

Obligacion Y Carga Procesal

JURISPRUDENCIA

Obligación y carga procesal

Se rechaza el recurso de

apelación de la demandada pues no se logra acreditar que fue el accionante quien incumplió obligación alguna, sino que fue la administradora demandada del plan de ahorro previo.

En Buenos Aires a los 12 días del mes de febrero de dos mil quince, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos ?FERNÁNDEZ, HÉCTOR OSVALDO c/ VOLKSWAGEN S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS Y OTROS s/ SUMARÍSIMO? (expediente n° 17.043/2012 Juzg. 18, Sec. 36), en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: doctores Garibotto, Villanueva y Machin. Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 627/43? El Señor Juez de Cámara, doctor Juan Roberto Garibotto dice: I. La sentencia de primera instancia. La primer sentenciante hizo lugar a la demanda que Héctor Osvaldo Fernández dirigió contra Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados, contra Espasa S.A. y contra Volkswagen Argentina S.A., a quienes condenó en forma concurrente (i) a adjudicar y entregar al actor el automotor objeto del contrato que le vinculó con la primera, previa presentación por el iniciante de fiadores solidarios que garanticen el saldo del plan según lo pactado en el mismo contrato; (ii) mandó reimputar cierta suma; y (iii) les condenó a sufragar al pretensor una suma en calidad de multa, cuyo modo de cálculo dispuso; todo ello con costas que impuso a las demandadas. (i) Halló la sra. Juez demostrada la suscripción por el actor del contrato de ahorro previo referido a la adquisición de un automóvil Volkswagen Gol y la preadjudicación de éste mediante el acto n° 400 que le fue anoticiada al ahorrista por telegrama, también el cumplimiento por Fernández de la totalidad de los recaudos exigidos en las Condiciones Generales del contrato y el pago por éste del importe de la alícuota extra de conformidad con un cupón emitido por Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados. Aludió la a quo a la obligación impuesta a la administradora del plan de ahorro previo en la cláusula 7° de las mismas Condiciones Generales del contrato concerniente a la entrega del automotor dentro de los 75 días de cumplidos por el adjudicatario los recaudos allí exigidos, y acerca de esto encontró probado que el demandante había completado y suscripto el formulario de solicitud del vehículo y que había sufragado \$... por derecho de adjudicación, aunque señaló no surgir del expediente la imputación que originariamente fue dada a esa suma, y mencionó que la administradora consideró ese mismo monto como adelanto de cuotas, bien que no descartó la magistrada que aquel derecho de adjudicación se hallare incluido en ese importe por haber sido emitido el cupón de pago con mención de la suma a ser sufragada; también encontró demostrado que Fernández se hallaba al día con el pago de la totalidad de sus obligaciones; que éste había ingresado la Integración Mínima de Alícuotas según lo previsto en la cláusula 3°; y en cuanto al ofrecimiento de garantes y/o fiadores solidarios respecto de las cuotas restantes, si bien la sra. Juez no halló constancia de que tal cosa hubiera sido efectuada formalmente, advirtió que tampoco le fue requerida al actor. Señaló la sra. Juez que Fernández cumplió la totalidad de los recaudos exigidos en aquella cláusula 7°; y añadió que si bien a la perito en contabilidad le fue exhibida la copia de una supuesta nota dirigida al actor mediante la que le fue requerida la regularización de su situación crediticia, la acreditación de ingresos y el ofrecimiento de garantes, no halló constancia alguna de que ésta hubiere sido enviada y, en su caso, hubiere sido recibida por el accionante. A ello la primer sentenciante agregó que no surge del contrato que la administradora deba realizar un análisis de la capacidad crediticia de los pretensos adjudicatarios antes de entregar el bien o que pueda ella incumplir esa obligación frente a un informe comercial con algún antecedente negativo, y señaló que de todas maneras, simultáneamente con la entrega del vehículo se constituye un derecho real de prenda sobre el mismo y se contrata obligatoriamente un seguro que lo protegen de cualquier contingencia y, además, que se exigen fiadores por el importe del doble de las cuotas pendientes. Sustentada en todo ello, la a quo concluyó que la forma con que se condujo Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados cuando denegó a Fernández la asistencia crediticia basada en que más de dos años antes y por bajos montos habíanle sido rechazados dos o tres cheques, no se ajustó a un ejercicio funcional del derecho y fue abusiva; y a esto agregó que la administradora no halló obstáculo para aceptar la solicitud del actor de admisión al plan de ahorro previo, lo que acaeció tiempo después de aquellos rechazos; que se autorizó al demandante a suscribir el plan y a pagar las cuotas, y que sólo cuando resultó beneficiario por sorteo y debió entregársele el rodado se advirtió la existencia de aquellos cheques rechazados; y a todo ello agregó que, de todas maneras, Fernández había demostrado que esos mismos tres cheques rechazados habían sido inmediatamente cancelados. Considerado todo ello, la sra. Juez encuadró la pretensión en la ley 24.240, halló procedencia a la demanda y juzgó del modo dicho. (ii) En lo que concierne al reclamo de daños y perjuicios cuya procedencia fue basada en la ausencia de buena fe y probidad que el actor endilgó a las demandadas, la a quo desestimó esa particular pretensión por ausencia de explicación relativa a

