

En la ciudad de General Roca, a los 20 días de septiembre de 2017 . Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "MONASTERIO NICOLAS C/SAPAC S.A. y VOLKSWAGEN DE ARGENTINA S.A. S/ORDINARIO" (Expte. N° 35004-J5-11), venidos del Juzgado Civil N° Cinco, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO: 1.- Llega el expediente a los efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos por el actor y la codemandada Volkswagen Argentina S.A., contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 20/12/2016 obrante a fs. 848/868.

A fs. 881/891 se agregó la expresión de agravios de la apoderada de esta última, cuyo traslado no fuera evacuado.

Por otra parte, a fs. 892/894 se incorporó la expresión de agravios de agravios del actor, cuyo traslado fuera evacuado por aquélla, mediante la presentación glosada a fs. 902/909.

2.- Conforme se extrae de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia que he de transcribir textualmente, se resolvió: "I. Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. NICOLÁS MONASTERIO contra SAPAC S.A. y VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A. y en consecuencia: a) CONDENAR a las codemandadas a abonar en forma solidaria al actor dentro de los 10 días que quede firme la pericia que se determine en la etapa de ejecución de sentencia por medio del perito mecánico; el valor actual de mercado de un vehículo con las características, prestaciones, funcionamiento y rendimiento al adquirido considerando la disminución del valor en función de 17.548 km recorridos. Para el caso de que el modelo no se fabrique actualmente, el perito deberá estimar el valor actual considerando los de vehículos que lo hubieran sustituido, o en su caso tomando como referencia modelos con similares características; considerando asimismo la disminución de su valor con 17.548 km, con más los intereses establecidos en los considerandos. Asimismo dentro del plazo de 5 días de quedar firme la sentencia, los demandados deberán presentar en el expediente el detalle de la documentación y trámites necesarios para realizar la transferencia del utilitario Saveiro IVV-901 a favor de Sapac S.A. Cumplido lo cual, dentro de los 10 días de notificado el actor deberá cumplimentar con la documentación requerida debiendo ponerse a

disposición para la transferencia del mismo a favor de Sapac S.A. b) Condenar asimismo a las co-demandadas en forma solidaria a abonar al actor, la suma de \$ 77.359,50 con más sus respectivos intereses, dentro del plazo de DIEZ días de notificados, bajo apercibimiento de ejecución. II. Las costas del proceso se imponen a las firmas co-demandadas. III. Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se acredite el valor del automotor establecido en el punto I, procediendo a efectuar una única regulación por la total que se adicionara el monto que debe ser entregado en sustitución a al actor.”

3.- Tal como anticipé, a fs. 881/891 la codemandada Volkswagen Argentina S.A. expresa agravios, solicitando se revoque la misma.

3.1.- Principia por considerar que resulta incorrecta la aplicación del art. 17 de la ley 24.240, centrando el cuestionamiento sobre el punto I. a) del resolutorio transcripto.

Asimismo le agravia que se otorgara "el interés moratorio en la reposición del valor dañado transcurrido entre la producción del daño y la sentencia que lo estimó; ya que la reposición no indemniza el daño moratorio, es decir el tiempo transcurrido por la privación del valor perjudicado (...) Por ende a la suma que determine el perito, considerando que se fijará a valores actuales, corresponde adicionarle intereses moratorios a un interés puro anual del 8% desde la fecha mencionada hasta la fecha del dictamen pericial, y a partir de allí y hasta el momento del pago efectivo a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina conforme fallo Guichaqueo del STJ.”

Entiende evidente que la decisión de la Sra. Juez es contraria a derecho y arbitraria; que viola directamente el principio dispositivo y el principio de congruencia que rigen el proceso extralimitándose, al otorgarle al actor algo distinto a lo peticionado en la demanda, modificando la pretensión procesal, lo que se encuentra expresamente prohibido a los Magistrados.

Expone que el Sr. Monasterio solicitó la devolución del dinero abonado por el rodado más intereses, empero se decide otorgarle al mismo la devolución del valor actual del rodado, con el agregado de intereses desde la fecha de mora hasta su efectivo pago, resultando evidente que en la decisión existe una doble actualización del precio del rodado, ya que por un lado indicó que debe tomar el valor actual del automotor y además pretende que dicho precio (ya actualizado porque es justamente 'actual') se le apliquen intereses. Enfatiza que no existe fundamento ni justificativo alguno que pueda permitir que se actualice dos veces la misma indemnización.

Indica que la actora no solicitó una indemnización en concepto de reintegro del valor del rodado y otra en concepto de interés moratorio, como parece que habría entendido la a quo. El actor únicamente petitionó la devolución del precio que efectivamente pagó por el vehículo más intereses.

Solicita que se deje sin efecto la sentencia en cuanto actualiza dos veces el mismo rubro, ajustando la misma exactamente a la pretensión procesal del actor en el punto VIII párrafo 5 de la demanda, con costas.

3.2.- Como segundo agravio se queja por cuanto entiende que no está acreditada la privación de uso y porque se concedió a favor de la parte actora la suma de \$28.860 más intereses en concepto de privación de uso por 222 días, los cuales irían desde el 26/04/2010 al 02/12/2010.

Indica que equivocadamente se sostuvo: “Ahora bien, en cuanto a la delimitación temporal, corresponde reconocer desde el 26/4/2010 al 2/12/2010 fecha en la que se puso la unidad a disposición, lo que implica 222 días. Prolongar más allá de tal fecha implicaría un exceso, considerando que el propio actor reconoce haber contado con un vehículo desde noviembre de 2010, habiendo también tenido a disposición el utilitario objeto de este proceso (...) la fecha de los hechos de estos autos, y la especial actividad a la cual se encontraba afectada corresponde reconocer la suma de \$ 130 cada día de indisponibilidad fijado al 24 de abril de 2.010, con más intereses, destacando que no son valores actuales.”

Considera contradictorio que la propia magistrada haya reconocido a lo largo de la sentencia en crisis que el Sr. Monasterio no acreditó de forma alguna el daño invocado y luego le haya concedido una indemnización por tal supuesto perjuicio.

Señala que la sentenciante al momento de determinar el supuesto período de indisponibilidad ha extendido equivocadamente el mismo hasta diciembre de 2010, cuando el propio accionante ha reconocido que en noviembre de 2010 ya contaba con movilidad, hecho que fue también destacado por aquélla en la sentencia recurrida.

Impugna el monto concedido por la Magistrada manifestando que dicho monto no está fundado ni respaldado por constancia y/o prueba alguna de la causa, resultando arbitrario.

Solicita que para el hipotético caso que se entienda que corresponde otorgar una indemnización a la parte actora, se reduzca la misma teniendo en cuenta que ya en noviembre de 2010 el actor contaba con movilidad, como también el ahorro que tuvo el accionante durante el tiempo de indisponibilidad.

3.3.- Como tercer agravio se queja por el acogimiento del rubro gastos varios, entendiéndose que no constituye un concepto independiente de las “costas y costos” del proceso, por lo que otorgar el rubro y además imponer las costas y costos del proceso a las demandadas constituye -según su visión- una dúplica y por ende un enriquecimiento sin causa a favor de la parte actora.

Señala que de conformidad con el art. 77 CPCyC los gastos causados por la sustanciación del proceso, incluyendo los del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, quedan comprendidos en la condena en costas.

3.4.- Como cuarto agravio señala la ausencia de acreditación y nexo causal suficiente respecto del rubro tratamiento psicológico.

Sostiene que agravia a su representada que se la haya condenado a abonar el costo de un tratamiento psicológico cuando no hay constancia alguna efectiva que el accionante hubiera realizado el mismo y señala que la decisión de la a quo se basó en lo que expuso el médico psiquiatra del accionante, no el médico con quien supuestamente realizó el tratamiento psicoanalítico.

Indica que la propia sentenciante explicitó que la parte actora no acreditó el gasto alegado y ni siquiera realizó una pericia psicológica, lo que debió inexorablemente llevar al rechazo del rubro.

