

Danos Y Perjuicios Compraventa De Automotor Defectos De Fabrica Reparaciones Insatisfactorias

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Compraventa de automotor. Defectos de fábrica.

Reparaciones insatisfactorias Se acoge parcialmente la demanda por incumplimiento de contrato y daños y perjuicios ocasionados por la adquisición y reparaciones no satisfactorias, ya que fueron probadas las cuantiosas deficiencias que presentó el vehículo, algunas de las cuales inclusive no fueron totalmente reparadas y otras que lo fueron en forma transitoria; además, tampoco se probó que el actor hubiera dado un uso inadecuado al vehículo. En Buenos Aires a los diecinueve días del mes de diciembre de dos mil diecisiete, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos ?MURGA SEBASTIAN CONTRA VOLKSWAGEN SA SOBRE ORDINARIO?, Expte. Com. 34074/2012 en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Vocalías N° 17, N° 18 y N° 16. La Dra. Alejandra N. Tevez interviene en su carácter de subrogante de la vocalía N°17 que se encuentra a la fecha vacante. Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 1661/79? La Doctora Alejandra N. Tevez dice: I. Antecedentes de la causa. a. Sebastián Murga, (en adelante, ?Murga?) inició demanda contra Volkswagen Argentina SA (en adelante, ?Volkswagen SA?) por incumplimiento de contrato y daños y perjuicios ocasionados por la adquisición y reparaciones no satisfactorias del rodado modelo Amarok, Trend Line, patente Reclamó daños por: a) restitución del precio de compra: \$ 220.000, b) fallas: \$ 15.000, c) mayor consumo de combustible: \$ 32.200, d) lucro cesante: \$ 40.000, e) daño moral: \$ 60.000 y f) daño punitivo (art. 52 bis LDC): \$ 500.000. Dijo ser ingeniero agropecuario y utilizar el vehículo para el desarrollo de su actividad y, principalmente, para su movilidad personal y la de su grupo familiar integrado por su cónyuge y sus tres hijos menores. Manifestó que las deficiencias y los desperfectos fueron oportunamente constatados por Romera Hnos. SA -concesionaria oficial de la accionada- (en adelante, ?Romera SA?). Pidió su citación en los términos del art. 94 CPCCN. Efectuó un relato pormenorizado de todas las reparaciones realizadas referidas al corte del sistema de frenos, desprendimiento de la pastilla de frenos, corte de iluminación externa y rotura de la rueda que reclina el asiento, entre otras. Explicó que ante la reiteración de fallas no solucionadas y aparición de nuevas, se comunicó con la demandada telefónicamente y por correo electrónico pero que el resultado fue infructuoso. Refirió que ante la falta de atención y de satisfacción de sus planteos, formuló denuncia ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor, Secretaría Legal y Técnica de la Municipalidad de Tandil, en donde se originó el expediente administrativo nro. 266/2011 (en adelante, ?expte. nro. 266/11?). Relató que en ese proceso se impuso a Volkswagen SA una indemnización por daños directos por \$ 5.000 y una sanción de multa pecuniaria por el mismo monto. Aclaró que dichas sumas no contemplaban los daños y fallas indicados en los puntos 1 a 6 y 13 a 18 de la demanda. Ello, por cuanto esos problemas surgieron con posterioridad al inicio de las actuaciones administrativas referidas. Concluyó que los desperfectos y fallas tornaban al rodado inapto para su uso. Persiguió la resolución del contrato y la restitución del importe abonado. Invocó la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, ?LDC?). Ofreció pruebas y fundó en derecho su pretensión. b. A fs. 576/603 Romera SA contestó la citación de terceros (art. 94 CPCCN). Solicitó el rechazo de la pretensión del actor con expresa imposición de costas. Negó todos y cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio. Expuso que Murga llevó el rodado a su taller en reiteradas oportunidades y que algunas de las prestaciones se realizaron sin cargo, por cortesía o por encontrarse en el período de garantía. Sostuvo que no existía operación alguna que la vinculase con el actor y que solo se limitó a prestar servicio técnico como concesionaria oficial de Volkswagen SA. Resaltó que la unidad había sido comprada a Wagen SA. Afirmó que durante su atención en el servicio técnico no sufrió ninguna falla y/o desperfecto de fabricación que la hubiera tornado impropia para su uso. Agregó que las únicas dos fallas que se reiteraron, se debieron a la omisión del actor de lavar el rodado por el uso en caminos con demasiada tierra en suspensión o con barro. Señaló que el exceso de suciedad provocaba dificultades en el mecanismo de alza de cristales eléctrico y en el sistema de cierre de la tapa exterior de combustible. Manifestó que en ningún momento el rodado se tornó inapto para cumplir con su destino ya que llegó a recorrer un promedio de 8.900 km por mes. Esgrimió que no resultaba aplicable al caso la normativa consumeril y que su vínculo con el actor quedaba ceñido a una locación de obra. Ofreció pruebas y fundó en derecho su pretensión. c. A fs. 607/32 Volkswagen SA contestó demanda. Solicitó el rechazo de la totalidad de las pretensiones de su contraria con costas. Manifestó que no intervino en el contrato de compraventa del rodado. Consideró inaplicable la LDC. Desconoció la totalidad de la documental adjuntada al promover la demanda. Destacó que todas las fallas fueron reparadas, que envió ingenieros para realizar una inspección de la unidad y que Murga la utilizó con un recorrido aproximado

de 181 km diarios, cuando su uso normal habitual promedio hubiera sido de 54.8 km. Recalcó que en menos de dos años de adquirida la unidad, había recorrido 120.000 km. En relación al consumo del gasoil, refirió que del informe de inspección se determinó que era normal y no presentaba anomalías. Planteó la inconstitucionalidad del daño punitivo. Concluyó que Murga utilizó el rodado para trabajar y que le dio un uso excesivo. Agregó que cada inconveniente fue reparado y que luego de casi 3 años y con más de 120.000 km recorridos nunca podría solicitarse una resolución contractual ya que el bien cumplió con el fin para el que estaba destinado. Ofreció pruebas y fundó en derecho su postura. d. A fs. 665/7 el actor solicitó la producción anticipada de la prueba pericial mecánica -la cual tuvo acogida favorable: v. fs. 668/9-. A fs. 1045/7 Murga denunció la venta del rodado y acompañó la documentación de tal operación. De otro lado, a fs. 1656/7 el Sr. Fiscal General se expidió en torno a la inconstitucionalidad planteada del art. 52 bis LDC y propició su desestimación. II. La sentencia de primera instancia. A fs. 1661/79 la a quo dictó sentencia. Rechazó la demanda e impuso las costas al vencido. La magistrada sostuvo que no resultaba aplicable la LDC ya que Murga utilizaba el rodado para el desarrollo de su labor profesional como ingeniero agropecuario. Señaló que el actor había elegido ese vehículo para atravesar caminos rurales y campos con la posibilidad de carga de la caja trasera.

Juzgó que si bien el accionante manifestó que le dispensaba un uso personal y familiar, lo cierto es que si así hubiera sido, no habría podido reclamar lucro cesante. Resaltó que no había autorizado la venta del rodado sino la producción de una pericia mecánica. Encuadró jurídicamente el reclamo en una acción redhibitoria (art. 2174 c. civ.). Seguidamente, analizó si el vehículo poseía defectos de fábrica. Meritó la pericia mecánica y concluyó que no había fallas de origen. Sostuvo que Murga no aportó prueba alguna que acreditase su disconformidad con las reparaciones, ni precisó el tiempo insumido en ellas. Consideró que el actor no explicó cómo arribó al monto reclamado por mayor consumo de combustible y que su cálculo dependía de factores diversos. III. El recurso. A fs. 1681/3 apeló el actor. Su recurso fue concedido libremente a fs. 1685. A fs. 1700/21 el recurrente expresó agravios, que fueron contestados por Volkswagen SA a fs. 1724/59. A fs. 1762/74 la Fiscal General ante esta Cámara propuso hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia de grado. A fs. 1775 se llamaron autos para dictar sentencia y el sorteo se practicó a fs. 1776. IV. Los agravios. Se queja Murga argumentando que: i) cupo aplicar la LDC para resolver la litis, ii) debe ser calificado como consumidor, iii) las reparaciones no fueron satisfactorias, iv) la a quo erró en la valoración del consumo de combustible, v) la suscripción en las órdenes de reparación no implicaba su conformidad y vi) la venta del rodado importó una prudente administración de sus bienes. V. La solución. a. Aclaro que no atenderé todos los planteos recursivos del recurrente sino solo aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (cnfr. CSJN, "Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica", del 13/11/1986; ídem "Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas", del 12/2/1987; bis ídem, "Pons, María y otro" del 6/10/1987; ter ídem, "Stancato, Caramelo", del 15/9/1989; y Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros). Así porque los magistrados no están obligados a seguir a las partes en cada una de las argumentaciones, ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (CSJN, Fallos: 272:225; 274:113; 276:132; 200:320; esta Sala, ?Montana Managment S.A. c/ Genovesi Alejandro e hijos S.R.L. s/ Ordinario?, del 28/10/10).

b. Volkswagen SA sostuvo que la expresión de agravios del actor no cumplía con los recaudos exigidos por el art. 265 CPCCN (ver fs.1724/59, en especial fs. 1724 vta./28). Juzgo que no le asiste razón. El contenido de la impugnación lo constituye una crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la decisión; sea en la aplicación del derecho o en la apreciación de los hechos. Crítica concreta y razonada, que no se constituye como una mera discrepancia, sino que implique el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones o conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (cfr. mi voto en ?Manzur Carlos Ricardo c/ Volkswagen Argentina SA y otro s/ Ordinario?, del 29/11/16 y Fenochietto - Arazi, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado?, T. I, págs. 836/7, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987). En el caso, de la lectura de la expresión de agravios se colige que el actor efectuó una crítica razonada de los fundamentos utilizados por la a quo para decidir como lo hizo (v. fs. 1700/20). Ello permite concluir que ha cumplido con las exigencias previstas en el art. 265 CPCCN por lo que, de seguido, procede examinar su recurso. c. Como quedó dicho, el actor interpuso demanda por incumplimiento contractual y daños y perjuicios por la adquisición y reparaciones no satisfactorias de su vehículo (v. escrito de inicio pto. II: fs. 50). Volkswagen SA resistió la aplicación de la LDC y petitionó el rechazo de la acción con costas (fs. 607/35).