la naturaleza del daño y de pautas para su cuantificación. Y otro tanto decidió respecto del daño punitivo por cuanto, más allá de que la administradora no demostró que el actor hubiere incumplido los recaudos exigidos por la cláusula 7° del contrato ni haber aceptado o rechazado la carpeta de crédito, no encontró que la conducta que aquélla desplegó hubiere sido grave y se hallare enderezada a obtener un rédito económico por el mero transcurso del tiempo. (iii) Sí, empero, la magistrada halló procedencia a la multa contractualmente prevista en la misma cláusula 7° -in fine- de las Condiciones Generales del contrato, y la fijó en el 1% del valor móvil base del plan, con más intereses. E igualmente aplicó la multa prevista por la ausencia de entrega del bien en los plazos previstos, consistente en los intereses no capitalizables surgidos de la tasa activa del Baco de la Nación Argentina aplicables sobre el valor del bien tipo vigente al vencimiento de aquel plazo, cuyo monto mandó imputar, en la medida correspondiente, a la cancelación de las últimas cuotas puras no vencidas e impagas. En tales términos la sentencia fue pronunciada. II. Los recursos. La sentencia fue apelada por el sr. Fiscal de la instancia de grado (fs. 643 vta.), aunque elevado que fue el expediente a la Fiscalía ante esta Cámara, el recurso fue desistido (fs. 730). También recurrieron la sentencia, el actor (fs. 649), Volkswagen Argentina S.A. (fs. 651), Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados (fs. 653) y Espasa S.A. (fs. 655). El primero presentó su memorial en fs. 660/2, que mereció la respuesta de Espasa S.A. de fs. 696/9, y de Volkswagen Argentina S.A. y Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados de fs. 707/11. Espasa S.A. hizo lo propio en fs. 665/72, y esa articulación fue respondida por el pretensor en fs. 6914, y por Volkswagen Argentina S.A. y Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados en fs. 713/5. Por su lado, las dos últimas produjeron un único memorial de agravios (fs. 676/89), que fue contestado por el accionante en fs. 701/4. Hecho esto, el expediente fue elevado a esta Alzada. Agravios del actor Fernández. Éste criticó la sentencia en tanto fue rechazada la procedencia del resarcimiento del daño punitivo. Con suficiencia de argumentos y cita de doctrina, sostuvo haber acreditado los extremos que en el marco de una relación de consumo autorizan su aplicación, esto es, abuso de la posición de poder, búsqueda de un interés económico que es presumible por el carácter comercial de las demandadas y actuación dolosa por parte de éstas. Tengo presente cuanto sobre estos asuntos invocó este recurrente. Agravios de Espasa S.A. Esta codemandada expresó cuatro agravios. i. Se quejó de que con base en la norma de la ley 24.240: 40 le hubiere sido imputada responsabilidad, afirmó que según la prueba producida quedó demostrado que la causa del supuesto daño? (sic) padecido por el actor resultó extraño a ella, y sostuvo que la responsabilidad solidaria que establece la norma en cuestión no es automática y obligatoria. Con esa base, adujo que la sentenciante no consideró, como hecho fundamental, que Espasa S.A. resultó ser ajena al contrato que vinculó al actor con la sociedad administradora del plan, que en él no se individualizó a la concesionaria, que es Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados quien ejerció todos los derechos y asumió las obligaciones estipuladas en las Condiciones Generales y quien aprobó la solicitud de adhesión suscripta por el actor, que ningún dinero recibió de éste ni del plan de ahorro, que no intervino en el proceso de adjudicación, y que no fue probado que hubiera incumplido alguna obligación legal o contractual puesta en su cabeza. ii. Se agravió por haber sido condenada, cuando fue el actor quien probadamente incumplió las obligaciones a su cargo. Dijo que la carpeta de crédito no fue aprobada porque el demandante registraba antecedentes crediticios negativos, y que no justificó en tiempo y forma sus ingresos ni ofreció las garantías exigidas por el contrato. Abundó sobre todo esto. iii. Agravióse de que hubiere sido condenada a responder en forma concurrente junto con las restantes codemandadas, sin que se especificara el porcentaje o medida de la culpabilidad de cada una. Aseveró que acerca de esto la sentencia carece de fundamentación, que no existe norma alguna que imponga esa responsabilidad concurrente, que no debe responder por el hecho de un tercero respecto del cual no mantiene vínculo alguno y que, en definitiva, cada codemandada debe resarcir el daño que produjo que, en cuanto a ella, fue nulo. En subsidio, pidió que este Tribunal ordene a la primer sentenciante determinar los porcentajes de responsabilidad que corresponde atribuir a cada codemandada. iv. Por fin, se quejó de la forma en que las costas fueron impuestas, postuló que ellas sean cargadas al actor, y en subsidio, su distribución según el grado de culpa correspondiente a cada codemandada. Agravios de Volkswagen Argentina S.A. y de Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados. También ambas empresas expresaron cuatro agravios, que extensamente desarrollaron y pueden ser resumidos del modo siguiente. i. Sostuvieron que, contrariamente a lo juzgado, fue el actor quien no cumplió los requisitos impuestos en los puntos 2, 4 y 5 de la cláusula 7° de las Condiciones Generales; con base en lo dispuesto en el art. 3°, dijeron que fue incorrectamente imputado el pago formulado en abril de 2011 por \$...; que ese pago correspondía a una ?alcuota extra? o ?integración mínima obligatoria?, pero no al ?derecho de adjudicación? que nunca sufragó, y apoyaron esa articulación en la pericia contable. Abundaron sobre todo esto y, con tal sustento, solicitaron la revocación del fallo. ii. Se quejó la administradora de que hubiere sido juzgado que incumplió su obligación de entregar el rodado elegido por el actor. Afirmó haber cumplido todas las obligaciones asumidas y explicó que el vehículo no se proveyó por exclusiva culpa del accionante. Dijo no haber acompañado prueba documental por hallarse ésta en poder de un tercero -un Estudio Contable que individualizó- y aseveró que arbitrariamente le fue negada su petición de requerirla con afectación de su derecho de defensa; aludió al contenido de la pericia contable con referencia a una nota cursada al actor el

3.5.11 por la que le notificó el rechazo de su solicitud de crédito y le solicitó la regularización de sus antecedentes, la justificación de sus ingresos y la presentación de un garante; afirmó que esa misiva fue recibida por su destinatario y que él incumplió los recaudos solicitados, y adujo que si se considerare que la nota en cuestión no fue recibida, aún así en vía indiciaria y presuncional cabría considerar incumplidor al demandante en tanto la existencia de aquélla fue mencionada en la pericia contable. iii. Se quejaron ambas demandadas por haber sido condenadas a sufragar las multas previstas en el art. 7° de las Condiciones Generales del contrato.

Apoyaron esa articulación en cuanto fue manifestado en el agravio anterior. iv. Se agravieron de la forma en que las costas fueron discernidas, y pidieron que estas sean impuestas en su totalidad al actor. III. La solución. 1. Sobre el recurso introducido por Volkswagen Argentina S.A. y por Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados. i. El sistema de ahorro previo consiste, sintéticamente, en una operatoria de captación de ahorro, con promesa de futuras prestaciones mediante un mecanismo -sorteo o licitación- que sólo condiciona el tiempo en que se obtendrá la prestación. Dicha operatoria requiere la celebración de un contrato de suministro entre la administradora del plan y la proveedora de los bienes; contrato éste que es fundamental para el funcionamiento del sistema, pues el mismo asegura el normal abastecimiento de los bienes por adjudicar a los suscriptores. El cumplimiento de tal actividad impone la implementación de un método por el cual la administradora reúna los fondos que le permitan adquirir esos bienes, para -a su vez- adjudicarlos a los suscriptores en las condiciones y modalidades pactadas, sin perder de vista que en el ámbito del ahorro previo para la adquisición de unidades automotrices 0 km. los proveedores de bienes son los fabricantes de los mismos, y que esas terminales automotrices son, a su vez, las tenedoras de los paquetes accionarios mayoritarios de quienes operan como administradoras del sistema. La satisfacción puntual de esa prestación de entrega de lo adjudicado es una de las principales obligaciones de la administradora frente a los suscriptores, de modo que sólo circunstancias excepcionales (caso fortuito o déficit del sistema de ahorro) pueden excusar la responsabilidad que de ella deriva. Entonces, la primera responsabilidad de la administradora de un plan de ahorro previo es entregar al suscriptor adjudicado el bien adquirido al fabricante: el día a quo del cumplimiento de la obligación de entrega del bien es el de la aceptación de la adjudicación, pues es deber de la sociedad, como mandataria de los integrantes de cada grupo, realizar las diligencias conducentes a la concreción del objeto principal y, al mismo tiempo, causa final del contrato; esto es, la obtención de un bien determinado por parte del ahorrista.