Refiere que la sra. Jueza le concedió un monto dinerario por sesión más intereses en concepto de reintegro del tratamiento psicoanalítico que habría realizado el actor, pero no hay constancia que el actor hubiera erogado suma alguna y tampoco las fechas de pago, a fin de computar los intereses.

Que tampoco existe nexo causal suficiente para responsabilizar a su parte por el supuesto tratamiento psicoanalítico, cuando no hay duda que el Sr. Monasterio –al momento de los hechos- estaba atravesando un estado emocional y psíquico particular que en nada se relaciona con el hecho de autos, no existiendo así nexo causal.

3.5.- En un quinto agravio se queja por la indemnización fijada con más intereses en concepto de daño moral, indicando que no se encuentra acreditada la existencia de dicho daño y porque entiende que se concede la indemnización extralimitándose de lo peticionado por la parte actora en su demanda, en el que el Sr. Monasterio solicitó la suma de Pesos \$15.000 en concepto de daño moral, más intereses.

Sostiene que la Sentenciante en una clara violación de los principios de congruencia y dispositivo otorgó a la parte actora un resarcimiento por supuesto daño moral por un monto muy superior al solicitado, en un claro perjuicio económico para su mandante y

un enriquecimiento sin causa a favor del sr. Monasterio, no pudiéndose conceder montos superiores a lo peticionados por la parte al reclamar.

Que se afecta pues el principio de congruencia, es decir la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio.

Continúa diciendo que en el mismo lineamiento que lo expresado en el ítem precedente se encuentra la actualización efectuada por la juzgadora en relación al monto concedido, al ordenar la aplicación de intereses.

Que la sentencia de grado indica: “(...) en función de los elementos que se han aportado al expediente para su determinación, y las facultades establecidas en el art. 165 del CPyC considero razonable otorgar la suma de \$ 40.000, que se fija a valores a la fecha de la sentencia. Suma que devengará un interés puro anual del 8% desde la mora hasta la sentencia, y a partir de allí y hasta el momento del pago efectivo a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.”

Considera arbitrario y abusivo que la Sentenciante haya expresado que el monto concedido en concepto de daño moral se ha fijado a valores de la fecha de la sentencia (es decir, a valores actuales) e igualmente haya ordenado aplicar “un interés puro anual del 8% desde la mora hasta la sentencia”, siendo evidente que nuevamente la sra. Jueza incurrió en una doble actualización de la indemnización, tal como se explicó en extenso en el primer agravio, lo que da por reproducido por el principio de economía procesal.

Sigue diciendo que le agravia la indemnización otorgada por la sentencia al sr. Monasterio en concepto de daño moral, quejándose por cuanto se tiene por acreditada la existencia de éste, cuando no existe prueba en autos que lo acredite.

Entiende que no cualquier disgusto, desagrado, contrariedad o aflicción encuadra en el concepto jurídico de agravio moral, siendo menester que revista cierta entidad, que tenga alguna prolongación en el tiempo y que lesione sentimientos espirituales, aunque se origine en un dolor físico o en una lesión corporal.

Indica que el daño moral en materia contractual no se presume ni se configura por cualquier molestia que resulte del incumplimiento, ni debe confundirse con las inquietudes propias que se padecen cuando se transita en el mundo de los negocios, resultando arbitrario que sin prueba alguna que lo acredite y sin fundamento se le otorgue sin más indemnización por este concepto.

Que eventualmente para el hipotético caso de que se considere que se encuentra acreditada la existencia del mismo, solicita se adecue la suma otorgada a los parámetros

correspondientes.

3.6.- Como un sexto agravio se queja por cuanto la sentenciante impuso las costas a su mandante y a la concesionaria codemandada ya que entiende que no existe conducta reprochable de su representada.

4.- Por su parte, tal como anticipara, el actor también recurre la sentencia, expresando sus agravios en el escrito agregado a fs. 892/894.

4.1.- Respecto del punto I de la parte resolutive de la sentencia, cuestiona lo decidido en tanto sostiene que carece de sentido práctico, resaltando que a 5 años y 4 meses de la interposición de la demanda, todavía no logra la determinación de la indemnización.

Agrega asimismo que agravia a su parte el deducir los 17.548 km recorridos sin advertir que el vehículo está en garantía y pagado de contado, por lo que correspondería el valor actual de mercado de un vehículo 0 Km., con más los intereses establecidos en los considerandos y que así lo entiende el ingeniero Hugo D. Castro en su dictamen pericial, donde ha sido claro y contundente al expresar: 'entiendo que siempre el cambio del motor o de unidad será la reparación contractual más satisfactoria, claro que también con su correspondiente garantía'.

Recuerda que la Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 17 dice "Reparación no satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir, la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: ...b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales...".

Sostiene asimismo que debe reconocerse el interés moratorio en la reposición del valor dañado entre la producción del daño y la sentencia que lo estimó, ya que la reposición no indemniza el tiempo transcurrido por la privación del valor perjudicado.

4.2.- En otro orden cuestiona también la sentencia en cuanto ha entendido la sra. Jueza "que los daños punitivos no proceden ante la mera verificación de un incumplimiento, sino la particular gravedad con menosprecio que incluye una conducta que implique al menos culpa grave. Aquí la demandada ha sustentado su postura en base al informe de sus técnicos e ingenieros, por lo que más allá del resultado de las pericias, no se advierte la existencia del elemento subjetivo que implique una negligencia grosera o maliciosa; por lo que he de rechazar la procedencia del daño punitivo".

Sostiene al respecto que es incorrecta la decisión ya que la agencia SAPAC S.A. desde

un primer momento actuó con mala fe, puesto que procedió a desmontar la tapa de cilindros y la envió a rectificar a la Rectificadora Cabarcos Motores de la ciudad de General Roca sin previo aviso y tratando de ocultar esta situación, como surge del informe realizado por Cabarcos Motores a solicitud de su parte, constando los trabajos realizados.

Advierte que esto no es un mero incumplimiento sino una conducta de ocultación y delictiva, que se conoce por la iniciativa de la actora. Que no solo quisieron darle la camioneta con la tapa cepillada y rectificada, la que no se aceptó en su momento, por el informe pericial de parte, queriéndose desligar las codemandadas de su deber de cambiar la cosa defectuosa. Que además trasladaron la camioneta a la agencia Iruña S.A. de Neuquén sin conocimiento del dueño.

Señala que habiendo transcurrido más de 5 meses sin tener la camioneta, inicia el día 6 de julio de 2010 el trámite de Prueba anticipada, caratulado "MONASTERIO NICOLAS S/ PRUEBA ANTICIPADA" Expte. 34006-J5-10, designándose perito mecánico de oficio, quien expresa entre otras cosas que la solución definitiva es la sustitución del motor por uno nuevo de las mismas características, cosa que nunca sucedió.

Refiere que las codemandadas, basadas en los informes de sus técnicos e ingenieros, cambiaron la tapa de cilindros por una nueva, haciendo caso omiso al informe pericial de la Prueba Anticipada, a sabiendas que la reparación no era satisfactoria, pretendiendo que su parte la acepte. Indica que no conforme con esto, Sapac SA cursó cartas documentos reclamando un canon de \$50 diarios en concepto de depósito, comenzando por esto una mediación que tenía por objeto el cobro de depósito y consignación con un monto reclamado de \$ 5.000, en expediente caratulado "SAPAC S.A C/ MONASTERIO NICOLAS S/ MEDIACIÓN" N° 01613-11-CGR, siendo prueba de esto la interposición de la reconvención por los apoderados de Sapac S.A, al contestar el traslado de la demanda el 20 de diciembre de 2011 por consignación y cobro de \$ 16.250.-, la que fue dejada sin efecto por no haber dado cumplimiento al pago de las tasas y contribuciones.

Considera que esto no es un mero incumplimiento, sino una negligencia grosera y extorsiva contra los consumidores, contrariando el deber de obrar correctamente.

