

Consumidor Incumplimiento De Contrato Dano Moral

JURISPRUDENCIA

Consumidor. Incumplimiento de contrato. Daño moral Se

confirma la sentencia que condenó a la empresa de viajes demandada a abonar a la actora una indemnización por daño moral en virtud de que a raíz del suceso que motiva las actuaciones, la actora ha experimentado inquietud por la situación vivida derivada del incumplimiento contractual por parte de la demandada.

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 6 días del mes de Marzo de 2018, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial La Matanza; doctores Carlos Alberto Vitale, Luis Armando Rodríguez y Sebastián Emilio Iglesias Berrondo, para dictar sentencia en los autos caratulados "ARABIA JORGE ALBERTO C/ DESPEGAR.COM S/DAÑOS Y PERJUICIOS POR ENRIQUECIMIENTO S/CAUSA", habiéndose practicado el sorteo pertinente - artículos 168 de la Constitución y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, ambos de la Provincia de Buenos Aires resultó que debía observarse este orden: doctor Rodríguez, doctor Iglesias Berrondo y doctor Vitale; dejándose constancia que el doctor Iglesias Berrondo no forma parte del presente acuerdo (arg. art. 47 ley 5827); resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES Primera Cuestión: ¿Es justa la sentencia recurrida? Segunda Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION A la primera cuestión, el doctor Rodríguez dijo: I.- a.- Antecedentes. Vienen los autos a la consideración de la Alzada como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por las partes actora (fojas 269) y demandada (fojas 270) contra la sentencia definitiva de fojas 251/266. Los recursos fueron concedidos libremente a fojas 271 y sostenidos a través de las piezas obrantes a fojas 297/300 (actora) y 292/296 (demandada). I.-b. La sentencia. En la sentencia de fojas 251/266, luego del relato pormenorizado de los hechos configurativos de la demanda y las posiciones asumidas por las partes, la señora Juez de grado se aboca al tratamiento de la responsabilidad dentro de la esfera contractual y a determinar sus efectos dañosos. Analiza cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados. Sobre este piso de marcha, la sentenciante pasó a considerar los daños reclamados en la demanda, rechazando el daño directo y el daño punitivo, haciendo lugar solamente al daño moral. En síntesis, la Magistrada de la instancia anterior hizo lugar parcialmente a la demanda incoada y condenó a la demandada (Despegar .Com. Ar. S.A) a abonar a la actora la suma de pesos quince mil (\$15.000.-), con más los intereses debiéndose aplicar la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días (sea tasa pasiva digital, tasa pasiva clásica u otra) y costas del proceso en su calidad de vencida. I.-c. Apelación y agravios. A fojas 297/300 lucen los agravios de la Actora. El primer agravio se direcciona a la discusión en torno a cuál es el régimen aplicable es hoy una discusión superada, existe un claro consenso en que la ley protectora del usuario prevalece en las relaciones de consumo y por ende el Agente de Viajes y /o el organizador de Viajes ya no podrán excusarse según las normas tradicionales de eximición de responsabilidad del ordenamiento especial. En segundo lugar, se queja por el rechazo del Daño Directo, sosteniendo que existe el dinamismo probatorio en consideración el in dubio pro consumidor. En tercer lugar, se disconforma por el rechazo del Daño Punitivo, manifestando que: "Un plazo más que cuestionable para una multinacional como es la demandada, que hace de los viajes de turismo y afines su actividad habitual. Es decir, estuve en estado total de indefensión en el extranjero por una situación total y absolutamente ajena al mismo, sin que se le diera la debida celeridad a la solución del problema. Resulta poco serio que la solución se diera 10 días a contar a partir de la fecha de denuncia, según consta en la prueba producida en los presentes actuados, superando ampliamente el tiempo de duración del viaje". Del otro lado de las aguas, lucen las quejas de la demandada, con el escrito de fojas 292/296. En primer lugar, cuestiona la procedencia del daño moral, sosteniendo que "no sólo se procesó el reclamo de manera inmediata y expedita, procediendo mi mandante a la devolución de los cargos debitados de manera incorrecta, sino que mi representada gestionó el reembolso de la multa por exceso de gastos que la Tarjeta de Crédito cobrara al actor, circunstancia ésta que resultara ajena a mi mandante". Agrega que, quien invoca haber sufrido daño moral en materia de responsabilidad contractual, debe alegar y probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia, y la prueba del daño debe ser clara y concluyente. En segundo lugar se agravia por los intereses aplicables, citando jurisprudencia y pidiendo la aplicación de la Tasa Pasiva del Banco Provincia. Por último se agravia por la condena en costas, manifestando que no existe conducta reprochable de mi mandante y ello debió conducir al total rechazo de la demanda. Ordenado el traslado de esos agravios (fojas 301), recibió réplica solamente de la demandada (fojas 302/307), solicitando la deserción del recurso y la confirmación del rechazo de los daños. A fojas 309 se corrió vista al Agente Fiscal Departamental la que es contestada a fojas 310/314. A fojas 315 se dispuso el llamamiento de autos para sentencia, providencia que una vez firme y consentida, motivó el sorteo que me desinsulara como Magistrado preopinante. II. La solución. De todo comienzo, no resulta ocioso señalar que esta Cámara actúa como Tribunal revisor de una sentencia relativa a

