

En la ciudad de General Roca, a los 7 días de julio de 2021. 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: "CALBUCOY BUSTOS JOSE FRANCISCO C/ EDERSA S.A. S/ SUMARISIMO " (Expte. N° B-2RO-354-C1-18), venidos del Juzgado Civil N° Uno, 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. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO:

1.-Llegan los presentes en virtud del recurso de apelación interpuesto por la accionada con fecha 27/04/2021 contra la sentencia definitiva de fecha 22/04/2021, el que ha sido concedido con fecha 28/04/2021.

2.-La recurrente incorpora sus agravios con fecha 04/05/2021.

2.1.- Se agravia inicialmente por la cuantía del daño moral.

Entiende la suma concedida como desproporcionada no habiendo el actor introducido prueba alguna y habiendo demandado la suma de \$ 10.000.-, entendiendo que se viola la congruencia.

Luego postula que la partida debe ser rechazada toda vez que no existe evidencia de daño alguno.

Se queja por último de los intereses aplicados al rubro.

2.2.- Su segundo agravio es referido a la cuantía del daño punitivo.

Entiende que se ha fallado más allá de lo pedido superando en veinte veces lo demandado.

Postula luego que es procedente el daño punitivo ante un incumplimiento grave o una conducta indiferente, temeraria. Por el contrario, en autos se ha acreditado que su parte no adoptó frente al reclamo formulado una conducta pasiva, sino que dio respuesta al actor librando y depositando incluso en el ámbito administrativo un cheque a favor del mismo el que nunca fue retirado.

Postula que en los autos "RECCHIONI MARCELO ARMANDO Y OTRA C/ EDERSA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", EXPTE. A-2RO-825-376-C3-19, este tribunal redujo el daño punitivo toda vez que el importe fijado violentaba la congruencia con relación al demandado por el allí actor.

3.-Ordenado el traslado de la pieza recursiva la actora lo responde con fecha 19/05/2021.

Inicialmente propicia la deserción del mismo por no arribar al estándar requerido por el art. 265 CPCyC.

3.1.-Con referencia al primer agravio sostiene que el recurrente persigue el objetivo de retardar el cumplimiento de la sentencia.

Colaciona luego fallos emergentes de la doctrina legal del máximo tribunal provincial que sustentan la postura de que el daño moral surge in re ipsa, de los hechos mismos.

3.2.-Con referencia al segundo agravio indica que tuvo que recurrir al ente regulador y que no obstante lo dictaminado por éste la recurrente se limitó a librar un cheque en su favor varios meses después por una suma inferior a la que correspondía.

Agrega que previo a la promoción de esta demanda la recurrente fue citada a la mediación oportuna en la que pudo dar solución a lo requerido desistiendo por el contrario de esa instancia, lo que importa la ausencia de un trato digno al consumidor.

Luego y con relación a la configuración del rubro menciona que no se requiere el elemento subjetivo sino tan solo el incumplimiento a las obligaciones legales o contractuales.

4.-Pasan los presentes para resolver con fecha 07/06/2021 practicándose el sorteo de rigor con fecha 18/06/2021.

5.-Ingresaré al tratamiento del recurso.

Al respecto y dadas algunas similitudes, entiendo resulta aplicable lo que recientemente hemos expuesto, con voto rector del colega que aquí me sigue en el orden de votación, en los autos "GALLEGO TULLIO FAVIAN C/ EDERSA S/ SUMARISIMO " (Expte. N° B-2RO-376-C3-19), sentencia de fecha 03/06/2021:

?Ingresando al tratamiento de los agravios y elaboración de la propuesta de solución del caso, cabe reconocer que en muchos aspectos este recurso guarda relación con el citado precedente 'Ricchioni' en el que también me tocó expresarme en primer término. La conducta asumida por la demandada es en esencia la misma, lo que torna a este caso mucho más grave -más allá de la gravedad derivada de la entidad del daño que es mucho mayor- porque no obstante la condena en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 impuesta en aquél, así como otras sanciones, opta por reincidir. Necesariamente se impone un análisis al respecto.

5.2.- En relación con la indemnización por daño moral cuya existencia niega en principio y luego entiende excesiva y hasta violatoria del principio de congruencia, advierto un desarrollo argumental muy pobre.

Carece de toda seriedad negar la existencia de daño moral cuando la persona no solo

perdió los artefactos eléctricos de su emprendimiento comercial, sino que luego ante el incumplimiento de la demandada en el pago de las indemnizaciones legalmente debidas, tuvo que concluir con el mismo.

5.3.- La sentencia de primera instancia es muy sólida en este punto y el recurrente no elabora una crítica precisa y razonada con alguna aptitud para enervar los argumentos desarrollados por la juzgadora.

En el precedente 'G. c/ Bank Boston' (sentencia de fecha 7/02/2013 correspondiente al Expte. 20822-CA-11) rechazamos los agravios de la demandada que consideraba alta la suma de \$20.000.- reconocida en la sentencia de primera instancia de fecha 17/08/2011, lo que actualizado a la fecha de la sentencia que aquí nos ocupa, ascendería aproximadamente a 327.000.- y se trató de la pérdida del vehículo con el que el actor realizaba transporte de personas. Un caso en mi opinión si se quiere menos grave que el presente, cabiendo remarcar que nos vimos impedidos de incrementar la indemnización como consecuencia de la ausencia de recurso de la parte actora al respecto.

Dijimos en tal ocasión y parece oportuno reiterarlo en el presente: " 12.- En lo que hace al daño moral, por cierto que el cuestionamiento de la accionada por falta de pericial psicológica resulta hasta pueril, desde que no es posible admitir se confunda el daño moral con el psicológico. Es por demás obvio que haberse quedado sin la posibilidad de desarrollar la actividad con la que procuraba los ingresos para su sostenimiento y el de la familia, agravado por la época de profunda crisis en que ello ocurrió, debe haber afectado y mucho al actor, más allá de la injuria directa a su patrimonio. Diría que debe haber sido devastador o al menos eso es lo que se supone que debe producir en la generalidad de las personas. No se cuentan con casos que guarden mayor similitud con el que nos ocupa, no obstante lo cual por ejemplo en el expediente CA-20955 donde se afectó al actor por la venta de un motor home de uso recreativo, esta cámara fijó como daño moral una indemnización de \$ 10.000.- siendo un daño muy, pero muy menor al de verse privado de un vehículo que, además de ser mucho más costosa su reposición, al estar destinado a la única actividad productiva del accionante, le impidió continuar la misma dejándolo en situación de un desocupado. En esas condiciones la indemnización fijada en la sentencia lejos está de poder ser considerada alta aún a valores del hecho, con lo que se impone el rechazo de la queja que en tal sentido expusiera la demandada". Y agregamos en la oportunidad: "Los daños se encuentran probados por sí mismos y la accionada no ha allegado elemento alguno para enervar el reclamo en tal aspecto. Refiere a un obrar caprichoso del magistrado en la fijación de la

indemnización, pero no explica por qué sostiene ello y tanto por aplicación de las reglas del régimen consumerista como también especialmente por las dimensiones de la empresa que opera en todo el territorio nacional y aún más allá, era de esperar que allegara precedentes que exteriorizaran la arbitrariedad o exceso, mas ni siquiera ha intentado hacer ello''.