Trae en sustento lo decidido por esta Cámara en "ROMERO" (sentencia de fecha 02/02/2017, correspondiente al Expte. N° B-2RO-3-C9-13) y "URRA" (sentencia de fecha 28/04/2016, correspondiente al Expte. N° B-2RO-97-C2015).

5.1.- Al evacuar el traslado de la expresión de agravios del actor, la apoderada de Volkswagen Argentina S.A., solicita el rechazo del recurso.

Como planteo preliminar manifiesta que la expresión de agravios que contesta no cumple con los recaudos exigidos por el art. 265 del CPCC, motivo por el cual entiende que deberá declararse la deserción del recurso interpuesto por el accionante, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 266 del CPCC.

Expresa que la parte actora se limita mostrar una mera disconformidad con el razonamiento de la juzgadora, pero sin efectuar una crítica concreta y razonada de la sentencia.

5.2.- Subsidiariamente contesta el traslado conferido, diciendo que si bien no están individualizados, el accionante pretende agravarse en primer lugar porque el Juez de grado establece que el monto que deberá abonarse en concepto de valor del rodado será fijado por el perito mecánico en la etapa de ejecución de sentencia.

Indica que el actor simplemente manifestó su disconformidad con tal decisión sin demostrar por qué la misma sería injusta y/o cuál sería el perjuicio concreto que ello le aparejaría.

Agrega que ningún fundamento de derecho expresa, manifestando su disconformidad con una sentencia que le ha sido favorable y que a los fines de determinar con certeza el monto a devolver (justamente para que la determinación del mismo sea efectuada a valores actuales y por un perito con conocimiento del tema) ha diferido su cuantificación para el momento de ejecución de la sentencia.

En cuanto a la crítica por la disminución del valor del rodado en función de los kilómetros recorridos, considera falsa la premisa del actor que el vehículo está en garantía, ya que fácilmente es posible advertir que no es así, por el largo tiempo transcurrido.

Que en tal contexto parecería que el agravio real del sr. Monasterio sería la aplicación por la juzgadora del mencionado decreto.

Advierte que no puede perderse de vista que el propio accionante en los agravios en responde hace mención explícita (transcribe) el art. 17 de la ley 24.240, en el cual funda su pretensión, empero deliberadamente omite por completo que dicho artículo ha sido reglamentado por el Decreto N° 1798/94, y señala que lo que ha efectuado la sra. Jueza no es más que aplicar la legislación vigente para la solución de este caso, incluso aceptando el encuadre jurídico que empleó el accionante al solicitar la aplicación del art. 17 de la ley 24.240, el cual fue reglamentado por el Decreto N° 1798/94 indicado.

Manifiesta que la conclusión de sentenciante de disminuir el valor del rodado en función del kilometraje recorrido es una clara y directa aplicación de lo normado por el art. 17 del Decreto Reglamentario N° 1798/94 que regula la aplicación del art. 17 de la ley 24.240, por lo que no puede obviarse su aplicación al momento de recurrir a la normativa de Defensa del Consumidor.

5.3.- Respecto del cuestionamiento por el rechazo de la indemnización por daño punitivo, señala que la parte actora realizó una parcial y subjetiva valoración y narración de los hechos de la cual igualmente se desprende que tanto la concesionaria como su mandante desde un primer momento cumplieron con su deber de garantía, intentando reparar la unidad de autos, siguiendo las instrucciones que los ingenieros y técnicos les indicaban. Que se encuentra debidamente probado en autos que las demandadas intentaron darle una solución al accionante y que siempre procuraron cumplir con la obligación de garantía, no habiendo existido negligencia ni extorsión.

Entiende que la decisión es conteste con las constancias y pruebas de la causa, de las cuales se desprende en forma evidente la voluntad de las demandadas de cumplir con su obligación de garantía, reparando la unidad del actor conforme las instrucciones que los especialistas indicaban.

6.1.- Ingresando en el tratamiento de los distintos agravios, corresponde que aborde en primer término los expuestos por la apoderada de Volkswagen Argentina S.A., en cuanto ataca la procedencia misma de la acción en su contra.

Como hemos dicho, considera que no es de aplicación al caso la previsión del art. 17 de la Ley 24.240, más específicamente al inc. b, y adelanto que en mi opinión el agravio no tiene chances de prosperar.

No puede desconocerse que existió una reparación defectuosa del automotor adquirido por el actor, el cual era “0 KM” y que a los pocos kilómetros de rodamiento comenzó con desperfectos en su marcha que tiraron por tierra la búsqueda de confianza, seguridad y confort que implica la adquisición de una unidad nueva, quedando probado con la pericial del Ing. Castro, que bien adquirido no era apto para su destino, habiéndose debido desde un primer momento generar el cambio de motor o proceder a la entrega de una unidad nueva, al ser imposible una reparación satisfactoria.

Pudieron las demandadas haber satisfecho el legítimo reclamo simplemente con la sustitución del motor defectuoso por otro nuevo, pero en lugar de ello, optaron - particularmente Sapac S.A.- por resistir el cumplimiento de tal obligación, llegando incluso a encargar trabajos en otras empresas, sin consulta y ni siquiera aviso al cliente.

Ante esta situación, es procedente la aplicación del art. 17 de la ley 24.240, habiendo el actor claramente, hecho uso del inc. b, y en base a ello sentenció la Juez de grado.

6.2.- En cuanto al planteo de la apoderada de Volkswagen Argentina S.A., vinculado a la supuesta violación del principio de congruencia por haber acordado al actor más de lo que demandó, considero que tampoco el mismo puede ser acogido.

Estuvo claro en todo momento que lo reclamado era el valor de la unidad vendida.

Encuadró su reclamo en el art. 17 de la ley 24.240 y optó por lo previsto en el inciso b) de la misma, que expresa: “Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales...´.

Si nos situamos en los párrafos pertinentes del escrito de demanda (capítulo VIII, fs. 122 vta.) especifica que el daño reclamado como ´emergente´ según sus propios términos está ´constituido por el valor de la unidad´.

La referencia al importe abonado, no la advierto como transformación de esa deuda de valor en una deuda dineraria, sino que indica el importe abonado como referencia a lo que tuvo que pagar.

Y ninguna duda puede haber al respecto, cuando precisamente para que despejar las mismas, concluyó el actor el desarrollo de tal capítulo de la demanda, resaltándolo con ´negrita´: “En tal sentido y a efectos de despejar dudas, se aclara que se petitiona la restitución del valor de adquisición del rodado y se pone a disposición de las accionadas la unidad defectuosa”.

No se efectuó entonces un reclamo dinerario al que corresponda aplicarle la tasa activa prevista como doctrina legal por el cimero tribunal de la provincia en los precedentes ´Loza Longo´, ´Jerez´ y ´Guichaqueo´, sino que corresponde adoptar el valor actual de la unidad 0km del vehículo vendido -o el más similar si aquél modelo no se fabricare más-, agregándole a ello, los intereses puros que fueron reclamados y que atienden simplemente la compensación por la renta del capital de la que se ve priva al acreedor como consecuencia de la mora en el cumplimiento de la obligación.

No se verifica entonces ni una violación del principio de congruencia, ni tampoco una doble actualización como también se ha sostenido en el memorial de agravios de Volkswagen.

Además de lo expuesto, cabe recordar que la naturaleza tuitiva del régimen de protección de los consumidores, el principio in dubio pro consumidor y los demás que

conforman el mismo, determinarían como absurdo acoger un agravio que supone acordar al consumidor una indemnización muy inferior como consecuencia de resultar el incremento del precio del vehículo (que por otra parte lo fija la propia recurrente), muy superior al resultante de aplicar los intereses que reconoce la jurisdicción al importe que abonó el actor. De admitir la pretensión recursiva, sin duda alguna, premiaríamos al deudor y le alentaríamos incluso a seguir postergando el cumplimiento de una obligación que debió haber saldado antes de cualquier reclamo administrativo y judicial cuando ya resultaba evidente que no existía una reparación satisfactoria y tenían que sustituir la unidad o cuanto menos el motor por uno nuevo.

