

## Pago En Rapipago Falta De Acreditacion Demanda Ejecutiva Danos Y Perjuicios

### JURISPRUDENCIA

### Pago en Rapipago. Falta de acreditación. Demanda ejecutiva. Daños

y perjuicios

Se modifica la suma resarcitoria asignada al rubro daño moral y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la demanda, al considerar probado que el actor había formulado un pago en dinero efectivo en favor de la AFIP por medio del sistema Rapipago que nunca se acreditó en la cuenta de su destinataria, quien por ello le demandó en vía ejecutiva. En Buenos Aires, a los 2 días del mes de agosto de dos mil dieciocho se reúnen los Señores Jueces de Sala D de la excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?MARTÍNEZ, PEDRO EDUARDO c/ GIRE S.A. s/ ORDINARIO?, registro n° 29564/2015/CA1, procedente del Juzgado n° 11 del fuero (Secretaría n° 22) en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Garibotto, Vassallo y Heredia. Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 522/540? A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Garibotto dijo: I. La sentencia de primera instancia. El señor juez a quo, que consideró probado que el actor Pedro Eduardo Martínez había formulado un pago en dinero efectivo de \$ 5.854,25 en favor de la AFIP por medio del sistema Rapipago que nunca se acreditó en la cuenta de su destinataria quien por ello le demandó en vía ejecutiva, condenó a Gire S.A., explotadora de aquel sistema, a pagar \$ 10.088,72 en concepto de daño material y \$ 15.000 por resarcimiento del daño moral, con más los intereses y las costas derivadas del proceso. Mas esa condena fue sólo parcial: ocurrió que el sentenciante no halló procedencia al rubro daño punitivo e igual cosa decidió respecto de la pretensión de reintegro de los gastos de mediación y honorarios provisorios derivados de tal cosa y, por ello, los rechazó. II. El recurso. Fue el actor quien, recurrido el veredicto (fs. 542), expresó los agravios de fs. 550/554, que fueron respondidos en la pieza de fs. 556/563. Tres son las quejas que el demandante levantó. i. Sostuvo ser insuficiente la suma que se asignó para resarcir el demérito moral. Señaló que la sentencia consideró probado el daño espiritual y ?... configurado el padecimiento (...) de un daño psíquico?; de seguido citó doctrina concerniente a ese padecimiento y sostuvo que todo cambio de bienestar psicofísico por causa de lo obrado por otro configura un daño moral y, basado en todo esto, en el resultado del peritaje producido en las actuaciones y en los cálculos que formuló, postuló la elevación del monto indemnizatorio fijado en la sentencia. ii. Adujo que el primer sentenciante decidió la improcedencia del rubro daño punitivo, sustentado en exigencias que la ley no establece. Dijo que no cupo conminar al consumidor a indagar las razones que impulsaron al proveedor a conducirse del modo en que lo hizo y que alcanza que aquél demuestre la anomalía y el daño producido, y luego de abundar sobre estos extremos (todo lo cual tengo presente), solicitó la revocación del fallo y la admisión del rubro en cuestión. iii. Se agravio del dies a quo del cómputo de los intereses que acceden a la suma fijada en concepto de indemnización del daño moral, y sostuvo que la fecha de inicio del cálculo de los réditos debió fijarse el día 10 de febrero de 2014, fecha en que injustificadamente Gire S.A. anuló el pago. Tengo también presente todo cuanto sobre este asunto invocó el apelante. III. La solución. En el orden en que fueron expresados examinaré la procedencia de los agravios. 1. De la cuantificación del daño moral (¿o psíquico, o ambos?). i. En el entendimiento de que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares y, por todo esto, se halla vinculado con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, mientras que el daño psíquico, a diferencia del moral, responde a una alteración patológica de la personalidad, a una perturbación del equilibrio emocional que afecta el área del comportamiento y se traduce en una disminución de las aptitudes para el trabajo y la vida social de relación, esta Sala ponderó ambos deméritos de manera individual y diferenciada. Así lo decidió en las causas ?Parodi, Carlos Héctor c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A.?, ?De Paoli, María Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires?, y ?Caputo, Lucio Alberto c/ Assist Card Argentina S.A. de Servicios?, sentenciadas los días 1.11.16, 3.11.16 y 31.8.17, respectivamente, en las que sostuvo que salvo especialísimos supuestos, las indemnizaciones por daño moral y daño psíquico no se confunden, pues responden a intereses jurídicamente diferentes. Sin embargo, y aunque en la actualidad la cuestión se encuentra superada porque el Código Civil y Comercial (ley 26.994) ha brindado autonomía resarcitoria al daño psíquico respecto del daño moral (art. 1738; v. Alterini, en ?Código Civil y Comercial comentado-Tratado Exegético?, Buenos Aires, 2015, tº. VIII, pág. 206; Castellanos, en ?El daño psíquico con especial referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia y las normas del Código Civil y Comercial?, publ. en LLBA 2015-1047; Lorenzetti, en ?Código Civil y Comercial comentado?, Buenos Aires, 2015, tº. VIII, págs. 482 y sig.) no siempre este Tribunal juzgó de tal modo esta misma cuestión. En efecto: bajo la vigencia del Código Civil (ley 340 y modificatorias) y con sustento en reconocida doctrina (v. por todos, Trigo Represas-López Mesa, en ?Tratado de la