Destaco que tiempo después de la sentencia citada precedentemente y desde hace más de un quinquenio, la Cámara puso a disposición de jueces, letrados e interesados en general un archivo con los precedentes relativos a 'daño moral' y 'daño punitivo' que ha venido reconociendo desde el año 2012, lo que sin duda alguna constituye una fuente de información importante para la cuantificación de las indemnizaciones por tal rubro. Debe obviamente adecuarse en todos los casos las cifras para que la equivalencia sea real y no numérica. Es decir que la semejanza se determine en función del poder adquisitivo de las indemnizaciones acordadas y no de su valor simplemente numérico, solucionando adecuadamente el problema del deterioro del signo monetario proveniente del proceso inflacionario.

5.4.- Recordemos que respecto del daño moral, como expusimos en 'Ricchioni' trayendo a colación entre otros precedentes A 'Galván c/ Fravega' (sentencia de fecha 7/12/2017) ''? no solo debe atenderse los padecimientos derivados del sentirse perjudicada ella y su grupo familiar por la adquisición de un bien que tenía desperfectos que impidieron su uso, sino fundamentalmente todo lo que ha significado el destrato en el comercio y los técnicos a los que se le derivó, así como el tener que recurrir a instancias administrativas, de mediación extrajudicial y finalmente un proceso, con la angustia y demás padecimientos que de ello derivan, sintiéndose además menospreciada, ignorada, ninguneada por la demandada?'. Sin ninguna duda la privación del uso de los artefactos eléctricos dañados en las circunstancias descriptas en la demanda y probadas en autos, agravado por la conducta desplegada por la accionada quien desconoció el derecho de los actores incluso luego de la condena en sede administrativa, constituye un agravio inmaterial que debe ser resarcido. No había argumentos para resistirse al reclamo del daño material o al menos así debe presumirse a partir del hecho que no se intentó probar lo contrario tal como bien se expone en la sentencia apelada y por otra parte no se ha cuestionado a la postre en la expresión de agravios. Dijimos también en el precedente 'Galván c/ Fravega' que comentamos, que 'Como muchas veces hemos dicho, la indemnización por daño moral es una tarea extremadamente difícil, porque precisamente el dolor y las afecciones de orden

espiritual, no resultan por esencia medibles económicamente. Hay siempre una gran dosis de discrecionalidad en la decisión jurisdiccional, que desde mucho tiempo se viene tratando de acotar, procurando acordar mayor objetividad y consecuente legitimidad a la decisión, atendiendo a lo decidido con anterioridad en casos que pudieran ser de algún modo asimilables. En nuestra jurisdicción desde el viejo precedente *‘Painemilla c/ Trevisán’* (Jurisprudencia Condensada, tº IX, pág.9-31), se ha sostenido que *‘no es dable cuantificar el dolor ya que la discreción puede llegar a convertirse en arbitrio concluyéndose en cuanto a la tabulación concreta de este rubro, que su estimación es discrecional para el Juzgador y poca objetividad pueden tener las razones que se invoquen para fundamentar una cifra u otra. Es más, el prurito de no pecar de arbitrario que la efectiva invocación de fundamentos objetivos, lo que lleva a abundar en razones que preceden a la estimación de la cifra final. La única razón objetiva que debe tener en cuenta el Juzgador para emitir en cada caso un pronunciamiento justo, es además del dictado de su conciencia, la necesidad de velar por un trato igualitario para situaciones parecidas... Por cierto, que nunca habrá de agotarse en la realidad, pero la orientación emprendida en esta tarea, el catálogo de las posibilidades que nos pondrá de manifiesto la realidad’* (*‘El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos’*, Félix E. Sosa y Mercedes Laplacette, pág. 6)´´.

Sabía entonces el recurrente que iba a tener que pagar por daño moral y daño punitivo, además de las indemnizaciones por daño material que a pesar de su mayor cuantía aquí tampoco ha cuestionado, pero, no obstante, opta por seguir litigando e incluso llegar a la instancia recursiva desconociendo no solo la cuantía, sino la existencia misma del daño moral, lo que es absurdo.

5.4.- El importe reconocido no excede mayormente el importe reclamado en la demanda en valores reales (más adelante me extenderé sobre este tópico al abordar el daño punitivo).

Pero fundamentalmente se corresponde con la entidad del daño que supera a cualquiera de los otros precedentes -refiero siempre a daños en materia de consumo u otros que no incluyen daños a la vida e integridad psicofísica- que hemos tenido en la Cámara.

En este sentido entiendo oportuno recordar que en *‘S. c/ Standard Bank Argentina’* (sentencia de fecha 12/12/2013 correspondiente al Expte. 33333-J5-09), en un caso de menor significación -suspensión de cuenta bancaria por información errónea- reconocimos una indemnización por daño moral de \$35.000,00 al 24/10/2012 que, actualizados a la fecha de la sentencia aquí apelada, asciende aproximadamente a \$

435.000.- Por otra parte, en el precedente 'M. c/ Casa TIA' (sentencia de fecha 27/06/2017 correspondiente al Expte. N 22984-98), -molestias por roturas en vivienda provenientes de construcción de supermercado al lado- reconocimos la suma de \$100.000.- a valores de 03/02/2017, lo que, actualizado a marzo de 2021, ascendería aproximadamente a \$410.000.-

5.5.- He agregado estos conceptos mostrando que la indemnización no puede considerarse alta ni ser válidamente cuestionada, pero, no obstante, en mi opinión corresponde y así lo propongo, declarar desierto el recurso por incumplimiento de la carga de motivación que impone el art. 265 del CPCyC. Por razones de brevedad me remito en este sentido a lo expuesto al respecto en sentencia de fecha 4/09/2019 correspondiente al Expte. B-2RO-297-C9-18, así como a los precedentes citados y entre otros a los expedientes de esta cámara, CA-20946, CA-20654, CA-20666, CA-20955, CA-20108, CA-21124, CA-21298, CA-21181, CA-21566 y A-2RO-229-C9-13.

6.1.- En cuanto al daño punitivo su procedencia es innegable pudiendo estar válidamente solo en discusión la cuantía. Vienen al caso los mismos argumentos expuestos en el citado 'Ricchioni', sobre el que hago hincapié pues también fue condenada la demandada y puso en evidencia que resiste el pago de las indemnizaciones no obstante su procedencia incuestionable desarrollando una conducta absolutamente censurable. A lo dicho en tal oportunidad me remito con el fin de ser breve.

6.2.- Sin duda las grandes empresas como la demandada están en mejores condiciones de especular en una economía siempre en crisis como la nuestra y con una verdadera timba financiera que se ha hecho una constante.

Ignoro los números reales de la demandada y no conozco en mayor detalle las operaciones que realiza, pero es evidente que le resulta más conveniente concluir pagando con costas y multas, que pagar en término como correspondería con sujeción a la ley y contratos.

Y en este sentido, aunque no podemos inmiscuirnos en la condena por el daño material porque no ha sido cuestionada, siendo que se reconoció a sus valores históricos con más los intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina prevista sucesivamente en los precedentes del cimero tribunal de la Provincia 'Jerez', 'Guichaqueo' y 'Fleitas', advierto posibles causas de tal proceder.

En este sentido se puede ver que utilizando los índices inflacionarios (<https://calculadoradeinflacion.com/>, es una herramienta útil al respecto), tenemos que para actualizar una suma desde septiembre de 2018 a la fecha de la sentencia que viene

en apelación deberíamos multiplicar por 2,68.

Por otra parte, si ponderáramos la evolución de la divisa norteamericana, se tiene que el valor del dólar en el mercado a septiembre de 2018 se ubicaba a \$40, mientras que el valor del dólar ahorro a la fecha de la sentencia llega a casi cuatro veces tal importe (\$159). Ergo tendríamos que multiplicar el capital original por 4 para mantener el valor real.