No solo daríamos por tierra con el fin perseguido por la ley 24.240 y antes, por la propia Constitución Nacional (art. 42), sino que además soslayaríamos la exigencia de obrar con lealtad y buena fe, permitiendo un ejercicio abusivo del derecho, nada menos que por parte de quien es por lejos el sujeto más fuere de la relación.

Además no debemos olvidarnos que el principio de congruencia advino al proceso civil como un mecanismo técnico apto para evitar arbitrariedades por parte del Estado encarnado en la persona del Juez, pero no podemos admitir una aplicación tan rigurosa que lleve a perjudicarles impidiendo la realización del valor justicia, que siempre es Norte en todo proceso y uno de los objetivos fundacionales del Estado conforme bien expresa el preámbulo de nuestra constitución.

En ese sentido se ha dicho que "el principio de congruencia, como el conjunto del arsenal técnico y jurídico, no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de la Nación". (MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, Función preventiva del Derecho de Daños, en J. A. 1988-III-116).

El principio de congruencia debe ser razonablemente flexibilizado, en tanto necesariamente debe ceder o conjugarse con otros principios procesales y del derecho cuya observancia resulta tan o más valiosa para la justa resolución del caso (ver en esa línea entre otros, el artículo "Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales" de la dra. la Dra. Mabel de los Santos, en J. A. 2001-752 y ss.).

Y en esa línea se ha llegado a decir y comparto: "En realidad, este principio (el de congruencia) está en crisis ya que con los términos de la indexación de oficio, la

reclamación del pago de los frutos, etcétera, ha venido siendo depuesta su autoridad (...) si la naturaleza del proceso lo permite y el asunto ha sido discutido por las partes, no hay ninguna razón para negar la pretensión en la sentencia con el argumento de que no se involucró oportunamente en la demanda o que la causa que se invocó no fue la que se probó a pesar de que haya mediado discusión sobre el tema. Este principio (el de congruencia) hay que ductilizarlo, claro que sin violar el derecho de contradicción ..." (Parra Quijano, Jairo, 'El futuro del proceso civil, en Libro de Ponencias de las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal', pág. 463).

Y con la claridad que lo caracteriza, también expone Peyrano: "Sin perder de vista la necesidad de no vulnerar grosera e inoficiosamente el principio de contradicción, se está consolidando el ideario de que -en supuestos excepcionales- el tribunal debe escrudñar cuál era el resultado práctico equivalente perseguido por el actor o reconviniendo a la hora de encontrarse frente a la necesidad de no otorgar exactamente lo pedido por aquéllos. Ya hemos tenido ocasión de puntualizar que: 'En cualquier supuesto lo que interesa es satisfacer el '\resultado práctico\' adecuado a lo perseguido por el accionante y a las circunstancias del caso y no tanto acceder a otorgar exactamente lo reclamado por aquél'" (Peyrano, Jorge W.; "La Flexibilización de la Congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", Revista de Derecho Procesal de Rubinzal Culzoni, Tomo: 2007 - 2. Sentencia - I. Cita: RC D 2315/2012).

Por cierto que como expuse, el actor no reclamó el importe desembolsado más intereses, sino el valor equivalente más los intereses puros. Pero en la hipótesis que no se concuerde con tal interpretación de la demanda, entiendo que no podemos soslayar las pautas expuestas en estos últimos párrafos.

Porque si hubiera por caso reclamado el dinero que pagó más intereses en el marco del citado art. 17 inc. b de la ley 24.240, no podrá suponerse que lo hizo a fin de recibir menos de lo que necesitara para la adquisición de un nuevo vehículo, sino que simplemente no imaginó que los demandados iban a resistir el cumplimiento de la obligación como lo hicieron y demorarse la resolución judicial del caso tanto tiempo, con el agravante de un proceso inflacionario y aumento del precio de las unidades – a manos, insisto, de la propia terminal de vehículos obligada al pago de la obligación reclamada-, muy superior a los intereses que le reconocería la Justicia

6.3.- Ingresando en el tratamiento del segundo de los agravios que trae Volkswagen, vinculado a lo concedido en concepto de privación de uso, también he de proponer el

rechazo del agravio.

El plazo otorgado por la sentencia transcurre desde 26/04/2010 fecha en que el automotor comenzó a presentar fallas e ingresó al taller conforme quedó probado en autos, extendiéndose hasta el 02/12/2010, fecha en la que se puso a disposición del actor el mismo.

Tomando ambos hechos en consideración -que están perfectamente acreditados- la sentenciante encuentra respaldo para considerar dicho periodo de tiempo como duración del daño. Y la recurrente pretende que, a partir del reconocimiento del actor que en el mes de noviembre de 2010 pudo conseguir otro vehículo en reemplazo, para el supuesto que se reconozca tal rubro, su indemnización se acote hasta esta última fecha. Pero antes, como vimos, cuestionaría la procedencia del rubro a partir del reproche de contradicción que le realiza a la sra. Jueza, adjudicándole que no tiene por probado el daño, pero que finalmente le acuerda una indemnización.

No comparto los agravios. En mi opinión está claro que la juzgadora entiende que no se aportó lo suficiente para la determinación económica del daño y por ende concluirá fijando la indemnización en el marco de las facultades que le acuerda el art. 165 del CPCyC, siendo las citas doctrinarias y jurisprudenciales que colaciona en la sentencia claramente direccionadas al reconocimiento del rubro.

Por lo demás, la posibilidad económica del actor de hacerse de un automotor no puede beneficiar a los demandados con lo que el acotamiento del tiempo no corresponde e incluso en mi opinión, hasta podría haberse extendido, toda vez que las accionadas siguen sin proveerle lo que reclama y obviamente mantienen en su poder la unidad defectuosa.

En cuanto al valor diario que se ha reconocido, entiendo que la estimación realizada es correcta, no habiéndose aportado información alguna que permita considerarla excesiva. No hay duda alguna de la existencia del daño, habiéndose probado que el destino del automotor iba más allá del uso personal habitual de cualquiera, en tanto fue adquirido para realizar tareas culturales en una chacra, actividad laboral del actor. Así, la suma estipulada ha sido a mi entender más bien baja si tomamos en cuenta que el sector productivo geográficamente se encuentra a las afueras de la ciudad, por lo que los traslados a tal sector resultan más onerosos que los que se realizan en el radio urbano.

Habiendo sentado mi criterio en cuanto a lo escaso del monto diario otorgado, deviene innecesario expedirme respecto al pedido de consideración del descuento sobre dicho monto de los supuestos 'ahorros' que habría tenido el actor al no contar con su

automotor tales como mantenimiento, combustible, seguro, etc.

6.4.- Como tercer agravio, vimos que cuestionaba el reconocimiento del rubro 'gastos varios' al entender que estos gastos se encuentran comprendidos dentro de la condena a abonar 'costos y costas', entendiendo que su admisión lleva a la duplicación de la indemnización configurando un enriquecimiento sin causa del actor.

No comparto tal razonamiento.

Si bien es cierto que cuando se determina una condena en costas, éstas comprenden aquellos gastos que tienen al proceso como causa inmediata y directa de su origen, y que deben ser pagados por quien determine el juzgador, no obsta seguir el criterio que la recurrente cuestiona, en tanto así fue pedido por el actor y hubo actividad probatoria específica tendiente a su acreditación.

Afirmar que de ello se deriva una duplicación de la indemnización no se corresponde con la realidad, ya que ante la especificidad de estos gastos, no podría el actor pretender incluirlos nuevamente bajo el concepto genérico de costas. En todo caso, si así pretendiere hacerlo en la etapa de ejecución de sentencia, deberá la recurrente cuestionarlo en tal estadio.

6.5.- En cuanto a la queja vinculada al tratamiento psicológico -cuarto agravio-, entiendo que la misma debe llevar también igual suerte.