De su lado, Romera SA -en calidad de tercero- sostuvo que: a) el vínculo que lo unió con Murga fue una locación de obra, b) correspondía rechazar la demanda y c) el actor no era consumidor (v. fs. 576/603). Adelanto que el recurso debe tener acogida favorable y la sentencia debe ser revocada. Así, por el principio de adhesión implícita de la apelación cobran virtualidad todas las defensas planteadas al contestar demanda y aquellos argumentos expuestos por la defendida al tiempo de contestar la expresión de agravios (conf. arg. Hitters, Juan C. ?Técnica de los recursos ordinarios?, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1988, p. 419). d. Aplicación de la LDC al supuesto de autos. d.1. Cuestionó Murga que la magistrada rechazara la aplicación de la LDC.

Arguyó que se considera un consumidor e invocó los arts. 4, 5, 10 bis c, 12, 17, 40, 47, 49, 52 bis, 53 de aquella normativa, entre otros. Dijo que el rodado fue adquirido para su movilidad personal y la de su grupo familiar (esposa y tres hijos) así como para el desarrollo de su actividad como ingeniero agropecuario (v. fs. 50 vta.). d.2. No tengo dudas de que, en el caso, el contrato que vinculó a las partes debe calificarse como de consumo. Obsérvese que Volkswagen SA es una empresa que habitual y profesionalmente se dedica a fabricar y comercializar automóviles de esa marca y sus respectivas piezas de reposición, razón por la cual es ?proveedora? con los alcances de la LDC. Así, en el caso, proveyó al actor en su carácter de fabricante de un rodado de su marca a través de un contrato de compraventa celebrado con una concesionaria autorizada al efecto -Wagen SA-. Resulta oportuno intentar una delimitación del alcance del concepto de consumidor o usuario en la ley 26.361 tal como lo hice al emitir mis votos en ?Santarelli Héctor Luis y otro c/ Mapfre SA de Seguros s/ Ordinario?, del 8/5/14 y en ?Loyarte Jorge Luis c/ Mercantil Andina SA s/ Ordinario?, del 23/2/17. Como señala Kemelmajer de Carlucci, conceptualizar al sujeto beneficiado por la normativa consumeril es una tarea de gran importancia práctica y teórica para todos los operadores jurídicos (Kemelmajer de Carlucci, Aída, ?El consumidor. Concepto. Modificaciones introducidas por la ley 26.361?, en Publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Protección Jurídica del Consumidor, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, Serie II- Obras- Número 34, Bs. As., 2009, p. 59). De allí que intentaré, en párrafos siguientes, dar respuesta al agravio del accionante de la forma más clara y sencilla posible.

Adelanto que, a tales fines, estimo indispensable principiar el análisis a partir del texto originario de la ley 24.240. Así pues allí se inició el sinuoso y difícil camino de delimitar el concepto de consumidor y/o usuario. Tras ello, me referiré al texto legal modificado en el año 2008 y a los antecedentes normativos de la reforma, y, finalmente, me abocaré a la interpretación y principios contenidos en la ley vigente para obtener las conclusiones y premisas necesarias a los fines de resolver el agravio. d.3. Recuerdo que la anterior redacción del art. 1, según ley 24.240, brindaba un concepto de consumidor. Así, consideraba que tenían tal calidad las: ?... personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social...?. Esta definición debía integrarse con el segundo párrafo del art 2, que disponía que: ?... No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros....?. De la interrelación reflexiva de ambos artículos puede decirse que, para que una persona pudiera adquirir el carácter de consumidor, se requería la concurrencia de dos requisitos, que rotularé -a los fines de una mayor claridad expositiva- como positivo y negativo. Así, para aquella fórmula legislativa solo eran consumidores quienes adquirirían bienes o servicios a título oneroso para consumo final (requisito positivo), siempre que tales bienes o servicios no fuesen integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros (requisito negativo) (conf. Moeremans, Daniel, ?La sociedad comercial como sujeto protegido por la ley de defensa de los consumidores?, LLON, 2005, 541). Sobre la base de la presencia o ausencia de ese doble recaudo, diversos fueron los pronunciamientos emitidos, ya negando, ya admitiendo, la caracterización de una persona como consumidor o usuario (v. en tal sentido, CNCom. Sala B, ?Blue Way S.A. c/ Cidef Argentina S.A. s/ Ordinario?, del 21/12/05; CNCom., Sala D, ?Casale, Mónica Beatriz c/ Sva Sacifi y otro?, del 22/02/2008?; CNCom., Sala A, ?Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro?, del 21/11/2000; entre muchos otros).

El complejo universo de las relaciones jurídicas, las nuevas realidades sociales, la diversidad y disparidad de los negocios y sus actores, el auge del consumo y sus reglas y consecuencias; dejaron en evidencia la exigua delimitación del ámbito de aplicación personal de la legislación consumeril. Ello pues se presentaban a la judicatura diversas relaciones jurídicas que, si bien con estricta y dura lógica no calificaban como de consumo -tal podría resultar el clásico ejemplo del tallerista que adquiría una computadora para su negocio-, exhibían notas que evidenciaban una zona ?gris?, comprensiva de componentes propios de vínculos consumeriles. Me refiero, en especial, a la frecuente presencia de negocios que ponían de manifiesto dos cosas: por un lado, una clara situación de inferioridad de condiciones del consumidor o usuario de un producto o servicio, y, por otro, una asimetría contractual entre tal sujeto y su proveedor, en razón de la escasa información detentada por el primero (conf. Lorenzetti, Ricardo L., ?La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur?, LL 1996-1303; Kemelmajer de Carlucci, Aída, op. cit. ?supra?, en p. 65, v. en especial nota al pie nro. 21; Acciarri-Tolosa, ?La ley de defensa del consumidor y el análisis económico del derecho? en Picasso-Vázquez Ferreira, ?Ley de Defensa del consumidor. Comentada y Anotada?, T. II, p. 1, Bs. As., La Ley, 2009). Ahora bien. En abril de 2008 se dictó la ley 26.361 que, entre otras modificaciones sustanciales, introdujo cambios en los arts. 1 y 2 de la LDC. El art. 1 quedó redactado, en lo que aquí interesa referir, de la siguiente manera: ?La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines?. Actualmente dispone: ?La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a

la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social? (Artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley 26994 B.O.: 8/10/14 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27077 B.O. 19/12/14). El cambio del texto legal en lo que refiere a aquel requisito que identifiqué como positivo -destino final de los bienes o servicios- no fue objeto de trascendente alteración. Obsérvese que solo se incluyó una distinta formulación gramatical -mientras la primera ley hablaba de consumidor final, la segunda solo consignó ¿como destinatario final?. Sin embargo, no cabe decir lo mismo en punto a las pautas dispuestas por el legislador en lo que respecta al concepto de consumidor desde el punto de vista del requisito identificado como negativo. Así pues la nueva normativa eliminó en su art. 2 aquel recaudo. Este nuevo escenario normativo -considerando la virtualidad jurídica que la norma citada tenía a los fines de delimitar los sujetos protegidos y sus exclusiones- vuelve inevitable reinterpretar las consecuencias que tal eliminación conlleva respecto de la conceptualización del consumidor. A tales fines, examinaré liminarmente los antecedentes legislativos que dieron origen al texto de la norma transcrita. Es que, como es sabido, es propio de la interpretación indagar el verdadero sentido o alcance de las leyes mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador. Ello así, teniendo en cuenta su contexto general, los fines perseguidos y su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (doctrina de Fallos: 285:322; 287:79; 288:416; 290:56; 152:209; 155:377; y muchos otros). Así porque las leyes han de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 255:192; 263:63; 267:478; 285:60; 296:22; 297:142; 299:93; 302:1600; 122:945; 127:246; 150:32). En ese sentido, sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla (CSJN: ¿Craviotto, Gerardo A. y otros c. Estado nacional?, del 19.05.99); siendo en esa tarea el examen de la exposición de motivos de las leyes un valioso criterio interpretativo de la intención de sus autores (CSJN, ¿Dessy, Gustavo G., del 19.10.95). Ahora bien. En lo que se refiere a la exclusión del párrafo 2do. del art. 2 de la ley 24.240, se arguyó en los Dictámenes de la Comisión de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación (publicado en La Ley, Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.361), textualmente, lo siguiente: ¿...Hasta ahora, al amparo del artículo 2° del decreto reglamentario 1.798 del 13 de octubre de 1994 y siguiendo un criterio económico contable de que toda operación empresarial forma parte del giro de la empresa, se ha entendido que la adquisición de cualquier producto o servicio por un proveedor termina, finalmente, incorporado al proceso de producción o comercialización, y por lo tanto debe estar excluida de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor. Esto, que puede ser cierto acerca de los bienes estrechamente relacionados con los que el proveedor produce o comercializa, no lo es respecto del amplio universo de todos los demás. Poniendo un ejemplo recurrente, puede decirse que un productor de tornillos podrá y deberá conocer acerca del acero con que los fabrica, pero no tiene por qué saber de los muebles, ni del equipo de aire acondicionado, ni de la papelería, ni de los alimentos, ni de la telefonía, ni de tantas otras cosas o servicios que adquiere para utilizar en su fábrica. En estos casos, la asimetría y vulnerabilidad del, por así llamarlo, proveedor-consumidor, viene siendo idéntica a la del consumidor común. Por ello, como se ha dicho, se propicia limitar esta exclusión respecto de las operaciones referidas solamente a los insumos directos destinados a ser integrados en otros procesos de provisión. En otro orden, si bien es cierto que estas situaciones podrían replicarse en empresas de gran magnitud, no es menos cierto que las mismas disponen o tienen capacidad para contar con los más variados y suficientes recursos (económicos, científicos y tecnológicos, jurídicos, contables, etcétera) para encarar sus contrataciones desde una posición de negociación suficientemente sólida, por lo que, en esta circunstancia, no se considera menester que sean alcanzadas por este estatuto del consumidor final, cualesquiera sean las causas de las adquisiciones o locaciones de bienes y servicios que realicen?. De allí que he juzgado antes de ahora y luego de una profunda reflexión sobre el particular, que la eliminación del 2do. párrafo del art. 2 de la LDC impone que deban tomarse las pautas sentadas por el art. 1ro., exclusivamente, para delimitar el concepto del consumidor. En este sentido y como ya hubiera dicho no puede desconocerse la virtualidad que ostenta esta norma. Vale la pena subrayar que, pese a su trascendencia, resultan escasos los indicadores provistos para resolver -frente a los diversos matices y multiplicidad de situaciones- si corresponde calificar a una persona como consumidor o usuario aludiendo solo al uso o consumo de un bien o servicio como destinatario final. En la búsqueda de una solución, entiendo de fundamental relevancia retomar aquellas reflexiones a las que ¿supra? aludiera y que puntualmente refieren a las apostillas o notas particulares presentes en las relaciones de consumo, a saber: 1. frecuente presencia de debilidad o inferioridad de quien usa o consume; y 2. asimetría negocial por escasa información que posee el sujeto contratante respecto de su proveedor. Así, entiendo que deberá identificarse como consumidor a aquel sujeto que recibe el bien o el servicio y que se posiciona frente a su cocontratante en una situación que encierra dos aspectos centrales: 1°) debilidad