Asimismo, si utilizáramos como valor de referencia el Argentino Oro (moneda legal cotizada por el Banco Central de la República Argentina), se tiene que entre el tercer trimestre de 2018 y el primero del 2021, evolucionó de \$8.421,69 a \$37.132,46, es decir que el importe que quisiéramos actualizar siguiendo tal referencia deberíamos multiplicarlo por nada menos que 4,4091.

Pero frente a estos tres registros, se tiene que aplicando la calculadora de intereses de la página oficial en lugar de multiplicar por 4 o por 2,68 o por 4,4091, podríamos multiplicar solo por 2,4883 pese a que con tal operación se debería estar incluyendo el interés puro o renta de la que se ha visto privado el acreedor por la mora del deudor y que para los valores actualizados se determina entre un 6% y 8% anual conforme doctrina legal o 7,5% si se trata del dólar.

Así comparativamente, contemplando el interés puro reconocido, tendríamos que cien pesos (\$100), según sea el patrón de recomposición del capital ascendería desde la fecha del hecho a la de la sentencia del siguiente modo:

Patrón Argentino Oro: \$440,91 + intereses (8% anual) \$86,73 = \$527,64 Valor Dólar EE. UU.: \$400.00 + intereses (7,50% anual) \$73,75 = \$473,75 Índice inflacionario: \$268 + intereses (8% anual) \$52,72 = \$320,72 Intereses tasa activa BN (Jerez, Guichaqueo y Fleitas a la que no cabe agregar tasa pura) = \$248,83.

La diferencia es por demás significativa y exterioriza el negocio que fácilmente puede hacer el deudor retardando el cumplimiento de sus obligaciones con directo perjuicio al consumidor, a quien demos asegurarle una tutela efectiva de sus derechos.

6.3.- Hasta ahora hemos considerado que el importe de lo estimado por el consumidor en concepto de daño punitivo en su demandada, debidamente actualizado o mantenido en su valor real, opera como un límite en una suerte de aplicación rigurosa del principio de congruencia, pero en un nuevo análisis de la cuestión y pudiendo observar además las consecuencias de tal decisión, entiendo que se justifica repensar el tema y cambiar el criterio.

En este sentido hago hincapié en la finalidad preventiva del denominado daño punitivo

que aun cuando su importe ingresa al patrimonio del consumidor afectado, procura beneficiar al mercado en general erradicando o desalentando prácticas no deseadas.

´Ricchioni´ y la reiteración de la conducta por parte de EDESA en este caso, demuestra sin duda que las condenas impuestas en aquella causa resultan insuficientes a tal fin y que la prestadora monopólica del servicio de electricidad en la zona prefiere seguir pagando tal tipo de condenas pues obtiene mayores beneficios demorando el pago de las indemnizaciones a las que está obligada por la deficiente prestación de sus servicios.

Esa aplicación tan rigurosa del principio de congruencia, cuando por otra parte en la demanda se sujetó lo reclamado al criterio del tribunal no parece la más adecuada. Se dijo concretamente en la demanda: ´´? y/o por la que en más o menos resulte de las pruebas a rendirse en autos y que V.S. se servirá fijar´´.

En este sentido es oportuno señalar que el alto tribunal provincial respecto incluso del daño moral donde sí -como veremos más adelante- el importe reclamado cobra mayor significación, ha destacado la facultad de los jueces para fallar en más cuando en la demanda se deja abierta la posibilidad con expresiones como la transcripta.

Así en el precedente ´Escudo Seguros s/ Queja (sentencia de fecha 20/04/2021, correspondiente al Expte. Nº PS2-1097-STJ2021), se expuso: ´´? Finalmente, el agravio sobre violación del principio de congruencia (arts. 163 inc. 6º del CPCyC y 200 de la Constitución Provincial), en relación al monto otorgado en concepto de daño moral, tampoco puede prosperar. En lo relativo a la cuantificación de dicho daño los Jueces de mérito son soberanos para establecer las cuantías indemnizatorias y han expresado las razones sobre las cuales se adopta un determinado importe sin que se advierta irrazonabilidad alguna en dicha decisión, menos aun que se hayan apartado de lo reclamado por el actor en la demanda. Ello así pues, si bien por una parte como señala el recurrente en la demanda al momento de peticionar el rubro daño moral el actor no dejó librado su determinación ´a lo que en más o menos resulte de la prueba´; por otra no se puede desconocer que en la parte final del punto IV -Indemnización reclamada por los daños-, informa que el monto total reclamado es estimativo y sujeto ´a lo que en más o menos resulte de las probanzas de autos´...´´.

6.4.- Más allá que la doctrina avanza en la línea de autorizar la imposición de oficio por los tribunales del instituto hoy solo previsto en el régimen de protección de los consumidores (art. 52 bis ley 24.240) y el anteproyecto de ley así lo prevé, es menester remarcar que en general se coincide en las amplias facultades del juzgador para fijar su

cuantía graduando ésta 'en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso'.

Esta facultad discrecional que encuentra su justificación en el propio texto de la ley tal como lo expone Tinti (Tinti, Guillermo P., 'El daño punitivo', 'Revista Iberoamericana de Derecho Privado', Número 9 - mayo 2019, cita online: IJ-DCCXLII-920), aun cuando criticada la redacción del art. 52 bis por algunos por resultar demasiado laxa, en general es reconocida. Galdós y otros, citando a Álvarez Larrondo (Álvarez Larrondo, Federico, 'Los daños punitivos', LL 2000-A-1111) nos dicen que 'en posición contraria al cuestionamiento de la parquedad del texto, se sostiene que esa ambigüedad a priori se corresponde con la naturaleza del instituto de provocar una situación de aflicción para quien ocasionó el daño' (Galdós, Jorge M., Blanco, Gustavo H., Venier, María Eugenia, 'Otra vez los daños punitivos', JA 2016-II, Cita Online: AR/DOC/4243/2016).

Es decir que se encuentra justificación para la discrecionalidad del juzgador, en la función disuasoria del instituto.

Un autor como Chamatropulos directamente sostiene que la instancia de parte prevista en el artículo que comentamos no requiere la cuantificación del daño punitivo. Expresa que 'al consumidor le bastará con pedir la aplicación de la multa sin estimar su monto, tarea que queda en manos del juez sin perjuicio de la colaboración que preste el interesado en la determinación del quantum (Chamatropulos, Demetrio A., 'Los Daños Punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores; Análisis comparativo, publicado en: Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 -octubre-, Cita Online: AR/DOC/2121/2018).

La discrecionalidad del juzgador no parece estar mayormente en discusión. Así se puede consultar también a Krieger (Krieger, Walter F., 'Volviendo a pensar los Daños Punitivos: Estado actual y proyecciones en el proyecto de Ley de defensa del Consumidor', RCCyC 2019-agosto, Cita Online: AR/DOC/1923/2019, quien expresa: 'Puede observarse que los criterios de cuantificación son absolutamente facultativos del juzgador, quien puede fijar el monto con absoluta discreción'); Ayala y Stekler (Ayala, Héctor Martín - Stekler, Bárbara Samantha, 'Daños punitivos y derechos fundamentales en el Derecho del Consumidor. Su cuantificación', Revista Jurídica del Nordeste Argentino - Número 11 - diciembre 2019, Cita Online IJ-CMI-929); Molina Sandoval (Molina Sandoval, Carlos A., 'Daños punitivos en la actividad financiera de consumo', Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2013-1, Cita Online RC D 792/2015).

