

Incumplimiento Contractual Empresa Automotriz Dano Punitivo

JURISPRUDENCIA

Incumplimiento contractual. Empresa automotriz. Daño punitivo

Se modifica el decisorio que hizo lugar a la demanda por incumplimiento contractual, desestimándose -por no haber sido debidamente introducido en la instancia de origen- el rubro daño moral; y reduciéndose la suma concedida en concepto de daños punitivos.

En la Ciudad de Azul, a los 22 días del mes de Mayo de 2018 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato y, encontrándose vacante la restante vocalía, para dictar sentencia en los autos caratulados: "TOLOSA DIAZ YAMILA NOEMI C/ VOLKSWAGEN S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) (80) ", (Causa N° 1-62808-2017), se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: Doctores LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO .-

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:
-CUESTIONES- 1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 98/103 vta.? 2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION- A LA PRIMERA CUESTION: el Sr. Juez Dr. LOUGE EMILIOZZI dijo: I.- La sentencia de grado hizo lugar a la demanda promovida por Yamila Noemí Tolosa Díaz, condenando a Volkswagen S.A. de Ahorro para Fines Determinados a abonar a la actora la suma de \$ 4.053,01 con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito digital a treinta días y la de \$ 200.000 en concepto de daños punitivos; imponiendo las costas a la demandada vencida.

El decisorio de la anterior instancia aborda también el tratamiento del daño moral que rechaza por falta de prueba. Contra dicho pronunciamiento, se alzan actora y demandada. La actora lo hace a fs. 105 que concedido en relación, se funda a fs. 192/204 vta., obteniendo réplica de la contraparte a fs. 212/221; y la demandada a fs. 107, fundado a fs. 244/253 vta. sin respuesta de la contraria.

I.A) Los agravios de la actora: El primero de los agravios se refiere al daño moral que fuera desestimado en la sentencia de grado por no haber sido acreditado. Al respecto, y en lo sustancial, la recurrente sostiene que tal rubro debe ser reconocido en reparación de la intranquilidad sufrida por no saber cuándo se le devolvería el importe reclamado, más la espera, el tener que dirigirse innumerables veces a la agencia a reclamar, tener que denunciar ante la defensa al consumidor, haber sacrificado rubros indemnizables mediante acuerdos; en suma, la actitud de desinterés de la empresa en cumplir que motivó la presente demanda. Al finalizar el agravio, la actora estima el daño moral en la suma de \$ 100.000 o lo que más o menos determine este Tribunal al sentenciar. El segundo agravio, se dirige a cuestionar el daño punitivo fijado en la sentencia de grado, pretendiendo que el mismo sea elevado al doble de la suma por la cual prosperara, teniendo especialmente en cuenta para ello, la desigualdad jurídica de los contratantes, el dolo probado, la negligencia, el trato dispensado al consumidor y el caudal económico de la empresa. Asimismo, solicita que se declare a la parte demandada litigante temerario en los términos del art. 45 del CPCC con la consiguiente imposición de la multa allí prevista, en tanto considera que los escritos interpuestos fueron al sólo efecto de prolongar innecesariamente el pleito que ya se sabía había perdido en primera instancia. La réplica de la demandada: Al contestar los agravios, la primera observación que introduce la empresa demandada se refiere a la improcedencia de los argumentos utilizados por la recurrente, en tanto aluden a cuestiones no propuestas en la instancia de origen en el momento procesal oportuno. Así, destaca que tales argumentos no constituyen una crítica razonada de la sentencia, sino la introducción de nuevos rubros indemnizatorios (el daño moral) y fundamentos no planteados al iniciar la acción. Consecuentemente, considera que el recurso de la parte actora debe ser declarado desierto por no cumplir con los recaudos del art. 260 del CPCC; es que los agravios -agrega-, resultan ser una tardía y extemporánea fundamentación del derecho incorrectamente invocado al promover la demanda que implica una violación al derecho de defensa en juicio de su parte y al principio de bilateralidad. Seguidamente, se aboca a contestar puntualmente los agravios expresados por la accionante. Respecto del daño moral, sostiene que para que un incumplimiento contractual conlleve daño moral, es preciso que la afectación íntima trascienda lo que puedan ser los inconvenientes o incertidumbres propias originadas en una contratación, a lo que agrega que en la demanda, la actora se limitó a mencionar el rubro reclamado sin contribuir con elementos probatorios para acreditar su reclamo, aclarando una vez más que la accionante en ningún momento ha petitionado el rubro bajo análisis, limitándose a introducir un párrafo donde manifiesta padecer "un cúmulo de afectaciones de sus valores materiales y morales que la dañan en su condición de persona y en sus expectativas como individuo en la sociedad a que pertenece, que importan rubros indemnizables" (sic); afectaciones morales que ni siquiera cuantifica. En cuanto al daño punitivo, no encuentra elemento en autos que avale su procedencia y menos aún su elevación. Por otra parte, sostiene también que jamás podría hacerse lugar a una indemnización por daño punitivo por la suma de \$ 200.000 cuando el capital de condena actualizado ni siquiera roza los \$

