

## Seguro Automotor Incumplimiento Contractual Dano Punitivo Interpretacion Restrictiva

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Seguro automotor. Incumplimiento contractual. Daño punitivo. Interpretación restrictiva Se revoca la sentencia en cuanto acogió el daño punitivo reclamado, pues aun ante la circunstancia de no haberse cumplido en término con la obligación asumida en la póliza, no se aprecia intención alguna de dañar por parte de la accionada. En Buenos Aires, a los 15 días del mes de noviembre de 2016, reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?OZORIO EMILIO RAMÓN contra CAJA DE SEGUROS S.A. sobre ORDINARIO?, registro n° 30720/2013/CA1, procedente del JUZGADO N° 8 del fuero (SECRETARIA N° 16), , en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Vassallo, Heredia y Garibotto. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, doctor Gerardo G. Vassallo dijo: I. La sentencia de primera instancia (fs. 243/253) admitió parcialmente la demanda, y condenó a Caja de Seguros S.A. a abonar a Emilio Ramón Ozorio la suma de \$ 118.500 por cumplimiento de un contrato de seguros y daños y perjuicios, todo ello derivado del robo del vehículo de su propiedad que se encontraba cubierto en la demandada. Para así decidir el señor Juez a quo rechazó la defensa de la aseguradora en punto a ser insuficiente la documentación acompañada por el actor al momento de liquidar el siniestro, y entendió aceptado tácitamente el mismo al omitir toda respuesta en los plazos previstos por el artículo 56 de la ley 17.418. Al mensurar la condena otorgó la suma de \$ 73.500 por el incumplimiento de pago de cobertura; \$ 15.000 por privación de uso; \$ 10.000 por daño moral y la suma de \$ 20.000 como daño punitivo. Rechazó el reclamo por lucro cesante como el titulado ?gastos de reintegro?, por considerarlos no probados. Las costas fueron impuestas in totum a la aseguradora. II. Ambas partes apelaron del referido pronunciamiento. El actor se agravió del rechazo de toda indemnización por lucro cesante y por entender reducido el concedido por daño moral y punitivo (memorial fs. 281/284 contestado en fs. 297/299). La aseguradora cuestionó el fallo por haberla condenado a reparar el daño moral, la privación de uso y el daño punitivo; por la tasa de interés aplicada y por haberle impuesto el total de las costas (expresión de agravios fs. 286/293, y respuesta en fs. 301/302). III. La lectura de los escritos de integración de litis revela que desde un inicio, y a pesar de las iniciales negativas de la aseguradora que luego se contradijeron con su relato de hechos, no existió controversia respecto de a) la relación contractual y de su vigencia al tiempo del robo; b) que no existía mora del actor en el pago de la prima, en tanto ello no fue alegado; c) el siniestro mismo; d) que la denuncia fue tempestiva y se realizó por vía de electrónica, en tanto no medió desconocimiento de la demandada; y e) que no hubo rechazo tempestivo en los términos del artículo 56 de la ley específica, pues la aseguradora no alegó haberlo hecho. De allí que pareció innecesario proveer buena parte de la prueba que se admitió (informática; parcialmente la informativa), mientras que la pericial contable se hubiera evitado si, en el marco de la audiencia prevista por el artículo 360 se le hubiera requerido al actor que reconozca la póliza traída por la demandada con su responde, genéricamente desconocida en fs. 58). De todos modos, la cuestión litigiosa aquí se encuentra aún más reducida, pues las partes se han limitado a cuestionar la procedencia o cuantía de los resarcimientos y no aspectos sustantivos. Si bien parecería existir cierta comunidad en materia de agravios, bien que con objetivos contrapuestos, entiendo necesario analizar de forma independiente el primer cuestionamiento de la demandada pues intenta rebatir la procedencia de las indemnizaciones admitidas y no tanto su monto. a) Recurso de la aseguradora: La demandada cuestionó la condena por daño moral, privación de uso y daño punitivo, al considerar erróneamente la sentencia que había incumplido con su prestación. Para sustentar tal impugnación recordó que el actor no había presentado previamente el formulario 15, mediante el cual debía cederle los derechos sobre el rodado, lo cual le impedía todo pago. Inicialmente advierto cierta incongruencia en la postura de la aseguradora, pues de ser atendible este argumento, también podría haber resistido el pago del seguro en sí. Mas no lo hizo ni dio explicaciones de tal conducta. Pero en lo puntual, la demandada reconoció en su escrito de descargo, al no alegar lo contrario, que no resistió la aceptación del siniestro con tal óbice. En rigor, al no invocar haber rechazado extrajudicialmente el pedido de cobertura, debe entenderse como bien lo hizo la sentencia, que la aseguradora desatendió su obligación de pronunciarse sobre el particular en 30 días de formalizada la denuncia o recibida la información complementaria. La lectura del memorial de agravios confirma esto. Caja de Seguros expresamente reconoció que recién en la contestación de demanda puso de resalto esta aludida omisión (fs. 286, último párrafo). Así mal pudo alegar allí y menos ahora su derecho a resistir el siniestro, cuando por infringir el artículo 56 de la ley 17418, se lo tuvo tácitamente por aceptante