Es en ese marco que las entidades administradoras se hallan obligadas a cuidar de la debida promoción y celebración de los contratos y títulos que constituyen su objeto, así como de su correcta y leal ejecución hasta el cumplimiento de la prestación ofrecida y liquidación final; su responsabilidad se extiende a las consecuencias de los actos de sus concesionarios, agentes o intermediarios como así también de los agentes de los fabricantes e importadores de los bienes a adjudicar en relación a la suscripción o ejecución del contrato o título aprobado? (Res. IGJ 26/2004: 6). No cabe, pues, esperar de la administradora una actitud pasiva, sino que ella debe dirigir su acción a una rápida y eficaz realización del negocio. Por ello, es su obligación citar al ahorrista, a partir del preciso momento en que se efectúa la adjudicación, a efectos de que éste suscriba los documentos y abone los derechos que se establecen en el contrato como recaudos previos a la entrega del bien (esta Sala, Caputi, María Rosa c/ Maldonado Automotores S.A. y otros?, 19.3.10). ii. Que el actor se vinculó con Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados en los términos y con los alcances que surgen del contrato copiado en fs. 131/5 (el original de ese instrumento se halla reservado como fs. 28/39), es cuestión que no suscitó controversia. Por otra parte, que el demandante resultó adjudicatario del vehículo es asunto que resultó demostrado por medio del telegrama copiado en fs. 18 cuya autenticidad reconoció su emisora, Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados en fs. 393 quien, el 16.4.11, además de felicitarlo por haber sido designado en tal calidad, recordó a Fernández su deber de notificar en perentorio lapso y en forma fehaciente la aceptación y le indicó concurrir a la concesionaria para realizar los trámites enderezados a la entrega del automotor. Y, por fin, que el iniciante aceptó ser adjudicatario y lo comunicó a la sociedad administradora en el plazo correspondiente también resultó demostrado, por medio de la carta documento copiada en fs. 8, fechada el 21.4.11, auténtica según informe colectado en fs. 263. iii. A partir de ese momento, el actor se condujo del modo siguiente: (i) El 25.4.11, cuatro días después de cursada aquella comunicación (v. otra vez fs. 8) el demandante fue provisto, por la sociedad administradora, de un denominado "cupón de pago" cuyo contenido puede examinarse en fs. 12. En ese instrumento se fijó como "suma total a pagar" \$..., y se incluyó una leyenda que, bajo el rótulo "Información general" anunció que "El saldo de cancelación abonado se encuentra sujeto a revisión de Autoahorro Volkswagen. En el supuesto que a la fecha de pago en que se efectivice el presente, las sumas abonadas no sean suficientes para la cancelación total del plan autoahorro VW se reserva la facultad de aplicar las mismas a la cancelación total o parcial de cuotas vencidas y/o a vencer y/o intereses y/o cargos según corresponda?". (ii) Ese mismo día 25.4.11 Fernández completó el formulario de fs. 16, que fue presentado ante la concesionaria Espasa S.A.. Por su medio, el actor solicitó el cambio de la unidad automotriz, dejó constancia de hallarse vigentes la totalidad de las obligaciones asumidas en la cláusula 7° del contrato de ahorro previo, otorgó plazo adicional para que el vehículo le fuera entregado, y se anotició de que esa misma solicitud sería considerada firme, si no fuera rechazada dentro de los diez días de recibida por Volkswagen S.A. de

ahorro para fines determinados y se encontraren cumplidos los requisitos establecidos en la cláusula 7° de las Condiciones Generales. (iii) También el 25.4.11 el pretensor llenó ante Espasa S.A. el formulario de fs. 17, con detalle del plan adjudicado, del rodado elegido y de su monto y forma de pago. (iv) El 29.4.11, esto es, cuatro días después de recibido el llamado ¿cupón de pago? a que aludí en (i), Fernández depositó \$... en la cuenta abierta en el Banco de la Provincia de Buenos Aires a nombre de la administradora del plan de ahorro previo, según así surge del talón de fs. 11. iv. Sin embargo, cuando Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados respondió la demanda (y junto con Volkswagen Argentina S.A. lo reiteró en su memorial de agravios), sostuvo, básicamente, que lejos de haber sido ella quien violentó el contrato, (i) fue el demandante quien no cumplió los recaudos regulados en los puntos 2, 4 y 5 de la cláusula 7° de las Condiciones Generales; (ii) invocación mediante de lo dispuesto en el art. 3° afirmó que fue incorrectamente imputado el pago formulado en abril de 2011 por \$...; y (iii) aseveró que ese pago correspondió a una ¿alícuota extra? o ¿integración mínima obligatoria?, pero no al ¿derecho de adjudicación? que Fernández, según dijo, nunca sufragó. (i) En lo que ahora interesa destacar, la cláusula 7° de las Condiciones Generales impone a la sociedad administradora la ¿plena obligación de entregar el Bien Tipo adjudicado? en el plazo allí estipulado, previo cumplimiento por parte del adjudicatario, dentro de los treinta días corridos a partir del día siguiente de notificada la adjudicación, de los siguientes recaudos: ?2) Abonar el Derecho de Adjudicación (...)?; ?4) Haber ingresado la Integración Mínima de Alícuotas según el art. 3 (...)?; y ?5) Deberán ofrecer garantes y/o fiadores solidarios con solvencia no inferior al doble de las cuotas que resten abonar para poder retirar el vehículo (...)?.