10.000, y mucho menos podría ser duplicado, cuando el valor pretendido no fue reclamado por la actora en el escrito inicial. I.B) Los agravios de la demandada: En primer lugar entiende que no existió un obrar doloso y abusivo de su parte, puesto que en la audiencia fijada por la Sra. jueza para acercar a las partes, fue la accionante la que rechazó la propuesta realizada. Por otra parte, sostiene la falta de congruencia entre el monto fijado en concepto de daño punitivo y el capital de condena que fue otorgado a la actora, resultándole irracional que se haya concedido en concepto de daño punitivo cincuenta veces más que el capital adeudado. Expresa además que las actuaciones administrativas no resultan vinculantes en la instancia judicial; agregando que las multas a las que hace referencia el fallo en crisis, no se encuentran firmes. Por todo ello, la recurrente considera improcedente la multa que le fuera impuesta en concepto de daños punitivos. En cuanto a la suma otorgada por tal concepto, sostiene la recurrente que la misma resulta arbitraria por cuanto no guarda ninguna relación con la cuantía otorgada para compensar el daño padecido reiterando que resulta cincuenta veces más que el capital otorgado; y agrega que la finalidad del daño punitivo es sancionar a la empresa que ha incurrido en una conducta dolosa y que a la vez se enriqueció a consecuencia de tal obrar, además de paliar un incumplimiento contractual, el cual -según afirma-, no ha existido, en tanto el hecho que derivó la presente acción, se trató de la devolución de una suma de dinero por la aplicación de un beneficio que se encuentra fuera del marco del cumplimiento del contrato, destacando que su parte no obtuvo ningún beneficio económico. Seguidamente, cita jurisprudencia en apoyo de sus dichos, para concluir solicitando que para el hipotético caso de que este Tribunal considerara de aplicación la multa en concepto de daños punitivos, el monto de la misma sea revisado. I.C).- La posición del Ministerio Público Fiscal: Cabe señalar aquí que el Sr. Fiscal General a fs. 231 vta. dictaminó compartiendo -en lo medular-, los argumentos dados por la parte demandada a fs. 212/220, solicitando se declare mal concedido el recurso de fs. 107 y se rechace el recurso interpuesto por la parte actora. II).- El análisis de la cuestión: De la lectura de los agravios expuestos por las partes y la réplica vertida por la demandada, se advierten tres cuestiones a resolver. La primera de ellas se relaciona con la procedencia del daño moral y la oportunidad en que tal pretensión fue efectivamente introducida en el expediente, sin perjuicio del tratamiento que la magistrada de la anterior instancia hiciera en la sentencia en crisis. En este punto, me adelanto a señalar que asiste razón a la demandada. Al respecto, en la causa n° 55627, ?Oudoukian? del 15/12/11, este Tribunal tuvo oportunidad de explayarse sobre el tema sosteniendo que: ?... el proceso civil está gobernado por el principio dispositivo, de lo que se sigue que a las partes incumbe fijar el alcance y contenido de la pretensión y oposición, allegando los datos que conforman sus elementos (sujeto, causa y objeto). Esta actividad concurre a delimitar el thema decidendum, al que debe ajustarse el órgano judicial. La sujeción de marras se denomina congruencia, y cabe definirla como la conformidad que media entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto contornean ese objeto. Ese ?acople? que exige el principio de congruencia debe observarse respecto de la totalidad de los elementos definidores de la pretensión y oposición; es decir, la sentencia debe amoldarse de modo estricto a las personas, a la calidad de las partes que intervinieron en el proceso, al objeto del litigio y a la causa o vínculo puesto en discusión (Azpelicueta - Tessone ?La Alzada. Poderes y Deberes?, pág. 157 y sig.). Es sabido que en la Cámara de Apelaciones el principio de congruencia se torna más exigente, ya que ésta debe examinar las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios (art. 266 del C.P.C.C.). Por ello, y volviendo a la obra de Azpelicueta - Tessone, estos autores señalan que el principio de congruencia exige a la Alzada prestar especialísima atención a dos estadios procedimentales, cuales son el de la traba de la litis, y el de interposición y fundamentación del recurso de apelación, pues sus potestades decisorias sufren una doble restricción: la que resulta de la relación procesal y la que el apelante voluntariamente imponga a través del escrito de interposición del recurso y de la pieza que contiene el desarrollo de los agravios. Ninguna parcela del decisorio recurrido podrá revisar si la impugnación no está contenida en estos últimos actos procesales; pero tampoco podrá resolver cuestiones novedosas o sorpresivas, introducidas por primera vez en la instancia de apelación (?La Alzada...?, cit., pág. 163, con cita de fallos de la S.C.B.A., Ac. 30.409, 33.462, 42.243, 43.417). En esta misma senda se registra un precedente de la Sala II de este tribunal, en la que el apelante intentó introducir en la Alzada un hecho no denunciado en primera instancia como causa de la obligación, lo que llevó afirmar que tal actitud importaba violación del principio de congruencia que debe imperar en todo proceso civil y en base al cual se delimita la materia litigiosa (causa n° 36.762, ?Fiorini...?, del 26.03.96., voto Dra. Fortunato de Serradell). Se decía en esa oportunidad que ?La sentencia debe recaer sobre pretensiones oportunamente deducidas (S.C.B.A., Ac. 22.164, del 8/3/77), y defensas temporáneamente articuladas? (S.C.B.A., Ac. 34.562, ?Panozzo, Andrés c/ Rosso, Pedro Ricardo s/ Daños y Perjuicios?, del 18/6/85, pub. Ac. y Sent. 1985-II-127)?. ?Que es una consecuencia del principio de congruencia -e interesa también a la defensa en juicio (art. 18 C.N.)- que los puntos expuestos por las partes en sus escritos de demanda y contestación fijan el campo de actuación tanto de la sentencia de primera instancia (art. 163 inc. 6 del C.P.C.C.), como del Tribunal de Alzada (art. 272 1ra. parte del C.P.C.C.)-. Si se admitiera que en el Tribunal de Apelación pudiera articularse defensas no esgrimidas en primera instancia o fundadas en hechos no articulados en ella, ello importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, violando una disposición expresa (art. 272 del C.P.C.C.) y