responsabilidad civil?, Buenos Aires, 2004, tº. I, págs. 502 y sig.), en su anterior integración esta Sala afirmó, en muchas ocasiones, que el daño psicológico no constituía una categoría distinta del daño material o moral, y que su resarcimiento autónomo nunca era procedente pues ese cuerpo legal había receptado solamente dos tipos de daños resarcibles, el material y el moral (en autos, ?Toledo, Rolando de Carmen c/ Navarro Miguel Ángel?, 10.4.07; íd., ?Cordero, Juan Ángel c/ Obra Social de la U.O.M.?, 22.8.07; íd., ?Firme Seguridad SA s/ quiebra, s/ incidente de verificación de crédito promovido Gómez, Alicia Graciela?, 12.11.09; íd., ?Simes, José Eduardo c/ HSBC Bank Argentina S.A.?, 12.11.10; íd., ?Umaño, Alberto Rodolfo c/ Día Argentina S.A.?, 8.11.13; íd., ?Lira, Agustín Rodolfo c/ INC. S.A.?, 3.6.14, entre muchos otros). Así, se decía, el daño psicológico podía presentarse como daño material y producir incapacidad psíquica; y en tal caso debía ser indemnizado como incapacidad sobreviniente, pudiendo tener cabida, además, el resarcimiento de los gastos de tratamiento psicológico. En cambio, cuando no trasciende como incapacidad sino que queda reservado a la vida interior se afirmaba que su ponderación debía encuadrarse dentro del daño moral. ii. El demandante parece haber adoptado esta última postura (en el capítulo IV-2 de la pieza de inicio, que se tituló ?DAÑO MORAL? -v. desde fs. 28- aludió tanto a ?un notorio deterioro anímico-espiritual?, cuanto a ?un cuadro de reacción vivencial neurótica fóbica?), postura esa que la sentencia, fácil es advertirlo, receptó. Ciertamente, con sustento en el resultado de un peritaje psicológico que corre en fs. 444/446) que concluyó que a raíz de los sucesos ventilados en este expediente el señor Martínez ?...presenta un cuadro de Reacción Vivencial Anormal Neurótica del 5%? (v. específicamente fs. 445, cap. VI), el primer sentenciante fijó la indemnización correspondiente al rubro daño moral. Nada sobre este asunto invocó la defensa, ni cuando respondió la demanda ni cuando igual cosa hizo, una vez conocido el contenido del memorial de agravios expresados por el actor. Sin olvidar, entonces, que corresponde a los jueces iura novit curia calificar jurídicamente las pretensiones deducidas ante sus estrados con abstracción de los fundamentos invocados por los litigantes, o aún en ausencia de ellos (CSJN, Fallos 324:2946; 326:3050; 329:4372; esta Sala, ?Devoreal S.A. s/ quiebra c/ Moreno y otros?, 1.11.16; íd., ?Tate S.A. c/ General Motors Argentina S.R.L.?, 20.12.16; íd., ?Janeiro de López Casariego, Joefa c/ B. Flores y Compañía S.A.?, 7.6.18) y con esa base considerar que el actor, a estar a sus propios dichos, demandó ser indemnizado tanto del daño moral cuanto del psicológico que adujo haber padecido, sirva lo anterior para dejar sentada la actual doctrina de este Tribunal acerca de la cuestión ahora examinada. iii. Se trata de fijar el resarcimiento correspondiente al demérito moral, al psíquico o a ambos, la suma indemnizatoria debe establecerse con apego a lo normado por el art. 165 del Código Procesal. (i) Esa norma coloca a los jueces en posición dificultosa, pues la determinación de un monto con el que resarcir