Pues bien. Fue probado en vía pericial contable, que las cuotas correspondientes al plan al que había adherido el actor eran descontadas de su peculio por el sistema de débito automático (fs. 511, respuesta a los puntos 1 y 3); que Fernández ingresó a la cuenta abierta en el Banco de la Provincia de Buenos Aires a nombre de la administradora la suma de \$... y que ese pago fue cancelatorio (fs. 518/20, respuesta a los puntos 6 y 7); y asimismo, que cuando el actor resultó adjudicatario, él llevaba abonadas 12 cuotas (fs. 523, respuesta al punto 11). Con ese sustento probatorio hemos de concluir, cual así lo hizo la primer sentenciante, que al tiempo en que Fernández fue ¿felicitado? por haber resultado adjudicatario (v. nuevamente el telegrama de fs. 18), él había cumplido los recaudos exigidos por los inc. 2 y 4 de la cláusula 7° del contrato (cpr 477 y 386). Conclusión ésta que, además, viene robustecida por cuanto dado que las mensualidades se debitaban directamente de la cuenta del actor, no es imaginable que éste incurriera en algún atraso o, directamente, que dejara de pagar; y de hecho lo siguió haciendo según surge del mismo peritaje (v. fs. 523, respuesta al punto 11) lo cual, por otra parte, deja sin sustento legal la reimputación (o nueva imputación) que la administradora formuló respecto de aquel pago de \$... en concepto de ¿derecho de adjudicación? considerado inicialmente como cancelatorio y que, a la postre, fue contabilizado como ¿alícuota extra? o ¿integración mínima obligatoria?. Resta sobre esto recordar que la imputación del pago constituye una facultad del deudor, por lo que aquella formulada por el acreedor es siempre subsidiaria y debe hacerse en el momento del pago (arg. cciv 773), de lo que se sigue que el ulterior y diverso registro contable hecho por el accipiens en sus libros de comercio no puede tener acogida habida cuenta que, efectuada la imputación por el deudor -cual aquí acaeció y surge del propio cupón-, ella tiene el mismo carácter definitivo del pago a que se refiere y, por lo tanto, no puede ser unilateralmente mutada (esta Sala, ¿Lipsia S.A. c/ Eseveme S.R.L.?, 17.2.82; íd., ¿Instituto Cardiovascular Infantil S.A. c/ Staff Médico S.A.?, 17.4.12; íd., ¿Ventura, José Alfredo c/ Universidad Nacional de Buenos Aires?, 21.10.13). (ii) Más aún. Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados en el responde de la demanda (y ambas empresas cuando expresaron agravios), aludió a una nota datada el 3.5.11 que dijo haber cursado al actor, por la que fue comunicado a Fernández ¿que su crédito había sido rechazado en virtud de los antecedentes negativos que posea?, le fue aclarado que el plazo establecido en el art. 7°, inc. 5° del contrato comenzaría a correr cuando los requisitos solicitados fueran cumplidos, y le intimó a presentar la documentación correspondiente (v. contestación de demanda, fs. 111 vta., párrafo 3°). Empero, aquella nota nunca fue incorporada al expediente. Y no lo fue por virtud de lo decidido en fs. 205/8, firme según lo resuelto en fs. 598/9. La existencia de esa misiva, pues, no fue demostrada. Y más allá de cuanto sobre este asunto invocaron ambas recurrentes, a mi juicio no podría ser inducida tal cosa (la existencia) en vía presuncional con base en la sola copia de esa nunca aportada nota, que a la perito en contabilidad le fue exhibida (así lo informó ella en fs. 521, respuesta al punto 8). Puesto que si consideramos que las presunciones constituyen, por su propia naturaleza, una prueba indirecta basada en el raciocinio que puede ser inductivo o deductivo según el caso, nada autoriza a deducir la existencia de esa misiva y, de otro lado su inducción no sería posible por cuanto si consideramos que indicio es el hecho real, cierto (probado o notorio) del que se puede extraer críticamente la existencia de otro hecho no comprobable por medios directos según la prueba aportada a la causa, resulta que no se advierte cuál prueba sí agregada conllevaría el alcance de hecho real que posibilitara presumir la realidad de aquél no probado (esta Sala, ¿Dree, Joaquín c/ Cencosud S.A.?, 13.4.05; íd., ¿Vasile, Viviana c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A.?, 4.12.09; íd., ¿Bas, Patricia Josefina c/ Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados?, 7.9.10; íd., ¿Caja de Seguros S.A. c/ Cencosud S.A.?, 22.12.10; íd., ¿Devoto, Patricia Rita c/ Banco Societé Generale S.A.?, 8.4.11; íd., ¿Fernández, Oscar Carlos c/ Borrelli, Jorge?, 4.6.13; íd., ¿Milstein, Aída Raquel c/ United Stars Entertainment S.A.?, 24.4.14; cfr. Colombo,