menoscabando el derecho de defensa? (Cám. Civ. y Com., La Plata, causa ?Mendoza c/ Rojo Adolfo y otra s/ Desalojo? del 17.10.91).? También resulta ilustrativo de lo que se viene diciendo otro precedente en el que se afirmó que ?Este tribunal debe pleno respeto al principio de congruencia, por lo que no puede decidir sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, ni tratar argumentos extraños a la litiscontestación. Hacerlo importaría violar los artículos 34 inc. 4º, 163 inc. 6º, 270 y 272 del C.P.C.C. y el derecho constitucional de defensa en juicio en tales normas implícito (art. 18 de la Const. Nac.).? (CCCom. de San Isidro, Sala II, 9-9-2004, ?Pérez, c/ Andrelo s/ Daños y Perjuicios?, cit. por Guillermo J. Enderle, ?La congruencia procesal?, pág. 299). Sumamente esclarecedores son los términos utilizados en un reciente precedente de la Excma. Suprema Corte Provincial, que si bien están referidos a la instancia extraordinaria, resultan aplicables -mutatis mutandi- a la alzada, en virtud de lo dispuesto por el 266 del C.P.C.C. Allí se dijo que ?no es posible examinar en casación argumentos o temas que se exponen por primera vez en la instancia extraordinaria o que se han planteado antes con un enfoque o dimensión distintos, o con variantes en la defensa? (Causa C. 101.874, ?Alvarez, Oscar y Sabre, Simón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo?, del 18.11.09., con citas del mismo superior tribunal: Ac. 83.114, sent. del 13-IV-2005; Ac. 94.617, sent. del 5-IV-2006, entre otras). Por último, cabe mencionar que este Tribunal hizo aplicación de estos principios en algunos recientes precedentes (causas n° 53.058 ?López...? del 22.06.09.; n° 53.417, ?Tandil Redes...?, del 25.06.09., voto Dra. Fortunato de Serradell; n° 53.567, ?Bruni...?, del 28.10.09.; n° 53.905, ?García...?, del 17.12.09.; n° 54.180, ?Verón...?, del 18.06.10.; n° 54.485 ?AADI-CAPIF? del 05.10.10.; n° 54.693, ?Abelairas?, del 07.04.11.; n° 54.928, ?Strada Jáuregui...?, del 09.06.11.; n° 55.278, ?Burton...?, del 04.08.11., entre otras)?. En otro precedente (causa n° 59658, ?Barragán? del 29/9/15), este Tribunal se preguntaba: ?...¿cuál es el temperamento que debe adoptar la alzada cuando advierte que el pronunciamiento de primera instancia ha transgredido el principio de congruencia? A primera vista, podría pensarse que la alzada debe atenerse a la materia sometida a consideración del juez de primera instancia, por lo que si éste se extralimita en su decisorio la cámara no debería abordar los temas que no habían sido propuestos a la decisión del ?a quo?. Esta respuesta podría encontrar sustento en una interpretación literal de los arts. 266 y 272 del C.P.C.C., los cuales disponen, respectivamente, que ?La sentencia (de Cámara) se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubieren sido materia de agravios?, y que ?El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia.? Nótese que estas normas, destinadas a delimitar la materia que debe ser abordada por la alzada, se refieren a cuestiones ?sometidas? o ?propuestas? al Juez de primera instancia, y no a cuestiones ?tratadas? por el juez de primera