un hecho cuyo reclamo comienza en el año 2014 y que obtiene sentencia el 18 de abril del 2017, por lo que, más allá de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desde el día 1° de agosto del año 2015, corresponde que nuestro pronunciamiento se elabore en base a los parámetros de la normativa de los ahora derogados Código de Comercio y Código Civil; ello pues la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació, o sea la del momento mismo del hecho sobre el que discurriré, teniendo presente además, si correspondiere, lo dispuesto por el art. 7 del NCCC en cuanto señala que ? a partir de su entrada en vigencia, las leyes de aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. (arts 3 del Código Civil derogado y art. 7 del Nuevo Código Civil y Comercial). El rechazo de los agravios pedido por la demandada. Habiendo manifestado de manera directa y concreta, la demandada al contestar los agravios, pretende la deserción del recurso de apelación interpuesto por la parte actora. En este sentido, cabe apuntocar que esta Sala ha sostenido, por ejemplo in re ?Mellillo, Virginio c/ Fedele, Filomena A y otra s/ Reivindicación?, sentencia del 11 de noviembre de 2003, RSD 24/2003; Orellana José c/ Empresa de Transporte colectivo La Cabaña SA y otros / daños, Expte 119/2, RSD 11/2006, ?Villordo Claudia c/ Empresa La Vecinal de La Matanza s/ daños? RSD del 19 de setiembre de 2006; Urquiza c/Municipalidad de La Matanza s/ daños Expte 939/2?, entre otros, que hay insuficiencia recursiva cuando la expresión de agravios presentada no constituye la crítica concreta y razonada de la sentencia que desde un punto de vista técnico exige la ley ritual. En esos antecedentes, hemos demarcado los límites por los que debe encausarse la crítica para autorizar la apertura de la discusión en segunda instancia, señalando que ?Existe la carga procesal en cabeza del apelante de fundar adecuadamente el recurso de apelación. La omisión de hacerlo genera la declaración de deserción por insuficiencia del recurso. En este sentido se indicó que en virtud de lo establecido por el artículo 265 del Código Procesal (artículo 260 del CPCBA), pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de los conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión.(CNCiv., sala B, abril 24 de 1995, DE, 167-488; ídem, íd. Íbd., DE-166-500). (...) No basta reiterar escritos anteriores. La expresión debe ser autosuficiente, debe bastarse a sí misma (...) ?El ordenamiento procesal exige que la expresión de agravios debe contener la "...crítica concreta y razonada del fallo..." (Artículo 260, C.P.C.) y la no satisfacción de ello conduce a la deserción (artículo 261, C.P.C.). No se trata pues de un obrar caprichoso o discrecional del órgano jurisdiccional, sino del acatamiento de expresas normas que obviamente rigen tanto para éste como para las partes, por lo que no puede alegarse que la mera declaración de deserción resulte agravante. CPCB Artículo 260 CPCB Artículo 261, SCBA, Ac 44018 S 13-8-91, Juez SAN MARTÍN (SD), Estevez Garrido, Elías c/ Domínguez, Miguel Ángel y otro s/ Daños y perjuicios; SCBA, Ac 54246 S 12-8-97, Juez HITTERS (SD), Andrea, Ricardo c/ Manzo, Salvador s/ Daños y perjuicios; PUBLICACIONES: DJBA 153, 231?. Es evidente que los vicios de razonamiento y las afirmaciones atribuidas al fallo, sin prueba sustentable resultan inconducentes al objeto pretendido y solo traducen la queja de aquél que, disconforme con el decisorio manifiesta su disconformidad; por otra parte, la sentencia ha expresado los fundamentos legales que condujeron a decisorio como la prueba que lo acreditada De la lectura del escrito de agravios (ver fs 297/300), puede colegirse en este aspecto concreto que el actor recurrente no intenta, aún mínimamente, la crítica razonada y concreta que exigen los art 260 y ctes del CPCC, acerca de las parcelas del fallo que se consideraron equivocadas, señalando los errores y defectos que a su criterio invalidan la sentencia. Interpreto en consecuencia que el recurso de la actora debe desestimarse, haciéndose lugar a la deserción formulada en el escrito contestatario;. (arg. arts. 260, 261, ctes. sstes. del CPCC, su Doctrina y Jurisprudencia). Daño Moral. El daño moral se configura por todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es el menoscabo en los sentimientos, consistente en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del pecho perjudicial. De aquí que para la determinación del monto no se requiere prueba de su entidad, pues se lo tiene por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico. El perjuicio que deriva de este daño se traduce en vivencias personales de los afectados y en factores subjetivos que tornan dificultosa la ponderación judicial del sufrimiento padecido. No se trata de cuantificar el dolor humano en base a tales subjetividades, ni tampoco atendiendo a la situación económica de la víctima o la importancia del daño materia inferido, sino de elaborar pautas medianamente objetivas que conduzcan a un resultado equitativo, en orden a los padecimientos sufridos. A raíz del suceso que motiva las actuaciones, la actora ha experimentado inquietud por la situación vivida. El derecho del consumidor debe buscar la vuelta al equilibrio a través de un severo sistema de protección jurídica, que en el campo resarcitorio incluye la recta aplicación - sin restricciones - del art. 522 del ordenamiento sustantivo pues, en verdad, el carácter del perjuicio moral es el mismo, tanto si proviene de un hecho ilícito, como del incumplimiento de una obligación