El actor reclamó el reconocimiento del costo del tratamiento psicológico como consecuencia del hecho, para lo cual probó por medio del testimonio de su médico psiquiatra, que como consecuencia de los problemas derivados con su vehículo, sufriera una recaída y resultara necesario atención. Concretamente, debió iniciar el actor un tratamiento psicoterapéutico, con una frecuencia de una o dos sesiones por semana.

Ante esta prueba y particularidades del caso, la sra. Jueza concede la indemnización estimando el valor de una consulta a la época del hecho \$150, calculando una sesión semanal por el lapso de un año; total de \$ 7.200.- Es decir que acoge el rubro, pero lo admite en términos bastante restrictivos en un ejercicio prudente de la facultad establecida por el art. 165 del CPCyC.

Siendo el apelante, quien se oponía a la procedencia del rubro, pudo y debió proponer prueba tendiente a contrarrestar el reclamo, pero nada hizo; y ante el testimonio del médico psiquiatra del actor, que por su pericia profesional y en carácter de profesional tratante, su testimonio tiene preeminencia, no pudiendo tener acogida la queja.

Es más, he de destacar que la sra. Jueza ha estipulado el precio de la sesión de psicólogo al momento del acaecimiento del hecho, contrario a lo que viene haciendo esta cámara y

con valores varias veces menores a los que hemos dicho que se tienen como mínimos en la actualidad, con lo que lo resuelto al respecto más bien ha beneficiado a los demandados. Propongo también el rechazo de este agravio.

6.6.- Abordando el quinto de los agravios, tenemos que la recurrente plantea la improcedencia del daño moral por no haberse acreditado en autos la configuración del daño. Plantea asimismo subsidiariamente, que la condena excede lo reclamado y que no es admisible el reconocimiento de intereses a la tasa del 8% anual.

Adelanto también que he de proponer el rechazo de este agravio.

En cuanto a la procedencia del rubro, en realidad se limita a enunciar el planteo sin desarrollar argumentos del por qué entiende que la indemnización no corresponde, con lo que se incumple al respecto la carga de fundamentación que impone el art. 265 del CPCyC.

No obstante ello, recuerdo por lo pronto que no participo de aquél viejo criterio que respecto de la procedencia del daño moral, distingue entre supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual, restringiendo su admisión en los primeros. Más aún en supuestos alcanzados por el régimen de protección de los consumidores.

En este sentido, en sentencia de fecha 7/02/2012 correspondiente al Expte. CA-20822) expuse: "... antes de ingresar al análisis particular del caso, estimo conveniente realizar ciertas consideraciones de orden general. No me sumo a la tesis tradicional que realiza una diferenciación tan tajante en lo que concierne a la responsabilidad por el denominado daño moral, según sea una responsabilidad de naturaleza contractual o extracontractual. Menos aun cuando la injuria obedece a la violación de la buena fe debida entre las partes contratantes y no a razones que escapan a la voluntad de éstas donde tal vez si podría justificarse el distingo. Esa diferenciación en dos ámbitos de responsabilidad que se consideran absolutamente distintos, se corresponde con una concepción filosófica-jurídica que en la actualidad no puede mantenerse, al menos como regla general. Y es que sin duda alguna, se puede ser tan perjudicado por un incumplimiento como por un ilícito, sin que se advierta el porqué se haya de exonerar de responsabilidad a quien no cumple la palabra empeñada. Y tanto más cuando, como en el caso, obra de mala fe. En esa inteligencia resulta que, si bien como señalaba al transcribir parcialmente la sentencia en crisis, guardo coincidencias con sus apreciaciones iniciales, advierto que no se mantiene coherencia entre éstas vinculadas al nuevo orden emergente de la irrupción de las normas de defensa del consumidor, con lo que luego se va a exponer al abordar en particular los daños. Y es que no pueden

soslayarse las normas propias del régimen consumerista que vienen a superar las normas de los códigos Civil y Comercial, al menos en cuanto pudieren constituir una limitación a los derechos que aquel régimen especial prevé. Resulta ésta y no otra, la directriz a observar en tanto es la que se consustancia con los objetivos y razones que motivaron la aparición de dicho ordenamiento con recepción constitucional (CN 42) y específicamente en la ley 24240 (conf. Fariña, Juan M., 'Defensa del consumidor y del usuario', págs. 395 y sgts., Astrea 1995). La distinción entonces entre responsabilidad contractual y extracontractual como limitante de la extensión del daño o como exigencia de los factores de atribución queda diluida, desde que por imperativo constitucional ello no cuadra, debiendo recordar por otra parte que la responsabilidad es además en este campo, de naturaleza objetiva. La Ley de Defensa del Consumidor regula lo que la propia constitución nacional denomina 'relación de consumo' (CN: 42), y sus disposiciones afectan no sólo normas de derecho civil, sino también comercial, procesal, administrativo, penal, etc., '...para comprenderlas e integrarlas sistemáticamente' (Conf., Kemelmajer de Carlucci - Tavano de Aredes, 'La protección del consumidor en el derecho privado', Derecho del Consumidor 1991, N° 1 pág. 11, citado por Fariña, 'Defensa del consumidor y del usuario', pág. 13); así, esta norma, al regular un tipo de relación específica, incide en el sistema de responsabilidad del Código Civil, al dictar reglas particulares aplicables a este tipo de vínculo que prevalecen frente a las generales del código de fondo; y, al tratarse de una Ley de orden público (Ley 24240, art. 65), cabe aplicar sus específicas disposiciones dirigidas, en términos generales, a restablecer el equilibrio entre las partes en una relación que por su naturaleza muestra al consumidor como su parte débil; máxime, considerando que esta 'relación de consumo' habitualmente se concreta por vía de formas de contratación masiva, instrumentadas mediante cláusulas predisuestas en donde el consumidor sólo puede limitarse a aceptarlas o, en su defecto, rechazar el convite; en tal contexto, la ley establece un régimen que la doctrina mayoritariamente ha calificado como de responsabilidad objetiva de la contraparte del consumidor (fabricante, vendedor, prestador de servicio, etc.). ('Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario', Cámara Comercial: Sala D, Vassallo - Heredia - Dieuzeide, 15/05/08). En reciente sentencia de fecha 20/11/2012 en expediente CA-21045, aunque abordando un aspecto distinto de la cuestión, vinculado con lo que aquí nos ocupa, sostuvo que: 'el derecho de los consumidores no puede sino ser visto como un derecho humano de insoslayable protección. No sólo por lo que en sí representa como una forma

de atender la dignidad de una persona que de ordinario se encuentra en inferioridad de condiciones respecto a las empresas expendedoras de productos o prestadoras de servicios, cada vez incluso más fuertes, anónimas y con centros de atención en otros países o difíciles de ubicar (por caso, en un reclamo con la demandada o empresas similares, el consumidor es derivado a servicios telefónicos computarizados o call center muchas veces del exterior con comunicaciones interminables que generalmente finalizan sin una respuesta y mucho menos solución), sino además por su implicancia en la protección de muchos de los otros derechos. Y refiero a derechos tan elementales como la vida y la integridad física que pueden verse afectados por productos o prestaciones lesivas, las prestaciones alimentarias en su concepción más amplia, etc., etc.'. Y que 'Con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 9.- En orden a lo que vengo exponiendo no resultan de aplicación en principio las normas del Código Civil previstas para la reparación del daño por incumplimiento contractual y en particular respecto del daño moral''.

Por otra parte hay que recordar que el denominado daño moral es uno de aquellos daños considerados 'in re ipsa', que resultan de la naturaleza misma de los hechos. A diferencia de los daños patrimoniales que de ordinario requieren prueba, el denominado daño moral no. Se presume, debiendo el juez cuantificarlo en el marco de las facultades que le acuerda el art. 165 del CPCyC.