instancia, de lo que podría inferirse que la cuestiones no ?propuestas? al juez de primera instancia no podrían ser abordadas por la alzada pese a que hubieran sido ?tratadas? -indebidamente- por aquél. Sin embargo, y contrariamente a lo que sugiere la interpretación literal de dichas normas, esta materia no escapa al principio dispositivo que gobierna el proceso civil en general, y que naturalmente proyecta sus efectos a la materia recursiva. Esto fue abordado en un muy esclarecedor fallo de la Excma. S.C.B.A., en el cual se sentó como doctrina que la eventual violación del principio de congruencia por parte del juez de primera instancia es un tema que las partes deben plantear como agravio ante la alzada (C. 93.036, ?Club Atlético y Deportivo Junior?, del 14.02.2007)?. En el caso de autos, comprobamos que la actora -entre otros aspectos-, apela la parte de la sentencia que desestima el daño moral donde la magistrada entendió que el mismo no había sido acreditado. Por su parte y como quedó dicho, la demandada al contestar esos agravios manifestó que aquella cuestión (el daño moral), no había sido propuesta en el escrito inicial por lo que la sentenciante había incurrido en un error al haber resuelto sobre la misma, respecto de la cual, naturalmente, no había podido ejercer el derecho de defensa. Llegados a este punto resulta oportuno recordar la definición del principio de congruencia como ?la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio?; de lo que se deriva que ?toda sentencia debe versar sobre las cuestiones planteadas por los justiciables, recaer sobre el objeto reclamado y pronunciarse en función de la causa invocada? (Fenochietto, Carlos - Arazi, Roland ?Código...?, T. I, pág. 138); y que tal principio que emerge de los arts. 34 inc. 4to. y 163 inc. 6 del CPCCN que -como quedó dicho-, impone que la sentencia debe ajustarse a los términos en que quedara trabada la litis, veda al juez resolver distinto o más allá de lo pedido. De lo contrario se afecta el principio constitucional de defensa en juicio? (esta Sala causa n° 55697, ?Zárate? del 2/2/12, entre otras). De modo que en el caso, nos encontramos frente a los dos supuestos antes referidos: una cuestión que -como se verá- no fue propuesta en la instancia de origen pero que no obstante ello el juez la trata en la sentencia de grado; y habiendo sido introducida tal circunstancia por la parte demandada al contestar los agravios de la parte actora, este Tribunal se encuentra habilitado para abordar dicho aspecto del decisorio de la anterior instancia. En esa dirección, podemos observar que la actora se refirió a los rubros reclamados en el punto 4 de su escrito de demanda (fs. 22 y vta.), bajo el título de ?Daños y perjuicios?. Ese punto comienza con un párrafo introductorio en el que la accionante manifiesta que ?... padece un cúmulo de afectaciones de sus valores materiales y morales que la dañan en su condición de persona y en sus expectativas como individuo en la sociedad a la que pertenece, que importan rubros indemnizables.? Seguidamente la actora emplea tres subtítulos destacados y subrayados (4.1, 4.2 y 4.3.) para reclamar ?daño

