcanzar ciertos objetivos fundamentales para un sistema moderno del derecho de daños, particularmente dentro de un contexto socioeconómico y político como el actual. a) Son un medio idóneo para prevenir eficazmente inconductas por el efecto disuasivo que trasuntan" (*cf.*, Ramón Pizarro y Carlos Vallespino, obra citada, "*Tratado de Responsabilidad Civil*, p. 864).

Teniendo en cuenta lo expuesto y los antecedentes de la causa, la conducta de la demandada fue grave y displicente con relación a la devolución del dinero al actor.

Es decir, no devolvió el dinero pagado por el actor, en su carácter de consumidor, al finalizar el plan de ahorro y luego de varios reclamos sin éxito.

Además, debe persuadirse de evitar este tipo de conductas en perjuicio del consumidor, por ello el daño punitivo es procedente. Toda vez que pueden ser muchos los consumidores que están en la misma situación que la del actor. La jurisprudencia ha dicho: "En cuanto a la multa civil o daño punitivo, se estima que en el caso se encuentran cumplidos los presupuestos para su procedencia en tanto su aplicación se encuentra supeditada a la existencia de una conducta especialmente reprochable que procede cuando el proveedor incumple sus

obligaciones a título de dolo, culpa grave, malicia y cuando su comportamiento implica un desprecio inadmisible para el consumidor. Desde dicha perspectiva conceptual, corresponde atender el agravio de la actora pues puede inferirse con suficiente grado de certidumbre la configuración del daño punitivo con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis, Ley 24240. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que prima en la materia, pues las actuaciones obrantes en autos dan cuenta del notorio desprecio de la demandada frente a las numerosas gestiones extrajudiciales llevadas a cabo por la actora en procura de obtener lo prometido y aun de recuperar lo abonado a través de reclamos verbales, mensajes de texto e incluso intimación formal haciendo caso omiso a sus justos reclamos. Asimismo, tampoco escapa a este análisis la ponderación que cabe efectuar respecto al impacto social que la conducta sancionada del proveedor tiene o pueda tener para otros potenciales consumidores y su desidia por los derechos afectados. Bajo tales parámetros y la prudente discrecionalidad que ha de orientar la labor judicial en estos casos, se estima adecuado justipreciar este rubro en 10.000 pesos" ("Mayo, Ceferina Susana vs. Hualampa, David Leonardo Ernesto s. Acción emergente de la Ley de defensa del consumidor" - Cám. Civ. Com., Sala 3, San Salvador de Jujuy, Jujuy, 09/05/2020, Rubinzal Online, RC J 7309/20).

En cuanto a la cuantificación del daño punitivo, será fijado conforme los artículos 47 inciso b y 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor debe ser prudente y razonable y toma las pautas establecidas por ley, además

tomando en cuenta la posición de la demandada en el mercado y los beneficios que obtiene, los antecedente similares de la demandada con incumplimientos similares, el fin de disuadir conductas similares futuras con respecto a otros consumidores, la conducta reticente en la etapa previa judicial y la judicial con respecto al actor, se fija en la suma de $3.000.000.

Los intereses corren desde el dictado de la sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago y la tasa activa a aplicar es la que percibe el Banco Nación para las operaciones de préstamos de documentos a terceros.

Por ende, se admite este agravio, conforme las consideraciones expuestas.

Con relación al agravio con respecto a la imposición de costas, considero que, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPCCCh, fue correcta y además el demandado no brinda ningún argumento para refutar la tesis del magistrado (art. 269 del CPCCCh).

Lo mismo sucede con respecto al planteo sobe los intereses, la demandada no logra conmover lo resuelto por el juez de primera instancia y por ende se confirman los intereses fijadas en la sentencia en análisis.

Por tal razón, se desestima el agravio referido.

Llegado a este estadio, y por los argumentos expuestos, entiendo deben rechazarse los agravios de la demandada y acogerse el agravio de la actora con relación al daño punitivo, confirmando en lo restante la sentencia de grado,

III) *Costas y honorarios*:

Costas de esta instancia a la demandada, conforme el resultado obtenido en esta instancia y a tenor del

principio general de la derrota (art. 69 C.Pr.). Regulando los honorarios profesionales, conforme la naturaleza del proceso y labor desplegada, del abogado de la demandada, en el 25%, y los de la actora, en el 28%, en ambos casos de lo fijado en primera instancia, más la alícuota del IVA si correspondiera (arts. 5 a 9, y 13 de la Ley XIII-nro. 4). Así lo voto.

A la segunda cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmando la sentencia de grado en lo que fuera materia de agravios.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de la actora, con relación al daño punitivo, el que se fija en la suma de $3.000.000. Los intereses corren desde el dictado de la sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago y la tasa activa a aplicar es la que percibe el Banco Nación para las operaciones de préstamos de documentos a terceros

3) Costas de esta instancia a la demandada. Regulando los honorarios profesionales de los letrados de la demandada, conjuntamente, en el 25%, y los de la actora, en el 28%, en ambos casos de lo fijado en primera instancia.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de grado hizo lugar a la demanda que R. D. O. entabló en contra de V. S.A. de A. para F. Determinados y, en consecuencia, condenó a la accionada a abonarle al actor, dentro del plazo de diez días, suma de $1.367.599,32, más intereses correspondientes a los rubros cumplimiento del artículo 13 del contrato de ahorro ($504.800,32), y daño extrapatrimonial

($862.799). Impuso las costas a la demandada vencida. Reguló honorarios.