6.5.- En un destacado fallo de la Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de

Bahía Blanca, Sala II, que adquiere mayor significación luego de que fuera confirmado por la Suprema Corte de Buenos Aires, en sentencia de fecha 17 de octubre de 2018, se expone en el voto ponente que también me persuade de la conveniencia de seguir tal temperamento: ‘En la demanda, M. C. C. solicitó que se mensuren en \$50.000 ‘y/o lo que en más o menos fije el alto criterio’ judicial. Entiendo que tal pedido es inocuo; carece de la manera más absoluta de incidencia en la cuantificación porque no se trata de un resarcimiento a favor de la víctima sino de una sanción al infractor. Comparto, en este sentido, lo que elocuentemente ha señalado Álvarez Larrondo: ‘Es claro que al no ser éste un rubro indemnizatorio sino una sanción de carácter preventivo impuesta por el Magistrado interviniente, el consumidor no puede ni debe mensurar dicho rubro, y de hacerlo, el Juez en modo alguno quedará limitado por dicha petición’ (Álvarez Larrondo, Federico M: ‘Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación’, en La Ley, 29/11/2010). En la misma línea, el Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 23 a 25 de septiembre de 2010) ha despachado unánimemente por su comisión 5º (‘Principio de prevención. Daños punitivos’), de lege lata y de manera unánime, que ‘El consumidor no debe mensurar el daño punitivo al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C. Nac.), y por consiguiente no es pasible de la oposición de la excepción de defecto legal atento a quedar encuadrado en la excepción que impone el art. 330 segundo párrafo del Cód. Procesal de la Nación y el de la Pcia. de Buenos Aires’. Por ello, el quantum solicitado es irrelevante, sobremanera cuando se lo relativizó en función de lo que más o en menos determine el criterio del tribunal, aunque era innecesario. El quid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas, postura que ha sido aprobada por unanimidad en el citado Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores bajo la siguiente fórmula: ‘De lege lata se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión’?.’’ (C., M.C. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico’, Thomson Reuters, Cita Online: AR/JUR/44655/2014).

Por cierto, Álvarez Larrondo comentará con elogios este fallo, que no compartimos en cuanto a la utilización de la fórmula propuesta por Irigoyen Testa, pero si en lo demás

(ver Álvarez Larrondo Federico M., 'La mejor de lección jurisprudencial sobre Daños Punitivos, publicado en RDCO 269, 612, Cita Online: AR/DOC/5832/2014). En cuanto a nuestra posición crítica sobre la utilización de la fórmula referida a fin de ser breve me remito a lo expuesto en el punto 5.2.5.3 de mi voto en 'Guiretti' (sentencia de fecha 5/04/2019 correspondiente al Expte. N° 24949/16).

6.6.- De conformidad a los argumentos que he venido desarrollando y los de la sentencia de primera instancia en lo pertinente, propongo rechazar también este agravio, confirmando la condena por daño punitivo?.

5.1.-Desde aquella perspectiva argumental y de la propia de la sentencia en recurso entiendo el daño moral se encuentra suficientemente fundado y no es cuestionada en forma concreta en ese aspecto.

Respecto de la cuantía y la aludida congruencia con el monto demandado me remito a los fundamentos brindados en el reciente precedente antes citado.

Agrego que, como venimos diciendo en forma reiterada y no puede resultar desconocido para el recurrente dicho criterio, a los fines de evaluar la congruencia tratándose la de daños y perjuicios de una deuda de valor en modo alguno puede pretender la recurrente referirse al monto nominal demandado en autos con fecha 06/11/2018.

En base a lo expuesto, ponderando las particularidades de la causa y los precedentes colacionados en el fallo antes citado, entiendo que el rubro debe confirmarse.

5.2.-Respecto del daño punitivo nuevamente me remito a los medulosos fundamentos expuestos por mi colega en el fallo citado en el cual modifica la postura que adoptara con antelación en los autos "RECCHIONI MARCELO ARMANDO Y OTRA C/ EDERSA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. N° A-2RO-825-C3-15), a los fines de aventar el aludido riesgo de incongruencia.

Ahora bien, cierto es que tal como emerge de la doctrina legal obligatoria (art. 42 Ley 5190) emanada del cimero tribunal, y contrariamente a lo afirmado por la actora, no basta para la configuración de la partida el mero incumplimiento de una obligación legal o contractual.

Recientemente, en autos "ROMERO GABRIEL ADRIAN C/ CAJA DE SEGUROS S.A. Y NIPPON CAR S.R.L. S/ SUMARISIMO?" (Expte. N° B-2RO-239-C1-17), he descripto el camino recorrido por el máximo tribunal al respecto. En efecto, ha dicho nuestro cimero tribunal en reciente pronunciamiento respecto de la procedencia del daño punitivo, precedente que constituye doctrina legal obligatoria para este tribunal

(art. 42 Ley 5190):

?Ingresando ahora en el análisis de las cuestiones traídas a debate, abordaré en primer término los agravios dirigidos a cuestionar la sentencia de Cámara con fundamento en la errónea aplicación del art. 52 bis de la Ley 24.240, en cuanto impusiera daño punitivo. El pronunciamiento de Cámara confirmó la aplicación del daño punitivo establecido por la Jueza de Primera Instancia, por considerar que su procedencia surge de la conducta adoptada por la aseguradora ante el siniestro, pues advirtió que de tolerarse un proceder evasor e incumplidor sin imponer sanción punitiva alguna, se estaría alentando el incumplimiento. En este sentido señaló que surge de las constancias de la causa que la demandada no atendió el pedido del actor tanto respecto de la cobertura del siniestro como en relación a la asistencia letrada en el juicio seguido en su contra por los daños derivados del accidente. Ello no obstante haberse acreditado que en otras oportunidades la aseguradora demandada ubicó al cliente a pesar del domicilio real denunciado mas, a la hora de declinar la cobertura, se escudó en la notificación deficiente atribuyendo la culpa al Sr. Cofre con fundamento en la denuncia defectuosa del mencionado domicilio. Sostuvo que el quantum de la multa civil impuesta tuvo fundamento suficiente si se tiene en cuenta la importancia de aquella decisión, la falta de procuración de otro medio idóneo para anotar al asegurado y las consecuencias que ello acarrearía, optando - como dijera la Jueza de grado- por una actitud que favoreciera más a sus intereses económicos. En tal orden de ideas, la Cámara concluyó que la multa civil aplicada resultaba procedente, en tanto se debe propender a desalentar a la empresa proveedora a persistir en su actitud elusiva y evitar futuras inconductas análogas. No comparto el razonamiento y las conclusiones de la sentencia impugnada, pues en mi opinión no constituyen una derivación razonada del derecho vigente; específicamente en lo que refiere al art. 52 bis de LDC, con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa. El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 modificada por la Ley 25.361 (B.O. 07/04/2008) incorporó la figura del daño punitivo en estos términos: "¿ 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? 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?". El daño punitivo se origina en el derecho anglosajón y consiste en una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en