Carlos J., en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y concordado?, tº. I, pág. 286 y sig., ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975; también Parrilli, en ?La prueba de presunciones?, publ. en L.L. 1987-B-1003). Véase que ni siquiera se cuenta en la litis con un comprobante de recepción de la misiva en cuestión que, en calidad de indicio, autorice a presumir la existencia de lo recibido. Cabe, entonces, señalar que la carga procesal de probar es la actividad encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante, dado que el juez realiza, a expensas de los elementos probatorios aportados a la causa la reconstrucción de los hechos invocados, descartando aquéllos que no hayan sido objeto de demostración en la medida necesaria. En términos llanos, la carga de la prueba es una circunstancia de riesgo según la cual quien no prueba los hechos que invoca pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis; es una noción procesal que contiene la regla del juicio por la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando se encuentran en el proceso pruebas que le dan certeza sobre los hechos en los que debe fundamentar su decisión e, indirectamente, establece a cuál de las partes le interesa acreditar esos mismos hechos para evitarse consecuencias desfavorables. Ergo, negada la situación fáctica por el contradictor, la distribución de la carga probatoria se impone a quien ha afirmado los hechos constitutivos de la pretensión (esta Sala, ?Gas San Justo S.A. c/ Presa, Florentino?, 22.3.91; íd., ?Aboso, Jorge c/ Myusso, Carlos?, 18.11.91; íd., ?Amin Zicanelli, Silvia c/ Charcas 3387 S.A.?, 5.2.93; íd., ?San Fernando Cía. Financiera S.A. c/ Burdet, Eduardo?, 25.3.93; íd., ?Esi-Sit S.A. c/ Manso, Eduardo?, 21.4.94; íd., ?Kerofix S.R.L. c/ Mariano Acosta S.A.?, 6.6.94; íd., ?Bellini, Gabriel c/ Lee, José?, 26.5.95; íd., ?Bugallo, Orlando c/ Capalbo, Javier?, 16.6.95; íd., ?La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. c/ Parequi S.R.L.?, 19.6.98; íd., ?Siep S.A. c/ Benito Roggio e Hijos S.A.?, 15.2.05; íd., ?Fábrica de Implementos Agrícolas S.A. c/ Kohler Company?, 31.5.05; íd. ?Sedler Horacio c/ Frassia Luis A.?, 6.4.10; íd. ?Botte, Armando Horacio c/ Adro S.A.?, 6.4.10; íd. ?Visor Enciclopedias Audiovisuales S.A. c/ The Walt Disney Company de Argentina S.A.?, 24.6.11; íd., ?Stop Car SA c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A.?, 27.12.13; íd., ?Landini, Nora Lidia c/ Search S.A.?, 15.5.14; íd., ?Jiménez, Claudia Daniela c/ Metroshop S.A., 9.10.14). (iii) Sí quedó pendiente por parte del actor -bien lo señaló la sra. Juez a quo- el cumplimiento de lo dispuesto en el inc. 5º de la cláusula 7º, concerniente al ofrecimiento de garantes o fiadores con solvencia suficiente. Pendiente quedó esa obligación, pero no incumplida. Véase que en el propio contrato fue previsto que ?Si el adherente adjudicatario no ha presentado la totalidad de la documentación referida en el término de 30 (treinta) días corridos a partir del día siguiente de la notificación de adjudicación, será intimado por el término de 10 (diez) días corridos, bajo apercibimiento de invalidar la adjudicación? (cláusula 7º, párrafo 3º). Ergo, dado que no existe prueba rendida en la litis demostrativa de que el adjudicatario hubiere sido intimado a cumplir esa -o cualquier otra obligación pendiente de cumplimiento-, la solución de este particular asunto viene impuesta por la propia convención (cciv 1197 y ctes.). v. Se desmorona, de tal manera, lo central de lo que fue recurrido por Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados y por Volkswagen Argentina S.A. en el primero y el segundo de los agravios que expresaron. Porque como síntesis de todo lo expuesto, probado como quedó que no fue Fernández quien incumplió obligación alguna, sino que quien tal cosa hizo fue la administradora del plan de ahorro previo, pues entonces debemos coincidir con cuanto acerca de esto fue juzgado en la instancia de grado. Y también y por lógica derivación, con lo restante de lo que allí fue decidido: (i) En lo que se refiere al pago de la multa contractualmente prevista que la sentencia impuso a ambas recurrentes, porque demostrado lo anterior, resulta que su devengamiento reconoce suficiente base contractual (cláusula 7º, párrafo 3º in fine). Adviértase que, claramente, ambas apelantes ligaron la procedencia de este tercer agravio a los anteriores (cfr. fs. 687 vta., 2º párrafo), de modo que la suerte que los últimos corrieron arrastró a éste. (ii) E igual consideración merece la cuarta y última de las quejas que ambas recurrentes introdujeron, dada su condición de vencidas en la contienda. La sra. juez a quo hizo estricta aplicación del criterio objetivo de la derrota en juicio regulado por el cpr 68, 1ª parte. El criterio según el cual el vencimiento es el presupuesto esencial para imponer las costas (cpr 68, 1º párrafo) no es rígido: véase que el 2º párrafo de la norma cit. faculta al magistrado para eximir de costas al vencido cuando encontrase mérito para ello, mas tal facultad es de carácter excepcional (esta Sala, ?Posternak, Pablo c/ Sevel Argentina S.A.?, 13.8.93; íd., ?Castro Correa, Hugo c/ Cacic S.C.A.?, 21.2.94, íd., ?Chacras del Molino S.A. c/ Villalba, Gloria?, 19.10.10; íd., ?Entretelas Americanas S.A. c/ Polimat S.A.?, 10.6.11; íd., ?Visor Enciclopedias Audiovisuales S.A. c/ The Walt Disney Company Argentina S.A.?, 24.6.11, entre otros). Empero, no advierto aquí causa o motivo que justifique apartarse de aquella regla procesal.

2. Respecto de la apelación introducida por Espasa S.A. También esta codemandada expresó cuatro agravios. i. En el orden en que fueron introducidos serán tratados. (i) En los contratos de ahorro previo destinados a la adquisición de automotores, la concesionaria actúa en cumplimiento de las instrucciones o del mandato recibido de la administradora como representante de ésta. Ella tiene como misión recibir la oferta y eventualmente proceder a la entrega del bien en el caso que la administradora así lo decida; es el agente colocador o productor de sistemas de venta mediante los planes de ahorro previo, siendo agentes de comercio mandatarios de las empresas administradoras con facultad de contratar en su representación, asumiendo de una manera estable el encargo de promover ventas generalmente en una zona predeterminada, percibiendo una compensación proporcional a la

importancia de los negocios concluidos con su intervención. Por ello es que si bien la concesionaria no reviste el carácter de contratante directo con el consumidor, como intermediaria en estos sistemas destinados a la colocación de planes de ahorro y a la entrega de los rodados por cuenta de la sociedad administradora constituye un nexo insoslayable entre ambas partes, participando de esa actividad y compartiendo un mismo interés económico. Y que Espasa S.A. desplegó actividad frente al actor no es sólo inducible por efecto propio de la operatoria contractual de que trata este juicio, sino que, a todo evento, resultó probada (v. fs. 16 y 17).