punitivo?, ¿capital reclamado? y ¿multa del art. 47 de la ley 24.240?, que cuantifica en las sumas de \$ 250.000, \$ 4.153, 01 y \$ 100.000, respectivamente. El punto siguiente (nº 5) se titula ¿Liquidación?, y allí se consigna que "... de conformidad con los rubros precedentes; el reclamo de la presente demanda asciende a la suma de (...) \$ 354.050,01...?". De modo que recién al expresar agravios la actora menciona las razones que -a su juicio- justificarían la procedencia del rubro en cuestión, estimándolo en \$ 100.000. Consecuentemente, por tratarse de una cuestión que no fuera oportunamente propuesta, y respecto de la cual la demandada no pudo ejercer el derecho de defensa, la consideración de tal rubro en la sentencia en crisis viola el principio de congruencia por lo cual, el agravio de la actora contra tal aspecto del decisorio debe ser rechazado. El segundo agravio de la actora y agravio principal de la demandada, se refieren a la procedencia y quantum del daño punitivo. Mientras que la actora pretende que el mismo sea elevado al doble de lo admitido en la sentencia de grado, la demandada considera que el rubro resulta improcedente, o que -de ser admitido-, el monto de condena debe ser reducido, en tanto encuentra irracional que se haya concedido por tal concepto, una suma cincuenta veces mayor que el capital adeudado. En materia de daños punitivos, en la causa nº 59.268, ¿Zampieri? del 22.12.14 esta Sala ha dicho que: "... recordemos que el art. 52 bis de la ley 24240 dispone que ¿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.¿ La doctrina más calificada ha dicho que en atención al carácter punitivo de la figura no basta el mero incumplimiento, sino que es necesario que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia (Lorenzetti, Ricardo Luis, ¿Consumidores?, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 563, citado por la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca en autos ¿C., M. C. c/ Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico?, del 28.08.14.)?. ¿También es muy ilustrativo el desarrollo que se hizo sobre los presupuestos para la procedencia del daño punitivo en un precedente de la Sala II de esta Cámara, cuyos párrafos pertinentes me permitiré transcribir a continuación (causa nº 57494, ¿Rossi?, del 11.06.13., con primer voto del Dr. Galdós): ¿Dado que se cuestiona la procedencia del instituto cabe -brevemente- puntualizar que el daño punitivo previsto en el art. 52 bis de la L.D.C. (...) consiste en adicionar al dañador un "plus" de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros? (¿Daños punitivos. Diálogos de la Doctrina? Llamas Pombo, Eugenio - Mayo, Jorge A. - Galdós, Jorge: L.L. 2011-E, 1155; ¿Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones?, RCyS, 1999-23 y ¿Daño moral colectivo. Daños punitivos y legitimación procesal activa?, Revista de Derecho de Daños n 6-Daño Moral, p. 133.). Señala Pizarro que los daños punitivos ¿son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro? (Pizarro Ramón, ¿Derecho de Daños-Segunda Parte-Homenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas?, pág. 291). Kemelmajer de Carlucci acota ¿que ¿los punitive damages? se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo? (Kemelmajer de Carlucci, Aída ¿¿Conviene la introducción de los llamados ¿daños punitivos? en el derecho Argentino?? Nº. 3). (...)?. ¿Pese a las críticas vertidas a la regulación del instituto que efectúa el art. 52 bis L.D.C., lo cierto es que esa norma es objeto de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales correctoras. La configuración de los daños punitivos requiere de dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo exige algo más que la culpa y debe concurrir una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; es decir si se trata de "una subjetividad agravada en la conducta del sujeto pasivo (dolo o culpa grave)" y ¿proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasuntan menosprecio? por los derechos ajenos (conf. ¿Daños Punitivos. Prólogo de Doctrina? cit. L.L. 2011-E, 1155). ¿La condena por daños punitivos es procedente sólo ante la presencia de un hecho doloso o gravemente culpable? (López Herrera Edgardo ¿Los daños punitivos en el Derecho Argentino art. 52 bis. Ley de Defensa del Consumidor? Lexis Nº 003/013877). La jurisprudencia al interpretar el art. 52 bis de la ley 24240 siguió ese criterio de considerar insuficiente la culpa como factor de atribución subjetivo exigiéndose: ¿grosera indiferencia? (Cám. Civ. y Com. Salta Sala I, 13/4/11 ¿P., D.H. c/ Telecom Personal S.A.? con nota aprobatoria de Ondarcuhu, José ¿Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional? L.L. 2011-C-123); haber ¿actuado con desdén? (Cám. Civ. Com. y Minería Gral. Roca, 26/03/10 ¿Ríos Juan Carlos c/ Lemano SRL?, RCyS 2010-225); mediar ¿abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva? (C.C. Com. Mar del Plata Sala II, 27/5/09, ¿Machinandarena Hernández c/ Telefónica de Argentina? cit. L.L. 2009-C-647); ¿graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios? (C.C.Com. Rosario