calidad de daños y perjuicios, destinada en principio al propio damnificado. Su objeto es impedir que el proveedor siga vendiendo u ofreciendo un producto o servicio que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al Juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Esto es, tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en similares incumplimientos. Al respecto, Pizarro y Stiglitz han expresado que el tema presenta particular importancia en el ámbito del derecho del consumo, especialmente en dos supuestos: en los enriquecimientos injustos obtenidos por medio del ilícito (ilícito lucrativo) y en los casos en los que la repercusión socialmente disvaliosa del ilícito es superior, comparada con el daño individual causado al perjudicado. Tal lo que ocurre, por ejemplo, con la responsabilidad del productor de bienes y servicios, cuando, como consecuencia de un proceder antijurídico, se generan microlesiones múltiples, de carácter extremadamente difuso, idóneas para afectar a muchísimas personas, en diferentes lugares y hasta en distinto tiempo, respecto de la causa originaria del daño. La reparación de tales daños difícilmente alcance a concretarse en reclamaciones judiciales. Cuando el daño es muy difuso, la responsabilidad tiende a esfumarse, sobre todo teniendo en cuenta el costo económico y el tiempo desproporcionado que insumen las actuaciones judiciales. Esta realidad es frecuentemente tenida en cuenta por proveedores profesionales poco escrupulosos. Sostienen que la adopción de sanciones en casos de graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios puede erigirse en un elemento de prevención y de disuasión de enorme importancia. Es más, consideran que la adecuada implementación de un sistema de penas privadas, especialmente en materia de daños causados por productos defectuosos y por servicios defectuosamente prestados, se puede constituir en un instrumento útil para asegurar, en términos equitativos, el adecuado funcionamiento del mercado y la libre competencia (cf. Pizarro - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, La Ley 2009-B, 949). En síntesis, se trata de una herramienta de prevención del daño que se aplica como sanción a quien ha actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor. Solo procede, entonces, ante la intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares. Y si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada dicha multa civil, en cuanto refiere a cualquier incumplimiento legal o contractual, en la actualidad existe consenso

dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en el sentido de que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. La aplicación de la multa civil tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservada para casos de gravedad, en los que el sujeto hubiera actuado, precisamente, con dolo -directo o eventual- o culpa grave -grosera negligencia-, no siendo suficiente el mero incumplimiento de las obligaciones "legales o contractuales con el consumidor" mencionadas por el precepto, sino una particular subjetividad, representada por serias transgresiones o grave indiferencia respecto de los derechos ajenos. (cf. CNCom., Sala D, "Hernández Montilla, Jesús Alejandro c. Garbarino S.A.I.C.E.I. y otro s/Sumarísimo" del 03.03.2020). En tal orden de ideas, se advierte que en el presente caso no se encuentran configurados los recaudos de admisibilidad necesarios para imponer la multa civil pretendida, pues no concurren de modo alguno los requisitos antes referenciados. En efecto, si bien el incumplimiento de la aseguradora ha existido, al punto de que se la condenó al pago de la cobertura indemnizatoria del automotor asegurado (\$ 247.285) conforme se resolviera en el punto I.- de la sentencia de Primera Instancia (fs. 241 y vta.) confirmada por la Cámara de Apelaciones -decisión que en lo relativo a dicho tópico se encuentra firme y consentida- de modo alguno se aprecia la gravedad y excepcionalidad de la conducta que el ordenamiento jurídico requiere para la aplicación excepcional del daño punitivo. Es que la aseguradora demandada, al oponer la causal de exclusión de cobertura regulada en el art. 114 de la Ley 17.418 y válidamente convenida en el contrato de seguros -conforme cláusula CGCO7.1 de las condiciones generales de la póliza (ver fs.32 vta.)-, solo realizó un ejercicio regular de su derecho de defensa en juicio. Máxime, atento a las particulares circunstancias en que ocurrieron los hechos que originaron el presente litigio: un accidente en un puente en construcción (Isla Jordán), no habilitado para la circulación, vicisitudes que podrían hacer presumir que el puente se encontraba debidamente señalizado y cerrado para la circulación. En tal orden de situación, la causal de exclusión de cobertura invocada (culpa grave) aparece como posible y no fruto de una conducta ilegítima, evasiva, arbitraria y con desprecio al consumidor por parte de la aseguradora. Obsérvese que las circunstancias antes referenciadas en relación a la condición en que se encontraba el puente donde ocurriera el accidente, debieron ser

motivos de producción y ponderación de pruebas a efectos de desestimar la culpa grave invocada. (ver la ponderación de la Jueza a fs. 232 y vta. del informe de Vialidad Rionegrina, pericial accidentalológica, informe criminalístico, etc.). Es que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, ya que además debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva. (Cf. Pizarro, Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949). De allí que para establecer no solo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el art. 49 de la Ley 24.240. (Cf. Téves, Alejandra - Souto, María V., Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor, publicado en RDCO 2563, 5.12.2013, 667). En efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198; cf. CNCom Sala F, "Papa, Raúl Antonio c. SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario" del 20.10.2016). La citada disposición establece que: "En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho". La conducta reprochada es la del proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aun un beneficio que redundará en ganancia. En definitiva, se trata de supuestos en los que los proveedores utilizan esa política de modo habitual y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (cf. Colombes, Fernando M., "Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", LL DJ 19/10/2011,1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio. En consecuencia, de todo lo expuesto no cabe otra conclusión que el carácter excepcional de la figura, que solo procede en casos de particular gravedad. En tal inteligencia conceptual es que considero

que -en el caso- no se verifican los presupuestos fácticos que habilitan la procedencia del daño punitivo, pues no ha sido demostrada la existencia de un obrar o proceder ilegítimo por parte de la demandada que revista las características que justifiquen la imposición de tan especial y ejemplar reproche (multa civil), por lo que deberá revocarse? ("COFRE, NICOLAS SEBASTIAN C/FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/SUMARISIMO S/CASACION" ,Expte. N° B-4CI-204-C2015).

Este precedente, refrendado por la mayoría conformada por los Dres. Mansilla, Apcarian y Zaratiegui ha venido a dejar sin efecto -aun sin decirlo expresamente- la doctrina legal fijada en autos "COLIÑIR, ANAHI FLAVIA c/LA CAMPAGNOLA SACI-GRUPO ARCOR S/ORDINARIO s/CASACION" (Expte N° 36146-J5-12 // 30314/19-STJ-), sentencia de fecha 09/12/2019, donde con voto en disidencia de la Dra. Piccinini y la adhesión de los Dres. Apcarían y Zaratiegui se dijo:

?Finalmente, en relación al daño punitivo impuesto, la codemandada esgrime dos agravios. El primero, donde reitera su argumentación de que el hecho en que se sustenta la multa impuesta (producto con elemento extraño contaminante), no se encuentra acreditado. Este cuestionamiento sobre la plataforma fáctica del caso ya fue analizada al inicio del voto, a cuyas consideraciones -en honor a la brevedad-, me remito. En segundo lugar, argumenta que la sentencia al aplicar el daño punitivo ha incurrido en la violación de la doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. Previo a todo, cabe señalar que solo constituye doctrina legal en los términos del art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 5190 y del art. 286 del CPCyC, aquella que ha merecido consagración expresa por parte del Superior Tribunal de Justicia, con las facultades de homogeneización jurisprudencial, que le asigna la ley al autorizarlo a imponer obligatoriamente el criterio de sus fallos durante los próximos cinco años. (Cf. STJRNS1 - Se. N° 10, "TOSONI" del 10/03/2015). No se advierte en el recurso referencia alguna a la doctrina legal de este Tribunal que entiende inobservada. Por su parte el art. 52 bis de la Ley 24.240, incorporado por la Ley 26.361 (BO del 07/04/2008), establece: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el

máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley". De la simple lectura de la norma surge claro que se exige para la aplicación del daño punitivo un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Solo dispone que proceda cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales (cf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Ed., Rubinzal-Culzoni, ps. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 278/279). No caben dudas que tanto la letra del art. 52 bis de la Ley 24.240, como la tésis que la inspira a contrario de lo argumentado por la demandada, no requiere la presencia del "factor subjetivo". Esta conclusión se evidencia si se tiene en cuenta que, desde su implementación en el año 2008, diversos proyectos -siguiendo a calificada doctrina- procuraron la introducción del "factor subjetivo", sin haber tenido recepción favorable en el ámbito legislativo, manteniendo así su redacción primigenia. Postura que fue además reforzada en el año 2018 con la sanción de la Ley 27.442 (Ley de Defensa de la Competencia, publicada en el B.O. del 15/05/2018), en cuyo art. 64 se incorporó la figura de los daños punitivos con una redacción idéntica a la del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, sin ningún recaudo específico ("factor subjetivo"). En ese sentido, explica Picasso que "la primera constatación que surge del análisis de la norma es que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidos en ella al hecho de que el proveedor incumpla sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo al texto sancionado, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor (y cualquiera sea la gravedad de ésta), hay o no un daño realmente causado al consumidor y con independencia de que el proveedor se haya o no enriquecido como consecuencia del hecho. La "gravedad del hecho" es tenida en cuenta por la norma únicamente para graduar la cuantía de la sanción, más no como condición de su procedencia. En cualquier caso, el juez -a quien la expresión "podrá", empleada por la ley, parece otorgarle plena discrecionalidad al respecto- no se encuentra contrariado más que por su buen sentido, puesto que el artículo solo exige el incumplimiento del proveedor para que proceda la condena a pagar daños punitivos". (Picasso, Sebastián: "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", en Vázquez

Ferreya, Roberto: Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. LL, supl. Especial, abril 2008.). A modo de síntesis podemos decir que para poder aplicarse la multa civil, deberán reunirse los siguientes requisitos: el proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; la parte perjudicada debe solicitar su aplicación; la graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso; la pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder; responden por la multa civil de manera solidaria todos los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan. (cf. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., ob. cit., ps. 281/282). Sobre el aspecto en tratamiento estimo oportuno y adecuado citar a la Suprema Corte de Bs. As. en cuanto ha dicho en un fallo reciente que: "Para la procedencia del daño punitivo, el art. 52 de la ley 24.240 solo exige para su aplicación que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos" (SCJBA, "Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico" del 17/10/2018). Temperamento que se comparte, en orden a lo hasta aquí expuesto. Asimismo, en relación a la crítica que se hiciera respecto del monto de condena fijado como daño punitivo, es dable señalar que su cuantificación no tiene un parámetro económico fijo sino que está sujeto a la determinación prudencial por parte del juzgador, quien -en el caso de los daños punitivos- cuenta con las pautas y límites establecidos en los arts. 47, 49 y 52 bis de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor para su concesión y mensura. En tal inteligencia, la determinación de los montos indemnizatorios (de naturaleza disuasoria o punitiva) constituye una típica cuestión de hecho, privativa de los Jueces de las instancias ordinarias y ajena a la revisión en esta instancia extraordinaria, salvo que se denuncie y muestre la existencia de absurdo, hipótesis que no fue invocada ni se vislumbra configurada en la especie. En definitiva, en el entendimiento de que los agravios bajo análisis solo revelan un mero disenso de la recurrente, insuficiente para pretender la casación de la sentencia impugnada en cuanto se la condenara por daño punitivo a pagar la suma de \$ 50.000 a favor de la actora, corresponde su rechazo?.

Esta última causa también sin decirlo expresamente dejó sin efecto la doctrina legal fijada oportunamente en autos ?ASOCIACION DE DEFENSA DE LOS

CONSUMIDORES Y USUARIOS DE GENERAL ROCA -ADECU- s/Queja en: ASOCIACION DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE GENERAL ROCA -ADECU- c/CABLEVISION S.A. s/SUMARISIMO? (Expte. N° 28732/16-STJ-) (STJRNS1 - Se. 82/16), sentencia del 01/11/2016, retomando ahora en ?Cofre? aquella postura original. En aquélla con votos de los Dres. Barotto, Apcarián, Mansilla y Zaratiegui, oportunamente se sostuvo:

?Atento que la actora continúa insistiendo en esta instancia en que la aplicación de sanciones civiles a la demandada devendría en automática frente a la comprobada infracción a las disposiciones contenidas en los artículos 10 ter y 34 de la LDC -afirma a fs. 59 vta. párrafo cuarto que ?...el juez debe obligatoriamente aplicar el daño punitivo ante todos los supuestos que la demandada no cumplió sus obligaciones legales o contractuales.?, solicitando a fs. 60 párrafo segundo que ?...se haga lugar a la queja advirtiendo que la aplicación y cuantificación del daño punitivo no es una cuestión de hecho. Pues el incumplimiento de las normas ya está probado y hasta reconocido por la demandada.- corresponde reafirmar que existe consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que ?En atención al carácter penal de la figura, y pese al tenor literal de la norma, no puede bastar con el mero incumplimiento. Es necesario, por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia.? (cfme. interpretación del artículo 52 bis LDC propuesta por Ricardo L. Lorenzetti en su obra ?Consumidores?, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2009, pág. 563). La base fáctica que eventualmente podrá generar la aplicación de daños punitivos deberá ser evaluada por el grado; y dicha ponderación, como se ha señalado reiteradamente, no podrá ser sometida a revisión por medio de recurso extraordinario, salvo las excepciones precitadas, las que no se presentan en la especie?.

De modo que es claro que no basta para configurar la procedencia de la partida un mero incumplimiento a una obligación legal o contractual.

La magistrada interviniente funda la cuantía otorgada en los siguientes fundamentos:

?En fallo reciente, el Superior Tribunal de Justicia -Cofre, del 4/03/2021- y por mayoría sostuvo en cuanto a este daño que "(...) se trata de una herramienta de prevención del daño que se aplica como sanción a quien ha actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor. Sólo procede, entonces, ante la intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares (...)".-

En tal precedente hizo alusión a críticas sobre el alcance amplio y que en la actualidad "(...) existe consenso dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en el sentido de que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (...)".-

Sin la intención de incurrir en un extenso desarrollo encuentro oportuno reseñar algunos parámetros legales que entiendo aplicables para resolver esta cuestión y como resultado de considerar a su vez lo resuelto recientemente por la Alzada en autos "Gibert" al revocar el daño punitivo concedido.-

Considero que los hechos que dieron lugar al precedente del STJ -COFRE- difieren sensiblemente a los discutidos en este proceso, sin embargo ciertos lineamientos resultan aplicables para acceder al rubro.-

El incumplimiento de la demandada quedó configurado por cuanto la contingencia disvaliosa en el suministro ocasionó el daño material reclamado y para lograr la satisfacción de su derecho -pese a la claridad de las normas constitucionales, de orden público y que hacen al régimen del consumidor- no sólo transitó la instancia administrativa sino que también agotó la de mediación previa, cursó extrajudicialmente sus reclamos y por último, transcurrieron todas las etapas de este proceso hasta el dictado de la presente.-

Por otro, la actitud que aquí es ponderada no es una conducta aislada, sino que tal como señalé existen al menos tres reclamos, incluido el presente -"RECCHIONI MARCELO ARMANDO Y OTRA C/ EDERSA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (EXPTE A-2RO-825-C3-15) y "GALLEGO TULIO FAVIAN C/ EDERSA S/ SUMARÍSIMO (EX B-2RO-376-C3-19)"- que llegaron a mi conocimiento y en los que se advierte conductas similares que merecen ser reprochadas y susceptibles de ser sancionadas para evitar o disuadir en su repetición.-

En los presentes encuentro la excepcionalidad referida para la procedencia de la figura, puesto que la conducta por parte de EDERSA deja entrever un abuso de posición dominante, por tratarse no sólo de una prestación de un servicio público domiciliario sino que quien lo realiza lo hace en forma monopólica y ello implica una debilidad acentuada hacia los consumidores/usuarios.-

El porcentaje no reconocido del 20% del presupuesto del TV presentado por el Sr.