contractual y daño moral al consumidor..." . Este es el argumento - anclaje normativo al decir de la sentencia -, que da sustento a la condena por el rubro "daño moral" Considero que la argumentación es correcta, ya que al decir de Bustamante Alsina "...la cuestión constituye actualmente una materia que desborda el ámbito de la responsabilidad civil y se introduce en la órbita de la solidaridad social. La defensa del consumidor se presenta como una cuestión social, tal como a fines del siglo XIX el industrialismo trajo la necesidad de la protección del trabajador contra el riesgo profesional de los accidentes del trabajo (Ver Bustamante Alsina "Responsabilidad civil por productos elaborados o defectuosos", LL 1992-E-1064). Y ello, implica que dentro del marco de esta normativa - el consumo- la responsabilidad de la ley 24.240 (arts. 5, 10 y 40), es objetiva y nace de ese contrato previsto en esa norma sin que sea procedente referirla a las de la responsabilidad contractual o extracontractual prevista en la normativa del Código Civil (conf. Jorge Mosset Iturraspe Javier Wajtraub "Ley de Defensa del Consumidor", pag. 243). De ello se desprende "...que el interesado puede probar la magnitud de su afección, pero esa prueba habrá de ser considerada, si cabe, para fijar la extensión del resarcimiento y no para tener por probada la existencia misma del daño" (Cam. Nac.CivilCom.Fed, Sala II, 19-2-08 citado por Farina, Juan M.en "Defensa del consumidor y del Usuario" Ed. Astrea, Ag. 2008, pag. 481). CC0002 QL 16312 49/15 S 16/04/2015 Juez MANZI (SD) Arriola Maria Victoria C/Zanet S.A. Y Otro S/Daños Y Perjuicios. Sumario Juba B2953005 . Tratándose de un incumplimiento contractual (art. 522 CC) el daño moral debe fijarse con suma prudencia, dentro del mayor grado de equidad, tratando de que no se constituya en un abuso del derecho, en atención a las molestias originadas y guardando cierta proporcionalidad con los daños materiales causados. En la reparación del daño moral no domina la idea de una pena para el responsable, sino la de compensar de alguna manera el daño causado a la víctima. Aceptada la responsabilidad de la demandada en el hecho dañoso a la víctima, es innegable la procedencia del daño moral. En este orden de ideas, atendiendo los extremos citados y las particularidades del caso, la situación padecida por el accionante , teniendo en cuenta los precedentes de casos similares de la base antes mencionada, propongo confirmar la sentencia en este aspecto (arts. 1078 del CC y 165 del CPCC). La tasa de interés. Se agravó la parte demandada por la tasa de interés aplicable al capital de condena en la instancia, considerándola inadecuada por lo tanto peticionó se efectivice la tasa pasiva que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Si bien es cierto que los vaivenes de los diversos Tribunales de Grado han sido reiterados