Sala II, 29/07/10 ?Rueda Daniela c/ Claro Amx Argentina S.A.?, LL 2010-F, 397); ?una conducta particularmente grave? (Cám. Nac. Com., 26/04/11 ?Fasan Alejandro c/ Volkswagen S.A., elDial.com-AG21ED); un ?daño causado con malicia, mala fe, grosera negligencia? (Cám. Civ. de 1ª Nominación de Córdoba, 27/10/11 ?Navarro c/ Gilpin?, cita online: AR/JUR/69904/2011). Se advierte claramente que la interpretación correctora del texto legal se inclina mayoritariamente por no aplicar la multa civil ante el mero incumplimiento (Rua María Isabel ?El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales?, J.A. 09/11/2011 fasc. 6, pág. 10; citar Abeledo Perrot N°: 0003/015640).?. ?Con relación al segundo requisito, el elemento objetivo, consiste -en lo conceptual- en una conducta que produzca un daño que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad (conf. ?Daños Punitivos. Diálogos de la Doctrina? cit. L.L 2011-E, 1155). La Suprema Corte de Buenos Aires la admitió cuando confirmó el ?leading case? de la Cámara de Mar del Plata en la que se juzgó un supuesto de grave conculcación del trato digno del consumidor (Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala H, 27/05/2009 cit. L.L. 2009-C-640). Sostuvo la Suprema Corte que ?al examinar la admisibilidad de la multa civil puede repararse en la relación de consumo, puesto que de la comisión de un hecho ilícito -el acto discriminatorio- pueden originarse diferentes consecuencias o efectos jurídicos, más aún cuando los reclamos no son incompatibles entre sí (doct. art. 499, 896, 1066 y concs. Cód. Civ.; arts. 1, 3, 8bis, 52 bis, ley 24.240)? (S.C.B.A. Ac. C109005, 06/11/12 ?Marchinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina S.A.?, con nota de Carlos A. Gherzi ?La importancia del daño punitivo y la reparación integral?, L.L.B.A. dic.2012 pág.1175)...?. Aplicando estos principios al caso de autos, entiendo que la multa civil es procedente. Es que, la conducta de la demandada -empresa automotriz de reconocida trayectoria y prestigio internacional-, claramente configura una grosera negligencia que torna procedente la aplicación de la multa en cuestión. Al respecto, corresponde poner de relieve algunos aspectos que justifican la confirmación de la procedencia de la multa civil, algunos de los cuales, naturalmente, fueron mencionados por la sentenciante. En primer lugar debe tenerse presente que fue la empresa demandada la que el 21/7/14 emitió la comunicación mediante la cual hacía saber a la actora que por haber cumplido puntualmente con todos los requisitos exigibles correspondientes al plan de ahorro, procedería a la cancelación del plan de manera anticipada, por lo que a partir del mes de mayo había dejado de percibir el cupón de pago (fs. 10). Sin embargo, esto no era así. La actora -para el momento de la emisión de tal comunicación por parte de Volkswagen-, ya había pagado dos cuotas de más cuya devolución reclamó y, ante la falta de respuesta de la empresa, se vio en la obligación de recurrir a la Oficina Municipal de Información al Consumidor donde el día 04.11.2014 celebró un convenio con la deudora por el reintegro de las cuotas indebidamente abonadas. Mediante dicho convenio (agregado a fs. 4) la actora aceptaba recibir el importe de las dos cuotas que ascendía a la suma de \$ 4.053,01, mediante un cheque que sería entregado por la empresa a los 45 días. El mencionado valor recién fue emitido el 18 de febrero de 2015 (conf. fs.35) y, en noviembre del mismo año el apoderado de Volkswagen denunciaba el extravío del cheque (ver fs. 34). Por su parte, la actora -no obstante los reclamos efectuados tendientes a recibir el cheque prometido en el convenio antes mencionado- y luego de 4 años, aún sigue sin percibir su acreencia, habiéndose visto además -y frente a la desidia de la empresa-, en la obligación de accionar judicialmente. Por tales razones, encuentro ampliamente justificada la procedencia del instituto bajo análisis. Sentado lo anterior, resta incursionar en la cuestión atinente a la cuantificación de este rubro, sobre la cual -como antes vimos- convergen los agravios de ambas partes. Al respecto, el art. 52 bis de la ley 24240 dispone que la multa debe graduarse considerando la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, con independencia de las otras indemnizaciones que correspondan, agregándose como pauta de interpretación por la doctrina la índole del hecho generador, proporcionalidad de la sanción con la gravedad de la falta, su repercusión social, peligro de la conducta del accionado en los términos del beneficio que obtiene, perjuicio que la infracción genera en el consumidor, grado de intencionalidad, gravedad de los riesgos o afectaciones sociales generados, existencia de reincidencia, etc. (Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier ?Ley de Defensa del Consumidor?, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 278 y sig.; citado por la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca en autos ?C., M. C. c/ Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico?, del 28.08.14.). También se dice en un párrafo de este fallo que fijar el monto de los daños punitivos es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas. En un precedente de la Sala II de esta Cámara (causa n° 57494, ?Rossi?, del 11.06.13.) se pasó revista a los montos fijados en precedentes de distintos tribunales, tomándose como base un trabajo doctrinario en el que se llevó a cabo tal investigación (Chamatrópulos, Demetrio Alejandro ?Aplicación Jurisprudencial de los Daños Punitivos? La Ley 03.09.2012). Como lo explica el Dr. Galdós al emitir el primer voto, este cotejo puede resultar conveniente con la finalidad de procurar en esta materia -como en los restantes supuestos de daños a las personas- cuantificaciones homogéneas que le confieran predictibilidad al instituto. Sin embargo, también reflexiona el distinguido colega que la disparidad de montos que se advierte en ese cotejo, si bien obedece a las singularidades de cada caso, también pone de relieve que a la intrínseca dificultad para cuantificar los daños materiales y morales a