Calbucoy -que en ese entonces se traducían en una suma de \$1.700- es en definitiva lo que ha obligado al actor continuar un reclamo hasta esta instancia, por una diferencia que resulta ser ínfima para la envergadura de una empresa como EDERSA.-

Entiendo que la inversión de la carga probatoria en esta materia no resulta menor; EDERSA negó la procedencia de este rubro pero no intentó demostrar la ausencia de otras infracciones hacia consumidores o usuarios pese a contar con la posibilidad para esto.-

La conducta posterior de EDERSA -luego de haber recaído resolución ante el EPRE- refuerza el reproche hacia su conducta y todo encuadra como "conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social", disvaliosa por la indiferencia hacia la persona próxima, desidia o abuso de una posición de privilegio -conforme los términos y parámetros utilizados por el STJ en el precedente Cofre.-

Los términos claros y precisos de la normativa aplicable -Ley 24.240, art. 42 de la Constitución Nacional, entre otras y ya enunciadas-, debieron llevar a la demandada a adoptar una conducta acorde a la satisfacción de los intereses de los usuarios y ello no ha sido demostrado sino que lo contrario ha ocurrido.-

Los intentos en llegar a una solución no han sido demostrados; la demandada ha asumido una postura probatoria pasiva, persistiendo en cuestionar las características del TV, los presupuestos acompañados y el porcentaje del valor del TV a cubrir, contrariando lo ya decidido en sede administrativa y soslayando tanto los principios rectores y constitucionales que tutelan al consumidor como del régimen de la Ley 24.240 sin intentar hacerlos efectivos y eficaces conforme la actividad que desarrolla en el mercado (art. 7 del Código Civil y Comercial y que guarda relación con el art. 2 del Código Civil derogado; art. 65 de la Ley 24.240, mod. por Ley 26.361 B.O. del 07/04/2008).-

Por lo expuesto entonces ante el incumplimiento demostrado, y falta de respuesta que se viene reiterando ante reclamos de ésta índole corresponderá aplicar la sanción solicitada por la suma de \$ 1.000.000,00, agregando a lo ya expuesto:-

- los reiterados incumplimientos de obligaciones legales o contractuales que dieron lugar a diversos planteos contra la misma demandada,
- posición particular en el mercado de EDERSA como proveedor monopólico de servicios públicos domiciliarios,
- el ofrecimiento de retribuciones parciales insuficientes,
- los beneficios estimados como procurados u obtenidos con tal conducta,

-la finalidad disuasiva de la sanción tal como fue remarcado,
-la actitud ulterior, ya que una vez denunciada la falta -ante lo resuelto en sede administrativa, instancia de mediación previa y etapas del presente- no demostró en forma objetiva intentos conciliatorios o tendientes a dar definitiva solución al conflicto,
-el desmedro potencial de los usuarios y consumidores en el supuesto en estudio, como riesgo abstracto, ante la repercusión de la infracción y más allá del mal individual que pudo haber ocasionado (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Función preventiva de daños, LA LEY, 03/10/2011)?.

En el presente caso se concluye que registrada la destrucción del televisor del actor y generado el reclamo respectivo ante la accionada, ésta rechazó el mismo. Luego, formulado por el actor el pertinente reclamo ante el ente regulador (EPRE) y efectuado el traslado del mismo a la distribuidora demandada (ver fs. 113) guarda silencio. Es así como se arriba con fecha 01/09/2017 al dictado de la Resolución del ente regulador 212/17 (ver fs. 118/120) mediante la cual instruye a la distribuidora a restituir al actor el costo de reparación de su televisor marca LG según la extensión de los daños que surgen del informe técnico adjuntado (fs. 110) con más sus intereses. Se le indica que deberá repararlo, reponerlo o bien abonarle al usuario el importe destinado a ese fin. Por último, se consigna que solamente será procedente la reposición por un artefacto de idénticas o similares condiciones de calidad y antigüedad en la medida que su reparación resulte imposible. Es claro que, del informe obrante a fs. 110 presentado por el actor oportunamente al formular el reclamo inicial ante la distribuidora, el televisor no tenía reparación. De modo que la obligación de la accionada era reponerle uno de iguales características.

Pese a la notificación de la resolución mencionada a la accionada (ver fs. 121) con fecha 06/09/2017, existiendo a varias intimaciones a su cumplimiento y reclamos del actor, nada hace, circunstancia que genera luego el dictado de la Resolución 092/18 del ente regulador (fs. 129/130) de fecha 27/06/2018 mediante la cual se le formulan cargos en el ámbito administrativo, dado su flagrante incumplimiento a lo dispuesto en la resolución anterior dictada casi diez meses antes de esta última. Recién con fecha 07/08/2018 la accionada formula en el trámite administrativo la presentación que luce a fs. 135 mediante la cual ponen en conocimiento del ente regulador que el actor presentó con fecha 24/02/2018 un presupuesto de televisor LG de 32" ante lo cual procedió a librar en su favor con fecha 06/04/2018 un cheque por \$ 6.800.- e informado el mismo para que procediera a su retiro, no lo retiró, salvándose la fecha y siendo convocado

nuevamente tampoco concurrió a retirarlo.

Se evidencia entonces que, transcurrido más de un año de la rotura del televisor LG 40? de pertenencia del actor, desoído el reclamo inicial por la accionada, formulado luego el reclamo ante el ente regulador, pese a lo resuelto por el mismo en septiembre de 2017 y a las numerosas intimaciones cursadas para su cumplimiento, habiéndose incluso apersonado el actor en las oficinas de la distribuidora llevando su televisor dañado, adjuntado por el actor el presupuesto de un televisor en febrero de 2018, recién libra la accionada en favor del mismo un cheque en abril de 2018 por un valor que tampoco alcanzaba para reponer el televisor dañado. Agregó que pese a no constar en modo alguno las dimensiones de la pantalla del televisor dañado en el reclamo y denuncia oportunamente efectuados, al iniciar esta demanda indica que se trataba de un televisor de 40?. La accionada evidenció recién que se trataba de un televisor de 32? en su presentación de fecha 07/08/2018 ante el EPRE y durante este pleito, pese a ser afirmado por el actor que se trataba de un televisor de 40? insiste con su postura pretendiendo que sea de 32 y no de 40?. Aun así y transitado todo este proceso hasta la sentencia definitiva, y pese a constar en autos con presupuestos estimados del valor del televisor reclamado (ver fs. 14, 15, 48, 55, 85, 89) ninguna voluntad ha demostrado a lo largo de casi un año y medio transcurrido desde el inicio del trámite hasta el dictado de la sentencia cuestionada.

Desde esa perspectiva no tengo dudas que se encuentran configurados los presupuestos que habilitan la procedencia de la partida.