los deméritos de que aquí tratamos (valor vida y espiritual) será necesariamente discrecional y hasta podrá ser arbitraria (véase que no es insólito que el legislador remita al arbitrio o prudencia del juez, como lo hacía el art. 1084 del Cód. Civil). Ocurre que al legislador le resulta inaceptable que una persona probadamente dañada quede sin indemnización por carencias probatorias respecto de su monto y, por tanto manda fijarlo judicialmente aunque, en tal hipótesis, el juez debe actuar con prudencia suma, de modo de no convertir la indemnización en un lucro. Es entonces muy posible y altamente probable que de ese actuar discrecional no resulte un monto que coincida exactamente con el del daño sufrido por la víctima del incumplimiento, pero de todos modos dicha norma lo que pretende es otorgar ?alguna? indemnización al sujeto dañado, y no la exacta e integral indemnización que se correspondería a un daño de monto suficientemente acreditado (esta Sala, ?Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.?, 3.11.16; íd., ?De Paoli, María Cristina, c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires?, 3.11.16; íd., ?Somnitz, Évelyn c/ Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles?, 24.11.16; íd., ?Sperlungo, Daniel Rodolfo c/ Aparicio, Diego Adrián?, 29.12.16; íd. ?Elmadjián, Verónica Noemí c/ BBVA Banco Francés S.A.?, 3.3.17; íd., ?Malaret, Carlos Mariano c/ Blaisten S.A.?, 4.4.17; íd., Charrúa, María Juana c/ Assist Card Argentina S.A. de Servicios?, 13.6.17; íd., ?Pérez, Susana c/ HSBC Bank Argentina S.A., 13.6.17; íd., ?Graziano, Carlos Ignacio c/ Aseguradora Federal Argentina S.A.?, 28.8.17; íd., Stambule, Rubén c/ Caja de Seguros S.A.?, 19.10.17; íd., ?Rubín, Leandro Aníbal Jesús c/ Cordemic S.A.?, 28.11.17; íd., ?Rinaldi, Daniel Darío c/ Aseguradora Federal Argentina S.A.?, 13.3.18; íd., ?Rulloni, Mario Alberto c/ Agioletto S.A.?, 3.4.18; íd., ?Altamirano, Sergio Iván c/ Ford Motors Argentina S.A.?, 5.6.18; íd., ?González, José Alberto c/ Ford Credit Compañía Financiera S.A.?, 7.6.18). (ii) Asimismo, resulta de aplicación el principio, hoy receptado por el art. 1740 del Código Civil y Comercial y antes por el art. 1083 del Código Civil, que dispone que la reparación del daño causado debe ser plena (CSJN, Fallos 268:112; 300:1254; 308:1160; 312:2266; 320:2001; 327:3753; esta Sala, ?Malaret, Carlos Mariano c/ Blaisten S.A.?, 4.4.17; íd., ?Caputo, Lucio Alberto c/ Assist Card Argentina S.A. de Servicios?, 31.8.17; cfr. Orgaz, en ?El daño resarcible-Actos ilícitos?, 2º ed. Buenos Aires, 1960; también Lorenzetti, en ?Código Civil y Comercial de la Nación comentado?, Buenos Aires, 2015, tº. VIII, pág. 495). iv. De todo lo cual se sigue que la indemnización es completa cuando se restaura o repone a la víctima en la situación precedente al hecho nocivo. Para su fijación, parto de la base de que el daño moral se produjo (el juzgamiento de esta cuestión se encuentra firme por ausencia de recurso), que la existencia de la minusvalía psíquica quedó suficientemente demostrada, y que la perito dictaminó ser aconsejable que el señor Martínez realice un tratamiento psicológico individual aproximadamente durante un año, con una frecuencia de una