las personas se le añade aquí una más: la naturaleza sancionatoria y disuasiva de la multa civil que no constituye un resarcimiento de daños. Es ilustrativo señalar que en ese precedente -en el que se probó que la actora había sido inducida a error al comprar una heladera de alta gama, pues la publicidad llevaba a pensar que había sido íntegramente fabricada en Estados Unidos, pero roto el motor se comprobó que el mismo era de fabricación brasileña, aunque fue reemplazado- se fijó como daño punitivo la suma de \$ 11.000, la que se consideró adecuada de acuerdo a las circunstancias del caso y a que ya se había aplicado una multa de \$ 2000 en sede administrativa. Por su parte, en el precedente de la Sala II de la Cámara de Bahía Blanca (?C., M. C. c/ Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico?, del 28.08.14.) se afirmó, como premisa inicial, que ?El quid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas, postura que ha sido aprobada por unanimidad en el citado Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores...?. Sentada tal premisa, el tribunal bahiense explicó que resultaba conveniente atenerse en cuanto fuere posible a modelos matemáticos, y empleando una fórmula propuesta por el también bahiense Matías Irigoyen Testa -que se explica acabadamente en el fallo y en su comentario efectuado por el mismo autor- se fija la suma de \$ 1.000.000 (un millón) por este concepto. Como puede apreciarse, en materia de daños punitivos existe un dilema similar al que se presenta con la cuantificación del daño moral, ya que se discurre entre dos métodos posibles: el primero -utilizado en la mayoría de los precedentes jurisprudenciales- que cuantifica el daño punitivo en una suma que se estima razonable en atención a una serie de particularidades que presenta el caso, y el segundo -utilizado en el precedente de la Cámara bahiense- que emplea fórmulas matemáticas. Si bien el método de las ?fórmulas matemáticas? responde al loable propósito de evitar arbitrariedades -al igual que la tesis de los ?placeres compensatorios? para el daño moral-, para su utilización es necesario acudir a presunciones hominis derivadas del sentido común y de la experiencia del juzgador, pues -por ejemplo- uno de los datos que hay que incorporar a esa fórmula es qué cantidad de consumidores afectados por una situación semejante estarían dispuestos a iniciar un reclamo y qué posibilidades tendrían de coronar el mismo con una resolución favorable. En razón de ello, estimo que si bien los criterios matemáticos podrían ser útiles en aquellos casos en los que se cuente con cifras confiables -vgr., conocer cuántos automóviles con un determinado defecto produjo una fábrica que luego se abstuvo de informar sobre el mismo a los adquirentes-, los mismos pueden conducir a resultados azarosos cuando esos datos surgen de la estimación del juzgador (doct. causas n° 59.268, ?Zampieri? del 22/12/14 de esta Sala; y ?Angladette? del 3/11/16, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda de Mar del Plata, entre otras). Es que, tal como lo expliqué al emitir el primer voto en la causa ?Zampieri?, no me siento autorizado para estimar cuántas personas se encuentran en situación similar a la de la Sra. Tolosa Díaz, cuántas estarían dispuestas a iniciar un proceso, cuántas obtendrían éxito en el mismo, etc. Por otro lado, las máximas de la experiencia me indican que en nuestro Departamento Judicial no son tan pocos los juicios iniciados con sustento en infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor, y además sabemos que en muchos casos los reclamos se solucionan extrajudicialmente o después de una denuncia ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (O.M.I.C.). Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta -como dato que ha de gravitar a favor de la demandada- que el incumplimiento incurrido por la automotriz en base al cual se acciona (la irrazonable demora en la entrega del cheque para restituirle un capital indebidamente cobrado) no persiguió un enriquecimiento incausado a costa del cliente ni causó un daño con repercusión social, pero, como contrapartida, que consistió en un acto de grave negligencia que colocó a su cliente en una situación angustiante, además de la irritación que genera el tener que terminar en una acción judicial para reclamar lo que se ha abonado de más, aun cuando ha sido reconocido por la propia empresa, quien no allanó el camino para que el cliente recuperara el dinero inútilmente abonado, y teniendo en cuenta las actuales variables socioeconómicas, propongo al acuerdo disminuir el monto concedido en concepto de daños punitivos a la suma de \$ 80.000 (pesos ochenta mil)(arts. 52 bis de la ley 24.240 y 165 tercer párrafo del C.P.C.C.). Finalmente, queda por abordar la pretensión de la actora de que se impongan a la demandada las multas previstas en el art. 45 del CPCC por haber incurrido en conducta temeraria, en tanto -según sostiene-, los escritos interpuestos fueron al sólo efecto de prolongar innecesariamente el pleito. Respecto al instituto de la temeridad y malicia, Camps (con cita de Arazi) sostiene que ?El Código otorga poder sancionatorio al juez que considere que durante la tramitación del pleito ha existido una violación concreta al genérico deber de buena fe o moralidad, mediante la deducción por la parte (y/o su letrado, según el caso) de ?pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamentación no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad? -temeridad- o bien a través de ?la conducta observada en el proceso con una finalidad exclusivamente distorsionada de aquél, tendiendo a la obstrucción del mismo, persiguiendo su dilación? -malicia-? (Carlos Enrique Camps, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires?. Anotado, Comentado, Concordado, Ed. AbeledoPerrot, T.I, pág. 167). En el caso de autos no se configuran ninguno de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, en tanto durante el transcurso del proceso, la demandada solicitó una audiencia conciliatoria, que -aunque sin éxito-, tuvo lugar pocos días después de su pedido; situación que en modo alguno generó