Aun así, entiendo que las particularidades del presente y la gravedad de las circunstancias en uno y otro caso, distan de las verificadas en el reciente precedente antes mencionado (?GALLEGO?), siendo incluso el hecho verificado en autos generador de la responsabilidad de la accionada anterior al de dicho proceso (aquí marzo de 2017, allí septiembre de 2018) pese a haber arribado aquél al dictado de la sentencia con antelación, y posterior al verificado en autos ?RECCHIONI? (octubre de 2012). En ?GALLEGO? se arruinaron varios artefactos (en las instalaciones eléctricas del local comercial n° 6, heladera, computadora y sistemas de artefactos de iluminación) utilizados en un fondo de comercio (kiosco y anexos) lo que llevó al cierre del local con graves daños materiales (lucro cesante \$ 1.137.000.-). En el precedente ?RECCHIONI? varios fueron también los bienes afectados (bomba de riego, lavarropas, bomba de circulación, heladera, proyector, decodificador, home theater, monitor, UPS + estabilizador de corriente, televisor, heladera frigobar, cargador de teléfono, equipo de

calefacción, luz de emergencia, lámparas de bajo consumo, dicroicas, mini halógenas). En autos se dañó un televisor de uso hogareño.

La pauta del art. 49 LDC a los fines de la graduación de la partida indica que ¿se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho?

Claro es que el perjuicio es mucho menor en autos que en aquéllos dos precedentes citados, la posición en el mercado ha sido referida como monopólica y no ha sido cuestionado, y respecto de la generalización y reincidencia, sin perjuicio de se de mi conocimiento que es frecuente la ocurrencia de estos hechos, de los precedentes de este tribunal constatados no advierto una multiplicidad de demandas en contra de la accionada por estos eventos de lo que sería posible deducir que, o bien los usuarios no reclaman o bien se resuelve en el ámbito extrajudicial o administrativo. Por lo demás, aún cuando en forma claramente tardía aquí intentó al menos una reparación parcial.

Es en base a lo expuesto que propiciaré la reducción del daño punitivo a la suma de \$ 500.000.- con más los intereses determinados en el pronunciamiento recurrido.

5.3.-En suma, propiciaré la recepción del recurso en tratamiento del modo propuesto, confirmándose el daño moral concedido y reduciéndose el punitivo a la suma de \$ 500.000.- con más los intereses determinados en el pronunciamiento recurrido.

Las costas en esta instancia se imponen por su orden en orden de garantizar la gratuidad en favor del consumidor actor y de conformidad a la doctrina legal emergente del cimero tribunal.

6.-Habiéndose modificado el monto base, el que como consecuencia de la admisión parcial del recurso en tratamiento se reduce a la suma de \$ 574.999.-, corresponde proceder a una nueva regulación de honorarios (art. 279 del CPCyC) ponderando a esos fines el tope previsto en el art. 77 del CPCyC.

Por las tareas de primera instancia corresponde regular los honorarios de los Dres. Adrián Federico Ambroggio, Ruth Luengo y Sofia Szechenyi, patrocinantes del actor por 2 etapas, en la suma de \$ 21.100.- a cada uno de ellos (11 % MB) y del Dr. Alberto M. Llambí en su doble carácter por la demandada en todas las etapas en la suma de \$ 41.000.- a favor de la Dra. Ana Cecilia Medina, patrocinante de esa parte en la primera etapa, en la suma de \$ 11.000.- y por la participación en la audiencia de página 69 en

calidad de gestora de la demandada Dra. Celeste Cardelli en la suma de \$ 6.000.- (MB: \$ 574.999.-; arts. 6,7,8,9,10, 35 y conchs de la Ley G 2212).

Por las tareas en esta instancia y ponderando como monto base la cuantía por la cual se reduce el daño punitivo (\$ 500.000.-) regular los honorarios del Dr. Alberto LLambí en la suma de \$ 15.000.- y los de los Dres. Adrián Federico Ambroggio, Ruth Luengo y Sofia Szechenyi, en la suma conjunta de \$ 13.000.-

Así lo voto.

7.-En consecuencia, si mi propuesta fuera receptada FALLO:

7.1.-Hacer lugar parcialmente al recurso de la accionada confirmándose el daño moral concedido y reduciéndose el punitivo a la suma de \$ 500.000.- con más los intereses determinados en el pronunciamiento recurrido. Las costas por dicho recurso se imponen por su orden por las razones ya expresadas.

7.2.- Por las tareas de primera instancia corresponde regular los honorarios de los Dres. Adrián Federico Ambroggio, Ruth Luengo y Sofia Szechenyi, patrocinantes del actor por 2 etapas, en la suma de \$ 21.100.- a cada uno de ellos (11 % MB) y del Dr. Alberto M. Llambí en su doble carácter por la demandada en todas las etapas en la suma de \$ 41.000.- a favor de la Dra. Ana Cecilia Medina, patrocinante de esa parte en la primera etapa, en la suma de \$ 11.000.- y por la participación en la audiencia de página 69 en calidad de gestora de la demandada Dra. Celeste Cardelli en la suma de \$ 6.000.- (MB: \$ 574.999.-; arts. 6,7,8,9,10, 35 y conchs de la Ley G 2212).

7.3.- Por las tareas en esta instancia y ponderando como monto base la cuantía por la cual se reduce el daño punitivo (\$ 500.000.-) regular los honorarios del Dr. Alberto LLambí en la suma de \$ 15.000.- y los de los Dres. Adrián Federico Ambroggio, Ruth Luengo y Sofia Szechenyi, en la suma conjunta de \$ 13.000.-

7.4.-Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan.

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. DINO DANIEL MAUGERI, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL SE. 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: 7.1.-Hacer lugar parcialmente al recurso de la accionada confirmándose el daño moral concedido y reduciéndose el punitivo a la suma de \$ 500.000.- con más los

intereses determinados en el pronunciamiento recurrido. Las costas por dicho recurso se imponen por su orden por las razones ya expresadas.

7.2.- Por las tareas de primera instancia corresponde regular los honorarios de los Dres. Adrián Federico Ambroggio, Ruth Luengo y Sofia Szechenyi, patrocinantes del actor por 2 etapas, en la suma de \$ 21.100.- a cada uno de ellos (11 % MB) y del Dr. Alberto M. Llambí en su doble carácter por la demandada en todas las etapas en la suma de \$ 41.000.- a favor de la Dra. Ana Cecilia Medina, patrocinante de esa parte en la primera etapa, en la suma de \$ 11.000.- y por la participación en la audiencia de página 69 en calidad de gestora de la demandada Dra. Celeste Cardelli en la suma de \$ 6.000.- (MB: \$ 574.999.-; arts. 6,7,8,9,10, 35 y concs de la Ley G 2212).

7.3.- Por las tareas en esta instancia y ponderando como monto base la cuantía por la cual se reduce el daño punitivo (\$ 500.000.-) regular los honorarios del Dr. Alberto LLambí en la suma de \$ 15.000.- y los de los Dres. Adrián Federico Ambroggio, Ruth Luengo y Sofia Szechenyi, en la suma conjunta de \$ 13.000.-

7.4.-Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan.

DINO DANIEL MAUGERI
JUEZ DE CÁMARA
GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ
PRESIDENTE

VICTOR DARIO SOTO
JUEZ DE CÁMARA
(En abstención)

Certifico que el acuerdo que antecede fue arribado a través de los medios informáticos disponibles, atento la modalidad de trabajo vigente en función de la acordada 04/2021 de nuestro S.T.J.- CONSTE.

PAULA CHIESA

SECRETARIA

nvp