sesión por semana cuyo costo valoró entre los \$ 500 y los \$ 800. Promediados ambos valores (\$ 650) y multiplicada la cifra así obtenida por el número de semanas correspondientes a once meses (44, según así lo solicitó el quejoso; v. fs. 551) arribo a la suma de \$ 28.600; y a ésta corresponde añadir otra, que prudentemente sugiero fijar en \$ 8.000 para resarcir el demérito de que tratamos.

A mi juicio, entonces, corresponde fijar en \$ 36.600 la suma correspondiente al rubro de que tratamos. Solución que propongo adoptar sin olvidar que esta Sala lleva dicho (en autos *Kuper, Néstor Daniel c/ Círculo de Suboficiales de Gendarmería Nacional?*, 1.11.16, y en la causa *Da Costa, Adelino Luis c/ Federación Patronal Seguros S.A.*, 20.12.16, entre otras) que como principio, la crítica de un monto indemnizatorio por su excesividad -y también cuando se lo considera exiguo- requiere de un discurso sustentante de la proposición o, cuanto menos, de la expresión de la suma que hubiere correspondido fijar, pues sólo el análisis del argumento fundante del recurso o la comparación entre el monto criticado y el que según el quejoso hubiese correspondido en Derecho, permitirá comprobar el acusado exceso -o en su caso, la bajura- de la suma fijada y, por esto mismo que la falta de alguna expresión numérica y/o argumental suficiente al respecto implica el incumplimiento de la carga emergente del art. 265 del Código Procesal, puesto que esta norma requiere, para habilitar a la Alzada a modificar el veredicto, el cuestionamiento *concreto y razonado* de lo impugnado. Porque, precisamente, resulta que en el memorial de agravios el recurrente sí demostró, cálculos mediante, la insuficiencia del monto que la sentencia asignó (en fs. 550 vta. y sig.).

v. En síntesis, a mi juicio debe prosperar este primer agravio que introdujo el demandante y, de compartir mis apreciados colegas esta opinión, elevar hasta \$ 36.600 la suma con que resarcir, por todo concepto, el demérito tratado en este primer capítulo.

2. De la procedencia del rubro daño punitivo. El daño punitivo como instituto halla sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa como *punitive damages*?, o *exemplary damages*?, o *non compensatory damages*?, o *penal damages*?, o *aggravated damages*?, o también *additional damages*?, aunque tal denominación es en cierta medida objetable, pues lo que se sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo.

i. En nuestro medio, el daño punitivo ha sido definido como las sumas de dinero que los Tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se añaden a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (cfr. Pizarro, en *Derecho de daños?*, Buenos Aires, 1993, pág. 291). Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (cfr. Trigo Represas, en *La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor?*, publ. en La Ley on line; Stiglitz-Pizarro, en *Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor?*, LL 2009-B-949; Tevez-Souto, en *Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor?*, publ. en R.D.C.O. 2013-B-668; López Herrera, en *Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis?*, publ. en JA 2008-II-1198; Falco, en *Cuantificación del daño punitivo?*, diario La Ley del 23.11.11; Colombes, en *Daño Punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa?*, publ. en diario La Ley del 19.10.11).

ii. El instituto en cuestión aparece regulado por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (según texto introducido por ley 26.361) que, en lo que aquí interesa, prevé que frente *al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan?*, y concluye del modo siguiente: *La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley?*

Una rápida lectura del texto transcrito lleva a pensar que para la procedencia del daño punitivo alcanzaría con demostrar el incumplimiento del contrato por parte del proveedor, y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo único que se requiere es la demostración de la existencia de dicho incumplimiento (a modo de ejemplo, puede consultarse el fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Mar del Plata, in re: *Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina?*, dictado el 27.5.09).

Empero, en mi criterio tal postura no puede ser compartida desde que esa literal -y si se quiere ligera- interpretación de la norma resulta contraria a la propia esencia y espíritu del instituto. Por el contrario, existe consenso mayoritario, tanto en el derecho comparado cuanto en la doctrina nacional, acerca de que el daño punitivo únicamente procede en supuestos de particular gravedad, calificados (i) por el dolo o la culpa grave, es decir, una falta grosera consistente en no haber tomado una precaución juzgada como necesaria, que se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación identificándose con la voluntad consciente más que con el simple descuido; (ii) por la obtención de un enriquecimiento ilícito y, también, (iii) por un abuso de posición de poder cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. De modo que debemos concluir que el instituto no se aplica en cualquier caso, sino y sólo cuando aparecen dados aquellos supuestos, esto es, cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura del contrato va más allá del mero incumplimiento contractual (cfr. Pizarro, op. cit. pág. 301; también Nallar, en *Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes?*, La Ley 2009-D-96; esta Sala, *Castañón, Alfredo José c/ Caja de*