negocial; y 2º) relativa desigualdad respecto de la información concerniente al producto o servicio objeto de la contratación. Esta última asimetría importa que el producto o servicio no pertenece a la esfera de la competencia profesional de quien lo recibe o utiliza, e implica que la parte ?débil? en la contratación carece de la posibilidad de solventar tal déficit informativo con sus propios recursos -en virtud de la estructura técnica y económica con la que se presenta y se desenvuelve en el mercado-. Trasladados estos conceptos al caso en estudio, es claro que el actor debe ser calificado como consumidor frente a la empresa demandada. El recurrente manifestó utilizar el rodado para uso personal y familiar en el escrito de inicio -tal como lo referí supra- y lo ratificó luego al solicitar la prueba pericial mecánica (v. fs. 665/7, en especial 2do. párrafo de fs. 665 vta.) y en la expresión de agravios: en ésta última pieza resaltó que la unidad adquirida tenía doble cabina, es decir, una configuración de asientos parecida a un auto para trasladarse con su mujer e hijos (v. en particular fs. 1700/8). Por su parte, si bien la defendida cuestionó en estos autos el carácter de ?consumidor? de Murga, lo cierto es que dicha postura resulta a todas luces contraria a la asumida previamente en el expte. nro. 266/11 que tramitó por ante en el Municipio de Tandil - Oficina de Información al Consumidor (v. fs. 936/1022). En efecto. En el Expte. nro. 266/11 la demandada no cuestionó el carácter de consumidor de Murga. Véase a modo de ejemplo que en la CD del 4/3/12 -más allá de rechazar los términos de la CD del actor del 19/1/11-, le requirió que concurriera al concesionario oficial para recibir información de las reparaciones y nada dijo del carácter invocado (v. fs. 938/9). Tampoco lo hizo en la audiencia celebrada el 16/6/11 en la cual la letrada de la demandada tomó conocimiento del reclamo y solicitó un cuarto intermedio (v. fs. 949); ni en la del 7/7/11, ocasión en que manifestó que -sin que ello significase reconocimiento de hecho ni de derecho alguno- enviaría a un ingeniero de la planta a verificar el estado de la unidad (v. fs. 950). Incluso en el mail enviado el 30/12/11 desde la casilla de Mariano Mlikota (supervisor de atención al cliente de Volkswagen SA), éste manifestó que había tenido conversaciones con otro empleado de la empresa y evaluado las distintas alternativas internas y cruzadas con las acciones de Defensa del Consumidor iniciadas (v. fs. 972/3). Pero lo que resulta contundente y dirimente para rebatir la postura aquí asumida por Volkswagen SA -exactamente opuesta, insisto a la exhibida en el Expte. nro. 266/11- en el sentido que Murga no es consumidor; es la presentación efectuada por la defendida frente a la imposición de las multas allí fijadas: jamás cuestionó que el actor fuera consumidor (v. fs. 994/8, ?Formula descargo. Ofrece pruebas. Plantea caso federal?). No desconozco que en los antecedentes remitidos hay una presentación de Volkswagen SA que informa que interpondría demanda contencioso administrativo (declaración de nulidad del acto administrativo) ante los tribunales de Azul; sin embargo, lo cierto es que su promoción no surge de autos (v. fs. 1019). Véase que, más allá de haber sido ello invocado al contestar demanda (v. fs. 613 vta.), no existe constancia alguna. A lo que cabe agregar, por lo demás, que tampoco ofreció la defendida la producción de prueba informativa para -en su caso- avalar los extremos invocados. Conclúyase así que el planteo esgrimido aquí se contradice con su postura anterior, por lo cual no puede ser admitido. Así pues importaría aceptar una conducta que no se condice con una anterior acaecida dentro del proceso (?venire contra factum proprium nulli conceditur?). El ?venire...? es un modelo objetivo de conducta constitutivo de un principio general del derecho -autónomo y residual- derivado directa e inmediatamente del principio general de la buena fe, al que le resultan aplicables las elaboraciones realizadas alrededor de éste (art. 1198 del CCiv.). Esto último sin perjuicio de agregar, a todo evento, que desde una postura finalista clásica tampoco resultó necesario que el consumidor acreditase en un caso concreto su carácter de destinatario final, sino que, precisamente en virtud del principio de cargas probatorias dinámicas, es el proveedor quien debe aportar elementos que permitan advertir que el sujeto que pide la tutela de la LDC está excluido de ella (cfr. esta Sala en ?Angio Salud SA C/ Volkswagen Argentina SA y otro s/ Ordinario?, del 19/9/17 y Lorenzetti, Ricardo Luis, ?Consumidores?, Ed. Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 108). En el caso, como anticipé, ninguna prueba ofreció Volkswagen SA con el objeto de demostrar que el vehículo de Murga habría sido adquirido con la finalidad de integrarlo al proceso de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros (conf. art. 2, texto ley 24.240 y arg. art. 3 c.civ.). Así las cosas, deberá cargar con las disvaliosas consecuencias de su omisión. No soslayo que, según el propio Murga relató, también usaba la camioneta para ir a trabajar (v. contestaciones de Desarrollo San José SA: fs. 898, Agropecuaria La Azucena SA: fs. 918, Bejomac SA: fs. 1023 y de Baya Casal: fs. 1057). Sin embargo, a nadie escapa que, en la actualidad, la compra de un vehículo de porte mediano-grande -como es en el caso una pick up- no supone necesariamente el exclusivo destino de uso referenciado. Antes bien, la utilización de un rodado de tales características puede ostentar diferentes matices: puede servir como vehículo de carga, para el desplazamiento personal o familiar, para transitar rutas o caminos de difícil acceso y aún para la realización de determinados deportes, entre otros usos posibles. Máxime si se advierte que el comprador reside en Tandil, región ésta que, por las características morfológicas de su terreno, bien podía justificar la adquisición de un rodado que brindase una mayor seguridad en su conducción y circulación (ver igual sentido, mi voto en ?Copan Coop. de Seguros Ltda. c/ Ford Argentina SA y otros s/ Ordinario?, del 31/7/12). La utilización del rodado para el traslado de la familia del actor, por lo demás, aparece abonada en el caso por la declaración testimonial de Gabriel Sorbello (testigo de la demandada), quien dijo que el desplazamiento del asiento del conductor estaba trabado por la presencia de un juguete.