en la materia (inclusive de esta Sala en el sentido de aplicar tasas diferenciadas o la tasa pasiva BIP o Digital), no menos cierto resulta que esos cambios eran casados por la Doctrina del Címero Tribunal Provincial reiterada en cada pronunciamiento que se dictara al respecto con citas de sus precedentes inveterados. Así, decidía ?Corresponde rechazar el agravio que controvierte la tasa de interés aplicable al monto indemnizatorio reconocido, en tanto corresponde seguir el criterio establecido -por decisión de la mayoría- por esta Suprema Corte, en las causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi" (ambas sentencias del 21-X-2009), según el cual, a partir del 1º de abril de 1991, según el cual, los intereses moratorios deben ser liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Código Civil) con arreglo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (cfr. arts. 7 y 10, ley 23.928 modificada por ley 25.561; 622, Código Civil).? (SCBA LP C 118680 S 15/07/2015, Juez DE LÁZZARI (), E. de V., M. A. c/ Roza, Jorge Enrique y otro s/ Daños y perjuicios", Genoud -de Lázzari -Hitters -Pettigiani -Kogan -Negri, JUBA B3900562 entre otros) LP Rc 118964 I 17/12/2014, Cabrera, Crispín y otra contra Municipalidad de Lomas de Zamora. Daños y perjuicios y sus acumuladas de Lázzari -Hitters -Negri-Pettigiani; SCBA LP C 114340 S 06/11/2013 Juez HITTERS(SD),Vázquez, Nora Cristina c/Municipalidad de General Pueyrredón y otros s/ Daños y Perjuicios, Hitters -Negri -Genoud- Kogan-Pettigiani-Soria-de Lázzari, SCBA LP C 112393 S 02/05/2013 Juez KOGAN (SD) Allamano de Rivada, Marta y otros c/ Tapia de Carrera, Alcira y otros s/ Daños y perjuicios Kogan-Soria-Negri-Genoud entre otros, sumario JUBA B 3903676). Ahora bien, en un muy reciente pronunciamiento por mayoría del mismo Tribunal se indicó ?La evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, impone precisar la doctrina que el Tribunal ha mantenido hasta ahora en el ámbito de su competencia originaria. Por tal razón, en este caso los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (arts. 622 y 623, Código Civil; art. 7, 768 inc. "c" y 770, Código Civil y Comercial; 7 y 10, ley 23.928). (conf. SCBA LP B 62488 RSD-98-16 S 18/05/2016 Juez SORIA (MA), Ubertalli Carbonino, Silvia c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ Demanda contencioso administrativa, Soria - Pettigiani - Kogan- Hitters- de Lázzari -Genoud-Negri, sumario JUBA B4004519). Y aún más recientemente, en la materia específica atinente al resarcimiento de los daños y perjuicios, el mismo Superior Tribunal, en fecha 15 de junio de 2016 se ha expedido in re "Cabrera Pablo David c/ Ferari Adrián Rubén s/ Daños y Perjuicios" C119176, en el sentido que "...Se revoca la sentencia en el punto relativo a la tasa de interés, la que ha de liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos

comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623 CCivil de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10 ley 23928 y modif.)..." En un muy profuso análisis de cada uno de los Ministros integrantes de este Alto Tribunal, se hace un análisis acerca de la evolución y aplicabilidad de la Doctrina Legal que hasta la fecha se venía sosteniendo, de la incidencia que en ella tuvo necesariamente los cambios de realidades y de legislación fondal, interesando destacar que del voto del doctor Genoud surge que "...Es relevante la observación acerca de la gran cantidad de expedientes que tramitan diariamente por estos estrados y que exhiben distintos criterios adoptados por magistrados de los diferentes fueros en cuanto a la fijación de las tasas de interés. He de allí la conveniencia y razonabilidad de unificar los mismos determinando una tasa única. Ello con sometimiento a la seguridad jurídica que como principio esencial del derecho y garantía reconocida al individuo, se vincula con la certidumbre, confianza y convicción a los que debe ceñirse el ejercicio de los poderes del Estado, traducido en pautas de razonable previsibilidad...". Es doctrina legal del Superior Tribunal y por ende, obligatoria para los tribunales inferiores. En consecuencia, si mi criterio es compartido por mi Colega de Sala, corresponde en este caso, y tal como ha quedado plasmada la cuestión, confirmar la sentencia en cuanto a la Tasa de Interés aplicable al capital de condena cuya adición se dispone en la Instancia. El agravio debe desestimarse. Las costas. Atento a como quedo expuesta mi propuesta en cuanto al rechazo de la totalidad de los agravios vertidos por los recurrentes y la consecuente confirmación del pronunciamiento recurrido en lo que ha sido materia de los mismos, corresponde que las costas sean impuestas en el orden causado (art. 68 del C.P.C.C.). III.- Conclusión. Como corolario de todo lo expuesto, propongo a mi distinguido colega: el rechazo de la totalidad de los agravios vertidos por los apelantes y, en consecuencia la confirmación del pronunciamiento recurrido en todo lo que ha sido materia de los mismos. Esta es mi propuesta al Acuerdo. Por los fundamentos expuestos, voto a la primera cuestión por la afirmativa. A la misma cuestión y por idénticos fundamentos, el doctor Vitale, vota en idéntico sentido. A la segunda cuestión el doctor Rodríguez dijo: Tal como ha sido votada la cuestión anterior corresponde confirmar en lo substancial la sentencia recurrida en cuanto ha sido materia de agravio. Las costas en la Alzada deberán imponerse por su orden (art. 68 del CPCC). Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 y 51 de la Ley 8904). A la misma cuestión el doctor Vitale, por compartir los fundamentos expuestos, vota en idéntico sentido. Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: Atento el resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal RESUELVE: 1) Confirmaren lo substancial la sentencia recurrida en cuanto ha sido materia de agravio; 2) Imponer las costas en la Alzada por su orden (art. 68 del CPCC); 3) Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 51 del Decreto Ley 8904/1977); 4) Regístrese. Notifíquese (art. 135 inc. 12 del CPCC) y al Agente Fiscal Departamental. Oportunamente devuélvase.

029141E