una dilación del proceso reprochable, como tampoco la interposición de los recursos de queja planteados por la demandada, cuyo resultado permitió el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio, lo cual se corrobora con el resultado del presente recurso. Por tales razones, considero que no encontrándose acreditado que la accionada hubiese incurrido en la conducta prevista por el art. 45 del CPCC, no corresponde la aplicación de la sanción allí contemplada, por lo que propongo al acuerdo desestimar el planteo introducido por la actora al expresar agravios. Así lo voto La Dra. Comparato adhirió por los mismos fundamentos al voto precedente.- A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez Dra. Louge Emiliozzi, dijo: Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: I) Modificar el decisorio en crisis, desestimándose -por no haber sido debidamente introducido en la instancia de origen- el rubro daño moral; y reduciéndose a \$ 80.000 (pesos ochenta mil) la suma concedida en concepto de daños punitivos. II) En relación a las costas de Alzada, sabido es que ha de estarse al resultado del recurso (S.C.B.A., C. 89.530, ?Díaz...?, del 25.02.09., entre muchas otras; esta Sala, causa n° 53.223, ?Orella...?, del 21.10.09., entre muchas otras). Por lo tanto, atendiendo prudencialmente al resultado obtenido en esta instancia donde se producen vencimientos parciales y mutuos, propongo su distribución en un 70% a la parte actora y en un 30% a la demandada que obtuvo mejor resultado en tanto consiguió la desestimación del daño moral y una sensible reducción de los daños punitivos (art. 71 del C.P.C.C.). III) La regulación de los honorarios correspondientes a esta instancia debe diferirse para la oportunidad prevista en la Ley de Arancel. Así lo voto.- La Dra. Comparato adhirió por los mismos fundamentos al voto precedente.- Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC.; se Resuelve: I) Modificar el decisorio en crisis, desestimándose -por no haber sido debidamente introducido en la instancia de origen- el rubro daño moral; y reduciéndose a \$ 80.000 (pesos ochenta mil) la suma concedida en concepto de daños punitivos; II) Distribuir las costas de Alzada en un 70% a la parte actora y en un 30% a la demandada (art. 71 CPCC); III) La regulación de los honorarios correspondientes a esta instancia debe diferirse para la oportunidad prevista en la Ley de Arancel. Notifíquese y devuélvase.

029766E