El mismo testigo -asesor técnico- manifestó que el vehículo tenía capacidad para cinco pasajeros más la carga (v. respuestas nros. 5 y 12: fs. 933/5). e. Responsabilidad de Volkswagen SA. Reparaciones efectuadas en el rodado. Postuló la accionada que puso a disposición de Murga en todo momento los talleres y el personal especializado de la concesionaria para atender sus reclamos. Sostuvo que efectuó los trabajos necesarios en los términos de la garantía otorgada y sin costo para el actor. Rechazó la existencia de incumplimientos de su parte y afirmó que ofreció la verificación minuciosa del automotor y que todas las reparaciones fueron satisfactorias (v. pto. 3.5 fs. 618/21). Ahora bien. Anticipo que el fabricante no aportó prueba idónea para desvirtuar las conclusiones a las que arribó el perito mecánico, ni ninguna otra que permita siquiera inferir que el uso que Murga dio al vehículo no fue el adecuado, como sostuvo. La acreditación de tal extremo resultaba necesaria para evadir su responsabilidad en los términos de los arts. 12, 17 y 40 LDC por prestación de un servicio defectuoso. Por lo tanto, corresponde la desestimación de los argumentos introducidos por Volkswagen SA sobre el punto. A los fines de fundamentar tal conclusión, inicialmente me abocaré al examen de la prueba pericial mecánica. Veamos. Quedó comprobado que no todas las reparaciones efectuadas al rodado fueron satisfactorias, contrariamente a lo postulado por la defendida. En efecto. El art. 17 LDC se refiere a este supuesto que se presenta cuando, no obstante el arreglo efectuado por el proveedor, la cosa no reúne las condiciones óptimas requeridas para su uso. La reglamentación considera que las "condiciones óptimas" son las necesarias para un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante. Asimismo, por "óptimo" debe reputarse todo aquello que no puede ser mejor, considerando el uso normal de la cosa. En concordancia con ello se ha resuelto que no es satisfactoria una reparación si resulta inconducente para solucionar las fallas detectadas (cfr. esta Sala en "Sinardi Ariel Omar c/ Fiat Auto Argentina SA y otro s/ Ordinario", del 23/2/16, CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II, 1999/11/18, "Sevel Argentina c/ Secretaría del Consumidor"). Es que para que una reparación pueda ser considerada satisfactoria debe dejar al bien en un estado idéntico al producto original que normalmente se comercializa: ni mejor ni peor que el que se vende nuevo (cfr. CNCom. Sala D, en "Giorgi Camilo c/ Ford Argentina SA s/ Ordinario", del 12/3/09). Conforme el citado artículo, el consumidor posee distintas opciones, para cuyo ejercicio es menester que previamente haya procurado la reparación de la cosa y esta no resulte satisfactoria. Estas opciones no son las únicas de las que dispone, pues está habilitado para ejercer las demás acciones que consagra la propia ley (como las enunciadas en el art. 10 bis), en tanto la existencia de un defecto o vicio de la cosa implica un incumplimiento por parte del proveedor. También puede, en su caso, promover las acciones que le acuerda el ordenamiento común (Rouillón, Adolfo A. N., Código de Comercio Comentado y Anotado, Tomo V, pág. 1142 y ss., editorial La Ley, Buenos Aires, 2006). Las posibilidades que tiene el consumidor son las siguientes: a) pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características, b) devolver la cosa y recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, y c) obtener una rebaja proporcional del precio -aspecto sobre el que volveré más adelante-. En el caso, el perito mecánico constató la presencia de corte del sistema de frenos en dos ocasiones, la rotura del caño del circuito de combustible, el corte de iluminación externa del vehículo, la pérdida de líquido refrigerante y de dirección hidráulica, la rotura de la rueda reguladora de la posición del asiento del conductor y fallas en el cierre de la tapa exterior del combustible, en el levanta cristal del lado del conductor, en el asiento del conductor, en el sistema de sujeción de la goma de auxilio y en el tambor de llave de encendido, así como la falta de carga de gas en aire acondicionado (v. fs. 775/81, en especial respuesta nro. 5: fs. 776 vta./7). El experto dijo que esas fallas fueron eventualmente reparadas, según lo habría comprobado mediante un examen visual y un escáner. Sin embargo, afirmó que subsistía el problema del levanta cristal del lado del conductor (v. respuesta nro. 5: fs. 776 vta.). Resaltó que el vehículo arribó al lugar de la inspección sobre un camión de plataforma volcable y que allí se verificó que tenía un problema en el conjunto de embrague por falta de líquido hidráulico. Agregó que lo suministró y que pudo poner en movimiento el rodado pero destacó que: "... Lo anteriormente expuesto no indica que el problema del embrague se haya solucionado pues será necesario determinar la causa de la falta de líquido hidráulico ..." (v. respuesta nro. 2 de la demandada: fs. 778). Destacó que: "... de los problemas enumerados de a) a n) del listado que antecede, el único que subsiste al momento de la pericia es el h) alzacristal eléctrico lado del conductor, el cual por ser repetitivo permite inferir que se debe a una reparación defectuosa ..." (v. respuesta nro. 4 de Volkswagen SA: fs. 779 vta.). Subrayo que el perito no pudo expedirse sobre los puntos de pericia referidos al consumo de combustible ya que Volkswagen SA no le proveyó los protocolos de ensayos -aspecto sobre el que volveré más adelante- (v. ptos. de pericia de la actora nro. 6, de la demandada nros. 8 y 9 y de la tercera citada nro. 5). En definitiva, el ingeniero concluyó que el vehículo sufrió una cantidad importante de fallas durante el período de garantía (v. fs. 781). No soslayo que la pericia fue observada por ambas partes y que de dichas impugnaciones nunca se corrió traslado al experto para que las evacuase (v. certificación de prueba fs. 1568/71, en particular fs. 1569). Las impugnaciones del actor se refieren a la afirmación del perito referida a la aptitud del rodado para circular tomando en consideración la cantidad de fallas tales como el sistema de frenos, el circuito eléctrico del vehículo, el consumo de combustible, el embrague, entre las más destacables (v. fs. 785/90). Por su parte, las observaciones de Volkswagen SA giran en torno al valor del rodado en los años 2010, 2011 y 2012 y a

la fecha de las reparaciones (si fueron hechas o no en el período de garantía, o si se hicieron de cortesía) entre otras. En dicha presentación, refirió que estaba abocada a la búsqueda de la norma de ensayo a través de la cual se establecía el consumo específico de combustible de la camioneta (v. fs. 797/9). Sin perjuicio de lo anterior, lo que sí quedó demostrado en forma acabada y no mereció cuestionamiento de las partes es la innumerable cantidad de reparaciones que tuvo el rodado, algunas de las cuales ostentan indudable gravitación (ej. las atinentes al corte del sistema de frenos). Así las cosas, valorando el informe mecánico, del cual no existen razones válidas para apartarme ya que está basado en principios propios de la especialidad del perito y de conformidad con lo dispuesto en el art. 386 CPCCN, tengo por probadas las cuantiosas deficiencias que presentó el vehículo (algunas de las cuales inclusive no fueron totalmente reparadas como el alza cristal del lado del conductor -problema que el experto sostuvo que había sido reparado en forma defectuosa- y el inconveniente del embrague que fue solucionado en forma transitoria). Súmase a ello que la prueba informativa consistente en la remisión de las copias del Expte. nro. 266/11 corrobora la cantidad de reparaciones hechas (v. fs. 941/5, fs. 947/8, fs. 968, fs. 975, fs. 981/3 y fs. 986/8). Lo hasta aquí dicho resultaría suficiente para tener por probada las cuantiosas reparaciones efectuadas. Pero hay más. El testigo Claudio Gabriel Sorbello (asistente técnico de Volkswagen SA) manifestó que en la inspección corroboró el defecto atribuido a la tapa del combustible y dijo que encargó su repuesto y el de la llave de luces por una falla aleatoria del estacionamiento. Afirmó además que sabía de la existencia de problemas con el consumo de combustible, el funcionamiento del embrague, la tapa de combustible, los frenos y luces (v. respuesta nro. 5: fs. 933/5). Por su parte, Juan Manuel Chillado también señaló que fueron unas ?cuantas? fallas las que tuvo el rodado (sic.) y que acompañó a Murga al taller de Romera SA en una oportunidad por un problema de frenos. Agregó que, luego de esa ocasión, el vehículo tuvo fallas en el levantavidrios, pérdida de gasoil a causa de una bomba y varias cosas más. Explicó que los defectos aparecieron por primera vez antes del año (v. respuesta nro. 4: fs. 1215/6). Juan Mauricio Federico (empleado del taller de Romera SA) dijo que se reparó la tapa de combustible, un embellecedor, los frenos delanteros, el soporte de la rueda de auxilio, el recirculador de gases de escape, entre otras cosas (v. respuesta nro. 8: fs. 1310/1). Carlos Alberto Fasciglione (jefe del servicio de post venta) relató que reparó la cremallera de dirección, una cañería de combustible, un cable del sistema eléctrico y un armazón del asiento que estaba deformado, los discos de frenos, el collarín de embrague, las colisas de levanta cristales, etc. (v. respuestas nros. 8 y 9: fs. 1312/4). Martín Domingo Pueblas (jefe del taller del área de post venta) señaló que reparó los discos y pastillas de frenos, la tapa exterior del tanque de combustible, la cremallera de dirección, un armazón del asiento, un ramal de cable, una cañería de combustible, una colisa de ventanilla, la válvula recirculadora de gases de escape y collarín de embrague, el malacate de la rueda de auxilio, etc. (v. respuestas nros. 9 y 10: fs. 1315/7). Juan Martín Romera (empleado de Romera SA) también se refirió a las reparaciones referentes al reemplazo de discos de frenos, a la pieza del malacate de la rueda de auxilio, a la tapa de combustible y al circulador de gases de escape, entre otras (v. respuesta nro. 9: fs. 1324/5). De la prueba pericial contable también surgen todas las reparaciones realizadas (por corte del sistema de frenos, desprendimiento de pastillas de frenos incrustada en el disco, rotura del caño que forma parte del circuito de alimentación, corte de iluminación externa del vehículo, rotura que regula la inclinación del asiento, falla en la tapa exterior de combustible y rotura de ésta, problemas con el alza cristal eléctrico y con el asiento del conductor; v. respuesta nro. 2: fs. 1177/82). No soslayo que esta pericia fue impugnada por el actor a fs. 1249/51 y fs. 1273 y por la demandada a fs. 1534/5 (lo cual mereció respuesta de la experta a fs. 1267/8, fs. 1344 y fs. 1560/1), pero lo cierto es que ninguna de las observaciones controvierten el hecho central y dirimente de la cantidad de reparaciones habidas. Colíjase de todo lo anterior que, si bien es exacto que los arreglos fueron realizados -con excepción del alza cristales del lado del conductor respecto del cual el ingeniero dijo que se podía inferir una reparación defectuosa y el problema de embrague que fue solucionado transitoriamente -, existe un hecho cierto y demostrado en la causa: el rodado ingresó al taller en más de 15 oportunidades en el plazo de 2 años, siendo la primera de ellas a los dos meses de haber sido adquirido (v. orden de reparación nro. ... del 27/9/10 copiada a fs. 274). Y lo cierto es que las cuantiosas reparaciones no se condicen con las cualidades técnicas esperables de un 0 km. A mayor abundamiento, y con el objeto de ponderar en su integridad los incumplimientos de la accionada, subrayo que de acuerdo a la realidad económica y comercial del mercado automotor, el actor abonó un mayor precio -vgr. gastos administrativos, patentamiento, impuestos, costos de publicidad, etc., que claramente excede el valor del producto- con el objeto de adquirir un vehículo nuevo precisamente a fin de evitar, entre otras cosas, las habituales reparaciones que a un automotor usado suelen realizarse (cfr. mi voto en ?Rodríguez José Pedro y otro c/ Renault Argentina SA y otro s/ Ordinario?, del 22/6/17). Así, cabe descartar un obrar diligente por parte de Volkswagen SA al momento de responder en virtud de la garantía brindada al actor. Véase que el fabricante incumplió con lo dispuesto en el art. 12 LDC que dispone que los fabricantes, importadores y vendedores de las cosas muebles no consumibles deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos. De allí que deberá la accionada responder por los incumplimientos incurridos y los perjuicios derivados en su consecuencia (conf. arg. arts. 12, 17 y 40 de la LDC). Finalmente, la anticipada conclusión se ve corroborada -también-si se analiza la situación desde la perspectiva de lo dispuesto por el art. 3 LDC. Así pues el