(ii) El art. 2 de la Ley de Defensa del Consumidor define al sujeto pasivo de la relación de consumo, esto es, el proveedor de cosas o servicios, que comprende a todos aquellos que ofrecen bienes en el mercado y, por lo tanto, alcanza al productor, al importador, al distribuidor y al comercializador (cfr. Rouillón, en "Código de Comercio comentado y anotado", tº. V, pág. 1102; ed. La Ley, Buenos Aires, 2006; Wajtraub, en "Protección jurídica del consumidor, pág. 32, ed. Depalma, Buenos Aires, 2004). Por su lado, el art. 40 responsabiliza al productor, al fabricante, al importador, al distribuidor, al proveedor, al vendedor y a "quien haya puesto su marca en la cosa o servicio"; de modo tal que más allá de que la enumeración legal es simplemente enunciativa, corresponde interpretar que la Ley de Defensa del Consumidor quiere responsabilizar a todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que han participado en la concepción, creación y comercialización del bien o del servicio, y no sólo a quien lo provee en forma directa. Es ese nexo funcional lo que permite la expansión de la responsabilidad por virtud de lo normado por la ley 24.240: 40, en tanto la concesionaria integra la organización económica y obtiene beneficios, existe actuación conjunta generadora ante terceros de obligaciones, y se aviene a efectuar en conjunto una prestación de servicios que se encuentra alcanzada por la citada norma legal (esta Sala, "Scarfo, Angel c/ Wolqui S.A.", 29.11.96; íd., "Nill, Carlos c/ Compañía Interamericana de Automotores (Ciadea) S.A.", 10.6.97; íd., "Gargiulo, Miguel Angel c/ Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados", 9.5.02; íd., "Sibay, Emir Omar c/ Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados", 19.7.02; íd., "Parmo, Rubén c/ Carimet S.A.", 23.5.03; íd., "Caputi, María Rosa c/ Maldonado Automotores S.A.", 19.3.10; íd., "Fasán, Alejandro Luis Arnoldo c/ Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados", 26.4.11; íd., "Palumbo, Guillermo Gabriel c/ Ford Argentina S.C.A.", 3.6.14; íd., "Díaz, Paula Carolina c/ Ford Argentina S.A.", 4.9.14; cfr. Monti, en "Esbozo sobre el daño resarcible en el Derecho Comercial", publ. en "Derecho de daños" 5º parte, cap. IX, págs. 209 y sig.; obra dirigida por Etcheverry y Gagliardo). Por todo lo dicho, a mi juicio corresponde desestimar el primero de los agravios vertidos por Espasa S.A.

ii. E igual solución debe darse al segundo, demostrado como resultó que ninguna culpa puede ser atribuida al actor. En cuanto a esto, pues, alcanza con hacer remisión a lo que dije en el cap. I de este Consid. III, al tratar los agravios vertidos por las codemandadas Volkswagen Argentina S.A. y Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados.

iii. Tampoco procede, en mi criterio, la tercera de las quejas.

(i) Porque dado que el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor extiende la responsabilidad que deriva de la gestión a todos los sujetos que han intervenido en la cadena de comercialización, debemos concluir que sin perjuicio del derecho de repetición que pudiere asistirles en el plano interno, los tres sujetos que intervinieron en la operatoria -Volkswagen Argentina S.A., Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados, y Espasa S.A.- son todos ellos responsables frente al actor (cfr. Farina, en "Defensa del consumidor y del usuario", pág. 451, ed. Astrea, Buenos Aires, 2004; Rouillón, en op. cit., pág. 1200, ed. La Ley, Buenos Aires, 2006; Lorenzetti, en "Consumidores", pág. 434, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003). Lo cual, sin mayor consideración, deja sin sustento al agravio de que trato, por derivar la responsabilidad que corresponde atribuir a la concesionaria de fuente legal.

(ii) Dije arriba que tanto Volkswagen Argentina S.A., Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados cuanto Espasa S.A., son todos ellos responsables frente al demandante. Responsables todos ellos: solidarios según la letra de la ley 24.240: 40, 2º párrafo; concurrentes según la sentencia. Es esto último lo que generó, por parte de Espasa S.A., el agravio subsidiario en virtud del cual solicitó a esta Alzada se ordene que en la instancia de grado se determinen los porcentajes de responsabilidad que corresponde atribuir a cada una de las demandadas (fs. 671, último párrafo). Hallo improcedente tal petición.

(iii) La solidaridad sólo puede nacer por convención de las partes, por testamento o por ley (cciv 699 y 700), debiendo surgir de manera expresa (cciv 701), de modo que corresponde concluir que en las obligaciones mercantiles no existe solidaridad si no ha sido convenida o no resulta de disposición de la ley (esta Sala, "Falcone, Luis c/ Jitric, Saúl", 26.11.82; íd., "Lococo, Francisco c/ Mazzeo, Norberto", 28.5.90; íd., "Brave, Carlos c/ Chinchilla, Celestina", 28.5.90; íd., "Kon, Alberto c/ San Román, Enrique", 30.12.98; íd., "Durontó, Guillermo Vicente c/ Visa Argentina S.A.", 1.6.12). Es esto último lo que aquí sucede, según arriba quedó dicho. El cciv 699 establece que "La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores". Lo que caracteriza a la obligación solidaria, además de presentar los caracteres propios de las obligaciones mancomunadas -esto es, pluralidad de sujetos, unidad de objeto y de causa, y pluralidad de vínculos- es que su estructura provoca la creación de un frente común de acreedores y deudores en el que cada uno de esos sujetos puede comportarse como un acreedor o un deudor singular respecto de la totalidad del objeto (cfr. Borda, en "Tratado de Derecho Civil argentino-Obligaciones", tº. I, pág. 402 y sig., 2º ed., Buenos Aires, 1967). A lo que se añade que aquella pluralidad de