Seguros S.A.?, 9.4.12; íd., ?Da Costa, Adelino Luis c/ Federación Patronal Seguros S.A.?, 20.12.16; íd., ?Páez, Mariano Román c/ Banco Santander Río S.A.?, 20.4.17; íd., ?Teshima, Mariano Patricio c/ Caja de Seguros S.A.?, 18.5.17; íd., ?Pérez, Susana c/ HSBC Bank Argentina S.A.? 13.6.17; íd., ?Rulloni, Mario Alberto c/ Agioletto S.A.?, 3.4.18). iii. Vista así esta cuestión, si bien se encuentra demostrado el incumplimiento contractual, fue menester, además, que por imperio de lo normado por el art. 377 del Código de rito el actor aportara prueba demostrativa de que Gire S.A. se condujo con dolo o de que incurrió en grave negligencia y/o de que se enriqueció indebidamente, desde que la doctrina -según se vio- ha interpretado que no puede bastar el mero incumplimiento contractual que es resarcido por cauce diverso. Alcanza con recordar que el dolo se configura por una actitud calificada por la intención deshonesto de ocultar para falsear la realidad, como medio de engaño (art. 931 del Código Civil; ahora art. 271 del Código Civil y Comercial), y debe ser probado por quien lo invoca pues no se presume; y si bien no dejo de advertir que su prueba puede resultar sumamente difícil, los elementos de persuasión que se propongan para demostrarlo deben valorarse con extremo rigor, por lo que se decidirá por su existencia cuando la prueba sea inequívoca y se lo descartará en situaciones dudosas (CSJN Fallos 321:667; 2637:3171). Lo dicho alcanza para rechazar el agravio que interpuso el actor. 3. Del dies a quo del cómputo de los intereses que acceden a la suma fijada en concepto de indemnización del daño moral. Igual solución he de proponer dar a esta tercera queja. Pues por sobre cualquier consideración que pudiere efectuarse, es de pura lógica - así lo juzgó la sentencia, lo decidió esta Sala en casos iguales ( in re: ?Ruiz, Luis Ricardo c/ Providian Bank S.A.?, 19.4.10; íd., ?Marta Harf S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por Acosta, Marta Rita?, 9.2.10) y lo enseña la doctrina (cfr. Bustamante Alsina, en ?Teoría general de la responsabilidad civil?, Buenos Aires, 1997, pág. 202)- que las aflicciones espirituales y psíquicas que adujo haber padecido el actor cinco meses y cuatro días después de formulado el pago en las terminales de Gire S.A. habilitadas en un supermercado sólo pudieron producirse cuando, el 14 de julio de 2014, recibió el mandamiento de intimación de pago librado en el quicio del expediente ?Fisco Nacional-AFIP c/ Martínez, Pedro Eduardo s/ ejecución fiscal? que copiado y debidamente certificado, se incorporó en fs. 361/379 de autos (v. específicamente, fs. 367 y vta.). Y así, por lo demás, lo explicó el mismo actor, que dijo haberse visto ?desagradablemente sorprendido mediante notificaciones judiciales remitidas a instancias de la propia AFIP...? (demanda, fs. 26 vta., párrafo 3°). Por haber sido esto así, nada más considero necesario agregar. 4. Una última consideración. Gire S.A., en el capítulo V de la pieza de fs. 556/563 pidió que las costas del juicio se distribuyan con arreglo a lo dispuesto por el art. 71 del Código Procesal, atendiendo a que la acción había progresado por una suma muy inferior a la pretendida. Empero, por cuanto esa parte omitió recurrir la sentencia, la Sala carece de jurisdicción para atender esa cuestión. IV. La conclusión. Propongo, entonces, al Acuerdo que estamos celebrando, estimar parcialmente el recurso interpuesto por el actor; modificar, por consecuencia, la sentencia de grado sólo en lo que concierne a la suma resarcitoria asignada al rubro daño moral, que queda fijada en \$ 36.600, y confirmarla en lo restante de lo que decidió. Con costas de Alzada por su orden, en atención a la existencia de vencimientos parciales y mutuos. Así voto. Los señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Heredia adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Estimar parcialmente el recurso interpuesto por el actor; (b) Modificar la sentencia de grado sólo en lo que concierne a la suma resarcitoria asignada al rubro daño moral, que queda fijada en \$ 36.600; (c) Confirmar la sentencia en lo restante de lo que decidió. (d) Costas de Alzada por su orden, en atención a la existencia de vencimientos parciales y mutuos. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). Gerardo G. Vassallo Juan R. Garibotto Pablo D. Heredia Julio Federico Passarón Secretario de Cámara 037980E