Aquí se ha probado incluso la existencia de un importante agravio a la integridad psíquica como consecuencia de la falta de respuesta adecuada por parte de las demandadas a lo que ocurriera con el vehículo vendido al actor, lo que evidentemente corresponde se indemnice bajo tal rubro, más allá de lo que se reconociera en concepto de tratamiento.

Por otra parte no podemos dejar de ponderar en el caso, el lógico padecimiento del actor, como de cualquier persona ante un incumplimiento contractual como el que se ha verificado, habiendo tenido que recorrer un largo camino en busca del reconocimiento de su derecho. Reclamos extrajudiciales, denuncia administrativa, prueba anticipada y mediación hasta culminar con la interposición de la demanda y su posterior tramitación cumpliendo todas las etapas, por la persistencia de las accionadas en darle lo que le

corresponde. Ello implica una agonía en el tiempo que produce inevitablemente una sensación de desprotección, inseguridad y vulneración de los derechos del reclamante, que bien debe indemnizarse bajo este rubro.

Y en cuanto al argumento que califica como principal, de supuesta incongruencia por otorgarse una suma mayor a la solicitado por el actor en este rubro, el mismo tampoco puede prosperar.

Recuerdo por lo pronto que como expusiera al tratar el primer agravio, el principio de congruencia debe flexibilizarse para equilibrarse y aún ceder en relación a otros principios de igual o superior jerarquía. En el caso, no podemos perder de vista los efectos del proceso inflacionario y la exigencia de acordar una reparación plena que además se torna aún más exigible en virtud de la protección constitucional acordada a los consumidores (art. 42 CN).

En el 'Código Civil y Comercial de la Nación, comentado', dirigido por Ricardo Lorenzetti (ed- Rubinzal Culzoni, tº VIII, comentario art. 1740) en torno a la reparación plena se expone y vale recordar que: "El derecho de la víctima para acceder a la justicia para obtener compulsivamente de su deudor las indemnizaciones correspondientes (art. 730,inc. c), y que éstas sean completas proviene de la Constitución Nacional, del principio general de no dañar (art. 19, Const. Nac.), e incluso afirma que se trata de un derecho inferido de la garantía de la propiedad (art. 17) y de igualdad ante la ley (art. 16, CN) o un derecho constitucional autónomo emergente de los derechos implícitos (art. 33). Además opera la constitucionalización del derecho civil privado patrimonial y de los derechos humanos fundamentales, especialmente después de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22, 23 y conchs., Const. Nac.)... 2. La Corte nacional sostiene que " la indemnización debe ser integral o justa [...] ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría tal indemnización"(CSJN, 21-9-2004, "Aquino c/ Cargo Servicios Industriales S.A", Fallos: 327:3573, L.L. 2005-A-230), "puesto que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida" (CSJN 26-6-67, 'Provincia de Santa Fe c/ Nicchi, Carlos Aurelio', Fallos: 268:112, considerandos 4 y 5). También denominó al principio indemnización plena (CSJN, 23-11-89: 'Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c/ Provincia de Buenos Aires', Fallos: 312:2266; 15-7-97, 'Roig de Orge, Noemí Nélide c/ Provincia de Buenos Aires'), lo que invocó en 'Santa Coloma', y en varios precedentes, y puso de relieve su jerarquía constitucional".

Y como reiteradamente hemos dicho, no debemos comparar solo los números, sino atender al poder adquisitivo o valor constante de las indemnizaciones. Es que cabe recordar que como lo expusiera el cimero tribunal provincial en el recordado precedente 'Loza Longo' a partir del voto del Dr. Soderro Nievas: "...No puede soslayarse que cuando se reclaman deudas de valor los jueces fijan el monto de la indemnización teniendo en cuenta los valores de reposición al momento de la sentencia... La deuda de valor permite la adecuación de los valores debidos y su traducción en dinero al momento del pago, proceso que puede contemplar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda del valor adeudado al tiempo del pago" (sentencia de fecha 27/05/2010, correspondiente N°23987/09-STJ).

Desde tal óptica carece de sustento el reproche respecto que el importe de condena violente el principio de congruencia, como tampoco que resulte excesivo en orden a la prueba colectada y lo que la Cámara viene reconociendo en situaciones semejantes.

En cuanto a los intereses, el cuestionamiento tampoco puede tener cabida. La tasa del 8% no viene a cubrir los efectos del proceso inflacionario, sino simplemente a compensar al actor por la renta de la que se ha visto privado como consecuencia de la mora. Encuentra por lo demás también respaldo en el citado precedente 'Loza Longo' y no constituye una doble actualización como sostiene la recurrente.

6.7.- En cuanto al último de los agravios, no podemos soslayar que la condena a Volkswagen Argentina S.A, se funda en el art. 40 de la ley 24,240, el cual establece la responsabilidad solidaria y objetiva de las empresas que conforman la cadena de producción y comercialización del bien.

Así se ha dicho "En la responsabilidad por daños, el polo pasivo es el autor del daño, y este término jurídico significa que es el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio (art. 40)" (Ricardo Luis Lorenzetti, 'Consumidores', ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 108).

Habiendo sido condenado en este sentido y por el principio objetivo de la derrota, deviene ajustada a derecho la atribución solidaria de las costas que la recurrente cuestiona.

De acuerdo a lo que he venido exponiendo entonces, y sin perjuicio de reconocer los esfuerzos discursivos desplegados por la apoderada de Volkswagen Argentina S.A en su expresión de agravios, propongo rechazar su recurso con costas.

7.1.- Ingresando en el tratamiento del recurso interpuesto por el actor, hemos de abordar el primero de sus embates, vinculado a la decisión de detraer al valor actual de la unidad 0Km, lo que un perito estime en la etapa de ejecución de sentencia por los 17.548 Km, recorridos por el utilitario vendido.

No comparto la quita que con fundamento en el decreto reglamentario 1798/94, dispone efectuar la sra. Jueza.

La pretensión de ubica claramente en el inciso b) del art. 17 de la ley 24.240 que claramente dispone: “Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales”. No hay entonces posibilidad alguna de detraer del importe la desvalorización del vehículo como consecuencia del uso que hubiere tenido, pues sería apartarse del texto legal que en mi opinión es claro.

Por otra parte, no podemos perder de vista que la facultad reglamentaria -excepto supuestos de delegación expresa del legislador- se limita a lo necesario para hacer operativos los derechos que acuerda la ley y en modo alguno puede admitirse un exceso que importe acotar el alcance de los mismos.

La Constitución Nacional, es muy clara cuando al establecer las facultades del Poder Ejecutivo en su art. 99, en el inc. 2 prevé: “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Consecuentemente, si como en el caso, el legislador ha previsto que si el consumidor opta por restituir la cosa adquirida, debe ‘recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales’, en modo alguno puede interpretarse el decreto reglamentario del modo que se ha hecho en la instancia de origen, mandando que en lugar de devolverle el importe entregado -en el caso el precio total- ajustado al valor actual de la unidad 0km, se le entregue el valor de la cosa usada.

Hay que recordar por otra parte que en nuestra provincia, expresamente el constituyente zanjó la discusión doctrinaria y jurisprudencial existente respecto del control constitucional de oficio, disponiendo que los jueces deben hacer tal control tanto a petición de parte como de oficio (CP art. 196 segundo párrafo), con lo que si por hipótesis consideraba la sentenciante que no había posibilidad de interpretar el decreto reglamentario de modo que permitiera acordar el valor actual de la unidad 0Km, debió

proceder sin más a declarar su inconstitucionalidad.