de sus obligaciones de cobertura (artículo 919 código civil, vigente en ese entonces; CNCom., sala B, 18.12.1986, ?Bandell, J. c/ Unión comerciantes Cía. de Seg. ?; CNCom., sala A, 29.02.1996, ?Zorrilla de Carrizo, A. c/ Inca Cía. de Seg. ?; CNTrab., Sala I, 31.8.1995, ?M. A. c/ Estructura Horizontal?; citados en Stiglitz, Rubén S., Derecho de Seguros, ed. 2004, t. II, pág. 292; esta Sala, 6.8.2010, ?Markocich Andrés Ariel c/ Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. sobre ordinario?). De allí su mora resulta evidente. De todos modos no puede sostenerse que la ausencia del formulario 15 constituya un real impedimento para reconocer el siniestro y por consiguiente, de otorgar cobertura. En el mejor de los casos su ausencia constituiría un óbice para efectuar el pago hasta tanto le sea presentado, pero no para rechazar el evento. Es por ello, que el argumento debe ser rechazado. Amén de involucrar en este primer desarrollo al agravio por daños punitivos, la aseguradora realizó un discurso complementario referido específicamente a esta indemnización. Veamos: El Juez de grado consideró que la conducta de la aseguradora superó el simple incumplimiento, y denotó una actitud absolutamente desaprensiva, de total menosprecio por los derechos del asegurado y de grosero desinterés en el cabal cumplimiento de lo acordado. Ante ello, propició una sanción punitiva tendiente a desalentar conductas nocivas que por su particular gravedad sobrepasan el perjuicio individual, y condenó a la demandada a pagar \$ 20.000 por este rubro. La demandada postula aquí su revocación, mientras que el actor en su recurso propicia el aumento del resarcimiento por este rubro. La incorporación de los llamados ?daños punitivos? (instituto de origen anglosajón) al derecho nacional produjo, y continúa produciendo mucha controversia en nuestra doctrina. Hoy podría decirse, sin miedo a equivocarnos, que existen tres posturas bien claras y definidas: a) una primera posición que postula su inconstitucionalidad a partir del desconocimiento de una función punitiva de la responsabilidad civil o mejor dicho del llamado ?Derecho de Daños?; b) un segundo enfoque, que admite su procedencia pero sólo para supuestos muy puntuales; y c) una tercera tesis, que se inclina por su aceptación entendiendo que las penas privadas no resultan ajenas al ordenamiento nacional. No obstante ello, lo cierto es que ésta particular condenación de naturaleza civil hoy se encuentran regulada en el artículo 52bis de la ley 24.240 de Derechos de Consumidores y Usuarios (según art. 25 de la ley 26.361, B.O. del 7.4.2008). Concretamente, esta sanción comúnmente conocida en su lengua nativa como: ?punitive damages?, o también como: ?exemplary damages?, ?vindictive damages?, ?non compensatory damages?, ?penal damages?, ?aggravated damages?, additional damages?, ?smart money? etc., se concede para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo (conf. Kejelmajer de Carlucci, Aída R., ¿Conviene la introducción de los llamados ?daños punitivos? en el derecho argentino?, pág. 88, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, segunda época, año XXXVIII, 1993, N° 31, Buenos Aires, 1994). En otras palabras, son ?sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro? (Pizarro, Ramón D., Daños Punitivos, publicado en Kemelmajer de Carlucci, Aída (directora) y Palladera, Carlos (Coordinador), Derecho de daños, pág. 291 y 292). Es decir, a modo de síntesis, que se trata de una reparación que se otorga a la víctima por sobre la indemnización de daños efectivamente sufridos por ésta, con la idea de: a) castigar la conducta antijurídica particularmente grave del dañador, y b) prevenir otras que pudieran suscitarse en el futuro. Ahora bien, no obstante estas precisas conceptualizaciones elaboradas sobre ciertos antecedentes extranjeros que establecieron y moldearon la figura de acuerdo a los fines para la cual fue creada, la regulación dispuesta por el legislador argentino ha dejado mucho que desear. Y es que, según una interpretación literal de las disposiciones del propio artículo, el Juez se encuentra autorizado a imponer una multa civil a favor del consumidor, cuando el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales respecto de aquél. Como puede observarse, esta amplísima disposición, (que no exige otro requisito más que la mera inobservancia de los deberes legales o contractuales) termina por desnaturalizar los verdaderos objetivos para lo cual se extrapoló e incorporó esta figura al ordenamiento nacional. O sea, con la finalidad de punir y desalentar conductas disvaliosas graves. Tal vez, y como bien señaló (en su momento), el doctor Atilio Alterini, habría sido preferible que el legislador, amén de tener en cuenta para la cuantificación del monto ?la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso?, hubiera considerado puntualmente, como dispone el artículo 49 para las sanciones previstas en el artículo 47, ?el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho?. En definitiva, ?es de esperar: a) Que la praxis jurisprudencial de la multa civil sea prudente; b) Que su función ?moralizadora del mercado? se concentre como corresponde en la protección de valores superiores como la vida, la salud, la integridad física y la reputación; c) Que se atienda al principio de proporcionalidad, que implica no establecer otras penas que las ?estricta y evidentemente necesarias?; d) Que se tenga en cuenta que la magnitud de la multa debe ser confrontada con las garantías constitucionales; y e) Que en todo caso sean desalentados los ?cazadores de pena privada? (Alterini, Atilio Aníbal, Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primer lectura, 20 años después, LL 2008-B, 1239; LL 9.4.2008,

Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 1.1.2008; LL on line: AR/DOC/905/2008). En este sentido, recuerdo haber dicho en mi voto del 31.8.2012, en la causa ?Liberatore c/ Banco Sáenz S.A.?, que mucho: ?...ha sido criticada la redacción asignada al referido artículo 52bis por su extrema laxitud y por no reservar aquella multa, como lo hace la doctrina y jurisprudencia, en este último caso extranjera, a situaciones de excepción donde la conducta del proveedor presenta una gravedad e intencionalidad tal que justifique, amén de las indemnizaciones usuales, imponer una sanción (Picasso S. y Vázquez Ferreyra R., Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada, T. I. página 620 y siguientes; Pizarro R. y Stiglitz, R., Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949; Brun, C., Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor, DJ 2008-II, 369; Furlotti, S., Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 de la ley 24.240, LL Gran Cuyo 2010 -octubre-, 819; entre otros)?. ?El Dr. Trigo Represas, en un trabajo que publicó tiempo atrás (Trigo Represas F., La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor, LL diario 3.5.2010), recuerda que el consenso dominante tanto en nuestra doctrina como en el derecho comparado es que ?...las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva?. ?Y en apoyo a tal postulado, el conocido doctrinario recuerda dos famosos casos de daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense, ambos dictados contra fábricas de automotores, en los cuales las terminales, aun conociendo los vicios que tenían cierta línea de rodados, que provocaron importantes lesiones a sus pasajeros en sendos accidentes, había decidido no rescatar los miles vendidos, por claras razones económicas. En rigor entendieron que el pago de indemnizaciones a las eventuales víctimas, aún en caso de muerte, sería menos gravoso desde lo monetario, que reparar o discontinuar los vehículos con vicios constructivos (?Grimshaw vs. Ford Motors Co.?: y ?Anderson vs. General Motors?)?. ?Es claro que estos casos reconocen cierto desprecio de las terminales por la seguridad de sus clientes, pues justificaron su decisión mediante una simple ecuación matemática que los llevó a concluir que las pérdidas en caso de condenas judiciales sería notoriamente inferior a lo que sería la conducta debida: recuperar los vehículos para proceder a su reparación o a sustituirlos por otros sin vicios constructivos?. ?En estos precedentes, según refiere Trigo Represas, la condena a la Ford Motors Co, amén de los resarcimientos usuales, sumó U\$S 125.000.000 en concepto de daños punitivos; importe que se elevó a U\$S 4.900.000.000 en el juicio seguido contra General Motors?. ?Ello pues el instituto persigue tres funciones: 1) sancionar al causante del daño que derivó de una conducta intolerablemente nociva; 2) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. Como ocurrió en los casos que acabo de reseñar, limitar las indemnizaciones a las usuales hubiera permitido a las automotrices obtener el beneficio que mensuraron al decidir no rescatar los vehículos y estar a las consecuencias de las eventuales condenas que pudieran imponérseles; 3) Por último, la imposición de estas multas tendrá por efecto prevenir o evitar la reiteración de este tipo de evaluaciones económicas. Es que si los directivos de estas empresas hubieran reparado en la magnitud de las multas que pudieren serle impuestas, amén del demérito de la marca, quizás hubieran variado su decisión y recuperado los vehículos, evitando así las lesiones sufridas por sus consumidores. En definitiva, esta tercera cara de la multa civil, persigue un efecto disuasivo que impida la concreción del hecho dañoso?. ?En este marco, reducir como único presupuesto para la procedencia de la sanción el mero incumplimiento de la ley o del contrato, constituye una fórmula por demás amplia que no responde a lo que nuestra doctrina, como la comparada, ha exigido para su procedencia y, en sustancia, al sentido y finalidad que los autores han asignado al instituto?. ?Aplicar una multa civil frente a cualquier incumplimiento o desatención legal, obviamente dentro del marco de las relaciones de consumo, desnaturalizaría la finalidad de esta herramienta legal?. ?Es que, como fue adelantado, amén 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., obra citada). Recaudos que eran sustancialmente exigidos en el proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, como lo recuerdan Picasso y Vázquez Ferreyra, citando a Galdós (obra y tomo citados, página 621)?. ?Entiendo así que la multa civil es de aplicación excepcional y requiere de la comprobación de una conducta disvaliosa por la cual el responsable persiga un propósito deliberado de obtener un rédito con total desprecio de la integridad o dignidad del consumidor, situación que no parece darse en el caso?. ?Como sostuvo el Dr. Posse Saguier, ?...la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas 'penas privadas'? (CNCiv. Sala F, 18.11.2009, ?Cañadas Pérez, María c/ Bank Boston N.A., LL 2010-A, 203; cita online AR/JUR/45423/2009)?. ?En este marco, cabe destacar que el referido artículo 52bis de la ley 24.240 sólo confiere al Juez la facultad de imponer estas sanciones al disponer que ?...el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor...?. No estamos entonces en presencia de una imposición al Juzgador sino sólo una potestad que el magistrado podrá o no utilizar según entienda que la conducta antijurídica previamente demostrada presenta características de excepción que exigen, congruentemente, una condena ?extra? que persiga no