sistema de protección estructurado por la normativa consumeril impone como principio que, en caso de duda, cabrá estar siempre a la interpretación que fuera más favorable al consumidor. Una última consideración se impone en orden a la suscripción de las órdenes de reparación. Murga cuestionó que las firmas insertas en las órdenes de reparación implicaran conformidad con los arreglos (v. 4to. Agravio: fs. 1717/9). Sostuvo que se trataba de formularios de adhesión pre-impresos en los cuales quien los suscribe se limita a firmar, sin posibilidad de discutir nada. Resaltó que si quería retirar la camioneta del taller, tenía que suscribir todas y cada una de órdenes de trabajos de Romera SA. La a quo ponderó que el actor no aportó ninguna prueba que acreditase su disconformidad con ninguna de las reparaciones. Sobre el punto, asiste razón al recurrente. Véase que el consumidor no posee ni el conocimiento técnico propio de las personas que efectúan las reparaciones o se dedican a ello, ni el jurídico que implicaría la posibilidad de que firmara ?en disconformidad?. Así, las afirmaciones de la demandada en torno a las supuestas conformidades prestadas, carecen de sustento. De pensarse que Murga estuvo ?conforme? con las reparaciones efectuadas, no habría realizado numerosos reclamos vía carta documento, mails, telefónicos, concurrido a la Oficina de Consumidor de Tandil, ni promovido el presente proceso. f. Sentado lo anterior -en el sentido que cabe responsabilizar a Volkswagen SA en los términos de los arts. 12, 17 y 40 LDC-, corresponde abocarse ahora al análisis de los daños reclamados. g. Restitución del precio de compra. Venta del rodado. g.1. Como dije, el actor persiguió la resolución del contrato de compraventa del vehículo y la restitución de la suma de \$ 220.000 al valor actual del mercado (v. pto. Vi.: fs. 56 vta. y fs. 68). Invocó los arts. 10 bis c) y 17 b) de la LDC. Ahora bien. Durante el transcurso de este proceso y producida la prueba pericial mecánica, Murga vendió el rodado (el 6/3/14; v. fs. 1043/7). En aquella oportunidad, dijo que al no poder devolver el bien conforme el art. 17 b) LDC, correspondía deducir del valor de condena el precio que había percibido por la venta (\$ 197.000). En la expresión de agravios, sostuvo que: (i) la venta evidenció una prudente administración de su patrimonio, evitando una desvalorización del bien por el transcurso del tiempo (v. 5to. agravio: fs. 1719/20); y (ii) con ella cumplía con su obligación de mitigar el daño, incluso en su calidad de víctima. Por su parte, Volkswagen SA sostuvo -en la contestación de agravios- que la venta era contraria al objeto de la demanda (v. fs. 1757/9). La a quo resaltó que jamás había autorizado la venta del rodado sino solamente la producción de una prueba anticipada (v. pto. 3 fs. 1671 vta./2). g.2. En un precedente similar, esta Sala apreció incuestionable la venta del rodado ya que, frente a los reiterados ingresos al taller por distintas fallas y desperfectos, resulta razonable que el comprador de un vehículo cero kilómetro sienta cuanto menos impotencia o desilusión y, finalmente, opte por deshacerse de él (esta Sala F, ?Sinardi Ariel Omar c/ Fiat Auto Argentina SA y otro s/ Ordinario?, del 23/2/16). Ahora bien: lo cierto es que al no contar el actor con el rodado, la alternativa del inciso b) del art. 17 (que supone la restitución de la cosa), y la del art. 10 bis c), (que dispone la rescisión del contrato con derecho a restitución de lo pagado); no resultan aplicables. Lo anterior bastaría para desestimar el rubro en cuestión. Sin perjuicio de ello, en ningún momento Murga, invocó haber malvendido el bien ni señaló que hubiera obtenido un precio inferior al de plaza. Tampoco ofreció ninguna prueba tendiente a demostrar el valor del rodado. Súmase a ello que ni siquiera cuando denunció la venta acompañó documental alguna (consistente en publicaciones o revistas, por ejemplo) que diese cuenta de los valores de los rodados y demostraran que la suma de \$ 197.000 percibida era inferior a lo que realmente le hubiese correspondido por la operatoria. Corroboró lo dicho el hecho de que Murga abonó el 30/7/10 la suma de \$ 138.991,42 (v. factura de compra fs. 869/70) y con la venta, como dije, obtuvo el monto de \$ 197.000. En virtud de tales argumentos, este rubro será rechazado. h. Daño emergente. h.1. Daños directos por inconvenientes derivados de fallas. Estimó el actor la suma de \$ 15.000 por daños directos derivados de las fallas: utilización de auxilios y vehículo sustituto (v. fs. 57 5to. párrafo). El reclamo efectuado se refiere, bien se ve, a la privación de uso del rodado. Al respecto diré que no ignoro que, en opinión de cierta doctrina, este ítem solamente puede incluirse en el capítulo de daños resarcibles si se acredita de manera muy concreta el perjuicio que la falta del bien ha ocasionado a su propietario. Así, deberían -desde este punto de vista- acreditarse los gastos efectivamente incurridos, acompañándose por ejemplo constancias de viajes en colectivos, recibos de taxis o remises, o constancias del costo de alquiler de otro vehículo. Mas tal tesitura no resulta compatible, pues olvida en buena medida lo que sucede en la vida real. Es que, más allá de resultar prácticamente imposible contar con prueba específica sobre la cantidad de viajes pagos hechos por el reclamante del resarcimiento, lo cierto es que en la mayoría de los casos el propietario que se ve privado de su vehículo no puede afrontar los costos de pagar taxis o automóviles de alquiler para así cubrir todos los servicios que le prestaba el bien. De modo que, casi inexorablemente, tiende a privarse de algunas ventajas: la comodidad del desplazamiento, los paseos, u otros usos que le brindaban utilidad, satisfacción o placer. Y todo ello, sin duda, le irroga un daño cierto, aunque no resulte fácil mensurarlo o estimarlo económicamente (cfr. esta Sala en ?Cots Roberto Jorge c/ La Caja de Seguros S.A. s/ ordinario?, del 24/06/10; íd., ?Tangredi Cristian Marcelo c/ AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales S.A. s/ ordinario?, del 30/11/10; íd. ?Cersósimo Eliana Verónica c/ Forest Car S.A. y otro s/ ordinario?, del 16/08/11; íd. ?Pachilla Irma Esther c/ Argos Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario?, del 15/12/11 y mis votos en ?Podestá Arturo Jorge c/ Caja de Seguros S.A. y otro s/ ordinario?, del 18/2/14 y en ?Andrada Jorge Daniel c/ Provincia