vínculos es concentrada o coligada, ya que los vínculos no subsisten separados o aislados ni son independientes entre sí, como acaece con las obligaciones mancomunadas. Esa pluralidad de vínculos concentrada es lo que otorga a la obligación solidaria una estructura unitaria, que permite que todo lo que acontezca con uno de esos vínculos se propague hacia los demás (cfr. Calvo Costa, en "Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: similitudes y diferencias?", publ. en La Ley 2010-B-1111). Por esto es que, cuando de solidaridad pasiva se trata (es éste el caso de autos), el acreedor se encuentra autorizado para requerir la totalidad de la prestación debida a cualquiera de los codeudores y, si éste es satisfecho por cualquiera de ellos, la obligación se extingue con respecto al resto de los codeudores, aunque quienes conforman ese resto nada hayan aportado. (iv) Las obligaciones concurrentes, también llamadas in solidum o de solidaridad imperfecta (Borda, op. cit., pág. 403), son aquéllas que poseen identidad de acreedor y de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor. No corresponde aquí adoptar posición concerniente a la admisión o inadmisión de esta denominación por ausencia de recurso acerca de este extremo (cpr 277); en todo caso, alcanza con mencionar que en opinión de calificada doctrina cabe rechazar tal calificación toda vez que en nuestro derecho existe una única solidaridad, en la que se dan plenamente los efectos principales y secundarios que la caracterizan (Llambías, en "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones?", tº. I, pág. 362, 20º ed. Actualizada por Raffo Benegas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; Borda, en op.cit., pág. 403; Busso, en "Código Civil anotado?", pág. 182, ed. Ediar, Buenos Aires, 1958). Mas sin perjuicio de lo dicho, sí es menester señalar que unas y otras exhiben algunas diferencias que, como bien lo expone Calvo Costa en el citado artículo, pueden ser resumidas del modo siguiente: (i) las obligaciones solidarias son únicas, aunque estén compuestas por varios vínculos; mientras que las obligaciones concurrentes son siempre dos o más, sin que exista conexión entre los distintos deudores de ellas, aunque se conectan por tener idéntico objeto y existir a favor del mismo acreedor; (ii) en las obligaciones solidarias rige el efecto de la propagación, lo que no ocurre en las concurrentes; (iii) en las obligaciones solidarias, al haber vinculación entre los deudores entre sí, existen relaciones internas que aparecen gobernadas por el principio de contribución; lo cual no resulta de aplicación en las obligaciones concurrentes dada la inexistencia de conexión entre los deudores; y (iv) en las obligaciones solidarias, cuando un codeudor paga la totalidad de la deuda, se subroga en los derechos del acreedor a fin de reclamar lo que ha pagado en exceso a los otros codeudores (cciv 771: 3º) por existir entre ellos relaciones internas de contribución, debido a que ellos sólo estaban obligados a su parte y porción (cciv 716, 717 y ctes.), por lo que el solvens sólo puede recuperar luego el desembolso por él efectuado en exceso a su respectiva cuota; lo cual no ocurre en las obligaciones concurrentes en las que, quien paga la deuda debe a veces soportarla íntegramente si fue el verdadero responsable de su constitución o, si no lo fue, puede en otros casos procurar el reintegro total de lo que ha sufragado. De todo lo cual se sigue la improcedencia, cual lo adelanté, del subsidiario agravio que analizo, porque frente al acreedor es innecesario deslindar la proporción de culpa que a cada uno de los obligados concurrentes corresponde atribuir como modo de fijar la contribución que a cada uno le cabe, por ser ésta una cuestión cuya ajenidad a este litigio es evidente: basta recordar que por ser única la prestación debida, en las obligaciones concurrentes, una vez satisfecha ella por cualquiera de los deudores, el acreedor queda totalmente desinteresado. iv. Por fin, tampoco procede, en mi criterio, el último de los agravios vertidos por Espasa S.A. referido a la forma en que las costas le fueron impuestas. Así he de proponerlo al Acuerdo, con remisión a lo dicho en el cap. 1.v.(ii) de este Consid. III. 3. Acerca del recurso que interpuso el actor Héctor O. Fernández. La queja del actor se centró en el rechazo del resarcimiento del denominado daño punitivo, cuya procedencia sostuvo el recurrente en el abuso de la posición de poder, en la búsqueda de un interés económico que adujo ser presumible por el carácter comercial de las demandadas y en la actuación dolosa con que éstas se condujeron. i. A mi juicio -lo adelanto- el recurso se encuentra desierto. (i) Para formar convicción sobre esto alcanza con advertir que, tal y como fue concebida, la pieza recursiva sólo trasunta una mera discrepancia respecto de lo que fue juzgado, sin que exista una sola línea que persuada del desacierto o error en que pudiera haber incurrido el primer sentenciante. En efecto, nada ha dicho el apelante acerca de las causas que llevaron a la primera sentencia a juzgar esta particular cuestión del modo en que lo hizo, ni señalado cuál prueba que no hubiere sido examinada aparejaría un resultado diverso de aquel al que se arribó. (ii) Cual lo dispone el cpr 265 y lo enseña la doctrina, la expresión "crítica razonada" impone al apelante el deber de "...fundamentar la expresión de agravios sobre la base de los errores en que ha incurrido la sentencia, según su apreciación. A tal efecto, no interesa si esos errores son de hecho o derecho; en la primera hipótesis se las pone de manifiesto teniendo en cuenta lo alegado y probado en la causa, y en la segunda, la argumentación jurídica está dirigida a rebatir la tesis jurídica del sentenciante?; mientras que la referida a la "crítica concreta" alude a que "El análisis crítico del fallo debe ser efectuado punto por punto -se entiende que nos referimos a aquellos que lesionan el interés del apelante-; no olvidemos que la omisión de crítica acerca de alguno de ellos implica el consentimiento. No se considera expresión de agravios la mera disconformidad o discrepancia..." (cfr. Serantes Peña-Palma, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?", tº. I, pág. 629, ed. Astrea, Buenos Aires, 1983; también y en esa misma dirección Fenochietto-Arazi, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?", tº. I, pág. 835, ed. Astrea, Buenos Aires, 1983; Guasp, en "Derecho procesal civil?", pág. 1427, 2º ed., Madrid, 1956; Cúneo