sólo resarcir a la víctima sino también sancionar al responsable, quitarle todo resabio de rédito económico derivado de la inconducta, y que genere un efecto ejemplificador que prevenga su reiteración? (CNCom., esta Sala, 31.8.12, ?Liberatore Lydia Lilian c/ Banco Sáenz S.A. s/ ordinario?).? En el sub lite a diferencia de todo cuanto alega el accionante, no encuentro plasmados los recaudos de excepción que se acaban de desarrollar. Ciertamente no advierto y mucho menos ha sido probado, que en el caso haya existido dolo o culpa grave por parte de la demandada. Y es que, aun ante la circunstancia de no haberse cumplido en término con la obligación asumida en la póliza, no se aprecia intención alguna de dañar por parte de la accionada. En conclusión, si bien la conducta de la demandada Caja de Seguros S.A. resultó completamente negligente, como resolvió el Juez de grado, de ninguna manera podría ser calificada como intencional o de ?culpa grave? en función de la aplicabilidad de la multa civil, tal como pretende el recurrente. Ello así, cabe recordar que el dolo o la culpa grave resulta ser el elemento distintivo, la condición sine qua non, para la imposición del daño punitivo. Todo lo que haga el proveedor debe ser contrario a la buena fe de manera intencional. Si no hay intención de dañar, puede haber daño compensatorio por responsabilidad objetiva pero nunca daño punitivo. Es más, sería altamente perjudicial que se impusieran daños punitivos sin la prueba de este requisito, porque se corre el riesgo de sacar del mercado a buenos productos (López Herrera, Edgardo, Los Daños Punitivos, pág. 381). De su lado, tampoco se aprecia que hubiera existido algún tipo de beneficio o enriquecimiento por parte de la demandada, al haber adoptado la actitud que tomó. O sea, lo que se conoce como ?las ganancias que se pudo obtener?, derivadas del ilícito. Ciertamente, no se acreditó, ni se puede inferir, que la malsana conducta de la aseguradora hubiera respondido a un cálculo de probabilidades económicas que le sugerían actuar del modo en que lo hizo, por ser económicamente más rentable que conducirse como debió haberlo hecho. Finalmente, no aprecio una ?particular gravedad del hecho? lo suficientemente importante, o trascendental que amerite la imposición de una sanción ejemplificadora como lo son los daños punitivos. Por todo ello, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante una imposición legal, sino frente a una potestad que puede o no el magistrado utilizar, considerando que en el caso tampoco se presentan todos los requisitos de procedencia que fueron precedentemente señalados, es que entiendo adecuado revocar la sentencia en este aspecto y desestimar la sanción fijada por daño punitivo. Cabría ahora analizar los restantes agravios planteados por la aseguradora, como lo son la tasa de interés aplicada y las costas. Pero entiendo adecuado tratar el recurso deducido por el señor Ozorio pues su resultado podría incidir en los puntos pendientes de la apelación de su contraria. b) Recurso del actor: El señor Ozorio se agravió por el monto concedido en calidad de daño punitivo. En tanto propondré la revocación de esa parte de la condena, la impugnación del actor se ha tornado abstracta. Cuanto menos en lo que es mi postura. También el señor Ozorio se agravió del rechazo del lucro cesante. Sabido es que el lucro cesante consiste en la frustración de ganancias que el acreedor podía razonablemente esperar según las circunstancias generales o especiales del caso si el acto ilícito (aquí, incumplimiento contractual) no hubiese sucedido (artículo 1069 código civil). Se trata de las ganancias que verosímilmente se habrían logrado suponiendo que se hubieran mantenido las demás circunstancias necesarias (Orgaz, A., El daño resarcible, Buenos Aires, 1980, n° 6; Llambías, J.J., Tratado de derecho civil, Parte general, t. II, n° 1428). Es que para que resulte indemnizable, el daño ha de ser cierto y no eventual, hipotético o conjetural pues, si se indemnizara y luego no se produjese el damnificado meramente eventual se enriquecería sin causa a expensas del responsable; en otras palabras, debe haber certidumbre en cuanto a la existencia, presente o futura, del daño aunque no fuera determinable todavía su monto, toda vez que daño cierto es el que se presenta como indudable o con un alto margen de probabilidad (Llambías, J. J., ob.cit., Obligaciones, t. I, n° 241; Orgaz, A., ob. cit., n° 28; Bustamante Alsina, J., Tratado general de la responsabilidad civil, 5ª ed., n° 324/326; Alterini, A. A., Ameal, O. y López Cabana, R., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires, 1995, n° 486; Cazeaux, P. y Trigo Represas, F., Derecho de las Obligaciones, t. I, p. 219/224; etc.; CNCiv. Sala C, 17.5.2005, ?G., J. M. c/ Gil, Nelio Omar?; TSJusticia Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 6.9.1995, ?Villalba, Juana F. c/ Consorcio de propietarios Edificio "Gaucho"?, LLC 1996, 790). El actor al demandar sostuvo ser contador y desempeñarse como