Los datos de interposición y concesión de los recursos y el contenido de los fundamentos fueron reseñados por quienes me preceden; por tal razón a dichas constancias me remito a fin de evitar repeticiones estériles y haciendo uso de la facultad que me confiere el art. 274 del C.Pr.

Ambos votantes han concordado en la procedencia y cuantía de la devolución prevista en el art. 13 del contrato, el daño extrapatrimonial, y la imposición de la totalidad de las costas impuestas a la accionada, por lo que la disidencia se circunscribe al rechazo de la multa civil prevista en el artículo 52 bis de la Ley 24240.

El sentenciante de primera instancia consideró que, estando circunscripto el conflicto exclusivamente, a una discusión vinculada al modo en el cual se debe liquidar el importe que debe ser devuelvo al actor, no se encuentra verificado el presupuesto de hecho que autoriza la aplicación de la norma.

Frente a la queja del actor, quien abre el acuerdo entendió que si bien existió una inconducta por parte de la accionada, no reviste la gravedad que la legislación exige para la procedencia de la indemnización por daño punitivo, resultando los fundamentos del apelante inidóneos para conmover lo decidido, por constituir un mero desacuerdo con la decisión de grado. Por su parte, el segundo votante, concluyó en que la conducta de la demandada fue grave y displicente con relación al actor quien debió incoar varios reclamos sin éxito. Admitió la partida y la

cuantificó en la suma de $3.000.000 que se peticionara en el libelo de inicio.

Adelanto que coincidiré con la solución propuesta en el segundo voto.

He señalado en anteriores oportunidades (SD “C” 44/19, 31/23, 40/23) 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...".

Claro, 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 también 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 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).

Su configuración 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 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 tal 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).

Quiere decir 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).

Zavala de G. señala que la conducta típica 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 G., Matilde y G. Zavala, R. M., “Indemnización punitiva”, en Bueres, Alberto J. y K, Kemelmajer de Carlucci, Aída,

“Responsabilidad por daños en el tercer milenio” ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 188).

Por ello 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 1993, pág. 303).

Con relación al elemento objetivo, consiste -en lo conceptual- en una conducta que produzca un daño que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad.

Debe aclararse 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 numerosos clientes de la demandada.

En el caso, la actitud reticente de la demandada se observó claramente en el reclamo administrativo, insistiendo en el reconocimiento del pago de solo 11 de cuotas de las 23 abonadas por el Sr. O. y la liquidación y pago parcial e insuficientes realizados, que derivaron en el presente reclamo judicial, el cual concluyó en el reconocimiento del derecho que el actor alegara.

Nótese incluso que surge de la pericia contable practicada (ID 1411189), que de haberse receptado la postura de la accionada –respecto a que debía calcular el monto a devolver solo sobre 11 cuotas pagas- le habría abonado solo la tercera parte de lo que le correspondía conforme el contrato al actor ($79.147 de $241.426,24).

Tal proceder constituye a mí entender la omisión al deber de trato digno al consumidor en los términos del art. 8 bis de la Ley 24240.

Por ello aun apreciada la procedencia del rubro con carácter restrictivo, entiendo que, en el caso, se configuraron los presupuestos fácticos previstos por el art. 52 bis LDC (gravedad de la inconducta y desprecio e indiferencia por el reclamo), constituyendo fundamento para admitir el agravio del actor, y hacer lugar en el caso a la multa civil.

Recuerdo 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 cuanto a la cuantificación de la partida, entiendo que la suma peticionada por el actor en su demanda resulta apta para cumplir las finalidades de punición y disuasión que caracterizan a la figura, si en el antecedente que cita (SD 40/2023 con una plataforma fáctica similar aunque no "exactamente igual"), impusimos el triple de la suma adeudada, advirtiendo la falta de persuasión en la demandada duplicar en este caso esa proporción respecto a la suma debida parece razonable a los fines perseguidos por la sanción.

Teniendo en cuenta ello admito la partida por la suma de $3.000.000.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Por las razones dadas acuerdo con la solución propiciada por el segundo votante y adhiero a su fórmula postulatoria con la lógica implicancia en la imposición de costas y regulación de honorarios con los que también concuerdo.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial del Dr. Hayes, la siguiente

SENTENCIA:

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

2) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la actora.

3) Modificar la Sentencia nro. 137/24 de fecha 5 de septiembre de 2024 en relación con el daño punitivo, el que se fija en la suma de tres millones de pesos ($3.000.000) y asimismo disponer que los intereses condenados correrán desde el dictado de la sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de préstamos de documentos a terceros.

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

5) Imponer las costas de esta instancia a la demandada.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. M. G. B. I. en el veintiocho por ciento (28%) y al Dr. J. E. G. A. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte

por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 05 DEL AÑO 2025
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"