Seguros S.A. y otro s/ Ordinario?, del 14/9/17). En el sentido apuntado, ha sido juzgado que la sola privación del automotor afectado a un uso particular produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, que debe ser resarcida como tal (CSJN, fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065), y sin necesidad de prueba específica. En rigor, se trata de un daño emergente que deriva de la objetiva ausencia del rodado o de su falta de disponibilidad (CNCom., Sala D, voto del Dr. Heredia, "Toneguzzo", del 21/09/06). Por otro lado, sabido es que el automotor, por su propia naturaleza, está destinado al uso, satisface o puede satisfacer necesidades ya sea de mero disfrute o laborales; no es un elemento neutro pues está incorporado a la calidad de vida de su propietario y, en algunos casos, a su grupo familiar. En consecuencia, claro resulta que su mera privación ocasiona un daño que se configura básicamente por la indisponibilidad. Bajo tales premisas conceptuales, no tengo dudas de que corresponde conceder una indemnización por este rubro, y que a fin de estimar su quantum cabe acudir a la facultad estimativa conferida por el Cpr. 165 (CNCom., Sala B, "Maldonado, María Cristina c/ Cordelli, Alberto s/ sumario"; del 23/12/93, Sala A, "Capriccioni, Omar José y otra c/ Sevel Argentina SA s/ sumario", del 18/02/00; Sala E, "Escolar Enrique c/ Red-Gar SACI, s/ sumario", del 20/04/92). Esto último sin perder de vista que el uso del automotor origina una serie de erogaciones, las que por aplicación de la compensatio lucrum cum damno deben ser descontadas al monto total a indemnizar para no convertir la reparación en una causa ilícita del lucro en favor del damnificado (CNCom, Sala B, 20/05/87, "Fernández Ernesto c/ El Refugio Cía. de Seguros", del 20/05/87; "Greco, Mario c/ Círculo de inversores s/ ordinario", del 10/02/92, 26/02/91, "Paganini Aldo, c/ Volkswagen SA", del 26/02/91; Sala E, 5/11/08, "Deleo, Emilio c/ Renault Argentina SA s/ ordinario, del 05/11/08; entre muchos otros). Más allá de lo expuesto, en el caso quedó comprobado que Murga tuvo que emplear otro rodado durante el tiempo en que el suyo se encontraba en el taller. Véase al efecto la declaración de Juan Manuel Chillado, quien atestiguó que era el "remisero" de Murga, que lo llevaba al taller de Romera SA (v. fs. 1215/6 repregunta de tercera citada nro. 2). Asimismo, Santiago Martín Miguens manifestó que el actor tuvo que pedir un auto prestado a su mujer o a su suegro que vive en Areco y que la falta de su camioneta le ocasionó gastos de remises para traslado (v. fs. 1217/8 respuesta nro. 4). De otro lado, en relación a la cantidad de días que Murga se vio privado del rodado, no soslayo que la perito contadora efectuó un detalle de las fechas de ingreso y de entrega de la unidad en forma incompleta y que ese fue un "nuevo" punto de pericia como señaló la experta (v. fs. 1267 vta.). Tampoco desconozco que la documentación aportada por la tercera citada fue desconocida por el actor respecto de algunas cuestiones, tales como que se hubiera efectuado un testeo en relación al consumo de combustible, entre otras. Sin embargo, no fueron controvertidas las fechas de entrega del rodado, por lo que estimo razonable considerar los días que surgen de las órdenes de reparación adjuntadas por Romera SA. Así, si bien la mayoría de las veces el vehículo ingresó al taller y fue reparado el mismo día (v. al efecto órdenes de reparaciones del 27/9/10, 10/11/10, 17/12/10, 28/2/11, 20/4/11, 10/5/11, 8/6/11, 16/6/11, 2/9/11, 4/11/11, 2/1/12 y 21/5/12), no ocurrió lo mismo con otras reparaciones (del 12/12/11, 15/12/11, 20/12/11 y 7/2/12; v. fs. 489/548, fs. 563/6 y fs. 571/5). Véase que en las órdenes del 12/12/11 figura como fecha de entrega el 13/12/11, en la del 15/12/11 no se consigna el día del retiro, en la del 20/12/11 surge el 30/12/11 y en la del 7/2/12 se desprende que fue retirado el 21/5/12 (v. fs. 549/62 y fs. 567/70). En síntesis, puede estimarse que Murga se vio privado de utilizar su rodado durante unos 130 días, por lo que postularé conceder la indemnización en el monto solicitado en el escrito de inicio, es decir, \$ 15.000, fijados a la fecha de este pronunciamiento. En tanto el daño fue estimado al tiempo del dictado de esta sentencia procede aplicar la tasa de interés pura que compense solo la mora del deudor; ello de conformidad con los criterios ya vertidos, entre muchos otros precedentes de esta Sala, en autos: "Rozanski Horacio Miguel c/ Banco Mercantil Argentino y otros s/ ordinario", del 22/5/12, "Artes Gráficas Modernas y otros c/ Tattersall de Palermo SA s/ ordinario", 7/3/13; "Quintana Milciades Flora c/ Nosis Laboratorio de Investigación y Desarrollo SA s/ ordinario", del 10/9/13; "Santarelli, Héctor Luis c/ Mapfre SA s/ ordinario", del 8/5/14; "Podesta, Arturo Jorge c/ Caja de Seguros SA y otro s/ ordinario", 18/2/14; "Campos, Horacio Angel c/ HSBC Bank Argentina SA s/ ordinario", del 3/7/14; "Cervantes Jorge Osvaldo c/ Caja de Seguros SA y otro s/ ordinario", del 12.05.16; "Echeverría Dante c/ Provincia Seguros SA s/ ordinario", del 27/10/16; "Manzur Carlos Ricardo c/ Volkswagen Argentina SA s/ ordinario", del 29/11/16). Así las cosas, los accesorios serán fijados a una tasa pura correlativa del 6% anual desde la mora -que tendré por acaecida el 27/9/10 correspondiente al primer ingreso al taller (nro. de orden de reparación nro. ...): fs.274 -; y, en caso de incumplimiento, propiciaré que se continúe con el porcentual habitual que esta Sala determina de conformidad con el criterio postulado en distintos precedentes (cfr. "Berrio, Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario", del 15/12/16; "Papa Raul Antonio c/ Smg Compañía Argentina de seguros SA s/ ordinario", del 20/10/16; "Echeverría Dante c/ Provincia Seguros SA s/ ordinario", del 27/10/16; "A.H. Llamas y Cía S.A. y otro c/ RPB SA s/ Ordinario" del 12/5/16), esto es la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar. h.2. Mayor consumo de combustible al informado por Volkswagen SA. Persiguió Murga el reconocimiento del daño derivado del mayor consumo de combustible por \$ 32.200 (v. pto. Vii, 4to. párrafo de fs. 57). Señaló que: (i) el mayor consumo estaba acreditado en la resolución administrativa del expte. nro. 266/11; (ii) eligió la camioneta porque la publicidad informaba un bajo

consumo (promedio de 7.9 litros por cada 100 km.); y (iii) su vehículo consumía entre 11.5 y 12.5/100 km., es decir que el consumo en exceso del gasoil era de 0.041 litros de gasoil por kilómetro. Para sustentar su postura, ofreció la prueba pericial mecánica tendiente a determinar si el consumo se adecuaba a lo informado en el manual y en la publicidad o si -en cambio- era superior (v. ptos. de pericia nros. 6 del actor, 8 de la demandada y 5 de Romera SA: fs. 775/81). Como resalté antes, el perito ingeniero no pudo completar su pericia porque la accionada no proveyó la norma de ensayo de consumo de combustible. Véase que la pericia fue realizada el 18/9/13 (fs. 775) y que el 11/12/13 la demandada acompañó la norma referida (fs. 811/6), es decir que transcurrieron casi tres meses entre ambas fechas, dato que no resulta menor. No desconozco que Volkswagen SA produjo prueba tendiente a demostrar que, cuando se vende una unidad, se entrega al cliente un manual de Asistencia Técnica - Garantía y el manual de instrucciones (v. pto. 6.5 Informativa: fs. 631). Véase a modo de ejemplo que ello surge de las contestaciones de Salvador M. Pestelli SA (fs. 831), Alra SA (fs. 847) y Espasa SA (fs. 857). Sin embargo, lo cierto es que el vehículo consumía mucho más gasoil que el informado en el manual. Dispone la LDC en su artículo 4 lo siguiente: "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición." (conf. Ley 27.250). Bien se ve que regula la ley el derecho del consumidor o usuario a recibir información sobre las características de los bienes y servicios que el proveedor le ofrece. Según los "standards" exigidos, dicha información debe ser cierta, clara y detallada. Destaco, por su relevancia, que: (i) el deber de información constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el régimen protectorio de la LDC, de raigambre constitucional (cfr. Tevez, Alejandra N., "El deber de advertencia en las relaciones de consumo", La Ley del 5 de mayo de 2015); y (ii) las Leyes 26.361, 27.250 y 27.266 -modificatorias de la ley 24.240- incorporaron la necesidad de que los datos necesarios sean brindados en forma gratuita y, en particular, que los proveedores suministren bajo idénticos parámetros las condiciones de comercialización del servicio que ofrecen (cfr. mis votos en "DA3 SRL c/ Telefónica Móviles de Argentina SA s/ Cobro de pesos" del 11/12/14 y "Fernández Carlos Daniel c/ Volkswagen SA de Ahorro para fines determinados y otro s/ Ordinario", del 27/12/16). La razón de ser de la norma encuentra base en el art. 42 de la Constitución Nacional en cuanto consagra el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz, notas que son complementadas por el art. 46 de la Constitución porteña en cuanto dispone que la información debe ser transparente y oportuna. Se trata de la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, a efectos de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto de un determinado bien o servicio. El por qué de la necesidad de una información al consumidor o al usuario radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor, en lo concerniente a los conocimientos sobre los productos y servicios (cfr. López Cabana, Roberto, "Deber de información al usuario", Actualidad en Derecho Público (AeDP), nro. 12, pág. 89). Y es la infracción al art. 4 LDC la que encuentro configurada en el caso, pues el consumo de gasoil no se condice con lo informado en el manual suministrado por la fabricante. Otro dato por demás relevante en torno a la deficiente información suministrada por Volkswagen SA en clara violación al art. 4 LDC surge en relación a los fusibles. Si bien la pieza del manual acompañada por Murga al iniciar demanda (fs. 44) fue expresamente desconocida por su contraria (v. fs. 613), lo cierto es que resulta idéntica a la copia certificada arrojada por Romera SA que dice: "... Debido a que el vehículo se sigue desarrollando continuamente, a que los fusibles se asignan en función del equipamiento ya que un fusible puede corresponder a varios consumidores, al cierre de esta edición no ha sido posible elaborar una tabla actualizada con la posición de los fusibles de los consumidores eléctricos. En los concesionarios Volkswagen se puede solicitar información más detallada sobre la asignación de los fusibles ..." (v. fs. 478). Volviendo al mayor consumo de combustible, cabe señalar que fue también invocado por Murga en el Expte. nro. 266/11. En aquella oportunidad, el actor acompañó algunos comprobantes de gasoil (v. fs. 954/66), así como copia del manual de instrucciones que da cuenta que el consumo previsto es de 7.9/100 km. (v. fs. 940). Súmase a ello que -más allá de la falaz información brindada en el manual- el elevado consumo también resultó corroborado por Claudio Gabriel Sorbello (técnico de Volkswagen SA) quien dijo que el consumo de combustible constatado era de aproximadamente 10 litros cada 100 km. (v. respuesta nro. 8 de repreguntas del actor: fs. 935). Conclúyase así que si bien el mayor consumo de gasoil no fue probado con la pericia mecánica porque Volkswagen SA, como quedó dicho, no acompañó en tiempo oportuno la norma de ensayo de consumo de combustible -actitud que resulta contraria a la buena fe- lo cierto es que tal circunstancia resultó acreditada con la declaración del testigo de Volkswagen SA y fue también considerada en la resolución del Expte. nro. 266/11 que da cuenta de que no se habría informado en forma cierta a cuánto ascendería el consumo promedio del combustible (v. art. 1 fs. 992). En tal marco, habiendo efectuado oficiosamente este Tribunal un estudio del precio actual del gasoil (<http://cecha.org.ar>: Confederación de Entidades de Comercio de hidrocarburos y afines de la República Argentina), en uso de las facultades que prevé el art. 165 del CPr., juzgo