perito en los fueros civiles, comerciales, administrativos y laborales, tanto en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como en Avellaneda, Lanús y Lomas de Zamora. Dijo que el verse privado de su vehículo le produjo un detrimento económico, y le implicó grandes erogaciones para el traslado en sus tareas normales y habituales, los que mesuró en \$ 22.800. Del relato no abona sustancialmente un reclamo por lucro cesante, sino por privación de uso. En rigor lo que alega el señor Ozorio para reclamar resarcimiento son los daños que le habría generado la imposibilidad de contar con el rodado, perjuicio que encuadra en la privación de uso, también reclamada, acogida en la sentencia, y hoy firme tanto en su procedencia (véase análisis del recurso anterior), como en su cuantía la que no fue objetada. Como lo ha dicho Zavala de González, ?...de ordinario, la indisponibilidad del vehículo determina la producción de un daño emergente, lo que se verifica cuando se demuestra o es presumible (este camino de presunciones es el generalmente aceptado) que el damnificado ha debido recurrir a medios de transporte sustitutivos para reemplazar la función que desempeñaba el vehículo propio). Pero, en ciertas oportunidades, la privación de uso da origen a un lucro cesante, lo cual ocurre cuando el automotor era instrumento del despliegue de una actividad productiva, que no ha podido continuarse desarrollando, con la

consiguiente frustración de ganancias. El primero (daño emergente) entraña el empobrecimiento (privación o egreso de valores patrimoniales), mientras que el segundo (lucro cesante) representa la pérdida de un enriquecimiento (dejan de ingresar beneficios patrimoniales, lucro cesante)?. (Zavala de González, Matilde, Reconocimiento de daños, T. 1, Daños a Automotores, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, vol. 1. p. 92/93). Congruente con ello, Kemelmajer de Carlucci precisó que "...la privación del uso del vehículo importa un daño emergente presumido (las erogaciones para el transporte que debe hacer el damnificado ante la imposibilidad de utilizar su propio medio) y un lucro cesante a probar (las ganancias frustradas que se hubieran obtenido en caso de haber podido utilizar el automotor)? (Kemelmajer de Carlucci, El cumplimiento tardío de la obligación de entregar el automóvil vendido y la reparación del daño producido por la privación de uso, en la RDPC del 2003 - 3, p. 224, 227 y ss.; ed. Rubinzal Culzoni). Aún cuando se aceptara tal disquisición, el reclamo debió ser realizado por vía de la privación de uso. Y de obtener prueba suficiente sobre el uso del rodado asociado a una actividad comercial o profesional, la cuantía del resarcimiento debió fijarse acorde con tal mayor perjuicio. El señor Juez a quo reconoció que el actor probó ser perito ante los tribunales de Lanús, Lomas de Zamora y Capital, como lo demuestra la prueba informativa. Pero también resulta de tales informes que la mayor parte de las designaciones, cuanto menos más del 50% de las informadas, datan de fechas anteriores al robo de la unidad, en algunos casos años, lo cual no puede justificar perjuicios que obviamente padeció como consecuencia del siniestro. Pero aún tomando los peritajes posteriores, el actor pudo haber acreditado el tiempo que le insumía la labor pericial y su necesidad de utilizar el rodado. Nada de ello fue siquiera intentado. De todos modos tal emprendimiento hubiera justificado, eventualmente, un incremento del resarcimiento por privación de uso, ítem que aquí no fue materia de agravio. En punto al lucro cesante, debió señalar primero y probar después, que como consecuencia de la falta del vehículo, no pudo asumir peritajes u otras tareas lucrativas para justificar la pertinencia de este puntual ítem. Sin embargo, nada de esto hizo. Así cabe estar a la solución de la sentencia que desechó esta indemnización por iguales motivos. El actor se quejó también del resarcimiento concedido en materia de daño moral por considerarlo exiguo. Es criterio de esta Sala que en materia contractual el perjuicio extrapatrimonial no se presume y es carga del pretensor su prueba concreta (23.8.2007, in re: ?Ocampo, Antonio c/ Fiat Auto Argentina S.A. y otro s/ ordinario?; 13.4.2007, ?Mazzeo, Héctor Horacio c/ Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados s/ ordinario?; 13.4.2007, ?Lazarte, Antonio Sergio c/ Autocompra Plus y otro s/ ordinario?; 19.11.2008, ?Marchesano Gustavo Luis c/ Banco Hipotecario S.A. s/ ordinario?; CNCom. Sala A, 11.9.2001, ?Tomás, Celestino Antonio c/ Compañía Sur Seguros de Vida S.A. s/ ordinario?; Llambías J.J., Tratado...Obligaciones, T. I, pág. 353; Cazeaux, P. - Trigo Represas, F., Derecho de las Obligaciones, 2 ed. t. I, pág. 382; Cichero, La reparación del daño moral en la reforma de 1968, E.D., 66:157; Borda G., Tratado de Derecho Civil; Obligaciones?, 7a. ed., t. I, pág. 195, n 175; CNCiv. Sala F, L L 1978-B:521; íd. Sala F, ED 88:628; CNCiv. Sala C, ED 60:226; CNCiv. Sala E, 19.9.94, ?Vítolo D. c/ Guardado, Néstor?; CNCiv. Sala L, 13.6.91, ?Mendez de López Mansilla, Claribel y otra c/ Bonfiglio Wasbein y Bonfiglio S.R.L.?; CNCom. Sala A, 13.7.1984, ?Collo Collada A. c/ Establecimientos Metalúrgicos Crespo SACI?). Es que la noción de daño moral se halla vinculada al concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equiparables o asimilables a las meras molestias, dificultades o perturbaciones que pueda