Libarona, en "La deserción de instancia por falta de expresión de agravios", publ. en LL 1978-B-483; Podetti, en "Tratado de los recursos?", pág. 614, ed. Ediar, Buenos Aires, 1958; Colombo, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?", pág. 445, nota 385, 4° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975). Ninguno de ambos extremos aparece cumplido por este apelante. Sólo pues en cuanto a este extremo he de agregar, cual reiteradamente ha decidido esta Sala, que en una expresión de agravios no basta el quantum discursivo sino la qualitae razonativa y crítica. No alcanza el disentimiento con la sentencia, pues disentir no es criticar al punto que el recurso debe bastarse a sí mismo. Esto es así, pues tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haber sido interpretados los hechos de modo distinto de lo apreciado por el juez, si bien constituyen modalidades propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial. Por el contrario, la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que el juez de la primera instancia basa su pronunciamiento y la indicación de las circunstancias fácticas y razones jurídicas en virtud de las cuales el apelante tacha de equivocadas las conclusiones del fallo, son presupuestos esenciales para que el acto procesal intentado configure una auténtica expresión de agravios, de lo que se sigue que discutir el criterio de valoración judicial sin apoyar la oposición o dar base jurídica a un enfoque distinto, no es expresar agravios (esta Sala, "Mach, Luis Osvaldo c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.", 30.12.09; íd., "Agua Va S.A. c/ Danone Argentina S.A.", 30.4.10; íd., "Friedrichs, Jorge Walter c/ Macrelli, Roberto", 15.6.10; íd., "Alquivial S.R.L. c/ Balpego S.A.", 6.5.11; íd., "Vera, Guillermo Antonio c/ Ford Credit Cía. Financiera S.A.", 13.5.11; íd., "Salem Ini, Moisés Eduardo c/ Casa Hodara S.A.", 3.11.11; íd., "Bipolar S.R.L. c/ Aeropuertos Argentina 2000 S.A.", 13.3.12; íd., "Ramos, Marcelo Fabián c/ Citibank N.A.", 2.10.12; íd., "Scovenna, Eduardo Rodolfo c/ Plan Rombo S.A.", 11.12.12; íd., "Ghirardi, Alberto César c/ Borello, Rubén Alberto", 26.2.13; íd., "Wainer, Sergio Claudio c/ Cleona S.A.", 25.3.13, íd., "Ventura, José Alfredo c/ Universidad Nacional de Buenos Aires", 21.10.13; íd., "T.V. Sat S.M. Andes S.R.L. c/ DirecTV Argentina S.A.", 19.11.13; íd., "Ventre, José Luis c/ Fideicomiso Laverc", 17.7.14, entre muchos otros). ii. En rigor procesal, pues, correspondería declarar la deserción del recurso en el aspecto examinado, por ausencia de crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas (cpr 265); empero, y con el sólo objeto de resguardar la garantía constitucional de la defensa en juicio de este recurrente, es que analizaré la cuestión. (i) El daño punitivo como instituto halla sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa como "punitive damages", o "exemplary damages", o "non compensatory damages", o "penal damages", o "aggravated damages", o también "additional damages" aunque, como bien lo señaló la sra. Juez Uzal en su voto recaído en la causa "Razzini, Diego c/ Ford Argentina S.A.", sentenciada el 20.12.11 por ante la Sala A de esta Alzada mercantil, tal denominación es en cierta medida objetable, pues lo que se sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo. En nuestro medio, el daño punitivo ha sido definido como las sumas de dinero que los Tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se añaden 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 (cfr. Pizarro, en "Derecho de daños", pág. 291, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993). Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (cfr. Trigo Represas, en "La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", publ. en La Ley on line; Stiglitz-Pizarro, en "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", La Ley 2009-B-949; Tevez-Souto, en "Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor", publ. en R.D.C.O. 2013-B-668; López Herrera, en "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", publ. en J.A. 2008-II-1198; Falco, en "Cuantificación del daño punitivo", diario La Ley del 23.11.11; Colombres, en "Daño Punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", publ. en diario La Ley del 19.10.11). (ii) El instituto en cuestión aparece regulado por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (según texto introducido por ley 26.361), que prevé que frente 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; agrega que "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"; y concluye del modo siguiente: "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". Una rápida lectura del texto transcrito lleva a pensar que para la procedencia del daño punitivo alcanzaría con demostrar el incumplimiento del contrato por parte del proveedor, y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo único que se requiere es la demostración de la existencia de dicho incumplimiento (a modo de ejemplo, puede consultarse el fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Mar del Plata, in re: "Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina", dictado el 27.5.09). Empero, y sigo en su razonamiento a la sra. Juez Uzal en el precedente "Razzini" arriba cit., tal postura no puede ser compartida desde que esa literal -y si se quiere ligera- interpretación de la norma resulta contraria a la propia esencia y espíritu del instituto.

Por el contrario -y bien lo señaló la distinguida magistrada a que me refiero-, existe consenso mayoritario, tanto en el derecho comparado cuanto en la doctrina nacional, acerca de que el daño punitivo únicamente procede en supuestos de particular gravedad, calificados (i) por el dolo o la culpa grave, es decir, una falta grosera consistente en no haber tomado una precaución juzgada como necesaria, que se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación identificándose con la voluntad consciente más que con el simple descuido; (ii) por la obtención de un enriquecimiento ilícito y, también, (iii) por un abuso de posición de poder cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. De modo que debemos concluir que el instituto no se aplica en cualquier caso, sino y sólo cuando aparecen dados aquellos supuestos, esto es, cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura del contrato va más allá del mero incumplimiento contractual (Pizarro, op. cit. pág. 301; Nallar, en *¿Imprudencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes?*, La Ley 2009-D-96). (iii) Quedó en la litis probado el incumplimiento. Empero, en el caso no aparece actuada por parte de la administradora del plan de ahorro previo una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia, que amerite la aplicación de la pena de que trato, y por cuanto la doctrina -según se vio- ha interpretado que no puede bastar el mero incumplimiento contractual (que es resarcido por cauce diverso), la solución viene impuesta (esta Sala, *¿Fasán, Alejandro Luis c/ Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados?*, 26.4.11). Alcanza con recordar que el dolo se configura por una actitud calificada por la intención deshonesta de ocultar para falsear la realidad, como medio de engaño (cciv 931), y debe ser probado por quien lo invoca pues él no se presume; y si bien no dejo de advertir que su prueba puede resultar sumamente difícil, los elementos de persuasión que se propongan para demostrarlo deben valorarse con extremo rigor, por lo que se decidirá por su existencia cuando la prueba sea inequívoca y se lo descartará en situaciones dudosas (CSJN Fallos 321:667; 2637:3171; esta Sala, *¿Vasile, Viviana Andrea c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A.?*, 4.12.09; *íd.*, *¿Rittner, Irene c/ Lago Espejo Resort S.A.?*, 5.2.10; *íd.*, *¿Franmar S.A. c/ Telefónica de Argentina S.A.?*, 16.7.10; *íd.*, *¿Bocel S.A. c/ Provincia Seguros S.A.?*, 14.5.13). Nada sobre este extremo fue probado, como tampoco lo fue -ni podría ser presumido- que la administradora del plan de ahorro previo se hubiere conducido con culpa grave, con el único designio de obtener un enriquecimiento indebido. iii. En síntesis. El recurso que introdujo el actor se halla desierto; y aún si no se compartiera ello, de todas maneras correspondería desestimar la apelación por no darse en el caso los supuestos de procedencia del denominado daño punitivo. IV. La conclusión. Propongo, pues, al Acuerdo que estamos celebrando, desestimar los recursos interpuestos por las partes y confirmar en su totalidad la sentencia de grado. Con costas de Alzada por su orden en atención a la forma en que se decide (cpr 71 y 279). Así voto. Por análogas razones, los Señores Jueces de Cámara, doctores Julia Villanueva y Eduardo R. Machin y, adhieren al voto anterior. Con lo que terminó este acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Julia Villanueva, Eduardo R. Machin, Juan R. Garibotto. Ante mí: Rafael F. Bruno. Es copia de su original que corre a fs. del libro de acuerdos N° ... Rafael F. Bruno Secretario Buenos Aires, 12 de febrero de 2015. Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que antecede se resuelve desestimar los recursos interpuestos por las partes y confirmar en su totalidad la sentencia de grado. Con costas de Alzada por su orden en atención a la forma en que se decide (cpr 71 y 279). Notifíquese por Secretaría. Devueltas que sean las cédulas debidamente notificadas, vuelva el expediente a la Sala a fin de dar cumplimiento a la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. Julia Villanueva Eduardo R. Machin Juan R. Garibotto Rafael F. Bruno Secretario 003256E