adecuado estimar el mayor consumo de combustible en \$ 30.130 al tiempo de dictar esta sentencia. Tal como fuera señalado en relación a la privación de uso, los accesorios serán fijados a una tasa pura correlativa del 6% anual desde la misma fecha de mora (27/9/10); y, en caso de incumplimiento, propiciará la aplicación del porcentual allí referido. i. Lucro cesante. En el escrito inaugural solicitó Murga \$ 40.000 en concepto de lucro cesante (v. pto. V ii) fs. 57). Adelanto que el rubro indemnizatorio es desestimable. El lucro cesante es la utilidad o ganancia de la que resulta privado el acreedor a raíz del incumplimiento de la obligación o del acto ilícito. Implica la ausencia de ganancia o del acrecentamiento patrimonial que el damnificado podría razonablemente haber logrado de no haber mediado incumplimiento u obrar antijurídico de la contraparte (cfr. mi voto en ?Manzur Carlos Ricardo c/ Volkswagen Argentina SA y otro s/ Ordinario?, del 29/11/16). Su resarcimiento no se apoya en una simple posibilidad de ganancia, ni debe constituir un enriquecimiento sin causa para el acreedor; sino que, por el contrario, debe hallarse demostrada fehacientemente la pérdida de ingresos referidos a negocios específicos. Sobre tales premisas, y dados los términos en los que ha sido entablada la demanda -sustentada en la calidad de consumidor de Murga- el rubro en análisis no procede. Coadyuva a tal solución, el hecho de que el actor persigue también el reconocimiento de la reparación por privación de uso del vehículo. Así, en tanto aquél ítem subsume a la indemnización por lucro cesante, mal podrían admitirse ambos rubros. En definitiva, desde que la privación de uso ya fue tratada y concedida, ello obsta el reclamo por lucro cesante (en tal sentido, mi voto en esta Sala en ?Rivera Vázquez Juan José c/ Coafi SA s/ Ordinario? del 22/6/17). j. Daño moral. j.1. Solicitó el actor la suma de \$ 60.000 y/o lo que en más o en menos resultase de la prueba a rendirse por tal concepto (v. pto. V.iii) fs. 57). Aludió a los sufrimientos padecidos por los defectos y las fallas del rodado, situación no esperable por tratarse de un vehículo cero km. Resaltó la diferencia entre la imagen proyectada por el fabricante y la realidad lamentablemente experimentada. Agregó que algunos de los desperfectos pusieron en riesgo su vida, la de su familia y la de terceros. j.2. Ya he dicho con anterioridad que el daño moral es un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la medida en que lesiona los bienes más preciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu. Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas (v. mis votos en ?Oriti, Lorenzo Carlos c/ Volkswagen Argentina SA y otro s/ Ordinario?, del 1/3/11 y en ?Andrada Jorge Daniel c/ Provincia Seguros SA y otro s/ Ordinario?, del 14/9/17). Y esa modificación disvaliosa del espíritu no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor porque pueden suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido (Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por Daños, t. V, págs. 53/4, Ed. Rubinzal - Culzoni, 1999). Por otro lado, no desconozco que cuando el daño moral tiene origen contractual (art. 522 CCiv.), debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana sólo se afectan intereses pecuniarios. En este sentido, corresponde a quien reclama la indemnización la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral. Ello pues, de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada (CNCom., Sala A, "Aguerrí de Ribot, Sara c/ Héctor A. García", 25.6.82; id., "Capon Bonell S.A. c/ Papel Prensa s.a.", 13.5.83; id., "Collo Collada, A. c/ Establecimientos Metalúrgicos Crespo S.A.", 13.7.84; id., "Transpuertos S.A. c/ Austral Líneas Aéreas S.A.", 24.10.84; id., "Rosner, David c/ Banco Río de La Plata S.A.", 29.11.84; id., "Danisewski, Juan c/ Jorge Hitszfelder", 22.5.86; id., "Criado soc. de hecho c/ Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda.", 30.8.95; Sala B, "Cilam S.A. c/ IKA Renault S.A.", 14.3.83; id., "Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros S.A.", 12.8.86; id., "Cabral, Raúl c/ Aseguradora Rural S.A.", 1.6.88; id., "Rossano de Rossano, María c/ Ramiro Pazos", 22.3.89; id., "Borelli, Juan c/ Omega Coop. de Seguros Ltda.", 10.4.90; id., "Barven S.A. c/ Mellino S.A.", 10.4.90; id., "Gelman, Juan c/ Edic. Corregidor S.A.", 10.8.90; id., "Colombo, Jorge c/ Sevel S.A.", 27.11.92; Sala C, "Nassivera, Oscar c/ Ares S.R.L.", 7.12.81; id., "Fernandez, Vicente c/ Tavella y Cía. S.A.", 17.2.83; id., "Peralta Hnos. S.A. c/ Citroen Argentina S.A.", 23.4.84; id., "Campomar, María c/ Aseguradora Rural S.A.", 21.8.87; id., "Labriola, Walter c/ La Nueva Coop. de Seguros Ltda.", 29.9.88; id., "Gagliano, Juan c/ Chacabuco Cía. Argentina de Seguros S.A.", 27.4.89; id., "Wolf, Manuel c/ Prado, Raúl", 5.10.89; id., "Lucarelli, José c/ Asorte S.A.", 10.11.89; id., "Perez Leiros c/ Plan Rombo S.A.", 23.6.93; id., "Percossi, Nora c/ Cía. Argentina de Seguros Visión S.A.", 29.7.94; id., "Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. c/ Garage Bosso", 14.4.97; Sala D, "Indeval S.A. c/ Fenochietto, Carlos", 7.9.81; id., "Penna, José c/ Bejmias, Jaime", 29.7.85; id., "Desup S.R.L. c/ Irusta Cornet, José", 25.6.90; Sala E, ?De Vera, Diego c/ Programa de Salud S.A. s/ ordinario?, 07.09.1990; id. "Cammarata, Ricardo c/ La Defensa Cía. Argentina de Seguros S.A.", 28.8.85; id., "Balk Rolff c/ Instituto Italo Argentino Cía. de Seguros S.A.", 20.4.87; id., "Piquero, Hugo c/ banco del Interior y Buenos Aires", 6.9.88; id., "De Vera, Diego c/ Programa de Salud S.A.", 7.9.90; id., "Izaz, Pedro c/ Sanabria Automotores S.A.", 11.12.90, entre muchos). En tal marco, es perceptible en la especie que las sucesivas reparaciones efectuadas en el rodado que surgieron a los dos meses de su adquisición y fueron más de quince en el plazo

de dos años generaron en Murga sinsabores, molestias y ansiedad. Destácase que de ello dan cuenta acabadamente los cuantiosos reclamos efectuados y el intercambio de e-mails cursados entre las partes (v. en especial mails del 15/12/11 y 30/12/11: fs. 1477, 1478 vta./79), así como la prueba testimonial rendida que acredita que el actor sufrió molestias y preocupaciones a raíz de las fallas en su camioneta (v. declaración testimonial de Juan Manuel Chillado en fs. 1215/6 respuesta nro. 7). Corresponderá por ello admitir la indemnización pretendida, pues es claro que el incumplimiento de Volkswagen SA fue susceptible de ocasionar padecimientos morales al actor (conf. art. 522 del CCiv.). Así las cosas y en uso de las facultades que confiere el art. 165 del Cpr. considero prudente fijar en \$ 15.000 la indemnización por este concepto, monto fijado a la fecha de este pronunciamiento. j.3. En tanto el daño fue estimado al tiempo del dictado de esta sentencia procede aplicar los intereses ya señalados en el punto i 1 y 2, desde la mora que tendré por acaecida el 16/5/11 -fecha de inicio del expediente que tramitó en la Oficina de Consumidor Municipio de Tandil; fs. 937-. k. Daño punitivo (art. 52 bis LDC). Reclamó el actor \$ 500.000 por daño punitivo (v. pto. V iv: fs. 57 vta./9). Volkswagen SA postuló su rechazo y cuestionó la constitucionalidad del art. 52 bis de la LDC (v. pto. 4.5: fs. 625/8).

k.1. Preliminarmente, diré que la declaración de inconstitucionalidad implica un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico y como una atribución que sólo debe utilizarse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (cfr. Corte Suprema LL 1981-A-94, entre muchos fallos). Como lógico corolario de este principio se deriva que un planteo de tal índole debe contener, necesariamente, un sólido desarrollo argumental y contar con no menos sólidos fundamentos para que pueda ser atendido, no bastando la invocación genérica de derechos afectados (cfr. esta Sala, en ?Gransud SA c/ Muñoz de Toro Patagonia SA s/ Ordinario s/ Queja? del 9/6/15 y en "Basso Gustavo c/Espinoza Claudio Aníbal s/ Ejecutivo" del 23/3/10). En este orden de ideas se ha entendido que corresponde a quien la alega demostrar de qué manera la norma contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y para ello es menester que precise y pruebe fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación que tacha de inconstitucional (Corte Suprema, Fallos: 307:656, LL 1986-A-564). Lo expuesto resulta suficiente para rechazar el planteo. Véase que la accionada se limitó a invocar la violación de la garantía constitucional de propiedad, pero no argumentó cómo éste derecho se vería afectado. Sobre tales bases, y con remisión a los demás fundamentos desarrollados por el Sr. Fiscal General en fs. 1656/7, postularé el rechazo de la pretendida inconstitucionalidad.