llegar a provocar un simple incumplimiento contractual, en tanto esas vicisitudes o contrariedades son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (CNCom. Sala A, 30.8.1995, "Criado c/ Federación Patronal Cooperativa de Seguros"; íd. Sala A, 22.9.2000, "Sprint TV S.A. c/ Club Obras Sanitarias de la Nación s/ cobro de pesos"). De ahí que la reparación del agravio moral derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio judicial, quien libremente apreciara su procedencia, debiendo procederse con estrictez (art. 522 del Código Civil; CNCom. Sala E, 6.9.1988, "Piquero, Hugo c/ Banco del Interior y Buenos Aires"). Mosset Iturraspe al explicar las diferencias entre el ?podrá? del artículo 522 y el ?deberá? del 1078, ambos del código civil, sostuvo que el primero, al referirse a una obligación contractual de evidente contenido patrimonial, ha entendido que la reparación de los perjuicios de esa índole cubre, por lo general, por compensación las expectativas del acreedor. Así no basta el mero ?dolor? por la insatisfacción de una obligación concertada, sino que en opinión de tal autor, se exige en el caso otro tipo de menoscabo en los derechos de la personalidad, honor dignidad, imagen, etc. (Mosset Iturraspe, Responsabilidad por Daños, El incumplimiento contractual, T. II, página 92). En el sub judice el actor no intentó prueba alguna en este sentido. Nótese que el fundamento del magistrado de grado para otorgar el resarcimiento fue la actitud adoptada por la aseguradora. Pero en realidad, en este rubro indemnizatorio se exige prueba concreta del padecimiento que el incumplimiento contractual le generó al pretensor, el cual debe exceder de las contingencias habituales que provoca la frustración de un negocio. En tales circunstancias propiciaré rechazar el recurso del señor Ozorio y mantener el monto del resarcimiento otorgado en la primera instancia. c) Tasa de interés: Agotado el recurso planteado por el actor, cabe retornar a los agravios pendientes de la apelación de la contraria. La aseguradora se quejó de la tasa de interés aplicada por entenderla excesiva. El magistrado de grado dispuso que el capital total de condena devengara intereses a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de

documentos a 30 días. El demandado reclamó la aplicación de la tasa pasiva o en su defecto la fijación de porcentaje puro (8% anual). Ya en vigencia el Código Civil y Comercial al tiempo de este voto cabe decidir si corresponde su aplicación al caso. He dicho ya en la causa ?Coto Centro Integral de Comercialización S.A. Smartphone S.A. s/ ordinario? el 4.12.2015 que cuando el derecho que se reconoce deriva de hechos y conductas ocurridas durante la vigencia del ordenamiento anterior, las consecuencias del incumplimiento aquí acreditado que sustenta la actual condena, se rigen por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, conforme lo prevé su artículo 7 primer párrafo. Trátase de efectos o consecuencias no consumidas, en tanto declaradas bajo el imperio de esta nueva legislación, lo cual la torna aplicable en el sub iudice (Kemelmajer de Carlucci, A., La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, página 36; Heredia P., El derecho transitorio en materia contractual, en Revista Código Civil y Comercial, La Ley Año 1, número 1, página 4; Dell'Orefice C. y Prat, H., La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio, misma revista y número, página 22). Con esta premisa, corresponde ahora determinar cuál será el rédito que cabrá adicionar a la condena que propongo. El nuevo código establece, en su artículo 768, tres vías para identificar el interés que deberá calcularse frente a una situación de mora. Como primera opción, el código refiere al que hubieren fijado las partes; en el segundo caso, la que dispongan las leyes especiales y, por último y como hipótesis subsidiaria de las anteriores, las ?...tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. En el caso, las partes no pactaron rédito alguno ni existen leyes especiales que definan el interés a aplicar en este tipo de contratos. Cabe entonces derivar así en la solución ?subsidiaria?. Y en el marco de esta plataforma normativa, definir cuál es la tasa o el conjunto de ellas a que se refiere el ya citado punto c del artículo 768. Al desarrollar los ?Fundamentos? del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, la Comisión de juristas creada por el decreto 191/2011 explicó que al definir esta opción subsidiaria, descartaron remitirse derechamente a ?...la tasa activa como se propiciara en el Proyecto de 1998, porque se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa del caso?. Aclaro aquí que esta norma no sufrió modificación alguna por el Poder Ejecutivo, por lo cual la explicación transcrita responde cabalmente a la redacción vigente. Congruente con tal definición, la Comisión redactora remitió a las ?...tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central?, en la inteligencia que, como rector del sistema financiero nacional, dicha entidad establece diversas tasas mínimas o máximas, según sea la operación que enriquecen (vgr. plazo fijo, préstamos personales, prendarios, tarjetas de crédito, etc.) a su vez marcando diferencias en el quantum de las tasas, aun tratándose de la misma operación, sea que se trate de ?Entidades financieras Grupo I? o ?Entidades financieras Grupo II? (ver Comunicación B 11036, 11088, 11089, entre muchas otras).