Tanto más cuando estamos en presencia de derechos emergentes del régimen de protección de los consumidores, que encuentra sustento en directivas constitucionales (art. 42 CN), está comprometido el orden público (art. 65 ley 24240) y los derechos que le acuerda la misma son irrenunciables para el consumidor (art. 37 ley 24240), debiendo los jueces asumir un rol proactivo en la materia.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, incluso en relación al inciso a) del art. 17 que analizamos, en que el decreto podría encontrar al menos en principio, mayor justificación, en el caso *´Giorgi c/ Ford Argentina S.A.´*, 12/03/2009, entre otros conceptos expuso: “Sin embargo, el decreto reglamentario de dicha disposición legal establece restricciones no contempladas en ella, pues prescribe que *´... La sustitución de la cosa por otra de idénticas características, deberá realizarse considerando el periodo de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele...´* (art. 17 decreto 1798/94). Como se advierte, la norma reglamentaria ya no establece que la cosa reemplazada debe ser *´nueva´*; y, por otro lado, las *´idénticas características´* exigidas por la ley 24.240 son trastocadas por su reglamento a una entrega que deberá considerar el periodo de uso, el estado general de lo reemplazado, así como la cantidad y calidad de reparaciones efectuadas. A mi modo de ver, estas últimas restricciones no pueden tenerse en cuenta. Es que, como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo (CSJN, Fallos 327:4932 y 4937 y sus citas de Fallos 322:1318), hipótesis que, a mi juicio, se configura en la especie porque lo dispuesto por el art. 17 del decreto 1798/94 contraría y altera la sustancia del derecho otorgado al consumidor en el art. 17 de la ley 24.240, introduciendo restricciones ajenas a su espíritu, que no resultan compatibles con su finalidad tuitiva. En tales condiciones, corresponde abstenerse de aplicar dicho decreto reglamentario para hacer valer en plenitud la ley reglamentada (art. 31 de la Constitución Nacional, y art. 3º de la ley 27)” (sentencia de fecha 12/03/2009, publicado por Thomson Reuters, Cita Online: AR/JUR/4082/2009).

Tal fallo ha sido comentado favorablemente por Schiavi (Schiavi, María Virginia,

‘Cuando la reparación de la cosa es insatisfactoria’, La Ley 2009-D, p. 297, Thomson Reuters, Cita Online: AR/DOC/2332/2009), quien bien nos recuerda que aunque la ley podría admitir dudas sobre si refiere al valor de la cosa nueva, “en materia de consumo, ante una posible duda interpretativa se erige como criterio determinante el establecido en el Artículo 3° de la LDC: En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”. (ver también en similar sentido, misma Sala, en autos ‘Pereyra c/ Fiat Auto Argentina S.A.’, sentencia de fecha 16/04/2009, Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/11892/2009).

En otro orden y recordando que el derecho del consumidor es una rama del derecho que atraviesa transversalmente a todas las áreas del derecho, embebida de un principio progresivo que impide admitir retrocesos en la protección del gran colectivo de los consumidores, no podemos dejar de ponderar que el decreto de mentas fue dictado durante una administración reacia a avanzar en la protección que se plasmara con posterioridad con la reforma constitucional de 1994. Recuérdese al respecto que el decreto en crisis fue dictado el 13/10/94 con la finalidad de reglamentar una Ley de Defensa del Consumidor primigenia sancionada en 22/09/1993, y promulgada parcialmente en fecha 13/10/1993; ambos actos anteriores a la sanción de la Constitución Nacional reformada, cuyo texto fue publicado por medio de la Ley 24.430 promulgada en fecha 03/01/1995).

Consecuentemente, no albergó dudas en cuanto a la improcedencia de cualquier descuento que pretenda hacerse al valor actual de la unidad 0Km, conforme el art. 17 inc. b de la ley 24.240.

El decreto reglamentario del modo en que ha sido interpretado en la instancia de origen no aplica, y más allá de la eventual tacha de inconstitucionalidad, no podría aplicarse desde que es un imperativo del régimen de protección de los consumidores que en caso de duda, “se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor” (art. 3 ley 24.240).

Advierto por otra parte que de seguirse el criterio establecido por la sra. Jueza, concluirían los accionados siendo premiados y enriqueciéndose sin causa, ya que se han quedarían con el vehículo bien reparado -siempre según su versión-, entregando al actor el valor del mismo y no de uno nuevo.

Propongo entonces al acuerdo hacer lugar a este agravio, dejando sin efecto la pericial ordenada y condenando a los demandados a entregar al actor el valor actual de un vehículo 0km de las mismas características que el vendido o el de características más

similares, si se hubiere dejado de fabricar aquél.

7.2.- En cuanto a la queja por el rechazo del rubro 'daño punitivo', anticipo también criterio favorable a su admisión.

Sobre el tema nos hemos extendido los tres integrantes de la Cámara en el caso "URRA c. RED AGROMÓVILES", sentencia de fecha 28/04/2016 correspondiente al Expte. 2RO-97-C1-15, a cuya lectura me remito a fin de ser breve teniendo en cuenta la extensión de los fundamentos expuestos.

Más recientemente en "CASTRO c. COMPAÑÍA FINANCIERA (sentencia de fecha 13/09/2017 correspondiente al Expte. A-2RO-734-C3-15), trajimos a colación también otros precedentes, profundizando en relación a la naturaleza del denominado daño punitivo y criterios de admisión y cuantificación del rubro.

Me permitiré si transcribir el mismo, debido a su menor extensión e importancia para la solución del presente.

Dije allí: "Este año, en sentencia de fecha 2/02/2017, correspondiente al Expte. B-2RO-3-C9-13, adhiriendo al voto rector a cargo del dr. Soto, sostuve: '...Más allá del nombre que se le haya dado -recordemos, muy criticado-, el denominado daño punitivo, ha sido regulado en el ámbito del derecho privado y en mi opinión, atendiendo la necesidad de acordar a las indemnizaciones una función de prevención, procurando disuadir conductas no deseadas, mejorando las prácticas de mercado en lo que respecta al ámbito de la defensa del consumidor (conf. lo que expusiera en mi voto en el Expte. N° B-2RO-97-C1-15, sentencia del 28/04/2016). No se trata estrictamente de una multa, sino de una reparación aunque necesariamente va más allá del límite de daño concreto, con la finalidad de que la ejemplaridad sirva de escarmiento para todos los operadores. De allí que en Common Law donde se acuñó el instituto que nos ocupa, se suele referir a 'exemplary damages'.... Agregué luego en el caso 'Janavel c/ AMX'(sentencia de fecha 10/04/2017 correspondiente al Expte. N° 36333-J5-13) que 'No opera esencialmente como una retribución o castigo por la mala conducta, sino que acuerda un plus a la reparación integral a modo de ejemplaridad con una finalidad de prevención tanto para el empresario pasible de la misma de modo que no reincida, como para todos los operadores del Mercado que verían que no resulta finalmente conveniente seguir tal senda aunque en principio les tentare por sus iniciales réditos económicos. Hay que enfatizar en la necesidad de bregar porque la prevención constituya un punto central en la responsabilidad por daños (conf. Zavala de González, 'Función preventiva de daños', La Ley, 3 de octubre de 2011, 1, p.1; Selvarolo Arcuri, Guido M., 'La función

preventiva en la Responsabilidad Civil y en el rol de los Daños Punitivos’, publicado en RCyS 2015-VIII, p. 18, publicado en Thomson Reuters, Cita Online: AR/DOC/2072/2015). Cabiendo recordar que como expone Shina, la mejor forma de resarcir un daño es evitar que se produzca y de allí que ‘el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos’ (Shina, Fernando, ‘Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. Su aplicación en el Derecho Comparado. La situación en la Argentina’, La Ley, publicado en Thomson Reuters, Cita Online: 0003/014693)”.

Agregué que se reclama prudencia, pero como dije en el citado Expte. B-2RO-97-C1-15, ‘si bien concuerdo en tal reclamo, más prudentes aún hay que serlo, a la hora de rechazar el planteo cuando se comprueba la infracción, de modo de no desalentar los reclamos que en definitiva harán que con su acogimiento se llegue a prácticas de mercado más sanas’.