k.2. Sabido es que el art. 52 bis de la LDC modificada por la ley 26.361- BO: 7/4/08, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del ?daño punitivo?. Dispone la norma textualmente: ?Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley?. Ahora bien. Tal como precisé en otras oportunidades (v. mi votos del 18/2/14 en autos: ?Dubourg Marcelo Adrián c/ La Caja de Seguros S.A. s/ ordinario?; del 8/5/14 en ?Santarelli Héctor Luis y otro c/ Mapfre S.A. de Seguros s/ ordinario?; del 24/9/15 en ?García Guillermo Enrique c/ Bankboston N.A. y otros s/ sumarísimo?; del 20/10/15 en ?Díaz Víctor Alcides c/ Fiat Auto S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ ordinario? y en ?Andrada Jorge Daniel c/ Provincia Seguros SA y Otro s/ Ordinario?, del 14/9/17), la reforma legislativa conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (arg. CCiv. 1083). Como allí sostuve, los daños punitivos son, según Pizarro, ?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, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro? (Pizarro, Ramón, ?Daños punitivos?, en Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, La Rocca, 1993, pág. 291/2). Conforme con la norma antes transcrita la concesión de daños punitivos presupone: i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; ii) la petición del damnificado; iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; iv) la concesión en beneficio del consumidor; y v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240. Sin perjuicio de destacar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva -ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva; cfr. López Herrera, Edgardo, ?Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis?, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Pizarro, - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949-, la norma aludida indica que a los fines de la sanción deberá tomarse en cuenta ?la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso?. De allí que para establecer no sólo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto, María Virginia, ?Algunas

reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor?, RDCO 2013-B-668). Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, ¿Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis?, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Falco, Guillermo, ¿Cuantificación del daño punitivo?, LL 23/11/2011, 1). Establece aquella disposición que: ¿En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta 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?. Resáltese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño; y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia (López Herrera, Edgardo, op. cit.). Se trata, en definitiva, de supuestos en los que fabricantes o proveedores utilizan esa técnica -y este dato es muy importante- de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando M., ¿Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa?, LL DJ 19/10/2011,1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, ¿Actuaciones por daños?, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 332). Mas, en rigor, el análisis no debe concluir solo en el art. 52 bis. Es que el art. 8 bis refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores y, en su última parte, dice: ¿Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma...? (Ferrer, Germán Luis, ¿La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos?, Diario La Ley del 24.10.2011). La previsión legal del art. 8 bis LDC resulta plausible. Ello así, tanto desde el punto de vista de los consumidores que han sido víctimas de un daño, cuanto desde la perspectiva de los jueces que deben decidir si cabe responsabilizar al proveedor frente a supuestos no tipificados -como la demora excesiva o el maltrato en la atención al usuario, por citar algunos ejemplos. Es que la lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no sólo por el contenido de una cláusula contractual o del modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables. Se trata, en definitiva, de garantizar una directriz de trato adecuado al consumidor, como modo de evitar la utilización de prácticas comerciales que restrinjan o nieguen sus derechos. El cartabón de conducta exigible al proveedor tiende a resguardar la moral y la salud psíquica y física del consumidor. Así porque la ausencia de un trato digno y equitativo agravia el honor de la persona. De allí que la norma deba ser vista como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia del art. 42 CN. Así, el proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del iter negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos, aquellos sensibles intereses (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto María Virginia, ¿Trato ¿indigno? y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor?, del 26/04/16, La Ley 2016-C, 638). Desde dicha perspectiva conceptual, corresponde atender el agravio del actor en cuanto procuró la reparación del daño punitivo. De los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia. Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. mis votos en esta Sala F, en autos ¿Rodríguez Silvana Alicia c/ Compañía Financiera Argentina SA s/ Sumarísimo?, del 10/05/12, en ¿Rojas Sáez Naxon Felipe c/ Banco Comafi SA s/ Ordinario?, del 19/8/14, y en ¿Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Cía. Arg. de Seguros SA s/ Ordinario?, del 15/12/16). En el caso, los siguientes datos inequívocos extraídos de esta causa muestran a mi juicio el proceder abusivo de la demandada: i) Como quedó dicho, el actor efectuó numerosos reclamos ante Volkswagen SA. Inclusive, en forma previa a la promoción de esta acción judicial y ante su pasividad, inició un expediente en la Oficina de Información al Consumidor de Tandil -v. fs. 936/1022- obteniendo la imposición a la accionada de una indemnización y una multa de \$ 5000 cada una por infracción a los arts. 4, 8 bis, 12, 17 y 40 LDC (v. fs. 1017). ii) Como también destaqué, resultó falaz la afirmación de la demandada según la cual todas las reparaciones fueron satisfactorias (v. pto. iv fs. 621 vta./2). Ello así, que a la luz de las conclusiones que emanan de la pericia mecánica antes examinada. Reitérese que el rodado ingresó al taller de Romera SA en más de quince oportunidades y en el plazo de dos años - circunstancia inexplicable en un auto 0 km. y que la primera orden de reparación data del 27/9/10, es decir, a dos meses de su adquisición (v. pto. de pericia 2: fs. 1181). iii) Los múltiples trámites y reclamos efectuados (vía mails: fs. 971/4, fs. 976/9, fs. 984/5, cartas documentos: fs. 938/9, etc.) comenzaron antes del año de compra del

rodado, el 30/7/10; -ver al efecto CD del 19/1/11 (fs. 938) e inicio del expte. nro. 366/11: 16/5/11 (fs. 937)-. En definitiva, la notoria desatención de la demandada a las numerosas gestiones y reclamos efectuados por el actor, constituyeron un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia del LDC 8 bis. Asimismo, habida cuenta la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada, puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma del LDC 52 bis y su doctrina para la aplicación de la multa civil. En esta directriz se tiene dicho, de acuerdo con la jurisprudencia precursora en la materia, que constituye un hecho grave susceptible de multa civil por trasgresión del LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición (Guillermo E., Falco, ¿Cuantificación del daño punitivo?, LL 23/11/2011, y fallo allí cit.). k.3. A los efectos de determinar el "quantum" de la multa no puede perderse de vista la función de este instituto: sancionatoria y disuasoria. Entonces, no corresponde evaluar el daño punitivo como una compensación extra hacia el consumidor afectado o como una especie de daño moral agravado. Antes bien, debe ponderarse muy especialmente la conducta del proveedor, su particular situación, la malignidad de su comportamiento, el impacto social que la conducta sancionada tenga o pueda tener, el riesgo o amenaza para otros potenciales consumidores, el grado de inmoralidad de la conducta reprochada y el de desprecio por los derechos del consumidor afectado, como antes se señaló. Bajo tales parámetros, y ponderando asimismo el límite cuantitativo que determina el LDC:52 y la prudente discrecionalidad que ha de orientar la labor judicial en estos casos (cpr: 165), estimo adecuado justipreciar la indemnización de este concepto en la suma de \$ 100.000. VI. Conclusión Por todo lo expuesto y si mi criterio fuera compartido por mi distinguido colega del Tribunal, propongo al Acuerdo: a) acoger parcialmente los agravios del actor y en consecuencia revocar la sentencia apelada, con el alcance de condenar a Volkswagen SA a pagar a Sebastián Murga las sumas de \$30.130 en concepto de daño material por mayor consumo de combustible; \$15.000 en concepto de daño moral, \$15.000 en concepto de privación de uso y \$100.000 en concepto de daño punitivo, con más los intereses según lo dispuesto en los ptos. h.1, h.2. y j.3 y b) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (conf. arg. arts. 68 y 279 CPCCN). Así voto. El doctor Rafael F. Barreiro dice: Comparto en lo sustancial la solución propiciada por la doctora Tevez en el voto que abrió este Acuerdo. Ahora bien, con relación a la posición que se adopta en el apartado ?k.2? respecto a la naturaleza y características del instituto que regula el art. 52 bis de la LDC, me remito a las reflexiones que he vertido en una publicación relativa a la sustancia del daño punitivo (Barreiro, Rafael F, El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135), como lo preanuncié en mi voto en la causa Asociación Protección Consumidores Del Mercado Común del Sur -Proconsumer- c/ Galeno argentina S.A? de esta Sala F, decisión emitida en 11.11.14 y que repliqué, el 04.06.15 en la causa ?Formigli Eduardo c/Auto Zero SA s/ ordinario?, por mencionar solo algunos de los antecedentes. Con dicha aclaración, adhiero al voto de la vocal preopinante. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Alejandra N. Tevez Rafael F. Barreiro María Florencia Estevarena Secretaria Buenos Aires, 19 de diciembre de 2017. Y Vistos: I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: a) acoger parcialmente los agravios del actor y en consecuencia revocar la sentencia apelada, con el alcance de condenar a Volkswagen SA a pagar a Sebastián Murga las sumas de \$30.130 en concepto de daño material por mayor consumo de combustible; \$15.000 en concepto de daño moral, \$15.000 en concepto de privación de uso y \$100.000 en concepto de daño punitivo, con más los intereses según lo dispuesto en los ptos. h.1, h.2. y j.3 y b) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (conf. arg. arts. 68 y 279 CPCCN). II. Notifíquese a las partes y a la señora Fiscal General (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1°, N° 23/17 y N° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13 y n° 42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Alejandra N. Tevez Rafael F. Barreiro María Florencia Estevarena Secretaria 026812E