Es claro así que, de acuerdo a lo explicado en los ?Fundamentos del Anteproyecto...? y en ausencia de una tasa específica aplicada al ámbito judicial, el legislador delegó en el Juez determinar la tasa que considera más ajustada para aplicar al negocio puntual que ha dado causa a la condena (Pizarro R., Clases de Obligaciones, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación - 2012, Julio César Rivera, director, página 540, Ed. Abeledo Perrot). En el caso, entiendo acertado el criterio propiciado por el magistrado de grado dado que tratándose de una contratación de carácter comercial se debe aplicarse la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a 30 días, sin capitalizar. Dicho rédito, que se encuentra dentro de los parámetros reglamentarios que fija el Banco Central, responde adecuadamente a las consecuencias económicas de una operación comercial desatendida como la aquí ventilada. Sin embargo este principio general reconoce en el caso una excepción que deriva de una situación de hecho específica. La sentencia fijó la cuantía de dos resarcimientos (daño moral y privación de uso) a la fecha del decisorio. Si bien corresponde admitir réditos cuando los valores han sido fijados a la fecha de la sentencia, conforme con la doctrina plenaria fijada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 16/12/58 in re ?Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes?, procede su cálculo desde el día en que se produjo el perjuicio o, como en el caso, el incumplimiento (esta Sala, 15.12.2006, ?Mabromata Daniel José c/ Lloyds Bank LTD SA s/ Sumario?; CNCiv Sala L, 13.5.2009, Álvarez, Fabián Gustavo c/ Falabella, Salvador; LL 2009-D, 167). En tanto estos dos valores han sido estimados al tiempo del decisorio, será autorizada una tasa del 8% anual, bien que por el período que va desde el día a quo fijado por el señor magistrado de la instancia anterior hasta la fecha de la sentencia en estudio. Es que resultaría un claro exceso aplicar, en ese lapso, el interés bancario de plaza. Sabido es que esa tasa está compuesta, en términos generales, por un porcentaje destinado a compensar la depreciación de la moneda y por otro que remunera al Banco por el uso del dinero. Así, al tratarse de una suma fijada a valores actuales, resulta impertinente aplicar la tasa Banco Nación sin limitación alguna, pues de así hacerlo se estaría compensando doblemente la desvalorización del signo monetario. Tal reparo pierde justificación, como ya se adelantó, en el período que va desde la fijación del quantum de la indemnización (fecha de la sentencia de primera instancia) hasta el efectivo pago. Por ello en tal lapso los accesorios correrán a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de documentos comerciales a treinta días (conf. CNCCom. en pleno, 27/10/94, "S.A. La Razón"), sin capitalizar (conf. CNCCom. en pleno, 25/8/03, "Calle Guevara"), hasta el efectivo pago. Va de suyo que esta modificación no comprenderá el quantum del valor del rodado, el

que será enriquecido con los parámetros dispuestos oportunamente. d) Costas: La aseguradora reclamó ser eximida de costas por entender no haber ?responsabilidad alguna en cabeza del demandado?. Tal críptica y dogmática afirmación no constituye crítica concreta y razonada del fallo, ni permite obviar el principio general previsto por el artículo 68 del código procesal, en tanto vencido en lo sustancial. De allí que será desestimado derechamente, este agravio. IV. Por lo expuesto, si mi criterio es compartido, propongo al Acuerdo que estamos celebrando modificar la sentencia en estudio, con el alcance de rechazar la sanción por daño punitivo y modificar la tasa de interés respecto de los resarcimientos por privación de uso y daño moral del modo explicado en el punto III, c) de este voto. Propongo además que las costas de esta instancia sean distribuidas en el orden causado por mediar vencimientos parciales y mutuos (cpr. 71). Así voto. El señor Juez de Cámara Dr. Heredia dijo: Adhiero al voto del juez Vassallo. Me permito solamente señalar, en adición a lo expuesto en el capítulo ?Tasa de interés? de su ponencia, que no desconozco la interpretación postulada por distintos autores -serios y reconocidos todos- en el sentido de que el art. 768, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación, no permite a los jueces la fijación de la tasa moratoria, y que consiguientemente lo que corresponde aplicar son las tasas fijadas directamente por el Banco Central de la República Argentina (conf. Ossola, F., en la obra dirigida por Lorenzetti, R., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Santa Fe, 2015, t. V, ps. 141 y 144; Calvo Costa, C., Código Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 685), pues se ha querido que sea la autoridad monetaria, dentro de sus políticas sobre la materia, quien fije una tasa que puede tener importantes efectos macroeconómicos (conf. Márquez, J., Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial de la Nación, RCCCN, edición especial ?XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil?, Buenos Aires, setiembre 2015, p. 15, cap. IV, B, 2). Sin embargo, coincido con el criterio de que la previsión del artículo 768, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación no implica la delegación al mencionado banco de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará, sin perjuicio de que las tasas fijadas por las reglamentaciones bancacentralistas sirvan como pauta que eventualmente puede ser utilizada por el magistrado en esa tarea. Así lo concluyó específicamente el despacho de mayoría de la Comisión n° 2 ?Obligaciones: obligaciones de dar dinero?, punto 20.1, aprobado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1 a 3 de octubre de 2015 (suscripto por los doctores Urruti, Bonino, González Zavala, Churrarín, Moia, Scotto Lavina, Rey, Márquez, Borda, Compiani, Azar, Bliss y Viale), coincidentemente con otras expresiones de la doctrina que específicamente reivindicaban la facultad de los jueces de fijar la tasa del interés moratorio tal cual lo permitía el art. 622 del Código Civil (conf. Pizarro, R., Clases de Obligaciones, en la obra colectiva dirigida por Rivera, J. y Medina, G., ?Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012?, Buenos Aires, 2012, p. 529, espec. p. 540 in fine). Es de observar, en tal sentido, que en una de las ponencias presentadas en las jornadas de derecho civil antes indicada se dijo -como razones fundantes del criterio indicado- que ?...en la nota al artículo 622 del Código Civil...Vélez Sarsfield apuntaba a la índole variable que conlleva la materia de intereses, y la necesidad de corresponderse con la situación económica general del país: ?porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos?. La regulación de las tasas por el Banco Central no ha venido obedeciendo a la realidad económica del país, sino a parámetros de la política financiera, lo cual ha traído aparejado atrasos en la fijación de tasas generales cuyo principal efecto ha sido la licuación de pasivos. A ello se añade la finalidad resarcitoria de los intereses moratorios. Ya Vélez Sarsfield advertía que su abstención de fijar una tasa legal se debía a que ?Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso?. Esto último determina la necesaria apreciación judicial, pues es propio de la función jurisdiccional fijar la cuantía del resarcimiento (...). Por lo tanto, la inteligencia del art. 768 debe guardar coherencia con la finalidad resarcitoria de los intereses moratorios por los daños derivados del retardo imputable en el pago de una obligación dineraria. De allí que la remisión a las regulaciones del Banco Central depende de la tasa y tipo de interés que el Juez estime como más adecuado y ajustado a la índole del incumplimiento y de los daños que los intereses moratorios resarcen, a cuyo fin las reglamentaciones que dicte la autoridad bancaria deben ser tomadas como un marco de referencia indicativo, no ya determinante de la tasa aplicable. Ratifica esta inteligencia que proponemos de la norma, la facultad que se otorga a los jueces en el art. 771, por lo que en definitiva serán éstos quienes los establezcan conforme la práctica judicial que venimos teniendo...? (conf. Azar, A. y Ferreyra, M., Régimen de los intereses en el Código Civil y Comercial de la Nación: interpretación conforme a las finalidades de la ley y a eficacia de las normas, ponencia considerada por la Comisión n° 2). A la luz del entendimiento al que adhiero, juzgo que la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones ordinarias de descuento a treinta días (conf. CNCom. en pleno, 24.12.1994, ?SA La Razón S.A.), que es obviamente fijada ?...según las reglamentaciones del Banco Central...?, sin capitalizar (conf. CNCom. en pleno, 25.8.2003, ?Calle Guevara, Raúl s/ revisión de plenario?), y que esta alzada mercantil venía utilizando hasta el 1.8.2015 en que entró en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación, es la que se debe seguir aplicando con posterioridad también a esa fecha, máxime si se piensa que la que se elija de conformidad con el citado art. 768, inc. c, nunca podría ser inferior ya que, ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y

dadas las actuales circunstancias económicas, otra solución iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño (arg. art. 1740 del mismo Código; CNCiv. Sala B, 6.8.2015, ?Martínez, José E. c/ Varela, Osvaldo H.?). Con tal alcance, doy mi voto al acuerdo (en el mismo sentido, esta Sala D, 4.12.2015, ?Coto Centro Integral de Comercialización SA c/ Smartphone SA?). El señor Juez de Cámara, Dr. Garibotto, dijo: Adhiero al voto del juez Vassallo, con las precisiones desarrolladas por el juez Heredia. V. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Modificar la sentencia de primera instancia, con el alcance de rechazar la sanción por daño punitivo y rectificar la tasa de interés respecto de los resarcimientos por privación de uso y daño moral conforme lo explicado en el punto III, c) del voto. (b) Distribuir las costas de Alzada en el orden causado por mediar vencimientos parciales y mutuos. (c) En los términos del art. 279 del Cód. Proc. se procede a fijar los honorarios de los profesionales intervinientes. En atención a la naturaleza, importancia y extensión de las labores realizadas en autos, con base en el monto económico finalmente comprometido y las etapas procesales efectivamente cumplidas, regular en \$ 22.000 (pesos veintidós mil) el honorario del letrado patrocinante de la parte actora, Gustavo J. Ozorio Torres; en \$ 21.500 (pesos veintiún mil quinientos) el de los abogados de la parte demandada, María A. Canevari y Leonardo V. Russo Campana, en conjunto; en \$ 5.700 (pesos cinco mil setecientos) el del perito contador, Alejandro P. Arnedo Oliveto; y en \$ 1.800 (pesos mil ochocientos) el del perito en informática, Fernando J. Liserre (arts. 6, 7, 9, 19, 37 y 38 de la ley 21.839; art. 3 del decreto ley 16.638/57; y art. 478 del Cód. Proc.). Fijar en \$ 4.000 (pesos cuatro mil) el emolumento del mediador, Mariano Pita (Decreto 2536/15). (d) Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Pablo D. Heredia Gerardo G. Vassallo Juan R. Garibotto Julio Federico Passarón Secretario de Cámara 011935E