Y no obstante la remisión general que hiciera al inicio del tratamiento de este rubro al precedente ‘URRA’, recuerdo algunos pasajes de aquél que estimo de mayor significación para la resolución de este caso “... si bien no participo del acogimiento del daño punitivo cuando no media un nexo subjetivo de causalidad en el obrar (descarto en consecuencia la responsabilidad objetiva, más allá que la interpretación literal del art. 52 bis lo admitiría), entendiendo que no es necesaria intencionalidad o actitud dolosa, sino que basta simplemente la culpa, agregando también una cierta gravedad en la infracción legal. Mas repasando no solo la opinión de algunos de los autores citados en el primer voto, sino también muchas decisiones jurisdiccionales en las que se ha rechazado la aplicación de la multa aludiendo en algunos casos a la insignificancia del daño, o a la falta de acreditación de una intencionalidad específica o de una conducta reiterada, etc., creo necesario profundizar en lo que señalara como gravedad y que en realidad no ha pretendido más que descartar supuestos irrelevantes o que mostraren sin dudas lo innecesario de la adopción de medidas disuasorias. En mi opinión la gravedad debe meritarse desde diversos ángulos siendo suficiente que lo fuere desde alguno de ellos, así como también compete fundamentalmente a la empresa, acreditar que no concurrió ninguno de los factores que podrían resultar suficientes para considerar grave la infracción y de modo especial, la inexistencia de culpa. Por otra parte, se ha de contemplar no solo el hecho en sí mismo, sino de modo especial, la conducta adoptada por la empresa en la atención de la queja o reclamo del consumidor. Así a modo de ejemplo, es claro que en principio, el hecho que en la compra a distancia haya llegado el

producto adquirido en mal estado, aun cuando el hecho se compruebe como excepcional, en mi opinión adquiere la gravedad de la que hablo, si la empresa no brinda adecuada respuesta al consumidor, haciendo oídos sordos a sus reclamos o derivándolo a engorrosos o cansadores trámites, demorando injustificadamente la reposición, etc.; situaciones que en nuestro país, lamentablemente suele ser algo común... Si aspiramos entonces a un cambio, vamos a tener que ser más receptivos en la admisión de las multas en el marco del art. 52 bis de la LDC, de modo de doblegar la persistencia de las empresas al cambio de sus cuestionables prácticas. Al menos mientras persistan estas ignominiosas prácticas de mercado, alentadas por la falta de controles más efectivos de las otras áreas del Estado y le siga resultando a las empresas muy accesible litigar y hasta beneficioso hacerlo, por la falta de adecuada respuesta de la jurisdicción al problema inflacionario, que concluye haciendo que demorar el pago aun debiendo cargar con las costas del proceso, les reporte ganancia a las empresas. En esa línea entonces, aun cuando por allí nos parezca desproporcionado la condena o su importe con el daño efectivo, habrá que pensar en sanciones que realmente tengan entidad para doblegar la práctica no deseada, haciendo que a la empresa le resulte más conveniente comportarse como es debido. Por qué nuestro país un día, no ha de ser como la inmensa mayoría, donde realmente se le acuerda la razón al consumidor y las empresas compiten para ganar clientes y mantenerlos, mejorando sus prestaciones, en lugar de obtener utilidades a partir de abusos de los más variados? Necesariamente debemos aspirar a ello y asumir desde la jurisdicción la responsabilidad que nos corresponde al respecto”.

En tal línea de pensamiento no guardo duda alguna en cuanto a la procedencia y conveniencia para la salud del mercado, del acogimiento del daño punitivo.

Más no obstante la solidaridad impuesta por la ley 24.240 y a la que hiciéramos referencia al tratar el agravio de Volkswagen relativo a las costas, creo conveniente realizar un distingo entre la conducta de las demandas.

En este sentido el proceder de Sapac S.A. es sin duda mucho más reprochable. Y no solo en la etapa previa a los reclamos cuando a fin de eludir la obligación de sustitución del motor o el rodado, intentó reparaciones en otras empresas sin comunicación ni mucho menos conformidad del actor, sino durante todo el proceso, incluyendo la instancia de conciliación que se abriera en la Cámara y que prácticamente estuvo a punto de permitir una solución de la controversia en términos cercanos a los que aquí estamos fallando, fracasando por la absoluta falta de interés de dicha concesionaria en la

búsqueda de solución del conflicto.

He de proponer entonces que se condene a ambas partes a abonar a la actora en concepto de daño punitivo la suma de Pesos Setenta y Cinco mil (\$ 75.000.-) a valores de la sentencia de primera instancia, pero acordando a Volkswagen Argentina S.A. el eventual derecho de repetir de Sapac S.A. tal importe si abonare el mismo.

Entiendo que el importe acordado se corresponde con los antecedentes del caso que se han mencionado y se precisaran tanto en esta sentencia como en la de primera instancia. Su importe si bien excede el de la demanda, lo excede numéricamente, no constituyendo más de lo pedido si ponderamos como hacemos, el envilecimiento del signo monetario por el proceso inflacionario.

Seguimos al efecto el criterio que entre otros precedentes aplicáramos en “SAIZ c. SAPAC” (sentencia de fecha 8/08/2017, correspondiente al Expte. 34326-11), con voto ponente de la estimada colega dra. Mariani.

Destaco asimismo que el importe guarda relación con las indemnizaciones otorgadas en otros casos, siendo precisamente “SAIZ”, uno que puede tomarse como parámetro, aunque en mi opinión, la conducta y el daño, en el presente ha sido mucho más grave. A tal indemnización se le agregará intereses a la tasa pura del 8% desde la mora hasta la sentencia de primera instancia y desde ésta hasta su efectivo pago, se aplicará la tasa activa dispuesta como doctrina legal en el precedente “GUICHAQUEO”, tal como se resolviera en la instancia de origen para los restantes rubros.

8.- Resumiendo entonces, de compartirse el criterio del suscripto, la Cámara resolvería: a) Rechazar el recurso de apelación de Volkswagen Argentina S.A; b) Hacer lugar al recurso de apelación del actor; c) En consecuencia acoger el reclamo de daño punitivo con los alcances expuestos en el punto 7.2 del voto rector c) Dejar asimismo sin efecto la pericia dispuesta en los dos primeros párrafos del punto I a) de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, debiendo las demandadas en el marco de lo dispuesto por el inciso b del art. 17 de la ley 24.240, abonar al actor el valor de plaza a la fecha de la sentencia de primera instancia de una unidad 0Km como la adquirida por el actor o el vehículo que hubiere sustituido o el que guarde más similitud, a dicho modelo si éste hubiere dejado de fabricarse. A tal importe se le agregarán intereses de la misma forma que la prevista para el daño punitivo.

En cuanto a las costas por la instancia recursiva, conforme el principio objetivo de la derrota (art. 68 CPCyC), se imponen a las demandadas, difiriéndose la regulación de honorarios a la previa de primera instancia. TAL MI VOTO.

LA SRA. JUEZ DRA. ADRIANA MARIANI, DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr.MARTINEZ, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: I.- Rechazar el recurso de apelación de Volkswagen Argentina S.A; II.- Hacer lugar al recurso de apelación del actor; III.- Acoger el reclamo de daño punitivo con los alcances expuestos en el punto 7.2 del voto rector; III.- Dejar sin efecto la pericia ordenada en los dos primeros párrafos del punto I a) de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, debiendo las demandadas en el marco de lo dispuesto por el inciso b del art. 17 de la ley 24.240, abonar al actor el valor de plaza a la fecha de la sentencia de primera instancia de una unidad 0Km como la adquirida por el actor o el vehículo que hubiere sustituido o que guarde más similitud a dicho modelo, si éste hubiere dejado de fabricarse. A tal importe se le agregarán intereses de la misma forma que la prevista para el daño punitivo; IV.- Imponer las costas de segunda instancia a las demandadas difiriéndose la regulación de honorarios a la previa de primera instancia.

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ

JUEZ DE CÁMARA

ADRIANA MARIANI

JUEZ DE CÁMARA

VICTOR DARIO SOTO

JUEZ DE CÁMARA

(En Abstención)

Ante mí:

PAULA CHIESA

SECRETARIA

nvp